



Rama Judicial  
Consejo Superior de la Judicatura  
República de Colombia

**JUZGADO TREINTA Y OCHO ADMINISTRATIVO ORAL  
CIRCUITO JUDICIAL BOGOTÁ D.C.  
SECCIÓN TERCERA**

**Juez:** *ASDRÚBAL CORREDOR VILLATE*

**Bogotá D.C.**, diecinueve (19) de junio de dos mil veinte (2020)

**Medio de control:** Reparación Directa  
**Radicación:** 110013336038201500583-00  
**Demandante:** Luis Leonardo Castillo Cortés  
**Demandado:** Capital Salud EPS-S, Bogotá D.C. y otros  
**Asunto:** Fallo primera instancia

El Despacho pronuncia sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia, dado que el trámite se agotó en su integridad y no se aprecia ningún vicio que invalide lo actuado.

**I.- DEMANDA**

**1.- Pretensiones**

Con la demanda se pide que se declare a **BOGOTÁ D.C.- SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD** y a **CAPITAL SALUD EPS-S S.A.S**, administrativa y extracontractualmente responsables de los perjuicios materiales y morales causados al demandante por la presunta falla en el servicio y negligencia médica que condujo a la muerte de la señora María Stella Cortés Justinico.

Por lo anterior solicita condenar a las entidades demandadas a pagar una indemnización a título de perjuicios morales y materiales, a la fecha de ejecutoria de la sentencia.

Finalmente solicita se condene al pago de la suma actualizada e indexada con los intereses corrientes y moratorios a que haya lugar y se condene al pago de costas y agencias en derecho que se causen.

## **2.- Fundamentos de hecho**

Según lo reseñado en el escrito de la demanda, el Despacho los sintetiza así:

2.1.- El día 2 de enero de 2012, la señora María Stella Cortés Justinico acompañada de su hijo Luis Leonardo Castillo Cortés solicita sea transferida de Humana Vivir S.A. a la EPS Capital Salud, la cual fue aprobada en febrero de ese año.

2.2.- Pese a que desde el mes de marzo de 2012 intentó acceder a los servicios de salud en el Hospital de Kennedy y bajo su vinculación en la EPS Capital Salud, el servicio médico le fue negado alegando que Humana Vivir S.A. adeudaba unas sumas de dinero a los Hospitales.

2.3.- A pesar de que en una respuesta a un derecho de petición le informaron que el percance ya estaba solucionado y que ya se encontraba en la base de datos de la EPS Capital Salud, las entidades seguían negando la prestación al servicio de salud.

2.4.- El 26 de septiembre de 2012 mediante acción de tutela se le amparan sus derechos fundamentales y con oficio No. 156177 del 11 de octubre de 2012, la Secretaría Distrital de Salud ordena al representante legal de EPS Capital Salud dar cumplimiento al fallo de tutela.

2.5.- El Hospital de Kennedy siguió negando la atención de la paciente María Stella Cortés Justinico a pesar de la orden constitucional. En el mes de diciembre de 2012 fue atendida en el Hospital El Tunal, donde le ordenaron la realización de unos exámenes que para el accionante eran inadecuados, ya que le informaron que la paciente no padecía de ninguna enfermedad.

2.6.- Luego, el 30 de marzo de 2013 otro médico le ordena un TAC de doble contraste practicado solo hasta el 7 de junio de 2013, según el actor por la morosidad en la autorización de servicios por parte de la EPS Capital Salud. Le informan que los resultados se los entregarían el 31 de julio de 2013.

2.7.- El 10 de julio de 2013 la señora María Stella Cortés Justinico acude en compañía de su hijo al Hospital El Tunal en malas condiciones de salud y presiona para la entrega de los resultados. En ese momento le informan que su diagnóstico correspondía a un tumor cancerígeno.

2.8.- El 14 de julio de 2013 intervienen quirúrgicamente a la señora María Stella Cortés Justinico y para el 18 del mismo mes y año la paciente fallece.

2.9.- Infiere el demandante que el deceso de su madre, se debió a la ineficiencia e indiferencia de la EPS Capital Salud y de la red de Hospitales públicos del Distrito Capital ante la omisión de brindar atención oportuna a la señora María Stella Cortés Justinico.

### **3.- Fundamentos de derecho**

El apoderado de la parte demandante señaló como fundamentos jurídicos el artículo 140 del CPACA, artículo 10 de la Ley 16 de 1972, los artículos 90 y 91 de la Constitución Política, Código Civil, Ley 100 de 1993 y los antecedentes jurisprudenciales que verifican la viabilidad jurídica de las pretensiones formuladas en el presente medio de control.

## **II.- CONTESTACIÓN**

### **1.- Secretaría Distrital de Salud**

Mediante memorial del 23 de enero de 2017<sup>1</sup> solicita se nieguen las pretensiones de la demanda ya que no tiene a su cargo la labor de prestar servicios de salud, por lo que no se encuentra demostrado su responsabilidad en lo que se alega.

Precisa que para que se declare la responsabilidad de esta entidad es necesario que se presenten en forma concurrente una falla del servicio, un daño y una relación de causalidad entre uno y otro, circunstancia que no se halla presente en este caso, por cuanto la Secretaría Distrital de Salud no tuvo relación con los hechos demandados y de ninguna manera esta entidad delegó para prestar el servicio, sino que sus funciones son propias de la actividad para lo cual fue creada según la estructura de salud dada por la Ley 100 de 1993.

Infiere que no es viable que las pretensiones prosperen contra la Secretaría Distrital de Salud por cuanto no es la persona jurídica indicada para responder por las pretensiones de la parte demandante, toda vez que es ajena a la presunta falla o responsabilidad ocasionadas por los hechos u omisiones

---

<sup>1</sup> Folio 218 a 225 del c. 3

que se hayan podido presentar en torno a la atención médica brindada a la señora María Stella Cortés Justinico, pues de conformidad con el artículo 194 de la Ley 100 las ESE's cuentan con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, razón por la cual no puede responder por hechos ajenos a su actuar.

Por último, informa que no tuvo participación directa ni indirecta en la presunta negación en la prestación de los servicios médicos asistenciales de la señora María Stella Cortés Justinico, pues a cargo de esto se encuentran la ESE's las cuales constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, de manera que no es el ente territorial la persona jurídica responsable en el presente caso de la prestación de los servicios de salud que dieron origen al presente medio de control.

Además, concluye que no existe ninguna prueba ni acreditación de los supuestos perjuicios morales causados al actor, ni mucho menos que los mismos le hayan sido ocasionados como consecuencia de omisión, negativa o rechazo o negligencia alguna en la que hubiera incurrido la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá.

## **2.- EPS Capital Salud**

Esta entidad, con memorial de 23 de febrero de 2017<sup>2</sup> solicitó que se declare próspera la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva porque si bien la señora María Stella Cortés Justinico se encontraba afiliada a la EPS hasta el 18 de julio de 2013 (fecha del deceso), los hechos ocurrieron en el Hospital de Kennedy. Además, porque en lo que tiene que ver con la atención a la demandante se le brindó el acompañamiento y respuesta oportuna a sus peticiones.

A pesar que el demandante responsabiliza a Capital Salud EPS-S de la muerte de la señora María Stella Cortés Justinico, la historia clínica aportada con la demanda prueba que la paciente recibió las atenciones necesarias para el manejo adecuado de su patología. Sostiene que por tratarse de una mujer de 50 años con síntomas gastrointestinales, debía descartarse la patología de cáncer de colon por medio de exámenes como los ordenados, principalmente

---

<sup>2</sup> Folio 408 a 411 c. 4

colonoscopia, ordenada y practicada el 24 de enero de 2013 con hallazgos sugestivos de patología a nivel de colon.

Con la contestación a la demanda individualiza cada autorización expedida a nombre de la señora Maria Stella Cortés Justinico desde el 2 de octubre de 2012 hasta el 15 de julio de 2013 en garantía del derecho a la salud. Esto para demostrar que, no se verifica la configuración de un daño antijurídico toda vez que no se demuestra que la EPS Capital Salud haya incumplido sus obligaciones frente a la afiliada.

### III.- TRAMITE DE INSTANCIA

La demanda fue presentada ante la Oficina de Apoyo de los Juzgados Administrativos el 20 de agosto de 2015<sup>3</sup>. Mediante auto de fecha 12 de enero de 2016<sup>4</sup>, este Despacho admitió la demanda presentada por **LUIS LEONARDO CASTILLO CORTÉS**, en contra de **BOGOTÁ DISTRITO CAPITAL-SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD, CAPITAL SALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO SAS y HOSPITAL OCCIDENTE DE KENNEDY II NIVEL**, y ordenó la notificación del proveído a los entes demandados, al igual que al Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

El traslado de la demanda preceptuado en los artículos 198 y 199 del CPACA, transcurrió del 16 de noviembre de 2016 al 23 de febrero de 2017. Las entidades demandadas contestaron la demanda en tiempo. La demandada **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E - UNIDAD EJECUTORA KENNEDY** formuló llamamiento en garantía contra **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, el cual se aceptó mediante auto del 26 de mayo de 2017. La llamada en Garantía guardó silencio.

Con auto del 11 de mayo de 2018<sup>5</sup> se fijó fecha para llevar a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA. Dicha diligencia se practicó el 4 de octubre de 2018<sup>6</sup> dentro de la cual se declaró impróspera la excepción de *Falta de legitimación en la causa por pasiva*, propuesta por el apoderado de Bogotá D.C.- Secretaría de Salud y el representante judicial de Capital Salud EPS.

<sup>3</sup> Folio 178 c. 1

<sup>4</sup> Folio 179 c. 1

<sup>5</sup> Folio 485 c. 4

<sup>6</sup> Folios 518 a 521 c. 4

También se declaró probada de oficio la excepción de *Inepta demanda por falta de agotamiento requisito de procedibilidad* respecto del Hospital Occidente de Kennedy III Nivel ESE. En consecuencia, se terminó el proceso respecto de esta entidad y de la llamada en garantía Seguros del Estado S.A.

El Despacho concedió en el efecto suspensivo los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de Bogotá D.C. – Secretaría de Salud y Capital Salud EPS, contra la decisión de declarar infundada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva. Luego, con auto del 15 de noviembre del 2018, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección “A”, confirmó la decisión adoptada por este Despacho.

El 23 de julio de 2019<sup>7</sup>, se continuó con la práctica de la audiencia inicial, en la que se decretaron algunas pruebas solicitadas por las partes y se impuso al **Dr. HERMANN ENRIQUE OJEDA ACOSTA** identificado con C.C. No. 80.169.343 y T.P. No. 254.022 del C.S. de la J., multa de dos (2) SMLMV, por la inasistencia sin justa causa a dicha diligencia.

El 8 de octubre de 2019<sup>8</sup> y el 14 de enero de 2020<sup>9</sup> se llevaron a cabo las audiencias de pruebas de que trata el artículo 181 del CPACA, se dejó en firme la multa impuesta al abogado Hermann Enrique Ojeda Acosta, se escucharon los testimonios decretados y se surtió la contradicción del dictamen aportado al proceso. En la última audiencia se declaró finalizada la etapa probatoria y se concedió a las partes el término de diez (10) días para que alegaran de conclusión por escrito, sin oposición de las partes.

#### IV.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

##### 1.- Parte demandante

El apoderado judicial de la parte demandante con memorial radicado el 24 de enero de 2020<sup>10</sup> resalta que las entidades accionadas son responsables por los daños generados con la muerte de la señora María Stella Cortés Justinico, derivada de la falla del servicio en la prestación de los servicios médicos y asistenciales de salud de los cuales era reclamante porque surgieron fallas administrativas del Sistema de Salud del Régimen Subsidiado del Distrito

<sup>7</sup> Folios 538 a 540 c. 4

<sup>8</sup> Folios 572 a 574 c. 4

<sup>9</sup> Folio 659 a 660 c. 4

<sup>10</sup> Folios 664 a 683 c. 4

Capital que condujeron a la muerte de la paciente por una tardía atención médico- hospitalaria, pese a advertirse que su condición de salud daba sospecha fundada de un tipo de cáncer, como en efecto se determinaría de forma extemporánea.

Explica que la demora no solo fue en la atención médica de las instituciones hospitalarias, sino en la gestión administrativa para ordenar la práctica de los exámenes pertinentes y los tratamientos adecuados por la misma desorganización del sistema público de salud del régimen subsidiado y que negaron a la paciente un tratamiento adecuado y oportuno.

Del dictamen pericial aportado y rendido por el Dr. Juan Carlos Ayala Acosta se evidenció que la historia clínica de la paciente y los antecedentes médicos puestos de presente revelan un permanente sangrado rectal, así como pérdida de peso, además de otros síntomas que permitían con sana lógica inferir una patología de mayor gravedad. Se descubrió por parte del perito que las líneas de tiempo en los episodios de atención de la paciente no son adecuados y que existen una serie de hallazgos médicos que debieron ser advertidos oportunamente y atendidos de manera prioritaria por la gravedad que revestían.

Insiste en que las demoras en los trámites administrativos de las autorizaciones requeridas para los exámenes fueron la causa directa en la detección tardía del cáncer que posteriormente llevó a la muerte de la señora María Stella Cortés Justinico.

Solicita con esto, se acceda a las pretensiones de la demanda sobre los perjuicios que la muerte de la señora María Stella Cortés Justinico causó en el demandante Luis Leonardo Castillo, pues siendo su único hijo padeció gran sufrimiento ante dicho deceso.

## **2.- Parte demandada- EPS Capital Salud**

El apoderado de esta entidad expone con memorial del 24 de enero de 2020<sup>11</sup> que se deben negar las pretensiones de la demanda ya que las supuestas acciones u omisiones motivantes del presente medio de control son ajenas y, por consiguiente, no imputables a la EPS Capital Salud.

<sup>11</sup> Folio 684 a 693 c. 4

De lo probado en el expediente, explica que no se acreditó que en el trámite de traslado de Humana Vivir EPS a EPS Capital Salud, en su afiliación y registro la entidad demandada hubiera dejado de cumplir sus deberes de vigilancia y control consagrados en el artículo 6 del decreto 2462 de 2013.

Tampoco existe prueba de las veces en que se negó la atención médica a la señora María Stella Cortés Justinico por parte de la Unidad Médico Quirúrgica Granadina y Hospital de Kennedy por las circunstancias que reseña el demandante. Por el contrario, se encuentra acreditado que desde el 9 de marzo de 2012 fue atendida por sus dolencias por parte del Hospital de Bosa II Nivel, sin embargo el 12 de marzo de 2012 la paciente se negó a continuar con su tratamiento y solicitó la salida voluntaria de su hospitalización, con lo que rechazó el tratamiento ofrecido por dicho hospital, época donde hubiera sido oportuno el tratamiento médico a su patología que terminó en un cáncer no diagnosticado.

En respuesta a un derecho de petición, el 23 de agosto de 2012 se le comunicó a la paciente que se encontraba con afiliación activa con ficha de Sisben 1780583 y nivel 1 y que estaba retirada de la EPS HUMANA VIVIR, por lo que ninguna gestión ya debía efectuarse frente a dicha EPS. Con esto, demuestra que se le brindó a la paciente la información necesaria sobre las rutas que debía seguir para acceder a una atención médica, aunado a que se le remitieron los soportes de afiliación.

Ahora, de la revisión de la liquidación de afiliados LMA de ADRES se evidenció que la EPS HUMANA VIVIR soltó la afiliación de la señora María Stella Cortés Justinico en junio de 2012, razón por la cual no aparecía en BDUA como afiliada de la EPS Capital Salud, a pesar de que su traslado acaeció en enero de 2012. Las razones de dicha circunstancia no pueden ser clarificadas porque dicha EPS no fue vinculada a este proceso.

Recalca la entidad demandada que, en su base de datos la información estaba actualizada y además se envió la novedad a la BDUA, sin embargo la EPS HUMANA VIVIR no permitió en su momento el traslado ya que en la liquidación mensual de afiliados, ellos aún tenían en sus registros de afiliación a la paciente. Pese a estas vicisitudes, recuerda que en sentencia T-760 de 2008 la Corte Constitucional ha dicho que las novedades sobre la condición del afiliado en ningún caso podrán afectar la continuidad de la prestación de los

servicios de salud y que la atención de urgencias debe brindarse de inmediato y sin ningún tipo de condicionante.

Esto evidencia además que, los hospitales de Kennedy y El Tunal debían atender a la paciente con el solo certificado de afiliación, sin embargo la manifestación del accionante de que esta fue negada no se demostró además porque dichas entidades no se vincularon al presente medio de control.

Frente a las autorizaciones para los exámenes TAC, ENDOSCOPIA y COLONOSCOPIA ordenados en marzo de 2012, se observa que la paciente nunca radicó ante la EPS Capital Salud las autorizaciones ni tampoco hizo mención de las mismas en petición del 9 de agosto de 2012 radicado ante la entidad, la paciente nunca mencionó que tenía órdenes medicas pendientes por tramitar y además con su solicitud de salida voluntaria el 12 de marzo de 2012 de la hospitalización en la que se encontraba en el Hospital de Bosa II Nivel retrasó su diagnóstico temprano y su tratamiento oportuno.

En ese sentido, explica que la falta de oportunidad no puede predicarse por una presunta demora en el actuar de las entidades demandadas, toda vez que de la lectura de la historia clínica de la señora María Stella Cortés Justinico se observa que cuando ingresó al Hospital de Kennedy para recibir atención médica, ésta ya tenía un cuadro de dos años con deposiciones diarreicas y pérdida de peso, lo que lleva a concluir que la paciente debió consultar al médico incluso desde el año 2011.

Por otro lado, evidencia la entidad, que la afirmación hecha por el perito Dr. Ayala respecto a que desde la realización de una ecografía hasta una valoración médica hay un lapso de 5 meses por "demoras administrativas" no tiene sustento probatorio pues dicho profesional no encuentra notas médicas en todo ese lapso de tiempo, por lo que sin soportes sería erróneo concluir una falla administrativa. A la misma conclusión se llega cuando se observan las autorizaciones emitidas por la EPS Capital Salud para la realización de los exámenes que requería la paciente, por lo que no se advierte una demora en el trámite.

Por lo anterior, colige que la EPS Capital Salud actuó con la diligencia y cuidado que se le solicitaba y no podía atribuírsele un resultado cuando realizo todas las gestiones necesarias para que la paciente tuviera su atención en salud, fue afiliada y su afiliación no fue condicionada por parte de la EPS

Capital Salud, fue atendida en los hospitales de la red y las presuntas negaciones no vinieron de la entidad demandada, es decir, las actuaciones que incidieron negativamente en la salud de la paciente fueron ajenas a la entidad quien en todo caso autorizó todo servicio conforme a la normativa y las órdenes médicas que a la paciente se le iban emitiendo.

En ese sentido, solicita se nieguen las pretensiones de la demanda, al no tener estas sustento factico y probatorio.

### **3.- Secretaría Distrital de Salud de Bogotá**

Con memorial del 4 de febrero de 2020<sup>12</sup> esta entidad radicó sus alegatos de conclusión y solicitó se nieguen las pretensiones de la demanda por las siguientes razones:

La Secretaría Distrital de Salud de Bogotá no es la persona jurídica indicada para responder por los daños que se le imputan, estas carecen de fundamento factico, juridico legal y probatorio, pues la entidad no tuvo participación directa ni indirecta en los hechos que generan la presente demanda. Se evidencia la inexistencia de un nexo causal entre el presunto daño irrogado al actor y la acción u omisión del ente territorial, toda vez que la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá no tuvo participación alguna en los hechos relacionados en la demanda y no es la persona que brindó los servicios médicos a la señora María Stella Cortés Justinico, así como tampoco la encargada de adelantar ningún trámite con relación a la autorización de procedimientos.

Resalta que quien prestó los servicios de salud a esa persona fue el Hospital de Kennedy, entidad que debería atender las endiligaciones presentadas con la demanda.

En lo que tiene que ver con los trámites administrativos relacionados con los procedimientos y los exámenes ordenados y practicados a la señora María Stella Cortés Justinico previo a su deceso, explica que tampoco existe nexo de causalidad pues los trámites, como transcripciones, autorizaciones y demás son competencia de la EPS Capital Salud, quien en el momento tenía la responsabilidad de tramitar las autorizaciones requeridas para que el prestador brindara de manera oportuna los servicios de salud.

<sup>12</sup> Folio 696 a705 del c. 4

Así las cosas esta entidad reitera que no debe asumir las imputaciones que se le endilgan por cuanto los presuntos hechos sucedieron en locaciones distintas a sus dependencias, que si bien es cierto la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá es la garante dentro del sistema y la encargada de dirigir y conducir la salud en el Distrito Capital, esta no tiene la obligación de responder por las obligaciones que asuman las EPS o las instituciones prestadoras de servicios de salud IPS y en consecuencia reparar los eventuales daños que se causen por acciones u omisiones de estas.

Coadyuva lo anterior, poniendo de presente que el artículo 31 de la Ley 1122 de 2007 "Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones" de forma taxativa prohíbe a esta entidad demandada prestar servicios asistenciales de salud.

## CONSIDERACIONES

### 1.- Competencia

Este Juzgado tiene competencia para conocer esta acción porque así lo determinan los artículos 140, 155 numeral 6, 156 numeral 6° y 164 numeral 2 letra i), del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

### 2.- Problema Jurídico

Al Juzgado le corresponde establecer si la **EPS CAPITAL SALUD** y la **SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD DE BOGOTÁ** deben asumir la responsabilidad patrimonial derivada de los perjuicios sufridos por el demandante con ocasión de la presunta falla en la prestación del servicio médico que condujo a la muerte de la señora María Stella Cortés Justinico.

### 3.- Presupuestos de la responsabilidad

Con relación a la responsabilidad del Estado, la Carta Política de 1991 produjo su "constitucionalización" al erigirla como garantía de los derechos e intereses de los administrados y de su patrimonio, sin distinguir su condición, situación o interés.

De lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución, cláusula general de responsabilidad extracontractual del Estado, se desprende que ésta tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado y la imputación del mismo a la administración pública, tanto por su acción como por su omisión, ya sea atendiendo a los criterios de falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional o cualquier otro.

En síntesis, la responsabilidad extracontractual del Estado se configura con la demostración del daño antijurídico y de su imputabilidad a la Administración.

El daño consiste en el menoscabo del interés jurídico tutelado y la antijuridicidad del mismo en que ese daño no debe ser soportado por el administrado, ya sea porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o, porque es "irrazonable" sin depender "de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración."<sup>13</sup>

La imputación no es otra cosa que la atribución fáctica y jurídica que del daño antijurídico se hace al Estado, de acuerdo con los criterios que se elaboren para ello, como por ejemplo la falla del servicio, el desequilibrio de las cargas públicas - daño especial, la concreción de un riesgo excepcional, o cualquiera otro que permita hacer la atribución en el caso concreto, 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 (...)"<sup>14</sup>.

Finalmente, debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede ser concebida simplemente como una herramienta destinada 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.

<sup>13</sup> Consejo de Estado- Sentencia de 23 de septiembre de 2009, Exp. 17.986.

<sup>14</sup> Consejo de Estado- Sentencia de 7 de octubre de 2009. Exp. 35656.

#### **4.- Régimen de imputación derivado de la actividad médica**

Ahora bien, en cuanto al régimen de responsabilidad derivado de la actividad médica, en casos como el presente, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha establecido que el régimen aplicable es el de falla del servicio, realizando una transición entre los conceptos de falla presunta a falla probada, en la actualidad la posición consolidada del Consejo de Estado en esta materia la constituye aquella según la cual es la falla probada del servicio el fundamento bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria.<sup>15</sup>

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.”<sup>16</sup>

Cuando la falla probada en la prestación del servicio médico y hospitalario se funda en la “*lesión al derecho a recibir atención oportuna y eficaz*”, se debe observar que ésta produce como efecto la vulneración de la garantía constitucional que recubre el derecho a la salud, especialmente en lo que hace referencia al respeto del principio de integridad en la prestación de dicho servicio, el cual según el precedente jurisprudencial constitucional indica que:

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

<sup>15</sup> Consejo de Estado – Sección Tercera, sentencia de 12 de mayo de 2011, Exp. 19.835.

<sup>16</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Tercera- Subsección C, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Bogotá, D.C., 2 de mayo de 2018. Rad. 68001-23-31-000-2000-02504-01(39038) Actor: José Antonio Hernández Camacho Y Otro Demandado: Caja Nacional De Previsión Social - Cajanal Y Otros Referencia: Acción De Reparación Directa- Apelación Sentencia.



impacto negativo reducido de manera significativa para la persona eventualmente afectada.”<sup>17</sup>

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

“todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud”<sup>18</sup>

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<sup>19</sup>, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente<sup>20</sup> o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud.”<sup>21</sup>

En ese sentido, la Sala ha manifestado en decisiones precedentes que dicha falla se circunscribe a una consideración básica:

<sup>17</sup> Corte Constitucional, sentencia T-104 de 2010.

<sup>18</sup> Corte Constitucional, sentencia T-1059 de 2006

<sup>19</sup> “Que comprende, a su vez, diversas obligaciones: a) de habilidad y diligencia, referida la primera a aquellos supuestos en los que produzca un daño antijurídico como consecuencia de un diagnóstico, intervención o atención médica en un campo para el que el profesional, o la institución médica no tenga la aptitud o el personal idóneo en la especialidad necesaria, o de no consultar con un especialista, o de incumplirse el deber de aconsejar la remisión del paciente; b) obligación de medio técnicos, consistente en la existencia del material adecuado “para que el trabajo a realizar pueda efectuarse en condiciones normales de diagnóstico y tratamiento”; así como en el “mantenimiento en correcto estado de funcionamiento de los aparatos”, ámbito en el que cabe incluir la profilaxis necesaria, y; c) obligación de continuidad en el tratamiento”. FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. Sistema de responsabilidad médica., ob., cit., pp.257 a 269.

<sup>20</sup> En este sentido se ha pronunciado la Corporación, entre otras, en la sentencia T- 136 de 2004.

<sup>21</sup> Corte Constitucional, sentencias T- 1059 de 2006; T- 062 de 2006; T- 730 de 2007; T- 536 de 2007; T- 421 de 2007



"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 jurídica total (...) Por tanto, aquel deber jurídico principal supone la presencia de otros deberes secundarios de conducta, como los de diagnóstico, información, recepción de la voluntad jurídica del enfermo – llamada comúnmente consentimiento del paciente-, prescripción, guarda del secreto profesional, satisfacción del plan de prestación en su integridad (actividad que supone no abandonar al enfermo y cuidar de él hasta darlo de alta)"<sup>22</sup>

## 5.- Pérdida de oportunidad

Así entonces, siendo la responsabilidad del Estado por la prestación del servicio de salud de naturaleza subjetiva, es carga de la parte demandante probar la falla del servicio, al igual que el nexo de causalidad entre la acción u omisión de la Administración y el daño antijurídico<sup>23</sup>.

Tratándose de la defectuosa prestación del servicio médico, el daño no siempre consiste en la afectación física o de las condiciones de salud del paciente, las que en no pocos eventos resultan afectadas o en riesgo con ocasión de la patología que determina al paciente a acudir en procura de atención médica o como consecuencia inherente al tratamiento indicado. En tales eventos, lo que se reprocha a título de daño no es la pérdida de la salud o eventualmente de la vida del afectado, sino la pérdida de la oportunidad de recuperación, esto es, que se prive al paciente del tratamiento idóneo que en condiciones acordes con la *lex artis* le hubiera generado una mayor probabilidad de éxito frente a su enfermedad.

En la pérdida de oportunidad el daño antijurídico no deriva del hecho mismo de la lesión física, de la secuela fisiológica o la muerte, sino del hecho consistente en que se prive al paciente del suministro del tratamiento o cuidado disponible que mayor beneficio le pueda reportar o que traiga aparejadas las mayores posibilidades de recuperación.

Según lo sostenido en recientes pronunciamientos del Consejo de Estado, para que se configure la pérdida de oportunidad es necesario verificar la concurrencia de tres elementos: i) Falta de certeza o aleatoriedad del resultado

<sup>22</sup> Sección Tercera, sentencia de 18 de febrero de 2010. Exp. 17655.

<sup>23</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de: 19 de febrero de 2009, exp. 16080, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; del 18 de febrero de 2010, exp. 20536, C.P. Mauricio Fajardo Gómez y del 9 de junio de 2010, exp. 18683, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, entre otras

esperado, es decir, la incertidumbre respecto a si el beneficio o perjuicio se iba a recibir o evitar; ii) certeza de la existencia de una oportunidad; iii) certeza de que la posibilidad de adquirir el beneficio o evitar el perjuicio se extinguió de manera irreversible para la víctima. Sobre el alcance de cada uno ha dicho la jurisprudencia<sup>24</sup>:

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

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

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

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

<sup>24</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 5 de abril de 2017, exp. 25706, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.



alcanzado, el "chance" aún no estaría perdido y, entonces, no habría nada por indemnizar."

En lo tocante a la imputación, por virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, ratificado por Colombia<sup>25</sup>, los estados signatarios reconocen "el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental", garantía que la Carta Política de 1991 tradujo en el deber estatal de garantizar el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Ese derecho social no solo se interpreta como la posibilidad formal de acceder a esa clase de servicios, sino a que estos se presten de manera eficiente, digna, responsable, diligente y de acuerdo con la *lex artis*; lo que debe traducirse en que a quien en evidentes condiciones de debilidad, derivadas de la enfermedad que lo aqueja, acude en procura del servicio, se le brinde una atención de calidad que le permita tener las mejores expectativas de recuperar la salud.

Esa interpretación no supone una obligación de resultado para el prestador del servicio, sino que debe comprenderse como la garantía del paciente a obtener la atención en las mejores condiciones disponibles, bajo el entendido de que quien acude en busca de un servicio médico confía en que será tratado de manera adecuada.

Por otra parte, en relación con la carga de la prueba tanto de la falla del servicio como del nexo causal, el Consejo de Estado ha dicho que corresponde, en principio, al demandante, en los siguientes términos:

"La responsabilidad estatal por fallas en la prestación del servicio médico asistencial no se deriva simplemente a partir de la sola constatación de la intervención de la actuación médica, sino que debe acreditarse que en dicha actuación no se observó la *lex artis* y que esa inobservancia fue la causa eficiente del daño. Esa afirmación resulta relevante porque de conformidad con lo previsto en el artículo 90 de la Constitución, el derecho a la reparación se fundamenta en la antijuridicidad del daño, sin que sea suficiente verificar que la víctima o sus beneficiarios no estaban en el deber jurídico de soportarlo para que surja el derecho a la indemnización, dado que se requiere que dicho daño sea imputable a la administración, y sólo lo será cuando su intervención hubiera sido la causa eficiente del mismo (subrayado no original).

(...)"

En varias providencias proferidas por la Sala se consideró que cuando fuera imposible demostrar con certeza o exactitud la existencia del nexo causal, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y

<sup>25</sup> Ley 74 de 1968

tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que probaran dicha relación, el juez podía "contentarse con la probabilidad de su existencia", es decir, que la relación de causalidad quedaba probada cuando los elementos de juicio que obraran en el expediente conducían a "un grado suficiente de probabilidad", que permitían tenerla por establecida.

De manera más reciente se precisó que la exigencia de "un grado suficiente de probabilidad", no implica la exoneración del deber de demostrar la existencia del vínculo causal entre el daño y la actuación médica, que haga posible imputar responsabilidad a la entidad que presta el servicio, sino que esta es una regla de prueba, con fundamento en la cual el vínculo causal puede ser acreditado de manera indirecta, mediante indicios.

Así la Sala ha acogido el criterio según el cual para demostrar el nexo de causalidad entre el daño y la intervención médica, los indicios se erigen en la prueba por excelencia, dada la dificultad que en la mayoría de los casos se presenta de obtener la prueba directa. Indicios para cuya construcción resulta de utilidad la aplicación de reglas de la experiencia de carácter científico, objetivo o estadístico, debidamente documentadas y controvertidas dentro del proceso."

#### 6.- Asunto de fondo

El problema jurídico que se plantea al Despacho consiste en determinar si la **EPS CAPITAL SALUD** y la **SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD DE BOGOTÁ**, son administrativa y extracontractualmente responsables por la presunta falla en la prestación del servicio médico que se les atribuye y que según la parte demandante ocasionó la muerte de la señora María Stella Cortés Justinico.

Los reproches que se formulan por el demandante en contra de los entes demandados se contraen a: **i)** la presunta demora administrativa en hacer efectivo el traslado de la EPS Humana Vivir a la EPS Capital Salud de la paciente María Stella Cortés Justinico y **ii)** la negativa en brindarle los servicios de salud por parte del Hospital Kennedy, así como el errado diagnóstico y omisión de ordenar los exámenes médicos adecuados por parte del Hospital El Tunal frente a su enfermedad.

De las pruebas allegadas al proceso, encuentra el Despacho como relevantes sobre el traslado de EPS de la señora María Stella Cortés Justinico, las siguientes:

-. Solicitud del 20 de abril de 2012<sup>26</sup> radicada por la señora María Stella Cortés Justinico ante la Superintendencia Nacional de Salud en la cual manifiesta que padece de un grave cuadro de salud y en atenciones en el Hospital el

<sup>26</sup> Folio 140 c. 1

Tunal le informaron que necesitaba realizarse de urgencia un TAC de abdomen, una colonoscopia y una endoscopia, así como la necesidad de ser trasladada a un hospital de III Nivel.

Explica que se acercó a Humana Vivir para que le entregaran autorización de los exámenes, sin embargo la entidad no le dio trámite a su solicitud. El día 12 de abril de 2012 se acercó al Hospital de Kennedy por urgencias pero no la atendieron con su carné de Humana Vivir porque esta EPS adeudaba una alta suma de dinero, la misma información le otorgaron en el Hospital El Tunal.

Ante esta situación y dado su estado de salud acudió a la Superintendencia de Salud para que se retirara su afiliación de Humana Vivir y se efective su traslado a la EPS Capital Salud.

-. Respuesta del 23 de agosto de 2012<sup>27</sup> de la EPS Capital Salud a la señora María Stella Cortés Justinico donde le informó que su estado de afiliación se encontraba ACTIVO, y que en consulta en la base de datos única de afiliados-BUDA aparece como en estado retirado de la EPS Humana Vivir. Explicó también que los servicios médicos de primer nivel serán ofrecidos en la Unidad Médico Quirúrgica Granadina, los servicios de segundo y tercer nivel en la red de IPS públicas. Aclaró que los servicios serán garantizados previa autorización de la EPS Capital Salud.

-. Certificación del 12 de septiembre de 2012<sup>28</sup> donde la EPS Capital Salud afirma que la señora María Stella Cortés Justinico se encuentra en su base de datos del régimen subsidiado desde el 2 de enero de 2012.

-. En consulta del sistema del Fondo de Solidaridad y garantía en Salud-FOSYGA del 12 de septiembre de 2012<sup>29</sup> se brinda la información de la afiliada María Stella Cortés Justinico donde se especifica que se encuentra retirada de la EPS Humana Vivir.

-. El Juzgado 54 Civil Municipal de Bogotá D.C., conoció de la tutela impetrada por la señora María Stella Cortés Justinico en contra de la EPS Capital Salud, y con sentencia del 26 de septiembre de 2012 tuteló el derecho fundamental a la salud de la accionante. Dentro de las consideraciones expuso:

---

<sup>27</sup> Folio 143 c. 1

<sup>28</sup> Folio 144 c. 1

<sup>29</sup> Folio 145 c. 1

- “1.- Que efectivamente la señora MARÍA STELLA CORTES JUSTINIANO (sic), fue debidamente encuestada y por ello clasificada en el Nivel 1 de SISBEN.
- 2.- Que se encuentra afiliada a la EPS-S CAPITAL SALUD.
- 3.- Que no se a (sic) registrado en la BDUA.
- 4.- Qué CAPITAL SALUD EPS-S, por ser la autoridad competente debió registra (sic) a la señor (sic) MARÍA STELLA CORTES JUSTINIANO (sic) a la base de datos única de filiados (sic) BDUA-FOSYGA.

Siendo así las cosas, sobradamente se demostró que si bien es cierto que la señora MARÍA STELLA CORTES JUSTINIANO (sic), aparece vinculada a CAPITAL SALUD EPS-S y cuenta con carnet, no menos es cierto, que ella no aparece inscrita en la BASE DE DATOS ÚNICO DE AFILIADOS- BDUA-circunstancia que le impide el acceso al servicio médico en la IPS primaria asignada (...) inscripción que debió realizar la EPS CAPITAL SALUD, así como indica la secretaria de salud, al igual que el literal d Resolución 216 de 2011 del Ministerio de la Protección Social.”<sup>30</sup>

-. En cumplimiento a lo anterior, la Secretaría de Salud de Bogotá, con oficio No. 156177 del 11 de octubre de 2012<sup>31</sup> le solicitó al representante legal de la EPS Capital Salud que proceda a registrar la señora María Stella Cortés Justinico en la base de datos única de afiliación- BDUA-FOSYGA y que brinde el tratamiento médico que requiera.

Ahora bien, partiendo de las imputaciones realizadas por la parte actora relativas a la demora en la atención médica, se resaltan como anotaciones relevantes de la Historia clínica de la señora María Stella Cortes Justinico, las siguientes:

-. Sobre las atenciones brindadas en el Hospital El Tunal se anexó copia de una hoja de la historia clínica del 13 de marzo de 2013, en la que se informa el estado actual de la paciente así: “*EN CONSULTA ANTERIOR SE HABÍA SOLICITADO EVDA POR DISPEPSIA- COLONOSCOPIA POR ANEMIA- LAB POR HALLAZGOS DE NEFROPATÍA CRÓNICA OBSTRUCTIVA. SE REVISÓ EVDA- DRA DUELAS: CANDIDIASIS ESOFÁGICA- GASTRITIS CRÓNICA ATROFICA- BX GÁSTRICA, GASTRITIS CÓNICA FOLICULAR NO ACTIVA- ATROFIA Y METAPLASIA INTESTINAL- H PYLORI NEGAT. COLONOSCOPIA- DRA. DUELAS- IDIME EXAMEN HATA ÁNGULO HEPÁTICO DEL COLON SIN LESIONES ENDOLUMINALES (...)*”<sup>32</sup>

-. En la historia clínica del Hospital de Kennedy III Nivel se observa atención de urgencias del 11 de junio de 2013<sup>33</sup> a la señora María Stella Cortés Justinico, con “*hemorragia gastrointestinal*”.

<sup>30</sup> Folio 153 c. 1

<sup>31</sup> Folio 147 c. 1

<sup>32</sup> Folio 163 c. 1

<sup>33</sup> Folio 17 c. 1



- En Epicrisis de fecha 10 de julio de 2013 se anotó en las condiciones de ingreso de la paciente: *"paciente con traslado lrio con cuadro de dos años de evolución consistente en deposiciones diarreicas (...) asociadas a cuadro de dolor abdominal en mesogastrio malestar general, niega febriles, hace 6 meses valorada en hospital San Carlos y San José (...)"*<sup>34</sup>, luego de realizar exámenes clínicos se considera manejo por UCI.

- El 12 de julio de 2013 el informe quirúrgico por parte del Hospital de Kennedy consignó los siguientes hallazgos: *"peritonitis purulenta de 4 cuadrantes, isquemia de intestino delgado desde los 15 cm del treizt hasta la unión ileocecal con parches de necrosis, masa tumoral a nivel de ciego y del colon ascendente irregular perforada de aproximadamente 30\*20 cm adherida a planos profundos"*<sup>35</sup>.

- En historia clínica de egreso de cuidados intensivos del 18 de julio de 2013 se consignó: *"PACIENTE QUIEN A LAS 13:00 HORAS PRESENTA BRADICARDIA E HIPOTENSIÓN SOSTENIDA CONTINUA CON SEVERA HIPOPERFUSIÓN GENERALIZADA NO HAY ASISTENCIA RESPIRATORIA, SE MANTIENE CON SEDO ANALGESIA PALIATIVA DE CONTROL DE SUFRIMIENTO Y DOLOR. LA PACIENTE PRESENTA A LAS 13:10 HORAS BRADICARDIA EXTREMA NO SE REGISTRAN CIFRAS TENSIONALES Y POSTERIORMENTE ASISTOLIA. DADAS LAS CONDICIONES CRÍTICAS DE LA PACIENTE SIN PRONOSTICO VITAL POR JUNTA MEDICO QUIRÚRGICA NO POR INDICACIÓN DE LA FAMILIA SE DECIDE NO REALIZAR MANIOBRAS DE REANIMACIÓN. SE DECLARA FALLECIDA A LAS 13:10 HORAS."*<sup>36</sup>.

También se anexó el dictamen pericial<sup>37</sup> realizado por el médico Dr. Juan Carlos Ayala Acosta respecto de la historia clínica de la señora María Stella Cortés Justinico. Luego de hacer un resumen de la historia clínica de la paciente saca algunas conclusiones de las que se resaltan:

*"Transcurren 5 meses desde la ecografía hasta una valoración médica, demora no explicada, tal vez por demoras administrativas, no obstante, en la historia clínica no se encuentran notas médicas en todo este lapso, no se encuentran las valoraciones en donde se ordenó estos exámenes"*<sup>38</sup>.

(...)

Es de anotar que la paciente en marzo de 2012, se manejó de forma adecuada en el Hospital de Bosa, se sospechó a partir del sangrado digestivo y el síndrome anémico secundario, la presencia de una neoplasia de colon, se solicitó y se ordenó los estudios diagnósticos para su sangrado

<sup>34</sup> Folio 18 c. 1

<sup>35</sup> Folio 25 c. 1

<sup>36</sup> Folio 79 c. 1

<sup>37</sup> Folio 579 c. 4

<sup>38</sup> Folio 602 c. 4

digestivo como son Endoscopia digestiva alta y baja (colonoscopia) así como el tac de abdomen, sin embargo, **la paciente rechazó este manejo y solicitó salida voluntaria el día 12/03/2012**<sup>39</sup>.

El impacto de esa decisión en su salud fue importante, toda vez que si, en esa hospitalización se hubieran completado los exámenes propuestos, seguramente el diagnóstico temprano de carcinoma de colon se hubiera logrado y, por ende, el manejo también se hubiera instaurado oportunamente.

Si, existen demoras para la realización de los exámenes, solicitados durante su hospitalización en marzo de 2012, con la salvedad que se perdió la oportunidad de hacerse los mismos en marzo de ese año. La consecución de exámenes es más eficiente en paciente hospitalizado que de forma ambulatoria<sup>40</sup>.

(...)

Ya en el desenlace final, es esperable dados los hallazgos quirúrgicos que confieren una alta tasa de mortalidad cercana al 70% en promedio.”

La parte actora imputa a las entidades demandadas Secretaría Distrital de Salud de Bogotá y EPS Capital Salud la demora en la atención médica de la señora María Stella Cortés Justinico. Por un lado, según el actor, debido a la lentitud en los trámites administrativos dirigidos al cambio de EPS y por otro, la atención tardía y diagnóstico erróneo de los hospitales que la atendieron, lo que según la demanda fue la causa de su deceso.

Específicamente alega **i)** la presunta demora administrativa en hacer efectivo el traslado de la EPS humana vivir a la EPS Capital Salud de la paciente María Stella Cortés Justinico y **ii)** la negativa en brindarle los servicios de salud del Hospital Kennedy, así como el errado diagnóstico y omisión de brindar los exámenes médicos adecuados por parte del Hospital El Tunal frente a su enfermedad.

En su defensa, informa la entidad demandada **EPS CAPITAL SALUD** que realizó los procedimientos y gestiones necesarias con el fin de brindar el acceso al servicio de salud y atención completa a la señora María Stella Cortés Justinico. Solicita se tenga en cuenta que la condición de salud de la paciente ya venía grave incluso antes de su afiliación a la EPS, y fue decisión de la paciente abandonar el tratamiento que se había ofrecido cuando se encontraba afiliada a la EPS Humana Vivir.

Respecto de la autorización de exámenes médicos afirma la entidad que el servicio fue oportuno, conforme fueron radicadas por la accionante y que en lo

<sup>39</sup> Folio 603 c. 4

<sup>40</sup> Folio 604 c. 4

que tiene que ver con el diagnóstico acertado o no, reitera que no es de su competencia, ya que le corresponde a las IPS's tal función.

De la misma forma, la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá alega una falta de nexo causal entre el daño alegado y las actividades desplegadas por esta entidad conforme a sus funciones, de las que no se desprende la obligación de prestar el servicio de salud que se imputa como inoportuno.

Frente a situaciones fácticas similares a las que se observan en el *sub lite*, el Consejo de Estado ha sostenido que en este tipo de procesos corresponde a la parte actora "acreditar los supuestos de hecho que estructuran los fundamentos de la misma; es decir, debe demostrar el daño, la falla en la prestación del servicio médico y la relación de causalidad entre estos dos elementos". En efecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha indicado que:

"En relación con la responsabilidad del Estado por la prestación del servicio médico de salud, corresponde a la parte actora acreditar los supuestos de hecho que estructuran los fundamentos de la misma; es decir, debe demostrar el daño, la falla en la prestación del servicio médico hospitalario y la relación de causalidad entre estos dos elementos, para lo cual puede valerse de todos los medios probatorios legalmente aceptados, entre los cuales cobra particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño ocasionado, ya que sin la concurrencia de estos elementos no se logra estructurar la responsabilidad administrativa"<sup>41</sup>.

Sin embargo, también ha sostenido que como la Constitución Política de 1991 no privilegió ningún régimen de responsabilidad extracontractual en particular, tampoco podía la jurisprudencia establecer un único título de imputación a aplicar a eventos que guarden ciertas semejanzas fácticas entre sí, ya que éste puede variar en consideración a las circunstancias particulares acreditadas dentro del proceso y a los parámetros o criterios jurídicos que el juez estime relevantes dentro del marco de su argumentación.<sup>42</sup>

En lo que se refiere al derecho de daños, como se dijo previamente, se observa que el modelo de responsabilidad estatal establecido en la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez la labor de definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una

<sup>41</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 23 de julio de 2014. M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Exp. 32600

<sup>42</sup> Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de 19 de abril de 2012, exp. 21515, C.P. Hernán Andrade Rincón, reiterada en la sentencia de 23 de agosto de 2012, exp. 23219, C.P. Hernán Andrade Rincón.

motivación que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas, que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción contenciosa ha dado cabida a diversos "títulos de imputación" como una manera práctica de justificar y encuadrar la solución de los casos puestos a su consideración, desde una perspectiva constitucional y legal, sin que ello signifique que pueda entenderse que exista un mandato constitucional que imponga al juez la obligación de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas un determinado y exclusivo título de imputación.

Teniendo en cuenta lo expuesto, el Despacho debe circunscribirse a la realidad probatoria para determinar si la demandada debe responder por los daños que se le endilgan.

A partir de lo que se acreditó en el proceso, el Despacho estima que evidentemente, mediante exámenes de laboratorio y atenciones por parte del Hospital de Kennedy y el Hospital El Tunal la muerte de la señora María Stella Cortés Justinico se debió al estadio tan avanzado de su enfermedad- cáncer de colon.

Con lo anterior se encuentra acreditado el daño alegado, por lo que le corresponde al Despacho determinar si es imputable a las entidades demandadas.

Empezando por el traslado de EPS que solicitó la señora María Stella Cortés Justinico de la EPS Humana Vivir a la EPS Capital Salud y del que alega el actor una demora injustificada, se probó en el plenario que, el cambio se solicitó desde el primer mes del año 2012, lo que se corrobora en certificación del 12 de septiembre de 2012<sup>43</sup> expedida por la EPS Capital Salud donde afirma que la señora María Stella Cortés Justinico se encuentra en su base de datos del régimen subsidiado desde el 2 de enero de 2012.

Pese a que desde ese mismo momento se debió garantizar la prestación del servicio de salud a la señora María Stella Cortés Justinico, alega el accionante que le fue negada porque dicho traslado no se había hecho efectivo en las bases de datos de las entidades.

---

<sup>43</sup> Folio 144 c. 1

Dicha aseveración se verifica cuando la paciente, al evidenciar la negativa de las instituciones hospitalarias en brindarle atención médica, tuvo que optar por interponer acción de tutela en contra de la EPS Capital Salud. El Juez constitucional en dicho trámite con sentencia del 26 de septiembre de 2012 tuteló el derecho fundamental a la salud de la accionante y fue enfático en soportar su decisión en que la accionante *“no aparece inscrita en la BASE DE DATOS ÚNICO DE AFILIADOS- BDUA- circunstancia que le impide el acceso al servicio médico en la IPS primaria asignada (...) inscripción que debió realizar la EPS CAPITAL SALUD, así como indica la secretaria de salud, al igual que el literal d Resolución 216 de 2011 del Ministerio de la Protección Social.”*<sup>44</sup>.

En efecto, artículo 1 de la Resolución 216 de 2011 *“Por medio de la cual se fijan mecanismos y condiciones para consolidar la universalización en el Sistema General de Seguridad Social en Salud”* señala lo siguiente:

**c) Suscripción del Formulario Único de Afiliación y Traslado.** Una vez seleccionada la EPS-S, el afiliado suscribirá el Formulario Único de Afiliación y Traslado ante la EPS incluyendo el núcleo familiar;

**d) Afiliación.** La EPS informará la novedad de afiliación al municipio y procederá a su cargue en la Base de Datos Única de Afiliados -BDUA-, en los términos establecidos en las normas vigentes.

**PARÁGRAFO.** La garantía de la prestación de los servicios de salud por parte de las EPS-S a los nuevos afiliados, iniciará el mismo día en el que se suscriba el Formulario Único de Afiliación y Traslado.”

Si bien no se cuenta con una fecha exacta de la efectivización del traslado solicitado por la señora María Stella Cortés Justinico, se tiene la certeza que dicho proceso no se llevó a cabo inmediatamente como lo señala la norma anteriormente referenciada, ya que solo hasta después del fallo de tutela, la Secretaría de Salud con oficio No. 156177 del 11 de octubre de 2012<sup>45</sup> le solicitó al representante legal de la EPS Capital Salud que procediera a registrar la señora María Stella Cortés Justinico en la base de datos única de afiliación- BDUA-FOSYGA y que le brindara el tratamiento médico que requiera.

No es de recibo la manifestación hecha por la EPS Capital Salud respecto a que no tiene responsabilidad sobre los hechos porque la demora en que el traslado se hiciera efectivo se debió a que la EPS Humana Vivir *“soltó la afiliación”*<sup>46</sup> de la señora María Stella Cortés Justinico en junio de 2012 y que por ello no aparecía en el sistema BDUA, comoquiera que dicha afirmación desconoce sus

<sup>44</sup> Folio 153 c. 1

<sup>45</sup> Folio 147 c. 1

<sup>46</sup> Folio 686 anverso c. 4

obligaciones frente a sus afiliados, con el fin de acceder a los servicios médicos y aunado a que en dicho mes, a pesar de que la EPS Humana Vivir ya permitía el traslado, solo hasta el mes de diciembre de 2012 se hizo efectivo, luego de una orden impartida en una sentencia de tutela.

Es verdad que no se acreditó en el plenario que durante el mes de enero a diciembre de 2012 las IPS's hubieran negado la atención médica a la señora María Stella Cortés Justinico por una presunta mora en el pago por parte de la EPS Humana Vivir, tal y como lo manifiesta el demandante, sin embargo, no es necesario hacer mayor esfuerzo en la valoración del acervo probatorio para concluir que dichas dificultades en el traslado de EPS generaron tropiezos para que la paciente fuera atendida de forma oportuna.

En ese sentido, no es viable otorgarle la carga de dicha falla a la señora María Stella Cortés Justinico, quien sea cual fuere la razón, únicamente quería cambiar de EPS y esperaba una pronta solución a su solicitud para acceder a una atención médica oportuna. Por el contrario, se acreditó que estaba a cargo de la EPS Capital Salud, luego de que la usuaria elevara la solicitud y llenara el Formulario Único de Afiliación y Traslado, la obligación de informar la novedad de afiliación al competente y cargarla en la Base de Datos Única de Afiliados -BDUA-, en los términos establecidos en las normas vigentes.

De todo lo dicho se desprende que la demora con la que actuó la EPS Capital Salud para garantizar la prestación del servicio de salud a la señora María Stella Cortés Justinico desde el momento en que fue aprobado su traslado, es decir desde el mes de enero de 2012, le restó la oportunidad de recibir un tratamiento adecuado a la enfermedad que padecía.

Con lo anterior se revela una conducta negligente y tardía por parte de la EPS aquí demandada, en la que por su actuación tardía, dejó en un alto grado de vulnerabilidad a la paciente desde el 2 de enero de 2012 (cuando esta EPS informa que se efectuó el traslado) hasta el mes de diciembre del mismo año (cuando solucionados los problemas administrativos pudo ser atendida), obligándola a soportar una carga que no estaba en el deber de tolerar. Si bien desde enero de 2012 estuvo solicitando su traslado para acceder a los servicios médicos, solo hasta el mes de diciembre de ese año, y después de una orden judicial mediante acción de tutela proferida el 26 de septiembre de 2012, le fue subsanado dicho impase en un trámite administrativo a cargo de la EPS Capital Salud.

El Consejo de Estado ha definido la figura de **pérdida de oportunidad** como “La frustración de una esperanza. En su formulación más amplia, esa esperanza está dirigida a la consecución de un resultado que pondría a la persona en una situación más favorable a la previa o la evitación de un perjuicio”<sup>47</sup>.

Dicha Corporación en varios pronunciamientos ha declarado la responsabilidad patrimonial de la Nación, en aquellos eventos en los cuales se encuentra acreditado que efectivamente, el actuar de la administración generó una pérdida real en la oportunidad que tenía una persona de recuperar su salud o de evitar un detrimento grave de la misma. Al respecto sostuvo:

“La Corporación en materia de responsabilidad médica acogió en su jurisprudencia, la tesis de la “pérdida de un chance u oportunidad”, consistente en que la falla en la prestación del servicio de salud configura responsabilidad, por el sólo hecho de no brindar acceso a un tratamiento, incluso si desde el punto de vista médico la valoración de la efectividad del mismo, muestra que pese a su eventual práctica (es decir si se hubiera practicado y no se hubiera incurrido en la falla en la prestación del servicio), el paciente no tenía expectativas positivas de mejoría.

...se deduce que se presentó efectivamente una señalada demora en la reintervención del paciente Otoniel Porras, quien pese a que presentaba un alto grado de sepsis y que necesitaba una atención inmediata, no la obtuvo, circunstancia que configuró una pérdida de obtener una atención oportuna a las complicaciones de salud que padecía, situación que sin duda implicó la afectación de su dignidad como paciente y la de su núcleo familiar<sup>48</sup>(subrayas fuera de texto original).

En relación con esta forma de imputación de responsabilidad, la Sala ha señalado que el Estado puede ser declarado patrimonialmente responsable de los daños que se deriven de la omisión en la prestación del servicio médico o de su prestación deficiente, cuando tales daños se producen como consecuencia de esa omisión o deficiencia, cuando por causa de tales deficiencias el paciente pierde la oportunidad que tenía de mejorar o recuperar su salud<sup>49</sup>.

De igual manera, consideró la Sala que son imputables al Estado los daños sufridos por los pacientes a quienes no se brinde un servicio médico eficiente y oportuno, aunque no se acredite que esas fallas hubieran generado la agravación de las condiciones de su salud, es decir, que la falla en la prestación del servicio se confunde con el daño mismo.<sup>50</sup>

<sup>47</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, subsección C, sentencia de 24 de octubre de 2013, exp. 25869, C.P. Enrique Gil Botero.

<sup>48</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 8 de junio de 2011, rad. (19360) C.P. Hernán Andrade Rincón.

<sup>49</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de abril de 2010, rad. (17725), C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>50</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de octubre de 2009, rad. 35.656, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

En sentencia del 16 de septiembre de 2011 el Consejo de Estado se pronunció así<sup>51</sup>:

“Así las cosas, resulta claro que el retardo en que incurrió el cuerpo médico del Hospital Naval de Cartagena, en el tratamiento a la lesión de nervio cubital de la mano izquierda del demandante, excluye la diligencia y cuidado con que se debió actuar para una eficaz prestación del servicio de salud.

Y, aunque no existe certeza de que aún si la demandada le hubiere dado el tratamiento oportuno, Erick Mauricio habría recuperado su salud, lo cierto es que si el centro hospitalario hubiese obrado de esa manera, esto es, con prontitud, no le habría hecho perder el chance u oportunidad de recuperarse.

Se tiene, entonces, que como el retardo de la entidad le restó oportunidades al paciente de que la lesión fuera menos grave, pues resulta importante destacar que al Infante de Marina se le practicaron tres cirugías con anterioridad a la liberación del nervio cubital, en un lapso de ocho meses, la Sala revocará la providencia recurrida y, en su lugar, declarará la responsabilidad de la parte demandada por la pérdida de la oportunidad de recuperación del paciente, la cual si tiene nexo directo con la actuación administrativa.

Además, en otro de sus fallos el Consejo de Estado afirmó que<sup>52</sup>:

“En ese orden de ideas, la Sala estima que la Administración Pública demandada está llamada a responder patrimonialmente en este proceso, pero no por la muerte de dicha persona sino **por la pérdida de la oportunidad** en recuperar su salud.

Así las cosas, para el sub examine, resulta evidente la pérdida de la oportunidad de recobrar la salud del paciente, toda vez que la omisión de la entidad demandada le restó oportunidades a la víctima de sobrevivir, puesto que -bueno es reiterarlo-, le dejó de brindar atención durante las dos primeras horas, así como no realizó la transfusión que necesitaba el paciente -pues no contaba con la suficiente cantidad de sangre- y, cuando finalmente se dio cumplimiento a dicho requerimiento, éste no pudo recobrar su salud y falleció horas después, por manera que ante un hecho evidente, como lo era la progresiva hemorragia del señor Urueña García, la entidad demandada debió, en un primer momento, brindar la atención durante esas dos primeras horas de evolución de su cuadro clínico y, en segundo término, disponer de la cantidad necesaria de sangre para transfundirlo antes de que su estado hubiere empeorado al punto de ser irreversible. Por lo tanto, la Sala declarará la responsabilidad del Hospital El Tunal III Nivel por la pérdida de la oportunidad de curación y de sobrevivir, la cual tiene relación y/o nexo directo con la actuación de dicha entidad.”

En conclusión, se ha señalado que la pérdida de oportunidad es una clase autónoma de daño, “*caracterizada porque en ella coexisten un elemento de certeza y otro de incertidumbre: la certeza de que en caso de no haber mediado el hecho dañino el damnificado habría conservado la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de*

<sup>51</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 16 de septiembre de 2011, rad. (22030), C.P. Gladys Agudelo de Ordoñez.

<sup>52</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de marzo de 2013, rad. (23632), C.P. Hernán Andrade Rincón.

*evitar una pérdida para su patrimonio y la incertidumbre, definitiva ya, en torno de si habiéndose mantenido la situación fáctica y/o jurídica que constituía presupuesto de la oportunidad, realmente la ganancia se habría obtenido o la pérdida se hubiere evitado (...)*<sup>53</sup>.

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 mayor constituye un bien jurídicamente protegido cuya afectación debe limitarse a la oportunidad en sí misma, con prescindencia del resultado final incierto, esto es, al beneficio que se esperaba lograr o a la pérdida que se pretendía eludir, los cuales constituyen rubros distintos del daño<sup>54</sup>.

En cualquier caso, es necesario que la pérdida de oportunidad sea cierta puesto que, si se trata de una posibilidad muy vaga o genérica, se estará en presencia de un daño meramente hipotético o eventual, que no resulta indemnizable.

Ahora bien, en estos eventos, en los que la falla del servicio en la que incurrió la administración redujo las probabilidades que tenía una persona de mejorar sus condiciones de salud, el Consejo de Estado ha sostenido:

“En efecto, si bien no existe certeza, acerca de si se hubiese remitido oportunamente al centro hospitalario el señor Amaya Rojas habría recuperado su salud, lo cierto es que si hubiere obrado de esa manera, esto es con la pericia y el cuidado necesario, no le habría hecho perder el chance u oportunidad de recuperarse.

(...) De suerte que lo incierto, lo que se ubica en la línea media de lo hipotético y seguro es el beneficio, el chance que podría producirse de no haber mediado la conducta del demandado, pero de lo que se tiene certeza es que la oportunidad de que se produjera ese beneficio desapareció y que desapareció por la conducta del demandado; allí se estructura la relación de causalidad.

Esa probabilidad que se frustró debe ser relativamente cierta, real. No se presenta la pérdida de oportunidad cuando existen probabilidades elevadas de que el beneficio no se obtendría, porque en esas condiciones ninguna oportunidad se habría perdido.”<sup>55</sup>

<sup>53</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 11 de agosto de 2010, exp. (18593), C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>54</sup> En el mismo sentido ver sentencia del 30 de enero de 2013, exp. 25000-2326-000-1997-14606-01 (27093), con ponencia de quien proyecta este fallo.

<sup>55</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 8 de febrero de 2012, exp. 22943, C.P.: Hernán Andrade Rincón.

De conformidad con lo expuesto, si bien es cierto no se puede afirmar que de haber sido atendida la señora María Stella Cortés Justinico en el mes de enero de 2012, se hubiera evitado su muerte, también lo es que, de habersele suministrado la atención médica requerida de forma pronta y si se le hubieran realizado los medios diagnósticos adecuados para indagar la causa de sus dolencias, ésta hubiera tenido mayor oportunidad de prolonga su vida o quizás de sobrevivir a esa enfermedad tan grave.

Por lo expuesto, el Despacho considera que en el presente asunto, el daño consistente en la muerte de la señora María Stella Cortés Justinico, no puede ser atribuido a la demandada EPS Capital Salud, pero sí el haberle hecho perder la oportunidad de ser atendida con rapidez y eventualmente recuperar en esta óptimo de salud. Por lo tanto, la demandada está en el deber jurídico de resarcir los perjuicios que de dicha pérdida se derivan.

En lo que tiene que ver con la entidad demandada Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, no se encuentraa acreditada una falla en el servicio por la demora en dicho trámite. Por el contrario, como ya se mencionó, con oficio No. 156177 del 11 de octubre de 2012 solicitó al representante legal de la EPS Capital Salud que procediera a registrar a la señora María Stella Cortés Justinico en la base de datos única de afiliación- BDU-A-FOSYGA y que le brindara el tratamiento médico que requiriera.

Ahora bien, alega el señor Luis Leonardo Castillo Cortés que las entidades hospitalarias arriba mencionadas son responsables de los daños alegados por la negativa en brindarle los servicios de salud a la señora María Stella Cortés Justinico así como el errado diagnóstico y omisión de brindar los exámenes médicos adecuados frente a su enfermedad.

Tal y como está planteada la imputación del daño, sería viable observar el servicio médico y tratamientos ofrecidos por el Hospital de Kennedy y Hospital El Tunal con el fin de preservar la vida de la señora María Stella Cortés Justinico, sin embargo dichos entes hospitalarios no conforman el extremo pasivo de la relación jurídico procesal, lo que hace que sea impertinente cualquier estudio al respecto.

Sobre la responsabilidad de la EPS Capital Salud en relación a la actividad médica, se anexó al expediente los contratos de servicios de esta entidad con el



Hospital Kennedy y el Hospital el Tunal<sup>56</sup> de los cuales en común acordaron que: *“en el evento en que se derive responsabilidad de cualquier tipo para con la entidad y/o los profesionales que presten servicio médico objeto del presente contrato, serán responsables ante la entidad por la calidad del servicio, así como por la idoneidad y profesionalismo del personal que lo preste, por lo que el contratista asume la responsabilidad que se derive de lo anterior, así como la que legalmente le corresponda, incluyendo perjuicios patrimoniales, morales y fisiológicos que puedan derivarse de los actos y omisiones tanto del personal médico y paramédico a los cuales encomiende la prestación de los servicios de salud (...)”*<sup>57</sup>.

Conforme a las funciones que tiene la EPS Capital Salud, con la contestación de la demanda acreditó que según la tratamiento ordenado en el Hospital Occidente de Kennedy expidió con prontitud las órdenes emitidas con el fin de tratar las dolencias de la señora María Stella Cortés Justinico, hecho que desvirtúa las imputaciones hechas por el demandante respecto a la demora en la atención médica posterior a que se solucionó el traslado de EPS de la paciente.

A continuación se anexa el vademécum de atenciones realizadas por esta entidad durante el tratamiento recibido por la señora María Stella Cortés Justinico en el Hospital de Kennedy:

EN BLANCO

---

<sup>56</sup> Folio 420 a 446 c. 4

<sup>57</sup> Folio 409 c. 4

Autorización	Fecha (mm/dd/aaaa)	Área	Concepto	Descripción
08915-1201031625	10/02/2012 12:42	CONSULTA MEDICINA GENERAL	CONSULTA GENERAL	CONSULTA EXTERNA MEDICINA GENERAL - (890201)
03396-1201472320	12/12/2012 08:13	CONSULTA MEDICINA GENERAL	CONSULTA GENERAL	CONSULTA EXTERNA MEDICINA GENERAL - (890201)
03627-1201472328	12/12/2012 08:14	CONSULTA MD ESPECIALIZADA	CONSULTA MD ESPECIALIZADA	GASTROENTEROLOGIA - (890246)
03572-1201506495	12/18/2012 09:17	CONSULTA MD ESPECIALIZADA	CONSULTA MD ESPECIALIZADA	NEFROLOGIA - (890268)
03572-1300044703	01/10/2013 08:27	ECOGRAFIA	VIAS URINARIAS	VIAS URINARIAS (RIÑONES VEJIGA, PROSTATA) - (881332)
03572-1300044730	01/10/2013 08:29	LABORATORIO CLINICO	LABORATORIO CLINICO	CUADRO HEMÁTICO TIPO III - (902209)
03572-1300044730	01/10/2013 08:29	LABORATORIO CLINICO	LABORATORIO CLINICO	NITRÓGENO URÉICO (BUN) - (903856)
03572-1300044730	01/10/2013 08:29	LABORATORIO CLINICO	LABORATORIO CLINICO	TIPOIDEA ESTIMULANTE TSH - (904902)
03572-1300044730	01/10/2013 08:29	LABORATORIO CLINICO	LABORATORIO CLINICO	VELOCIDAD DE SEDIMENTACION GLOBULAR VSG - (902204)
03572-1300044746	01/10/2013 08:30	LABORATORIO CLINICO	LABORATORIO CLINICO	TIROXINA T4 LIBRE - (904921)
03572-1300044740	01/10/2013 08:30	LABORATORIO CLINICO	LABORATORIO CLINICO	CORO [CLORURO] - (903813)
03572-1300044740	01/10/2013 08:30	LABORATORIO CLINICO	LABORATORIO CLINICO	POTASIO EN SUERO U OTROS FLUIDOS - (903859)
03572-1300044740	01/10/2013 08:30	LABORATORIO CLINICO	LABORATORIO CLINICO	SODIO EN SUERO U OTROS FLUIDOS - (903864)
03572-1300044740	01/10/2013 08:30	LABORATORIO CLINICO	LABORATORIO CLINICO	UROCULTIVO CON RECuento DE COLONIAS - (901237)
03572-1300044765	01/10/2013 08:31	LABORATORIO CLINICO	LABORATORIO CLINICO	CREATININA EN SUERO, ORINA Y OTROS - (903825)
03572-1300044765	01/10/2013 08:31	LABORATORIO CLINICO	LABORATORIO CLINICO	FOSFORO EN SUERO U OTROS FLUIDOS - (903835)
03572-1300044774	01/10/2013 08:32	LABORATORIO CLINICO	LABORATORIO CLINICO	COPROSCOPICO SERIADO TRES (3) MUESTRAS - (CUPS 907004)
03572-1300044783	01/10/2013 08:33	ECOGRAFIA	ABDOMINALES	ABDOMEN TOTAL - (881302)
00549-1300047097	01/10/2013 11:02	ENDOSCOPIA	VIAS DIGESTIVAS	ESOFAGO GASTRODUODENOSCOPIA - PAQUETE - (451301)
00549-1300047163	01/10/2013 11:05	ENDOSCOPIA	RECTO Y ANO	COLONOSCOPIA TOTAL - PAQUETE - (452301)
03572-1300082286	01/16/2013 07:37	LABORATORIO CLINICO	LABORATORIO CLINICO	COPROSCOPICO SERIADO TRES (3) MUESTRAS - (CUPS 907004)
	01/25/2013 10:54	PROCEDIMIENTOS DX Y TTO	OTROS PROCEDIMIENTOS ANATOMOPATOLOGICOS	ESTOMAGO BIOPSIA MULTIPLE ESTUDIO CON TINCIONES ESPECIALES - (898102)
	01/25/2013 10:56	PROCEDIMIENTOS DX Y TTO	OTROS PROCEDIMIENTOS ANATOMOPATOLOGICOS	ESTOMAGO BIOPSIA MULTIPLE ESTUDIO CON TINCIONES ESPECIALES - (898102)
03627-1300149562	01/25/2013 10:57	PROCEDIMIENTOS DX Y TTO	OTROS PROCEDIMIENTOS ANATOMOPATOLOGICOS	ESTOMAGO BIOPSIA MULTIPLE ESTUDIO CON TINCIONES ESPECIALES - (898102)
03627-1300236049	02/07/2013 10:28	CONSULTA MD ESPECIALIZADA	CONSULTA MD ESPECIALIZADA	GASTROENTEROLOGIA Y ENDOSCOPIA CONTROL - (890346)
03572-1300236072	02/07/2013 10:29	CONSULTA MD ESPECIALIZADA	CONSULTA MD ESPECIALIZADA	NEFROLOGIA CONTROL - (890368)
	03/19/2013 11:17	MEDICAMENTOS	MEDICAMENTOS	ALUMINIO HIDROXIDO + MAGNESIO HIDROXIDO CON O SIN SIMETICONA SUSPENSION ORAL 2 - 6% + 1 - 4% /360 ML
	03/19/2013 11:17	MEDICAMENTOS	MEDICAMENTOS	FLUCONAZOL 200 MG CAPSULA
	03/19/2013 11:17	MEDICAMENTOS	MEDICAMENTOS	TRAMADOL CLORHIDRATO SOLUCION ORAL 100 MG/ML/10 ML (10%)
03572-1300678397	04/10/2013 10:19	RAYOS X	VIAS DIGESTIVAS	COLON POR ENEMA CON DOBLE CONTRASTE - (872105)
03572-1300678423	04/10/2013 10:20	LABORATORIO CLINICO	LABORATORIO CLINICO	FROTIS VAGINAL (DIRECTO + GRAM) - (901304)
03572-1300678412	04/10/2013 10:20	LABORATORIO CLINICO	LABORATORIO CLINICO	CREATININA EN SUERO, ORINA Y OTROS - (903825)
03572-1300678412	04/10/2013 10:20	LABORATORIO CLINICO	LABORATORIO CLINICO	NITRÓGENO URÉICO (BUN) - (903856)

Autorización	Fecha (mm/dd/aaaa)	Área	Concepto	Descripción
03572-1300678431	04/10/2013 10:21	CONSULTA PARAMEDICA	ENFERMERIA	PAQUETE DE ASESORIAS PARA VIH - (890305)
19112-1300711531	04/15/2013 08:18	TOMOGRAFIA	ABDOMEN Y PELVIS	TAC ABDOMEN SUPERIOR CON CONTRASTE (INCLUYE MEDIOS YODADOS) - (879410)
04009-1300813360	04/26/2013 09:35	RAYOS X	VIAS DIGESTIVAS	COLON POR ENEMA CON DOBLE CONTRASTE - (872105)
03627-1301051066	05/28/2013 10:21	CONSULTA MD ESPECIALIZADA	CONSULTA MD ESPECIALIZADA	GASTROENTEROLOGIA Y ENDOSCOPIA CONTROL - (890346)
19112-1301051248	05/28/2013 10:29	TOMOGRAFIA	ABDOMEN Y PELVIS	TAC ABDOMEN TOTAL - (879420)
19112-1301146885	06/07/2013 11:22	TOMOGRAFIA	ABDOMEN Y PELVIS	TAC ABDOMEN TOTAL CON CONTRASTE (INCLUYE MEDIOS YODADOS) - (879420)
03572-1301521818	07/10/2013 23:19	URGENCIAS	URGENCIAS	CONSULTA MEDICO GENERAL - (890701)
03572-1301529755	07/11/2013 11:28	HOSPITALIZACION TTO MEDIC	HOSPITALIZACION TTO MEDICO	HOSPITALIZACION PISO - (\$11302)
03572-1301543902	07/12/2013 10:44	CIRUGIA HOSPITALARIA	ABDOMINAL	LAPAROTOMIA EXPLORATORIA - (541200)
03572-1301552848	07/12/2013 23:07	CIRUGIA HOSPITALARIA	ABDOMINAL	HEMICOLECTOMIA DERECHA SOD - (457300)
03572-1301556396	07/14/2013 13:18	CIRUGIA HOSPITALARIA	ABDOMINAL	COLOSTOMIA PERMANENTE - (461200)
03572-1301556987	07/15/2013 03:55	HOSPITALIZACION TTO MEDIC	HOSPITALIZACION TTO MEDICO	UNIDAD DE CUIDADO INTENSIVO ADULTO - (\$12103)

De la misma forma, la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá se encuentra eximida de dicha obligación, comoquiera que no fue requerida durante este interregno para vigilar las actuaciones de la EPS Capital Salud, las cuales fueron oportunas.

Es de resaltar que la situación de complejidad en la salud de la señora María Stella Cortés Justinico no fue extraña para la paciente ni para el aquí demandante por cuanto, incluso, antes de la afiliación solicitada a la EPS Capital Salud conocían de la urgencia de recibir atención por las dolencias que presentaba.

Esto se corrobora cuando el 12 de marzo de 2012 la señora María Stella Cortés Justinico se negó taxativamente a continuar con su tratamiento médico de manera voluntaria propuesto por el Hospital de Bosa II Nivel, época donde hubiera sido oportuno el tratamiento médico a su patología que terminó con un diagnóstico de cáncer y posteriormente su muerte. Lo anterior está debidamente documentado y explicado en el dictamen pericial rendido por el Dr. Juan Carlos Ayala Acosta, quien al efecto señaló:

**“¿Las demoras en atención afectaron y tuvieron incidencia en la condición de la paciente?”**

Es de anotar que la paciente en marzo de 2012, se manejó de forma adecuada en el Hospital de Bosa, se sospechó a partir del sangrado digestivo y el síndrome anémico secundario, la presencia de una neoplasia de colon, se solicitó y se ordenó los estudios diagnósticos para su sangrado digestivo como son Endoscopia digestiva alta y baja (colonoscopia) así como el TAC de abdomen, sin embargo, **la paciente rechazó (sic) este manejo y solicitó (sic) salida voluntaria el día 12/03/2012.**

Sede Judicial del CAN - Carrera 57 No. 43-91 Piso 5°  
 Correo: [jadmin38bta@notificacionesrj.gov.co](mailto:jadmin38bta@notificacionesrj.gov.co)  
 Bogotá D.C.



El impacto de esa decisión en su salud fue importante, toda vez que, si, en esa hospitalización se hubieran completados (sic) los exámenes propuestos, seguramente el diagnóstico temprano de carcinoma de colon se hubiera logrado y, por ende, el manejo también se hubiera instaurado oportunamente." (Las negrillas son del original)

La decisión asumida por la paciente en marzo de 2012 de rechazar el tratamiento instaurado y solicitar la salida voluntaria del hospital es tomada por la apoderada judicial de Capital Salud EPS-S como fundamento para alegar la eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima, pues en su sentir si la señora Maria Stella Cortés Justinico hubiera permanecido internada en el Hospital de Bosa se le habrían practicado todos los exámenes y se habría contado con un diagnóstico oportuno, con lo que el manejo de su enfermedad hubiera permitido un resultado diferente.

El mandatario judicial de la parte demandante pide desestimar ese planteamiento porque si bien la paciente asumió esa decisión no la considera del todo voluntaria sino que más bien fue el resultado de las dificultades administrativas que se estaban presentando y que presionaron para que aquella prefiriera regresar a su casa.

La conducta de la persona directamente afectada con la acción o la omisión de la administración solamente libera totalmente de responsabilidad si es el único factor determinante del daño, pues solo así se rompe el nexo causal entre el hecho y el daño. Es bajo tales circunstancias que se puede sostener que a la persona le corresponde asumir completamente los efectos de sus decisiones, sin que pueda en modo alguno trasladárselas a las entidades públicas, en este caso a Capital Salud EPS-S y la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá.

El Despacho no está de acuerdo con la defensa en cuanto a que el daño aquí probado es totalmente atribuible a la señora María Stella Cortés Justinico, como tampoco comulga con la idea de que la decisión asumida por esta persona de abandonar las instalaciones del Hospital de Bosa en el mes de marzo de 2012 se le debe achacar a problemas administrativos, tal como infundadamente lo sugirió el auxiliar de la justicia.

En opinión del Juzgado el retiro voluntario de la paciente de las instalaciones de ese ente hospitalario sí le son atribuibles, ya que corresponde a una decisión consciente aunque equivocada que tomó la señora María Stella Cortés Justinico, pues si bien sufría de padecimientos físicos su capacidad volitiva no estaba comprometida, y las trabas burocráticas en ese momento no pueden

tomarse en cuenta porque ella estaba internada, lo que significa que el Hospital ya le estaba brindando la atención requerida, incluso había ordenado la práctica de exámenes especializados, los que si bien no podían tomarse allí sino en otro centro de atención de mayor nivel de complejidad, solamente bastaba su traslado a esos lugares para que le fueran realizados.

Lo anterior descarta la configuración de la eximen de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima, aunque sí materializa una concurrencia de culpas, ya la decisión de la señora María Stella Cortés Justinico de retirarse del Hospital de Bosa en el mes de marzo de 2012 contribuyó eficazmente a que perdiera tiempo valioso para haber obtenido un diagnóstico de sus dolencias y así haber recibido el tratamiento que su estado de salud ameritaba. Por tanto, la condena en contra de Capital Salud EPS-S solamente se hará por el 50% del valor total de la condena que se establezca en los capítulos siguientes.

## **6.- Liquidación de perjuicios**

### **6.1.- Perjuicios materiales**

El demandante Luis Leonardo Castillo Cortés solicita como reconocimiento de perjuicios materiales el pago de las exequias de la señora María Stella Cortés Justinico por valor de \$10.000.000 y los recursos de manutención que recibía de ella por valor de \$286.560.000, teniendo en cuenta que el ingreso anual de su progenitora era de \$14.000.000.

En el testimonio recibido en audiencia de pruebas del 8 de octubre de 2019, la señora Isabel Gómez Pava manifestó que la señora María Stella Cortés Justinico "era zapatera, los hacía a mano y salta a vender con su hijo, y lo que ganaba era para sostenerse ella y su hijo. [Y que] Para la época de la muerte de la señora, el demandante estaba sin trabajo. Acompañaba a la mamá en las vueltas para los trámites de salud.". Esto daría a entender que era la señora María Stella Cortés Justinico quien trabaja para su sostenimiento y el de su hijo aquí demandante.

Sin embargo, el Despacho no le da crédito a esa hipótesis porque resulta contraria a la evidencia y a la lógica. Recuérdese que la señora María Stella soportó por más de dos años fuertes hemorragias rectales asociadas a un cáncer que se estaba desarrollando en su interior, que entre otras cosas la mantuvo en constantes visitas médicas e incluso hospitalizaciones. Por lo mismo, con seguridad su delicado estado de salud le debió impedir llevar una

vida laboral activa o con cierta normalidad para procurar su propio sustento y el de su hijo Luis Leonardo, quien para esa época ya era mayor de edad y contaba con 27 años de edad.

Además, la existencia de este daño es inadmisiblemente precisamente por la mayoría de edad que tenía el demandante para la época en que su progenitora se vio sometida al calvario de buscar atención médica oportuna para sus dolencias. Esto significa, que era Luis Leonardo quien debía estar al frente del sostenimiento de su señora madre y no la señora María Stella Cortés Justinico estar trabajando para brindarle apoyo económico a su hijo mayor de edad que hasta donde se sabe ha gozado de buena salud.

En ese sentido, la pretensión relativa a perjuicios materiales será negada, además porque no se probó que el accionante hubiera cancelado gastos funerarios a que alude en la demanda.

## **6.2.- Perjuicios Inmateriales**

### **6.2.1.- Perjuicios morales**

Se aclara que la indemnización se fijará de acuerdo con el daño que se considera causado al demandante por la EPS Capital Salud, que no fue la muerte de la señora María Stella Cortés Justinico, sino la pérdida de la oportunidad de ser atendida a tiempo, lo que le habría permitido un diagnóstico acertado, la instauración de un tratamiento acorde a la enfermedad de base y eventualmente vivir un poco más.

Para efectos de cuantificar la indemnización por la pérdida de oportunidad como perjuicio autónomo, se debe tener en cuenta la situación patológica que presentaba la paciente que encontró frustrada la legítima expectativa de sobrevivir, y el porcentaje de probabilidad que tenía de lograr dicha expectativa.

En este punto el Despacho recuerda que el perito médico Dr. Juan Carlos Ayala Acosta en el dictamen pericial realizado a la historia clínica de la señora María Stella Cortés Justinico dijo: "*Ya el desenlace final, es esperable dados los hallazgos quirúrgicos que confieren una alta tasa de mortalidad cercana al 70% en promedio (Clair & Beach, 2016).*". Según esto, la probabilidad de sobrevivir al tipo de cáncer que le fue hallado a la paciente es cercana al 30%, motivo por el cual

el Juzgado habría de reconocer por perjuicios morales a favor del señor Luis Leonardo Castillo Cortés en calidad de hijo<sup>58</sup> de aquélla, la suma de dinero equivalente treinta salarios mínimos legales mensuales vigentes, pero como se estableció una concurrencia de culpas por la conducta asumida por la misma paciente, la condena se impartirá por la mitad de ese guarismo.

#### 7.- Costas

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo prescribe que *“la sentencia dispondrá sobre la condena en costas”*. En este caso el Despacho considera procedente condenar en costas a la entidad demandada, dado que no es conforme al principio de dignidad humana que las personas no reciban atención médica oportuna por trabas administrativas.

Así, con fundamento en el Acuerdo No. PSAA16-10554 de 5 de agosto de 2016 *“Por el cual se establecen las tarifas de agencias en derecho”*, expedido por la Presidencia del Consejo Superior de la Judicatura, condenará en costas a dicha entidad, por lo que se fijará como agencias en derecho el equivalente a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Treinta y Ocho Administrativo Oral – Sección Tercera del Circuito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

#### F A L L A

**PRIMERO: DESESTIMAR** las excepciones formuladas por **CAPITAL SALUD E.P.S. – S S.A.S.**

**SEGUNDO: DECLARAR** administrativa y extracontractualmente responsable a **CAPITAL SALUD E.P.S. – S S.A.S.**, de los daños padecidos por el demandante con ocasión a la pérdida de oportunidad que se presentó en cuanto a la atención de la salud de la señora María Stella Cortés Justinico (q.e.p.d.).

**TERCERO: CONDENAR** a **CAPITAL SALUD E.P.S. – S S.A.S.**, a pagar al señor **LUIS LEONARDO CASTILLO CORTÉS**, en calidad de hijo de la señora María

<sup>58</sup> Parentesco acreditado con Registro Civil de Nacimiento a folio 135 del cuaderno No. 1

Stella Cortés Justinico (q.e.p.d.), la suma de dinero equivalente a **QUINCE SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (15 SMLMV)**, por concepto de perjuicios morales.

**CUARTO: DENEGAR** las demás pretensiones de la demanda.

**QUINTO:** Dar cumplimiento a la presente decisión de conformidad con lo establecido en los artículos 192 y 195 del CPACA.

**SEXTO: CONDENAR** en costas a **CAPITAL SALUD E.P.S. - S S.A.S.** Fijar como agencias en derecho el equivalente a CINCO (5) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES. Liquidense.

**SÉPTIMO:** Por Secretaría liquidense los gastos procesales causados, devuélvase el monto remanente por gastos a la parte actora si los hubiere. Una vez cumplido lo anterior **ARCHÍVESE** el expediente.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**



**ASDRÚBAL CORREDOR VILLATE**  
**Juez 38 Administrativo Bogotá D.C.**

Jmm