



Juzgado Once Administrativo del Circuito de Ibagué

Ibagué (Tolima), nueve (9) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

TEMA: RESPONSABILIDAD MÉDICA
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: HEVER BARRAGÁN VILLANUEVA Y OTROS
DEMANDADO: NUEVA EPS Y OTROS
RADICADO: 73001-33 -33- 011-2018-00090-00

Como el proceso se ha tramitado conforme a las reglas adjetivas que le son propias sin que se observe causal alguna que pueda invalidar lo actuado, procede el Despacho a proferir la sentencia que en derecho corresponda, dentro del medio de control de reparación directa de la referencia, el cual fue iniciado por los señores Hever, Yolanda, Martha Liliana, Antonio José, María Esperanza Barragán Villanueva y Luz Yaneth Salazar Villanueva (Hijos de la víctima); Danny Jefferson Barragán Otavo, Lesley Dahiana, Juan Sebastián, Karilin Barragán Riaño, Gino Fernando Rivera Barragán, Janner Alejandro, Yohan Stiven y Jensy Yurany Gómez Barragán (Nietos de la víctima) en contra de la Nueva E.P.S., así como los Hospitales Hernando Moncaleano y Federico Lleras Acosta E.S.E..

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

1.1. Pretensiones¹

Primero. Que se declare que las entidades demandadas son responsables por la muerte de la señora Ofelia Villanueva de Barragán. En subsidio solicita se declare que las mencionadas entidades son responsables de la pérdida de oportunidad para vivir de la señora Ofelia.

Segundo. Que como consecuencia de lo anterior, se reconozcan perjuicios morales y por daño a la salud a los integrantes de la parte demandante.

a) Por perjuicios morales:

A cada uno de los seis (6) hijos de la causante se reconozca la suma de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV).

A cada uno de los ocho (8) nietos de la causante la suma de cincuenta (50) SMLMV.

¹ Expediente digital – cuaderno principal No 1– documento No. 01 – Fls. 32 a 38.

A la señora Ofelia Villanueva (Q.E.P.D.) la suma de cien (100) SMLMV causados hasta el momento de su deceso, los cuales deberán ser pagados a sus hijos en calidad de herederos de la causante.

b) Por daño a la salud y por afectación a derechos convencionalmente amparados a la señora Ofelia Villanueva (Q.E.P.D.) la suma de cien (100) SMLMV por cada concepto.

Tercero. Que las sumas que se reconozcan sean indexadas y se paguen intereses moratorios, de conformidad con los artículos 187 y 192 C.P.A.C.A. respectivamente.

Cuarto. Se ordene a las entidades demandadas a ofrecer excusas públicas a los demandantes, por el actuar realizado frente a la señora Ofelia.

1.2. Hechos²

La señora Ofelia Villanueva de Barragán se encontraba afiliada a la Nueva EPS y por ende el 29 enero de 2015 asistió a urgencias de la clínica Tolima de esta ciudad narrando que tenía un fuerte dolor en su mama izquierda desde hacía tres (3) meses, por lo que se le ordenó ecografía y se le dio salida.

Posteriormente, el 26 de mayo de 2015 la señora Ofelia fue atendida por el dr. Alfredo Huertas Combariza, médico internista de la Nueva EPS, quien ordenó mastectomía con carácter urgente, teniendo en cuenta que era cáncer de mama no metastático, así no tuviese controlada la HTA y adicionalmente, presentaba dolores y sangrados. A pesar de lo anterior, la Nueva EPS no realizaba ningún trámite para llevar a cabo la cirugía antes mencionada.

Mas adelante, el 29 de agosto de 2015, la paciente se presentó en urgencias del Hospital Federico Lleras Acosta con abundante sangrado por una masa que presentaba en el seno izquierdo, por lo que se le colocó vendaje compresivo y fue hospitalizada, internación que se prolongó hasta el 10 de septiembre del año antes citado.

Teniendo en cuenta que desde mayo de 2015 se había ordenado la mastectomía, los familiares de la señora Ofelia Villanueva presentaron acción de tutela en contra de la Nueva EPS y el Hospital Federico Lleras, la cual correspondió al Juzgado Cuarto de Familia de esta ciudad, quien mediante auto del 31 de agosto de 2015, ordenó como medida provisional la realización de la cirugía, es así como la orden se reiteró en la sentencia; sin embargo, las dos entidades anteriores no dieron cumplimiento a las órdenes Judiciales.

También, el 16 de septiembre de 2015 un médico de la Nueva EPS reiteró la urgencia de la mastectomía; es así como es remitida al Hospital Hernando Moncaleano de la ciudad de Neiva, en la cual fue hospitalizada al día siguiente y por varios días.

² Folios 23 al 30 del documento No 1 del cuaderno principal 1 del expediente digital.

Finalmente, la cirugía se realizó el 18 de noviembre de 2015; es decir, seis (6) meses después de ordenada.

El 20 de noviembre de 2015 la paciente fue dada de alta y tuvo que desplazarse en transporte intermunicipal desde Neiva a Ibagué.

Una vez la señora Ofelia Villanueva llegó a la ciudad de Ibagué, tuvo que asistir a la clínica Diacorsas, en la cual se indicó que la herida quirúrgica estaba infectada y casi toda abierta, por lo que se alcanzaba a ver las costillas.

La paciente estuvo hospitalizada hasta el 9 de enero de 2016, cuando lamentablemente fallece, a causa del cáncer de mama izquierda y metástasis cerebral.

1.3. Fundamentos de derecho³

Se relacionan varios extractos jurisprudenciales en los cuales se indica que existe responsabilidad de la administración por no utilizar todos los recursos a su alcance y no hacer debido seguimiento post operatorio.

Asimismo, que existe responsabilidad solidaria entre las EPS y la IPS, cuando las primeras garantizan la prestación del servicio a través de las segundas, teniendo en cuenta que las EPS también responden por la no prestación oportuna, deficiente, lesiva de la calidad o de la lex artis.

2. CONTESTACIONES DE DEMANDA

2.1 . Nueva EPS⁴

Se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las siguientes excepciones:

Inexistencia de daño imputable a la Nueva EPS

Cumplimiento cabal de la Nueva EPS en su condición de asegurador

Inexistencia del factor de imputación: Culpa a título de falla del servicio

Inexistencia de responsabilidad de Nueva EPS por hecho de un tercero

Inexistencia de falla en el servicio médico imputable a Nueva EPS

Inexistencia de nexo causal entre la actividad de la Nueva EPS y el resultado final

³ Folios 40 al 53 documento 01 del cuaderno principal 1 del expediente digital.

⁴ Folios 57 al 99 del documento 01 del cuaderno principal 3 del expediente digital.

Ausencia de culpa y ruptura del nexo causal por hecho imputable de manera exclusiva a un tercero

Carencia absoluta de prueba y ruptura del nexo causal por hecho imputable de manera exclusiva a un tercero

Situaciones propias de la víctima, riesgos inherentes a la patología del paciente

Inexistencia de pérdida de oportunidad

Y cobro de lo no debido ⁵

De los artículos 159 y 178 de la ley 100 de 1993 y 14 de la ley 1122 de 2007 se deduce que las EPS no son responsables del diagnóstico, procedimientos y rehabilitación de los afiliados al sistema, al indicar que éstas son responsabilidades de la IPS. Es así como los servicios son prestados por la red de IPS contratadas por la Nueva EPS, quienes lo realizan con autonomía científica, por lo tanto endilgar responsabilidad a su representada por los hechos de las IPS equivale a una responsabilidad objetiva.

Asimismo, se indica que la Nueva EPS no tiene integración vertical; es decir, que no tiene IPS propias, por lo tanto, los servicios se prestaron a través de las IPS contratadas y en consecuencia, la señora Ofelia Villanueva de Barragán no acudió a la Nueva EPS para que le prestaran los servicios de salud.

Por otro lado, sostiene que no existe un deber de vigilancia por parte de la EPS hacia las instituciones de salud, pues no puede estar pendiente de cada consulta o cirugía que se realiza, pues sus obligaciones entre otras consisten en administrar el riesgo financiero y contratar a los prestadores del servicio.

Pasando a otro punto, de conformidad artículo 167 C.G.P. es carga de quien alega un hecho probarlo. Asimismo, frente a la historia clínica quien la tiene es la IPS que trató a la paciente, de conformidad con lo establecido en la ley 23 de 1981 y por ende, con las pruebas obrantes no se logra acreditar que el daño y las omisiones imputadas a las entidades demandadas, tengan relación de causalidad y por ende no está probada la responsabilidad civil endilgada.

En este orden de ideas, debe tenerse en cuenta la edad de la paciente y las comorbilidades que padecía; sin embargo, la Nueva EPS autorizó oportuna y eficazmente todos los procedimientos ordenados a la paciente, que consultó tardíamente, porque lo hizo después de tres (3) meses de presentar dolor, por lo que cuando se efectuó el diagnóstico, la víctima directa ya tenía cáncer en estadio IV con metástasis y en consecuencia, el resultado iba a ser el mismo. Por ende, es claro que la mala praxis médica debe ser evidente y no solo valorar la situación vista desde el resultado final, el agravamiento o la muerte del paciente.

⁵ Al tener argumentos similares y conexos se realiza una síntesis de los argumentos expuestos en las excepciones propuestas.

Por otro lado, no se dan los elementos de la pérdida de oportunidad, teniendo en cuenta que se requiere de una prueba científica que acredite que se frustró la posibilidad de obtener un resultado favorable.

2.2. Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E.⁶

Frente a los hechos de la demanda aceptó que la paciente ingresó al Hospital por el servicio de urgencias, en la cual se le realizó transfusión de sangre y que le atendió de acuerdo con el protocolo correspondiente para su estabilización por el osteosarcoma de la mama izquierda que padecía.

Adicionalmente, aclaró que la orden dada en la sentencia de tutela por el Juzgado Cuarto de Familia para que se le realizara cirugía a la víctima directa fue dada únicamente a la Nueva EPS.

En cuanto a los argumentos de defensa, sostiene que el título de imputación es de la falla del servicio, como lo viene sosteniendo de tiempo atrás la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Este integrante de la parte demandada propuso las siguientes excepciones:

Ausencia de la falla en el servicio médico asistencial e inexistencia de la obligación de indemnizar por mala praxis médica

Con argumentos similares para las dos excepciones sostuvo que los servicios médicos son obligaciones de medio y no de resultado, pues el médico coloca todos sus conocimientos y pericia al servicio del paciente, pero ello no significa necesariamente que el paciente se va a curar, máxime cuando el servicio prestado fue adecuado, oportuno y diligente.

Es así como en la historia clínica se demuestra que se le realizó el tratamiento integral para el cáncer de mama, que padecía la sra. Ofelia Barragán Villanueva, pese a su mal pronóstico de ingreso.

Inexistencia de un nexo causal y ausencia de culpa institucional

El actuar médico siguió con el rito protocolario para esta clase de actuaciones no existiendo nexo causal.

2.3. Hospital Hernando Moncaleano E.S.E.⁷

En cuanto a los hechos plantea que la paciente ingresó el 17 de septiembre de 2015 al Hospital Hernando Moncaleano de la ciudad de Neiva, a través de una junta de

⁶ Folios 215 al 255 documento 02 del cuaderno principal 2 del expediente digital.

⁷ Folios 259 al 282 documento 01 del cuaderno principal 1 del expediente digital.

tumores, en la cual se determinó que no podía realizarse inmediatamente la mastectomía, teniendo en cuenta que primero debía reducirse el tumor con radioterapia.

Asimismo, que la cirugía antes mencionada se realizó el 18 de noviembre de 2015 y que el cirujano de mama, dr. Justo Germán Olaya, ordenó la realización de controles post quirúrgicos en días posteriores al procedimiento y por residir en un lugar lejano, se gestionó un hogar de paso para que la víctima directa se alojara allí con sus dos hijas, y por ende desconoce si se trasladó a la ciudad de Ibagué. También manifestó que la señora Ofelia Barragán Villanueva no asistió a los mencionados controles.

En este orden de ideas, se formularon las siguientes excepciones:

Inexistencia de responsabilidad por parte de la E.S.E. Hernando Moncaleano

Inexistencia del nexo causal entre el daño y la conducta para imputar responsabilidad a la E.S.E. Hernando Moncaleano

Hecho de un tercero⁸

Se sustenta que no está probada la omisión causante del daño a la paciente, ni tampoco la relación de causalidad entre el daño y el título de imputación alegado. Es así que la causa adecuada de la muerte de la paciente fue la severidad de la enfermedad que padecía, metástasis del sarcoma de seno, mas no la atención que recibió en el Hospital Hernando Moncaleano de Neiva.

Finalmente, por la demora en la autorización de la cirugía por parte de la Nueva EPS, se produjo el fatal desenlace, pues no cumplió con el fallo de tutela del Juzgado Cuarto de Familia de esta ciudad y en consecuencia se tipificó el hecho de un tercero.

2.4. Allianz Seguros S.A. ⁹

Propuso las siguientes excepciones:

Ausencia de nexo de causalidad

Ausencia de falla en el servicio

Inexistencia de la obligación de indemnizar

Y Cobro de lo no debido

Es necesario tener en cuenta que para el momento que la paciente ingresó al Hospital Federico Lleras, 29 de agosto de 2015, ya presentaba un cuadro avanzado de cáncer de mama, pues éste le había sido diagnosticado desde el mes de enero de ese mismo año, y no le había sido realizada la mastectomía ordenada; sin embargo, en el

⁸ Se realiza una síntesis de los argumentos expuestos en las excepciones, por tener argumentos similares y conexos.

⁹ Documento No 3 del cuaderno principal No 3.

Hospital se le brindó diligentemente toda la atención que necesitaba para estabilizarla, correspondiéndole a la EPS determinar donde se continuaba el tratamiento; por ende como no le realizaba la cirugía mencionada, los familiares de la Señora Ofelia Barragán presentaron acción de tutela en contra de la Nueva EPS en la cual se adoptó como medida provisional que le fuese realizada la misma y como ésta no fue oportunamente autorizada por la EPS, ésta la causa eficiente del daño producido.

En este orden de ideas, el desenlace del caso que ocupa a las partes y al despacho se debió entre otros factores ajenos al Hospital Federico Lleras a la avanzada edad del paciente, la severidad del cuadro clínico, la falta de autorización oportuna de la cirugía y la sobre infección por Kebsiella.

2.4.1. Contestación al llamamiento en garantía 10

Formuló las siguientes excepciones frente al llamamiento:

Sujeción a los términos y condiciones generales de particulares pactados en la póliza 02220668/o suscrita entre el Hospital Federico Lleras Acosta y Allianz seguros S.A.

Responsabilidad limitada hasta el momento del valor máximo asegurado

Deducible

Y disponibilidad de la suma asegurada en la póliza

Se indica que en caso que exista condena al Hospital Federico Lleras Acosta, Allianz Seguros respondería por las atenciones efectuadas entre el 29 de agosto hasta el 10 de septiembre de 2015, lapso en el cual estuvo internada la paciente en el hospital, en los términos de la póliza No 02220668/o vigente desde el 11 de diciembre de 2017 al 10 de diciembre de 2018, el cual tiene clausula claims made que ampara vigencias anteriores a partir del 18 de febrero de 2015, donde el valor máximo asegurado por responsabilidad civil por evento es de \$1.000.000.000.

2.5. La Previsora S.A.11

Propuso las siguientes excepciones:

Inexistencia de los elementos estructurales de la responsabilidad

Inexistencia del daño

10 Documento No 4 del cuaderno del llamado en garantía No 2.

11 Documento No 7 del cuaderno principal No 3 del expediente digital.

Inexistencia y falta de acreditación de la obligación que pretende se indemnice

Inexistencia de la obligación de indemnizar

Inexistencia de mala atención medica o mala praxis medica

Principio de la indemnización e improcedencia de pagos no pactados en la póliza por no cobertura o limite del valor del asegurado

Disponibilidad del valor asegurado

Poliza claims made

Cubrimiento de la póliza

Que la obligación que se endilgue a la Previsora S.A. ha de ser en virtud de un contrato de seguro

Sostiene que el personal médico asistencial del Hospital Hernando Moncaleano no incurrió en mala praxis médica, procedió a realizarle el procedimiento denominado: “Cito reducción” para reducir el tamaño del tumor con radioterapia y que adicionalmente, le ofreció un hogar de paso a la paciente y a sus familiares, razón por la cual no entiende porqué regresaron a la ciudad de Ibagué.

Asimismo, como el daño debe ser cierto, no puede alegarse a partir de conjeturas sino que debe probarse; por lo tanto, el daño moral alegado debe tenerse como inexistente.

En este orden de ideas, el actuar del Hospital Hernando Moncaleano estuvo ajustado a la lex artis.

En lo que se refiere al valor asegurado, indica que la acción de reparación directa impetrada desborda con sus pretensiones el limite del valor asegurado que es de \$35.000.000 por evento, con un deducible del 20%, mínimo 25 SMLMV.

2.5.1. Contestación al llamamiento en garantía 12

En adición a las excepciones planteadas en la contestación de la demanda, el apoderado de la Previsora S.A. formuló las siguientes:

Inexistencia de amparos en el contrato de seguro

Inasegurabilidad del dolo o la culpa grave

Límite del valor asegurado para daños morales

12 Documento No 4 del cuaderno de llamamiento en garantía No 1.

Deducción de la suma asegurada por aplicación del deducible

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 6 de marzo de 2018¹³ y fue admitida mediante auto del 1º de junio de 2018¹⁴. Posteriormente, mediante auto del 12 de julio de 2019 se admitieron los llamamientos en garantía efectuados por el Hospital Federico Lleras Acosta a Allianz Seguros y por el Hospital Hernando Moncaleano a Previsora Seguros 15.

Posteriormente mediante auto del 12 de julio de 2021 16, se resolvieron las excepciones previas, declarando no probada la excepción de caducidad y asimismo, se citó para audiencia inicial. El auto anterior, fue adicionado mediante providencia del 29 de julio de 2021 17 en el cual se negó la solicitud de declaración de ineficacia del llamamiento en garantía de las compañías de seguros.

En este orden de ideas, la audiencia inicial se celebró el 12 de agosto de 2021 18, en la cual se saneó el proceso, se fijó el litigio y se decretaron las pruebas pedidas por las partes.

Mas adelante, la audiencia de pruebas se celebró los días 3, 10 y 11 de noviembre de 2021 19 en las cuales se practicaron interrogatorio a un integrante de la parte demandante, de los médicos de los Hospitales Hernando Moncaleano y Federico Lleras Acosta y en la última sesión de la audiencia se corrió traslado para alegar de conclusión por el termino de diez (10) días.

Mediante auto del 1º de diciembre de 2022 se aceptó la renuncia de la apoderada del Hospital Hernando Moncaleano perdomo²⁰.

Finalmente, el expediente ingresó al despacho para sentencia el 30 de enero de 2023 21.

¹³ Folio 3 documento 01 del cuaderno principal 1 del expediente digital.

¹⁴ Folios 213 y 214 documento 01 del cuaderno principal 1 del expediente digital.

¹⁵ Folios 76 al 80 del documento 1 del cuaderno del llamado en garantía 2.

¹⁶ Documento No 15 del cuaderno principal No 3 del expediente digital.

¹⁷ Documento No 19 del cuaderno principal No 3.

¹⁸ Documento No 8 del cuaderno principal No 4.

¹⁹ Documentos No 28, 33 y 34 del cuaderno principal No 4.

²⁰ Documento No 54 del cuaderno ibidem.

²¹ Documento No 64 del cuaderno No 4 del expediente digital.

III. CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

Se contrae a determinar si existe responsabilidad administrativa y/o patrimonial parte de las entidades demandadas; Nueva EPS y los Hospitales Federico Lleras Acosta y Hernando Moncaleano Perdomo E.S.E., por los perjuicios alegados por los integrantes de la parte demandante con ocasión de la muerte de la Señora Ofelia Barragán de Villanueva (q.e.p.d.).

En subsidio deberá establecerse si se presentó pérdida de oportunidad de sobrevivida de la señora Ofelia.

2. Tesis

Se tiene que la paciente tuvo que esperar entre el 4 de mayo y el 18 de noviembre de 2015; es decir, un poco más de seis (6) meses, para que le fuera realizada la mastectomía ordenada, pero no puede sostenerse con grado de certeza que este retardo por parte de la Nueva EPS en autorizar y practicar la mencionada cirugía fuese la causa adecuada de la muerte de la Señora Ofelia Villanueva de Barragán.

No obstante lo anterior, se tiene que de acuerdo con el artículo científico sobre vejez y cáncer de mama²², que una paciente con esta patología tiene una posibilidad de sobrevivida de hasta cinco (5) años y en el caso que nos ocupa tan solo vivió 17 meses después que empezaron los síntomas ²³, de donde se deduce que si la Nueva EPS hubiese autorizado y practicado la cirugía desde mayo de 2015, como se había reiterado por parte del médico internista de esta entidad hubiese tenido una mayor posibilidad de sobrevivida y en consecuencia se declarará administrativa y patrimonialmente a la Nueva EPS por la pérdida de oportunidad de sobrevivida de la Señora Ofelia Villanueva.

3. Argumentos que sustentan la tesis propuesta por el despacho

Para resolver el problema jurídico el Despacho desatará los siguientes temas: I- Elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado, II- El régimen de responsabilidad aplicable por daños ocasionados como consecuencia de actividades médico asistenciales, III- La pérdida de oportunidad, IV. Vejez y cáncer de mama, V- Tumor filioide, estado del arte y VI. Caso concreto.

4. Elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado

²² Que obra dentro del expediente.

²³ Teniendo en cuenta que empezaron en agosto de 2014 y la paciente falleció en enero de 2016.

La Constitución Política consagró la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado en los siguientes términos:

“Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”.

En suma, a partir del principio general de responsabilidad estatal consagrado en el artículo 90 de la Constitución Política, y de acuerdo con la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, para que exista responsabilidad patrimonial del Estado se requiere de la concurrencia de los siguientes elementos: (i) el daño antijurídico, (ii) la imputabilidad jurídica y fáctica del daño a un órgano del Estado – a través de los diversos títulos de imputación contruidos de tiempo atrás por la jurisprudencia- y, (iii) el nexo causal entre el daño y el hecho de la administración. En cada caso deberá el funcionario judicial dilucidar si se configuran estos elementos para así determinar si surge el deber del Estado de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos causados por la acción u omisión de la autoridad pública.

5. El régimen de responsabilidad aplicable por daños ocasionados como consecuencia de actividades médico-asistenciales

De manera diáfana el órgano de cierre de nuestra jurisdicción en sentencia de unificación del 19 de abril de 2012 24, determinó que el artículo 90 de la Constitución Política en forma alguna privilegió de manera específica un régimen de responsabilidad, esto pues es tarea y deber del juez encuadrar cual es el aplicable al caso concreto que se le presenta, atendiendo para ello las particularidades de lo que encuentre probado dentro del respectivo proceso.

En este sentido, por regla general, el fundamento del deber de reparar aplicable cuando se discute la responsabilidad extracontractual del Estado por daños ocasionados como consecuencia de actividades médico-asistenciales es el de la falla del servicio.

Así pues, la jurisprudencia constante del Consejo de Estado ha indicado que precisamente cuando se analiza la responsabilidad del Estado por daños con génesis en la atención medica defectuosa, se aplica el régimen de la falla probada, al respecto 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

24 Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 19 de abril de 2012. Rad.: 21515.

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. En efecto, tratándose de la responsabilidad por actos médicos la doctrina y la jurisprudencia extranjera han admitido escenarios en los cuales es preciso que operen sistemas de valoración de la falla del servicio con menor rigurosidad, sin que esta circunstancia desplace la connotación subjetiva de la responsabilidad por el acto médico a objetiva, salvo algunos ámbitos en los cuales será posible predicarla bajo la égida del título objetivo de riesgo excepcional, cuando se emplean cosas o actividades peligrosas que son las que irrogan directamente el daño, desligadas del acto médico.”

25

En suma, a quien demanda el tipo de responsabilidad señalado le corresponde como deber *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.*

6. Pérdida de Oportunidad

Nuestro máximo órgano de cierre en sentencia del 29 de noviembre de 2017²⁶ señaló que la pérdida de oportunidad o pérdida de chance se configura en todos aquellos casos en los que una persona se encontraba en situación de poder conseguir un provecho, de obtener una ganancia o beneficio o de evitar una pérdida, pero ello fue definitivamente impedido por el hecho de otro, acontecer o conducta que genera, por consiguiente, la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido, o no, pero que al mismo tiempo da lugar a la certeza consistente en que se ha cercenado de modo irreversible una expectativa o una probabilidad de ventaja patrimonial; dicha oportunidad perdida constituía, en sí misma, un interés jurídico que si bien no cabría catalogar como un auténtico derecho subjetivo, sin duda facultaba a quien lo ha visto salir de su patrimonio para actuar en procura de o para esperar el acaecimiento del resultado que deseaba, razón por la cual la antijurídica frustración de esa probabilidad debe generar para el afectado el derecho a alcanzar el correspondiente resarcimiento.

Igualmente, se precisaron los elementos de la pérdida de oportunidad, así:

- i) falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado, es decir, la incertidumbre respecto a si el beneficio o perjuicio se iba a recibir o evitar.
- ii) certeza de la existencia de una oportunidad.

25 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia proferida el 28 de septiembre de 2012, exp. 22.424 y Sección Tercera, Subsección A, Sentencia proferida el 20 de mayo de 2022, radicación: 68001-23-31-000-2004-01503-01 (55134).

26 Consejo De Estado - Sala De Lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera Subsección B. Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO. 29 noviembre del 2017. Radicación número: 05001-23-31-000-2003-01057-01(38725). Actor: María Nohelia Ospina Y Otros. Demandado: Instituto De Seguros Sociales. Referencia: medio de control de reparación directa.

iii) certeza de que la posibilidad de adquirir el beneficio o evitar el perjuicio se extinguió de manera irreversible del patrimonio de la víctima.

Por otro lado, estableció que en los eventos en que no es posible fijar técnicamente el porcentaje de probabilidad truncada o fulminada se establecerá en un 50%, con base en el principio de equidad y siempre que se hayan demostrado los elementos constitutivos de la pérdida de oportunidad.

7. Vejez y Cáncer de mama 27 28

La edad es el principal factor de riesgo para el desarrollo del cáncer de mama, afectando una de cada ocho mujeres a lo largo de su vida. Al diagnóstico la mitad de las pacientes son mayores de 65 años y 35% mayores de 70 años, siendo la mortalidad por cáncer de mama entre los 55 y 84 años superior a la mortalidad atribuible a enfermedades cardiovasculares.

En este orden de ideas, la supervivencia global de pacientes con cáncer de mama es de 90% a 5 años. En pacientes con cáncer de mama metastásico la supervivencia a 5 años con una mediana de 2 a 4 años.

8. Tumor Filoide. Estado del arte 29 30

Existen tres tipos de tumor Filoide: Benigno, limítrofe y maligno.

Cuando es benigno se puede realizar cirugía conservadora que tiene como objetivos entre otros controlar localmente la enfermedad y la supervivencia libre de recaída, con una tasa media de recaída del 4.5% a 5 años.

Cuando el tumor mencionado es maligno el tipo tratamiento estándar es quirúrgico. Anteriormente, el manejo consistía en cirugías radicales como mastectomía simple o radical modificada, logrando tasas libres de enfermedad a 5 años de hasta 95.5%; sin embargo, con el paso del tiempo se han contemplado los tratamientos conservadores (Cirugía conservadora), con resultados equivalentes a la cirugía radical.

27 Sánchez R. Oscar. Vejez y cáncer de mama, el desafío del siglo XXI. Revista médica de Chile vol. 140, Santiago, mayo de 2012. https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-98872012000500015

28 Adjuntado en papel con la contestación de la demanda por parte del Hospital Hernando Moncaleano Perdomo. Fols. 188 a 214 del documento 2 del cuaderno principal No 2.

29 Corso, D., Contreras, D., Javier, Ángel, Guzmán, L., Díaz, S., García, O., Lehmann, C., García, M., Duarte, C. y Oscar, M. 2016. Tumor filoide. Estado del arte. *Revista Colombiana de Cancerología*. 20, 2 (jun. 2016), 79–86.

[https://www.revistacancercol.org/index.php/cancer/article/view/253#:~:text=El%20tumor%20filoide%20\(TF\)%20oes,su%20presentaci%C3%B3n%2C%20diagn%C3%B3stico%20y%20tratamiento.](https://www.revistacancercol.org/index.php/cancer/article/view/253#:~:text=El%20tumor%20filoide%20(TF)%20oes,su%20presentaci%C3%B3n%2C%20diagn%C3%B3stico%20y%20tratamiento.)

30 Adjuntado con la contestación de la demanda del Hospital Hernando Moncaleano Perdomo. Folios 208 al 214. Documento ibidem.

En conclusión, se infiere que la piedra angular del tratamiento del tumor filoides se basa en la resección local amplia, reservándose la mastectomía simple para los tumores con mala relación seno-tumor y para los tumores de histología maligna con mal pronóstico. Asimismo, manejo adyuvante con radioterapia, quimioterapia y hormonoterapia cuando se trata de tumor filoides de histología maligna, tumor de mas de 10 cms. entre otros eventos.

9. Caso concreto

En el expediente obran los siguientes medios de prueba relevantes:

9.1. Historias clínicas

Aproximadamente para el mes de agosto de 2014 la señora Ofelia Villanueva de Barragán, de 80 años de edad ³¹ presenta una masa en la parte inferior externa de la mama izquierda de 1 x2 cms. ³².

El 22 de diciembre de 2014 se le realiza a la paciente estudio de líquidos y bacaf en la liga contra el Cáncer Zonal Tolima donde se le diagnostica condición proliferativa sin atipia ³³.

Posteriormente, es atendida el 29 de enero de 2015 en el servicio de urgencias de la Clínica Tolima de esta ciudad, por ser afiliada a la Nueva EPS, indicándose que presenta un cuadro clínico de aproximadamente tres (3) meses de evolución con fuerte dolor en la mama izquierda asociada a lesión indurada de 8 x 10 cms. en el cuadrante inferior izquierdo, frente a lo cual manifestó la paciente que fue revisada por Ginecólogo quien la derivó a consulta externa. De lo anterior, el médico tratante sospecha de una neoplasia de la mama izquierda y ordena que sea derivada a su EPS para que sea valorada urgentemente por Ginecología ³⁴.

Al día siguiente, 30 de enero de 2015, se le realizó en la mencionada clínica ecografía mamaria a la paciente donde se consigna que tiene una lesión altamente sospechosa de malignidad en el seno izquierdo, para lo cual se recomienda estudio histopatológico ³⁵.

El 10 de abril de 2015 fue atendida por oncólogo clínico en la IPS Oncomedic, por cuenta de la Nueva EPS, donde ordena la realización de varios exámenes de

³¹ Teniendo en cuenta que nació el 13 de diciembre de 1.933 (Fol. 107 documento No 1 del cuaderno principal No 1.

³² Folio 109 del documento No 1 del cuaderno principal No 1.

³³ Folio 567 documento No 2 cuaderno principal 2 del expediente digital.

³⁴ Folios 95 al 97 del documento No 1 del cuaderno principal No 1.

³⁵ Folio 174 documento No 2 del cuaderno principal No 2.

diagnóstico tales como gamagrafía ósea, rayos X de tórax, ecocardiograma, de laboratorio incluyendo función hepática y renal y que se realizaría control con resultados 36.

El 4 de mayo de 2015 la Nueva EPS pre autorizó a la paciente Mastectomía 37.

El 26 de mayo de 2015 la señora Villanueva de Barragán fue valorada por el dr. Alfredo Huertas Combariza, médico internista de la Nueva EPS, quien diagnostica que la paciente padece de tumor maligno del cuadrante inferior interno y externo de la mama. Asimismo, conceptuó que el riesgo quirúrgico actual era de clase IV/ V alto riesgo, pero por tratarse de un cáncer no metastásico de la mama izquierda la cirugía debía hacerse cuanto antes así no tuviese controlada la hipertensión arterial (HTA) 38.

El 28 de junio y el 7 de julio de 2015 la Nueva EPS autorizó estudio de coloración inmunohistoquímica 39 y consulta por anestesiología 40 respectivamente.

El 28 de julio de 2015 la paciente fue atendida en el Instituto del Corazón de esta ciudad al presentar sangrado en el tumor del seno izquierdo que al momento del triage ya había cesado, por lo que el médico de turno consideró que no ameritaba manejo en urgencias, por lo que se direcciona a consulta prioritaria de su EPS 41.

El 28 de agosto de 2015 la señora Ofelia ingresó al servicio de urgencias del Hospital Federico Lleras Acosta de esta ciudad, donde se apreciaba gran masa ulcerada y con bordes necróticos de 10 x 15 cms. submamaria dependiente de la mama izquierda con sangrado activo abundante, por lo cual se realizó transfusión de Glóbulos Rojos Empacados (GRE) y se colocó vendaje comprensivo. Para el efecto, el informe de patología 42 indica que hallazgos compatibles con osteosarcoma de alto grado y el gineco oncólogo también indicó que se presentaba síndrome anémico severo 43 44.

Para el 30 de agosto del año antes mencionado se indica en la historia clínica que se realiza lavado en el seno izquierdo el cual se encuentra sangrante, con mal olor y

36 Folio 611 ibidem.

37 Folio 587 ibidem.

38 Folio 161 documento No 2 del cuaderno principal No 2.

39 Folio 583 ibidem.

40 Folio 586 ibidem.

41 Formato de triage. Folio 166 documento No 1 del cuaderno principal No 1 del expediente digital.

42 Del 19 de agosto de 2015.

43 Del 29 de agosto de 2015.

44 Folios 107 al 110 del documento No 1 del cuaderno principal No 1.

bordes necróticos irregulares. Asimismo, quedan varias notas que está pendiente valoración por Ginecología oncológica 45.

El 31 de agosto fue valorada por la especialidad antes citada confirmando diagnóstico de cáncer de mama, osteosarcoma metastásico solicitándose revisión a examen inmunohistoquímico por patólogo oncólogo en el Instituto Nacional de cancerología 46 y finalmente se cierra la interconsulta el 3 de septiembre de 2015.

Por otro lado, se consigna en varias ocasiones en la mencionada historia que se encuentra pendiente remisión por EPS para oncología ambulatoria los días 1, 3 y 6 de septiembre de 2015 47.

El 4 de septiembre de 2015 la paciente es trasladada de la sede la Francia del Hospital Federico Lleras a la sede el Limonar de ese mismo hospital y se indicó que estaba pendiente tramitar hospitalización en casa por parte de la EPS, dando salida el 10 de septiembre para la mencionada hospitalización fue transportada en ambulancia a su domicilio, se reitera control prioritario por oncología y continuar con tratamiento antibiótico por diez (10) días, teniendo en cuenta que se presentaron picos febriles 48.

Mas adelante, el 16 de septiembre de 2015 el dr. Rodrigo Rengifo, Médico general adscrito a la Nueva EPS solicitó traslado en ambulancia básica ida y regreso a la ciudad de Neiva, para valoración por cáncer de mama y posterior cirugía 49.

El 17 de septiembre de 2015 la Señora Ofelia es atendida en el Hospital Hernando Moncaleano Perdomo de la ciudad de Neiva, donde la paciente manifestó que el manejo quirúrgico fue cancelado por no tener los exámenes prequirúrgicos completos. Asimismo, el caso fue presentado en junta multidisciplinaria donde consideraron que la paciente tenía un tumor de tipo sarcomatoso probablemente originado sobre un tumor philloides y que no era posible el manejo quirúrgico en ese momento por el gran tamaño del tumor, por lo que se decide ordenar veinte (20) sesiones de radioterapia como urgencia vital 50, a la cual se dio inició al día siguiente, 18 de septiembre 51 y tolerando adecuadamente las sesiones 52.

45 Folios 123 al 128 del documento No 1 del cuaderno principal No 1 del expediente digital.

46 Folio 136 documento No 1 del cuaderno principal No 1 del expediente digital.

47 Folio 136 documento y cuaderno ibidem.

48 Evolución de medicina interna obrante a folio 121 del documento y cuaderno antes anotado.

49 Folios 149 y 150 documento y cuaderno ibidem.

50 Folios 2 y 14 del documento No 2 del cuaderno principal No 2 del expediente digital.

51 Folio 10 ibidem.

52 Nota del 20 de septiembre de 2015. Folio 11 ibidem.

En el examen físico del 17 de septiembre se evidenciaba en el tórax asimetría mamaria, por presencia de una gran masa de 30 x 30 centímetros ulcerada y sucia en el cuadrante inferior externo de la mama izquierda, con sangrado en capa con opresión inferior del mismo, y sitios continuos a la axila. En consecuencia, se decidió hospitalizar a la paciente 53.

Ese mismo día se realizó entrevista en la unidad de cancerología del Hospital antes mencionado a la señora Ofelia y a su hija María Esperanza Barragán en la cual manifiestan inconformidad y sentimientos de rabia por la negligencia de su EPS en el manejo de su enfermedad en la ciudad de Ibagué 54.

Por otro lado, debido a la persistencia de tos crónica que exacerbaron los dolores de la Señora Ofelia, el 21 de septiembre de 2015 el cirujano general, dr. Oliver Chavarro Orjuela, ordena interconsulta con medicina interna 55. La interconsulta se realizó ese mismo día ordenando que para descartar la causa de la tos suspender el medicamento enalapril.

Asimismo, para descartar una infiltración tumoral se ordena realizar tomografía de alta resolución (Tacar) 56 y para descartar metástasis pulmonar realizar TAC de tórax simple y contrastado, frente a estos últimos exámenes se encontraron derrames pleurales mínimos 57.

El 23 de septiembre de 2015 la paciente presenta sangrado en la mama izquierda que cede a la presión con compresas y tenía imposibilidad para la marcha 58.

El 24 de septiembre del año antes mencionado la señora Ofelia presenta dificultad respiratoria, por lo cual se instauro oxígeno por ventura al 50%, para lo cual al día siguiente presentó mejoría 59.

El 25 de septiembre de 2015 la paciente presenta estigmas de radiodermatitis perilesional 60.

El 26 de septiembre del año tantas veces citado la Señora Ofelia Villanueva de Barragán, presentó falla cardiaca descompensada durante sesión de radioterapia, por lo que se decidió ajustar el tratamiento médico y sin signos de dificultad respiratoria

53 Folio 3 ibidem.

54 Folio 145 ibidem.

55 Folio 12 ibidem.

56 Folio 13 ibidem.

57 Nota del 25 de septiembre de 2015, folio 17 ibidem.

58 Nota del servicio de radio oncología folio 16.

59 Folio 17 ibidem.

60 Folio 18 ibidem.

61. Con posterioridad, la mencionada descompensación continuó a lo largo de la hospitalización, así como disnea, dificultad respiratoria 62.

El 30 de septiembre de 2015 se realiza interconsulta con hemato oncología quien refiere que la paciente requería manejo estrictamente con radioterapia por tumor philloides ulcerado para cito reducción y hemostático, que requería concepto de cirugía de mama y que de acuerdo con imágenes no se evidenciaban lesiones metastásicas 63.

El 1º de octubre de 2015 la señora Ofelia fue valorada por el dr. Justo Germán Olaya Ramírez, cirujano de mama y de tejidos, donde consignó que el diagnóstico era de Sarcoma del seno izquierdo probablemente originado por tumor phylloides, al presentar una masa de 20 x 25 cms. en ese seno hacia el cuadrante inferior externo que comprometía la piel por ulcera y no adherida a la pared del torax. Asimismo, que presentó buena respuesta a la radioterapia con disminución del tumor, así como control del sangrado y del dolor, que debía continuar con radioterapia hasta completar dieciséis (16) sesiones y que posteriormente sería llevada a cirugía 64 65.

El 5 de octubre de 2015 la paciente presenta picos febriles que podía obedecer a su cuadro oncológico de base. Asimismo, con francos estertores en base derecha, por lo que el médico internista consideró una alta probabilidad de neumonía nosocomial, por lo que se ordenaron diferentes exámenes de diagnóstico 66 y al día siguiente se indicó que la prueba PCR fue positiva 67.

El 8 de octubre de 2015 el cirujano de seno indica que se realizaron las dieciséis (16) sesiones de radioterapia con disminución del tamaño tumoral, por ende se podía realizar resección quirúrgica una vez pasaran como mínimo quince (15) días, por la actividad radiológica de la terapia y se da orden para la realización de mastectomía radical modificada izquierda más colgajo local 68. Para el 11 de octubre de ese mismo año cirugía de seno aumenta a diecinueve (19) sesiones de radioterapia y se definió como fecha de la cirugía el 28 de octubre 69.

61 Folio 18 ibidem.

62 Tales como el 18 y 19 de octubre. Folios 34 y 35 ibidem.

63 Folio 21 ibidem.

64 Folio 22 ibidem.

65 Para el 3 de octubre de 2015 la paciente llevaba doce (12) sesiones de radioterapia. Folio 24 ibidem.

66 Folio 26 ibidem.

67 Folio 27 ibidem.

68 Folio 28 ibidem.

69 Folio 30 ibidem, anotación de medicina interna.

El mismo 8 de octubre de 2015 la paciente, su hija Yolanda Barragán, el Cirujano de Seno y el anesthesiólogo suscriben el consentimiento informado para la cirugía donde se indican como riesgos del procedimiento entre otros: Sangrado, infección, recaída y herida abierta 70.

El 27 de octubre de 2015 el dr. Justo Germán Olaya, Cirujano de Seno, revalora a la Sra. Ofelia Villanueva de Barragán evidenciando dermatitis que compromete toda la piel del hemitórax izquierdo con predominio por debajo del surco mamario, que era un área necesaria para el cubrimiento del defecto posterior a la cirugía, por lo cual se previó un alto riesgo de complicación quirúrgica, dehiscencia e infecciones, por lo que se solicitó concepto de la clínica de heridas para manejo conjunto; por lo tanto, una vez se recuperara la zona afectada que permitiera la realización de colgajo para cubrir el defecto se reprogramaría el procedimiento quirúrgico 71.

Teniendo en cuenta lo anterior, al día siguiente, 28 de octubre, el dr. Enrico Silva Pérez, Cirujano general, ordena iniciar Dióxido de Titanio sobre los bordes de piel para disminuir la irritación y la inflamación.

El 29 de octubre de 2015 se le realiza a la paciente ecocardiograma encontrando hipertrofia concentrica no obstructiva leve con función sistólica conservada y disfunción diastólica tipo alteración de la relajación 72.

Por otro lado, desde el 14 de octubre de 2015 se le había dado salida a la paciente pero sus hijas Yolanda Barragán y Luz Janeth Salazar se opusieron por el estado de salud de la señora Ofelia 73, por la no realización de la cirugía y falta de recursos para trasladarse a la ciudad de Ibagué, frente a lo cual el Hospital gestionó un hogar de paso y finalmente, egresó el 31 de octubre de 2015 74.

El 9 de noviembre de 2015 la señora Ofelia Villanueva reingresa al Hospital Hernando Moncaleano Perdomo de la ciudad de Neiva en el cual se consigna por parte de médico internista que indica que a nivel del tórax tenía una masa de 20 x 25 cms. hacia el cuadrante inferior externo con gran área de necrosis y con compromiso de la piel por ulcera 75.

70 Folio 87.

71 Folio 42 ibidem.

72 Folios 44 y 45 ibidem.

73 Folio 46 ibidem, atención por psicología.

74 Folios 45, 46 Y 47 ibidem, notas de trabajo social.

75 Historia clínica del Hospital Hernando Moncaleano. Folio 341 del documento No 1 del cuaderno principal No 1 del expediente digital.

Ese mismo día, se realizaron exámenes prequirúrgicos tales como creatinina, glucosa y otros 76. Asimismo, teniendo en cuenta la fuerte cefalea hemicraneana que padecía la señora Ofelia se le realizó interconsulta con Neurología, de acuerdo con el TAC cerebral contrastado no evidenció lesiones; sin embargo, se ordenó punción lumbar y resonancia magnética nuclear simple y contrastada 77.

Al día siguiente, 10 de noviembre de 2015, el dr. Justo Germán Olaya Ramírez, Cirujano de mama, indica que con posterioridad a la radioterapia la masa se redujo ostensiblemente frente a la valoración efectuada diez (10) días antes y que programaría cirugía una vez hubiesen transcurrido treinta (30) días después de radioterapia y cuando hubiese mejoría en la piel 78.

Ese mismo día se realizó la punción lumbar y la resonancia magnética nuclear simple y contrastada se realizó hasta el 15 de noviembre de 2015 79, pues se encontraba pendiente de autorización por parte de la Nueva EPS 80, arrojando examen normal sin lesiones focales en el cerebro 81. Finalmente, se refiere disminución de la cefalea 82.

El 11 de noviembre de 2015 la Nueva EPS pre autorizó la realización de la mastectomía radical modificada unilateral y del colgajo local de la mama, la cual había sido solicitada desde el 8 de octubre de ese mismo año 83.

El 18 de noviembre de 2015 se realiza mastectomía, por sarcoma del seno izquierdo, mas colgajo local, encontrándose lesión de 20 x 15 cms. de consistencia dura, bordes irregulares con úlcera central necrótica de bordes sucios y piel alrededor de la lesión con edema 84.

El 20 de noviembre de 2015 se le da salida a la Señora Ofelia Villanueva de Barragán 85 y se le da cupo en el hogar de paso de la liga contra el cáncer en la ciudad de Neiva, para que pudiera asistir a los controles post operatorios. Asimismo, que en el hogar de paso de la electrificadora se hospedaban sus hijas Yolanda Barragán y Luz

76 Folios 355 a 357 ibidem.

77 Folios 358 y 359 ibidem.

78 Historia clínica antes mencionada folios 341 y 342.

79 Folio 342 de la citada historia clínica.

80 Folios 346 y 348 de la historia clínica del Hospital Hernando Moncaleano.

81 Folio 350 del documento No 1 Historia clínica.

82 Folio 349.

83 Folio 89 ibidem.

84 Folio 352 ibidem.

85 Folio 389 ibidem.

Janeth Salazar Villanueva⁸⁶. Finalmente, se le programó cita de control con el dr. Justo Germán Olaya, para el primero (1º) de diciembre de 2015 ⁸⁷.

El 24 de noviembre de ese mismo año, la paciente reingresó al Hospital Hernando Moncaleano por el servicio de urgencias ⁸⁸. Al día siguiente, 25 de noviembre, fue atendida por el servicio de Neurología por exacerbación de cefalea de cuatro (4) días de evolución en el hemicraneio izquierdo asociado a intenso dolor ocular ipsilateral, considerando el Neurólogo, dr. Guillermo González Manrique, que existía parálisis del III par craneal, muy probablemente por metástasis del cáncer de mama ⁸⁹.

El 28 de noviembre de 2015 la señora Ofelia es revalorada por el servicio de Oftalmología del Hospital antes citado quien presentaba marcado dolor en el ojo izquierdo con cefalea con disminución de la agudeza visual, sospechándose de glaucoma y con antecedente de pérdida de la visión en el ojo derecho ⁹⁰. Asimismo, ese día se le dio salida ⁹¹.

El 17 de diciembre de 2015 la auxiliar de enfermería de la unidad de Cancerología del Hospital Hernando Moncaleano dejó constancia que se comunicó con la paciente vía celular indagando la razón por la cual no asistió al control post quirúrgico a lo que respondió que no había contrato con la EPS y que no tenía dinero para consulta ⁹².

Posteriormente, el 20 de diciembre de 2015 se le realizó a la paciente el procedimiento de colgajo pectoral en el Instituto del Corazón de esta ciudad ⁹³.

La señora Ofelia Villanueva de Barragán murió el 9 de enero de 2016 ⁹⁴, destacándose que la causa de la muerte fue el cáncer de mama izquierda estadio IV con metástasis cerebral ⁹⁵.

⁸⁶ Intervención de trabajo social Folio 354 ibidem.

⁸⁷ Folio 355 ibidem.

⁸⁸ Notas de enfermería folio 311 ibidem.

⁸⁹ Folios 294 y 295 ibidem.

⁹⁰ Reporte de epicrisis. Folio 292 del documento No 1 del cuaderno principal No 1 del expediente digital.

⁹¹ Notas de enfermería folio 326 ibidem.

⁹² Folio 125 ibidem.

⁹³ Folios 169 y 171 del documento No 1 del cuaderno principal No 1 del expediente digital.

⁹⁴ Registro civil de defunción distinguido con indicativo serial No 8.551.203 que obra a folio 61 del documento No 1 del cuaderno principal No 3.

⁹⁵ Respuesta a derecho de petición al señor Hever Barragán Villanueva por parte del Instituto del Corazón de esta ciudad. Folio 163 del documento No 1 del cuaderno principal 1 del expediente digital.

9.2. Acción de tutela

El 31 de agosto de 2015 la señora Ofelia Barragán de Villanueva presentó acción de tutela en contra de la Nueva EPS y el Hospital Federico Lleras 96 que correspondió por reparto al Juzgado Cuarto de Familia de esta ciudad, quien mediante auto de esa misma fecha decretó medida provisional ordenándole a la Nueva EPS que de manera inmediata le practicara: “*Mastectomía simple ampliada del seno derecho*” (Sic) 97.

Mediante sentencia del 11 de septiembre de 2015 el despacho judicial antes mencionado ratificó la orden dada mediante medida provisional, la cual debería ser practicada por la Nueva EPS en un término de ocho (8) días y suministrar los recursos para el desplazamiento de la paciente a otra ciudad en caso de ser necesario 98.

9.3. Interrogatorio de parte a la Sra. Yolanda Barragán Villanueva 99

Indicó que su señora madre, Ofelia Villanueva Barragán le salió una bolita debajo del seno, pues podía ser cáncer.

Que iban de aquí para allá y nadie les prestó atención, que esa bolita inicialmente no era de gravedad y que su mamá era una persona muy sana.

Por otro lado, manifestó que ella con su hermano Ever la acompañaba a las citas y que ella estuvo en la ciudad de Neiva con su madre dos meses.

Asimismo, que a la señora Ofelia la sacaron del Hospital de Neiva y les tocó ir a un hogar de paso, *pues no tenían cinco centavos*, pues no tenían los recursos para el hotel y la alimentación, y que eso fue antes de la cirugía.

Posteriormente, su hermana Luz Janeth fue quien la trajo de regreso a Ibagué, les tocó regresarse en bus, teniendo mucha dificultad para conseguir el dinero para pagar los pasajes, es así como tuvieron que empeñar la ropa de la señora Ofelia para que les prestaran el dinero.

Fue a mitad de 2014 que le salió la bolita a la señora Ofelia, inmediatamente fueron a la Nueva EPS por medicina general, *que era un nacido*. Después la llevaron por urgencias y el médico de la Nueva EPS ordenó la cirugía con carácter urgente. Asimismo, que le hicieron una biopsia en la liga contra el cáncer que les tocó asumir particularmente.

96 Es decir, mientras se encontraba hospitalizada.

97 Folios 143 al 145 del documento No 1 del cuaderno principal No 1 del expediente digital.

98 Folios 146 al 148 del documento y cuaderno ibidem.

99 Minuto 20:38 a 40:15 archivo 35 cuaderno principal No 4.

Bajo este hilo conductor declaró que le pusieron *trabas y trabas* y que nunca la operaron. Así mismo dijo: “*Nosotros fuimos a la Nueva EPS y que eso no era de cirugía, que porqué le mandan cirugía, eso no es un caso extremo.*”

En ese orden de ideas, también afirmó que su mamá lloraba mucho porque le dolía mucho el seno. Es así como para finales de agosto de 2015 tuvo una hemorragia y en el Hospital Federico Lleras le dijeron que no era extremo y *que no entendían porqué no la operaban en la Nueva EPS que no entendían*, por ende ellos pidieron que la trasladaran a otro centro asistencial y la enviaron a Neiva.

Finalmente, cuando le dieron salida del Hospital Hernando Moncaleano la Nueva EPS les dijo que no había ambulancia.

Frente a este interrogatorio es necesario indicar que una vez se observó que la Señora Yolanda Barragán Villanueva se encontraba acompañada de otra persona en el sitio donde se vertía la declaración¹⁰⁰el suscrito Juez procedió a ordenarle a la persona que estaba con la declarante que se retirara del sitio donde estaba precisamente para evitar que se interpretara que la prueba resultaba contaminada, aspecto que reiteró el apoderado de la Nueva EPS.

Al respecto, es necesario manifestar que a pesar que se presentó esta situación, esto no afectó la credibilidad de la declaración, teniendo en cuenta que lo narrado por la señora Yolanda coincide en esencia con lo consignado en las historias clínicas.

9.4. Testimonio del dr. Justo Germán Olaya Ramírez 101

Manifestó que es Médico Mastólogo de la Universidad de Barcelona y del Instituto Europeo de Oncología (2.005) y que ejerce esa especialidad desde ese año en el Hospital Hernando Moncaleano Perdomo de la ciudad de Neiva.

En este orden de ideas, manifestó que conoció a la Señora Ofelia Villanueva de Barragán en la unidad de cáncer del Hospital Hernando Moncaleano. Que la Señora Ofelia consultó por primera vez el 17 de septiembre de 2015, quien presentaba una masa de 30 x 30 cms. de un año de evolución, saliéndose la lesión de todo contorno de la glándula mamaria.

Que la Señora Ofelia tenía un sarcoma del seno izquierdo posiblemente sobre un tumor filoides, era una paciente que no tenía posibilidad quirúrgica en ese momento por el gran tamaño del tumor, que corresponde al 0,2 al 0,8% de todos los tumores, para el médico es un tumor muy raro, que es muy difícil de prevenir. En este orden de ideas, el caso fue presentado en una junta con el oncólogo y el radioterapeuta de urgencia y se ordenó hospitalizarla pues se trataba de una urgencia vital.

¹⁰⁰ Téngase en cuenta que la audiencia fue virtual.

101 Minuto 12:05 al 1:27:40.

Posteriormente, volvió a valorarla el 8 de octubre de 2015 cuando ya se había realizado dieciséis (16) sesiones de radioterapia, encontró el tumor se había reducido en mas de un 50% y se fijó como fecha de la cirugía de mastectomía mas colgajo para el 28 de octubre de 2015, una vez termina la radioterapia se espera entre 15 días y 6 semanas para que ésta haga efecto. Es así como ese mismo día se le hizo firmar el consentimiento informado donde se le indicó entre otros el riesgo de herida abierta, por la radioterapia.

En este orden de ideas, el procedimiento lo realizó el 18 de noviembre de 2015 sin complicaciones y la dejó hospitalizada. El 20 de noviembre de 2015 se realiza control y se le da el alta médica y de una vez nueva cita de control para el 1º de diciembre.

En consulta externa la atiende el 3 de diciembre de 2015 donde se indica que había buena cicatrización y ya se contaba con la patología donde se encontró un sarcoma fisocelular con focos de metaplasia ósea con extensa necrosis de 14 x 11 cms. y control post operatorio para el 17 de diciembre de 2015; sin embargo, ella no asiste al control por no existir contrato con la EPS y no tener dinero para la consulta.

Asimismo, que por tratarse de un sarcoma no es prevenible y no es posible un pronóstico, pues reitera que no era cáncer de mama. La edad de la paciente, 81 años, y sus co morbilidades también influyeron en su cuadro clínico. Por otro lado, que son signos de alarma post operatorio sangrado, proceso infeccioso en el área, que la herida se abra y fiebre.

En este orden de ideas, le preguntó la apoderada del Hospital Federico Lleras si ¿Era difícil pronosticar una evolución positiva de la paciente? A lo cual respondió que no se podría cuantificar su expectativa de vida, teniendo en cuenta su edad, 81 años, y sus co morbilidades.

Finalmente, ante una pregunta del apoderado de la Nueva EPS, contestó el medico que se solicita el transporte en ambulancia si la familia lo pedía.

9.5. Análisis del caso concreto

Se procederá a determinar si se dan los elementos de la responsabilidad del Estado: El daño, el título de imputación y la relación de causalidad entre los dos primeros.

El daño

Se tiene que la Señora Ofelia Villanueva de Barragán no estaba obligada a soportar la muerte, por lo tanto se encuentra acreditado el daño antijurídico.

El título de imputación

De conformidad con la Jurisprudencia del Consejo de Estado el título de imputación en los casos de responsabilidad médica, en principio es el de la falla del servicio.

Al respecto, de la historia clínica de la paciente y de la declaración de parte de la Señora Yolanda Barragán Villanueva, hija de la Señora Ofelia, se encuentra probado que a la primera persona mencionada para el 22 de diciembre de 2014, se le realizó estudio de líquidos y bacaf en la liga contra el cáncer, que le tocó asumir su familia.

Posteriormente, se realizan varios exámenes de diagnóstico y solo hasta el 4 de mayo de 2015, mas de cuatro (4) meses después se pre autorizó la cirugía denominada mastectomía por parte de la Nueva EPS, y posteriormente, el 26 de mayo de ese mismo año el médico internista adscrito a esa entidad reiteró que debía realizarse con carácter urgente y en vista que no se realizaba la cirugía, el 31 de agosto de 2015 la paciente presentó acción de tutela en contra de la Nueva EPS, la cual fue fallada el 8 de septiembre de esa misma anualidad reiterando la orden de cirugía, razón por la cual solo hasta el 11 de septiembre de 2015 la Promotora de Salud autorizó ambulancia a la ciudad de Neiva a la paciente con el fin de realizar el mencionado procedimiento.

Una vez llega la señora Ofelia Villanueva de Barragán al Hospital Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva, el 17 de septiembre de 2015 la junta multidisciplinaria determinó que la paciente tenía un tumor de tipo sarcomatoso probablemente originado sobre un tumor philloides y que no era posible realizar en ese momento la mastectomía, porque era necesario realizar primero cito reducción con radioterapia, y mas adelante indica que por las sesiones de la radioterapia también se produjo dermatitis en el hemitórax izquierdo que debía esperar que cediera para poder realizarla.

Por lo tanto, se tiene que la paciente tuvo que esperar entre el 4 de mayo y el 18 de noviembre de 2015; es decir, un poco más de seis (6) meses, para que le fuera realizada la mastectomía ordenada, pero no puede sostenerse con grado de certeza que este retardo por parte de la Nueva EPS en autorizar y practicar la mencionada cirugía fuese la causa adecuada de la muerte de la Señora Ofelia Villanueva de Barragán.

No obstante lo anterior, se tiene que de acuerdo con el primer artículo científico sobre vejez y cáncer de mama que una paciente con esta patología, tiene una posibilidad de sobrevida de hasta cinco (5) años y en el caso que nos ocupa tan solo vivió 17 meses después que empezaron los síntomas ¹⁰², de donde se deduce que si la Nueva EPS hubiese autorizado y practicado la cirugía desde mayo de 2015, como se había reiterado por parte del médico internista de esta entidad hubiese tenido una mayor posibilidad de sobrevida; es decir, se presentó pérdida de oportunidad.

Podría sostenerse como contra argumentos que la señora Ofelia Villanueva de Barragán era una paciente de 81 años, con múltiples co morbilidades, que no se podía cuantificar su expectativa de vida y que no se trataba de un cáncer de mama sino de un sarcoma y en consecuencia, que falleció a causa de estas circunstancias. Sobre los

¹⁰² Teniendo en cuenta que empezaron en agosto de 2014 y la paciente falleció en enero de 2016.

tres primeros aspectos estos se encuentran desvirtuados con el primer artículo científico antes mencionado.

Frente al último aspecto tampoco es de recibo este argumento, teniendo en cuenta que al ser valorada la paciente el 31 de agosto de 2015 por Ginecología oncológica en el Hospital Federico Lleras Acosta de esta ciudad se consideró que el diagnóstico era cáncer de mama, osteosarcoma metastásico. Ahora bien, refuerza lo anterior que de acuerdo con lo consignado en el segundo artículo científico, sobre el tumor filloides, se reserva la mastectomía simple para los tumores con mala relación seno-tumor, como sucedió en el caso que nos ocupa y eso fue precisamente lo que le realizó el mastólogo en la ciudad de Neiva a la Señora Ofelia Barragán de Villanueva.

Finalmente, podría manifestarse que los Hospitales Federico Lleras Acosta y Hernando Moncaleano Perdomo también son administrativamente responsables en el caso que nos ocupa, el primero por no realizarle la mastectomía a la paciente y el segundo por no realizarla a tiempo.

Al respecto, se observa que el primero de los centros asistenciales hospitalizó a la señora Ofelia Barragán del 28 de agosto al 10 de septiembre de 2015 donde le fue controlada la fuerte hemorragia que padecía y fue valorada por Ginecología Oncológica, por lo tanto, se observa que hubo un mínimo de diligencia con la paciente.

Frente al segundo centro asistencial se observa que atendió a la paciente entre el 17 de septiembre y el 28 de noviembre de 2015, donde inicialmente le realizó radioterapia para reducir el tamaño del tumor y posteriormente la mastectomía, que es lo que debía realizarse de acuerdo con los dos artículos científicos expuestos en líneas anteriores. No obstante, se reitera por no autorizarse y realizarse desde el mes de mayo de 2015 la mencionada cirugía la señora Ofelia Villanueva de Barragán perdió una oportunidad de sobrevida.

9.6. Liquidación de los perjuicios morales

En sentencia del 28 de agosto de 2014 de la sección tercera del Consejo de Estado¹⁰³ se unificó el tema de los perjuicios morales en caso de muerte:

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

¹⁰³ C.P. dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. No 66001-23-31-000-2001-00731-01(26251).

Asimismo, se indicó sobre las pruebas requeridas para acreditar dicho perjuicio:

“Así las cosas, para los niveles 1 y 2 se requerirá la prueba del estado civil o de la convivencia de los compañeros. Para los niveles 3 y 4, además, se requerirá la prueba de la relación afectiva, y finalmente, para el nivel 5 deberá ser probada la relación afectiva.”

Aplicando la jurisprudencia antes mencionada, se encuentra probado que los Señores Hever, Antonio José, Yolanda, Martha Liliana, Esperanza Barragán Villanueva¹⁰⁴ y Luz Yaneth Salazar Villanueva¹⁰⁵, eran hijos de la Señora Ofelia Villanueva de Barragán, por lo que le corresponde la suma de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes a cada uno de ellos, teniendo en cuenta que cuando se presenta pérdida de oportunidad la indemnización se reduce a la mitad.

Asimismo, que Karilin, Lesley Dahiana, Juan Sebastián Barragán Riaño¹⁰⁶ y Danny Jefferson Barragán Otavo¹⁰⁷ al ser hijos del señor Heber Barragán eran nietos de la señora Ofelia Villanueva de Barragán.

En este orden de ideas, Janner Alejandro, Yensy Yurany y Yohan Estiven Gómez Salazar¹⁰⁸, al ser hijos de la Señora Luz Yaneth Salazar Villanueva también eran nietos de la señora Ofelia.

Finalmente, Gino Fernando Rivera Barragán al ser hijo de la Señora Martha Liliana Barragán Villanueva¹⁰⁹ es nieto de la señora Ofelia Barragán. Por lo tanto, le corresponderá a cada uno de los nietos antes mencionados la suma de 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

9.7. Frente a las demás pretensiones

En lo relacionado con el reconocimiento de perjuicios morales, daño a la salud y por bienes convencional o constitucionalmente amparados para la señora Ofelia Villanueva de Barragán, de la sentencia de unificación antes mencionada, no se encuentra que a la víctima directa que fallece sea objeto de indemnización, que se infiere que no se causan porque al morir ya no es sujeto de derechos y en consecuencia se negarán estas pretensiones.

¹⁰⁴ Registros civiles de nacimiento (RR.CC.NN.) que obran a folios 63, 64, 66, 69 y 84 respectivamente del documento No 1 del cuaderno principal No 1.

¹⁰⁵ Registro civil de nacimiento que obra a folio 68 del documento y cuaderno ibidem.

¹⁰⁶ Registro Civil de Nacimiento (R.C.N.) que obra a folio 71 a 73 del documento y cuaderno ibidem.

¹⁰⁷ R.C.N. folio 75 documento y cuaderno ibidem.

¹⁰⁸ RR.CC.NN. folios 77, 78 y 80 documento y cuaderno ibidem.

¹⁰⁹ R.C.N. folio 82 documento y cuaderno ibidem.

9.8. Frente a las excepciones propuestas

Teniendo en cuenta que se declaró la responsabilidad administrativa y patrimonial de la Nueva EPS las excepciones propuestas por esta entidad, se declararán no probadas en la parte resolutive de esta sentencia.

IV- Costas

Teniendo en cuenta la sentencia del 16 de abril de 2015 de la sección primera del Consejo de Estado¹¹⁰ en el cual se manifiesta que la condena en costas no es objetiva y que de conformidad con el artículo 188 del C.P.A.C.A. que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre las costas y que debe establecerse si es o no procedente dicha condena.

En este orden de ideas, el numeral 1º del artículo 365 C.G.P. establece que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso. Es así como el numeral 8º del artículo antes mencionado establece que habrá costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

Por lo tanto, las agencias en derecho hacen parte de las costas, pero debe tenerse en cuenta que de conformidad con los numerales 3º y 4º del artículo 366 C.G.P. las agencias serán fijadas por el Magistrado Sustanciador o el Juez y deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura.

Teniendo en cuenta la argumentación antes efectuada y descendiendo al caso que nos ocupa se condenará al pago de las costas del proceso a la Nueva EPS, en tanto resultó vencida.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el apoderado del extremo demandante presentó demanda, asistió a la audiencia inicial, a las sesiones de la audiencia de pruebas y alegó de conclusión, se observa que se causaron agencias en derecho.

Por consiguiente, se condenará en costas a la Nueva EPS vencida en la presente instancia, se fijan como agencias en derecho el equivalente al 3% de las pretensiones concedidas, de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura¹¹¹; equivalentes a la suma de \$17.400.000 en favor de la parte demandante.

Se aclara que el mencionado acuerdo establece un porcentaje entre el 3 y el 7.5 % de las pretensiones concedidas, con el fin de evitar que esta condena fuese desproporcionada se impuso el porcentaje mínimo.

Se ordenará que la Secretaría efectúe la correspondiente liquidación, en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

¹¹⁰ C.P. Dr. Guillermo Vargas Ayala. Expediente No 25000 23 24 000 2012 00446 00.

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

RESUELVE:

Primero. Declarase no probadas las excepciones propuestas por la Nueva EPS denominadas: Inexistencia de daño imputable a la Nueva EPS, cumplimiento cabal de la Nueva EPS en su condición de asegurador, inexistencia del factor de imputación: Culpa a título de falla del servicio, inexistencia de responsabilidad de Nueva EPS por hecho de un tercero, inexistencia de falla en el servicio médico imputable a Nueva EPS, inexistencia de nexo causal entre la actividad de la Nueva EPS y el resultado final, ausencia de culpa y ruptura del nexo causal por hecho imputable de manera exclusiva a un tercero, carencia absoluta de prueba y ruptura del nexo causal por hecho imputable de manera exclusiva a un tercero, situaciones propias de la víctima, riesgos inherentes a la patología del paciente, inexistencia de pérdida de oportunidad y cobro de lo no debido.

Segundo. Declarase administrativa y patrimonialmente responsable a la Nueva EPS por la pérdida de oportunidad de sobrevivida de la señora Ofelia Villanueva de Barragán, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Tercero. Condénese a la Nueva EPS a pagar a los demandantes por perjuicios morales las siguientes sumas:

Para Hever, Antonio José, Yolanda, Martha Liliana, Esperanza Barragán Villanueva y Luz Yaneth Salazar Villanueva, hijos de la víctima, la suma de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno.

Para Karilin, Lesley Dahiana, Juan Sebastián Barragán Riaño y Danny Jefferson Barragán Otavo; Janner Alejandro, Yensy Yurany y Yohan Estiven Gómez Salazar y Gino Fernando Rivera Barragán, nietos de la víctima directa, le corresponderá a cada uno de ellos la suma de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Cuarto. Nieganse las demás pretensiones de la demanda, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Quinto. Condenar en costas a la Nueva EPS y a favor de la parte demandante, tásense tomando como agencias en derecho la suma de \$17.400.000, que serán tenidas en cuenta por secretaría al momento de liquidar las costas.

Sexto. La entidad condenada dará cumplimiento a lo dispuesto en este fallo, dentro de los términos indicados en los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

Séptimo. Expedir copias a las partes de conformidad con el artículo 114 del C.G.P., previo el pago del arancel judicial.

Expediente No 73 001 33 33 011 2018 00090 00
Demandante: HEVER BARRAGÁN VILLANUEVA Y OTROS
Demandado: NUEVA EPS Y OTROS

Octavo: Ejecutoriada esta providencia, líquidense las costas y archívese el proceso previas las anotaciones que sean del caso en el sistema Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



JOHN LIBARDO ANDRADE FLÓREZ
Juez

Firmado Por:

John Libardo Andrade Florez

Juez Circuito

Juzgado Administrativo

11

Ibague - Tolima

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

Código de verificación: **0f71b70ad3ee0fd8da98224278515f59204f424e78c43596bea0461d2240ac07**

Documento generado en 09/03/2023 12:04:24 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>