



JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Ibagué, dieciséis (16) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

RADICADO N°: 73001-33-33-004-**2016-00412**-00
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: MARIA CAMILA SANCHEZ ORTIZ Y OTROS
DEMANDADO: EMCOSALUD y OTROS
Tema: Falla médica

SENTENCIA

Procede el Despacho a dictar sentencia dentro del presente medio de control de **REPARACIÓN DIRECTA** promovido por las señoras **MARIA CAMILA SANCHEZ ORTIZ, FRANCIA ELENA ORTIZ CORDOBA** y **ANA CELMIRA CORDOBA DE ORTIZ**, en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, la FIDUPREVISORA S.A. y la EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS EMCOSALUD.

1. Pretensiones¹

- Que se declare que los entes accionados son solidaria y administrativamente responsables de los perjuicios causados a los demandantes, por la falla del servicio médico en que incurrieron (pérdida de oportunidad), y que ocasionó la muerte de CARMEN DANIELA SANCHEZ ORTIZ.
- Que como consecuencia de lo anterior, se condene a los entes demandados a pagar en favor de las demandantes:

POR PERJUICIOS MORALES

- Para MARIA CAMILA SANCHEZ ORTIZ, la suma equivalente a CIEN (100) SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.

¹ Fls. 358 y ss del Cuad. Ppal. 3



- Para FRANCIA ELENA ORTIZ, la suma equivalente a CINCUENTA (50) SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.
- Para ANA CELMIRA CORDOBA DE ORTIZ, la suma equivalente a SETENTA Y CINCO (75) SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.

POR PERDIDA DE OPORTUNIDAD

- Para MARIA CAMILA SANCHEZ ORTIZ, la suma equivalente a CIEN (100) SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.
- Para FRANCIA ELENA ORTIZ, la suma equivalente a CINCUENTA (50) SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.
- Para ANA CELMIRA CORDOBA DE ORTIZ, la suma equivalente a SETENTA Y CINCO (75) SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.

2. Hechos²

Se tienen como hechos relevantes de la demanda los siguientes según se consignó en la audiencia inicial

“1.- Que CARMEN DANIELA SANCHEZ ORTIZ (q.e.p.d.), hija de MARTHA ORTIZ CORDOBA (q.e.p.s.), hermana de MARIA CAMILA SANCHEZ ORTIZ, sobrina de FRANCIA ELENA ORTIZ CORDOBA y nieta de ANA CELMIRA CORDOBA, en vida se encontraba afiliada al régimen de salud del Magisterio, en calidad de beneficiaria.

2.- Que en julio de 2013, a la extinta CARMEN DANIELA se le diagnosticó leucemia linfocítica aguda, iniciando el tratamiento correspondiente.

3.- Que a la extinta CARMEN DANIELA se le prescribió en marzo de 2014, para realizar de forma prioritaria “Trasplante alogénico de progenitores hematopoyéticos de donante alternativo”, así mismo, en mayo de ese mismo año se le prescribió también “poliquimioterapia de bajo riesgo de mantenimiento” a realizar de forma mensual.

² Fls. 821 y ss del Cuad. PPal.4



4.- *Que con relación a los ciclos de “Poliquimioterapia de bajo riesgo de mantenimiento”, que debían suministrarse de forma mensual a la extinta CARMEN DANIELA, la entidad encargada de concederlos solo le brindó 5 ciclos en un año, desconociéndose así la periodicidad ordenada por el galeno tratante.*

5.- *Que respecto del trasplante alogénico de progenitores hematopoyéticos de donante alternativo ordenado a favor de la fallecida CARMEN DANIELA desde marzo de 2014, las entidades accionadas no adelantaron las gestiones necesarias para su efectiva prestación, pues pese a que el 20 de marzo de 2014 se radicó ante EMCOSALUD la orden del trasplante, el mismo nunca se verificó.*

6.- *Que debido a las omisiones anteriormente descritas, la enfermedad padecida por CARMEN DANIELA, se activó nuevamente, por lo que permaneció hospitalizada en la Clínica Tolima desde el 30 de marzo de 2015, de donde fue trasladada al Instituto Cancerológico de Bogotá, en donde falleció el 16 de junio de 2015, a la espera del suministro del tratamiento que pudo salvar su vida, circunstancia que se constituye en una verdadera pérdida de oportunidad.”.*

3. Contestación de la Demanda.

3.1. NACION – MINISTERIO DE EDUCACION³

La apoderada de la Entidad demandada indicó que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, y frente a los hechos, expresó que algunos no le constan y el resto no eran ciertos.

A renglón seguido manifestó, que no puede serle atribuida ningún tipo de responsabilidad en este asunto, toda vez que no se tiene conocimiento de que entre la señora CARMEN DANIELA SANCHEZ (q.e.p.d.) y esta entidad hubiera existido alguna relación; que el Ministerio de Educación no fue su empleador ni el prestador de los servicios de salud que requirió.

Formuló las excepciones que denominó: a) Falta de jurisdicción y competencia, b) inexistencia de la obligación, c) cobro de lo no debido, d) falta de legitimación en la causa por pasiva, e) enriquecimiento sin justa causa, f) buena fe y g) la genérica.

³ Fls. 646 y ss del Cuad. PPal. 4



3.2. FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. ⁴

La apoderada de esta entidad manifestó que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, y frente a los hechos, expresó que algunos no le constan y el resto no eran ciertos.

Seguidamente expresó, que no puede serle atribuida ningún tipo de responsabilidad en este asunto, toda vez que no se tiene conocimiento de que entre la señora CARMEN DANIELA SANCHEZ (q.e.p.d.) y esta entidad hubiera existido alguna relación; que la FIDUPREVISORA S.A. no fue su empleador ni el prestador de los servicios de salud que requirió.

Formuló las excepciones que denominó: a) Falta de jurisdicción y competencia, b) inexistencia de la obligación, c) cobro de lo no debido, d) falta de legitimación en la causa por pasiva, e) enriquecimiento sin justa causa, f) buena fe y g) la genérica.

3.3. EMCOSALUD⁵

Mediante apoderado contestó la demanda, manifestando que algunos hechos eran ciertos, otros parcialmente ciertos y el resto no le constaban o no eran ciertos y frente a las pretensiones, se opuso formulando para enervar su prosperidad las siguientes excepciones: a) Inexistencia de nexo de causalidad, b) Diligencia y cuidado, ausencia de culpa en la prestación de servicios médicos, c) La actividad médica constituye una obligación de medio y no de resultado, d) Falta de legitimación en la causa por activa de las demandantes ANA CELMIRA CORDOBA DE ORTIZ y FRANCIA ELENA ORTIZ, frente a la reclamación de indemnización por pérdida de oportunidad y la genérica.

EMCOSALUD llamó en garantía a la Aseguradora de Fianzas S.A. CONFIANZA

⁴ Fls. 656 y ss del Cuad. Ppal.4

⁵ Fls. 676 y ss del Cuad. Ppal. 4



3.4. Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. CONFIANZA⁶

A través de su apoderada contestó la demanda y el llamamiento en garantía. Frente a los hechos de la demanda manifestó que ninguno le consta y frente a los del llamamiento aseveró que en su mayoría eran ciertos. Respecto de las pretensiones del llamamiento en garantía expresó que no se opone a resultar condenada a pagarle a los demandantes o a reembolsarle a EMCOSALUD la condena que se le imponga por concepto de perjuicios extrapatrimoniales, únicamente con cargo a la póliza 07RC000555, por cuanto la supuesta falla en la prestación y o autorización oportuna en la atención médica brindada a la fallecida CARMEN DANIELA ocurrió durante la vigencia de la misma.

Como excepciones formuló las que denominó: a) Ausencia de responsabilidad de EMCOSALUD, b) Las obligaciones son de medio y no de resultado, c) Excesiva tasación del perjuicio moral, d) Máximo valor asegurado – deducible, y e) La genérica.

4. Actuación Procesal.

Presentado el proceso ante la Oficina Judicial, correspondió por reparto a este Despacho, el cual, con providencia de fecha 30 de enero de 2017, ordenó la admisión de la demanda.⁷

Notificadas las partes, el Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, dentro del término de traslado de la demanda, las Entidades demandadas y la llamada en garantía contestaron la demanda y allegaron las pruebas que pretenden hacer valer.⁸

Mediante providencia del 12 de junio de 2018 se fijó fecha para llevar a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A., diligencia a la que se le dio inició el 1° de agosto de 2018⁹ y finalizó el 19 de junio de 2019¹⁰ agotándose en ella la totalidad de sus instancias en legal forma y por ser necesaria la práctica de pruebas se fijó fecha y hora para la audiencia respectiva, la cual se adelantó durante

⁶ Cuad. Llamamiento en garantía.

⁷ Fls. 620 y ss del Cuad. Ppal. 4

⁸ Fls. 646 y ss del Cuad. Ppal. 4

⁹ Fls. 727 y ss del Cuad. PPal. 4

¹⁰ Fls. 820 y ss del Cuad. Ppal. 5



los días 16 de octubre de 2019¹¹ y 6 de febrero de 2020¹²

A través de providencia del 10 de marzo de 2020, se ordenó a las partes presentar por escrito sus alegatos de conclusión dentro de los diez (10) días siguientes¹³.

5. Alegatos de las Partes.

5.1. Parte Demandante¹⁴

La apoderada de la parte accionante refirió, que en este caso está debidamente acreditado el parentesco que unía a las demandantes con la joven fallecida CARMEN DANIELA, en calidad de hermana, tía y abuela respectivamente, así como también la aflicción y dolor causados a estas con ocasión de la pérdida de oportunidad de recuperación de su salud y conservación de su vida, originada en la negligencia de los entes demandados.

A renglón seguido expresó, que aparece debidamente acreditado al interior del expediente, que en junio de 2013 CARMEN DANIELA fue diagnosticada por los médicos de su EPS con leucemia linfóide aguda, iniciando el tratamiento correspondiente y que, en marzo de 2014, su médico tratante le ordenó la realización de un trasplante alogénico de progenitores hematopoyéticos de donante alternativo, bajo la advertencia de que el mismo debía realizarse de forma inmediata por el riesgo de recaída; asimismo, refirió que está debidamente acreditado que en mayo de 2014 también le fue prescrita una poliquimioterapia de bajo riesgo aplicada en ciclos mensuales, pese a lo cual, el trasplante solamente fue autorizado el 23 de junio de 2015 por EMCOSALUD, 9 días después de que CARMEN DANIELA FALLECIERA.

De igual forma resalta que, también está probado que aunque el hemato-oncólogo tratante de CARMEN DANIELA, indicó la necesidad de continuar con 12 sesiones mensuales más de la poliquimioterapia de bajo riesgo, una vez culminados los 9 ciclos de consolidación de protocolo, EMCOSALUD solamente le autorizó 4 así: El 1° de julio y el 31 de julio de 2014, el 29 de noviembre de 2014 y el 19 de enero de 2015.

¹¹Fls. 836 y ss del Cuad. Ppal. 5

¹² Fls. 844 y ss del Cuad. PPal. 5

¹³ Fl. 890 del Cuad. Ppal. 5

¹⁴ Fls. 899 y ss del Cuad. Ppal. 5



Por lo anterior, la apoderada de la parte actora solicita la emisión de un fallo de carácter condenatorio, pues a su juicio, está debidamente soportada la pérdida de oportunidad a la que vio sometida la fallecida CARMEN DANIELA, debido a la negligencia de EMCOSALUD en autorizar y garantizarle los servicios requeridos para garantizar la recuperación y/o mantenimiento de su salud.

5.2. Nación – Ministerio de Educación y FIDUPREVISORA como vocera del FOMAG¹⁵

La apoderada del Ministerio de Educación Nacional y FIDUPREVISORA S.A. como vocera del FOMAG, respectivamente, resalta que en el presente caso es evidente la falta de legitimación por pasiva en el caso de ambas partes, toda vez que ninguna de ellas tiene a su cargo la prestación de servicios de salud.

Aunado a lo anterior, adujo que ni en la demanda ni en las pruebas obrantes al interior de la presente actuación procesal, existen elementos de convicción que acrediten que FIDUPREVISORA o el Ministerio de Educación Nacional tuvieron incidencia alguna en la causación del daño por el cual hoy se demanda, razón por la cual solicita que respecto de las mismas, las pretensiones sean denegadas.

5.3. EMCOSALUD¹⁶

La apoderada de la entidad resaltó que en el caso concreto debe declararse probada la excepción propuesta denominada inexistencia de nexo causal, puesto que considera que está demostrado que en el caso bajo estudio los médicos prestaron una atención oportuna, pertinente y eficaz.

A renglón seguido, adujo que CARMEN DANIELA SANCHEZ (q.e.p.d) era una joven de 20 años, con diagnóstico de leucemia y que en su caso, para cuando se emitió la orden del trasplante, DANIELA contaba con celularidad del 100% hetopoyesis reemplazado por celulares tumorales.

Seguidamente manifestó, que EMCOSALUD en ningún momento incurrió en negaciones arbitrarias del servicio, toda vez que cuando en abril de 2015 se interpuso

¹⁵ Fls. 897 y ss del Cuad. Ppal. 5

¹⁶ Fls. 903 y ssdel Cuad. Ppal. 5



acción de tutela por CARMEN DANIELA, fue producto de la respuesta generada el 19 de mayo de 2014, a través de la cual, la Junta Médico Quirúrgica para revisión del caso clínico, celebrada el 7 de mayo se determinó que de conformidad al apéndice 3 de los pliegos de condiciones, se debían garantizar las atenciones inmediatas en caso de urgencias, y se autorizaba el trasplante, pero aclarando que la parte de importación del paquete de células madre y relacionados no se realizan en Colombia, siendo un servicio excluido conforme al contrato celebrado, el plan de beneficios y los pliegos de condiciones.

Aunado a lo anterior, indicó que alrededor del 70% de los pacientes no tendrán compatibilidad con un miembro de su familia y necesitarán procesos de búsqueda y tipificación a nivel internacional de este tipo de células, y además, que para el momento de los hechos e incluso en la actualidad, en Colombia no existen sitios para reserva ni clasificación de donantes de médula ósea, por lo que en este caso se debió recurrir a sitios ubicados en el exterior o entidades que garantizaran el trámite respectivo en el exterior.

Es así, que manifiesta que ese componente de servicios que dependían del exterior por no estar disponibles en Colombia, como es el caso de un Banco de Células Madre, no permitieron que en este caso, EMCOSALUD tuviera respuestas inmediatas, por cuanto no se tenían relaciones contractuales de dichos servicios por ser exclusiones expresas al plan de beneficios; sin embargo, pese a tales limitaciones, arguye que se procedió a garantizar el tratamiento de CARMEN DANIELA por hemato-oncología, a solicitar cotizaciones en IPS de la ciudad de Bogotá y en la Clínica Marly y que incluso, se ofició a la FIDUPREVISORA en aras de adelantar trámites administrativos, ya que se habían solicitado las cotizaciones para el proceso del trasplante de los servicios solicitados en Colombia y del paquete completo por el bienestar de CARMEN DANIELA.

Por lo anterior, concluyó que en este caso deben despacharse desfavorablemente las pretensiones, puesto que no se logró demostrar por la parte demandante, el nexo causal entre el daño alegado y la supuesta existencia de negligencia en el actuar de EMCOSALUD; por el contrario, afirmó que en este caso aparece acreditado que CARMEN DANIELA no falleció a causa de la negación de la autorización del trasplante, máxime si se tiene en cuenta que dicho tratamiento no garantizaba el restablecimiento de su salud, no solo porque no tenían donante idéntico intrafamiliar disponible sino por la complejidad de su caso y al avance rápido de su enfermedad.



Rama Judicial

República de Colombia

CONSIDERACIONES

1. Competencia.

Este Juzgado es competente para conocer y fallar el presente medio de control, por la naturaleza de éste, la entidad accionada, la cuantía y por el factor territorial, según voces de los artículos 104, 155-6 y 156-6 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2. Problema Jurídico.

En armonía con la fijación del litigio realizada en la audiencia inicial, debe el Despacho establecer si, *¿la parte accionada es solidaria, administrativa y extracontractualmente responsable por los perjuicios causados a los demandantes, derivados de la pérdida de oportunidad de recuperación de la salud o a preservar su vida, sufrida por la joven CARMEN DANIELA SANCHEZ ORTIZ (q.e.p.d), al haber incurrido las demandas en presuntas omisiones respecto de la realización de los tratamientos prescritos por sus médicos tratantes de forma oportuna y periódica?*

3. Tesis Planteadas.

3.1. Tesis de la parte demandante.

La parte accionante afirma tener derecho a un fallo favorable a las pretensiones de la demanda, con fundamento en que se encuentra debidamente acreditada, la pérdida de oportunidad de recuperación de la salud y conservación de la vida a la que se vio sometida la joven CARMEN DANIELA SANCHEZ ORTIZ, originada en la negligencia de los entes demandados para realizarle de forma oportuna y periódica, los tratamientos prescritos por los galenos tratantes.



3.2. Tesis de la parte demandada – Ministerio de Educación y FIDUPREVISORA S.A. como vocera del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio

A juicio de dicha parte, no resulta posible endilgarle ningún tipo de responsabilidad en este asunto, como quiera que ninguna de las dos – Ministerio de Educación y Fiduprevisora S.A., tuvo injerencia alguna en la causación del daño por el cual hoy se demanda, debiéndose en consecuencia declarar probada a su favor respectivamente, la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

3.3. Tesis de la parte demandada – EMCOSALUD

Alega que no hay evidencia de la configuración de una negligencia en su actuar, que guarde relación causal con el daño cuya reparación se pretende, toda vez que según se desprende de los medios probatorios arrimados a esta actuación procesal, la actuación médica brindada a la joven CARMEN DANIELA SANCHEZ ORTIZ (q.e.p.d) por parte de EMCOSALUD, se realizó de forma oportuna, pertinente y eficaz.

3.4. Tesis de la llamada en garantía CONFIANZA S.A.

No se opone a resultar condenada a pagarle a los demandantes o a reembolsarle a EMCOSALUD, la condena que se le imponga por concepto de perjuicios extrapatrimoniales, pero solamente con cargo a la póliza 07RC000555.

3.5. Tesis del Despacho.

Conforme al material probatorio obrante en el expediente, la tesis que sostendrá el Despacho se circunscribe a afirmar que en el presente asunto, es procedente la declaratoria de responsabilidad estatal de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fiduciaria La Previsora S.A. como administradora del patrimonio autónomo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Empresa Cooperativa de Servicios de Salud EMCOSALUD, con ocasión de la pérdida de oportunidad padecida por CARMEN DANIELA SANCHEZ ORTIZ, causada por la falla en el servicio de salud, consistente en la demora o tardanza en la expedición de las autorizaciones médicas requeridas



por aquella, necesarias para que se le practicaran de manera oportuna los procedimientos prescritos para su tratamiento.

4. Fundamentos de la Tesis del Despacho.

4.1. La responsabilidad patrimonial del Estado.

El artículo 90 de la Constitución Política de Colombia establece que el Estado debe responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas y 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 la actuación u omisión de la administración.

El **Daño Antijurídico** es entendido en la jurisprudencia Contencioso – Administrativa 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*”¹⁷.

De acuerdo a una debida interpretación del artículo 90 Constitucional, el H. Consejo de Estado¹⁸ ha enseñado, que la responsabilidad del Estado se origina, de un lado, cuando existe una lesión causada a la víctima que no tiene el deber jurídico de soportar y, de otro, cuando esa lesión es imputable fáctica y jurídicamente a una autoridad pública. Dicha Tesis fue avalada por la Corte Constitucional en Sentencia C-333 de 1993, en donde expresó, que además de constatar la antijuridicidad del daño, el juzgador debe elaborar un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión.

¹⁷ 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).

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez, de fecha 01 de marzo de 2006.



Al referirnos a la **imputación jurídica y fáctica**, debemos remitirnos a lo explicado por la Sección Tercera del H. Consejo de Estado que considera que *“imputar, para nuestro caso, es atribuir el daño que padeció la víctima al Estado, circunstancia que se constituye en condición sine qua non para declarar la responsabilidad patrimonial de este último (...) la imputación del daño al Estado depende, en este caso, de que su causación obedezca a la acción o a la omisión de las autoridades públicas en desarrollo del servicio público o en nexos con él, excluyendo la conducta personal del servidor público que, sin conexión con el servicio, causa un daño”*¹⁹

A partir de la disposición Constitucional señalada, 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 demandada 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 al Juez analizar los hechos de cada caso concreto y determinar el régimen de responsabilidad aplicable, para resolver el asunto sometido a su consideración de acuerdo con los elementos probatorios allegados, aunque el demandante haya encuadrado el contencioso en un título de imputación disímil, pues en acciones de reparación directa, domina el principio de *iura novit curia*.

De otro lado, en cuanto al **nexo de causalidad**, nuestro Órgano de Cierre²⁰ trayendo a colación apartes de la Doctrina Francesa ha considerado que éste, es el elemento principal en la construcción de la responsabilidad, esto es la determinación de que un hecho es la causa de un daño, pues desde el punto de vista teórico resulta fácil, en criterio de los autores, diferenciar el tratamiento del nexo de causalidad dentro de los títulos objetivo y de falla. En tratándose de la falla del servicio, la relación de causalidad se vincula directamente con la culpa, con la irregularidad o la anormalidad.

En síntesis, existe una cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, en forma de mandato imperativo, aplicable a todas las autoridades estatales y en todos los ámbitos de la responsabilidad, siendo una garantía para los administrados,

¹⁹ Sentencia del 21 de octubre de 1999, expediente 10948, M.P.: Alíer Eduardo Hernández Enríquez.

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. María Elena Giraldo Gómez, Sentencia del 10 de agosto de 2005, Rad. 73001-23-31-000-1997-04725-01(15127).



con la consecuente obligación para el Estado de repetir contra sus agentes, cuando la administración pública haya resultado condenada y se demuestre la culpa grave o el dolo de los mismos.

4.2. Régimen de imputación derivado de la actividad médica

En torno al régimen de responsabilidad derivado de la actividad médica, la jurisprudencia ha realizado una transición entre los conceptos de falla presunta y falla probada, siendo la posición actual aquella según la cual, el régimen de responsabilidad que resulta aplicable por la actividad médica hospitalaria es el de falla probada del servicio²¹, por lo que en la actualidad, según esta sub-regla jurisprudencial, deben ser acreditados en este punto tres elementos inexcusables por parte del actor, a saber: i) el daño; ii) la falla en el acto médico y iii) el nexo causal, sin los cuales resulta improcedente por esta vía una condena en contra del Estado²², tal y como lo ha entendido el H. Consejo de Estado al señalar:

*“Al margen de las discusiones que se presentan en la jurisprudencia y en la doctrina en relación con el régimen probatorio de los elementos de la responsabilidad patrimonial por los daños que se deriven de la actuación médica del Estado, **lo cierto es que existe consenso en cuanto a que la sola intervención -actuación u omisión- de la prestación médica no es suficiente para imputar al Estado los daños que sufran quienes requieran esa prestación, sino que es necesario que se encuentre acreditado que la misma fue constitutiva de una falla del servicios y que dicha falla fue causa eficiente del daño.**”²³* (Negritas y subrayas del despacho)

Dicho título de imputación opera, como lo señala la jurisprudencia de la Sección Tercera, no sólo respecto de los daños indemnizables derivados de la muerte o de las lesiones corporales causadas, sino que también comprende “... los que se constituyen por la vulneración del derecho a ser informado; por la lesión del derecho a la seguridad y protección dentro del centro médico hospitalario y, como en este caso, **por lesión del derecho a recibir atención oportuna y eficaz**”²⁴. (Se destaca)

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Sentencia del 09 de julio de 2018, Rad. 08001-23-31-000-2000-01774-01(44961)

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, Sentencia del 19 de abril de 2018, Rad. 76001-23-31-000-2003-03719-01(44222) acumulado con el 76001-23-000-2004-01899-01).

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 23 de junio de 2010, exp.

19.101 C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

²⁴ Sentencia de 7 de octubre de 2009. Exp. 35656.



En consonancia con ello y de acuerdo con lo dispuesto en la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, cuando la falla probada en la prestación del servicio médico y hospitalario se funda en la “*lesión al derecho a recibir atención oportuna y eficaz*”, se debe observar que ésta produce como efecto la vulneración de la garantía constitucional que recubre el derecho a la salud, especialmente en lo que hace referencia al respeto del principio de integridad en la prestación de dicho servicio.

Ahora bien, según el precedente jurisprudencial constitucional “*la protección al derecho fundamental a la salud no se limita simplemente al reconocimiento de los servicios que se requieren con necesidad; sino que comprende también su acceso de manera oportuna, eficiente y de calidad. La prestación del servicio de salud es oportuna cuando la persona lo recibe en el momento que corresponde para recuperar su salud sin sufrir mayores dolores y deterioros. En forma similar, el servicio de salud se considera eficiente cuando los trámites administrativos a los que se somete al paciente para acceder a una prestación requerida son razonables, no demoran excesivamente el acceso y no imponen al interesado una carga que no le corresponde asumir. Por otro lado, el servicio de salud es de calidad cuando las entidades obligadas a prestarlo actúan de manera tal “que los usuarios del servicio no resulten víctimas de imponderables o de hechos que los conduzcan a la desgracia y que, aplicando con razonabilidad los recursos estatales disponibles, pueden ser evitados, o su impacto negativo reducido de manera significativa para la persona eventualmente afectada”*”²⁵.

Frente al particular, el órgano de cierre de ésta jurisdicción ha señalado que la falla médica se circunscribe a una consideración básica, según la cual, la “*obligación de prestar asistencia médica es compleja, es una relación jurídica total, compuesta por una pluralidad de deberes de conducta (deber de ejecución, deber de diligencia en la ejecución, deber de información, deber de guardar secreto médico, etc.). Ese conjunto de deberes conforma una trama, un tejido, una urdimbre de la vida social responde a la idea de organización – más que de organismos- en punto a la susodicha relación jurídico total (...) Por tanto, aquel deber jurídico principal supone la presencia de otros deberes secundarios de conducta, como los de diagnóstico, información, recepción de la voluntad jurídica del enfermo –llamada comúnmente consentimiento del paciente-, prescripción, guarda del secreto profesional, satisfacción del plan de prestación en su integridad (actividad que supone no abandonar al enfermo y cuidar de él hasta darlo de alta)”*²⁶ (Subrayado original)

²⁵ Corte Constitucional, sentencia T-104 de 2010.

²⁶ Sección Tercera, sentencia de 18 de febrero de 2010. Exp. 17655.



4.3. La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad extracontractual del Estado

Al respecto, oportuno resulta citar lo que frente a la pérdida de oportunidad ha reseñado el H. Consejo de Estado, así²⁷:

*"PERDIDA DE OPORTUNIDAD - Aplicación en los casos de responsabilidad por actividad médica. Prueba científica de la posibilidad real de recuperación del paciente. También ha señalado la Sala que para que haya lugar a la reparación no es necesario acreditar que una adecuada prestación del servicio médico asistencial hubiera impedido el daño, porque bastaría con establecer que la falla del servicio le restó al paciente oportunidades de sobrevivir o de curarse. Se trata en este caso de lo que la doctrina ha considerado como la "pérdida de una oportunidad", cuya aplicación, a pesar de la simplicidad en su formulación ofrece grandes dificultades, pues el daño en tales eventos estaría en los límites entre el daño cierto y el eventual, dado que la oportunidad que puede tener un enfermo de recuperar su salud es aleatoria, regularmente difícil de establecer en términos porcentuales. **Se destaca que la determinación de la pérdida de la oportunidad no puede ser una mera especulación, es necesario que de manera científica quede establecido cuál era la posibilidad real del paciente de recuperar su salud o preservar su vida, y que esa expectativa real haya sido frustrada por omisiones o erradas acciones en la actuación médica.** En este aspecto hay que prestar la máxima atención y no resolver como pérdida de oportunidad eventos en los cuales lo que se presentan son dificultades al establecer el nexo causal. "* (Negritas fuera de texto).

Ahora bien, la naturaleza de la pérdida de oportunidad ha sido objeto de pronunciamientos por la jurisprudencia de lo contencioso administrativo en no pocas ocasiones.

Tradicionalmente se ha estudiado desde dos ópticas: una, que considera que la pérdida de oportunidad se consolida como un "daño autónomo", y otra, que afirma que el estudio de esta figura debe realizarse en sede del análisis del nexo causal.

Recientemente²⁸, el órgano de cierre de esta jurisdicción abordó el tema y entendió dicha figura como daño, con identidad y características propias, cuyo colofón es la vulneración de una expectativa o interés legítimo, la cual debe ser reparada.

²⁷ Sentencia del 31 de Agosto de 2006. CP. Ruth Stella Correa Palacio. Exp. 15772

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Expediente 25706 de 5 de abril de 2017.



Es así, que desde la óptica del daño, la pérdida de una oportunidad se erige como la lesión a un interés jurídico tutelado y, en esa medida, para su configuración es necesario que se trate de la pérdida de una oportunidad seria.

La oportunidad perdida debe contar con un grado de suficiencia que permita concluir que, la acción u omisión de la autoridad pública generadora de daño, disminuyó la probabilidad de ganar o, aumentó la de perder, de manera relevante para el derecho. Lo anterior obedece al concepto mismo de interés legítimo, en el que se fundamenta la pérdida de oportunidad como daño, en la medida en que debe tratarse de una posición de ventaja reservada para el titular del interés; por lo anterior, esa oportunidad debe contar con unos mínimos de relevancia jurídica, que permitan calificarla como valiosa o real.

Para el efecto, este daño debe cumplir con los siguientes requisitos según la jurisprudencia: *“En primer lugar, el resultado debe ser aleatorio, esto es, incertidumbre respecto a si el beneficio se iba a conseguir o si el perjuicio se iba a evitar; segundo, la certeza respecto de la oportunidad propiamente dicha, es decir que, en ausencia del hecho dañoso, la víctima habría mantenido intacta la expectativa de obtener un provecho o de evitar un perjuicio; finalmente, que la oportunidad de evitar esa aminoración o de obtener un provecho, se extinguió de manera irreversible para la víctima, toda vez que, si la ventaja aún era susceptible de ser lograda o el perjuicio de ser evitado, se estaría en presencia de un daño eventual.”*²⁹

Lo anterior, permite concluir que la pérdida de oportunidad como daño, tiene dos componentes: Uno, de certeza en relación con la existencia de una expectativa real, relevante para el derecho; y otro, relacionado con la incertidumbre de obtener la ganancia esperada o de evitar el perjuicio.

5. De lo probado en el proceso

Al expediente fueron aportados los siguientes elementos de convicción relevantes para la resolución del problema jurídico planteado:

²⁹²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Expediente 40916 del 10 de abril de 2019.



- Registro civil de nacimiento de CARMEN DANIELA SANCHEZ ORTIZ, según el cual, su fecha de nacimiento data del 30 de marzo de 1995.³⁰
- Registro civil de nacimiento de MARIA CAMILA SANCHEZ ORTIZ, según el cual, su fecha de nacimiento data del 23 de agosto de 1993.³¹
- Registro civil de nacimiento de MARTHA ESPERANZA ORTIZ CORDOBA, con el cual se acredita su calidad de madre de CARMEN DANIELA y MARIA CAMILA SANCHEZ ORTIZ, respectivamente.³²
- Registro civil de nacimiento de ANA CELMIRA CORDOBA BAUTISTA, con el cual se acredita su calidad de abuela materna de la fallecida CARMEN DANIELA³³
- Registro civil de defunción de CARMEN DANIELA SANCHEZ ORTIZ, según el cual, su deceso se verificó el 22 de junio de 2015.³⁴
- Historia clínica de CARMEN DANIELA SANCHEZ ORTIZ, en la cual se registraron las siguientes anotaciones relevantes para el caso frente a las atenciones médicas brindadas a la misma³⁵:

Clínica Minerva

EVOLUCION

16 de julio de 2013 21:59

Paciente de 18 años con cuadro de un mes de evolución de astenia, adinamia, palidez mucocutánea y aparición de adenomegalias cervicales por lo que remiten de consulta externa para valoración por medicina interna; se indicaron paraclínicos que evidencian pancitopenia con leucopenia de 3200, anemia severa...Se considera paciente con probable cuadro linfoproliferativo ...

Plan

Valoración por medicina interna

³⁰ Fl. 6 del Cuad. Ppal. 1

³¹ Fl. 7 del Cuad. Ppal. 1

³² Fl. 8 del Cuad. Ppal. 1

³³ Fl. 11 del Cuad. Ppal. 1

³⁴ Fl. 12 del Cuad. Ppal. 1

³⁵ Fls. 28 y ss del Cuad. Ppal. 1



Rama Judicial

República de Colombia

Se inicia remisión por hematología

17 de julio de 2013 8: 45

Medicina Interna – Urgencias

Paciente con cuadro subagudo de pancitopenia con importante compromiso anémico de tipo megaloblástico que requiere estudios para confirmar dicho dx...

Plan

Remisión a Hematología...

Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué

TRIAGE URGENCIAS – SERVICIO URGENCIAS

Remitida de Clínica Minerva, para valoración por hematología y medicina interna por dx de linfoproliferativo en estudio

18 de julio de 2013

Valoración por medicina interna

19 de julio de 2013

Valoración por medicina interna 7:00

Paciente con pancitopenia en quien se sospecha síndrome linfoproliferativo, cursando con anemia severa, se comenta caso con hematología quienes sugieren trasfundir...

19 de julio de 2013 10:45 Se inicia transfusión

22 de julio de 2013 Valoración por hematología

Opinión: Paciente joven con cuadro clínico de pancitopenia con granulocitosis con presencia de adenomegalias cervicales y submandibulares...cuadro clínico altamente sugestivo de anemia mieloblástica (leucemia aguda vs componente inmunológico de un síndrome de Evans...La paciente requiere realización de mielograma y biopsia de médula ósea. Debido a que no hay diagnostico confirmado, la paciente no debe recibir tratamiento con esteroides.

23 de julio de 2013 *Se tomó biopsia de medula ósea.*

25 de julio de 2013 Hematología

Se revisó el mielograma de esta paciente documentándose infiltración en un 92% por células inmaduras tipo blastos, con características morfológicas de estirpe linfoide, hipoplasia de las



demás líneas hematológicas. **Conclusión:** Leucemia aguda probablemente linfoblástica ...se decide remisión urgente para Bogotá para manejo integral por hematología.

RESULTADOS DE BIOPSIA MEDULA OSEA

Los cortes muestran medula ósea con celularidad del 100% hematopoyesis normal remplazada por población de células tumorales de núcleos grandes, pfeomorficos, mellados con cromatina en grumos...

REMISION DE PACIENTES DEL HOSPITAL FEDERICO LLERAS ACOSTA AL SERVICIO DE HEMATOONCOLOGIA del 25 de julio de 2013

CLINICA FUNDADORES - BOGOTA³⁶

EPICRISIS

Ingreso del paciente **26/07/2013** al servicio de Hospitalización remitida por el HFLL...

...03/08/2013

Leucemia aguda a clasificar...llega reporte de citometría de flujo...los hallazgos en esta muestra sugieren compromiso por leucemia linfocítica aguda de precursores b...

05/08/2013

...Se habla con la tía se le explica la enfermedad de la paciente y la necesidad de tratamiento con quimioterapia y realizar estudios de compatibilidad con la hermana para consolidar con trasplante con donante familiar...

10/08/2013

...Hoy día 1 de quimioterapia protocolo GRAALL 03 evolución adecuada...

20/08/2013

...Hoy día 11 de quimioterapia protocolo GRAALL 03, bien tolerada hasta el momento, evolución adecuada...

30/08/2013

...Hoy día 21 de quimioterapia protocolo GRAALL 03, bien tolerada hasta el momento, persiste en aplasia medular sin neutropenia febril...

3/09/2013

³⁶ Fls. 54 y ss del Cuad. Ppal. 1



...Hoy día 25 de quimioterapia protocolo GRAALL 03, sin complicaciones hasta el momento, aplasia medular postquimioterapia en recuperación hematológica...

12/10/2013

Paciente de 18 años conocido por el servicio con diagnósticos de Leucemia Linfoide Precursores B...TRATAMIENTO GRAALL 03, terminó ciclo de quimioterapia 8/09/2013 INICIA 8/10/2013 HOY DIA 3

15/10/2013

INTERCONSULTA-INFECTOLOGIA

CARMEN DANIELA es una paciente de 18 años de edad hospitalizada para quimioterapia por leucemia mieloide aguda, en esquema de GRAALL 3 al tercer día de quimioterapia y con aguja implantada en catéter central presenta pico febril, se toman hemocultivos, resulta positivo para STAPH...

...RESUMEN DE HISTORIA – CLINICA FUNDADORES³⁷

Fecha de Ingreso: 18/11/2013 Fecha de Egreso: 23/11/2013

Motivo de consulta: Se hospitaliza para nuevo ciclo de quimioterapia

23/11/2013

Adecuada evolución sin presencia de complicaciones, salida después de administración de perfil GASTRIM

Próximo ingreso en 2 semanas para reevaluación y 4° ciclo de quimioterapia de consolidación...

9/12/2013

Paciente ingresa para nuevo ciclo de quimioterapia

13/12/2013

Hoy completa quimioterapia en la tarde, si no hay novedad, se dará el alta al terminar la quimioterapia. Deberá continuar las profilaxis antimicrobianas...Deberá ingresar para 5° ciclo de quimioterapia el 25 de diciembre de 2013...

25/12/2013

³⁷ Fls. 67 y ss del Cuad. Ppal. 1



Rama Judicial

República de Colombia

Paciente ingresa a 5 ciclo de consolidación del protocolo GRAALL 2003 por leucemia linfocítica aguda...

31/12/2013

Evolución adecuada...Se da salida con orden de hospitalización para 6 ciclo de quimioterapia para el 19/01/2014...

19/01/2014

Paciente que se hospitaliza para nuevo esquema de quimioterapia 6 ciclo de consolidación...

21/01/2014

Paciente LLA sin afectación a sistema nervioso central, quien presenta enfermedad mínima residual positiva después del bloque 3 de consolidación, motivo por el cual tiene indicación de alotrasplante de médula ósea, su hermana no es HLA compatible, se ha solicitado valoración por grupo de trasplante de la clínica MARLY para inicio de búsqueda de donante no emparentado, está pendiente esta valoración, la EPS nos ha autorizado a nosotros, nosotros no disponemos de este servicio. Haremos nuevamente los trámites y hablaremos con la EPS.

2/2/2014

...Ingresa para nuevo ciclo de quimioterapia previo se realizará estudio de biopsia de médula ósea paciente ya tiene autorizaciones...

6/02/2014

*Paciente con LLA en remisión completa postinducción, actualmente, en intensificación tardía, continuamos según protocolo, **EMCOSALUD está consiguiendo la cita con trasplante de médula ósea.***

17/02/2014

Paciente con LLA en remisión completa posinducción, actualmente con intensificación tardía, continuamos según protocolo. De momento sin complicaciones a destacar.

Hemos hablado con clínica MARLY quien nos confirma que le han solicitado la cita por parte de EMCOSALUD, nos asignan cita para la primera semana de marzo del presente año.

21/02/2014

Se atiende llamado de enfermería, paciente taquicárdica



Rama Judicial

República de Colombia

22/02/2014

Paciente con LLA en remisión completa postinducción, actualmente en intensificación tardía, día 19, continuamos según protocolo, llama la atención cuadro de taquicardia que respondió a volumen, no evidencia de proceso infeccioso...se evidencia dislipidemia...

Tiene cita en la Unidad de Trasplante de la clínica Marley el 7 de marzo de 2014.

EPICRISIS – Clínica Fundadores – 26 de febrero de 2014

...En conclusión...

Estamos ante una paciente joven con diagnóstico de leucemia linfocítica aguda, fenotipo b común que parece ser de bajo riesgo, pero como peculiaridades no se hizo reevaluación del día +14 y que el BCR -ABL1 fue realizado en sangre periférica y después de haber acabado la profase.

Destaca enfermedad mínima positiva indetectable al final de la inducción que se hace positiva al inicio del 4º ciclo de consolidación, pero que nuevamente se hace negativa después del 6º ciclo de consolidación.

La paciente dispone de una hermana HLA haploidentica.

Se solicita valoración de cara a definir la pertinencia de consolidar la respuesta con un alotrasplante en primera respuesta completa y de ser así, definir inicio de búsqueda de donante no emparentado vs alotrasplante haploidentico de su hermana.

09/03/2014

Paciente ingresa para nuevo ciclo de quimioterapias, refiere picos febriles y síntomas respiratorios altos, en el momento como signos clínicos de sírs taquicardia y taquiapnea.

10/03/2014

...valorada en la Unidad de Trasplantes de médula ósea de la Clínica Marly (07/03/2014), por el Dr. Manuel Rosales, quien presentará en junta de trasplante antes de tomar una decisión...

11/03/2014

Paciente con LLA en remisión completa postinducción, actualmente en intensificación tardía, día 31, sin complicaciones a destacar...Síntomas respiratorios compatibles con resfriado común...Paciente con contraindicación para inicio de quimioterapia por proceso infeccioso recurrente...Control en una semana, si el cuadro está resuelto, reiniciaremos quimioterapia...

27/03/2014



Día 1 del 7° ciclo de consolidación del protocolo GRAALL2003 por leucemia linfocítica aguda...Caso se llevó a junta de trasplante de médula ósea de la Clínica Marly...quienes consideran que la paciente no es de bajo riesgo e inician trámites para realizar búsqueda de donante no emparentado.

29/03/2014

...Finalizó 7° ciclo de quimioterapia...se da salida y se hospitalizará para nuevo ciclo de quimioterapia a iniciar el 9 de abril de 2014...

Historia Clínica de Ingreso – Unidad de Trasplante de Médula Ósea - Clínica Marly³⁸

SS AUTORIZACION REALIZACION DE TRASPLANTE ALOGENICO DE PROGENITORES HEMATOPOYETICOS DE DONANTE ALTERNATIVO, en forma prioritaria, alto riesgo de recaída. 20 de marzo de 2014.

EPICRISIS – CLINICA MINERVA S.A. ³⁹

10/04/2014 ALTA MEDICA

Se trata de paciente de 19 años de edad con antecedentes anotados con actual manejo antibiótico multiconjugado por presentar faringoamigdalitis bacteriana...se considera autorizar alta medica por riesgo de infección nosocomial, al tratarse de paciente inmunosuprimida...

EPICRISIS CLINICA FUNDADORES⁴⁰

Fecha de Ingreso: 20/04/2014 Fecha de egreso: 26/04/2014

Motivo Consulta: Ingreso para nuevo ciclo (8°) de quimioterapia...

...Fecha de Ingreso: 4/05/2014

Se completó 9° ciclo de consolidación, hoy terapia intratecal, alta en la tarde

Al alta control en 2 semanas en consulta externa...continuar profilaxis antibiótica...

...7/5/2014

Terapia intratecal...

³⁸ Fl. 108 del Cuad. Ppal. 1

³⁹ Fls. 124 y ss del Cuad. Ppal. 1

⁴⁰ Fls. 129 y ss del Cuad. Ppal. 1



Rama Judicial

República de Colombia

Formula del 21 de mayo de 2014, suscrita por el Dr. GUILLERMO QUINTERO, internista hematólogo tratante de CARMEN DANIELA...

...Análisis: En remisión morfológica y por citometría de flujo, sin donante HLA compatible. Ya completó 9 ciclos de consolidación del protocolo GRAALL 2013, 7/5/2014 terapia intratecal. Se inicia terapia de mantenimiento con vincristina 2mg día 1 por 12 meses y prednisolona...por 12 meses...⁴¹

...CTA Se formula poliquimioterapia de bajo riesgo de mantenimiento...

...CONTROL 24/07/2014 por medicina interna-hematoncológica...

...CONTROL 27/08/2014 por medicina interna-hematoncológica

Análisis: En remisión morfológica y por citometría de flujo, sin donante HLA Compatible. Ya completó 9 ciclos de consolidación del protocolo GRALL 2013 07/05/2014 TERAPIA INTRATECAL. Inició terapia de mantenimiento, pero ha presentado amenización y fatiga con fiebre por lo que ordeno hospitalizar de manera urgente para descartar recaída de la enfermedad.

...Hoja de registro de quimioterapia ONCOMEDIC-INSTITUCION AUTORIZADA EMCOSALUD, siendo usuaria CARMEN DANIELA SANCHEZ ORTIZ

Quimioterapias administradas

1/07/2014

31/07/2014

24/11/2014

19/01/2015⁴²

...CONTROL 27/10/2014 por medicina interna-hematoncológica

...Pendiente trasplante de donante no relacionado...aplicar 3° ciclo de poliquimioterapia de bajo riesgo de mantenimiento...

...CONSULTA UNIDAD DE CANCEROLOGIA DEL TOLIMA IPS⁴³

Fecha de atención: 13 de noviembre de 2014

⁴¹ Fls. 136 y ss del Cuad. Ppal. 1

⁴² Fl. 137 del Cuad. Ppal.

⁴³ Fl. 132 del Cuad. PPal. 1



Paciente con LLA RC Mantenimiento quien debe recibir su TTO mensual estricto, ya que de esto depende el evitar la activación de la enfermedad LLA Además de continuar en estudio para posible trasplante de donante no familiar debido a la persistencia de recuentos bajos de blastos con alto riesgo de recaída temprana y es el único manejo con intención curativa para la paciente sino se encuentra un donante compatible debe continuar en TTO.

Fecha de atención: 16 de marzo de 2015

Paciente con cambios en los recuentos hematológicos se recomienda nueva valoración por Grupo de hematología 4 nivel con estudio de medula ósea para descartar recaída temprana...

...CONTROL 7 de enero de 2015

Leucemia linfoide aguda...bajo riesgo protocolo GRAALL ...Inicio quimio de inducción logrando remisión completa. SS CITA ABIERTA...POLIQUIMIOTERAPIA DE BAJO RIESGO...

***...HISTORIA CLINICA AMBULATORIA
INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGIA⁴⁴***

24/03/2015 Consulta de primera vez

Paciente con diagnostico extrainstitucional (Clínica Fundadores) de Leucemia Linfoblástica Aguda, manejada con quimioterapia GRAALL, al parecer con remisión completa, actualmente en protocolo de mantenimiento POMP # 5, dado cambios en la EPS remiten para continuar controles en el INC...

...CLINICA TOLIMA⁴⁵

Fecha: 31/03/2015

Paciente indica cuadro febril desde hace 3 días, asociado astenia y adinamia, malestar general, deposición líquida, dolor abdominal...me comunicó con médico tratante hematólogo Dr. Peña y me indica remisión urgente a hematología por recaída de leucemia...

31/03/2015 Hospitalización...

Se inicia trámite de remisión a hematología

Paciente femenino de 20 años de edad con antecedente de leucemia linfoide aguda quien ingresa por cuadro clínico que se originó hace 1 mes consistente en gingivorragia la cual fue autolimitada; sin embargo, desde hace 3 días presenta fiebre y desde hace 2 días dolor y

⁴⁴ Fls. 133 y ss del Cuad. Ppal. 1

⁴⁵ Fls. 138 y ss del Cuad. Ppal. 1



Rama Judicial

República de Colombia

distensión abdominal...refiere que hace un mes le realizaron biopsia medular que documenta hipoactividad celular

Medicina interna – 1/04/2015

Hemograma con leucopenia con predominio de linfocitos anemia leve trombocitopenia con disminución de recuento de plaquetas

Plan de Evolución

Aislamiento protector

Vigilancia hemodinámica estricta

Trasfunder 6U Plaqueas cada 8 horas Urgente

Remisión para hematología Urgente

Ante inestabilidad traslado UCI

03/04/2015

...Se insiste remisión a hematología para el respectivo manejo...

04/04/2015

...Se insiste remisión a hematología por crisis de leucemia

05/04/2015

...Por pobre respuesta medular se insiste en remisión a hematología, por alto riesgo de complicaciones mayores, choque hipovolémico o séptico...

08/04/2015

...Se insiste a la EPS oportuna respuesta a trámite de remisión en paciente con neutropenia febril y leucemia linfoblástica aguda en crisis, con pobre respuesta medular...

9/04/2015

Deterioro de la enfermedad, con trombocitopenia severa que continúa disminuyendo y dado que se encuentra con sangrado menstrual que ha aumentado en cantidad, requiere transfusión...No se ha obtenido respuesta de la EPS a trámite de remisión, en paciente con prioridad para ser ubicada y manejada por hematología...

13/04/2015

...No se ha logrado obtener respuesta favorable por parte de la EPS a trámite de remisión de hematología...

14/04/2015

...Seguimos a la espera de respuesta por parte de EMCOSALUD a trámite de remisión que inició desde el 27/03/2015...



HISTORIA CLINICA GENERAL AMBULATORIA – INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGIA⁴⁶

15/04/2015

Paciente con leucemia linfoblástica aguda de precursores b en recaída. Se considera hospitalizar urgente por hematología para inicio de quimioterapia de rescate protocolo IDA FLAG. Debe ser valorada por clínica Marly para búsqueda de donante idéntico no emparentado como única opción de curación...

Datos relevantes de la atención...

Fecha de ingreso: 15.04.2015

Fecha de egreso: 16.06.2015

...16/04/2015

*Paciente de 20 años con LLA de precursores b en recaída posterior a remisión completa, consolidación por 9 ciclos que terminó 9 de mayo de 201 y **ante ausencia de donante relacionado estaba en mantenimiento con POMB, alcanzó a recibir 4 ciclos , último enero de 2015**, ahora citopenias hace 2 meses y hepatoesplenomegalia desde hace 1 mes por lo cual remiten y estudio de medula ósea de inc reporta 83% de blastos...está icterica y neutropénica aunque afebril, Preocupa la alteración a la auscultación pulmonar y necesidad de O2 suplementario...*

...20/04/2015

Paciente de 20 años con LLA de precursores b en recaída, rescate, prefase de prednisolona hoy día 5 Neutropénica prolongada sin fiebre, con foco pulmonar...se dieron ordenes de cita de trasplante de médula ósea para continuar trámite de búsqueda de donante no relacionado. Controlados procesos infecciosos y terminada prefase iniciaremos protocolo de rescate.

... 23/04/2015

...la mejoría respiratoria es evidente con el cubrimiento antimicrobiano instaurado...asintomática desde el punto de vista respiratorio...

...26/04/2015

...Ayer picos febriles y deterioro de su condición general

...28/04/2015

...Franco deterioro clínico, sangrado genital y por mucosas, dificultad respiratoria y persistencia de la fiebre, trombocitopenia severa...alto riesgo de complicaciones severas por lo cual se indicó traslado a UCI. Iniciamos nueva trasfusión...

Se hospitaliza en cuidado intermedio

⁴⁶ Fls. 188 y ss del Cuad. Ppal.



30/04/2015

Paciente femenina con diagnostico de leucemia linfoblástica aguda de precursores b, quien se encuentra hospitalizada en unidad de cuida critico por sepsis de origen pulmonar. Evolución clínica favorable...

...Estacionaria...alto riesgo de complicaciones fatales, falla ventilatoria y muerte, pronóstico reservado...

...1/05/2015

Se decide traslado a piso por buena evolución clínica

...5/05/2015

Mejoría de los síntomas

...10/05/2015

Paciente con sepsis en neutropenia profunda al parecer de origen pulmonar...

19/05/2015

Diagnósticos:

1. Leucemia linfoblástica aguda de precursores b
2. Neutropenia febril
3. Coagulopatía secundaria
4. Sinusitis etmoidomaxilar izquierda
5. Infección pulmonar sospechosa de origen fúngico

...25/05/2015

Diagnósticos:

1. Leucemia linfoblástica aguda de precursores b
2. Neutropenia febril
3. Coagulopatía secundaria
4. Sinusitis etmoidomaxilar izquierda
5. Infección pulmonar sospechosa de origen fúngico

...Mejoría de síntomas...Estabilidad de plaquetas...En espera de recuperación hematológica...

...05/06/2015

Diagnósticos:

1. Leucemia linfoblástica aguda de precursores b refractaria aplasia prolongada postquimioterapia
2. Neutropenia febril
3. Coagulopatía secundaria: Trombocitopenia severa, paciente quien refiere dolor hipogástrico desde el día de ayer, asociada orina fétida...



...12/06/2015

Paciente con diagnostico de leucemia linfoblástica aguda...refractaria a IDA FLAG , se encontraba ya desde marzo de este año en lista de clínica Marly para búsqueda de donante no relacionado, consideramos paciente candidata a inicio de tratamiento conblinatumumab para llevar a remisión y consolidar respuesta con trasplante...Paciente es candidata a iniciar tratamiento para fiebre tumoral...

13/06/2015

...Paciente de muy mal pronóstico...alto riesgo de desenlace fatal...

15/06/2015

Valorada por el servicio de medicina interna quienes inician reanimación volumétrica + transfusión...

16/06/2015⁴⁷

...Paciente ahora aplásica, no candidata a ningún manejo y con múltiples complicaciones posterior a esquema IDA FLAG con aplasia prolongada por toxicidad e infiltración tumoral, con alta probabilidad de letalidad...si entra en paro no es candidata a maniobras avanzadas de reanimación...había mejorado, desfavoreció la fiebre...las molestias abdominales corresponden a hepatoesplenomegalia por infiltración de la enfermedad...mal pronostico y alto riesgo de letalidad...

...Medicina interna turno atiende llamado de enfermería por paciente en apnea se valora paciente encontrándose sin signos vitales y pupilas midriáticas, determinándose su fallecimiento a las 22:00...".

- Certificación de EMCOSALUD del 28 de abril de 2010, según la cual, CARMEN DANIELA SANCHEZ ORTIZ ostenta la calidad de beneficiaria de dicha entidad. ⁴⁸
- Solicitud suscrita por CARMEN DANIELA SANCHEZ ORTIZ, el 17 de julio de 2014, a través de la cual petitionó a MEDICOSALUD, información sobre el estado de la autorización reclamada en relación con el trasplante prescrito, ⁴⁹ frente al cual se le manifestó, que se aprobó la parte del trasplante que corresponde a la empresa, que son los procedimientos realizados en la IPS de Bogotá; que frente a la importación del paquete de células madre y todo lo que no se realiza en este país, se encuentra excluido del contrato; sin embargo, que se envió correo electrónico al gerente de la FIDUPREVISORA.

⁴⁷ Fls. 202 del Cuad. Ppal. 2.

⁴⁸ Fl. 223 del Cuad. Ppal. 2

⁴⁹ Fls. 224 del Cuad. Ppal. 2



- Solicitud suscrita por CARMEN DANIELA SANCHEZ ORTIZ, el 23 de septiembre de 2014, a través de la cual petitionó a MEDICOSALUD, información sobre el estado de la autorización reclamada en relación con el trasplante prescrito,⁵⁰ frente al cual se le manifestó, que le fue asignada cita con hemato oncóloga en UNICANCER el 13 de noviembre, con el fin de conocer un concepto actual sobre la situación de la misma.
- Oficio del 21 de mayo de 2014 mediante el cual, la Clínica Marly le informa a EMCOSALUD, que el valor de trasplante alogénico de progenitores hematopoyéticos de donante no relacionado para CARMEN DANIELA SANCHEZ ORTIZ, asciende a \$ 445.000.000, que corresponden a dos fases, solo debiendo pagarse el valor atinente a la segunda fase, cuando se halle donante.⁵¹
- Acción de tutela⁵² interpuesta por la señora ANA CELMIRA CORDOBA DE ORTIZ, en calidad de agente oficioso de CARMEN DANIELA SANCHEZ ORTIZ, solicitando su traslado a la ciudad a Bogotá, el suministro efectivo del trasplante alogénico de progenitores hematopoyéticos de donante no relacionado y el tratamiento integral, habiéndole correspondido su conocimiento al Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes de Ibagué, el cual, concedió la medida provisional solicitada a través de auto del 13 de abril de 2015⁵³.
- Fallo de tutela proferido el 27 de abril de 2015 mediante el cual, el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes de Ibagué, ordenó a EMCOSALUD que adelantara los trámites administrativos para que dentro de los 15 días siguientes se lleve a cabo el trasplante alogénico de progenitores hematopoyéticos de donante no relacionado; así mismo, ordenó a EMCOSALUD que suministrara a favor de CARMEN DANIELA SANCHEZ ORTIZ, el tratamiento necesario para la leucemia padecida por la misma.⁵⁴
- Incidente de desacato presentado el 21 de mayo de 2015⁵⁵, en virtud del cual, mediante auto del día siguiente el Juzgado de origen requirió al gerente

⁵⁰ Fls. 228 del Cuad. PPal. 2

⁵¹ Fls. 230 y ss del Cuad. Ppal. 2

⁵² Fls. 235 y ss del Cuad. Ppal. 2

⁵³ Fls. 260 y ss del Cuad. PPal. 2

⁵⁴ Fls. 302 y ss del Cuad. Ppal. 2

⁵⁵ Fls. 310 y ss del Cuad. Ppal. 2



general de EMCOSALUD para que le diera cumplimiento a la orden judicial contenida en el fallo del 27 de abril de 2015. El 15 de julio de 2015 se resolvió el presente desacato.⁵⁶

- Autorización calendada 23 de junio de 2015, en relación con el trasplante alogénico de progenitores hematopoyéticos de donante no relacionado en favor de CARMEN DANIELA SANCHEZ ORTIZ, siendo la EPS asignada la Clínica Marly.⁵⁷
- Contrato de prestación de servicios suscrito entre EMCOSALUD y la Clínica Marly para la atención de los docentes activos, pensionados y beneficiarios del FOMAG, cuyo objeto es la prestación de servicios médico asistenciales de consulta externa y procedimientos de trasplante alogénico de donante no relacionado.⁵⁸
- Grado Jurisdiccional de Consulta surtido en relación con la providencia del 26 de agosto de 2015, la cual fue confirmada.⁵⁹
- Contrato para la prestación de los servicios médico-asistenciales entre el FOMAG – FIDUPREVISORA S.A. -UNION TEMPORAL MEDICO SALUD 2012, junto con el pliego de condiciones.⁶⁰
- Declaración de la señora NIMIA INES GOMEZ⁶¹, informando que conoce a la familia ORTIZ CORDOBA desde hace muchos años y que por ello pudo evidenciar la leucemia que padeció CARMEN DANIELA SANCHEZ ORTIZ durante los años 2013 a 2015, la cual le fue tratada inicialmente en Ibagué y luego en Bogotá; que acompañó a su tía FRANCIA HELENA ORTIZ en algunas ocasiones a visitarla en Bogotá y evidenció las dificultades que aquella atravesó para el suministro de medicamentos, quimioterapia pero sobretodo, el trasplante que necesitaba, debido a la negligencia de su EPS.

Aseveró que la mamá de DANIELA sufría de lupus y que una vez supo del diagnostico de leucemia de su hija, falleció a los 6 meses. Refirió, que

⁵⁶ Fls. 380 y ss del Cuad. Ppal. 2

⁵⁷ Fls. 350 y ss del Cuad. Ppal. 2

⁵⁸ Fls. 355 y ss del Cuad. Ppal. 2

⁵⁹ Fls. 540 y ss del Cuad. Ppal.

⁶⁰ Cuad. Pruebas EMCOSALUD

⁶¹ Audiencia de Pruebas



CARMEN DANIELA y su hermana fueron criadas por su abuela CELMIRA, debido a que su madre se encontraba trabajando. Adujo, que FRANCIA HELENA era como una segunda mamá para CARMEN DANIELA, no solo en el plano emocional sino también económico, al punto que en muchas ocasiones debió cubrir los medicamentos que se le prescribían a su sobrina, hoy fallecida.

Finalmente, concluyó que se trata de una familia que era muy unida y en la cual mediaban unas relaciones muy estrechas de cariño.

- Declaración del señor DANILO GUTIERREZ ANGARITA, esposo de la demandante FRANCIA HELENA, quien refirió que en dicha calidad, pudo evidenciar todo el proceso que atravesó CARMEN DANIELA con su enfermedad hasta su fallecimiento, puesto que era su esposa quien adelantaba los trámites que la misma necesitaba para acceder a los servicios de salud, además de que era quien acompañaba a CARMEN DANIELA a las citas médicas y durante sus hospitalizaciones; indicó, que el núcleo familiar de CARMEN DANIELA estaba integrado por su mamá MARTA, quien falleció en el año 2014, su abuela CELMIRA y su hermana CAMILA, pero que su esposa FRANCIA HELENA le brindó un acompañamiento permanente además de emocional, económico, incluso desde antes de la enfermedad, pues ella se encargaba de adelantar el proceso de matrículas en la universidad de CARMEN DANIELA y su hermana, llevar a la señora CELMIRA a sus citas médicas y a CARMEN DANIELA en todo lo que requirió, dado que el lupus que padecía su madre le impedía adelantar muchas actividades.

Adujo, que a CARMEN DANIELA se le diagnosticó leucemia en el año 2013 y que falleció en el año 2015, sin recibir de forma integral el tratamiento que requería.

- Declaración de MARIA DIVA VILLAREAL⁶², indicando que tuvo conocimiento de la enfermedad y fallecimiento de CARMEN DANIELA, debido a que era compañera de trabajo de su tía FRANCIA HELENA; indicó, que supo que CARMEN DANIELA fue diagnosticada con leucemia y que en ese proceso ella y su familia tuvieron que luchar para que la misma recibiera el tratamiento que

⁶² Audiencia de Pruebas



requería, pese a lo cual, la EPS era renuente a suministrárselo, al punto que tuvo una recaída y finalmente falleció.

Manifestó que FRANCIA HELENA fue la que siempre estuvo a cargo de adelantar los trámites para que CARMEN DANIELA accediera a los servicios de salud, debido a que su mamá MARTICA estaba muy enferma de lupus, al punto que falleció antes que su hija y su abuela CELMIRA, ya era una persona muy mayor.

Refirió que desde que conoció a este grupo familiar, CARMEN DANIELA y su hermana siempre vivieron con su madre y su abuelita CELMIRA.

Aseveró que acompañó a la señora FRANCIA HELENA en varias ocasiones a solicitar autorizaciones ante EMCOSALUD e incluso, ante la DEFENSORIA DEL PUEBLO a fin de solicitar su intervención en este caso, dado la negativa a prestar los servicios requeridos por aquella.

- Declaración de la señora MARIA NANCY AVILA HERNANDEZ, informando que conoce a FRANCIA HELENA desde hace 26 años aproximadamente, que fueron compañeras de trabajo en la Contraloría y que esa cercanía le permitió conocer lo relacionado a la leucemia padecida por CARMEN DANIELA, siendo diagnosticada en el año 2013; que a partir de ese momento le inician un tratamiento para estabilizarla que duró aproximadamente 8 meses, luego de lo cual afirma le dieron una orden médica prescribiéndole el trasplante de medula y unas quimioterapias de mantenimiento.

Refirió, que en varias ocasiones acompañó a FRANCIA HELENA a la EPS, debido a que para ese momento vivía en INTERLAKEN.

Indicó que el núcleo familiar de CARMEN DANIELA estaba integrado por su mamá, su abuelita y su hermana; que la relación de FRANCIA HELENA y CARMEN DANIELA era muy buena; que FRANCIA siempre le colaboró en todos los aspectos, incluso desde antes de que se enfermara, pues aquella no contó el apoyo de su padre desde muy pequeña.



- Interrogatorio de parte de ANA CELMIRA CORDOBA⁶³, abuela de CARMEN DANIELA ORTIZ, quien manifestó que la EPS encargada de suministrarle el servicio de salud a la misma era EMCOSALUD; que se le había prescrito un tratamiento mensual por 12 meses y que solamente le fue suministrado en 4 ocasiones; que acompañó a su nieta durante toda la enfermedad en casa y en las Clínicas; que el trasplante que se le prescribió nunca fue autorizado, solamente 8 días después de su fallecimiento, pese a que su hija FRANCIA HELENA intentó conseguir dicha autorización.
- Interrogatorio de parte de MARIA CAMILA SANCHEZ ORTIZ⁶⁴, informando que la EPS encargada de prestarle los servicios de salud a CARMEN DANIELA, su hermana, fue EMCOSALUD, entidad que afirma, no actuó de forma oportuna en su caso, pues no autorizaba a tiempo las ordenes médicas que se le brindaban a la misma o no entregaba de forma completa los medicamentos requeridos. Igualmente, expresó que nunca le fue autorizado el trasplante de médula que requería.

Manifestó, que ella y su abuelita era quienes acompañaron a su hermana durante su hospitalización y que su tía FRANCIA HELENA era quien adelantaba los tramites administrativos a efectos de la autorización de los servicios médicos que requería CARMEN DANIELA.

- Interrogatorio de parte de FRANCIA HELENA ORTIZ CORDOBA⁶⁵, informando que la EMCOSALUD era la entidad encargada de prestarle los servicios de salud a su sobrina CARMEN DANIELA; que la atención brindada por dicha entidad no fue oportuna, que los medicamentos no se entregaban de forma completa y que las autorizaciones médicas no se expedían en tiempo; que incluso, para garantizar la prestación de los servicios de salud que requería CARMEN DANIELA, debió acudir a la DEFENSORIA DEL PUEBLO y a la interposición de una acción de tutela; que la DEFENSORIA DEL PUEBLO tuvo que intervenir para remitir a CARMEN DANIELA al Instituto Nacional de Cancerología en Bogotá, pues permaneció 15 días en la Clínica Tolima a la espera de ello.

⁶³ Ibidem

⁶⁴ Ibidem

⁶⁵ Ibidem



Adujo, que para el mantenimiento de CARMEN DANIELA se le prescribieron quimioterapias orales, las cuales no fueron suministradas como correspondía; que a pesar de haberse radicado la orden del trasplante de médula, nunca se adelantó trámite alguno para su efectividad.

- Declaración de MARTHA LUCIA GARCIA BETANCOURTH, médico que labora en EMCOSALUD, informando que como coordinadora médica tuvo conocimiento del caso de CARMEN DANIELA, paciente diagnosticada con leucemia linfocítica aguda, que se encontraba en trámite para trasplante de médula ósea; que dentro del tratamiento que se le brindó, estaban autorizaciones básicas en Ibagué y otras a Bogotá, en donde se le realizaron quimioterapias, luego de las cuales se le ordenó el trasplante de donante alternativo, que no se hace en Ibagué, que para el momento de los hechos solamente se hacía en la Clínica Marly.

Frente al procedimiento surtido en relación con el trasplante ordenado a favor de CARMEN DANIELA, lo primero que sostuvo era que se trataba de un trasplante de médula ósea de donante alternativo, que es un trasplante que se hace con un donante internacional, que no se halla en Colombia porque no hay banco de donantes; igualmente, adujo que los estudios de histocompatibilidad tampoco se realizaban en Colombia, todo lo cual determinaba que se trataba de un tratamiento que estaba por fuera del plan de coberturas, razón por la cual señaló, se ofició a la FIDUPREVISORA para que fuera garante del mismo, sin haber obtenido respuesta alguna.

También manifestó, que debido a la tutela que se interpuso, se iniciaron los trámites administrativos para adelantar el trasplante, los cuales eran dispendiosos debido a que se trataba de un procedimiento que no estaba contemplado en el plan de coberturas y que exigía incluso, un pago por anticipado del mismo, puesto que no se tenía contratado el mismo, y la celebración de un contrato cuya minuta elaboró la Clínica Marly.

A renglón seguido explicó en que consistía la leucemia y cuales eran las opciones para su tratamiento, indicando que inicialmente se adelanta una poliquimioterapia, no un trasplante; que en el caso de DANIELA, esas poliquimioterapias se ordenaron en Bogotá.



Frente al trámite del trasplante aseveró que en este caso, dada su exclusión del plan de cobertura, era responsabilidad de EMCOSALUD y FIDUPREVISORA garantizar el mismo a CARMEN DANIELA, máxime teniendo la orden de tutela y que ante el silencio de esta última a los múltiples requerimientos, EMCOSALUD dio inicio a la gestión, buscando que entidad en Colombia se encontrara autorizada por el Ministerio de la Protección Social para su realización.

Finalmente, expresó que el pago de los servicios no incluidos en el plan de cobertura pero que se garantizan en virtud de una orden de tutela, son recobrados ante FIDUPREVISORA, pero, como en el caso de CARMEN DANIELA el fallo de tutela vinculó tanto a EMCOSALUD como a FIDUPREVISORA, lo que se hizo fue oficiar a FIDUPREVISORA para garantizar esa prestación en conjunto.

- Declaración de CESAR AUGUSTO HOYOS DAVILA⁶⁶, informando que laboró para EMCOSALUD hasta 6 meses antes de rendir su declaración y por un lapso aproximado de 15 años; que en relación con este caso, recuerda que apoyaba al área jurídica frente al estudio del trasplante ordenado a CARMEN DANIELA y que se efectuó consulta ante FIDUPREVISORA, debido a que se trata de un servicio excluido.

6. CASO CONCRETO

Efectuadas las anteriores precisiones y relacionado el material probatorio obrante en el expediente, corresponde al Despacho verificar si en el asunto *sub examine* se estructuran o no los presupuestos necesarios para que se configure la responsabilidad del Estado, esto es, la **1)** La existencia de un daño antijurídico; **2)** Que le sea imputable al Estado (imputabilidad) y, **3)** Que haya sido producido por una acción u omisión de una entidad pública o de alguno de sus agentes (causalidad).

6.1 La existencia de un daño antijurídico.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han coincidido en que el primer elemento de la responsabilidad lo constituye el daño, a tal punto que su inexistencia o la ausencia de prueba sobre su existencia, hace inocuo el estudio de los demás elementos de la

⁶⁶ Continuación Audiencia de Pruebas.



responsabilidad, como son el título de imputación y el nexo de causalidad entre el daño y la actuación estatal⁶⁷.

El daño antijurídico ha sido definido por la jurisprudencia como la afectación, menoscabo, lesión o perturbación a la esfera personal (carga anormal para el ejercicio de un derecho o de alguna de las libertades cuando se trata de persona natural), a la esfera de actividad de una persona jurídica (carga anormal para el ejercicio de ciertas libertades), o a la esfera patrimonial (bienes e intereses), que no es soportable por quien lo padece bien porque es irrazonable, o porque no se compadece con la afirmación de interés general alguno.⁶⁸

Con la copia del registro civil de defunción⁶⁹ quedó probada la muerte de la joven CARMEN DANIELA SANCHEZ ORTIZ (q.e.p.d.), lo que, de conformidad con las circunstancias alegadas en la demanda puede considerarse un daño antijurídico, cuya imputación será analizada a continuación.

6.2. Imputabilidad del daño a las Entidades demandadas - Nexo causal.

La imputación no es otra cosa que la atribución fáctica y jurídica que del daño antijurídico se hace al Estado de acuerdo con los criterios que se elaboren para ello, como por ejemplo la falla del servicio, el desequilibrio de las cargas públicas, la concreción de un riesgo excepcional, o cualquiera otro que permita hacer la atribución en el caso concreto.

Dentro del presente asunto, la parte actora solicita que se declare de forma solidaria, la responsabilidad de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, la FIDUPREVISORA S.A. y la EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS EMCOSALUD, con fundamento en que tales entidades incurrieron en un comportamiento omisivo y negligente, en relación con la expedición oportuna de las autorizaciones de los distintos servicios médicos que requería la joven fallecida, para el tratamiento de la patología que la aquejaba – leucemia-, y que le fueron prescritos por sus galenos

⁶⁷ Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Dr. ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ, proferida el 8 de junio de 2006, en la Radicación número: 08001-23-31-000-1988-05057-01(15091), Actor: JAIME ELIAS MUVDI ABUFHELE.

⁶⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; CP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, proferida el 10 de agosto de 2010; Exp. 23001-23-31-000-2008-00281-01 (51167)

⁶⁹ Fl. 12 del Cuad. Ppal. 1



tratantes, concretamente dos: El trasplante de médula ósea y la poliquimioterapia de mantenimiento.

Ahora bien, en relación con ese reproche que se le hace a la parte demandada, ha de indicar el Despacho desde ya, que el estudio de la imputación fáctica y jurídica como elemento estructural de la responsabilidad estatal al amparo del artículo 90 de la Constitución, se hará respecto de la misma, bajo la teoría de la pérdida de oportunidad, entendida como un daño autónomo y no, como un elemento más a estudiar en el elemento nexo causal.

Y ello es así, no solo porque en la demanda la reparación de perjuicios pretendida se edifica sobre dicho concepto, sino porque como se tiene por establecido a partir de los distintos medios probatorios, no está demostrado que la muerte de la joven CARMEN DANIELA haya sido el resultado exclusivo del actuar omisivo en que incurrieron dichas entidades para autorizar algunos de los servicios médicos que aquella requería para el manejo de su patología; pero, lo que sí está demostrado, es que la tardanza y omisión en autorizar tales servicios y/o procedimientos, concretamente, el trasplante como pasará a verse a continuación, le restó la posibilidad de haber obtenido eventualmente, una recuperación o una mejoría en su estado de salud.

En efecto, lo primero que se tiene por establecido a partir de la documental recaudada, es que CARMEN DANIELA SANCHEZ ORTIZ, ostentaba la calidad de beneficiaria hija de la señora ORTIZ CORDOBA MARTA ESPERANZA, dentro del sistema de salud que cobijaba a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en el caso concreto, Unión temporal Magisterio Sur y que, en su caso, EMCOSALUD, era la EPS prestadora del servicio de salud.⁷⁰

De otra parte y en relación con la atención médica brindada a CARMEN DANIELA, de su historia clínica puede colegirse inicialmente que, luego de presentar un cuadro de un mes de evolución de astenia, adinamia, palidez mucocutánea y aparición de adenomegalias cervicales, la misma consultó el servicio de urgencias de la Clínica Minerva de Ibagué el 16 de julio de 2013, habiéndose iniciado desde ese mismo día su remisión, a efectos de que fuera atendida por la especialidad de hematología, lográndose la efectividad de dicho proceso el 18 del mismo mes y año, ante el Hospital Federico Lleras Acosta de la ciudad, en donde el 25 de julio de ese mismo año, fue diagnosticada con leucemia aguda, decidiéndose tramitar remisión urgente

⁷⁰ Fl. 221 del Cuad. Ppal. 2



a la ciudad de Bogotá, ante el estado de gravedad de la paciente y en aras de que esta recibiera un manejo integral por la especialidad médica de hemato-oncología.

Del mismo modo, aparece acreditado que el 26 de julio de 2013, la joven fue remitida a la Clínica Fundadores en la ciudad de Bogotá, en donde recibidos los resultados de todos los exámenes practicados desde su ingreso a dicha institución, se dictaminó que la misma padecía una leucemia linfoide aguda de precursores b, la cual iba a ser manejada con quimioterapia, todo lo cual le fue informado a su familia el 5 de julio de ese mismo año, indicándosele además desde ese momento, la necesidad de realizar estudios de compatibilidad con la hermana de la paciente, a fin de consolidar su tratamiento con un trasplante de donante familiar.

Igualmente, aparece demostrado que desde el 10 de agosto de 2013, en la Clínica Fundadores, la joven CARMEN DANIELA inició su tratamiento con quimioterapia protocolo GRAALL 03, obteniendo una evolución adecuada a partir del mismo y que, debido a que su hermana no resultó ser HLA compatible y a que la paciente presentó enfermedad mínima residual positiva después del bloque 3 de consolidación, se le indicó como tratamiento el alotrasplante de médula ósea, para lo cual, según anotación efectuada en su historia clínica, desde el 21 de enero de 2014, la Clínica Fundadores solicitó **“valoración por grupo de trasplante de la clínica MARLY para inicio de búsqueda de donante no emparentado”**, la cual fue agendada para el día 7 de marzo de 2014.

Asimismo, está demostrado que una vez CARMEN DANIELA fue valorada por la especialidad de trasplante en la Clínica Marly de Bogotá, su caso fue sometido a junta médica y el 20 de marzo de 2014, se expidió a su favor, orden médica prescribiéndole la **“...REALIZACION DE TRASPLANTE ALOGENICO DE PROGENITORES HEMATOPOYETICOS DE DONANTE ALTERNATIVO...”**, de forma prioritaria, por presentar un alto riesgo de recaída, procedimiento este que según se desprende de la documental que aquí reposa, solamente fue autorizado por parte de EMCOSALUD en virtud de una orden de tutela, el 23 de junio de 2015, cuando CARMEN DANIELA, ya había fallecido.

También está probado, que el 21 de mayo de 2014, el Dr. GUILLERMO QUINTERO, internista hematólogo tratante de CARMEN DANIELA, le prescribió poliquimioterapia de bajo riesgo, como terapia de mantenimiento, a realizar mensualmente por el término de un año, la cual, según la hoja de registro de quimioterapias practicadas a la joven paciente a partir de esa orden en ONCOMEDIC, solamente le fue aplicada en 4 ocasiones: El 1/07/2014; el 31/07/2014; el 24/11/2014 y el 19/01/2015; es decir,



que dicha terapia no le fue suministrada ni en la cantidad ni en el tiempo establecido por su doctor.

Siguiendo el orden cronológico marcado por la historia clínica de CARMEN DANIELA, en relación con las atenciones médicas recibidas por la misma, y en lo que resulta relevante para desatar la cuestión litigiosa sometida a decisión, este Despacho deberá señalar, que acreditado se encuentra que la misma, desde el 31 de marzo de 2015, empezó a ver deteriorado de forma progresiva su estado de salud, debido a una recaída por la leucemia, al punto que su deceso se presentó el día 16 de junio de 2015, al interior del Instituto Nacional de Cancerología, en donde permaneció hospitalizada desde el 15 de abril de ese mismo año, habiéndose anotado en el día de su fallecimiento:

“...Paciente ahora aplásica, no candidata a ningún manejo y con múltiples complicaciones posterior a esquema IDA FLAG con aplasia prolongada por toxicidad e infiltración tumoral, con alta probabilidad de letalidad...si entra en paro no es candidata a maniobras avanzadas de reanimación...había mejorado, desfavoreció la fiebre...las molestias abdominales corresponden a hepatoesplenomegalia por infiltración de la enfermedad...mal pronóstico y alto riesgo de letalidad...”

...Medicina interna turno atiende llamado de enfermería por paciente en apnea se valora paciente encontrándose sin signos vitales y pupilas midriáticas, determinándose su fallecimiento a las 22:00...”

Así las cosas, no cabe duda entonces de que aparece debidamente acreditado uno de los supuestos sobre los cuales la parte demandante edifica sus pretensiones, cual es, que pese a que desde el 20 de marzo de 2014 se prescribió a favor de CARMEN DANIELA el trasplante alogénico por parte de su médico tratante, el mismo solamente fue autorizado cuando su deceso ya se había verificado, pese a los constantes requerimientos escritos formulados por aquella ante EMCOSALUD e incluso, a la presentación de una acción de tutela.

No ocurre lo mismo respecto a la omisión alegada por la parte demandante, en relación con la autorización de la poliquimioterapia de bajo riesgo, ordenada de forma mensual como terapia de mantenimiento desde mayo de 2014, en favor de CARMEN DANIELA, puesto que si bien es cierto, acreditada está dicha orden médica y su realización solamente en 4 ocasiones y superando el lapso que debía mediar entre una y otra sesión, también lo es, que no se encuentra demostrado que ello obedeciera a la ausencia de una autorización de servicios por concepto de dicha terapia, máxime si se tiene en cuenta de un lado, que frente a la no autorización de dicho procedimiento no hay requerimiento alguno impetrado por la parte actora y de otro



lado, lo consignado al respecto en las anotaciones registradas al interior de la historia clínica.

En efecto, como ya se dijo, dicha poliquimioterapia se practicó el 1° y el 31 de julio de 2014 respectivamente; para finales de agosto, concretamente, para el 27, se indicó que se iniciaba terapia de mantenimiento, pero que debido a que la paciente presentaba fiebre y fatiga, se ordenaba su hospitalización de manera urgente para descartar una recaída por la enfermedad, no resultando indicado en ese momento la continuación de la quimioterapia; y, posteriormente, el 24 de marzo de 2015, se consignó que la paciente, actualmente se encontraba en “...protocolo de mantenimiento POMP # 5...”; lo que permite colegir que para ese entonces se surtió la 5° poliquimioterapia, sin que haya anotación alguna en ese lapso que permita a este Despacho establecer la razón por la cual no se practicó dicha terapia.

Habiendo efectuado la anterior acotación y continuando con el estudio de imputabilidad, deberá indicar esta instancia que si bien es cierto, como se advirtió desde un principio, el fallecimiento de CARMEN DANIELA no es el daño antijurídico que se imputa a los entes demandados, puesto que no se demostró que tan lamentable hecho, hubiera sido el resultado directo de la omisión y/o tardanza en que incurrieron los mismos para autorizar el trasplante echado de menos, también lo es, que a partir de los elementos de convicción obrantes dentro de la presente actuación procesal, si es posible establecer que tales conductas, por demás reprochables, si le restaron a la misma, la posibilidad de recuperarse.

Y ello es así, no solo porque desde que se verificó la confirmación del diagnóstico de su enfermedad en el mes de agosto de 2013, se contempló como tratamiento el trasplante, inicialmente con un familiar y luego, con un donante desconocido una vez se estableció que su hermana no era compatible, sino porque durante el curso de la atención médica que se le brindó a la misma, los diferentes médicos tratantes determinaron que el trasplante en su caso, era la única posibilidad de curación con la que aquella contaba, más aún, teniendo en cuenta el alto riesgo de recaída en el que se encontraba, una vez estuvo en remisión.

Ciertamente, aparece demostrado que desde enero de 2014, la Clínica Fundadores tramitó la valoración de CARMEN DANIELA, por parte del grupo de trasplantes de la Clínica Marly y que una vez recibió dicha valoración y le fue prescrito el aludido trasplante, en su historia se consignaron los siguientes registros al respecto:



...CONSULTA UNIDAD DE CANCEROLOGIA DEL TOLIMA IPS⁷¹

Fecha de atención: 13 de noviembre de 2014

Paciente con LLA RC Mantenimiento quien debe recibir su TTO mensual estricto, ya que de esto depende el evitar la activación de la enfermedad LLA Además de continuar en estudio para posible trasplante de donante no familiar debido a la persistencia de recuentos bajos de blastos con alto riesgo de recaída temprana y es el único manejo con intención curativa para la paciente sino se encuentra un donante compatible debe continuar en TTO.

... HISTORIA CLINICA GENERAL – INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGIA⁷²

15/04/2015

Paciente con leucemia linfoblástica aguda de precursores b en recaída. Se considera hospitalizar urgente por hematología para inicio de quimioterapia de rescate protocolo IDA FLAG. Debe ser valorada por clínica Marly para búsqueda de donante idéntico no emparentado como única opción de curación...”.

Lo anterior, pone de presente entonces no solo que desde siempre, en el caso de CARMEN DANIELA, los galenos tuvieron en mente como tratamiento para la leucemia que padecía el trasplante, incluso, desde su diagnóstico inicial, sino también que el mismo, era contemplado como su única opción de tratamiento curativo, pese a lo cual nunca le fue autorizado.

Siendo así las cosas, no cabe duda para el Despacho que el trasplante prescrito y no practicado a la joven CARMEN DANIELA, por no haber sido autorizado, era el tratamiento recomendado por sus médicos tratantes y por la literatura médica, para tratar la patología con que esta cursaba, luego de habersele suministrado un tratamiento inicial con quimioterapia, a fin de evitar una recaída en la enfermedad y ofrecerle una posibilidad curativa de la misma.

Ahora bien, con lo antes expuesto, de modo alguno esta instancia pretende señalar que la causa de muerte de la joven radica en que el mentado trasplante no se realizó, puesto que la leucemia que la misma padecía era una enfermedad potencialmente mortal y por ende, el riesgo de muerte estaba latente; además, tampoco se encuentra demostrado que con el trasplante echado de menos, aquella hubiera sobrevivido, así como tampoco que su organismo no hubiera generado su rechazo.

⁷¹ Fl. 132 del Cuad. PPal. 1

⁷² Fls. 188 y ss del Cuad. Ppal.



Lo que el Despacho quiere significar, es que al no haberse autorizado de forma oportuna la practica de ese tratamiento, se generó una pérdida de un chance respecto de la posibilidad de haberse recuperado la joven CARMEN DANIELA, luego el daño en este caso, consiste en la pérdida de oportunidad de sanar, que era un alea para la víctima directa, en la medida en que, científicamente no es posible determinar si la paciente se iba a salvar o no después del trasplante. Sin embargo, de las pruebas que obran en el expediente, se logró acreditar la necesidad e idoneidad del mismo para tratar a la paciente, así como lo importante que resultaba el que su práctica hubiera sido rápida, esto es, dentro de un tiempo razonable contado a partir de su prescripción, el 20 de marzo de 2014, pese a la cual, solamente se autorizó en junio de 2015, cuando ya la paciente había fallecido.

Por tanto, a juicio de este Despacho, la responsabilidad solidaria de EMCOSALUD, como empresa encargada de la prestación del servicio de salud a la menor fallecida y del Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y Fiduciaria la Previsora S.A., como parte a cuyo cargo se encontraba la obligación legal de garantizar que esos servicios médico asistenciales fueran debida y oportunamente suministrados, teniendo en cuenta como ya se dijo, que la menor CARMEN DANIELA ostentaba la calidad de beneficiaria hija de la señora ORTIZ CORDOBA MARTA ESPERANZA (q.e.p.d.), dentro del sistema de salud que cobijaba a los afiliados al mentado Fondo dado que en vida, la última de las mencionadas ostentó la calidad de docente, aparece debidamente acreditada, con el daño consistente en la pérdida de oportunidad de la joven CARMEN DANIELA, causado por la falla en la prestación del servicio de salud, debido a la negligencia evidenciada en relación con la autorización de los servicios de salud que la menor requería, concretamente, el trasplante alogénico ordenado desde el 20 de marzo de 2014, que por demás, nunca fue autorizado, o al menos, no en vida de CARMEN DANIELA.

Y ello es así, porque de conformidad con lo previsto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, el Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la misma, no se aplica a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, en cuyo artículo 5° además de reiterarse dicha exclusión, se estipula que uno de los objetivos del mentado Fondo es, ***“Garantizar la prestación de los servicios médico asistenciales, que contratará con entidades...”***, entre esas EMCOSALUD.



Rama Judicial

República de Colombia

Ahora bien, como quiera que, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es una cuenta especial de la Nación, que se erige en un patrimonio autónomo que carece de personería jurídica, su administración recae en la Fiduciaria LA PREVISORA S.A., quien justamente, en ejercicio de dicha potestad, celebra a su nombre la contratación aludida en el precitado objetivo de carácter legal, como quiera que de conformidad con sus obligaciones contractuales debe celebrar los negocios jurídicos pertinentes para garantizar los servicios de salud de los afiliados.

Lo anterior, se encuentra soportado en el contrato suscrito entre la FIDUCIARIA la PREVISORA S.A. obrando en nombre y representación del patrimonio autónomo FOMAG y la Unión Temporal Medicol Salud 2012, obrante en el cuaderno de pruebas de EMCOSALUD, por medio del cual esta última se compromete a garantizar y asegurar la prestación de los servicios médico-asistenciales al personal de docentes activos y pensionados y sus beneficiarios, calidad esta última que ostentaba la menor fallecida CARMEN DANIELA, en los términos de un contrato de aseguramiento, tal y como se indica en el texto del mismo.

Aunado a lo ya señalado, y como quiera que en este asunto se configura una responsabilidad solidaria entre los entes demandados como ya se ha dicho, conviene efectuar las siguientes acotaciones, concretamente, en relación con la responsabilidad solidaria que se predica de la EPS EMCOSALUD.

Al respecto la H. Corte Suprema de Justicia ha recalcado:

*“Independientemente del vínculo que une a las entidades promotoras de salud con sus afiliados y beneficiarios lo relevante es determinar el alcance de las obligaciones adquiridas por aquellas, según los lineamientos de los artículos 177 al 179 y 183 de la Ley 100 de 1993, consistentes en organizar y garantizar la prestación de los servicios de salud del plan obligatorio de salud, lo que implica “disponer y preparar un conjunto de personas calificadas (Instituciones prestadoras de servicios de salud y profesionales en áreas relacionadas), incluidos los medios adecuados” con ese fin, fuera de que se presten de acuerdo con los criterios científicos de las instituciones y médicos tratantes, **así como establecer procedimientos de control en pos de que la atención brindada por las IPS sea integral, eficiente, oportuna y de calidad.***

Aunque pareciera que se trata de una actividad netamente administrativa de consecución o recaudo de los recursos humanos, físicos y técnicos para la prestación del plan obligatorio de salud, tal labor también conlleva emitir



autorizaciones para que las consultas médicas y los procedimientos terapéuticos puedan llevarse a cabo, a más de contratar con una red de servicios especializada en diferentes patologías, por lo que al ponerlos a disposición responden cuando “el paciente, sea afiliado o beneficiario, recurre a aquellos para la recuperación de su salud, es decir, cuando la prestación del servicio de salud o relación paciente-médico, tiene como soporte o explicación el vínculo contractual ora legal subyacente entre la EPS y el afiliado o sus beneficiarios”, como se dijo en CSJ SC rad. 1999-00533-01.

En consecuencia, al margen de la naturaleza de la relación entre el afiliado y su EPS, si se presenta una equivocada praxis médica en que aquel sufra una pérdida de salud en manos de la IPS, ipso jure, nace una responsabilidad solidaria de ésta y la EPS a la que esté vinculado, porque los galenos y centros hospitalarios obran como ejecutores de la obligación principal radicada en la EPS, y su deber de propender por la idoneidad de los mismos es de origen legal”⁷³. (Negritas fuera de texto)

En concordancia con la postura anteriormente esgrimida, el H. Consejo de Estado ha indicado recientemente⁷⁴:

“Igual responsabilidad se puede predicar respecto de la E.P.S. como entidad prestadora del servicio de salud del paciente, quien responderá de manera solidaria, como garante de los derechos de sus afiliados. Al respecto, el Consejo de Estado sostuvo (se transcribe de forma literal, incluidos posibles errores)”⁷⁵

26.5. *En lo que respecta al segundo interrogante, relacionado con la responsabilidad administrativa en la que incurren las EPS como consecuencia de la inapropiada prestación del servicio médico por parte de los profesionales adscritos a ésta, se tiene que hacer precisión que las actuaciones desplegadas por los médicos de una EPS, se entienden realizadas por ésta última, ya que estos profesionales están ejerciendo funciones en su representación, tal como sucede con las IPS con las que suscriben contrato las EPS para que sean aquellas las que físicamente presten los servicios de atención médica.*

26.6. *Habida cuenta de lo expuesto hasta el momento, están llamados a ser declarados responsables administrativa y patrimonialmente y a ser condenados en los mismos términos el oftalmólogo Roberto Ruiz Aranibar y la EPS Risaralda, de conformidad con los*

⁷³ Sentencia SC2769-2020/2008-00091 de agosto 31 de 2020, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL, Magistrado Ponente: Dr. Octavio Augusto Tejeiro Duque, SC2769- 2020, Radicación 76001-31-03-003-2008-00091-01

⁷⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN A. Consejera Ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, ocho (8) de mayo de dos mil veinte (2020), Radicación número: 73001-23-31-000-2011-00575-01(57689)

⁷⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 30 de octubre de 2013, C.P. Danilo Rojas Betancourth, exp. 24985.



pronunciamientos de la Sala en el sentido de que “cuando un prestador de servicio médico lo hace por cuenta de otro, jurídicamente lo atiende éste; no pueden confundirse el sujeto prestador físico con el sujeto prestador jurídico”⁹⁹, lo cual significa que en este caso, para la Sala es tan responsable el médico, como la entidad que celebró el contrato con aquel para que brindara los servicios a sus afiliados”.

Siendo así las cosas, para el Despacho está suficientemente acreditada la responsabilidad solidaria que media entre los entes accionados, puesto que si bien es cierto, el prestador directo del servicio en el caso de la menor CARMEN DANIELA lo era EMCOSALUD, como EPS de la cual la misma era beneficiaria, también lo es, que era obligación legal del precitado Fondo como ya se vio, garantizar que la prestación de ese servicio fuera idónea y oportuna, lo que supone que entre dichas partes, necesariamente exista una estrecha relación y coordinación, al punto que en el eventual caso de ocasionarse daños por el funcionamiento anormal del servicio, tal y como ocurrió en este caso, no sólo se obliga a repararlos a la institución que actuó directamente en la producción de la lesión o daño, sino a todos aquéllos sobre quienes residía la tarea de atender y controlar o la buena marcha y funcionamiento de las labores asignadas bien por los reglamentos o por la ley en su sentido general.

7. Liquidación de perjuicios.

Sea lo primero indicar, que el H. Consejo de Estado en sentencia proferida el 5 de abril de 2017 con ponencia del Doctor Ramiro Pazos Guerrero, consideró que no existen criterios consolidados en cuanto a la liquidación del daño de pérdida de oportunidad y de la visible repercusión en los montos de la indemnización, por ello, reiteró los parámetros para cuantificarla de esta manera:

“(…) i) 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.

ii) 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, máxime si se tiene en cuenta que en materia médica incluso los índices de probabilidad más débiles siguen representado intereses valiosos para el paciente y sus



seres queridos, en consideración a la fungibilidad de la vida y el anhelo por prolongarla; por lo anterior, dicho truncamiento no puede menospreciarse y dejar de repararse, so pretexto de una indeterminación invencible.

iii) No es procedente indemnizar la pérdida de oportunidad como un perjuicio independiente que deba ser resarcido por fuera del concepto de perjuicios materiales -daño emergente y lucro cesante-, inmateriales - daño moral y daños a bienes constitucionales y convencionales- y daño a la salud, reconocidos por la Corporación, puesto que hacerlo conduciría a desconocer el objeto primordial del instituto de la responsabilidad, esto es, el principio de la reparación integral, ya que las víctimas serían, sin razón alguna, resarcidas parcialmente a pesar de que el actuar del demandado cercenó una expectativa legítima. En efecto, el truncamiento de una expectativa legítima genera diferentes tipos de perjuicios que deben ser indemnizados, es decir, si es de naturaleza material, será indemnizada de conformidad con este criterio o, si por el contrario es de naturaleza inmaterial, la reparación será de índole inmaterial.

iv) No es procedente indemnizar la pérdida de oportunidad 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.

v) El porcentaje de probabilidades de la expectativa legítima truncada debe establecerse a través de los diferentes medios de prueba que obran en el proceso - regla general-. Ahora, si no se puede determinar dicho porcentaje de la pérdida de oportunidad -perspectiva cuantitativa-, pese a encontrarse acreditado el daño antijurídico cierto y personal - perspectiva cualitativa-, deberá el juez de la responsabilidad, tal como lo ha señalado la doctrina bien sea a) declarar en abstracto la condena y fijar los criterios necesarios para que, mediante un trámite incidental, se realice la cuantificación del perjuicio, o bien b) acudir a criterios de equidad, eje rector del sistema de reparación estatal, - artículo 230 de la Constitución Política y 16 de la Ley 446 de 1998-, a fin de reparar en forma integral el daño imputable a los demandados.

vi) Ahora, si no es posible fijar científica y técnicamente el porcentaje de probabilidades, la cuantificación del porcentaje de posibilidades truncadas 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, de manera que, en virtud de la equidad y la igualdad procesal que debe prohibirse entre las partes, no importa si el porcentaje de posibilidades frustradas haya podido fluctuar entre el 0.1 y el 99%, habida cuenta de que, sin haber podido aplicar la regla general, bastará que se hayan acreditado los elementos de la pérdida de oportunidad, es decir que se constate cualitativamente un truncamiento de la oportunidad que afecte el patrimonio de los demandantes para que proceda la reparación por excepción. Dicha excepción se justifica porque aunque haya



Rama Judicial

República de Colombia

ausencia cuantitativa del porcentaje de probabilidad de la expectativa legítima truncada, dicha expectativa sigue de todas maneras representado un menoscabo a un bien material o inmaterial que fue arrancado del patrimonio de la víctima y, por ello, debe ser reparada...”.

Encuentra el Juzgado que no fue aportada prueba alguna sobre el porcentaje del truncamiento de la expectativa que le asistía a la joven CARMEN DANIELA, de evitar su deceso con la práctica del trasplante alogénico de manera oportuna.

No obstante lo anterior, lo cierto es que no existen cifras exactas aplicables a este caso para el cálculo de las referidas probabilidades, debido a la agresividad de la enfermedad y al comportamiento de cada individuo, por lo que al encontrarse probado el daño antijurídico relacionado con la pérdida de oportunidad, el Estado debe repararlo acudiendo al principio de equidad.

Ahora bien, en el sub lite, se solicita el reconocimiento de perjuicios morales y perjuicios por pérdida de oportunidad.

Tales tipologías de perjuicio se solicitan a favor de las siguientes personas, en las calidades de hermana-MARIA CAMILA SANCHEZ ORTIZ, tía-FRANCIA HELENA ORTIZ y abuela materna ANA CELMIRA CORDOBA DE ORTIZ de la víctima respectivamente, las cuales fueron debidamente acreditadas con los correspondientes registros civiles de nacimiento, aportados al expediente, en las siguientes cantidades:

POR PERJUICIOS MORALES

- Para MARIA CAMILA SANCHEZ ORTIZ, la suma equivalente a CIEN (100) SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.
- Para FRANCIA ELENA ORTIZ, la suma equivalente a CINCUENTA (50) SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.
- Para ANA CELMIRA CORDOBA DE ORTIZ, la suma equivalente a SETENTA Y CINCO (75) SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.

POR PERDIDA DE OPORTUNIDAD

- Para MARIA CAMILA SANCHEZ ORTIZ, la suma equivalente a CIEN (100) SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.
- Para FRANCIA ELENA ORTIZ, la suma equivalente a CINCUENTA (50) SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.



- Para ANA CELMIRA CORDOBA DE ORTIZ, la suma equivalente a SETENTA Y CINCO (75) SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.

Conforme a las reglas jurisprudenciales antes mencionadas, solo podrá reconocerse a título de reparación por dicho daño autónomo por pérdida de oportunidad, un 20% de probabilidad de sobrevivencia de la paciente, en armonía con las pruebas obrantes al interior del cartulario; es decir, 10 S.M.L.M.V. para MARIA CAMILA SANCHEZ ORTIZ y ANA CELMIRA CORDOBA DE ORTIZ, en calidades de hermana y abuela materna de la víctima respectivamente, acorde con la metodología que se deriva de la tabla de baremos para el resultado muerte y los grupos familiares.

Frente a la señora FRANCIA HELENA ORTIZ, tía materna de la víctima, quien además del parentesco, acreditó como correspondía la relación afectiva con la misma, se reconocerá también la suma de 10 S.M.L.M., dado que de los diferentes testimonios recaudados, así como también de los interrogatorios de parte recepcionados, pudo establecerse el grado de cercanía que tenía respecto de la víctima y el grado de ayuda no solo de índole económico sino moral que le brindó incluso, antes de cursar con su enfermedad.

Finalmente, y en atención a que el artículo 140 del CPACA dispone en su inciso 4° que ***“...En todos los casos en los que en la causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño...”***, esta instancia habrá de precisar lo siguiente, habida consideración que EMCOSALUD, en una sociedad comercial de derecho privado.

Ciertamente, como quedó suficientemente establecido párrafos atrás, en este asunto, la pérdida de oportunidad que se generó para la menor fallecida CARMEN DANIELA y en virtud de la cual se emite la presente sentencia condenatoria, tuvo su génesis en la no autorización oportuna, o lo que es lo mismo, dentro de un tiempo razonable, del trasplante que le fuera prescrito por sus médicos tratantes, lo cual, correspondía a EMCOSALUD; sin embargo, en este asunto como ya se dijo también, se declaró la existencia de una responsabilidad solidaria entre dicha entidad y el FOMAG, administrado por la Fiduciaria la PREVISORA S.A. (Sociedad de Economía Mixta sometida al régimen de Empresa Industrial y Comercial del Estado), bajo el entendido de que a esta última parte, le estaba asignada la



obligación legal de garantizar la prestación del servicio de salud a sus afiliados, en términos de idoneidad y oportunidad y en virtud de la misma, ejercer la vigilancia respectiva.

En consecuencia y bajo el argumento expuesto, el Despacho habrá de indicar que en este asunto, el pago de la condena impartida corresponderá en un 40% a la NACION- MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., COMO ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTONOMO DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y el 60% restante, a cargo de EMCOSALUD, como prestador directo del servicio.

8. Llamamiento en garantía

Con relación al llamado en garantía Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza, en virtud de las pólizas de responsabilidad civil profesional médica para Clínicas y similares, adquiridas por EMCOSALUD, No. 07RC000555 con vigencia del 21 de marzo de 2014 al 21 de abril de 2015 y No. 07RC000648 con vigencia del 21 de abril de 2015 al 20 de abril de 2016, se ordenará el reembolso de lo indemnizado en los términos y condiciones establecidos en las mencionadas pólizas, precisando que, no obstante la apoderada de la mentada Aseguradora indicó que la procedencia de esta figura en el caso concreto solo tiene vocación de prosperidad, frente a la póliza Número 07RC000555, con fundamento en que “la supuesta falla y autorización oportuna en la atención médica brindada a CARMEN DANIELA SANCHEZ ORTIZ”, ocurrió dentro de la vigencia de la misma, esto es, entre el 21 de marzo de 2014 y el 21 de abril de 2015, lo cierto es que dicho argumento no puede ser avalado por este Despacho, en tanto el deceso de la misma se verificó el 22 de junio de 2015, sin que para ese momento se hubiera expedido la autorización para el servicio médico echado de menos en este asunto, lo que pone de presente que, la omisión y/o negligencia endilgada, se mantuvo durante el transcurso del tiempo, determinando en consecuencia que el comportamiento reprochable a los entes demandados y en virtud del cual se les condena, tuvo ocurrencia también, durante la vigencia de la póliza No. 07RC000648.



Rama Judicial

República de Colombia

9. COSTAS

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., salvo en los procesos donde se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, hoy C.G.P.

A su turno, el artículo 365 del C.G.P., fija las reglas para la condena en costas, señalando en su núm. 1º que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso.

Por su parte, el Acuerdo No. PSAA16-10554 agosto 5 de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, señala los parámetros para su fijación.

Así las cosas, se condenará en costas procesales de ésta instancia a la PARTE DEMANDADA y vencida en juicio en partes iguales, esto es a EMCOSALUD y a la NACION- MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., COMO ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTONOMO DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, siempre y cuando se hubieren causado y en la medida de su comprobación, incluyendo en la liquidación el equivalente a cuatro (04) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes por concepto de agencias en derecho.

En mérito de lo expuesto el JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR SOLIDARIAMENTE RESPONSABLES A LA NACION- MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., COMO ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTONOMO DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y a LA EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD EMCOSALUD, por el daño consistente en la pérdida de oportunidad de la joven CARMEN DANIELA SANCHEZ ORTIZ, causado por la falla en el servicio de salud, debido a la negligencia en su proceder,



en relación con la autorización del trasplante alogénico ordenado desde el 20 de marzo de 2014.

SEGUNDO: CONDENAR a pagar solidariamente A LA NACION- MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., COMO ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTONOMO DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y a la EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD EMCOSALUD, las siguientes sumas dinerarias por concepto de **pérdida de oportunidad**.

- Para MARIA CAMILA SANCHEZ ORTIZ, la suma equivalente a diez (10) S.M.L.M.V., en calidad de hermana de la víctima directa.
- Para ANA CELMIRA CORDOBA DE ORTIZ, la suma equivalente a diez (10) S.M.L.M.V., en calidad de abuela materna de la víctima directa.
- Para FRANCIA HELENA ORTIZ, la suma equivalente a diez (10) S.M.L.M.V., en calidad de tía materna de la víctima directa.

Precisando que, al amparo del inciso 4° del artículo 140 del CPACA, el pago de la condena impartida corresponderá en un 40% a la NACION- MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., COMO ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTONOMO DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y el 60% restante, a cargo de EMCOSALUD, como prestador directo del servicio, por las razones antes expuestas.

TERCERO: ORDENAR a la Compañía Aseguradora de Fianzas CONFIANZA, reembolsar la indemnización a la que fue condenado EMCOSALUD, en los términos anotados en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: CONDENAR al pago de costas a la parte demandada por partes iguales, esto es a EMCOSALUD y a la NACION- MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., COMO ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTONOMO DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES



Rama Judicial

República de Colombia

DEL MAGISTERIO, reconociéndose como agencias en derecho en favor de la parte actora, la suma de cuatro (04) SMLMV. Por Secretaría tásense.

SEXTO: La condena devengará intereses moratorios a partir de la ejecutoria de esta sentencia, conforme lo establece el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

SÉPTIMO: En firme ésta providencia, archívese el expediente, previas constancias de rigor y anotaciones en el Sistema Informático Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

SANDRA LILIANA SERENO CAICEDO
JUEZA