Consejo Superior de la Judicatura

REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, 04 FEB 2019

MEDIO DE CONTROL:	**REPARACIÓN DIRECTA**
EXPEDIENTE:	**15001-33-33-006-2017-00103-00**
DEMANDANTE:	**FABIO ALBERTO CASTELBLANCO HUERTAS y Otros**
DEMANDADO:	**NACIÓN- RAMA JUDICIAL, DEPARTAMENTO DE BOYACÁ, y EMPRESA MUTUAL PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA SALUD - EMDISALUD**

Corresponde al Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja resolver en primera instancia el litigio planteado por la parte actora en contra de la NACION- RAMA JUDICIAL, DEPARTAMENTO DE BOYACA y la EMPRESA MUTUAL PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA SALUD- EMDISALUD, al encontrarse agotados los ritos del medio de control reparación directa.

SÍNTESIS DEL CASO

El señor ROBERTO CASTELBLANCO HUERTAS, afiliado bajo el régimen subsidiado a la EMPRESA MUTUAL PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA SALUD E.S.S.- EMDISALUD E.S.S., fue atendido en el Hospital San Rafael de la ciudad de Tunja por afecciones relacionadas con problemas cardíacos que padecía, así lo refiere el apoderado de los demandantes en su escrito introductorio, cuando señala que el señor CASTELBLANCO HUERTAS sufría de una enfermedad cardiaca: *"cardiopatía dilatada de origen valvular con estenosis aórtica severa"*.

El ingreso a la referida institución prestadora de servicios de salud fue el 19 de abril de 2016, cuando fue recibido en el servicio de urgencias de dicha institución por presentar *"dolor precordial irrigado a región escapular izquierda"*. En la valoración inicial, el médico de turno le diagnosticó:" *"paciente con cuadro clínico de 6 meses de evolución consistente disminución de la clase funcional artapnea (sic) palpitaciones en manejo por cardiología actualmente cuadro de 4 horas de dolor precordial irrigado a región escapular izquierda en reposo"*, ordenando su hospitalización para vigilancia y manejo médico antisquémico y remisión a cardiovascular.

Del documento *"epicrisis continua hospitalaria"* del Hospital San Rafael se infiere que los facultativos del referido centro hospitalario ordenaron: *"remisión a Cirugía Cardiovascular para manejo por fallo cardiaco"*, la que se debía practicar previa autorización de la EMPRESA MUTUAL PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA SALUD E.S.S.- EMDISALUD E.S.S. Ante la demora de la reseñada autorización el señor FABIO ALBERTO CASTELBLANCO HUERTAS, hermano del paciente, interpuso acción de tutela contra la reseñada entidad prestadora de servicios de salud y la Secretaría de Salud de Boyacá para que se protegiera el derecho fundamental de salud de su familiar, acción que fue radicada el 12 de mayo de 2016 ante el Centro de Servicios de los juzgados del Municipio de Tunja, correspondiéndole su conocimiento por reparto al Juez Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Tunja.

En la fecha de su radicación la juez de conocimiento profirió auto admisorio de la acción en contra de las demandadas omitiendo vincular al Departamento de Boyacá. En dicho auto la juez constitucional ordenó a EMDISALUD como medida provisional: " *... de manera inmediata autorice y haga efectivo el servicio de CIRUGÍA CARDIOVASCULAR y los*

exámenes médicos que se requieran para tratar la enfermedad de CARDIOPATÍA DILATADA DE ORIGEN VALVULAR CON ESTENOSIS AÓRTICA SEVERA que padece el señor ROBERTO CASTELBLANCO HUERTAS, teniendo en cuenta que en la historia clínica aportada con el escrito de tutela se evidencia que la cirugía cardiovascular fue ordenada de manera prioritaria". La referida orden fue comunicada a EMDISALUD a través de oficio de fecha 12 de mayo de 2016.

La reseñada autoridad judicial mediante auto de fecha 19 de mayo de 2016 vinculó a la acción al Departamento de Boyacá- Secretaría de Salud. En el interregno entre la radicación de la acción y la decisión de la juez de conocimiento, al señor ROBERTO CASTELBLANCO HUERTAS se le practicaron en la ciudad de Bogotá exámenes médicos ordenados por los galenos tratantes, dichas valoraciones fueron efectuadas a expensas de sus familiares al presuntamente no mediar autorización de EMDISALUD para ello. El señor CASTELBLANCO HUERTAS falleció el 22 de mayo de 2016. La causa de la muerte registrada en la historia clínica fue: "*Estado post RCCP, falla respiratoria aguda, estenosis aórtica severa, cardiopatía dilatada con función sistólica severamente disminuida FEVI 20%, insuficiencia mitral moderada, insuficiencia tricuslidea moderada, endocarditis infecciosa en estudio, hipertensión pulmonar severa PSAP 77 mmhg, y enfermedad coronaria*".

El Juzgado Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Tunja mediante fallo de fecha 24 de mayo de 2016 tuteló los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas del señor ROBERTO CASTELBLANCO HUERTAS vulnerados por la EMPRESA MUTUAL PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA SALUD- EMDISALUD E.P.S-S y le ordenó autorizar y haga efectiva la orden de remisión de forma prioritaria a *"Cirugía Cardiovascular ordenada por los galenos, así como los procedimientos y/o protocolos médicos previos y posteriores necesarios, la práctica de los exámenes clínicos y paraclínicos, el traslado del paciente ROBERTO CASTELBLANCO HUERTAS con el fin de tratar la enfermedad CARDIOPATÍA DILATADA DE ORIGEN VALVULAR CON ESTENOSIS AÓRTICA SEVERA que padece, en pro de preservar su salud y calidad de vida".* Solo hasta el 1 de junio de 2016 la EPS EMDISALUD E.S.S. mediante autorización 3096458 dio el beneplácito para practicar VALORACION POR CIRUGIA CARDIOVASCULAR a través de la FUNDACION CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA de Floridablanca Santander.

ANTECEDENTES

I. Lo que se demanda

1. En escrito recibido el 11 de julio de 2017 (fl.1 a 287, c.1), los señores SATURIA ARIAS CASTELBLANCO en nombre propio y de su menor hijo CRISTIAN ROBERTO CASTELBLANCO, LIDY MAYERLY CASTELBLANCO ARIAS en nombre propio y de su menor hija VALENTINA CASTELBLANCO ARIAS, MISAEL CASTELBLANCO HUERTAS y FABIO ALBERTO CASTELBLANCO HUERTAS, mediante apoderado debidamente constituido (fl. 1 al 2, c.1), interpusieron acción contencioso administrativa utilizando como medio de control el de **Reparación Directa** contra LA NACIÓN, RAMA JUDICIAL, el DEPARTAMENTO DE BOYACÁ y la EMPRESA MUTUAL PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA SALUD E.S.S. EMDISALUD E.S.S., con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

> i. LA NACIÓN- RAMA JUDICIAL, el DEPARTAMENTO DE BOYACÁ y la EMPRESA MUTUAL PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA SALUD - EMDISALUD, son administrativa, patrimonial y solidariamente responsables por falla o falta del servicio o de la administración que condujo al fallecimiento del señor ROBERTO CASTELBLANCO HUERTAS , hecho acaecido el 22 de mayo de 2016 en la ciudad de Tunja.

ii. LA NACIÓN- RAMA JUDICIAL, el DEPARTAMENTO DE BOYACÁ y la EMPRESA MUTUAL PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA SALUD EMDISALUD, son administrativa, patrimonial y solidariamente responsables de los perjuicios morales causados a los convocantes SATAURIA ARIAS CASTELBLANCO, CRISTIAN ROBERTO CASTELBLANCO ARIAS, LIDY MAYERLY CASTELBLANCO ARIAS, VALENTINA CASTELBLANCO ARIAS, MISAEL CASTELBLANCO HUERTAS y FABIO ALBERTO CASTELBLANCO HUERTAS, por falla o falta del servicio o de la administración que condujo al fallecimiento del señor ROBERTO CASTELBLANCO HUERTAS, hecho acaecido el 22 de mayo de 2016 en la ciudad de Tunja.

iii. LA NACION- RAMA JUDICIAL, el DEPARTAMENTO DE BOYACÁ y la EMPRESA MUTUAL PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA SALUD EMDISALUD, son administrativa, patrimonial y solidariamente responsables de los perjuicios por daño a la vida de relación causados a los convocantes SATAURIA ARIAS CASTELBLANCO, CRISTIAN ROBERTO CASTELBLANCO ARIAS, LIDY MAYERLY CASTELBLANCO ARIAS, VALENTINA CASTELBLANCO ARIAS, MISAEL CASTELBLANCO HUERTAS y FABIO ALBERTO CASTELBLANCO HUERTAS, por falla o falta del servicio o de la administración que condujo al fallecimiento del señor ROBERTO CASTELBLANCO HUERTAS, hecho acaecido el 22 de mayo de 2016 en la ciudad de Tunja.

iv. LA NACION- RAMA JUDICIAL, el DEPARTAMENTO DE BOYACA y la EMPRESA MUTUAL PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA SALUD EMDISALUD, son administrativa, patrimonial y solidariamente responsables de los perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante) causados a los convocantes SATAURIA ARIAS CASTELBLANCO, CRISTIAN ROBERTO CASTELBLANCO ARIAS, LIDY MAYERLY CASTELBLANCO ARIAS, VALENTINA CASTELBLANCO ARIAS, MISAEL CASTELBLANCO HUERTAS y FABIO ALBERTO CASTELBLANCO HUERTAS, por falla o falta del servicio o de la administración que condujo al fallecimiento del señor ROBERTO CASTELBLANCO HUERTAS, hecho acaecido el 22 de mayo de 2016 en la ciudad de Tunja.

v. Condénese en consecuencia a LA NACION- RAMA JUDICIAL, el DEPARTAMENTO DE BOYACA y la EMPRESA MUTUAL PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA SALUD EMDISALUD, de manera solidaria, como reparación del daño ocasionado a pagar a SATURIA ARIAS CASTELBLANCO, CRISTIAN ROBERTO CASTELBLANCO ARIAS, LIDY MAYERLY CASTELBLANCO ARIAS, VALENTINA CASTELBLANCO ARIAS, MISAEL CASTELBLANCO HUERTAS y FABIO ALBERTO CASTELBLANCO HUERTAS, los perjuicios de orden moral, los cuales se estiman como mínimo en la suma de CIEN SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (100 S.M.L.M.V.) para cada uno de ellos, aproximadamente, o conforme a la indemnización máxima que otorgue la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado- Sección Tercera al resolver casos similares.

vi. Condénese en consecuencia a LA NACIÓN- RAMA JUDICIAL, el DEPARTAMENTO DE BOYACÁ y la EMPRESA MUTUAL PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA SALUD EMDISALUD, de manera solidaria, como reparación del daño ocasionado a pagar a SATURIA ARIAS CASTELBLANCO, CRISTIAN ROBERTO CASTELBLANCO ARIAS, LIDY MAYERLY CASTELBLANCO ARIAS, VALENTINA CASTELBLANCO ARIAS,

MISAEL CASTELBLANCO HUERTAS y FABIO ALBERTO CASTELBLANCO HUERTAS, los perjuicios por daño a la vida de relación, los cuales se estiman como mínimo en la suma de CIEN SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (100 S.M.L.M.V.), para cada uno de ellos, aproximadamente, o conforme a la indemnización máxima que otorgue la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado- Sección Tercera al resolver casos similares.

vii. Condénese a LA NACIÓN- RAMA JUDICIAL, el DEPARTAMENTO DE BOYACÁ y la EMPRESA MUTUAL PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA SALUD EMDISALUD, de manera solidaria, como reparación del daño ocasionado a pagar a SATURIA ARIAS CASTELBLANCO, CRISTIAN ROBERTO CASTELBLANCO ARIAS, LIDY MAYERLY CASTELBLANCO ARIAS y VALENTINA CASTELBLANCO ARIAS, los perjuicios materiales bajo la modalidad de daño emergente, los cuales se estiman como mínimo en la suma de UN MILLÓN DOSCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS CINCUENTA PESOS ($1.284.750).

viii. Condénese a LA NACIÓN- RAMA JUDICIAL, el DEPARTAMENTO DE BOYACÁ y la EMPRESA MUTUAL PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA SALUD EMDISALUD, de manera solidaria, como reparación del daño ocasionado a pagar a SATURIA ARIAS CASTELBLANCO, CRISTIAN ROBERTO CASTELBLANCO ARIAS, LIDY MAYERLY CASTELBLANCO ARIAS y VALENTINA CASTELBLANCO ARIAS, los perjuicios materiales bajo la modalidad de lucro cesante, los cuales se estiman en como mínimo la suma de TRESCIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL NOVENTA Y UN PESOS ($348.686.091)

ix. Se ordene la actualización de los dineros por concepto de perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante)

x. Se le ordene a los condenados dar cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en los artículos 297 a 299 del C.P.A.C.A.

xi. Se condene a los responsables al pago de costas y agencias en derecho.

1.1. Los **hechos** en los que se fundaron las pretensiones de la demanda se resumen así:
i) Que el señor ROBERTO CASTELBLANCO HUERTAS era compañero permanente de la señora SATURIA ARIAS CASTELBLANCO y padre de LIDY MAYERLY y CRISTIAN ROBERTO CASTELBLANCO ARIAS, abuelo de la menor VALENTINA CASTELBLANCO ARIAS y hermano de los señores MISAEL y FABIO CASTELBLANCO HUERTAS;
ii) Que con los ingresos fruto de sus labores satisfacía las necesidades económicas y las de su compañera permanente, hijos y nieta;
iii) Que el señor CASTELBLANCO HUERTAS se encontraba afiliado a la EMPRESA MUTUAL PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA SALUD EMDISALUD;
iv) El señor ROBERTO CASTELBLANCO HUERTAS padecía de una enfermedad cardiaca: cardiopatía dilatada de origen valvular con estenosis aórtica severa;
v) Que en razón a la enfermedad citada el 19 de abril de 2016 fue llevado por sus familiares al servicio de urgencias del Hospital San Rafael de la ciudad de Tunja, cuyos galenos ordenaron su hospitalización;
vi) Desde el ingreso a dicha institución, el señor CASTELBLANCO HUERTAS recibió tratamiento médico pertinente, siendo desde ese momento remitido por el médico tratante al servicio de cirugía cardiovascular para realizar el procedimiento quirúrgico pertinente para

a juicio del demandante: "...para anular o extinguir el riesgo de muerte a que estaba sometido por la enfermedad que estaba padeciendo";
vii) Señala que en la historia clínica constan las anotaciones realizadas por los galenos del Hospital San Rafael desde el ingreso del señor RAFAEL CASTELBLANCO HUERTAS, solicitando autorización para su remisión al servicio de cirugía cardiovascular, la misma que debía otorgar la EPS EMDISALUD;
viii) Debido a la demora en la expedición de tal autorización, el hermano del señor CASTELBLANCO HUERTAS interpuso acción de tutela en contra de dicha entidad prestadora de servicios de salud y de la Secretaría de Salud de Boyacá con el fin de que se amparara el derecho a la salud del señor ROBERTO CASTELBLANCO HUERTAS;
ix) Que la tutela luego de radicada por reparto le correspondió su conocimiento al Juzgado Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Tunja, quien mediante auto de la misma fecha profirió auto admisorio de la acción en contra de la EPS omitiendo la vinculación de las Secretaría de Salud de Boyacá. En dicho auto la juez de conocimiento decidió decretar como medida cautelar la de ordenar a EMDISALUD de manera inmediata autorice y haga efectivo el servicio de CIRUGÍA CARDIOVASCULAR y los exámenes médicos que se requieran para tratar la enfermedad de CARDIOPATÍA DILATADA DE ORIGEN VALVULAR CON ESTENOSIS AÓRTICA SEVERA que padece el señor ROBERTO CASTELBLANCO HUERTAS;
x) Que dicha medida fue comunicada por el juzgado de conocimiento al representante legal de EMDISALUD a través de oficio No. 1967 de fecha 12 de mayo de 2016;
xi) Que a través de auto del 19 de mayo de 2016 el despacho judicial aludido vinculó como entidad accionada a la acción al Departamento de Boyacá- Secretaría de Salud, decisión que le fuera notificada a la entidad el 19 de mayo de 2016;
xii) Que durante el tiempo en que el señor CASTELBLANCO HUERTAS estaba internado fue necesario realizar una serie de "exámenes cardíacos" en Bogotá los que no fueron autorizados por EMDISALUD por lo cual fueron sus familiares los que pagaron los costos de los mismos, entre ellos examen especializado y traslado de Bogotá a Tunja;
xiii) Refiere que antes de proferirse sentencia de primera instancia el hermano del señor ROBERTO CASTELBLANCO HUERTAS informó a la juez que conocía de la tutela que la entidad EMDISALUD no había cumplido la medida provisional ordenada;
xiv) Que la juez de conocimiento de la acción constitucional profirió sentencia el 24 de mayo de 206 tutelando los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas del señor CASTELBLANCO HUERTAS ordenando la remisión en forma prioritaria a "Cirugía Cardiovascular" ordenada por los galenos(...) el traslado del paciente con el fin de tratar la enfermedad que padecía;
xv) Que la entidad EMDISALUD EPS-S radicó ante el referido juzgado el 2 de junio de 2016 escrito donde manifestaba que había generado autorización a favor del señor CASTELBLANCO HUERTAS para valoración por cirugía cardiovascular en la Fundación Cardiovascular de Colombia, teniendo como fecha de atención el día 28 de julio de 2016;
xvi) Que el señor ROBERTO CASTELBLANCO HUERTAS falleció el 22 de mayo de 2016, teniendo como causa de fallecimiento el problema cardiaco que padecía.

II. Trámite procesal

2. Surtida la etapa de notificación del auto admisorio (fl.289 c.1.) de la demanda, las entidades demandadas presentaron **escrito de contestación**, así:

2.1. El Departamento de Boyacá a través de apoderado judicial se opuso a las pretensiones de la demanda señalando que son las Entidades Promotoras de Salud-EPS en cada régimen son las responsables de cumplir con funciones indelegables de aseguramiento (art. 14. Ley 1122 de 2007), refiere que la obligación reputada a la EPS accionada se refiere a entregar una cobertura al menos, lo dispuesto en el Plan Obligatorio de Salud.
Aclara que es evidente que la Resolución 5592 del 24 de diciembre de 2015 emitida por el Ministerio de Salud y Protección Social se plasma la obligación de la EPS-S de dar cobertura de atención en salud integral para la atención médica como acciones para la recuperación

de salud como el tratamiento médico para la CARDIOPATÍA DILATADA DE ORIGEN VALVULAR CON ESTENOSIS AÓRTICA SEVERA que requiere el accionante y que prescribió su médico tratante. Expresa que ninguna responsabilidad le cabe en este asunto a la Secretaría de Salud de Boyacá, puesto que: *"son la (sic) entidad responsable de la prestación de los servicios de salud, para la POBLACIÓN POBRE EN LO NO CUBIERTO CON SUBSIDIOS A LA DEMANDA, que resida en nuestra jurisdicción, mediante instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas, así se puede ver en el artículo 43 de la Ley 715 de 2001".*

Señala que en nada se refiere la normatividad al aseguramiento de la población del régimen subsidiado, afiliadas a una EPS, mucho menos en lo relacionado con la cobertura de las prestaciones asistenciales incluidas en el POS. Expresa que de conformidad con normatividad que cita no es posible jurídicamente a la Secretaría de Salud de Boyacá asumir los costos en pacientes afiliados al régimen subsidiado; ello dado que se incurriría en el tipo penal de peculado por destinación oficial diferente. Propuso como excepciones las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de las obligaciones y responsabilidades y buena fe. (fls 396 a 403 c.2)

2.2. La NACION- RAMA JUDICIAL a través de apoderado judicial se opuso a las pretensiones de la parte actora señalando que en el sub examine se evidencia que las decisiones tomadas por el juzgado municipal de pequeñas causas laborales de Tunja se profirieron teniendo en cuenta la interpretación de la Ley, según las ritualidades y procedimientos establecidos por las normas legales como garantía del debido proceso, es decir se encuentra completamente ajustada a derecho, expresa que las actuaciones del reseñado despacho judicial fueron regladas y siempre se mantuvieron y se realizaron conforme al procedimiento establecido en la normatividad vigente y bajo la fundamentación jurídica aplicable a la materia, además, siempre se le garantizó al demandante el debido proceso y el acceso a la administración de justicia. Concluye que no hay argumento para que los hechos que produjeron presuntamente daños a los demandantes sean endilgados a la entidad.(fls.423 a 425 c.2.)

2.3. La EPS EMDISALUD ESS EPS-S a través de representante judicial se opuso a las pretensiones de la demanda y señaló que la EPS EMDISALUD realizó todos los trámites pertinentes para garantizar el acceso a los servicios de salud requeridos por el usuario, tal y como se evidencia y logra probarse con la historia clínica, impresiones de los correos, autorizaciones, servicios y demás gestiones realizadas por la EPS EMDISALUD, realizadas en forma diligente, desconociendo que por parte de la EPS EMDISALUD desplegó toda su capacidad y esfuerzo dentro de los parámetros normales y acorde a la capacidad del sistema de seguridad social en salud. Señalan que las afirmaciones de la parte actora no tienen soporte jurídico y faltan a la verdad. Señalan que la remisión del usuario fue de forma inmediata lo que dicen probar.

Refieren a que no es cierto que la EPS EMDISALUD se negara a autorizar la remisión del paciente, señalan que iniciaron el proceso de remisión inmediatamente se tiene conocimiento del mismo, situación diferente y ajena a la demandada es que al presentar al usuario a las diferentes IPS que cuentan con el servicio requerido no respondan o exijan el envío de la historia clínica y evolución del paciente para estudio de la aceptación; señalan que ninguna EPS tiene injerencia en las decisiones tomadas por las IPS para aceptar la remisión de un paciente y menos aún del tratamiento a seguir, que es discrecional del médico tratante. Expresaron que para el presente caso: *"... se debe tener en cuenta que una vez presentado el paciente para remisión a cirugía cardiovascular el cuerpo médico decide cambiar la remisión y solicita remisión para realizar cateterismo cardiaco de(sic)lado izquierdo del corazón más colocación de SENT de ser necesario procedimiento que es aceptado para realizar en la IPS MEDICA PROINFO de la ciudad de Bogotá para el día 14 de mayo una vez realizado el procedimiento a pesar de que la EPS EMDISALUD gestionó el regreso del paciente para recuperación en el Hospital San Rafael de Tunja, en virtud de la*

discrecionalidad de los médicos que realizaron el procedimiento y en vista que el paciente se encontraba estable deciden dar salida y continuar controles por consulta externa, se reitera decisiones en las que la EPS EMDISALUD no tiene ninguna injerencia es decir como EPS no podemos administrativamente obligar a una IPS a aceptar una remisión, prestar el servicio o cambiar lo prescrito por los médicos tratantes, situación que nos pone en una situación comprometedora debido a que no se cuenta con las herramientas jurídicas o administrativas para dar celeridad al proceso de remisión de pacientes y prestación de servicios".

Concluye que se encuentra demostrado que en el caso de que trata la presente acción no se prueba que existiera negligencia alguna de parte de la EPS EMDISALUD por lo que señala que ante la ausencia del elemento de responsabilidad las pretensiones del actor no están llamadas a prosperar, argumenta que EMDISALUD ESS no es responsable ni administrativa ni patrimonial ni solidariamente del fallecimiento del señor ROBERTO CASTELBLANCO HUERTAS debido a que ella realizó todas las gestiones tendientes a garantizar los servicios de salud requeridos por el usuario, señalando que no puede existir relación de causalidad entre la enfermedad padecida por el usuario y las autorizaciones y remisiones debidamente diligenciadas, aclaran que en la demanda se manifiesta que el usuario fue atendido en forma oportuna en el Hospital San Rafael de Tunja sin dilación alguna y que la EPS realizó de forma oportuna la solicitud de remisión según la prescripción médica acorde con la capacidad del sistema de salud. Propuso como excepciones las de " CABAL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE LA EPS EMDISALUD", "INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL", "INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN DE LAS EPS EMDISALUD FRENTE A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA" y "GENÉRICA O INNOMINADA" (fl. 307 a 326, C.1).

3. El día 14 de febrero de 2018 se llevó a cabo audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A., en la que entre otros asuntos se resolvieron excepciones previas como la planteada por el apoderado judicial del Departamento de Boyacá, se fijó el litigio y se ordenó la práctica de medios probatorios solicitados por las partes, entre ellos interrogatorio de parte algunos de los demandantes, testimonios y documentales aportadas y solicitadas por las partes. (fls. 443 a 447)

4. El día 25 de abril de 2018 se efectuó la diligencia de práctica de pruebas a la que alude el artículo 181 de la Ley 1437 de 2011 en la que rindieron testimonio los señores Guillermo Bolivar Quintero, María Elsa Yanquen Caro y Alba Manrique Espíndola, los primeros solicitados por la parte demandante y la última a solicitud de una de las entidades accionadas. También depusieron como declaración de parte los señores Fabio Alberto Castelblanco Huertas, Misael Castelblanco Huertas y Saturia Arias Castelblanco, según lo había solicitado el apoderado de los demandantes en su escrito introductorio.

5. Vencido el término probatorio y dentro del plazo para presentar **alegatos de conclusión** las partes intervinieron, así:

5.1. La parte demandante hizo un recuento de las pretensiones y del sustento fáctico base de las mismas, igualmente hizo referencia a las pruebas decretadas y practicadas, enfatizando que de la respuesta dada por la Secretaría de Salud Departamental a requerimiento en relación con las gestiones realizadas por dicha dependencia en torno a la prestación de los servicios médicos requeridos por el señor ROBERTO CASTELBLANCO HUERTAS por parte de EMDISALUD, se infería que no había efectuado actuación alguna; señaló igualmente que de los documentos aportados por EMDISALUD se evidencia que dicha EPS generó autorización no. 3096458 de fecha 1 de junio a favor del señor CASTELBLANCO HUERTAS para ser valorado por cirugía cardiovascular en la Fundación Cardiovascular de Colombia con atención para el 28 de julio de 2016, fecha para la cual el señor CASTELBLANCO HUERTAS ya había fallecido; refirió que con los testimonios rendidos se probaron las angustias, tristezas, alteración de las condiciones normales de vida y demás

aflicciones sufridas por los demandantes en razón al fallecimiento del señor ROBERTO CASTELBLANCO, igualmente afirmó que de lo expresado por los testigos se evidencia no solo las relaciones afectivas que tenía el fallecido sino también que quien satisfacía las necesidades básicas de su núcleo familiar era el señor ROBERTO CASTELBLANCO HUERTAS.

Igualmente y a manera de colofón señaló la togada que con las declaraciones de parte los familiares del occiso se comprobó el grado de aflicción que causó su muerte en los integrantes de su familia y el grado de dependencia económica de ellos para con él. (fl. 637 a 644, c2)

5.2. La entidad EMDISALUD ESS a través de apoderado judicial en su escrito de finalización señaló que de las pruebas aportadas se evidenció que la EPS desplegó toda su capacidad y esfuerzo para la prestación de los servicios requeridos por el usuario, la que a su juicio dependía de la disponibilidad de agenda de camas y especialistas, previo cumplimiento del requisito de remitir la historia clínica y evolución del paciente. Manifiesta que las IPS tienen autonomía para la aceptación de pacientes y las EPS no tienen ninguna injerencia sobre sobre las decisiones, procedimientos y tratamientos realizados en la IPS por los médicos tratantes. Atribuye a deficiencias del sistema de salud y específicamente a la autonomía con que cuentan las IPS cualquier responsabilidad. Señala que cumplió con todas sus obligaciones lo que dice se comprueba con la historia clínica y las copias de las autorizaciones aportadas, refiriendo que el usuario "tiene acceso a los servicios de salud requeridos". Señala como causal eximente de responsabilidad el hecho de haber autorizado y gestionado todos los servicios de salud requeridos. (fls.634 a 636, C.2).

5.3. El Departamento de Boyacá a través de su apoderado judicial presentó escrito de finalización con la misma argumentación expuesta en la contestación de la demanda por lo que nos remitimos a ella. (fls.645 a 647, C.2)

5.4. La Rama Judicial guardó silencio en esta oportunidad procesal.

6. Practicadas las pruebas decretadas presentados los alegatos de conclusión es menester resolver el litigio planteado, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

I. Presupuestos procesales de la acción

1. Previo a analizar el fondo del presente asunto, resulta pertinente pronunciarse sobre la jurisdicción y competencia del Juzgado, la legitimación en la causa, la procedencia de la acción y la caducidad.

1.1. Por ser la Dirección Ejecutiva de Administración de Justicia – Rama Judicial entidad pública de carácter nacional y el Departamento de Boyacá, entidad pública del orden territorial, el presente asunto es de conocimiento de esta **jurisdicción** de acuerdo con el artículo 104 del C.P.A.C.A. y dado que se trata de una demanda en donde se utiliza el medio de control de Reparación Directa, el despacho es competente para conocer en primera instancia de dicha acción por así disponerlo el numeral 6 del artículo 155 ibídem. Por lo anterior, se concluye que el Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja, es competente para pronunciarse respecto de la responsabilidad que les pudiere ser atribuida a las entidades demandadas en la presente *litis.*

1.2. El medio de control de Reparación Directa a que alude el artículo 140 de la Ley 1437 de 2011 es el procedente en este caso, por cuanto las súplicas de la demanda van

encaminadas a la declaratoria de responsabilidad de la Nación- Rama Judicial, el Departamento de Boyacá y la EMPRESA MUTUAL PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA SALUD EMDISALUD E.S.S., por las acciones y omisiones atribuidas a estas y que, según la parte demandante, condujeron a la víctima no solo a una pérdida de oportunidad sino finalmente a la muerte.

1.3. En cuanto a la **legitimación en la causa** por activa, se demostró que las demandantes SATURIA ARIAS CASTELBLANCO, CRISTIAN ROBERTO CASTELBLANCO ARIAS, LIDY MAYERLY CASTELBLANCO ARIAS, VALENTINA CASTELBLANCO ARIAS, MISAEL CASTELBLANCO HUERTAS y FABIO ALBERTO CASTELBLANCO HUERTAS, fueron las directamente afectadas por el daño irrogado. En cuanto CRISTIAN ROBERTO CASTELBLANCO ARIAS y LIDY MAYERLY CASTELBLANCO ARIAS se encuentra acreditado con registros civiles de nacimiento (fls. 13 y 14 C.1) que son hijos del señor ROBERTO CASTELBLANCO HUERTAS, en relación con VALENTINA CASTELBLANCO ARIAS aparece probado que es hija de LIDYI MAYERLY CASTELBLANCO ARIAS, por tanto nieta del fallecido señor CASTELBLANCO HUERTAS (fl. 15 C.1).

Precisa el Despacho que según la demanda los señores MISAEL y FABIO CASTELBLANCO HUERTAS, son hijos de los señores EVA HUERTAS PIRA y ANIBAL CASTELBLANCO HUERTAS, padres del señor ROBERTO CASTELBLANCO HUERTAS y por tanto hermanos del occiso lo que acreditan con sendos registros civiles de nacimiento (fls. 16 y 17 C.1.), con los testimonios y declaraciones vertidos en el proceso se acreditó que la señora SATURIA ARIAS CASTELBLANCO fue la compañera permanente del señor CASTELBLANCO HUERTAS, así como se acreditan los estrechos lazos afectivos, de solidaridad y cercanía con la víctima; en efecto, resulta relevante que los testigos Guillermo Bolivar Quintero y María Elsa Yanquen Caro y las hermanos del occiso identifican a los antes citados como personas con cercanía, lazos afectivos y familiares con la víctima.

En razón de lo anterior, las personas arriba relacionadas se encuentran legitimadas en la causa por activa y, en consecuencia, se la tendrá en el presente proceso como terceros damnificados.

1.4. Finalmente, en cuanto a la **legitimación por pasiva**, se tiene que el daño invocado en la demanda proviene de acciones y omisiones imputables a LA NACIÓN- RAMA JUDICIAL, EL DEPARTAMENTO DE BOYACÁ y LA EMPRESA MUTUAL PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA SALUD EMDISALUD E.S.S., razón por la cual se acredita su legitimación por pasiva en la presente causa.

1.5. En lo atinente a la **caducidad** de la acción, la Sala constata que en el presente caso no opera tal fenómeno, pues el daño consistente en la muerte del señor ROBERTO CASTELBLANCO HUERTAS tuvo lugar el 22 de mayo de 2016 y la demanda se interpuso el 4 de julio de 2017, es decir, dentro del término previsto para tal efecto, de conformidad con el artículo 164 del C.P.A.C.A.

II. Hechos probados

2.1. De conformidad con las pruebas válida y oportunamente allegadas al proceso, se tienen por acreditados los siguientes hechos relevantes:

2.1.1. El señor ROBERTO CASTELBLANCO HUERTAS nació el 6 de junio de 1970, era hijo de los señores EVA HUERTAS PIRA y ANIBAL CASTELBLANCO HUERTAS; hermano de los señores MISAEL CASTELBLANCO HUERTAS y FABIO ALBERTO CASTELBLANCO HUERTAS; compañero de la señora SATURIA ARIAS CASTELBLANCO; progenitor de los jóvenes LIDY

MAYERLY CASTELBLANCO ARIAS y CRISTIAN ROBERTO CASTELBLANCO ARIAS; y abuelo de la menor VALENTINA CASTELBLANCO ARIAS. (fls.13 a 17 C.1.)

2.1.2 El señor ROBERTO CASTELBLANCO HUERTAS se encontraba afiliado a la EMPRESA MUTUAL PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA SALUD E.S.S. EMDISALUD E.S.S. en el régimen subsidiado, aspecto que fue reconocido por dicha entidad al contestar la demanda.(fls.367 y siguientes C.1)

2.1.3. El señor ROBERTO CASTELBLANCO HUERTAS, afiliado a EMDISALUD E.S.S., el día 19 de abril de 2016 ingresó al servicio de urgencias del Hospital San Rafael de la ciudad de Tunja por presentar, según el resumen de atención médica, "*cuadro clínico de 6 meses de evolución consistente en disminución de la clase funcional ortopnea palpitaciones en manejo por cardiología, actualmente cuadro de 4 horas de dolor precordial irrigado a región escapular izquierda*". En su historia clínica se registró lo siguiente: "*Antecedentes: Cardiomegalia en estudio valvulopatia aórtica*". Desde el día de ingreso y hasta 22 de abril la institución de salud el efectúa un manejo antiisquémico (tratamiento de la Enfermedad de las Arterias Coronarias) y se le practicó ecocardiograma.

2.1.4. Los días 19 y 20 de abril el señor ROBERTO CASTELBLANCO es valorado por medicina interna señalando los médicos tratantes que se trataba de un paciente de 45 años con Dx 1. IAM SEST cara lateral, doble lesión aórtica, insuficiencia mitral moderada, falla cardiaca etiología valvular e isquémica fex 140% y EPOC + Pulmonar moderada.

2.1.5. El Hospital San Rafael a través de correo electrónico de fecha 19 de abril de 2016 informa a EMDISALUD remisión "URGENTE" del señor ROBERTO CASTELBLANCO HUERTAS para Cirugía Cardiovascular. (fl. 326 y siguientes C.2). En fecha 22 de abril aparece en la historia clínica recomendación de medicina interna para cirugía cardiovascular para manejo de fallo cardiaco, desde ese día en adelante aparece como plan de manejo la misma remisión. En la misma fecha aparece documento -ecocardiograma doppler color- con el siguiente diagnóstico: "*Cardiopatía dilatada con función sistólica del ventrículo izquierdo severamente disminuida, disfunción diastólica dada por patrón restrictivo, estenosis valvular aórtica severa de flujos gradientes bajos, dilatación biauricular, dilatación del ventrículo derecho con función sistólica comprometida,* ***enfermedad degenerativa mitral con insuficiencia moderada insuficiencia tricuspídea moderada***"(fl. 79 C.1). (En negrilla del despacho)

2.1.6. El 20 de abril de 2016 mediante correo electrónico EMDISALUD remite distintas IPS (Fundación Cardiovascular, Hospital Cardiovascular, Medicar Info IPS, ESE Simón Bolívar, Hospital Fontibón) remisión efectuada por el Hospital San Rafael(fl.332 C.2). El 26 de abril de 2016 a través del mismo medio EMDISALUD remite a MEDICAL & NFO IPS informe de evaluación del paciente para continuar remisión para cirugía cardiovascular (fl.334 C.2).

2.1.7. En fecha 27 de abril se cruzaron correos entre EMDISALUD y el Instituto del Corazón de Bucaramanga en relación con la remisión efectuada. (fl.335 C.2)

2.1.8. Los días 1, 2, y 3 de mayo el Hospital San Rafael de Tunja remite a EMDISALUD, a través de correo electrónico, remisión para cateterismo del paciente CASTELBLANCO HUERTAS. (fls.338 a 346 C.2) Entre el 4 al 13 de mayo EMDISALUD tramita internamente autorización para dicha valoración (fls.147 a 150 C.2).

2.1.9. El día 4 de mayo de 2016 el paciente es remitido a trámites administrativos para remisión prioritaria de cirugía cardiovascular (fl.46 C.1).

2.1.10. Aparece en la historia clínica aportada en el plenario con fecha 7 de mayo de 2016 (fl.48 C.1.) nota: "de *carácter urgente remisión a cirugía cardiovascular*". El mismo plan de

manejo y el requerimiento se mantuvo hasta el día 13 de mayo. (fl.49 y siguientes. Historia clínica C.1.)

2.1.11. A través del correo electrónico del 13 de mayo de 2016 se autoriza al paciente ROBERTO CASTELBLANCO para llevar a cabo cateterismo en la IPS MEDICAL PRO&NFO. (fl.351 a 353 C.2).

2.1.12. El día 14 de mayo se interrumpe su tratamiento en el Hospital San Rafael para atender su dolencia en la ciudad de Bogotá y practicar cateterismo. (fl.22 al 55 historia clínica. C.1).

2.1.13. El 16 de mayo de 2016 se *practica la reseñada intervención en donde el cardiólogo hemodinamista diagnosticó: "Estenosis valvular aórtica calcificada moderada a severa y coronarias libres de enfermedad obstructiva recomendando* ***tratamiento quirúrgico***". (fls. 354 a 360 C.2). (En negrillas del despacho)

2.1.14. El día 18 de mayo de 2016 ingresa nuevamente el señor CASTELBLANCO HUERTAS a través de Urgencias del Hospital San Rafael con el siguiente diagnóstico: *"Paciente de 45 años quien ingresa por el servicio de urgencias el día 18 de mayo del 2016, por cuadro clínico consistente dolor retroesternal, tipo opresivo, irradiado a cuello, asociado a cefalea frontal, de intensidad moderada, además 3 episodios eméticos de contenido hialino, mareo con antecedentes estenosis aórtica severa diagnosticada por cateterismo coronario el día 16 de mayo del 2016, paciente quien estuvo hospitalizado en esta institución por 24 días por enfermedad coronaria el cua(sic) se descartó por cateterismo coronario. Paciente hospitalizado por medicina interna, se descartó enfermedad coronaria aguda, se considera puede cursar con una endocarditis infecciosa y se le continuó terapia antibiótica con vancomicina..." (fl. 127 C.1).*

Como antecedentes se consignó:*"Estenosis valvular aórtica calcificada moderada a severa, cardiopatía dilatada con función sistólica del ventrículo izquierdo severamente disminuida, dilatación biauricular, dilatación del ventrículo derecho, hipertensión pulmonar".* El diagnóstico anotado fue: *"estado post RCCP, falla respiratoria aguda, estenosis aórtica severa, cardiopatía dilatada con función sistólica severamente disminuida FEVI 20%, insuficiencia mitral moderada, insuficiencia tricuspídea moderada, endocarditis infecciosa en estudio hipertensión pulmonar severa PSAP 77 mmhg, enfermedad coronaria".* En la fecha de ingreso el especialista de medicina interna señala que no hay disponibilidad de traslado a Bogotá- HSRT por lo que el paciente solicitó retiro voluntario.

Ese día se señaló que el paciente tenía: *"cuadro de dos horas de evolución consistente en dolor retroesternal, tipo opresivo de intensidad 6/10 irradiado a cuello, asociado a cefalea, se señaló que el paciente estaba en regulares condiciones generales, febril, diaforético, taquipneico ... palidez mucocutánea generalizada, papilas isotónicas normo reactivas, escleras anticréticas conjuntivas hipooramicas, cuello móvil, sin masas, ruidos cardiacos rítmicos, taquicárdicos, soplo pre sistólico de predominio ...aórtico sin agregados pulmonares, abdomen blando, depresible no doloroso a la palpación, sin signos de irritación peritoneal"* Ese día se señaló como diagnóstico: 1. Endocarditis infecciosa? 2. Bacteriemia por MRSA? 3. Estenosis valvular aórtica.

2.1.15. El día 20 de mayo de 2016 el señor ROBERTO CASTELBLANCO HUERTAS es remitido a cirugía cardiovascular por el médico internista tratante. (fls.141 y 144 C.1.). Ese día fueron emitidos resultados de ecocardiograma doppler color en el que consta el siguiente diagnóstico: 1. Cardiopatía dilatada con función sistólica del ventrículo izquierdo severamente disminuida. 2. Disfunción diastólica dada por patrón pseudonormal. 3. Estenosis valvular aórtica severa de flujos y gradientes bajos. 4. Dilatación biauricular. 5. Dilatación del ventrículo derecho con función sistólica comprometida. 6. Enfermedad

degenerativa mitral con insuficiencia moderada. 7. Insuficiencia tricuspídea moderada. 8. P Sap: 77 mmHg. (f.175 C.1).

2.1.16. El día 21 de mayo de 2016 el paciente presenta la siguiente evolución: 1) Falla cardiaca compensada; 2) Bacteriemia por SAMR?; 3) Estenosis valvular aórtica severa; 4) insuficiencia tricuspidea moderada; 5) HTAP severa DSAD; 6) Dilatación biauricular. Se menciona que está pendiente para cirugía cardiovascular para posible trasplante de válvula (fl.145 C.1 historia clínica).

2.1.17. El 22 de mayo de 2016 el paciente ingresa a la Unidad de Cuidados Intensivos dado el cuadro clínico (fl. 129 C.1. Historia Clínica) y el mismo día fallece con el siguiente diagnóstico de egreso*: "Estado Post RCCP, falla respiratoria aguda, estenosis aórtica severa, cardiopatía dilatada con función sistólica severamente disminuida FEVI 20%, insuficiencia mitral moderada, insuficiencia tricuspidea moderada, endocarditis infecciosa en estudio, hipertensión pulmonar severa PSAP 77 MMHG y enfermedad coronaria"* (fl. 127, c. 1 - epicrisis).

2.1.18. El día 11 de mayo de 2016 el señor FABIO ALBERTO CASTELBLANCO HUERTAS, hermano del señor ROBERTO CASTELBLANCO HUERTAS radicó la Oficina Judicial de la Administración Judicial de Tunja acción de tutela para que le fueran protegidos los derechos de su agenciado a la salud y a una vida digna, los que presuntamente le estaban siendo vulnerados por la EPS-S EMDISALUD al no recibir tratamiento médico adecuado para la enfermedad que le fuera diagnosticada con la acción solicitó como medida cautelar se ordenará de forma inmediata a la EPS accionada se autorice y practique cirugía cardiovascular ordenada por el médico Germán Carrero y los exámenes médicos que se requieran para tratar la enfermedad de CARDIOPATÍA DILATADA DE ORIGEN VALVULAR CON ESTENOSIS AÓRTICA SEVERA, además del tratamiento médico integral que requiere la enfermedad y cualquiera otra que se le diagnostique hasta restablecer su calidad de vida.

Como pretensiones esbozó el accionante que se ordene a la accionada y a la Secretaría de Salud del Departamento de Boyacá autorizar y asumir el costo del tratamiento médico integral- medicamentos, procedimientos, exámenes sin dilaciones injustificadas, a que haya lugar a fin de garantizar un tratamiento de la enfermedad CARDIOPATÍA DILATADA DE ORIGEN VALVULAR CON ESTENOSIS AÓRTICA SEVERA y sin necesidad de recurrir nuevamente a las instancias judiciales y cada vez que requiera de la atención al tratamiento de la enfermedad, que le sean ordenados y autorizados los traslados a otra ciudad de no existir en Tunja los especialistas y en consecuencia se reconozca transporte, alojamiento y acompañante para el caso de ser necesario, ordenar al FOSYGA que en virtud de la regla de recobro parcial fijada en el artículo 124 de la ley 1122 de 2007 pagar a EMDISALUD de acuerdo con la regulación vigente. (fls 210 a 222 C1.).

2.1.19. El Juzgado Municipal de Pequeñas Causas Laborales conoció de la tutela impetrada y mediante auto del 12 de mayo de 2016 admitió la acción profiriendo como medida provisional ordenar a EMDISALUD de manera inmediata autorice y haga efectivo el servicio de Cirugía Cardiovascular y los exámenes médicos que se requieran para tratar la enfermedad CARDIOPATÍA DILATADA DE ORIGEN VALVULAR CON ESTENOSIS AÓRTICA SEVERA que padece el señor ROBERTO CASTELBLANCO HUERTAS. El juzgado comunicó la orden el mismo día según consta en oficio emanado de dicho despacho judicial (fls.224 y 225 C1). En fecha 19 de mayo de 2016 el juzgado que asumió la competencia vinculó al trámite de la acción al Departamento de Boyacá- Secretaría de Salud como accionada.(fl.230 C.1)

2.1.20. El señor FABIO ALBERTO CASTELBLANCO mediante memorial informó al Juzgado de Conocimiento que su hermano había sido remitido a Bogotá a la Clínica Medical Pro & Nfo para un cateterismo, que lo realizarían el sábado 14 lo que no ocurrió, siendo practicado

solo el 16 de mayo fecha en que le dieron salida. Que solo hasta el martes 17 de mayo le dieron salida de la UNIDAD DE CUIDADOS INTENSIVOS UCI. El valor del examen fue pagado con recursos de sus familiares y no de EMDISALUD EPS-S, junto con el valor de la ambulancia que no fue autorizada por dicha EPS. Que desde la fecha en que realizarían el examen y hasta su práctica efectiva pagaron costos de habitación y alimentación para el paciente y un acompañante. Aclaró que para garantizar el tratamiento médico han tenido que cubrir los gastos, puesto que la accionada se niega a garantizar una prestación oportuna dejando en riesgo la vida de su familiar. Solicitó el cumplimiento de la medida cautelar y se disponga el servicio de ambulancia y el reintegro de lo pagado. (fl. 234 C.1 sin fecha).

2.1.21. El 24 de mayo de 2016 el Juzgado Municipal de Pequeñas Causas de Tunja profirió fallo dentro del trámite de tutela señalado tutelando los derechos a la salud y a la vida en condiciones dignas del señor ROBERTO CASTELBLANCO HUERTAS vulneradas por la EMPRESA MUTUAL PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA SALUD EMDISALUD EPS-S y ordenó medidas similares a las que había ordenado en el auto admisorio de la acción como previas o cautelares. (fls. 250 a 261 C.1.).

2.1.22. Solo hasta el 1 de junio de 2016 la EPS- S EMDISALUD autoriza el servicio valoración por Cirugía Cardiovascular para realizarse en la Fundación Cardiovascular de Colombia en Floridablanca Santander. (fl.364 C.2)

2.1.23. **Testimonios y Declaración de Parte**

En audiencia programada para el efecto se practicaron las pruebas pedidas por las partes que correspondieron a testimonios y declaraciones de parte, las primeras rendidas por los señores Guillermo Bolivar Quintero y Maria Elsa Yanquen quienes en su deposición se refirieron a la conformación del núcleo familiar del señor Castelblanco Huertas, el vínculo que lo unía con la señora Saturia Arias Castelblanco, la actividad que desarrollaba para procurar su ingresos, la dependencia de sus hijos, compañera y nieta en materia económica para con él, entre otras circunstancias relacionadas con la que hacía en vida el occiso y sus relaciones personales.

A solicitud de la demandada EMDISALUD depuso la señora Alba Helena Manrique Espíndola, empleada de dicha empresa promotora de salud, quien labora en el área de "referencia y contrareferencia hospitalaria" y en aseguramiento, ella en su participación en el proceso detalló en forma general cada una de las etapas del "protocolo" que aplica la EPS cuando se trata de remisiones ordenadas por médicos tratantes, haciendo hincapié en la dependencia que tienen de la respuesta afirmativa que den las IPS a la remisión. En relación con el "protocolo" aplicado en el caso del señor Castelblanco Huertas mencionó que:

> *"El paciente fue presentado por el Hospital San Rafael el 19 de abril a las 23:57, inmediatamente el paciente es presentado por la línea 01 8000 a las diferentes IPS donde se prestas o tienen el servicio que el paciente requiere, al día siguiente tomo el caso, empezamos a llamar telefónicamente a las IPS, en donde se presenta al paciente. El día 27 de mayo el Instituto Nacional del Corazón nos envía una solicitud porque en la remisión falta un reporte de un examen. Lo que hacemos en ese momento es enviarle al Hospital San Rafael la solicitud del correo. Se continúa presentando al paciente en las diferentes entidades en donde se presta o nos ofertan el servicio que requiere. El día 2 de mayo se cambia la remisión, se actualiza dónde nos solicitan un cateterismo del paciente, porque anteriormente nos estaban solicitando cirugía Cardiovascular. El 2 de mayo se empieza a hacer el trámite, el nuevo trámite de la autorización de la remisión solicitando el cateterismo, donde se presenta el paciente a diario con la evaluación. Se envía a las diferentes IPS como son Fundación Cardiovascular de Colombia, Cardiovascular del Niño de Cundinamarca en Soacha, Medical&nfo, Instituto del Corazón Tunal, no me recuerdo*

las otras, donde ellos después de estar presentado el paciente a diario nos dan la aceptación del paciente el día 12 de abril en Medical Pro&nfo, para realización del cateterismo el día 14 a las 5 pm, se traslada paciente y se realiza cateterismo ese día (...)"

Aclaró en su deposición la señora Alba Helena que la autorización no se genera inmediatamente, señaló que primero se efectúa el trámite de remisión y traslado del paciente.

Sobre las actuaciones llevadas a cabo después de practicado el cateterismo aclaró:

"(...) después de que le realizaron el cateterismo, la orden del médico fue que el paciente requería valoración por cardiología y valoración por cirugía cardiovascular, el cual los familiares radican ordenes el día 18 de mayo, se le entrega inmediatamente la autorización para valoración por cardiología para el Hospital San Rafael, el mismo día se entrega autorización y se tramita cita a la Fundación Cardiovascular de Colombia, donde allí fue asignada una cita con cardiólogo... la cita no me acuerdo si quedo para el 28 de ese mismo mes, pero inmediatamente ellos se acercan a la oficina después de la realización del cateterismo le dieron esas órdenes y la oficina hizo el trámite"

Frente al cuestionamiento del presunto cambio de procedimiento acotó:

"Nosotros decimos que se actualiza la remisión porque la solicitud cambia totalmente"

En relación con la primera remisión señaló que una vez se presenta la remisión se presenta el paciente a las diferentes IPS, señala que se efectuó la gestión correspondiente, que todo depende de la respuesta que ellas den, puesto que la misma depende de las condiciones que establezcan o tengan, tales como disponibilidad de camas o requerimiento de exámenes. Solo cuando la respuesta de la persona encargada de referencia en la respectiva institución prestadora de salud es positiva se efectúa la autorización inmediata.

También se practicaron declaraciones de parte, fue así que fueron interrogados los señores Saturia Arias Castelblanco, Fabio Humberto Castelblanco Huertas y Misael Castelblanco Huertas, los mismos se refirieron a las circunstancias acaecidas durante el padecimiento de la enfermedad por su familiar, señalaron que la atención de la entidad promotora de salud fue deficiente, señalaron que acudieron en forma permanente y recurrente a la dependencia competente de dicha EPS para que le prestaran el servicio al señor Roberto Castelblanco, que el mismo fue demorado a tal punto que tuvieron que hacer uso de herramientas como la acción de tutela la cual fue impetrada por el señor Fabio Humberto. Refiere la señora Saturia Arias, compañera del señor Roberto, que el deterioro de la salud de su compañero fue más evidente luego de practicado el cateterismo. El señor Fabio Humberto expresó su aflicción por la forma como tuvo su hermano que padecer su enfermedad, señaló que además de las dificultades para acceder al cateterismo por parte de la EPS a la que se encontraba afiliado, una vez practicada dicha intervención no le fue autorizado por dicha entidad el transporte para su traslado de Bogotá a Tunja, expensas que tuvo que cubrir su familia, que hubo que transportarse al paciente canalizado y sin las medidas necesarias pos intervención que dicho procedimiento requiere. El señor Fabio Humberto se refirió a deudas que dejó su hermano y las que con su muerte tuvieron que ser solventadas por sus familiares.

Así mismo depuso el señor Misael Castelblanco Huertas, hermano del difunto, quien además de ratificar la relación que tenía su familiar con la señora Saturia, indicó que quien cubría los gastos de la familia, en vida del señor Roberto Castelblanco era precisamente su

hermano. Explicó que con la muerte del señor Roberto las condiciones de la familia cambiaron, que el hijo se quedó sin estudio, la hija se fue a trabajar para coadyuvar con su madre en el pago de deudas que el difunto dejó en vida. Señaló además que los hijos de su hermano se dedicaban a estudiar y a colaborarle a su padre en las labores del campo y que luego de su deceso tuvieron que dedicarse su hija a trabajar en la ciudad de Bogotá y su hijo en labores del campo. Mencionó que su hermano le colaboraba en su sustento, pues por su condición de discapacidad no le daban empleo, refiere que es la persona más afectada porque su familiar le ayudaba con su sustento. Refirió también todas las angustias que se vivieron cuando su hermano tuvo que ser internado, señaló que acudieron a la EPS por la necesidad de que a su hermano se le aprobara la cirugía con carácter urgente y que la respuesta siempre fue vengan mañana, vengan en la tarde, etc. citas a la que siempre acudían, refirió también los padecimientos de su hermano cuando fue remitido al procedimiento de cateterismo en Bogotá y las dificultades para trasladarlo nuevamente a Tunja.

III. Problema jurídico

Es necesario para el despacho estudiar la existencia en el presente caso de los elementos que conforman la responsabilidad, como son daño, un hecho- por acción u omisión- de las demandadas y el nexo de causalidad entre ambos, para efectos de lo cual es necesario dar respuesta a las siguientes preguntas:

En primer lugar se hace necesario precisar la existencia del daño padecido por los demandantes quienes en el libelo introductorio alegaron haber soportado perjuicios materiales e inmateriales por la muerte del señor ROBERTO CASTELBLANCO HUERTAS. En este punto se estudiará, si de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado el carácter de grave y eventualmente "catastrófico" de la enfermedad que presuntamente padecía el mencionado occiso, implica que el daño que se causó puede ser subsumido dentro de lo que ha sido clasificado como pérdida de oportunidad, en la medida en que no existía certeza de que con la intervención podría garantizarse la sobrevida de la víctima.

Luego de lo anterior, es necesario establecer si el aludido daño, en caso de estar probado surgió de la omisión o negligencia de la EPS EMDISALUD o de falla o falta de las entidades demandadas, en relación con dicha cuestión es necesario dar solución a los siguientes interrogantes:

¿Se encuentra demostrado en el plenario que una vez ingresó al Hospital San Rafael de Tunja por urgencias y durante su estadía en dicha institución prestadora de salud le fue ordenada al señor ROBERTO CASTELBLANCO HUERTAS por los galenos tratantes la intervención "cirugía cardiovascular" y si tales ordenes le fueron remitidas a la EPS para el trámite de autorización y efectiva realización del referido tratamiento? En el referido interrogante se hace necesario precisar si las pruebas arrimadas al proceso son suficientes para verificar la veracidad de tales circunstancias y de encontrarse que dicha autorización no fue ordenada en forma oportuna, si la misma se constituye en falla del servicio susceptible de generar responsabilidad a cargo de las entidades demandadas.

¿Existió en el *sub lite* una falla del servicio por el hecho que la EPS EMDISALUD no autorizó en forma inmediata la intervención ordenada por los médicos tratantes? Aquí debe precisar el despacho si se presentó el hecho propio y exclusivo de un tercero que exime de responsabilidad a la Rama Judicial y al Departamento de Boyacá- Secretaría de Salud también demandadas dentro de la presente causa.

Fijadas las soluciones a los anteriores interrogantes, en tercer lugar pasará el despacho a revisar las pruebas arrimadas al proceso, así como también la jurisprudencia más reciente

del Consejo de Estado, para con base en ello establecer la indemnización de perjuicios que es procedente a favor de los peticionarios.

IV. CUESTION PREVIA- Fuero de atracción

En sentencia del 29 de agosto de 2007[1], la Sala de Sección Tercera destacó que el fuero de atracción resulta procedente siempre que desde la formulación de las pretensiones y su soporte probatorio, pueda inferirse que existe una probabilidad mínimamente seria de que la entidad o entidades públicas demandadas, por cuya implicación en la Litis resultaría competente el juez administrativo, sean efectivamente condenadas.

Tal circunstancia es la que posibilita al mencionado juez administrativo adquirir y mantener la competencia para fallar el asunto en lo relativo a las pretensiones lanzadas contra aquellos sujetos no sometidos a su jurisdicción, incluso en el evento de resultar absueltas, por ejemplo, las personas de derecho público, igualmente demandadas, cuya vinculación a la litis determina que es la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo la llamada a conocer del pleito.

En sentencia de 30 de septiembre de 2007[2] el Consejo de Estado precisó que la circunstancia de que algunos de los sujetos vinculados al proceso sean juzgados generalmente por el juez ordinario, no excluye la competencia de esta jurisdicción por la aplicación del fuero de atracción. Basta que el demandante, con suficientes fundamentos fácticos y jurídicos, impute acciones u omisiones contra varios sujetos y que uno de ellos deba ser juzgado por esta jurisdicción, para que ésta asuma la competencia, sin que resulte relevante que la sentencia finalmente absuelva al ente público.

En providencia de 1 de octubre de 2008[3] la Alta Corte reiteró que cuando se formula una demanda, de manera concurrente, contra una entidad estatal y contra un sujeto de derecho privado, por un asunto que en principio debería ser decidido ante la jurisdicción ordinaria, el proceso debe adelantarse ante esta jurisdicción, que adquiere competencia para definir la responsabilidad de todos los demandados.

De todo lo anterior se concluye que esta jurisdicción tiene competencia para vincular y juzgar a los particulares o personas de derecho privado en virtud del fuero de atracción, aun cuando al momento de realizar el análisis probatorio del proceso se establezca que la entidad pública, también demandada, no es responsable de los hechos y daños que se le atribuyen en el libelo. Sin embargo, el factor de conexión que da lugar a la aplicación del fuero de atracción y que permite la vinculación de personas privadas que, en principio, están sometidas al juzgamiento de la jurisdicción ordinaria, debe tener un fundamento serio, es decir, que en la demanda se invoquen acciones u omisiones que, razonablemente, conduzcan a pensar que su responsabilidad pueda quedar comprometida.

Se resalta que para que opere el fuero de atracción es menester que los hechos que dan origen a la demanda sean los mismos[4], postura que ha sido reiterada por la jurisdicción contencioso administrativa, lo que le permite a este despacho fallar en relación con la persona de derecho privado, esto es, la Empresa Mutual para el Desarrollo Integral de la Salud E.S.S.- EMDISALUD E.S.S.

---

[1] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, exp. 15526 y recientemente en Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, exp. 38958, sentencia del 22 de marzo de 2017

[2] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, M.P. Ramiro Saavedra Becerra, exp. 15635

[3] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, exp. 2005-02076-01(AG).

[4] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, M.P. Julio César Uribe Acosta., expediente No. 10.007 y 9480 del 4 de agosto de 1994.

V. ANÁLISIS DEL DESPACHO

Antes de resolver el problema jurídico planteado, el Despacho considera pertinente analizar los siguientes aspectos: a) Responsabilidad administrativa del Estado; b) Presupuestos de la Responsabilidad Extracontractual del Estado; c) De la pérdida de la oportunidad en la jurisprudencia administrativa colombiana; d) Responsabilidad de las entidades promotoras de salud por falla médica; e) Defectuoso funcionamiento de la administración de justicia como factor de imputación de responsabilidad; f) Competencia de las secretarías departamentales de salud en materia de prestación de servicios de salud; g) Caso Concreto

a) Responsabilidad administrativa del Estado

La responsabilidad del Estado surgió como producto de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la cual se fundamentó en el Código Civil y los principios del Estado de derecho, dado el contexto nacional y financiero de la época. De hecho, la Corte Constitucional en sentencia C-832 de 2001 señaló que se trataba de una transformación en todo el ámbito del derecho comparado y por esa razón ha indicado que "*la responsabilidad de la Administración Pública es hija del intervencionismo del Estado*".

Sobre el origen de la responsabilidad patrimonial, la Corte en sentencia C-957 de 2014, expresó:

> *"La idea de que el tema de la responsabilidad patrimonial del Estado fuera de creación básicamente jurisprudencial, obedeció a dos circunstancias históricas determinantes. En primer lugar, hasta principios del siglo XX, la tradición clásica de soberanía que imperaba en el campo jurídico y político, reforzaba y justificaba la idea de la potestad absoluta del Estado en el ejercicio del poder, y su correspondiente "irresponsabilidad", por daños a terceros. En segundo lugar, ni en la ley, ni en la Carta Política anterior, se establecía una cláusula expresa que consagrara este tipo de responsabilidad -en gran parte por la razón previamente enunciada -, lo que exigió respuestas de los jueces, al actuar en casos concretos.*
>
> *(...)*
>
> *En consecuencia, bajo reglas de derecho privado, la Corte Suprema de Justicia desarrolló entonces la jurisprudencia inicial en estas materias, y tal y como lo destacó la sentencia C-644 de 2011 de esta Corporación, con la providencia del 22 de octubre de 1896, la Corte Suprema de Justicia sostuvo por primera vez, que " a pesar de que las entidades estatales eran personas jurídicas, y por tanto, irresponsables penalmente por los* ***daños que ocasionaran a los ciudadanos, sí*** *se encontraban obligadas a las reparaciones civiles por los perjuicios que resultaren de una conducta punible imputable a los funcionarios públicos".*

A partir de este momento, se fue consolidando paulatinamente una jurisprudencia por parte de esa Corporación, que puede describirse en tres etapas distintas, en las que el concepto de responsabilidad estatal fue evolucionando paulatinamente, así: **(a)** el de la responsabilidad *indirecta* del Estado, -que suponía que las personas de derecho público respondían por las acciones u omisiones de sus agentes, bajo el entendido de que se trataba del hecho de otro, ante el daño causado, **(b)** el de la responsabilidad *directa*, -que admitía que quien provocaba el daño finalmente, era la persona natural al servicio del Estado, lo cual implicaba en últimas, que el verdadero causante del daño era la entidad pública de manera directa, y **(c)** el de la falla del servicio.

Posteriormente, al Consejo de Estado, a través de la Ley 167 de 1941, se le otorgó competencia para conocer de acciones reparatorias contra las entidades públicas, lo cual se

hizo realidad con el Decreto 528 de 1964. A partir de allí, elaboró su propia jurisprudencia pero con base en los principios constitucionales de legalidad, la garantía de la propiedad privada y derechos adquiridos con justo título, así como con el deber del Estado de proteger la vida, honra y bienes de los ciudadanos.

El Consejo de Estado centrado en la idea de la falta o falla del servicio[5], *"derivó la responsabilidad estatal del acto administrativo, de la expropiación u ocupación de inmuebles en caso de guerra, de trabajos públicos, del almacenaje, de las vía s de hecho y del daño especial"*. En ese orden de ideas, antes de la constituyente de 1991, al Estado se le atribuía responsabilidad básicamente, "*no por el hecho de otro, sino por el hecho propio, en razón a que las acciones u omisiones de los agentes del Estado se consideraba inescindiblemente vinculadas a la función pública que desempeñaban*[6]".

Con la Constitución Política de 1991, en su artículo 90 se estableció por primera vez, el denominado principio general de la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos ocasionados con la acción u omisión de las autoridades públicas, puesto que los derechos y libertades de las personas no sólo se protegen con solicitar a los agentes estatales que actúen legalmente, sino que se precisa de la reparación integral de los daños que se han ocasionados por los mismos. En torno a esta disposición la Corte Constitucional, al conocer de una demanda de inexequibilidad contra el artículo 50 –parcial- de la Ley 80 de 1993, se pronunció en los siguientes términos[7]:

> *"Como se ve, el actual mandato constitucional es no sólo imperativo -ya que ordena al Estado responder- sino que no establece distinciones según los ámbitos de actuación de las autoridades públicas. En efecto, la norma simplemente establece dos requisitos para que opere la responsabilidad, a saber, que haya un daño antijurídico y que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública. Pero el artículo 90 no restringe esta responsabilidad patrimonial al campo extracontractual sino que consagra un régimen general, por lo cual la Corte no considera de recibo el argumento de uno de los intervinientes, según el cual la noción de daño antijurídico no es aplicable en el ámbito contractual. Por el contrario, para esta Corporación el inciso primero del artículo 90 consagra la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado y comprende por ende no sólo la responsabilidad extracontractual sino también el sistema de responsabilidad precontractual (derivado de la ruptura de la relación jurídico-administrativa precontractual) así como también la responsabilidad patrimonial del Estado de carácter contractual".*

En la sentencia C-333 de 1996 la Corte Constitucional concluyó que el artículo 90 se inspiró en la doctrina española, que define el daño antijurídico "*no como aquel que es producto de una actividad ilícita del Estado sino como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo, postura acogida por la jurisprudencia contencioso administrativa colombiana*".

En el precepto del artículo 90 Superior se compendian dos premisas distintas pero que se relacionan entre sí. La primera se refiere a la responsabilidad patrimonial del Estado y el deber de responder por el daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes estatales o autoridades públicas. La segunda, se relaciona con la responsabilidad de los servidores públicos por ese daño antijurídico ocasionado con su conducta dolosa o gravemente culposa y el deber del Estado de demandar en repetición.

---

[5] Sentencia C-957 de 2014
[6] Sentencia C-832 de 2001, citada en sentencia C-957 de 2014
[7] Sentencia C-333 de 1996

Sobre la responsabilidad patrimonial del Estado, la Corte Constitucional ha señalado que ese mandato es "*imperativo*"[8], ya que obliga al Estado a responder patrimonialmente por los daños imputables al mismo y a su vez, se genera la protección a los derechos de los ciudadanos.

Así mismo se ha establecido que la responsabilidad es institucional, ya que comprende las actuaciones de todas las autoridades públicas[9] "*sin importar la rama del poder público a que pertenezcan, lo mismo cuando se trate de otros órganos autónomos e independientes creados por la Constitución o la ley para el cumplimiento de las demás funciones del Estado*".

El Decreto 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo) en el artículo 86 estableció la acción de reparación directa como uno de los mecanismos que efectiviza la responsabilidad patrimonial del Estado, en tanto le permite a los ciudadanos demandar de manera directa el resarcimiento de los daños ocasionados por "*un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa*".

Actualmente la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) mantuvo la figura de la reparación directa como un medio de control para obtener la indemnización del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado, de ahí que en el artículo 140 estableciera que el "*Estado responderá, ente otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma*".

En conclusión, la responsabilidad patrimonial del Estado es una institución de carácter constitucional cuya finalidad es la de permitir a los ciudadanos demandar al Estado para obtener el pago de los perjuicios ocasionados por sus agentes. Se puede ejercer a través de varios mecanismos, uno de ellos es el medio de control de reparación directa, en la cual deben demostrarse dos elementos: (i) el daño y que (ii) el mismo sea imputable a una autoridad pública.

b) Presupuestos de la Responsabilidad Extracontractual del Estado

En relación con la responsabilidad del Estado[10], la Carta Política de 1991 produjo su "constitucionalización"[11] erigiéndola como garantía de los derechos e intereses de los administrados[12] y de su patrimonio[13], sin distinguir su condición, situación e interés[14]. Como bien se sostiene en la doctrina,

> "*La responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad*[15]*; los daños cubiertos por la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público*"[16].

---

[8] Sentencia C-043 de 2004
[9] Sentencia C-484 de 2002
[10] Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996. Postura que fue seguida en la sentencia C-892 de 2001.
[11] Corte Constitucional, Sentencia C-832 de 2001.
[12] ALEXY, Robert. "Teoría del discurso y derechos constitucionales", en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). *Cátedra Ernesto Garzón Valdés*. 1ª reimp. México, Fontamara, 2007, p.49.
[13] Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.
[14] Sentencia de 26 de enero de 2006, Exp. AG-2001-213.
[15] MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*. 1ª ed. Madrid, Civitas, 2001, p.120.
[16] MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema.*, ob., cit., pp.120-121.

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado[17], este concepto tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública[18] tanto por la acción, como por la omisión, bien sea bajo los criterios de falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional u otro.

En los anteriores términos, la responsabilidad extracontractual del Estado se puede configurar una vez se demuestre el daño antijurídico y la imputación (desde el ámbito fáctico y jurídico). Conforme a lo cual se analizará el caso a resolver.

1. Daño antijurídico

El daño antijurídico comprendido, desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual[19] y del Estado impone considerar aquello que derivado de la actividad o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea "irrazonable"[20], en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos.

En cuanto al daño antijurídico, el precedente jurisprudencial constitucional señala que la:

> *"(...) antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima"*[21].

Así pues, la jurisprudencia constitucional ha señalado:

> *"(...) que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración"*[22].

De igual manera, la jurisprudencia constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los "principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución"[23].

Debe quedar claro que es un concepto constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente del Honorable Consejo de Estado un "Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos"[24]. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable[25], anormal[26] y que se trate de una situación jurídicamente protegida[27].

---

[17] Corte Constitucional, sentencia C-864 de 2004. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-037 de 2003.
[18] Consejo de Estado Sentencia de 21 de octubre de 1999, Exps.10948-11643. Corte Constitucional, sentencias C-619 de 2002; C-918 de 2002.
[19] PANTALEON, Fernando. "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)", en AFDUAM, No.4, 2000, p.185.
[20] ob., cit., p.186.
[21] Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002.
[22] Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-918 de 2002. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002.
[23] Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001.
[24] Consejo de Estado. Sentencia de 9 de febrero de 1995. Exp.9550.
[25] Consejo de Estado. Sentencia de 19 de mayo de 2005. Rad. 2001-01541 AG.
[26] Consejo de Estado. Sentencia de 14 de septiembre de 2000. Exp.12166.
[27] Consejo de Estado. Sentencia de 2 de junio de 2005. Rad. 1999-02382 AG.

En el caso de autos, el despacho encuentra configurado el daño antijurídico en la vulneración del derecho a la vida del señor ROBERTO CASTELBLANCO HUERTAS, quien falleció el día 22 de mayo de 2016, como más adelante se analizará.

2. La imputación de la responsabilidad y su fundamento

La imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica[28], en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera con fundamento en los distintos criterios de imputación consolidados en el precedente del Consejo de Estado: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Precisamente, en el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene:

> *"La superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen"[29].*

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad[30], según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica[31]. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las "estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas"[32].

En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva que "parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones"[33]. Siendo esto así, la imputación objetiva implica la "atribución", lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción.

En ese sentido, la jurisprudencia constitucional argumenta:

> *"... el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar **si el sujeto era competente** para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección[34] frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible[35]. Ejemplo: un desprevenido transeúnte encuentra súbitamente en la calle un herido en grave peligro (situación de peligro generante del deber) y no le presta ayuda (no realización de la acción esperada); posteriormente fallece por falta de*

---

[28] SANCHEZ MORON, Miguel. Derecho administrativo. Parte general., ob., cit., p.927.
[29] Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.
[30] Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.
[31] Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.
[32] MIR PUIG, Santiago. "Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal", en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 05-05-2003 [http://criminet.urg.es/recpc], pp.6 y 7.
[33] GIMBERNAT ORDEIG, E. Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad. Madrid, 1990, pp.77 ss.
[34] CASAL H, Jesús María. Los derechos humanos y su protección. Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales. 2ª ed. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2008, p.31.
[35] Cfr. Günther Jakobs. Regressverbot beim Erfolgsdelikt.Zugleich eine Untersuchung zum Gruñd der strafrechtlichen Haftung bei Begehung. ZStW 89 (i977). Págs 1 y ss.

una oportuna intervención médica que el peatón tenía posibilidad de facilitarle trasladándolo a un hospital cercano (capacidad individual de acción). La muerte no le es imputable a pesar de la evitabilidad y el conocimiento. En efecto, si no tiene una posición de garante porque él no ha creado el riesgo para los bienes jurídicos, ni tampoco tiene una obligación institucional de donde surja un deber concreto de evitar el resultado mediante una acción de salvamento, el resultado no le es atribuible. Responde sólo por la omisión de socorro y el fundamento de esa responsabilidad es quebrantar el deber de solidaridad que tiene todo ciudadano"[36].

A lo que se agrega por el mismo precedente,

"En la actualidad, un sector importante de la moderna teoría de la imputación objetiva (la nueva escuela de Bonn: Jakobs, Lesch, Pawlik, Müssig, Vehling) estudia el problema desde una perspectiva distinta a la tradicional de Armin Kaufmann: el origen de las posiciones de garante se encuentra en la estructura de la sociedad[37]*, en la cual existen dos fundamentos de la responsabilidad, a saber:*

1) En la interacción social se reconoce una libertad de configuración del mundo (competencia por organización) que le permite al sujeto poner en peligro los bienes jurídicos ajenos; el ciudadano está facultado para crear riesgos, como la construcción de viviendas a gran escala, la aviación, la exploración nuclear, la explotación minera, el tráfico automotor etc. Sin embargo, la contrapartida a esa libertad es el surgimiento de ***deberes de seguridad en el tráfico,*** *consistentes en la adopción de medidas especiales para evitar que el peligro creado produzca daños excediendo los límites de lo permitido. Vg. Si alguien abre una zanja frente a su casa, tiene el deber de colocar artefactos que impidan que un transeúnte caiga en ella. Ahora bien, si las medidas de seguridad fracasan y el riesgo se exterioriza amenazando con daños a terceros o el daño se produce – un peatón cae en la zanja- surgen los llamados* ***deberes de salvamento****, en los cuales el sujeto que ha creado con su comportamiento peligroso anterior (generalmente antijurídico) un riesgo para los bienes jurídicos, debe revocar el riesgo – prestarle ayuda al peatón y trasladarlo a un hospital si es necesario- (pensamiento de la injerencia). Esos deberes de seguridad en el tráfico, también pueden surgir por* ***asunción*** *de una función de seguridad o de salvamento, como en el caso del salvavidas que se compromete a prestar ayuda a los bañistas en caso de peligro.*

Los anteriores deberes nacen porque el sujeto ha configurado un peligro para los bienes jurídicos y su fundamento no es la solidaridad sino la creación del riesgo. Son ***deberes negativos*** *porque su contenido esencial es no perturbar o inmiscuirse en los ámbitos ajenos. Corresponde a la máxima del derecho antiguo de no ocasionar daño a los demás.*

2) Pero frente a la libertad de configuración, hay deberes que proceden de instituciones básicas para la estructura social (competencia institucional) y que le son impuestas al ciudadano por su vinculación a ellas. Por ejemplo, las relaciones entre padres e hijos y ciertas relaciones del estado frente a los ciudadanos. Estos deberes se caracterizan, porque el garante institucional tiene la obligación de configurar un mundo en común con alguien, de prestarle ayuda y ***protegerlo contra los peligros que lo amenacen****, sin importar que el riesgo surja de un tercero o de hechos de la naturaleza. Vg. El padre debe evitar que un tercero abuse sexualmente de su hijo menor y si no lo hace, se le imputa el abuso.*

---

[36] Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001. JAKOBS, Günther. Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal. 1ª reimp. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p.16.
[37] JAKOBS, Günther. Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal., ob., cit., p.15.

Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad. Se trata de ***deberes positivos,*** *porque contrario a los negativos en los cuales el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en éstos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos*[38] "[39].

16. En una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de sí una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante"[40].

Dicha formulación no debe suponer una aplicación absoluta o ilimitada de la teoría de la imputación objetiva que lleve a un desbordamiento de los supuestos que pueden ser objeto de la acción de reparación directa, ni a convertir a la responsabilidad extracontractual del Estado como herramienta de aseguramiento universal[41], teniendo en cuenta que el riesgo, o su creación, no debe llevar a "una responsabilidad objetiva global de la Administración, puesto que no puede considerarse... que su actuación (de la administración pública) sea siempre fuente de riesgos especiales"[42].

Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir que sea en un solo título de imputación, la falla en el servicio, en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado, sustentada en la vulneración de deberes normativos[43], que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho.

Asimismo, debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede reducirse a su consideración como herramienta destinada solamente a la reparación, sino que debe contribuir con un efecto preventivo que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada.

Bajo los anteriores criterios el Despacho realizará el juicio de imputación, previendo, además, que el Honorable Consejo de Estado ha determinado que los escenarios en que se discute la responsabilidad patrimonial del Estado se debe dar aplicación al principio *iura novit curia*, lo cual implica que frente a los hechos alegados y probados por la parte demandante, corresponde al juez definir la norma o la motivación de la imputación aplicable al caso, potestad del juez que no debe confundirse con la modificación de la *causa petendi*, esto es, los hechos que se enuncian en la demanda como fundamento de la pretensión[44].

---

[38] Cfr. Günther Jakobs. Strafrecht Allgemeiner Teil.Die Grundlagen und die Zurechnungslehre (studienausgabe). 2 Auflage.Walter de Gruyter.Berlin.New York. 1993.Pags. 796 y ss.
[39] Corte Constitucional, sentencia SU-1184 de 2001.
[40] Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.
[41] BELADIEZ ROJO, Margarita. Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos. Con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo. Madrid, Tecnos, 1997, p.23.
[42] MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.204.
[43] MERKL, Adolfo. Teoría general del derecho administrativo. México, Edinal, 1975, p.211.
[44] Ver sentencias del Consejo de Estado Sección Tercera de 29 de agosto de 2007, expediente: 15494 y bajo la misma percepción la sentencia de 7 de octubre de 2009, expediente: 17629. Así mismo, puede consultarse las sentencias de 3 de octubre de 2007, expediente 22655 y sentencia de 14 de agosto de 2008, expediente 16413.

Por lo tanto, tal como lo ha determinado el precedente del Consejo de Estado:

> *"(...) La circunstancia de que los hechos relatados en la demanda sean constitutivos de una falla del servicio, o conformen un evento de riesgo excepcional o puedan ser subsumidos en cualquier otro régimen de responsabilidad patrimonial de los entes públicos, es una valoración teórica que incumbe efectuar autónomamente al juzgador, como dispensador del derecho ante la realidad histórica que las partes demuestren (...)".*[45]

Ahora bien, en cuento al régimen de responsabilidad derivado de la actividad médica, en casos como el que se analiza, el Consejo de Estado ha establecido que el régimen aplicable es el de falla del servicio[46], realizando una transición entre los conceptos de falla presunta y falla probada, en la actualidad la posición consolidada de dicha Corporación en esta materia la constituye aquella según la cual es la falla probada del servicio el título de fundamento bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria[47].

En el mismo sentido, partiendo del análisis del caso en el marco de la falla probada del servicio como título de imputación[48], en la medida en que los demandantes alegan que existió una falla del servicio que produjo el daño antijurídico por el cual reclama indemnización[49].

Dicho título de imputación opera, como lo señala la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado 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, (...)* ***por lesión del derecho a recibir atención oportuna y eficaz***[50]*. (Resaltado del despacho)*

De igual forma, se debe observar que la falla se 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, el cual 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*

---

[45] Consejo de Estado. Sección Tercera, sentencia de 20 de febrero 1989, expediente: 4655. Sentencia de 14 de febrero de 1995, expediente: S.
[46] Consejo de Estado. Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente 21515. Pon. Hernán Andrade Rincón; de 23 de agosto de 2012, expediente 24392. Pon. Hernán Andrade Rincón.
[47] Consejo de Estado – Sección Tercera, sentencia de 12 de mayo de 2011, Exp. 19.835.
[48] Sentencias de agosto 31 de 2006. Exp. 15772; octubre 3 de 2007. Exp. 16.402; 23 de abril de 2008, Exp.15.750; 1 de octubre de 2008, Exp. 16843 y 16933; 15 de octubre de 2008, Exp. 16270; 28 de enero de 2009, Exp. 16700; 19 de febrero de 2009, Exp. 16080; 18 de febrero de 2010, Exp. 20536; 9 de junio de 2010, Exp. 18.683.
[49] Sentencia de 23 de septiembre de 2009, Exp. 17.986.
[50] Sentencia de 7 de octubre de 2009. Exp. 35656.

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"[51].

Dicho principio de integralidad del servicio exige considerar, según el precedente jurisprudencial constitucional, que

"Todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud"[52].

A lo que se agrega, según el precedente jurisprudencial constitucional:

"Se considera por tanto que hay un daño, cuando se produce un dolor intenso, cuando se padece la incertidumbre y cuando se vive una larga e injustificada espera, en relación con la prestación de servicios médicos, la aplicación de medicamentos o la ejecución de procedimientos que no llegan o que se realizan de manera tardía o incomoda.

"Al respecto cabe destacar que el derecho a la salud de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

-Debe ser integral:

"(...) la atención y el tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento[53]*, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente*[54] *o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud"*[55].

En ese sentido, el Consejo de Estado ha manifestado en decisiones precedentes que dicha falla se circunscribe a una consideración básica:

"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

---

[51] Corte Constitucional, sentencia T-104 de 2010.
[52] Corte Constitucional, sentencia T-1059 de 2006.
[53] FERNANDEZ HIERRO, José Manuel. Sistema de responsabilidad médica., ob., cit., pp.257 a 269.
[54] Corte Constitucional, sentencia T- 136 de 2004 MP Manuel José Cepeda Espinosa
[55] Corte Constitucional, sentencias T- 1059 de 2006; T- 062 de 2006; T- 730 de 2007; T- 536 de 2007; T- 421 de 2007.

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)"[56] *(subrayado fuera de texto).*

c) De la pérdida de la oportunidad en la jurisprudencia administrativa colombiana

La jurisprudencia contencioso administrativa ha oscilado entre diferentes posturas que admiten tanto la aplicación de una teoría jurídica de la pérdida de oportunidad en el derecho de daños, como aquellas que la rechazan de plano y niegan la posibilidad de que ante supuestos donde se presentan oportunidades cercenadas surja la obligación resarcitoria, la primera mayoritaria y la segunda ya sin aplicación.

La posición mayoritaria acepta que no se debe exonerar de responsabilidad al agente -probablemente dañoso- por las dificultades de orden probatorio, también está de acuerdo en que no se le puede imponer la obligación resarcitoria de la totalidad del daño que pudo muy probablemente no haber causado; no obstante, subsisten serias diferencias respecto a la manera como se debe solventar el problema causal, lo que repercute directamente en la tasación de la indemnización[57]. Así, en unas ocasiones la pérdida de oportunidad se indemniza como un rubro independiente y acompañado del reconocimiento de perjuicio moral; en otras, únicamente en el perjuicio moral, y finalmente, en otras, se reconoce proporcionalmente respecto del daño final, incluyendo daño emergente, lucro cesante y perjuicio moral.

Según el Consejo de Estado[58] existen dos variantes jurisprudenciales que han sido adoptadas por la Sección Tercera del Consejo de Estado y replicadas por la doctrina[59]: la primera, con fundamento en la causalidad probabilística[60], afirma que la responsabilidad es proporcional en función de la probabilidad de la causa, esto es, que se imputa al actor una fracción o porcentaje del perjuicio final, en virtud de la posibilidad de que con su conducta haya incidido en la producción del daño[61] **-teoría relacionada con la imputación**; la segunda, considera que la pérdida de oportunidad representa un fundamento de daño, cuya reparación se efectúa no en función de la probabilidad de existencia del vínculo de causalidad entre el hecho dañoso y el daño final, sino en función de la frustración de la expectativa legítima **-teoría relacionada con el daño-.**

En la postura jurisprudencial al interior de la Sección Tercera del Consejo de Estado que se refiere a la perdida de oportunidad como daño autónomo precisa que la pérdida de oportunidad es un daño en sí mismo con identidad y características propias, diferente de la ventaja final esperada o del perjuicio que se busca eludir y cuyo colofón es la vulneración a una expectativa legítima, la cual debe ser reparada de acuerdo al porcentaje de probabilidad

---

[56] Consejo de Estado,Sección Tercera, sentencia de 18 de febrero de 2010. Exp. 17655.
[57] SAIGÍ-ULLASTRE, AAVV, "Cuantificación de la Pérdida de Oportunidad en Responsabilidad Profesional Médica", *Revista Española de Medicina Legal*, Órgano de la Asociación Nacional de Médicos Forenses, vol. 39, 2013, p. 158.
[58] Sentencia del 5 de abril de 2017 Exp. Radicación número: 17001-23-31-000-2000-00645-01(25706) Magistrado Ponente: Ramiro Pazos Guerrero
[59] MEDINA ALCOZ, *La Teoría de la Pérdida de Oportunidad, Estudio Doctrinal y Jurisprudencial de Derecho de Daños Público y Privado*, 2007, p. 246 y 247.
[60] PREVOT, Juan Manuel, "El problema de la relación de causalidad en el derecho de la responsabilidad civil", en *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.° 15, p. 167.
[61] La doctrina francesa denomina a esta postura la falsa teoría de la perdida de oportunidad ya que es difícil aceptar la declaratoria de la responsabilidad proporcional en función de la probabilidad de la causa. QUEZEL-AMBRUNAZ, Christophe, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Dalloz, Paris 2010, n.° 191.

de realización de la oportunidad que se perdió[62]. Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 11 de agosto de 2010[63], señaló:

> *"La pérdida de oportunidad o pérdida de chance alude a todos aquellos eventos en los cuales una persona se encontraba en situación de poder conseguir un provecho, de obtener una ganancia o beneficio o de evitar una pérdida, pero ello fue definitivamente impedido por el hecho de otro sujeto, acontecer o conducta éste que genera, por consiguiente, la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido, o no, pero que al mismo tiempo da lugar a la certeza consistente en que se ha cercenado de modo irreversible una expectativa o una probabilidad de ventaja patrimonial; dicha oportunidad perdida constituía, en sí misma, un interés jurídico que si bien no cabría catalogar como un auténtico derecho subjetivo, sin duda facultaba a quien lo ha visto salir de su patrimonio —material o inmaterial— para actuar en procura de o para esperar el acaecimiento del resultado que deseaba, razón por la cual la antijurídica frustración de esa probabilidad debe generar para el afectado el derecho a alcanzar el correspondiente resarcimiento. (...):*
>
> *La pérdida de oportunidad como rubro autónomo del daño demuestra que éste no siempre comporta la transgresión de un derecho subjetivo, pues la sola esperanza probable de obtener un beneficio o de evitar una pérdida constituye un bien jurídicamente protegido cuya afectación confiere derecho a una reparación que debe limitarse a la extensión del "chance" en sí mismo, con prescindencia del resultado final incierto, frente a lo cual resulta lógico que dicha oportunidad perdida "tiene un precio por sí misma, que no puede identificarse con el importe total de lo que estaba en juego, sino que ha de ser, necesariamente, inferior a él", para su determinación (...). En consecuencia, tratándose de eventos en los cuales se accede a la reparación de la pérdida de un chance, lo indicado no puede ser el reconocimiento, en favor de la víctima, del valor total de la ventaja de la cual fue privado o del deterioro patrimonial que no pudo evitar a raíz del hecho del demandado, sino tener en cuenta que la oportunidad desaparecida tenía un valor y que es éste el que debe ser restablecido; ese valor, según antes se indicó, ha de resultar indiscutiblemente inferior a aquél que hubiere correspondido en caso de haberse demostrado el vínculo causal entre la pérdida del beneficio esperado por la víctima y el hecho de aquel a quien se imputa la correspondiente responsabilidad resarcitoria; es más, como también precedentemente se indicó, el monto de la indemnización por la pérdida de la oportunidad habrá de establecerse proporcionalmente respecto del provecho que finalmente anhelaba el afectado, en función de las mayores o menores probabilidades que tuviere de haber alcanzado ese resultado en el evento de no haber mediado el hecho dañino.(...) En cuanto corresponde a esta clase perjuicios, dado que ninguna incompatibilidad existe entre el reconocimiento de los perjuicios ocasionados por el daño autónomo consistente en la pérdida de oportunidad que aquí se ha detallado y la aflicción, angustia y congoja que en el plano puramente moral o inmaterial les generó la mencionada pérdida de oportunidad –que no los perjuicios morales por la muerte de la víctima directa– se hará un reconocimiento por este específico concepto -se subraya"-*

Esta decisión señaló los requisitos que estructuran la pérdida de oportunidad como daño autónomo indemnizable, así: *(i)* la certeza de la oportunidad que se pierde; *(ii)* la

---

[62] En la doctrina colombiana existen autores como Luis Felipe Giraldo Gómez que en su libro *La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil. Su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, consideran que la pérdida de oportunidad es un daño autónomo. La Subsección B de la Sección Tercera en sus diferentes pronunciamientos ha adscrito su postura a este enfoque de la pérdida de oportunidad.

[63] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, rad. 18593, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Otras sentencias recientes que hacen alusión a la pérdida de oportunidad como daño autónomo son: sentencia del 14 de marzo de 2013, rad. 23632, M.P. Hernán Andrade Rincón; sentencia del 16 de julio de 2015, rad. 36634, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento; y *(iii)* la víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la obtención del resultado esperado, es decir que debe analizarse si el afectado se encontraba en condiciones fácticas y jurídicas idóneas para alcanzar el provecho por el cual propugnaba o evitar el mal del cual buscaba escapar .

Después de revisar las dos posturas sobre el fundamento de la pérdida de oportunidad el Despacho considera que la postura que mejor solventaría los dilemas suscitados en el caso que se analiza es aquella que concibe a la pérdida de oportunidad como un fundamento de daño derivado de la lesión a una expectativa legítima[64], diferente de los demás daños que se le pudieron infligir a como es la muerte (vida), por lo que así como se estructura el proceso de atribución de estos últimos en un caso determinado, también se debe analizar la imputación de un daño derivado de una vulneración a una expectativa legítima en todos los perjuicios que de ella se puedan colegir, cuya naturaleza y magnitud varía en función del interés amputado y reclamado.

Comparte el despacho la posición del Consejo de Estado en la sentencia citada en punto precedente[65] de que no es posible aceptar que la pérdida de oportunidad sea un criterio auxiliar de imputación de responsabilidad, habida cuenta de que no será dable, desde un punto de vista jurídico, acceder a declarar la responsabilidad sin que exista certeza del vínculo entre el daño sufrido por la víctima -ej. muerte- y el hecho dañino, ni tampoco es viable construir una presunción artificial y parcial de responsabilidad, y condenar -haciendo uso de esta técnica de facilitación probatoria- a reparar una fracción de la totalidad del daño final sin tener ni siquiera certeza de que el demandado es en realidad el autor del daño final. Coincide el despacho en que pérdida de oportunidad no es una técnica alternativa y flexible para resolver casos de incertidumbre causal entre la intervención del tercero y el beneficio perdido o el detrimento no evitado, pues se incurriría claramente en una contradicción de los cimientos mismos del sistema de responsabilidad o en una elusión de los presupuestos de responsabilidad[66].

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

El Consejo de Estado en la oportunidad comentada consideró que el fundamento de la pérdida de oportunidad como daño autónomo, cuenta con dos componentes, uno de certeza y otro de incertidumbre: el primero, se predica respecto de la existencia de la expectativa, toda vez que esta debe ser cierta y razonable, al igual que respecto a la privación de la misma, pues en caso de no haber intervenido el hecho dañino infligido por el tercero, la víctima habría conservado incólume la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de evitar un menoscabo; y, el segundo, respecto a la ganancia esperada o el perjuicio que se busca evitar, pues no se sabe a ciencia cierta si se hubiera alcanzado o evitado de no haberse extinguido la oportunidad. Y es frente al primer componente que la pérdida de

---

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 31 de agosto de 2015, rad. 22637.

[65] Consejo de Estado. Sentencia del 5 de abril de 2017 MP. Ramiro Pazos Guerrero

[66] GIRALDO GÓMEZ, Luis Felipe, *La pérdida de la opartunidad en la responsabilidad civil. Su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, pp. 143 y 144.

oportunidad cimienta no solo el carácter cierto y actual del daño sino que es el eje sobre el que rota la reparación proveniente de la lesión antijurídica a una expectativa legítima.

El órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativo[67] le ha atribuido, en varias decisiones, a ese primer componente las siguientes características: *i)* el bien lesionado no es propiamente un derecho subjetivo sino un interés jurídico representado en una expectativa legítima, la cual debe ser cierta, razonable y debidamente fundada, sobre la que se afirme claramente la certeza del daño; *ii)* lo perdido o frustrado es la oportunidad en sí misma y no el beneficio que se esperaba lograr o el perjuicio que se pretendía evitar; *iii)* la cuantificación del daño será proporcional al grado de probabilidad que se tenía de alcanzar el beneficio pretendido o de evitar el perjuicio final; *iv)* no existe pérdida de oportunidad cuando desaparece la posibilidad de la ganancia esperada, esto es, cuando se comprueba que esta se encuentra condicionada todavía a la ocurrencia de situaciones futuras, lo que se traduciría en un perjuicio hipotético, ajeno al daño autónomo de pérdida de oportunidad; si el beneficio final o el perjuicio eludido aún puede ser logrado o evitado, la oportunidad no estaría perdida y, por tanto, se trataría de pretensiones resarcitorias diferentes de la pérdida de oportunidad.

Como se mencionó la decisión de la Sección Tercera del Consejo de Estado proferida el 11 de agosto de 2010[68] trajo a colación los requisitos para estructurar el daño de pérdida de oportunidad, a saber: *i)* certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde; *ii)* imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento; y *iii)* la víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado.

En atención al precedente antes citado, el H. Consejo de Estado consideró necesario realizar las siguientes precisiones a efectos de reordenar los elementos constitutivos del daño de pérdida de oportunidad, así:

> **a. *Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado.*** *En primer lugar, para determinar si se está en presencia de un daño de pérdida de oportunidad, es necesario establecer que, en efecto, el titular de la expectativa legítima se encontraba, para el momento en que ocurre el hecho dañino, en una situación de incertidumbre de recibir un beneficio o una ventaja esperada, o de evitar un perjuicio indeseado. La oportunidad debe encontrarse en un espacio caracterizado por no existir certeza de que su resultado habría beneficiado a su titular, pero tampoco en el que sólo exista la conjetura de una mera expectativa de realización o evitación. Si se tiene certeza sobre la materialización del resultado final, no es posible hablar del daño consistente en la pérdida de oportunidad sino de la privación de un beneficio cierto, o si se trata de una mera conjetura o ilusión, tampoco habría lugar a la configuración de una oportunidad por no tener la intensidad suficiente para convertirse en una probabilidad razonable de alcanzarse o evitarse. Así, el requisito de la "aleatoriedad" del resultado esperado tiene enormes incidencias en el plano de la indemnización, ya que si se trata de la infracción a un derecho cierto que iba a ingresar al patrimonio de la víctima o frente al cual se debía evitar un menoscabo, su indemnización sería total, mientras que si el truncamiento es solo respecto de la expectativa cierta y razonable de alcanzar o evitar un resultado final, la posibilidad truncada sería indemnizada en menor proporción*[69]*.*

---

[67] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 9 de octubre de 2014, rad. 29720, con ponencia de quien proyecta el presente fallo.

[68] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, rad. 18593. Reiteración en sentencia del 30 de enero de 2013, rad. 23769, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

[69] GIRALDO GÓMEZ, Luis Felipe *La Pérdida de la Oportunidad en la Responsabilidad Civil. Su Aplicación en el Campo de la Responsabilidad Civil Médica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, pp. 55 y 60.

b. Certeza de la existencia de una oportunidad. *En segundo lugar se debe constatar que, en efecto, existía una oportunidad que se perdió. La expectativa legítima debe acreditar inequívocamente la existencia de "una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente"[70] de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido incólume la expectativa de obtener el beneficio o de evitar el detrimento correspondiente[71].*

c. Pérdida definitiva de la oportunidad. *En tercer lugar se debe acreditar la imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento. Es indispensable que se tenga la certeza de que la posibilidad de acceder al beneficio o evitar el perjuicio fue arrancada definitivamente del patrimonio -material o inmaterial- del individuo tornándola en inexistente, porque si el beneficio final o el perjuicio eludido aún pendiera de la realización de una condición futura que conduzca a obtenerlo o a evitarlo, no sería posible afirmar que la oportunidad se perdió, ya que dicha ventaja podría ser aún lograda o evitada y, por ende, se trataría de un daño hipotético o eventual[72]; dicho de otro modo, si bien se mantiene incólume la incertidumbre respecto de si dicho resultado se iba a producir, o no, la probabilidad de percibir el beneficio o de evitar el perjuicio sí debe haber desaparecido de modo irreversible, en la medida en que si el resultado todavía puede ser alcanzado, el "chance" aún no estaría perdido y, entonces, no habría nada por indemnizar.*

El Consejo de Estado en la sentencia reciente antes citada señala que el estado de idoneidad de la víctima no es un elemento del daño de la pérdida de oportunidad sino un criterio de análisis de la imputabilidad y, por ende, su estudio se aborda al momento de dilucidar la atribución del daño de pérdida de oportunidad.

d) Responsabilidad de las entidades promotoras de salud por falla médica

1. El sistema de seguridad social en salud garantía del orden superior

La "Declaración Universal de Derechos Humanos", proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, en su artículo 22, elevó a tal categoría el que:

> *"(...) toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad".*

Es la "seguridad social" una garantía inalienable e indeclinable de orden superior, que surge en repuesta a principios de equidad y compensación, enfocada en la atención de necesidades básicas para un adecuado desenvolvimiento de los asociados, cuyo objetivo final es el bienestar común.

---

[70] TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance. Presupuestos. Determinación. Cuantificación*, Astrea, Buenos Aires, 2008, pp. 38-39. Citado por la sentencia del 11 de agosto de 2010 de la Sección Tercera de esta Corporación, rad. 18593, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.
[71] MARTÍNEZ RAVÉ, Gilberto y MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina, *Responsabilidad civil extracantractual*, Temis, Bogotá, 2003, p. 260. TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance*, cit., p. 263. Citado por la sentencia del 11 de agosto de 2010 de la Sección Tercera de esta Corporación, rad. 18593, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.
[72] GIRALDO GÓMEZ, Luis Felipe *La Pérdida de la Opartunidad en la Responsabilidad Civil. Su Aplicación en el Campo de la Respansabilidad Civil Médica*, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 71 y 72.

En Colombia dicho concepto tiene un amplio espectro en el ámbito constitucional, que se irradia en aspectos individuales y familiares, si se tiene en cuenta que, como se destacó en[73]:

> *"Desde el artículo 1°, la Carta aborda el derecho a la seguridad social, al organizar la República como un Estado Social de Derecho. Esta forma del Estado trae implícito el comentado derecho a la seguridad social. Comprende la solidaridad colectiva que hace resaltar la obligación del poder público, de la Sociedad y del propio hombre, de asistir a los ciudadanos a fin de procurarles una mejor forma de vivir.*
>
> *Luego, de ese desarrollo de principio, varios artículos del capítulo 2 del título II, "De los Derechos Sociales, Económicos y Culturales", determinan con mayor claridad los contenidos de la seguridad social. Se preceptúa allí: la protección integral de la familia (art. 42); la protección de la mujer durante el embarazo y después del parto (art. 43); se incluye entre los derechos fundamentales de los niños la obligación de la familia, la sociedad y el Estado, de asistirlos y protegerlos (art. 44); los niños menores de un año tienen derecho incluso más allá de los límites de la simple seguridad social, a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado (art. 50); los adolescentes tienen derecho a su protección y formación integral, y la garantía de su participación en los organismos públicos y privados que tengan a su cargo la protección, educación y progreso de la juventud (art. 45); la protección y asistencia de las personas de la tercera edad, su seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia (art. 46); la atención especializada a los disminuidos físicos, psíquicos y sensoriales (art. 47); el derecho de los colombianos a la salud y al ambiente (art. 49); el derecho a la vivienda digna (art. 51); el derecho a la recreación (art. 52)".*

La "atención de la salud" a que alude el artículo 49 de la Constitución Política, como una de las manifestaciones de la "seguridad social", tiene especial relevancia por su incidencia en la inviolabilidad del "derecho a la vida" de que trata el artículo 11 ibídem, pues, una deficiencia en la prestación del servicio puede culminar con una afrenta directa a éste último.

Es por esto que la labor regulatoria del Estado sobre la materia debe responder a patrones de eficiencia e idoneidad que brinden una especial protección a la población débil y necesitada.

2. Presupuestos de continuidad, eficiencia y oportunidad

Los artículos 48 y 49 de la Constitución Política disponen que la atención en salud así como la seguridad social son servicios públicos de carácter obligatorio y esencial a cargo del Estado, que deben prestarse bajo su dirección, coordinación y control, y con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Una de las características de todo servicio público, atendiendo al mandato de la prestación eficiente (Art. 365 C.P.), la constituye su continuidad, lo que implica, tratándose del derecho a la salud, su prestación ininterrumpida, constante y permanente, dada la necesidad que de ella tienen los usuarios del Sistema General de Seguridad Social.

Sobre este punto, la Corte Constitucional ha sostenido que una vez haya sido iniciada la atención en salud, debe garantizarse la continuidad del servicio[74], de manera que el mismo no sea suspendido o retardado, antes de la recuperación o estabilización del paciente.[75]Asimismo, el derecho constitucional a acceder de manera eficiente a los servicios

---

[73] Corte Constitucional Sentencia C-408/94
[74] Corte Constitucional, Sentencia T-597 de 1993
[75] Corte Constitucional, sentencia T-059 de 2007.

de salud, no solamente envuelve la garantía de continuidad o mantenimiento del mismo, también implica que las condiciones de su prestación obedezcan a criterios de calidad y oportunidad.

3. Derecho de acceso al Sistema de Salud libre de demoras y cargas administrativas que no les corresponde asumir a los usuarios

Uno de los contenidos obligacionales de la prestación de los servicios de salud que corresponde al Estado, hace referencia a que este servicio público esencial sea proporcionado en forma ininterrumpida, oportuna e integral; razón por la que las justificaciones relacionadas con problemas presupuestales o de falta de contratación, así como la invención de trámites administrativos innecesarios para la satisfacción del derecho a la salud incluyendo problemas del sistema, constituyen no solo una vulneración al compromiso adquirido en la previsión de todos los elementos técnicos, administrativos y económicos para su satisfacción[76], una afrenta injustificada a tal garantía fundamental.

Las Entidades Promotoras de Salud, al tener encomendada la administración de la prestación de estos servicios, que a su vez son suministrados por las IPS[77], no pueden someter a los pacientes a demoras excesivas en la prestación de los mismos o a una paralización del proceso clínico por razones puramente administrativas o burocráticas. Cuando existe una interrupción o dilación arbitraria, esto es, que no está justificada por motivos estrictamente médicos[78], las reglas de continuidad y oportunidad se incumplen y en consecuencia, al prolongarse el estado de anormalidad del enfermo y sus padecimientos, se desconoce el derecho que tiene toda persona de acceder en condiciones dignas a los servicios de salud.

Aunque resulta razonable que el acceso a los servicios médicos pase, algunas veces, por la superación de ciertos trámites administrativos; la jurisprudencia constitucional ha dejado en claro que el adelanto de los mismos no puede constituir un impedimento desproporcionado que demore excesivamente el tratamiento o que imponga al interesado una carga que no le corresponde asumir. De allí, que se garantice el derecho a acceder al Sistema de Salud, libre de obstáculos burocráticos y administrativos, pues de ello también depende la oportunidad y calidad del servicio.

La Corte Constitucional respecto a lo antes señalado expresó[79]:

> *"En esta línea, si bien para la Corte es claro que existen trámites administrativos en el sistema de salud que deben cumplirse, en algunos casos por parte de sus afiliados, también es cierto que muchos de ellos corresponden a diligencias propias de la Entidad Promotora de Salud, como la contratación oportuna e ininterrumpida de los servicios médicos con las Entidades Prestadoras. Estos contratos, mediante los cuales se consolida la prestación de la asistencia en salud propia del Sistema de Seguridad Social, establecen exclusivamente una relación obligacional entre la entidad responsable (EPS) y la institución que de manera directa los brinda al usuario (IPS),* ***motivo por el que no existe responsabilidad alguna del paciente en el cumplimiento de estos".*** *(lo en negrillas del despacho)*

En aquellos casos en los cuales las entidades promotoras de servicios de salud dejan de ofrecer o retardan la atención que está a su cargo, aduciendo problemas de contratación, cambios de personal médico o afectaciones del sistema, están situando al afiliado en una posición irregular de responsabilidad, que no está obligado a soportar; pues la omisión de

---

[76] Corte Constitucional, Sentencias T-285 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández Galindo y T-185 de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.
[77] Ley 100 de 1993, Artículo 156.
[78] Corte Constitucional Sentencia T- 635 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
[79] Corte Constitucional Sentencia T-234 de 2013. MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez

algunos integrantes del Sistema en lo concerniente a la celebración, renovación o prórroga de los contratos y lo que se derive de ellos, es una cuestión que debe resolverse al interior de las instituciones obligadas, y no en manos de los usuarios, siendo ajenos a los procesos clínicos que buscan la recuperación o estabilización de su salud.

La Alta Corte en la oportunidad antes mencionada al respecto señaló:

> *"Ya en reiteradas ocasiones, esta Corporación se ha referido a la inoponibilidad de irregularidades administrativas frente a los usuarios de los servicios médicos, señalando que estas no pueden constituir una barrera para el disfrute de los derechos de una persona. En tal sentido, el vencimiento de un contrato con una IPS, o la demora en la iniciación del mismo para atender una patología específica, resultan afirmaciones inexcusables de las Entidades Prestadoras de Salud que riñen con los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución y con la función estatal de protección a la salud (art. 49 C.P.).*
>
> *Las demoras ocasionadas por estos factores o el hecho de diferir tratamientos o procedimientos recomendados por el médico tratante sin razón aparente, coloca en condiciones de riesgo la integridad física y mental de los pacientes, mereciendo mayor reproche si se trata de órdenes emitidas por un profesional adscrito a la entidad, pues los afiliados, aún bajo la confianza de la aptitud de estas prescripciones institucionales, deben someterse a esperas indeterminadas que culminan muchas veces por distorsionar y diluir el objetivo de la recomendación originalmente indicada, como quiera que el mismo paso del tiempo puede modificar sustancialmente el estado del enfermo, su diagnóstico y consecuente manejo.*
>
> *En síntesis, cuando por razones de carácter administrativo diferentes a las razonables de una gestión diligente, una EPS demora un tratamiento o procedimiento médico al cual la persona tiene derecho, viola su derecho a la salud e impide su efectiva recuperación física y emocional, pues los conflictos contractuales que puedan presentarse entre las distintas entidades o al interior de la propia empresa como consecuencia de la ineficiencia o de la falta de planeación de estas, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad y clausura óptima de los servicios médicos prescritos".*

4. Responsabilidad de las entidades del sistema de seguridad social en salud

El Sistema General de Seguridad Social en Salud se basa entren otros en los principios de equidad, obligatoriedad, protección integral, libre escogencia e integración funcional, dicho sistema tiene entre otros propósitos los de resolver problemas de inequidad en el acceso a los servicios y mejorar la calidad en la prestación de los mismos, enfrentar la desarticulación entre las diferentes instituciones y la debilidad de la estructura institucional y administrativa.

El Sistema General de Seguridad Social en Salud, es el conjunto de normas, instituciones y procedimientos para mejorar la calidad de vida de la población colombiana, protegiéndola contra riesgos que afectan su salud y la de su comunidad.

La atención en salud se constituye en un servicio básico que contribuye al mejoramiento de la calidad de vida acorde a la dignidad humana al punto que se le ha otorgado el rango de derecho fundamental.

Dentro de las actividades del sistema general de seguridad social en salud se encuentra el aseguramiento, que constituye la principal herramienta de acceso universal de la población a los servicios de salud, delegando en las EPS la administración del riesgo de salud de los afiliados, ellas cumplen un papel articulador entre la población y los prestadores y entre el

financiamiento y la prestación, convirtiéndose en las entidades a través de las cuales se canalizan los recursos destinados a la prestación de servicios de salud.

El artículo 14 de la ley 1122 de 2007 al referirse a la organización del aseguramiento dispuso que se entendería como tal la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario. Estableciendo en cabeza de las entidades prestadoras asumir el riesgo transferido por el usuario y cumplir con las obligaciones establecidas en los Planes Obligatorios de Salud. Señaló la citada disposición legal que las Entidades Promotoras de Salud en cada régimen son las responsables de cumplir con las funciones indelegables del aseguramiento.

El Gobierno Nacional a través de la Circular Externa No. 000066 del 23 de diciembre de 2010 instruyó a las aseguradoras disponiendo que quien se compromete en la calidad, oportunidad, eficiencia en el servicio, en el manejo de la salud y en el manejo de la vida, es el asegurador, por tanto las responsabilidades de calidad, oportunidad, eficiencia y eficacia en la prestación de servicios de salud está en las empresas promotoras de salud, quienes en ejercicio de tal atribución se obligan a responder por toda falla, falta, lesión, enfermedad e incapacidad que se genere en la prestación de los servicios de salud. Señaló la Superintendencia de Salud en esa ocasión que las EPS asumen directamente las responsabilidades en materia de salud.

5. Naturaleza jurídica de la responsabilidad por daños ocasionados a los usuarios del sistema social en salud

En la responsabilidad civil que surge de los daños ocasionados a los usuarios del sistema de seguridad social en salud, el objeto, fundamento y características del servicio de salud; la afiliación al sistema; la forma de pago y monto de las cotizaciones; el régimen de beneficios; las garantías y deberes de los usuarios; los deberes de los empleadores; la dirección, administración y financiación del sistema; su organización, control y vigilancia; y, en fin, todo lo concerniente a las obligaciones y derechos de los integrantes del sistema, sean prestadores o usuarios, está regulado por el Título II (artículos 152 y siguientes) de la Ley 100 de 1993 y disposiciones modificatorias y complementarias.

Poco queda a la iniciativa privada de las partes, salvo la posibilidad de escoger la entidad promotora de salud a la que tienen que afiliarse, así como la de acudir a la institución prestadora de su preferencia cuando ello es posible según las condiciones de oferta de servicios (artículo 153-4, ejusdem).

El artículo 153-2 de la Ley 100 consagra la obligación para todos los habitantes del país de afiliarse al sistema general de seguridad social en salud, por lo que todo empleador tiene la obligación de afiliar a sus trabajadores al sistema. De igual manera, los trabajadores independientes o contratistas están obligados a cotizar al régimen contributivo en salud. A su turno, el artículo 157 ibídem establece los tipos de participantes en el sistema de salud, siendo éstos los afiliados mediante el régimen contributivo, los afiliados mediante el régimen subsidiado, y los participantes sin capacidad de pago que están vinculados en forma temporal mientras logran afiliarse al régimen subsidiado.

Por su parte, el artículo 183 de ese estatuto prohíbe a las entidades promotoras de salud terminar en forma unilateral la "relación contractual" con sus afiliados o negar la afiliación a quien desee ingresar al régimen. No sólo la afiliación es un acto obligatorio para la población con capacidad de pago y para las EPS, sino que el monto y forma de hacer las cotizaciones también lo son, en la medida que están preestablecidos por la ley y sobre tales aspectos no existe ningún poder de negociación. De igual modo, el régimen de beneficios

es inmodificable por el querer de las partes, de suerte que es muy poco lo que queda al arbitrio de la voluntad.

La afiliación se produce por una sola vez, sin que ese acto esté sujeto a negociaciones o acuerdos de ninguna especie, y a partir de ese momento los participantes del sistema no pierden tal calidad, siendo beneficiarios de todas las prestaciones asistenciales consagradas en la ley, por lo que el vínculo legal que surge del sistema de seguridad social en salud comporta una relación legal permanente. Esta relación jurídica –se reitera– se establece por una sola vez y para siempre entre el usuario y el sistema de seguridad social en salud, mas no con una empresa o entidad específica.

Como participantes del sistema de seguridad social en salud, las personas esperan una eficiente prestación del servicio que pagan mensualmente mediante un aporte económico individual o familiar financiado directamente por el afiliado, o en concurrencia entre éste y su empleador; o bien a través de una cotización subsidiada total o parcialmente con recursos fiscales o de solidaridad.

En su condición de clientes del sistema, los pacientes se presentan ante las instituciones prestadoras del servicio de salud en calidad de usuarios del servicio público de salud que administran y promueven las entidades de la seguridad social, por lo que el vínculo jurídico que surge entre los usuarios y el sistema de salud entraña una relación especial de origen legal y reglamentario.

6. La imputación del daño a las empresas prestadoras de salud, a las instituciones prestadoras del servicio de salud y a sus agentes

Uno de esos deberes es el que la Ley 100 de 1993 les asigna a las entidades promotoras de salud, cuya "función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan de salud obligatorio a los afiliados (...)". (Art. 177) Además de las funciones señaladas en esa y en otras disposiciones, las EPS tienen como principal misión organizar y garantizar la atención de calidad del servicio de salud de los usuarios, por lo que los daños que éstos sufran con ocasión de la prestación de ese servicio les son imputables a aquéllas como suyos, independientemente del posterior juicio de reproche culpabilístico que llegue a realizar el juez y en el que se definirá finalmente su responsabilidad.

Luego de quedar probado en un proceso que el daño sufrido por el paciente se originó en los servicios prestados por la EPS a la que se encuentra afiliado, es posible atribuir tal perjuicio a la entidad promotora de salud como obra suya, debiendo responder patrimonialmente, si confluyen en su cuenta los demás elementos de la responsabilidad.

Por supuesto que si se prueba que el perjuicio se produjo por fuera del marco funcional que la ley impone a la empresa promotora, quedará desvirtuado el juicio de atribución del hecho a la EPS; si la lesión a la integridad personal del paciente no es atribuible al quebrantamiento del deber de acción que la ley impone a la empresa sino a otra razón determinante; o, en fin, si se demuestra que el daño fue el resultado de una causa extraña o de la conducta exclusiva de la víctima.

De igual modo, el artículo 185 de la Ley 100 de 1993 establece que "son funciones de las instituciones prestadoras de servicios de salud prestar los servicios en su nivel de atención correspondiente a los afiliados y beneficiarios dentro de los parámetros y principios señalados en la presente ley".

La función que la ley asigna a las IPS las convierte en guardianas de la atención que prestan a sus clientes, por lo que habrán de responder de manera solidaria si se demuestran en el

proceso los demás elementos de la responsabilidad a su cargo, toda vez que las normas del sistema de seguridad social les imponen ese deber de prestación del servicio.

El juicio de imputación del hecho como obra de las instituciones prestadoras del servicio de salud quedará desvirtuado si se prueba que el daño no se produjo por el quebrantamiento de los deberes legales de actuación de la IPS, sino a otra razón, como por ejemplo a una deficiencia organizativa, administrativa o presupuestal de la EPS; a la conducta de uno o varios agentes particulares por fuera del marco funcional de la IPS; o, en fin, a la intervención jurídicamente relevante de un tercero, de la propia víctima o a un caso fortuito.

e) Defectuoso funcionamiento de la administración de justicia como factor de imputación de responsabilidad

En este asunto, la demanda también se orienta a exigir la responsabilidad de la administración por defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, toda vez que familiares del señor ROBERTO HUERTAS CASTELBLANCO interpusieron acción de tutela con el objetivo de que el juez constitucional protegiera los derechos fundamentales de la vida y acceso a la salud del referido señor, que a su juicio eran conculcados por la empresa promotora de salud al no autorizar la intervención que había sido ordenada por los galenos tratantes, señalan los demandantes que no obstante haberse proferido medida provisional por parte del juzgado que asumió la competencia a dicha medida dicho despacho no le hizo seguimiento al punto que profirió sentencia tutelando los derechos invocados con posterioridad a la muerte del afectado.

En relación con el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia por no haber efectuado seguimiento a la medida provisional tomada orientada a que se le practique de forma inmediata la intervención ordenada cuando el despacho se refiera al caso en cuestión ahondará en lo que respecta a las competencias del juez en materia de la acción constitucional de tutela y sus deberes, por ahora es menester recordar que la Constitución Política establece el derecho a una pronta y cumplida justicia en su artículo 29, como una garantía propia del debido proceso que se concreta en el trámite sin dilaciones injustificadas. En igual sentido, el artículo 228 constitucional dispone que:" los términos procesales se observarán con diligencia" y que: "su incumplimiento será sancionado", con lo cual eleva a rango constitucional los principios de celeridad y eficacia en la actuación judicial.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada en Colombia mediante la Ley 16 de 1972, consagra que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y en un plazo razonable, por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

La Ley 270 de 1996 desarrolla la responsabilidad de la administración por error jurisdiccional, defectuoso funcionamiento de la administración de justicia y privación injusta de la libertad. La señalada Ley Estatutaria estableció esta modalidad de responsabilidad como residual, con fundamento en la cual deben ser decididos los supuestos de daño antijurídico sufridos como consecuencia de la función judicial, que no constituyen error jurisdiccional o privación de la libertad, por no provenir de una decisión judicial. Sobre esta distinción, el Consejo de Estado se ha pronunciado[80]:

> *"El error jurisdiccional se predica frente a las providencias judiciales por medio de las cuales se declara o se hace efectivo el derecho subjetivo, en tanto que la*

[80] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 22 de noviembre de 2001, exp. 13164, C.P. Ricardo Hoyos Duque; sentencia de 15 de abril de 2010, exp. 17507, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, entre otras.

responsabilidad por defectuoso funcionamiento de la administración de justicia se produce en las demás actuaciones judiciales necesarias para adelantar el proceso o la ejecución de las providencias judiciales. (...) En definitiva, en el régimen establecido para la responsabilidad por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia habrán de incluirse las actuaciones que, no consistiendo en resoluciones judiciales erróneas, se efectúen en el ámbito propio de la actividad necesaria para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado o para garantizar jurisdiccionalmente algún derecho". Así también lo previó el legislador colombiano cuando dispuso que, fuera de los casos de error jurisdiccional y privación injusta de la libertad, "quien haya sufrido un daño antijurídico, a consecuencia de la función jurisdiccional tendrá derecho a obtener la consiguiente reparación" (Art. 69 ley 270 de 1996)

La mora judicial se encuadra dentro del régimen de responsabilidad denominado falla en el servicio, esto es así, debido que al presentarse demoras por parte de los jueces de la República al momento de proferir los respectivos fallos en los procesos judiciales que llegan a sus despachos, se estaría configurando un retardo en el cumplimiento de los deberes y obligaciones del Estado.

No todo retardo genera como consecuencia la obligación de una reparación patrimonial por parte del Estado, lo anterior es así, debido a que si bien es cierto[81] *"la congestión y mora judiciales afectan gravemente el disfrute del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia y al debido proceso, en los términos de los artículos 29, 228 y 229 Superiores"* , no obstante, el simple hecho del paso del tiempo o incumplimiento de los plazos para proferir decisiones no genera el derecho a indemnización, puesto que se hace necesario la convergencia de otros elementos para que se pueda imputar una responsabilidad estatal. En este sentido el Consejo de Estado expresó lo siguiente[82]:

"Los elementos que perfilan la responsabilidad de la Administración por falla administrativa derivada del retardo y de cuya concurrencia surge el deber de reparar los daños que se ocasionen, se pueden resumir en los siguientes: i) la existencia para la Administración de un deber jurídico de actuar, es decir, la obligación legal o reglamentaria a cargo de la entidad demandada de ejercitar sus competencias y atribuciones en un plazo determinado por la propia ley o el reglamento, o en un tiempo razonable y determinable cuando se satisface el supuesto de hecho de las normas que regulan la actividad del órgano, acción con la cual se habrían evitado los perjuicios; ii) el incumplimiento de esa obligación, es decir, la expedición tardía de un acto administrativo que finalice la actuación, por la omisión de poner en funcionamiento los recursos de que se dispone para el adecuado cumplimiento del deber legal, atendidas las circunstancias particulares del caso. La demora debe ser injustificada, pues el solo transcurso del tiempo o incumplimiento de los plazos procesales para resolver no genera automáticamente un derecho a la indemnización; iii) un daño antijurídico, esto es la lesión real y evaluable económicamente de un derecho o de un bien jurídico protegido al interesado o a un grupo de ellos, que no están en el deber jurídico de soportar; y iv) la relación causal entre la demora (funcionamiento anormal del servicio) y el daño. En síntesis, para resolver si en un caso concreto hay lugar a la responsabilidad del Estado por fallas del servicio de la administración derivadas del retardo en adoptar decisiones, debe decidirse si ese retardo estuvo o no justificado, conclusión a la cual se llegará luego de señalar la complejidad del asunto, el comportamiento del recurrente, la forma como haya sido llevado el caso, el volumen de trabajo que tenga el despacho de conocimiento y los estándares de funcionamiento, que no están referidos a los términos que se señalan

[81] Sentencia T-693A del 2011
[82] Sentencia del 4 de junio de 2008

> *en la ley, sino al promedio de duración de los procesos del tipo por el que se demanda la mora, ya que este es un asunto que hay que tratar no desde un Estado ideal sino desde la propia realidad de una administración".*

Para que exista una obligación de reparación patrimonial por parte del Estado Colombiano como consecuencia de la denominada mora judicial, es necesario que se configuren tres elementos que son: un retardo injustificado, un daño antijurídico, el cual un administrado en particular no tenía el deber de soportar y el nexo causal entre el funcionamiento anormal del servicio y ese daño ya mencionado.

En este mismo sentido, la Corte Constitucional determinó lo siguiente[83]:

> *"(Es) deber de todas las autoridades públicas (...) adelantar actuaciones y resolver de manera diligente y oportuna los asuntos sometidos a ella. En ese sentido, la dilación injustificada y la inobservancia de los términos judiciales pueden conllevar la vulneración de los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia. En este caso, señaló la Sala, si el ciudadano no cuenta con un medio de defensa eficaz a su alcance, y está frente a la inminencia de sufrir un perjuicio irremediable, la acción de tutela es procedente para proteger sus derechos fundamentales. Finalizó la Sala señalando que "De lo anterior se infiere que a fin de que proceda la acción de tutela, es indispensable que determinada dilación o mora judicial sean injustificadas, pues el mero incumplimiento de los términos dentro de un proceso no constituye per se una violación al debido proceso, salvo que el peticionario se encuentre ante un perjuicio irremediable. Así entonces, la mora judicial sólo se justifica si la autoridad correspondiente, a pesar de actuar con diligencia y celeridad, se encuentra ante situaciones "imprevisibles e ineludibles", tal como, el exceso de trabajo, que no le permitan cumplir con los términos señalados por la ley. De lo expuesto se concluye que constituye una violación de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, aquella denegación o inobservancia de los términos procésales que se presenten sin causa que las justifiquen o razón que las fundamenten."*

De lo expuesto se infiere que no basta solo con que se presente el paso del tiempo para que se configure una responsabilidad por parte del Estado, sino que es inherente que confluyan una serie de presupuestos dentro de los que se encuentran la causación de un daño antijurídico, una demora injustificada, el nexo causal entre la acción u omisión y el perjuicio irrogado, la complejidad del asunto, los impulsos procesales que haya llevado a cabo el individuo y la vulnerabilidad del sujeto que demanda la reparación de daños y protección de sus derechos.

d) Competencia secretarías departamentales de salud en materia de prestación de servicios de salud

El artículo 43 de la Ley 715 de 2001 consagró que en materia de salud corresponde a los Departamentos, dirigir, coordinar y vigilar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el territorio de su jurisdicción, conforme a las funciones señaladas en los numerales 43.1.5; 43.2; 43.3; 43.4.

Estas disposiciones guardan relación con los preceptos contenidos en las Leyes 9 de 1979, 10 de 1990, 100 de 1993 y sus Decretos Reglamentarios.

Por su parte, el artículo 40 de la Ley 812 de 2003, consagró que la Dirección del Ente Territorial asumirá la gestión de la salud pública desarrollando el sistema de monitoreo y

---

[83] Corte Constitucional Sentencia T- 1154 del 2004

evaluación del estado de salud, y la formulación de la política local, para el logro de las metas prioritarias en salud pública definidas por el Ministerio de Protección Social, de conformidad con la Ley 715 de 2001.

Desde la expedición de Ley 10 de 1990, en su artículo 49 se estableció que en funciones de inspección, vigilancia y control las Direcciones Seccionales de Salud podían imponer, según la naturaleza y gravedad de la infracción de cualquiera de las normas previstas en dicha ley, multas en cuantía hasta de 200 salarios mínimos legales mensuales; intervenir en la gestión administrativa y/o técnica de las entidades que prestan servicios de salud, por un término hasta de seis meses; suspender temporal o definitivamente la personería jurídica de las personas privadas que presten servicios de salud y suspensión o pérdida de autorización para prestar servicios de salud.

Posteriormente el artículo 26 del Decreto 2200 de 2005 consagró que sin perjuicio de las competencias atribuidas a otras autoridades, corresponde a las entidades territoriales de salud, ejercer la inspección, vigilancia y control del servicio farmacéutico, dentro del campo de sus competencias, para lo cual adoptará las acciones de prevención y seguimiento para garantizar su cumplimiento; así mismo adelantarán las investigaciones y aplicarán las sanciones o medidas correctivas a que haya lugar.

Luego el Decreto 1011 de 2006 dispuso la Inspección, Vigilancia y Control sobre los cuatro componentes del Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad, en cuyo numeral 3º del artículo 5 estableció que las Entidades Departamentales y Distritales de Salud en desarrollo de sus propias competencias, les corresponde cumplir y hacer cumplir en sus respectivas jurisdicciones, las disposiciones contempladas en el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención en Salud, divulgar las disposiciones contenidas en esta norma y brindar asistencia a los Prestadores de Servicios de Salud y los definidos como tales para el cabal cumplimiento de las normas relativas a la habilitación de las mismas.

En el mismo decreto se dispuso que la inspección, vigilancia y control del Sistema Único de Habilitación, será responsabilidad de las Direcciones Departamentales y Distritales de Salud, que se ejercerá mediante la realización de las visitas de verificación de que trata el artículo 21 ibídem, correspondiendo a la Superintendencia Nacional de Salud, vigilar que las Entidades Territoriales de Salud ejerzan dichas funciones. (Artículo 49)

Igualmente dispuso que era responsabilidad de las Entidades Departamentales, Distritales y Municipales de Salud, sin perjuicio de las competencias que le corresponden a la Superintendencia Nacional de Salud, adelantar las acciones de vigilancia, inspección y control sobre el desarrollo de los procesos de Auditoría para el Mejoramiento de la Calidad de la Atención de Salud por parte de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones. Estas acciones podrán realizarse simultáneamente con las visitas de habilitación. (Artículo 50)

Las acciones de inspección, vigilancia y control del contenido, calidad y reporte de la información que conforma el Sistema de Información para la Calidad, estará a cargo de las Direcciones Departamentales y Distritales y de la Superintendencia Nacional de Salud en lo de sus competencias.(artículo 52) A su turno el Decreto 3518 de 2006, creó y reglamentó el Sistema de Vigilancia en Salud Pública determinando en sus artículos 9 y 10 las funciones de las Direcciones Departamentales, Distritales de Salud y Municipales de Salud, fundamentadas en la Ley 715 de 2001 y de conformidad con lo reglamentado en este mismo decreto, asociando dichas funciones a la jurisdicción en aspectos básicos de su competencia en materia de vigilancia. En materia de control sanitario, el Decreto 3075 de 1997, le asignó a las direcciones Territoriales a través de las Direcciones Seccionales, Distritales o Municipales de Salud el ejercicio de la inspección, vigilancia y control en esta materia.

Del marco normativo citado, se concluye que corresponde a los Entes Departamentales dirigir, coordinar y vigilar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el ámbito de sus competencias territoriales, por ser la máxima autoridad en materia de salud en su jurisdicción sin perjuicio de las funciones a cargo de la Superintendencia Nacional de Salud. De otra parte, el numeral 3º del artículo 43 de la Ley 715 señaló, que la Dirección del Sector Salud en el ámbito Departamental tiene como finalidad vigilar y controlar el cumplimiento de las políticas y normas técnicas, científicas y administrativas que expida el Ministerio de Salud, así como las actividades que desarrollan los municipios de su jurisdicción, para garantizar el logro de las metas del sector salud y del Sistema General de Seguridad Social en Salud, sin perjuicio de las funciones de inspección y vigilancia atribuidas a las demás autoridades competentes.

Las funciones de inspección, vigilancia y control a cargo de los diferentes entes territoriales, se ejercen mediante la realización de visitas de inspección y requerimientos de documentación e informes que estimen pertinentes, y en caso de incumplimiento adelantará las acciones correspondientes y aplicarán las sanciones pertinentes, contempladas en la ley, previo agotamiento del debido proceso.

La Circular 000066 del 23 de diciembre de 2010 de la Superintendencia de Salud estableció directrices dirigidas a los actores del sistema general de seguridad social en salud señalando que son responsabilidades de las direcciones departamentales las del pago de servicios de salud en la contratación de prestación de servicios de salud.

Finalmente, la Superintendencia Nacional de Salud ejerce competencia preferente en la inspección, vigilancia y control frente a sus vigilados, en cuyo desarrollo podrá iniciar, proseguir o remitir cualquier investigación o juzgamiento de competencia de los demás órganos que ejercen IVC dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud con fundamento en el literal e), del artículo 40 de la Ley 1122 de 2007.

e) **El caso concreto**

A la luz de las anteriores consideraciones teóricas, el Despacho debe estudiar el primer elemento de responsabilidad consistente en determinar si en el caso concreto, como consecuencia de las fallas en la prestación del servicio brindado al paciente Castelblanco Huertas, las entidades demandadas incidieron o no en su muerte.

La jurisprudencia Contencioso Administrativa[84] ha señalado reiteradamente en muchas decisiones que para que se configure una falla en materia médica es preciso que se pruebe que la atención fue deficiente o defectuosa, esto es, no se puso al servicio del paciente, de acuerdo a las posibilidades fácticas y jurídicas, todos los recursos humanos, científicos y técnicos, o no se garantizaron los estándares de calidad establecidos por el estado del arte exigibles para recuperar o preservar la salud al momento en que ocurrió el hecho dañoso.

1. Del daño

Como en punto precedente se indicó el señor ROBERTO CASTELBLANCO HUERTAS afiliado en régimen subsidiado a la EMPRESA MUTUAL PARA EL DESARROLLO INTETEGRAL DE LA SALUD E.S.S. EMDISALUD E.S.S. el 19 de abril de 2016 ingresó en la Institución Prestadora de Servicios de Salud Hospital San Rafael de la ciudad de Tunja con un cuadro clínico "*de 6 meses de evolución consistente en disminución de la clase funcional ortopnea palpitaciones en manejo por cardiología, ...dolor precordial irrigado a región escapular izquierda*". En la historia clínica el médico tratante identificó como antecedente una "Cardiomegalia en estudio valvulopatia aórtica", por tales dolencias el señor CASTELBLANCO HUERTAS fue

[84] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 27 de abril de 2011, rad. 20315, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

internado en la referida entidad de salud en donde fue sometido a tratamiento atendiendo la enfermedad referida y desde la fecha de ingreso, tal como se comprueba con correo electrónico que consta a folio 326 del expediente, fue remitido con carácter "urgente" a cirugía cardiovascular para manejo de fallo cardiaco, tal correo fue dirigido a la demandada EMDISALUD. En los exámenes médicos a los que fue sometido le fue detectada una cardiopatía dilatada con "función sistólica del ventrículo izquierdo severamente disminuida" y disfunción diastólica dada por patrón restrictivo, se verificó la existencia de una estenosis valvular aórtica severa.

Del material probatorio arrimado al proceso se constata que EMDISALUD envía a distintas IPS la remisión ordenada por los galenos del Hospital San Rafael de Tunja, sin que dichas IPS aceptaran en forma inmediata realizar la intervención ordenada. A su turno al entonces paciente CASTELBLANCO HUERTAS le fue ordenado un cateterismo, *"procedimiento complejo e invasivo que consiste en la introducción de unos catéteres que se llevan hasta el corazón para valorar la anatomía del mismo y de las arterias coronarias, así como para ver la función del corazón (cuánta sangre bombea), medir presiones de las cavidades cardiacas e, incluso, saber si hay alguna válvula alterada. Además, permite ver si existen defectos congénitos (de nacimiento), como comunicaciones (orificios) en el tabique auricular o ventricular, medir concentraciones de oxígeno en diferentes partes del corazón y obtener muestras de tejido cardiaco (biopsia) para el diagnóstico de ciertas enfermedades*[85]*"*, no aparece en el plenario prueba que demuestre que dicho procedimiento fue ordenado por los galenos para omitir o mutar la intervención inicialmente ordenada de cirugía cardiovascular y que no había sido posible practicar ante el resultado negativo de los trámites iniciados por EMDISALUD, como lo aduce dicha entidad demanda y como se infiere del testimonio rendido por la señora Alba Helena Manrique, contrario a lo expuesto por EMDISALUD, en la historia clínica aparece anotación del 7 de mayo de 2016 insistiendo en el carácter urgente de la remisión a cirugía cardiovascular, lo cual contrasta con la tesis de la demandada de haberse cambiando la prescripción. El procedimiento realizado el 16 de mayo de 2016 (cateterismo) hizo evidente lo que ya habían diagnosticado los médicos del Hospital San Rafael, esto es que el paciente presentaba una "Estenosis valvular aórtica calcificada moderada a severa" y que era necesario tratamiento quirúrgico.

Como consecuencia de la afección detectada y dado que no se le había practicado la intervención varias veces recomendada por los médicos que le efectuaron seguimiento a la evolución de las dolencias del paciente en su primera estancia en el centro hospitalario, volvió a ser internado en el Hospital San Rafael con: "*cuadro clínico consistente dolor retroesternal, tipo opresivo, irradiado a cuello, asociado a cefalea frontal, de intensidad moderada, además 3 episodios eméticos de contenido hialino, mareo con antecedentes estenosis aórtica severa diagnosticada por cateterismo coronario (18 de mayo de 2016).* Ante los síntomas presentados y la imposibilidad para ser remitido a institución hospitalaria de la capital, el señor ROBERTO CASTELBLANCO es objeto de tratamiento paliativo, insistiendo los médicos tratantes en la remisión a cirugía cardiovascular, intervención que seguía siendo necesaria con el mismo carácter urgente y que debía practicarse sin dilaciones pues los resultados de un ecocardiograma doppler efectuado así lo indicaban. El paciente evolucionaba negativamente sin que la cirugía ordenada se efectuara, a tal punto que el 22 de mayo de 2016 el paciente es ingresado a la Unidad de Cuidados Intensivos con un cuadro clínico complejo que conllevó su fallecimiento.

El daño causado resulta entonces cierto porque produjo la muerte del señor CATELBLANCO HUERTAS, fue determinado, es anormal y la el derecho a la vida se encuentra protegido por la constitución, bloque constitucional y la misma Ley como en punto precedente se hizo precisión.

---

[85] Home page Fundación española del Corazón. https://fundaciondelcorazon.com/informacion-para-pacientes/metodos-diagnosticos/cateterismo-cardiaco.html

Ahora bien, debe el despacho decidir si el daño antijurídico evidenciado debe analizarse desde la mera teoría del daño antijurídico causado por un determinado agente o bajo el espectro de la teoría de la pérdida de la oportunidad como daño autónomo, para ello es menester tener claridad si con la muerte antes referida existió una pérdida de oportunidad de sobrevida que fue impedida por la omisión o negligencia de la empresa promotora de salud como integrante del sistema, al no autorizar o permitir que se le practicara al entonces paciente la cirugía cardiovascular ordenada, intervención que podría en términos de probabilidad haberle permitido la sobrevida; o si se produjo un daño antijurídico directamente causado por el o los agentes involucrados en la prestación de los servicios de salud al señor CASTELBLANCO HUERTAS con el actuar omisivo antes descrito. En el primero de los casos para determinar si se estructura la pérdida de oportunidad como daño autónomo indemnizable para ello estudiara el Juzgado si se cumplen los requisitos previstos jurisprudencialmente.

(i) Certeza de la oportunidad que se pierde. De conformidad con la literatura médica autorizada en la materia, a la cual el funcionario judicial se encuentra facultado para acudir, en aras de comprender y valorar con mayor precisión los instrumentos probatorios que integran el proceso[86], se tiene que la afección "estenosis de la válvula aórtica" diagnosticada a través de los distintos instrumentos utilizados, por su carácter de severa debía corregirse a través de una cirugía, así lo dictaminaron los galenos que interactuaron con el paciente, procedimiento que se encuentra acorde con las recomendaciones de especialistas en la materia, por la página especializada www.medigraphic.org.mx en artículo denominado "Historia natural de la estenosis aórtica, Diagnóstico y Tratamiento"[87] señala en lo que se refiere a tratamiento que:

> *"No hay un tratamiento médico específico para la estenosis aórtica, la estenosis leve incluso no tiene restricción para realizar actividad física; sin embargo, en la medida en que progrese la enfermedad a una estenosis moderada, las actividades físicas competitivas o con alto grado de actividad muscular estática o dinámica se deben restringir. En el momento que el paciente refiera síntomas como síncope, dolor precordial o disnea, se deberá prohibir cualquier actividad física intensa o moderada, hasta que se realice una evaluación adecuada. La evaluación clínica deberá ir siempre acompañada de un estudio ecocardiográfico.*
>
> *Dentro del manejo del paciente con estenosis aórtica se sugiere un estudio ecocardiográfico cada tres a cinco años, cuando la estenosis es leve; cada uno a dos años, cuando es moderada, y, dependiendo de los síntomas, incluso, cada 12 a seis meses, cuando se califique como severa, de acuerdo con la evolución clínica.*
>
> *Se debe hacer especial hincapié en el tratamiento de las enfermedades concomitantes, como la diabetes, la hipertensión o la dislipidemia, las cuales son factores asociados a la progresión de la calcificación valvular.*
>
> *El tratamiento médico se considera sólo en pacientes que no tienen síntomas de gravedad de la estenosis como el síncope, angina de esfuerzo o insuficiencia cardiaca; en estos casos, el único tratamiento efectivo es el reemplazo valvular. En los pacientes con insuficiencia cardiaca y edema agudo pulmonar se puede utilizar nitroprusiato de sodio, sin embargo esto debe ser implementado en unidades de terapia intensiva con las restricciones de evitar la hipotensión que puede causar grave hipoperfusión sistémica".*

---

[86] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 28 de marzo de 2012, expediente 22.163, C.P. Enrique Gil Botero
[87] http://www.medigraphic.com/pdfs/actmed/am-2012/am124g.pdf

En relación con el tratamiento quirúrgico señalaron los autores del artículo en cita:

> *"En la actualidad, el único tratamiento que modifica la sobrevida de los pacientes con estenosis aórtica severa sintomática es el reemplazo valvular aórtico. Existen diferentes opciones en el tipo de válvulas a utilizar como las prótesis mecánicas uni o bivalvas y las válvulas protésicas biológicas. La prótesis ideal debe combinar una baja trobogenicidad con una vida media prolongada y resistencia a la infección.*
> *(...)*
>
> *Con el aumento en la esperanza de vida, la incidencia de la enfermedad valvular aórtica ha aumentado. Esto evidentemente ha sucedido junto con otras enfermedades crónico-degenerativas. Debido a estos hechos, hasta un tercio de los pacientes que potencialmente podrían beneficiarse de un recambio valvular aórtico convencional por vía quirúrgica, tienen un riesgo quirúrgico que sobrepasa los beneficios de la cirugía per se y, por ende, no se les puede ofrecer dicho recambio".*

La revista española de Cardiología Suplementos[88] abordó el tema desde varios aspectos de los cuales para los efectos de caso a resolver retomamos los que se refieren al tratamiento cuando se trata de estenosis aórtica grave o severa y la esperanza de vida. En relación con el tratamiento señaló la revista que:

> *"Un estudio reciente indica que, en los pacientes con estenosis aórtica asintomática pero muy grave, el recambio valvular aórtico disminuye la mortalidad comparado con el tratamiento médico".*[89]

También enseñó el estudio:

> *"Las guías recomiendan intervenir a todo paciente con estenosis aórtica grave si tiene cualquier síntoma secundario a la estenosis. En ausencia de comorbilidades importantes que limiten la esperanza o la calidad de vida, el recambio valvular aórtico está indicado para pacientes con estenosis aórtica grave sintomática. La edad per se no es una contraindicación a la cirugía, pero la realidad es que el TAVI se perfila como procedimiento de elección para los más ancianos".*
> *(...)*
> *El recambio valvular aórtico está indicado para pacientes con estenosis aórtica moderada o grave que requieren cirugía cardiaca por cualquier otra razón (aneurisma de aorta ascendente, cirugía de revascularización coronaria, otra valvulopatía). Se trata de recomendaciones de clase II y I respectivamente".*

En cuanto a la expectativa de vida señaló el artículo en cita:

> *"El incremento de la gravedad de la estenosis es variable, pero inevitable. Cuando la estenosis aórtica es grave y está muy calcificada, la supervivencia libre de eventos a los 2 años de seguimiento no es superior al 50%. Por lo tanto, se debería revisar a estos pacientes con un ecocardiograma de control en consulta cada 6-12 meses14. Cuando los síntomas aparecen, el pronóstico del paciente empeora si no se lleva a cabo el recambio valvular o el TAVI".*

Con lo anterior queda demostrado que en efecto se produjo un daño antijurídico cierto, determinado o determinable, anormal y afectando el derecho a la vida protegido

---

[88] http://www.revespcardiol.org/es/estenosis-aortica-grave-sintomatica-que/articulo/90433574/
[89] Kang DH, Park SJ, Rim JH, Yun SC, Kim DH, Song JM, et al. Early surgery versus conventional treatment in asymptomatic very severe aortic stenosis. Circulation. 2010;121:1502-9.

constitucional y legalmente, y que se concretó en la muerte del señor CASTELBLANCO HUERTAS, presupuesto de la responsabilidad extracontractual; la omisión de la entidad promotora de salud demandada truncó la posibilidad de sobrevida del difunto la que se habría producido si se hubiera practicado la cirugía cardiovascular ordenada por los médicos que lo trataron, la antijurídica frustración de esa posibilidad debe generar a los afectados el resarcimiento que corresponda.

ii) imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento. En efecto con la muerte del señor CASTELBLANCO HUERTAS se produjo el 22 de mayo de 2016 (fl. 12 c1) por lo que el provecho de sobrevida que tenía le fue cercenado con el actuar negligente de EMDISALUD.

iii) La víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la obtención del resultado esperado. Como se desprende de los estudios traídos a colación en punto precedente el señor ROBERTO CASTELBLANCO HUERTAS no obstante habérsele diagnosticado la enfermedad "estenosis aórtica severa" con calcificación, con la cirugía cardiovascular podría haber obtenido la posibilidad de sobrevivir con una expectativa de vida acorde a sus condiciones y edad, oportunamente le fue ordenada por los galenos tratantes desde su ingreso al Hospital San Rafael tal intervención, se encontraba afiliado bajo el régimen subsidiado a la EMPRESA MUTUAL PARA EL DESARROLLLO INTEGRAL DE LA SALUD- EMDISALUD, por tanto la operación para la que fue remitido, se trataba del mecanismo óptimo para alcanzar el provecho de la sobrevida.

Como se mencionó el punto precedente la pérdida de oportunidad como daño autónomo derivado de la negligencia y falta de oportunidad que impidió gozar al señor CASTELBLANCO HUERTTAS de la expectativa legítima de vida, se encuentra plenamente demostrado.

2. Imputación de responsabilidad

En punto precedente al referirse el despacho a la imputación de la responsabilidad y su fundamento se afirmó que ella exige analizar dos esferas a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica.

Al respecto se tiene tanto de los testimonios, declaraciones, así como de las pruebas documentales allegadas, que no obstante haberse diagnosticado de manera oportuna la afección o trastorno que padecía el señor CASTELBLANCO HUERTAS y el tratamiento que debía seguirse, esto es la cirugía cardiovascular, esta no se practicó debido a la negligencia administrativa de un actor del sistema de seguridad social en salud como lo es la empresa promotora de salud a la que se encontraba afiliado, que *mutuo propio* sin que medie prescripción médica de cambio de tratamiento, interpretó la orden para cateterismo como un cambio de procedimiento a seguir con el paciente, cercénanosle de manera injustificada la posibilidad de vida. Teniendo en el presente caso la pérdida de oportunidad como fundamente del daño, tal circunstancia autoriza a los familiares del occiso a que le sean reparados los perjuicios irrogados, para lo cual el despacho tendrá en cuenta el coeficiente de oportunidad que tenía el señor CASTELBLANCO HUERTAS de haber sobrevivido opción que injustificadamente perdió o definirá el mismo atendiendo lo dispuesto por la jurisprudencia contencioso administrativa.

El objeto de la reparación en el presente caso es la extinción de la expectativa legítima que tenía el difunto de sobrevida, esto por cuanto no obstante que se hubiera llevado a cabo la operación, la oportunidad de sobrevida no estaba revestida de certeza por la naturaleza de la enfermedad que padecía.

Como antes señalamos, en el presente caso el fundamento de la pérdida de oportunidad como daño autónomo se acredita, uno con la certeza de la existencia de la expectativa de

vida después de practicada la "cirugía cardiovascular" era cierta y razonable, así lo señalan los estudios traídos a colación, al igual que respecto a la privación de tal expectativa, puesto que de haberse autorizado tal intervención por parte de EMDISALUD, el señor CASTELBLANCO habría conservado incólume su esperanza de vida, y el segundo, la posibilidad de sobrevida por las características de su afección no se sabe si a ciencia cierta si se hubiere producido de no haberse practicado la intervención ordenada.

Con la historia clínica arrimada al proceso se tiene claro que el señor ROBERTO CASTELBLANCO HUERTAS se encontraba afiliado a la EMPRESA MUTUAL PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA SALUD E.S.S. EMDISALUD E.S.S., en el régimen subsidiado, aspecto que como expresamos en punto precedente fue reconocido como cierto por dicha entidad promotora de salud al contestar la demanda, como afiliado a dicha EPS el referido ciudadano ingresó el 19 de abril de 2016 por urgencias para que le sean prestados los servicios de salud por parte de la IPS HOSPITAL SAN RAFAEL de la ciudad de Tunja, por presentar *"cuadro clínico de 6 meses de evolución consistente en disminución de la clase funcional ortopnea palpitaciones en manejo por cardiología, actualmente cuadro de 4 horas de dolor precordial irrigado a región escapular izquierda".*

Desde el ingreso del referido paciente los médicos tratantes, entre los que se encontraban especialistas en medicina interna, remitieron al señor CASTELBLANCO HUERTAS a "Cirugía Cardiovascular", orden que fue enviada por el Hospital San Rafael a la EPS EMDISALUD a través de correo electrónico desde la fecha de ingreso del referido ciudadano. El tratamiento ordenado fue replicado por los galenos que controlaban la evolución de la enfermedad del paciente, así se desprende de las anotaciones efectuadas en la historia clínica aportada como prueba y a la que se hizo alusión en precedencia. La recomendación de la intervención aludida fue consignada luego del diagnóstico que aparece en los diferentes exámenes que le fueron practicados en diferentes momentos de la evolución de sus dolencias (ecocardiogramas doppler color y cateterismo).

Si bien aparece probado que la EPS EMDISALUD efectúa la gestión para procurar la realización efectiva de la remisión efectuada por los médicos tratantes para "cirugía cardiovascular", constan en el plenario correos electrónicos a través de los cuales la empresa promotora remite a IPS especializadas la orden impartida, la intervención ni se hace efectiva ni se autoriza en vida del paciente; en efecto las IPS destinatarias solicitan información de evolución e historia clínica, sin embargo a más de un cruce de información entre la entidad promotora y dichas entidades especializadas, no aparece probada ni la autorización para el procedimiento ni la realización de la intervención deprecada como urgente. La excusa con la cual la EPS EMDISALUD pretende evadir su responsabilidad en el sentido de que los galenos tratantes cambiaron las instrucciones dadas, esto es pasar de una "cirugía cardiovascular" por un cateterismo, no es de recibo, la intervención como recomendación se mantuvo en toda la evolución del paciente y el cateterismo se ordenó como instrumento de valoración adicional para emitir un diagnostico acorde con las condiciones reales presentadas por el paciente. Si bien se autoriza el cateterismo ordenado el cual es practicado por cardiólogo hemodinamista de la entidad MEDICAL PRO&NFO, examen que aparece en el plenario como prueba, dicho procedimiento arrojó como recomendación del especialista la misma repetida por los galenos que habían tratado al paciente, esto es tratamiento quirúrgico. No probó la EPS demandada haber autorizado en vida la intervención ordenada ni la efectiva realización de la misma, la autorización del servicio de "Cirugía Cardiovascular" para realizarse en la Fundación Cardiovascular de Colombia ubicada en Florida, Santander solo se emitió el 1 de junio de 2016, días después de la fecha en que se produjo el deceso del señor ROBERTO CASTELBLANCO HUERTAS.

De las pruebas arrimadas al proceso se tiene que el servicio de salud ofrecido al señor CASTELBLANCO HUERTAS no cumplió con los contenidos obligacionales que EMDISALUD debía acatar, esto es los que hacen referencia a que tales servicios debían ser

proporcionados en forma ininterrumpida, oportuna e integral, razón esta potísima por entender que las justificaciones dadas por la EPS en la contestación de la demanda y en sus demás intervenciones constituyen una vulneración a sus compromisos y una afrenta injustificada a la garantía de la salud y la vida del paciente.

EMDISALUD como empresa promotora de salud tenía por ley encomendada la administración de los servicios de salud, por lo que no podía someter al señor CASTELBLANCO HUERTAS a la demora excesiva en el suministro de la autorización para la realización de la intervención ordenada, por razones administrativas o como lo mencionamos en punto precedente burocráticas o por error de interpretación. En el presente caso existió una dilación arbitraria que no se encuentra debidamente justificada, se incumplieron las reglas de oportunidad y en consecuencia se prolongó el estado de anormalidad del enfermo y su padecimiento, desconociéndose su derecho a acceder en condiciones dignas a los servicios de salud. La demora excesiva del tratamiento ordenado fue contario al deber de garantizar el derecho a acceder en condiciones dignas al sistema de salud que tenía el referido actor del sistema de salud.

El despacho tiene claro que existen trámites administrativos en la prestación de los servicios de salud que deben cumplirse por parte de la Entidad Promotora de Salud, sin embargo los mismos no pueden de ninguna manera constituirse en obstáculos burocráticos que limiten o impidan la oportunidad y calidad del servicio de salud a que están obligadas.
La entidad EMPRESA MUTUAL PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE SALUD E.S.S-EMDISALUD E.S.S. retardó e impidió la atención del paciente que estaba a su cargo, aduciendo problemas del sistema, con lo que situó al señor CASTELBLANCO HUERTAS en una posición que nunca estaba obligado a soportar, los problemas del sistema esgrimidos como justificante de su negligencia y omisión debieron resolverse entre dicha entidad y las IPS especializadas, el afectado era ajeno a tales situaciones y requería del procedimiento ordenado y no autorizado.

Las razones de índole administrativo aducidas por la EPS como mecanismo de defensa tales como trámites administrativos e incluso problemas del sistema, vulneraron el derecho a la salud del referido paciente y las mismas le impidieron su efectiva recuperación; las dificultades del sistema, las discrepancias entre agentes del sistema o falta de gestión al interior de la misma, no justifican el haber impedido a su afiliado la continuidad del tratamiento y la oportuna prestación de los servicios médicos que requería, entre ellos la intervención que le había sido prescrita por los galenos que lo trataron en el Hospital San Rafael de Tunja e incluso la recomendación dada por el especialista de la entidad MEDICAL PRO&NFO.

EMDISALUD, entidad a la cual el señor CASTELBLANCO HUERTAS estaba afiliado, tenía como función la administración del riesgo de su salud, su función de articulador entre el paciente y los prestadores y su financiamiento y la efectiva prestación del servicio [90] la hace responsable de las fallas, omisión o negligencia que le impidieron acceder al procedimiento ordenado, pues el rol de asumir el riesgo transferido por el usuario y cumplir con las obligaciones previstas en los Planes Obligatorios de Salud le fue atribuido por el legislador. Se recuerda, dichas entidades son las responsables de cumplir con las funciones indelegables de aseguramiento, por tanto se comprometen con la calidad, oportunidad, eficiencia en el servicio, en el manejo de la salud y en el manejo de la vida, por tanto son sus responsabilidades la calidad, oportunidad, eficiencia y eficacia en la prestación del servicio de salud, lo que la hace acreedora de la obligación de responder por toda falla, lesión o daño que se genere en la prestación de servicios de salud.

---

[90] Artículo 14 de la ley 1122 de 2007

Ahora bien, en lo que respecta a las demandadas NACION- RAMA JUDICIAL y DEPARTAMENTO DE BOYACÁ- SECRETARIA DE SALUD como eventuales responsables del daño antes descrito, es menester efectuar el respectivo análisis de sus conductas u omisiones dentro del marco de sus obligaciones funcionales, las que tenían para la época de los hechos en el caso que se estudia y si la negligencia y omisión de la EPS EMDISALUD descrita en precedencia, las exonera de cualquier responsabilidad.

En lo atinente a la NACION- RAMA JUDICIAL, la parte actora le endilga responsabilidad, por cuanto el juzgado que conoció la acción constitucional dirigida a proteger los derechos a la salud y la vida del señor CASTELBLANCO HUERTAS, a su juicio, no efectuó el debido seguimiento a la orden impartida como medida provisional, cuando admitió la tutela impetrada por uno de los familiares del occiso, dicha orden se refería a practicarle al entonces paciente la intervención quirúrgica prescrita en forma inmediata, señaló la parte demandante en su reproche, que no obstante habérsele informado al juez constitucional de conocimiento que la EPS EMDISALUD no había cumplido la reseñada orden judicial, el juez no hizo el debido seguimiento a la instrucción impartida.

En lo que respecta a los deberes del juez constitucional de cara a la protección de los derechos fundamentales por vía de tutela la doctrina se ha señalado[91] que a dichos servidores les compete el garantizar el acceso del tutelante al ejercicio efectivo del mecanismo constitucional de acción de tutela; tal deber fue cumplido por el Juez Municipal de Pequeñas Causas quien le imprimió un trámite célere a la acción interpuesta, a tal punto que avocó conocimiento el día 12 de mayo de 2016, fecha en que fue radicada la misma, en dicha oportunidad no solo la admitió sino que también profirió la medida cautelar que le había sido solicitada la que comunicó al extremo procesal pasivo en la misma fecha de admisión, así se desprende del acervo probatorio al que el despacho hizo alusión en acápite precedente.

Entre otras obligaciones cuyo examen no es necesario para el caso que nos ocupa, la doctrina referida señaló como deber del juez constitucional la de decretar medidas provisionales tendientes a la protección del derecho amenazado o conculcado, al respecto enseñó[92]:

> *"De conformidad con el Artículo 7 del Decreto 2591 de 1991, desde la presentación de la solicitud, cuando el juez expresamente lo considere necesario y urgente para proteger el derecho, debe suspender la aplicación del acto concreto que amenace o vulnere el derecho fundamental sometido a su conocimiento mediante acción de tutela. En ese orden de ideas, y en todo caso, el juez puede ordenar lo que considere procedente para proteger los derechos y no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo a favor del solicitante, y evitar así que se produzcan daño como consecuencia de los hechos realizados, todo de conformidad con las circunstancias del caso. Tal como ha sido interpretado por la Corte, se ha asignado por el ordenamiento jurídico a los jueces de tutela una facultad amplia para proteger los derechos fundamentales, de modo que deben decretar medidas provisionales tendientes al amparo del derecho en riesgo de vulneración o efectivamente conculcado, con discrecionalidad, y bajo los siguientes atributos (1) "evitar que la amenaza contra el derecho fundamenta se convierta en violación, habiéndose constatado la existencia de una violación, esta se torne más gravosa"; (2) "ordenar todo lo que considere procedente para proteger los derechos fundamentales"; (3) "proteger los derechos amenazados por encima de lo expresamente señalado por el interesado"; y (4) la adopción de las*

---

[91] BEJARANO GUZMAN, Ramiro y otros. Aspectos Procesales de la Acción de Tutela. Universidad Externado de Colombia. 2017 Pág. 381 y siguientes
[92] Ob.Cit. pág. 383 y siguientes.

> *mismas, aunque discrecional, debe ser "razonada, sopesada y proporcionada a la situación planteada, lo que deberá hacer el juez de conocimiento, en forma expresa"*

En el caso que se analiza, la Juez de Pequeñas Causas de Tunja, mediante proveído del 12 de mayo de 2016 (fl.487 c.2) además de admitir la acción impetrada por los familiares del occiso, profirió medida provisional ordenando a EMDISALUD EPS-S *"... de manera inmediata autorice y haga efectivo el servicio de CIRIGUIA CARDIOVASCULAR y los exámenes médicos que se requieran"* para tratar la enfermedad que padecía el señor CASTELBLANCO HUERTAS, instrucción que fue impartida a la entidad promotora de salud en la fecha de la providencia (fl.488 c.2), con lo que se comprueba el cumplimiento del deber arriba detallado, la orden debió ser cumplida por la entidad promotora de salud, la que no lo hizo.

La Doctrina en cita, alude al deber de velar por el cumplimiento de los términos procesales, señala que ha sido la Corte Constitucional enfática en señalar que es deber del juez el de *"dirigir el proceso, velar por su rápida solución, adoptar las medidas conducentes para impedir la paralización y procurar la mayor economía procesal, so pena de incurrir en responsabilidad por las demoras que incurran"*. Al respecto la Alta Corporación enseñó[93]:

> *"La consagración de términos perentorios y, en mayor medida, su estricta aplicación por parte del juez y los auxiliares de justicia- lo cual se traduce, entre otros, en el deber de rechazar las demandas presentadas en forma extemporánea-, en nada contradice la Carta Política. Por el contrario, busca hacer efectivos los derechos de acceso a la administración de justicia y el debido proceso, así como los principios de celeridad, eficacia, seguridad jurídica y prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades propias de cada proceso, en la medida en que asegura éste se adelante sin dilaciones injustificadas, como lo ordena el artículo 29 de la Carta Política, en armonía con el articulo 228 ibídem, que establece que los términos deben ser observados con diligencia, tanto por los funcionarios judiciales como por las partes involucradas."*

En lo que respeta a la actuación del juez constitucional que conoció la tutela instaurada para proteger los derechos fundamentales del señor CASTELBLANCO HUERTAS, que se encontraban afectados por la conducta negligente de la EPS a la que estaba afiliado, se tiene que cumplió con los términos procesales, el escrito de tutela fue repartido al Juzgado Municipal de Pequeñas Causas el 12 de mayo de 2016 fecha en que fue admitida la acción y proferida la medida provisional aludida en precedencia; del auto admisiorio y de la medida provisional ordenada, le fue informada al representante legal de EMDISALUD y a la parte actora en la misma fecha de la providencia con lo que se dio cumplimiento con lo señalado en el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991; y la sentencia fue proferida el 19 de mayo de 2016, esto es dentro de los seis días hábiles siguientes a su admisión, cumpliendo con la previsión establecida en el artículo 29 ibídem. De lo anteriormente señalado se verifica que el juez constitucional de conocimiento cumplió con los términos procesales de la acción de tutela.

También es deber del juez el de garantizar la eficacia de sus decisiones, esto es verificar su cumplimiento, desacato y mutabilidad de las órdenes impartidas, constituyéndose esta como uno de los más importantes deberes del juez de tutela, al respecto la Corte Constitucional refirió[94]:

> *"La protección que se otorga a través del fallo que se dicta con ocasión de una acción de tutela sería inocua si no existieran mecanismos ágiles, eficaces y oportunos al alcance del juez para coaccionar u obligar a la autoridad o persona que violó o desconoció un derecho fundamental, y destinatario de una orden, para que cumpla*

---

[93] Sentencia C-416 de 1994. MP Antonio Barrera Carbonell
[94] Sentencia T-459 de 2003 Corte Constitucional. MP. Jaime Córdoba Triviño

con lo dispuesto por el funcionario judicial y restablezca, en los términos fijados por él, el derecho violado o amenazado. El juez no puede quedarse inerme frente al incumplimiento de una orden contenida en un fallo de tutela sino que está en la obligación ineludible de actuar, de agotar todos los mecanismos, que sean necesarios para restablecer el derecho violado y de utilizar las herramientas jurídicas que la ley le confiere para que su decisión no quede en mera teoría, El poder que tiene el juez en esta materia es tal que la ley ha dispuesto que él mantiene su competencia hasta tanto no se logre el restablecimiento completo del derecho vulnerado o hayan sido eliminadas las causas de la amenaza" (Art. 27 del Decreto 2591 de 1991)

En relación con dicho derecho acota la doctrina en cita[95]:

"La protección de un derecho fundamental en encuentra su causa en la demostración de circunstancias de modo, tiempo y lugar que hubieren generado su mengua o amenaza de vulneración. De allí que la decisión de amparo, en uno u otro sentido no resulta suficiente, por cuanto responde únicamente a un elemento formal de resolver afirmativa o negativamente la petición de justicia por parte del tutelante: concediendo la protección, en el primer caso, o denegándolo en el segundo. Así las cosas, es necesario determinar, más allá de la manera en que dicho derecho, accedida su protección, puede hacer cesar las circunstancias constitutivas de amenaza o consumativas de vulneración, los mecanismos de verificación de cumplimiento de las órdenes impartidas y la procedencia del incidente de desacato, así como la posibilidad de corrección de las órdenes contenidas en la decisión.

En relación con el deber de verificación de cumplimiento del fallo, implícito en la garantía de la eficacia de las decisiones proferidas en sede de tutela, la doctrina tomada como referencia señala que corresponde al juez constitucional de primera instancia la competencia para verificar su cumplimiento y eficacia, cita como argumento de tal aseveración lo previsto en el inciso 2º del artículo 27 del Decreto 2591 de 1991[96], aun siendo la tutela objeto de revisión, y hasta cuando se restablezca efectivamente el derecho en riesgo de vulneración o lesionado. La Corte Constitucional traída a colación por los autores referidos, respecto a la señalada competencia dijo[97]:

"Con el propósito de garantizar la efectividad de los derechos de los asociados y en desarrollo del principio del efecto útil de las sentencias[98] gozan de amplias facultades en la determinación de la forma de ejecución de los fallos de tutela y en la adopción de las medidas tendientes a su cumplimiento, deduciéndose, de tal aserto, el deber de velar por el cumplimiento efectivo de las garantías conferidas a los ciudadanos en sede de tutela, "interpretando las normas y las sentencias dictadas en el caso concreto"".

En el presente caso, una vez admitida la acción por parte del Juzgado Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Tunja y ordenada de manera perentoria la realización de la intervención quirúrgica prescrita por los galenos que efectuaron el seguimiento a la evolución del padecimiento del entonces paciente, el juez constitucional no cumplió con su deber de velar por el cumplimiento efectivo de la orden impartida no obstante que el accionante mediante escrito que aparece en el expediente del trámite de tutela (folio 497 c.2.) informó al despacho judicial que la medida ordenada no se había cumplido.

---

[95] Ob. Cit. Pag.389
[96] Sentencia T-086 de 2003 Corte Constitucional M.P. Manuel José Cepeda Espinosa
[97] Auto 265 de 2006 Corte Constitucional M.P.
[98] Sentencia SU-1158 FR 2003 Corte Constitucional M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

Empero lo anterior, es menester señalar que si bien podría atribuírsele responsabilidad al juez constitucional por no cumplir con su deber de verificar el cumplimiento de la decisión proferida, debe estudiar esta judicatura si tal falta ocasionó el daño descrito en punto precedente o coadyuvó en su ocurrencia.

Al respecto se tiene que la configuración de la responsabilidad patrimonial del Estado o defectuoso o anormal funcionamiento de la administración de justicia exige inicialmente precisar que puede considerarse como funcionamiento normal o como se ha llamado "derecho a la tutela judicial efectiva" el cual se encuentra integrado *"por el derecho al proceso, el derecho a que éste se desarrolle según los parámetros constitucionales y el derecho al aseguramiento del bien o derecho en litigio."*[99] Ahora bien, para efectos de entender que el funcionamiento de la administración de justicia produzca un daño antijurídico es menester delimitar los conceptos de anormal o defectuoso, por lo que se propone[100]:

> *"Esta debe obtenerse a través de los estándares de normalidad que, en el caso de una Justicia tradicionalmente lenta, cobran especial importancia en lo tocante a las dilaciones procesales. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sentencia de 13 de julio de 1983 [Caso Zimmermann y Steiner], interpretando el artículo 6.1 del Convenio de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales señaló como criterios a tener en cuenta para la medición de la razonabilidad en el retraso, "la complejidad del litigio, la conducta de los propios litigantes y de las autoridades y las consecuencias del litigio presuntamente demorado se siguen para aquéllos"*

En lo que respecta al precedente jurisprudencial en cuento al alcance y contenido del derecho de tutela judicial efectiva se pueda delimitar lo que puede entenderse como funcionamiento anormal o defectuoso, en cuanto a esto dicho precedente enseña[101]:

> *"El derecho a una tutela judicial efectiva, apareja, entre otras cosas, la posibilidad de acceder en condiciones de igualdad y sin obstáculos o barreras desproporcionadas, a un juez o tribunal independiente e imparcial, frente al cual se pueda acometer, libremente, la plena defensa los derechos o intereses propios a fin de obtener, dentro de un plazo razonable, la debida protección del Estado. Es un derecho de naturaleza prestacional, pues exige la puesta en obra del aparato estatal con miras a su realización. En este sentido, debe afirmarse que se trata de un derecho de configuración legal y, en consecuencia, depende, para su plena realización, de que el legislador defina los cauces que permitan su ejercicio"*

Sostiene dicho precedente[102]:

> *"(...) la tutela judicial que el Estado está en el deber de garantizar a las personas vinculadas a la decisión es un derecho fundamental que demanda actuaciones ciertas, reales, y de claro compromiso institucional, de parte de las autoridades y de los particulares, enmarcadas dentro del postulado constitucional de la buena fe y el deber de respeto de los derechos ajenos y no abuso de los propios"*

Finalmente sustentó el organismo de cierre en materia constitucional que[103]:

---

[99] GONZÁLEZ ALONSO, Augusto. Responsabilidad patrimonial del Estado en la administración de justicia. Funcionamiento anormal, error judicial y prisión preventiva., ob., cit., p.58.
[100] TOLIVAR ALAS, Leopoldo. "La responsabilidad patrimonial del Estado-Juez", en QUINTANA LÓPEZ, Tomás (Dir). La responsabilidad patrimonial de la administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales. Valencia, tirant lo Blanch, 2009, p.518
[101] Sentencia C-207 de 2003 Corte Constitucional
[102] Sentencia T-424 de 2004 Corte Constitucional
[103] Sentencia T-247 de 2007 Corte Constitucional

"El derecho a la tutela judicial efectiva comprende no solo la posibilidad que se reconoce a las personas, naturales o jurídicas, de demandar justicia ante las autoridades judiciales del Estado, sino, también, la obligación correlativa de éstas, de promover e impulsar las condiciones para que el acceso de los particulares a dicho servicio público sea real y efectivo. Así, ha dicho la Corte que "[n]o existe duda que cuando el artículo 229 Superior ordena 'garantiza[r] el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia', está adoptando, como imperativo constitucional del citado derecho su efectividad, el cual comporta el compromiso estatal de lograr, en forma real y no meramente nominal, que a través de las actuaciones judiciales se restablezca el orden jurídico y se protejan las garantías personales que se estiman violadas." De este modo, el derecho de Acceso a la Administración de Justicia permite alentar a las personas la expectativa de que el proceso culmine con una decisión que resuelva de fondo las pretensiones. Para ello es necesario que el juez adopte las medidas de saneamiento que sean necesarias para subsanar los vicios que puedan impedir una decisión de fondo"

El Consejo de Estado encuadró como supuestos de fallas del servicio judicial los siguientes[104]:

"i) la sustracción de títulos valores, ii) la falsificación de oficios, iii) el hecho omisivo "consistente en la falla administrativa cometida por el secretario del Juzgado" de no haber dado a conocer al demandante la existencia de la apertura de un proceso de quiebra (que afectó un remate que se iba a realizar), iv) error en un aviso de remate que lleva a declararlo sin valor, v) prevalencia del embargo y secuestro respecto de bienes que ya habían sido objeto de esas medidas en otro proceso ejecutivo, vi) las omisiones del juzgado al no exigir al secuestre prestar la caución, vii) actuación secretarial que llevó a que una diligencia de remate se hubiera tenido que declarar sin valor"

En la sentencia citada se señaló que la responsabilidad por funcionamiento anormal o defectuoso de la administración de justicia[105] "se produce en las demás actuaciones judiciales necesarias para (sic) realizar el juzgamiento o la ejecución de decisiones judiciales", la cual encaja en la tesis de falla probada en el servicio. Trae a colación precedente del Consejo de Estado en donde se señala:

"(...) todas las acciones u omisiones que se presenten con ocasión del ejercicio de la función de impartir justicia en que incurran no sólo los funcionarios sino también los particulares investidos de facultades jurisdiccionales, los empleados judiciales, los agentes y los auxiliares judiciales"

Descendiendo al caso concreto y teniendo en cuenta lo expuesto en precedencia, el Juzgado Municipal de Pequeñas Causas Laborales incumplió el deber de verificación de cumplimiento de la medida provisional ordenada, no obstante que incluso tal contravención fue advertida por el accionante, correspondía al juez constitucional adelantar la actuación prevista en el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, la cual se echa de menos en la actuación surtida. El juez no hizo uso de las herramientas legales y potestades que podían compeler eficazmente a la EPS para que cumplirá con la orden provisional impartida.

Ahora bien, ante la posibilidad de que la imputación del daño pueda ser imputado a varias personas, en este caso una privada y una pública, que como se señaló si bien no contribuyeron con el mismo efecto a su realización, tuvieron incidencia en su ocurrencia pues pudiendo participar activamente en la consumación del daño no lo hicieron, lo que por

---

[104] Sentencia del 18 de mayo de 2017. Consejo de Estado Sección Tercera Subsección C. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa
[105] Sentencia de 10 de mayo de 2001, Expediente: 12719 Consejo de Estado

regla general no exonera al ente público de responsabilidad, es menester analizar si nos encontramos frente a la falta de un tercero que permita desaparecer completamente la imputabilidad del daño a la Rama Judicial.

El hecho de un tercero que puede exoneraren todo o en parte, cuando la responsabilidad de la entidad pública queda comprometida en el terreno de la falta, en este caso la Administración de Justicia, solo será responsable por la parte del daño que le corresponda. En el caso en estudio nos encontramos en el terreno de la falta y no de la responsabilidad objetiva o sin culpa, de acuerdo con lo señalado por el Consejo de Estado[106], el hecho de un tercero exonera de responsabilidad a la Administración, siempre y cuando se demuestre que dicho tercero es completamente ajeno al servicio, y que su actuación no vincula de manera alguna a este último, produciéndose la ruptura del nexo causal. Además, es indispensable que pueda tenerse como causa exclusiva del daño, producida en la circunstancia que sea imprevisible e irresistible para que reúna las características de causa extraña, ajena a la conducta de quien produjo el daño.

Analizando en conjunto el material probatorio que reposa en el expediente del proceso se considera que la muerte del señor CASTELBLANCO HUERTAS fue causada por la conducta negligente de la EPS EMDISALUD EPS-S al no autorizar el procedimiento ordenado por los médicos tratantes, la no verificación de la orden impartida y la omisión de llevar a cabo el trámite de cumplimiento establecido en norma citada si bien podrían haber evitado el deplorable desenlace, no fueron la causa directa que impidió la sobrevida del entonces paciente, tal razón es suficiente para exonerar a la Rama Judicial ya que la culpa recae en la entidad promotora de salud, la obró con negligencia circunstancia probada dentro del proceso.

A similar conclusión debe llegarse en relación con la demandada DEPARTAMENTO DE BOYACÁ- SECRETARIA DE SALUD, más cuando dentro de su órbita funcional no le estaba atribuida tarea alguna que conlleve cumplir la orden impartida por los galenos tratantes e incluso exigir que en un caso particular, como el que se encuentra en estudio, pueda impartir instrucciones a la EPS para que cumpla con sus competencias legales de aseguramiento. Las competencias de los departamentos en materia de salud están dirigidas a coordinar y vigilar el sector y en lo que respecta a la prestación de servicios de salud, su tarea corresponde a gestionar de manera general la prestación de los servicios de salud, de manera oportuna, eficiente y con calidad a la población pobre en lo no cubierto con subsidios da la demanda, circunstancia esta en la que no nos encontramos por tratarse de una afiliado al régimen subsidiado a quien la EPS-S tenía el deber de prestarle el servicio de salud de manera integral y sin dilaciones. Por tal razón se encuentra probada la excepción de Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva propuesta por el apoderado del DEPARTAMENTO DE BOYACÁ.

V. La liquidación de perjuicios

El despacho estima que, a la vista de 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 indemnización, resulta procedente acudir a la sistematización que ha hecho el Consejo de Estado[107], Corporación que a determinado unos parámetros mínimos que permiten orientar al juez en la fijación de su cuantía.

Parámetros para cuantificar la indemnización por pérdida de oportunidad en casos de responsabilidad médica[108]:

---

[106] Sentencia del 24 de agosto de 1989 Consejo de Estado. M.P. Gustavo de Greiff Restrepo
[107] Sentencia del 5 de abril de 2017. Consejo de Estado Sección Tercera. Subsección B. M.P. Ramiro Pazos Guerrero
[108] Ibídem

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[109].

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[110],

---

[109] Esta postura ha sido también sostenida por la doctrina nacional donde se considera que -para casos de responsabilidad médica- si es posible que se pueda indemnizar materialmente a la víctima que vio frustrada una oportunidad, pero de manera proporcional al grado de probabilidad que tenía de que la misma se realizará o evitara, en caso contrario, según el autor, se estaría negando la reparación integral de los perjuicios sufridos por la víctima: "insistimos en considerar de recibo la nueva posición del Consejo de Estado en las sentencias del 8 de junio de 2011 y del 7 de julio del mismo año, de ver a la pérdida de la oportunidad como un daño autónomo, pero no la consecuencia que deviene de esa postura, toda vez que al acoger la tesis de que la pérdida de la oportunidad es un nuevo rubro a indemnizar, diferente a los perjuicios tradicionalmente aceptados como el daño emergente, el lucro cesante, el daño moral y el daños a la vida en relación, se puede limitar la posibilidad de indemnización de las consecuencias que ese daño genera en el patrimonio de la víctima, violando así la regla de la indemnización integral del daño" GIRALDO GÓMEZ, Luis Felipe, *La pérdida de la oportunidad en la representación civil. Su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, p. 262.

[110] TAMAYO JARAMILLO, *Tratada de Responsabilidad Civil*, 2007, p. 338 y 341; Martínez Rave, *La Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia*, 1986, p. 126; HENAO, Juan Carlos. *El Daño. Análisis comparativo de la respansabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 42 y 43.

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[111], eje rector del sistema de reparación estatal, -artículo 230 de la Constitución Política y 16 de la Ley 446 de 1998[112]-, a fin de reparar en forma integral el daño imputable a los demandados[113].

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[114], 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 prohijarse 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 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.

De acuerdo con los anteriores parámetros, en el caso concreto no existen fundamentos o parámetros científicos y técnicos que permitan cuantificar el porcentaje de probabilidad que tenía la paciente de escapar del evento fatal, es decir, hay certeza sobre la pérdida de oportunidad de sobrevida *-comprobación de los elementos de la pérdida de oportunidad-*, pero no acerca de la cuantía del perjuicio *-falta de certeza cuantitativa-*; no obstante, el Despacho considera necesario proferir condena a favor de los demandantes por encontrarse probado el daño.

Por las razones expuestas será la equidad el fundamento para cuantificar el perjuicio por la pérdida de oportunidad de sobrevida que sufrió el señor ROBERTO CASTELBLANCO HUERTAS, debe, sin duda, contar con elementos objetivos que sustenten la condena, puesto que lo equitativo no debe ser confundido con lo arbitrario. En este caso, tales elementos objetivos existen en el presente proceso y están representados en la certeza que tiene el juzgado, acerca de que si el procedimiento quirúrgico ordenado se hubiera realizado, se habrían brindado mejores opciones terapéuticas al paciente que habrían evitado la complejidad letal de su enfermedad y reducido la incertidumbre.

En ese sentido el despacho concluye que la expectativa de sobrevida que tenía el señor CASTELBLANCO HUERTAS de escapar al evento fatal de muerte estaba establecida

---

[111] Esta Sala ha aplicado a otros casos la equidad como fundamento para cuantificar el perjuicio por la pérdida de oportunidad: Ver. Consejo de Estado, Sala Plena de Sección Tercera, sentencia de 12 de julio de 2012, rad. 15,024, M.P. Danilo Rojas Betancourth

[112] "Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales".

[113] En casos de pérdida de oportunidad en materia de acceso a la administración de justicia, la Sala ha acogido igualmente criterios de equidad para calcular el porcentaje de la probabilidad pérdida. Al respecto, la Sala en sentencia del 31 de mayo de 2016, rad. 38047, M.P. Danilo Rojas Betancourth conoció de la pérdida de oportunidad con ocasión de una declaratoria de prescripción de la acción civil y consideró de acuerdo con las pruebas que obraban en el proceso que la expectativa que tenía la parte civil de que se le resarciera pecuniariamente en el proceso judicial estaban calculadas en un 75%. En similar sentido se puede consultar la sentencia de la Subsección B del 31 de mayo de 2016, rad. 38267, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

[114] La sentencia n.° 948 del 16 de enero de 2011 proferida por la Sala Civil del Tribunal Supremo de España, M.P. Seijas Quintana, considera que, ante la ausencia del porcentaje de probabilidades truncadas, para casos de defecto de información médica, se debe fijar la cuantía en un factor de corrección aproximado del 50% a la cuantía resultante, esto es, reducir a la mitad la indemnización resultante del total del perjuicio valorado. Cfr. SAIGÍ-ULLASTRE, AAVV, "Cuantificación de la Pérdida de Oportunidad en Responsabilidad Profesional Médica", *Revista Española de Medicina Legal*, Órgano de la Asociación Nacional de Médicos Forenses, vol. 39, 2013, p. 159.

alrededor de un 50% de posibilidades, índice que se aplicará a la liquidación de los perjuicios de orden material e inmaterial.

27. Perjuicios morales

Como lo ha señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado referida en precedencia[115] el daño moral alude al generado en el plano psíquico interno del individuo, reflejado en los dolores o padecimientos sufridos con ocasión de la lesión de un bien jurídico. Este tiene una existencia autónoma y se configura una vez satisfechos los parámetros generales del daño: que sea particular, determinado o determinable, cierto, no eventual, y, como se dijo, que tenga relación con un bien jurídico tutelado.

Le corresponde al juez administrativo determinar el monto a reconocer cuando se trata de indemnizar el perjuicio moral. Para ello se tienen los siguientes criterios de relativización: *i)* por la regla de que la indemnización del perjuicio se hace a título de compensación, más no de restitución ni de reparación; *ii)* por la aplicación del principio de equidad previsto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998; *iii)* por el deber de estar sustentada en los medios probatorios que obran en el expediente respecto del perjuicio y su intensidad; y *iv)* por el deber de estar fundamentada, cuando sea del caso, en otras providencias para efectos de garantizar el principio de igualdad[116].

Para la reparación del daño moral, en caso de muerte, el Consejo de Estado en sentencia de unificación[117] ha diseñado cinco niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa y aquellos que acuden a la justicia en calidad de perjudicados o víctimas indirectas.

Nivel No. 1: comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno-filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (1er. grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes o estables). A este nivel corresponde el tope indemnizatorio (100 smlmv).

Nivel No. 2: se ubica la relación afectiva propia del segundo grado de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 50% del tope indemnizatorio.

Nivel No. 3: está comprendido por la relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 35% del tope indemnizatorio.

Nivel No. 4: aquí se ubica la relación afectiva propia del cuarto grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 25% del tope indemnizatorio.

Nivel No. 5: comprende las relaciones afectivas no familiares (terceros damnificados). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 15% del tope indemnizatorio. Para los niveles 1 y 2 se requerirá la prueba del estado civil o de la convivencia de los compañeros. Para los niveles 3 y 4, además, se requerirá la prueba de la relación afectiva. Para el nivel 5 deberá ser probada la relación afectiva.

La siguiente tabla recoge lo expuesto:

---

[115] Ob. Cit.
[116] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 8 de marzo de 2007, rad. 15459, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.
[117] Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, rad. 27709, M.P. Carlos Alberto Zambrano.

REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CASO DE MUERTE					
	NIVEL 1	**NIVEL 2**	**NIVEL 3**	**NIVEL 4**	**NIVEL 5**
Regla general en el caso de muerte	Relación afectiva conyugal y paterno – filial	Relación afectiva del 2° de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 3er de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4° de consanguinidad o civil	Relación afectiva no familiar (terceros damnificados)
Porcentaje	100%	50%	35%	25%	15%
Equivalencia en salarios mínimos	100	50	35	25	15

De conformidad con lo señalado en la sentencia de unificación referida y en atención a que en el caso concreto al señor ROBERTO CASTILBLANCO HUERTAS se le truncó una expectativa legítima de sobrevida, el Juzgado procederá a reducir en un 50% el monto de lo reconocido en casos de muerte. El Despacho, por estar probado el lazo de parentesco entre el señor CASTILBLANCO HUERTAS y los demás demandantes, condenará a la entidad EMPRESA MUTUAL PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA SALUD E.S.S. EMDISALUD E.S.S. a pagar, por perjuicios morales, las siguientes sumas de dinero:

A favor de CRISTIAN ROBERTO CASTELBLANCO ARIAS y LIDY MAYERLY CASTELBLANCO ARIAS (hijos) se le reconocerá el equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno -copia auténtica de los respectivos registros civiles nacimiento (fl.13 y c.1).

A favor de la señora SATURIA ARIAS CASTELBLANCO (Compañera permanente), se le reconocerá el equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales. (Testimonios Guillermo Bolivar Quintero y María Elsa Yanquen Caro y Declaración de parte Fabio Alberto y Misael Castelblanco Huertas obrante a folio 560).

A favor de la menor VALENTINA CASTELBLANCO ARIAS (Nieta), se le reconocerá el equivalente a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales- Copia autentica registro civil (fl.15 c.1.)

A favor de los señores MISAEL CASTELBLANCO HUERTAS y FABIO ALBERTO CASTELBLANCO HUERTAS (Hermanos), se les reconocerá el equivalente a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales a cada uno. Copia autentica de registros civiles (fls. 16 y 17 c.1.)

Así las cosas, el monto a reconocer a cada uno de los demandantes por perjuicios morales será el siguiente:

Nivel	Demandante	SMLMV
Nivel 1	Lidy Mayerly Castelblanco Arias	50 SMLMV
Nivel 1	Cristian Roberto Castelblanco Arias	50 SMLMV
Nivel 1	Saturia Arias Castelblanco	50 SMLMV
Nivel 2	Valentina Castelblanco Arias	25 SMLMV
Nivel 2	Misael Castelblanco Huertas	25 SMLMV

Nivel 2	Fabio Alberto Castelblanco Huertas	25 SMLMV
TOTAL		225 SMLMV

Perjuicios materiales

Como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad la parte demandante solicitó perjuicios materiales en la modalidad de **daño emergente** y **lucro cesante.** Por el primer rubro, se reconocerá la suma de Un Millón Doscientos Ochenta y Cuatro Mil Setecientos Cincuenta ($1.284.750) por encontrarse probado dicho perjuicio (fl. 18 a 21, c.1).

Igualmente se pidió en la demanda el reconocimiento de lucro cesante consolidado y futuro a favor de la señora SATURIA ARIAS CASTELBLANCO, LIDY MAYERLY CASTELBLANCO ARIAS, CRISTIAN ROBERTO CASTELBLANCO ARIAS y VALENTINA CASTELBLANCO ARIAS, compañera permanente, hijos y nieta del fallecido ROBERTO CASTEBLANCO HUERTAS, a quienes contribuía y ayudaba económicamente en su manutención y los gastos del hogar.

Renta: en el proceso se demostró que el señor ROBERTO CASTELBLANCO HUERTAS satisfacía las necesidades económicas del hogar que conformó en razón de su trabajo de agricultor y comerciante[118]. Sin embargo, por no encontrarse acreditado el monto de sus ingresos, se tomará en cuenta para la liquidación del lucro cesante el valor de un salario mínimo legal mensual vigente, es decir $689.454, suma que se incrementará en un 25%, por concepto de prestaciones sociales, para un monto total de $824.317. De este último valor se deduce el 25%, que se presume para la propia subsistencia de la víctima ($206.079,25). Finalmente, de esta renta base para la liquidación del perjuicio padecido por la compañera permanente, dos hijos y nieta se sustraerá el 50%, por ser la fracción correspondiente a la probabilidad de sobrevida despojada, cuyo resultado es $309.119. Este valor será divido en partes iguales para cada una de las personas relacionadas, es decir, $77.280.

Periodo comprendido:

1) Respecto de las hijos, desde fecha del fallecimiento hasta el día en que cada una de ellos cumplan los 25 años de edad, así: (i) para Lidy Mayerly Castelblanco Arias, la indemnización será por 14 meses, que corresponden a 1 año y 2 meses, de acuerdo a su fecha de nacimiento, 16 de septiembre de 1992; y (ii) para Cristian Roberto Castelblanco Arias, la indemnización será por 96 meses y trece (13) días, que corresponden a 8 años, 13 días, de acuerdo a su fecha de nacimiento, 6 de junio de 2000.

2) Respecto a la nieta Valentina Castelblanco Arias, por haberse probado que dependía económicamente del fallecido[119] desde fecha del fallecimiento hasta el día en que cumpla los 25 años de edad, la indemnización será por 228 meses y 14 días que corresponde a 19 años 7 meses y 14 días de acuerdo a la fecha de nacimiento 6 de enero de 2010.

3) Respecto a la compañera permanente de conformidad con la jurisprudencia vigente en la materia el período de dependencia entre cónyuges se reconoce en forma vitalicia, teniendo en consideración la obligación reciproca que tienen de auxiliarse mutuamente durante toda su vida. Para ello tomamos como referencia las tablas de mortalidad. Teniendo en cuenta que el señor ROBERTO CASTELBLANCO HUERTAS

[118] Testimonios rendidos por los señores María Elsa Yanquen Caro y Guillermo Bolívar Quintero y Declaración de parte de Fabio Alberto Castelblanco Huertas (Audiencia de pruebas)
[119] Testimonio

a la fecha de su deceso (mayo 22 de 2016 fl. 12 c.1) tenía 46 años (nació el 6 de junio de 1970 fl.11 c.1.) conforme a la Resolución No. 1555 de julio 30 de 2010 de la Superintendencia Financiera su expectativa de vida era de 35.3 años esto es 423 meses. Ahora bien, a dicho valor debe sustraérsele el 50%, por ser la fracción correspondiente a la probabilidad de sobrevida despojada, por tanto se le reconocerán a la compañera permanente 211 meses de indemnización.

- Se aplicarán las fórmulas financieras adoptadas por el Consejo de Estado:

(i) Para CRISTIAN ROBERTO CASTELBLANCO ARIAS (hijo)

Indemnización consolidada o histórica:

$$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$$

Donde:
S = Es la indemnización a obtener
Ra = Es la renta o ingreso mensual actualizado que equivale a $77.280.
i= Interés puro o técnico: 0.004867
n= Número de meses que comprende el período de la indemnización: desde el día de ocurrencia del hecho -22 de mayo de 2016- hasta la fecha en que el demandante cumpliría 25 años de edad, esto es, 96,13 meses (6 de junio de 2000).

$$S = \$77.280 \frac{(1 + 0.004867)^{96,13} - 1}{0.004867}$$

S= **$9.443.982**
Total lucro cesante a favor de Cristian Roberto Castelblanco Arias $9.443.982

(ii) Para LIDY MAYERLY CASTELBLANCO ARIAS (hija)

Indemnización consolidada o histórica:

$$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$$

Donde:
S = Es la indemnización a obtener
Ra = Es la renta o ingreso mensual actualizado que equivale a $77.280.
i= Interés puro o técnico: 0.004867
n= Número de meses que comprende el período de la indemnización: desde el día de ocurrencia del hecho -22 de mayo de 2016- hasta la fecha en que la demandante cumplió 25 años de edad, esto es, 14 meses (16 de septiembre de 1992).

$$S = \$77.280 \frac{(1 + 0.004867)^{14} - 1}{0.004867}$$

S= $1.116.822,42

Total lucro cesante a favor de Lidy Mayerly Castelblanco Arias $9.443.982

(iii) Para VALENTINA CASTELBLANCO ARIAS (nieta)

Indemnización consolidada o histórica:

$$S= Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$$

Donde:
S = Es la indemnización a obtener
Ra = Es la renta o ingreso mensual actualizado que equivale a $77.280.
i= Interés puro o técnico: 0.004867
n= Número de meses que comprende el período de la indemnización: desde el día de ocurrencia del hecho -22 de mayo de 2016- hasta la fecha en que la demandante cumpliría 25 años de edad, esto es, 228,14 meses (6 de enero de 2010).

$$S= \$77.280 \frac{(1 + 0.004867)^{228,14} - 1}{0.004867}$$

S= **$32.189.868,38**
Total lucro cesante a favor de Valentina Castelblanco Arias $32.189.868,38

(iv) Para SATURIA ARIAS CASTELBLANCO (compañera)
Indemnización consolidada o histórica:

$$S= Ra \frac{(1 + i)n - 1}{i}$$

Donde:
S = Es la indemnización a obtener
Ra = Es la renta o ingreso mensual actualizado que equivale a $77.280.
i= Interés puro o técnico: 0.004867
n= Número de meses que comprende el período de la indemnización: desde el día de ocurrencia del hecho -22 de mayo de 2016- hasta la fecha de probabilidad de vida aplicada la sustracción del 50% como arriba se indicó, ósea 211 meses (22 de mayo de 2032).

$$S= \$77.280 \frac{(1 + 0.004867)^{211} - 1}{0.004867}$$

S= $28.351.644,13

Total lucro cesante a favor de Saturia Arias Castelblanco $28.351.644,13

VI. Costas

Finalmente respecto de la condena en costas, cabe recordar que el artículo 188 del CPACA establece que en todos los procesos, a excepción de las acciones públicas, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

No obstante atendiendo a que las pretensiones prosperaron parcialmente, el Despacho se abstendrá de condenar en costas en aplicación del numeral 5° del artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el Juez Sexto Administrativo Oral del Circuito de Tunja administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el DEPARTAMENTO DE BOYACA- SECRETARIA DE SALUD, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: DECLÁRASE patrimonial y extracontractualmente responsable a la EMPRESA MUTUAL PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA SALUD E.S.S. EMDISALUD E.S.S. en los términos establecidos en las consideraciones de la presente sentencia, por la pérdida de oportunidad de sobrevida padecida por el señor ROBERTO CASTELBLANCO HUERTAS, fallecido el 22 de mayo de 2016 en el municipio de Tunja, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, **CONDÉNASE** a la EMPRESA MUTUAL PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA SALUD E.S.S. EMDISALUD E.S.S. a pagar a los demandantes, las sumas de dinero que se mencionan en los siguientes acápites:

1. A título de indemnización de **perjuicios inmateriales por daño moral**, se ordena pagar a favor de la señora LIDY MAYERLY CASTELBLANCO ARIAS (hija del señor ROBERTO CASTELBLANCO HUERTAS) la suma equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la época de ejecutoria de la presente providencia.

2. A título de indemnización de **perjuicios inmateriales por daño moral**, se ordena pagar a favor del joven CRISTIAN ROBERTO CASTELBLANCO ARIAS (hijo del señor ROBERTO CASTELBLANCO HUERTAS) la suma equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la época de ejecutoria de la presente providencia.

3. A título de indemnización de **perjuicios inmateriales por daño moral**, se ordena pagar a favor de la señora SATURIA ARIAS CASTELBLANCO (compañera del señor ROBERTO CASTELBLANCO HUERTAS) la suma equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la época de ejecutoria de la presente providencia.

4. A título de indemnización de **perjuicios inmateriales por daño moral**, se ordena pagar a favor de la menor VALENTINA CASTELBLANCO HUERTAS (nieta del señor ROBERTO CASTELBLANCO HUERTAS) la suma equivalente a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la época de ejecutoria de la presente providencia.

5. A título de indemnización de **perjuicios inmateriales por daño moral**, se ordena pagar a favor del señor MISAEL CASTELBLANCO HUERTAS (hermano del señor ROBERTO CASTELBLANCO HUERTAS) la suma equivalente a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la época de ejecutoria de la presente providencia.

6. A título de indemnización de **perjuicios inmateriales por daño moral**, se ordena pagar a favor del señor FABIO ALBERTO CASTELBLANCO HUERTAS (hermano del señor ROBERTO CASTELBLANCO HUERTAS) la suma equivalente a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la época de ejecutoria de la presente providencia.

7. A título de indemnización por **perjuicios materiales por daño emergente,** se ordena pagar a favor de los demandantes la suma de Un Millón Doscientos Ochenta y Cuatro Mil Setecientos Cincuenta ($1.284.750)

8. A título de indemnización de **perjuicios materiales por lucro cesante**, se ordena pagar a favor de la señora LIDY MAYERLY CASTELBLANCO ARIAS la suma de $1.116.822,42

9. A título de indemnización de **perjuicios materiales por lucro cesante**, se ordena pagar a favor del joven CRISTIAN ROBERTO CASTELBLANCO ARIAS la suma de $9.443.982,87

10. A título de indemnización de **perjuicios materiales por lucro cesante**, se ordena pagar a favor de la menor VALENTINA CASTELBLANCO ARIAS la suma de $32.189.868,38

11. A título de indemnización de **perjuicios materiales por lucro cesante**, se ordena pagar a favor de la señora SATURIA ARIAS CASTELBLANCO la suma de 28.351.644,13

CUARTO: ABSUÉLVASE de responsabilidad a la NACION- RAMA JUDICIAL por lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

QUINTO: DENIÉGASE las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: **ABSTENERSE** de condenar en costas en aplicación del numeral 5° del artículo 365 del C.G.P.

SÉPTIMO: CÚMPLASE lo dispuesto en esta providencia, en los términos establecidos en los artículos 189, 192 y 195 del Código Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y **EXPÍDASE** copias con destino a las partes.

OCTAVO: Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso, si hay lugar a ello.

NOVENO: En firme la presente providencia, por secretaria y sin necesidad de auto que lo ordene expídanse las copias auténticas de la presente providencia con su constancia de ejecutoria cuando fuere solicitado por las partes.

DÉCIMO: -En firme ésta providencia, archívese el expediente, previas las anotaciones de rigor en el sistema.

Notifíquese y cúmplase

HERVERTH FERNANDO TORRES OREJUELA
Juez