

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN B**

Magistrado Ponente: Franklin Pérez Camargo

Bogotá, 21 de febrero de 2018

Radicación: 110013336036 2013-00386 01

Demandante: Josefa Bernate de Oviedo y otros

Demandado: ESE Hospital Pablo VI de Bosa

Asunto: Confirma sentencia de primera instancia.

Medio de control de reparación directa

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y el llamado en garantía, en contra de la sentencia de 25 de abril de 2017, proferida por el Juzgado 36 Administrativo de Bogotá, por la que se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda de la siguiente forma:

PRIMERO: DECLARAR imprósperas y no probadas las excepciones formuladas por la llamada en garantía MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: DECLARAR administrativamente responsable al HOSPITAL PABLO VI DE BOSA I NIVEL ESE, por la pérdida de oportunidad de que ANGELICA OVIEDO BERNATE hubiere conservado su salud y vida, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones.

TERCERO: CONDENAR al HOSPITAL PABLO VI DE BOSA I NIVEL ESE, a pagar a los demandantes JOSEFA BERNATE DE OVIEDO, MARYLU OVIEDO BERNATE, GRISELDA OVIEDO BERNATE, NIDIA OVIEDO BERNATE, JEANNETH OVIEDO BERNATE, JULIO CESAR OVIEDO BERNATE, MARCO FIDEL OVIEDO BERNATE, JESSICA HASBLEIDY CIFUENTES OVIEDO y la menor LEIDY MARIAN CIFUENTES OVIEDO, representada por el señor HECTOR OSWALDO CIFUENTES ARIAS, la suma equivalente a treinta y cinco (35) S.M.L.M.V., para cada uno de ellos, a título de pérdida de la oportunidad como daño autónomo, en los términos expuestos en la parte considerativa de la presente decisión.

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda, y las solicitadas por el demandante HECTOR OSWALDO CIFUENTES ARIAS, por lo expuesto en la parte motiva.

QUINTO: CONDENAR a la llamada en garantía MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., a pagar o a reembolsar el pago que la demandada HOSPITAL PABLO VI DE BOSA I NIVEL ESE, haga o tuviere que hacer a los demandantes, en virtud de la condena emitida en el numeral TERCERO de esta providencia, los valores allí reconocidos, teniendo en cuenta los deducibles y el límite estipulado en la Póliza No 3420311000429.

SEXTO: Las condenas se cumplirán en los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Radicado: 110013336036 2013-00386 01
Demandante: Josefa Bernate de Oviedo y otros
Demandado: ESE Hospital Pablo VI de Bosa
Sentencia de segunda instancia

SEPTIMO: CONDENAR en costas a la parte demandada y fijar como agencias en derecho, el uno por ciento (1%) de las pretensiones de la demanda, reconocidas en el presente fallo.

OCTAVO: NOTIFICAR la presente sentencia de conformidad con lo establecido en el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

NOVENO: Contra la presente sentencia procede recurso de apelación, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

I. ANTECEDENTES

1.1. Lo que se demanda

Mediante escrito presentado el 27 de mayo de 2013, a través de apoderado judicial, los señores Josefa Bernate de Oviedo, Marylu Oviedo Bernate, Griselda Oviedo Bernate, Nidia Oviedo Bernate, Jeanneth Oviedo Bernate, Julio César Oviedo Bernate, Marco Fidel Oviedo Bernate y Héctor Oswaldo Cifuentes Arias, actuando en nombre propio y en representación de las menores Jessica Hasbleidy Cifuentes Oviedo y Laidy Marian Cifuentes Oviedo, formularon demanda, en ejercicio del medio de control de reparación directa, en contra de la ESE Hospital Pablo VI de Bosa, con la finalidad que se declarara a dicha entidad administrativa y patrimonialmente responsable de los perjuicios causados con ocasión de la muerte de la señora Angélica Oviedo Bernate el 5 de junio de 2011 (fls.68-97 c1). Para tal efecto, formularon las siguientes pretensiones:

PRIMERA.- Declarar administrativa y extracontractualmente responsable a la Empresa Social del Estado Hospital Pablo VI Bosa, de los perjuicios causados a los demandantes con motivo de la muerte de la señora Angélica Oviedo Bernate, en hechos ocurridos el día 5 de junio de 2011, al presentarse una falla médica o daño antijurídico.

SEGUNDA.- Como consecuencia de la anterior declaración, condenar a La Empresa Social del Estado Hospital Pablo VI Bosa, a indemnizar integralmente a cada uno de los demandantes a título de Perjuicios Morales y a título de Perjuicios Materiales, el equivalente en pesos de las siguientes cantidades de salarios mínimos mensuales legales vigentes, a la fecha de la ejecutoria de la sentencia o conciliación si la hubiere, así:

PERJUICIOS MORALES

1. Trescientos (300) salarios mínimos mensuales legales vigentes para, el señor Héctor Oswaldo Cifuentes Arias, quien actúa en nombre propio y en representación de sus dos hijas menores, es decir cien (100) para él, cien (100) para la niña Jessica Hasbleidy Cifuentes Oviedo y cien (100) para la niña Leidy Marian Cifuentes Oviedo, en su condición de esposo e hijas de la fallecida Angélica Oviedo Bernate.

2. Cien (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes para Josefa Bernate de Oviedo, en calidad de madre de Angélica Oviedo Bernate, como damnificada y/o afectada.

Radicado: 110013336036 2013-00386 01
Demandante: Josefa Bernate de Oviedo y otros
Demandado: ESE Hospital Pablo VI de Bosa
Sentencia de segunda instancia

3. Cincuenta (50) salarios mínimos mensuales legales vigentes para Marylu Oviedo Bernate, en calidad de hermana de Angélica Oviedo Bernate, como damnificada y/o afectada.
4. Cincuenta (50) salarios mínimos mensuales legales vigentes para Griselda Oviedo Bernate, en calidad de hermana de Angélica Oviedo Bernate, como damnificada y/o afectada.
5. Cincuenta (50) salarios mínimos mensuales legales vigentes para Nidia Oviedo Bernate, en calidad de hermana de Angélica Oviedo Bernate, como damnificada y/o afectada.
6. Cincuenta (50) salarios mínimos mensuales legales vigentes para Jeanneth Oviedo Bernate, en calidad de hermana de Angélica Oviedo Bernate, como damnificada y/o afectada.
7. Cincuenta (50) salarios mínimos mensuales legales vigentes para Julio Cesar Oviedo Bernate, en calidad de hermano de Angélica Oviedo Bernate, como damnificado y/o afectado.
8. Cincuenta (50) salarios mínimos mensuales legales vigentes para Marco Fidel Oviedo Bernate, en calidad de hermano de Angélica Oviedo Bernate, como damnificado y/o afectado.

PERJUICIOS MATERIALES

Condenar a la Empresa Social del Estado Hospital Pablo VI Bosa, a pagar a favor de Héctor Oswaldo Cifuentes Arias, Jessica Hasbleidy Cifuentes Oviedo y Leidy Marian Cifuentes Oviedo, en su condición de esposo e hijas menores de edad de la fallecida Angélica Oviedo Bernate, los perjuicios materiales, que le han sido ocasionados a raíz de su fallecimiento, con las siguientes bases de liquidación.

1. Unos ingresos de setecientos Cincuenta mil (\$750.000.00) pesos mensuales, producto de su trabajo como pintora de obras civiles de apartamentos en la ciudad de Bogotá, para la época de los hechos, es decir el día 5 de junio de 2011.
2. La vida probable de la víctima (34 años al momento de la muerte), todo esto según las tablas de supervivencia aprobadas por la Superintendencia Financiera y el Departamento Estadístico DANE.
3. La edad actual del esposo Héctor Oswaldo Cifuentes Arias, 34 años.
4. La edad de las hijas de la fallecida al momento de la muerte, Jessica Hasbleidy 15 años y Leidy Marian 11 años de edad.
5. Actualizada dicha cantidad según la variación porcentual del Índice de precios del consumidor (IPC), existente entre el 5 de junio de 2011 (fecha de los hechos) y el día que quede ejecutoriada la sentencia o el auto que apruebe la conciliación si la hubiere.
6. Aplicando la fórmula de matemática financiera aceptada por el Honorable Consejo de Estado, teniendo en cuenta además la indemnización debida o consolidada y la futura o anticipada.

TERCERO.- La Empresa Social del Estado Hospital Pablo VI Bosa, por medio de sus funcionarios a quienes les corresponda la ejecución de la sentencia, dictarán dentro de los treinta (30) días siguientes, las resoluciones correspondientes en las cuales se adopten las medidas necesarias para su cumplimiento y pagarán intereses moratorios de conformidad con los

Radicado: 110013336036 2013-00386 01
Demandante: Josefa Bernate de Oviedo y otros
Demandado: ESE Hospital Pablo VI de Bosa
Sentencia de segunda instancia

artículos 192 del Código Contencioso Administrativo ley 1437 de 2011, en armonía con la Sentencia C-188 de marzo 24 de 1999 de la Corte Constitucional".

1.2. Hechos

En razón a las molestias en el estado de salud, en horas de la tarde del 5 de junio de 2011, la señora Angélica Oviedo Bernate acudió por el servicio de urgencias al Hospital Pablo VI de Bosa, en donde siendo valorada con Triage III, se le diagnosticó un cuadro síndrome de ansiedad y se le otorgó salida.

Dada la persistencia e intensificación de los síntomas, en la madrugada del 6 de junio de 2011, acudió nuevamente por el servicio de urgencias al Hospital Pablo VI de Bosa, siendo valorada con un Triage II. Mientras esperaba para ser atendida en consulta, presentó un paro cardiorrespiratorio y, pese a las maniobras de reanimación, falleció. Como causa de la muerte se indicó un tromboembolismo pulmonar masivo.

1.3. Fundamentos de la demanda

La parte demandante fundamenta sus pretensiones en que la muerte de la señora Angélica Oviedo Bernate obedeció a una falla en la prestación del servicio médico, en la medida que se realizó un diagnóstico errado de la patología que tenía y nunca se le practicó algún examen para descubrir el motivo de sus síntomas, lo que le quitó las oportunidades de sobrevivir.

1.4. Trámite procesal

- Por auto del 21 de agosto de 2013 se admitió la demanda (fls.122-123 c1).
- El 3 de septiembre de 2015 se celebró la audiencia inicial (fls.286-296 c1).
- El 2 de febrero y 12 de julio de 2016 se realizó la audiencia de pruebas (fls.339-348 y 415-419 c1).
- El 25 de abril de 2017 se profirió sentencia de primera instancia (fls.490-510 c1).
- El 8, 12 y 15 de mayo de 2017, las partes y el llamado en garantía interpusieron recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia (fls.514-524, 525-533 y 534-535 c1).
- En audiencia de conciliación del 21 de septiembre de 2017, la parte actora no asistió y se concedieron los recursos de apelación interpuesto por la parte demandada y el llamado en garantía (fls.607-608 c1).

1.5. Contestación de la demanda

- La ESE Hospital Pablo VI Bosa se opuso a las pretensiones de la demanda. Indicó que le brindó a la señora Angélica Oviedo Bernate una atención médica adecuada. Señaló que el cuadro clínico que presentó inicialmente la paciente no reflejaba una condición que ameritara una atención de urgencias, por lo que no fue pertinente solicitar exámenes destinados a priorizar la atención de urgencias. Por lo anterior, indicó que no se configuraban ninguno de los elementos para imputar responsabilidad (fls.187-197 c1).

El llamado en garantía Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. indicó que la

Radicado: 110013336036 2013-00386 01
Demandante: Josefa Bernate de Oviedo y otros
Demandado: ESE Hospital Pablo VI de Bosa
Sentencia de segunda instancia

atención del Hospital Pablo VI Bosa se ajustó a la sintomatología que presentó la paciente, sin que se evidenciara una negligencia médica o violación de protocolos (fls.245-258 c1).

Propuso como excepciones al llamamiento en garantía:

- Inexistencia del amparo reclamado por prescripción de las acciones de seguro en la modalidad de ocurrencia, en la medida que la reclamación se hizo más de dos años desde que ocurrieron los hechos.
- Prescripción de las acciones del contrato de seguro por transcurrir más de dos años desde la fecha del siniestro.
- Límite en la obligación de indemnizar, por cuanto en el caso de una eventual condena, se debía tener en cuenta los límites de cobertura y deducibles del contrato.

1.6. Pruebas aportadas al proceso

- Copia de la historia clínica de la señora Angélica Oviedo Bernate expedida por el Hospital Pablo VI Bosa (fls.28-43, 170-186, 220-231 c1).
- Copia del informe de necropsia 2011010111001002250 realizado al cuerpo de la señora Angélica Oviedo Bernate (fls.48-59 c1).
- Testimonio de la señora Ingrid Magnolia Loaiza Branch, Nelson Céspedes Cortés y Luis Enrique Aguirre García quienes hicieron alusión a hechos relacionados con las condiciones personales, laborales y familiares de la señora Angélica Oviedo Bernate (fls.138 c1).
- Interrogatorio de parte de Josefa Bernate de Oviedo y Jessica Hasbleidy Cifuentes Oviedo (fl.138 c1)
- Copia de la hoja de vida de los médicos que atendieron a la señora Angélica Oviedo Bernate en el Hospital Pablo VI Bosa (fls.362-369 y 382-401 c1)
- Testimonio técnico de Claudia Ximena Benavides y Ludwing Oscar Julio Estrada, quienes fueron los médicos que atendieron de urgencias a la señora Angélica Oviedo Bernate (fl.445 c1).
- Dictamen pericial emitido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses en relación con la atención que se brindó a la señora Angélica Oviedo Bernate en el Hospital Pablo VI Bosa (fls.379-381 c1).

1.7. Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia proferida el 25 de abril de 2017, el Juzgado 36 Administrativo de Bogotá accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda. Indicó que el señor Héctor Oswaldo Cifuentes Arias no acreditó su calidad de compañero permanente con la señora Angélica Oviedo Bernate y por ende negó las pretensiones de la demanda a su favor.

Señaló que si bien no existía una prueba que acreditara una falla en el servicio, la sintomatología que presentó la señora Angélica Oviedo Bernate, dolor torácico y ahogo o fatiga, correspondía a los síntomas de un tromboembolismo pulmonar, que se pudo haber ordenado la toma de exámenes, y en caso de no contar con los instrumentos, remitirla a una institución que contara con ellos.

No obstante, precisó que dicha actuación no garantizaba que la paciente se salvara, dado el alto grado de mortalidad por este tipo de enfermedad, pero si daba un chance de vida, por lo que bajo el concepto de pérdida de oportunidad como daño autónomo,

Radicado: 110013336036 2013-00386 01
Demandante: Josefa Bernate de Oviedo y otros
Demandado: ESE Hospital Pablo VI de Bosa
Sentencia de segunda instancia

otorgó indemnización, indicando que la misma no podía ser plena y se supeditaba al 35% de probabilidad de vida que tienen los pacientes con este tipo de enfermedad.

En cuanto al llamado en garantía, adujo que no se configuraba la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, en la medida que desde la fecha en que el asegurado tuvo conocimiento del requerimiento efectuado por los afectados, no transcurrieron más de dos años a la fecha en que se vinculó a la aseguradora (fls.490-510 c1).

1.8. Recurso de apelación

La entidad demandada indicó que actuó con diligencia en la atención de la señora Angélica Oviedo Bernate, en tanto la causa de la muerte fue una patología de carácter espontánea. Adujo que la atención fue oportuna y eficiente, en la medida que se basó en la sintomatología que presentó, la que no evidenciaba la presencia de un tromboembolismo pulmonar masivo que en la mayoría de casos la muerte es inevitable. Señaló que se está ante un hecho súbito e irresistible que no permite imputar responsabilidad (fls.525-533 c1).

El llamado en garantía señaló que no obraban pruebas que permitieran condenar por pérdida de oportunidad, lo que en todo caso no fue pedido en la demanda y es violatorio del principio de congruencia. Indicó que no se reúnen los requisitos de una pérdida de oportunidad, en tanto la probabilidad de diagnosticar un tromboembolismo pulmonar era mínima, y la sintomatología que presentó la paciente tenía mucho mayor rango de probabilidad de corresponder a otro tipo de afección. Adujo que la paciente no tenía una posibilidad real de recuperarse y el 35% de oportunidad otorgado por el juez de primera instancia no correspondía con la realidad.

Finalmente señaló que no existía una póliza vigente para el momento de los hechos que ocurrieron en el 2011, mientras que la póliza aportada por la entidad demandada tenía una vigencia sobre el año 2013, por lo que no era viable realizar un llamamiento por hechos pasados al contrato de seguro. Así mismo, indicó que la póliza no estaba constituida para amparar el daño autónomo de pérdida de oportunidad, en tanto únicamente se suscribió para garantizar daños materiales y perjuicios morales (fls.514-524 c1).

1.9. Trámite procesal en segunda instancia

- Mediante auto del 25 de octubre del 2017, se admitió el recurso de apelación interpuesto por las partes, y se ordenó correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión dentro de los 10 siguientes a la notificación del auto (fl.105c1).
- La parte actora y la entidad demandada guardaron silencio.
- El llamado en garantía reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación (fls.620-629 c1).
- El agente del Ministerio Público no rindió concepto.

II. CONSIDERACIONES

En este acápite se realizará lo siguiente: (i) el análisis de los presupuestos procesales, (ii) se establecerá el problema jurídico a resolver, (iii) se precisará el régimen de responsabilidad aplicable al caso y (iv) se estudiará el caso concreto.

Radicado: 110013336036 2013-00386 01
Demandante: Josefa Bernate de Oviedo y otros
Demandado: ESE Hospital Pablo VI de Bosa
Sentencia de segunda instancia

Cuestión previa

Si bien por auto del 25 de octubre del 2017 (fl.105c1), se indicó que se admitía el recurso de apelación interpuesto por todas las partes, debe tenerse en cuenta que ante la inasistencia de la parte actora a la audiencia de conciliación que trata el artículo 192 del CPACA, cuya consecuencia es que se declare desierto el recurso, por tal motivo no puede darse trámite al mismo.

2.1. Presupuestos procesales

2.1.1. Competencia

La Sala es competente para decidir el asunto de conformidad con el artículo 153 del CPACA en concordancia con el numeral 6 del artículo 155 del CPACA. Así mismo, de conformidad con el artículo 328 del CGP, como el fallo fue recurrido por la parte demandada y el llamado en garantía, la competencia de la Sala se circunscribe a la revisión de la materia de los recursos y al estudio de los presupuestos procesales.

2.1.2 Legitimación en la causa

Por activa

Josefa Bernate de Oviedo, Marylu Oviedo Bernate, Griselda Oviedo Bernate, Nidia Oviedo Bernate, Jeanneth Oviedo Bernate, Julio César Oviedo Bernate, Marco Fidel Oviedo Bernate, Jessica Hasbleidy Cifuentes Oviedo y Laidy Marian Cifuentes Oviedo se encuentran legitimadas en calidad de madre, hermanas e hijas de la señora Angélica Oviedo Bernate, de conformidad con los registros civiles obrantes a folios 18 y 20 al 27 del cuaderno principal.

Por pasiva

La ESE Hospital Pablo VI de Bosa se encuentra legitimada en la causa por pasiva por ser la institución que atendió a la señora Angélica Oviedo Bernate y de la que se predica la falla del servicio que presuntamente causó su muerte.

No obstante lo anterior, en atención a que por medio del Acuerdo 641 de 2016, expedido por el Consejo de Bogotá, las Empresas Sociales del Estado de Pablo VI Bosa, del Sur, Bosa, Fontibón y Occidente de Kennedy se fusionaron en la Empresa Social del Estado denominada “Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E.”, se tendrá a esta última entidad como sucesora procesal, de conformidad con el artículo 68 del CGP¹.

¹ ARTÍCULO 68. SUCESIÓN PROCESAL. Fallecido un litigante o declarado ausente o en interdicción, el proceso continuará con el cónyuge, el albacea con tenencia de bienes, los herederos o el correspondiente curador.

Si en el curso del proceso sobreviene la extinción, fusión o escisión de alguna persona jurídica que figure como parte, los sucesores en el derecho debatido podrán comparecer para que se les reconozca tal carácter. En todo caso la sentencia producirá efectos respecto de ellos aunque no concurren.

El adquirente a cualquier título de la cosa o del derecho litigioso podrá intervenir como litisconsorte del anterior titular. También podrá sustituirlo en el proceso, siempre que la parte contraria lo acepte expresamente.

Radicado: 110013336036 2013-00386 01
 Demandante: Josefa Bernate de Oviedo y otros
 Demandado: ESE Hospital Pablo VI de Bosa
 Sentencia de segunda instancia

2.1.2. Caducidad y procedibilidad del medio de control

El daño cuya reparación se demanda es la muerte de la señora Angélica Oviedo Bernate que acaeció el 6 de junio de 2011, motivo por el que al haberse presentado la demanda el 23 de mayo de 2013, previo agotamiento del requisito de procedibilidad de conciliación prejudicial (fls.64-67 c1), la Sala considera que la demanda fue presentada dentro del término de caducidad de dos años consagrado por el literal i) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA, para el medio de control de reparación directa.

Así mismo, se considera que el medio de control de reparación directa es procedente para el caso, pues se pretende la indemnización de los perjuicios causados al actor, producto de la muerte de la señora Angélica Oviedo Bernate.

2.2. Los hechos probados

a) De las anotaciones en la historia clínica del Hospital Pablo VI de Bosa, se destaca que la atención fue la siguiente:

Fecha Ingreso: 2011-06-05 19:05:43 Fecha Inicio: 2011-06-05 19:18:28 Fecha Terminación: 2011-06-05 19:27:01

[...]

Motivo de la consulta: PACIENTE CON CUADRO CLÍNICO DE 15 MINUTOS DE EVOLUCIÓN CONSISTENTE EN AHOGO FATIGA, DOLOR TORACCICO, FRIALDAD DE MANOS, PALPITACIONES, NAUSEAS EMESIS # 1..

[...]

ANTECEDENTES RELEVANTES: NIEGA ANTECEDENTE DE IMPORTANCIA.

OBSERVACIONES: NORMOCEFALO, NO LESIONES CUERO CABELLUDO, OJOS ESCLERAS NO ICTERICIA, CONJUNTIVAS ROSADAS, MUCOSA ORAL HUMEDA, FARINGE NORMAL, AMIGDALAS NORMAL, OTOSCOPIA BILATERAL NORMAL, CUELLO NO MASAS NO ADENOPATIAS, SIN INGURGITACION YUGULAR, RUIDOS CARDIACOS RITMICOS SIN SOPLOS, RUIDOS RESPIRATORIOS NO AGREGADOS, BUENA TRANSMISIÓN DEL MURMULLO VESICULAR BILATERAL, ABDOMEN BLANDO DEPRESIBLE NO MASAS NO DOLOROSO RUIDOS INTESTINALES +, SIN IRRITACIÓN PERITONEAL EXTREMIDADES NO EDEMAS, PULSOS Y PERFUSION DISTAL ADECUADOS, NEUROLÓGICO SIN DÉFICIT APARENTE SIN SIGNOS MENINGEOS NI DE FOCALIZACION, PIEL Y MUCOSAS NORMALES SIN LESIONES, RESTO DE EXAMEN FISICO CLÍNICAMENTE NORMAL.

DIAGNOSTICO: SINDROMATICO SINDROME DE ANSIEDAD
 PRIORIDAD * III

El 6 de junio de 2011, figura lo siguiente:

Las controversias que se susciten con ocasión del ejercicio del derecho consagrado en el artículo 1971 del Código Civil se decidirán como incidente.

Radicado: 110013336036 2013-00386 01
 Demandante: Josefa Bernate de Oviedo y otros
 Demandado: ESE Hospital Pablo VI de Bosa
 Sentencia de segunda instancia

Fecha Ingreso: 2011-06-06 00:53:09 Fecha Inicio: 2011-06-06 02:33:15 Fecha Terminación: 2011-06-06 02:42:20

[...]

Motivo de la consulta: PACIENTE CON CUADRO DE DOLOR EPIGASTRICO, FATIGA, NAUSEAS Y VOMITO

[...]

ANTECEDENTES RELEVANTES: OBESIDAD, SEDENTARISMO.

OBSERVACIONES: PIFR, ORL MUCOSAS HUMEDAS ROSADAS, CP: RUIDOS CARDIACOS RITMICOS SIN SOPLOS PULMONES CLAROS SIN ESTERTORES, ABDOMEN BLANDO DEPRESIBLE CON PANICULO ADIPOSO ABUNDANTE, ESTREMITADES SIMETRICAS CON TELANGIECTASIAS.SNC: ANSIOSA CONCIENTE ORIENTADA SIN DEFICIT MOTOR NI SENSITIVO

DIAGNOSTICO SINDROMATICO: DOLOR ABDOMINAL SINDROME EMETICO

PRIORIDAD * II.

En el resumen de la atención de urgencia se indicó:

Enfermedad Actual: REFIERE LA HIJA CUADRO INICIADO APROXIMADAMENTE A LAS 7 PM CON ASTENIA, PALPITACIONES, DOLOR ABDOMINAL EPIGASTRICO, VOMITO Y DIARREA, TRAJIDA A ESTA INSTITUCION Y VALORADA EN TRIAGE CON SIGNOS NORMALES FUE CLASIFICADA COMO TRIAGE III, SE DIO SALIDA CON RECOMENDACIONES, RECONSULTA A LAS 12:12 POR EXACERBACION DE SINTOMAS, SE TOMARON SIGNOS DE INGRESO TA 140/70, FC 108, FR 28 , T 36 , SE CLASIFICA COMO TIAGE II Y ALA 1:10 MINUTOS PRESENTA PARO CARRDIORESPIRATORIO PRESENCIADO POR FAMILIAR SE ACUDE A LLAMADO Y SE INICIA REANIMACION CARDIO PULMONAR AVANZADA QUE SE EXTIENDE DURANTE 60 MINUTOS SIN RESPUESTA POR LO QUE SE SUSPENDEN MANIOBRAS. HORA FALLECIMIENTO 02:10 AM

[...]

Observaciones y otros: PACIENTE QUE PRESENTO PARO CARDIORESPIRATORIO POSTERIOR AL TRIAGE SE PASA A CAMILLA DE EANIMACION, SE INICIAN COMPRESIONES TORAXICAS Y VENTILACION ASISTIDA CON AMBU, CANULA Y O2, SE CANALIZA VENA Y SE PASAN 3000 CC EN TOTAL DE SSN, ADRENALINA 4 AMP UNA C73 MINUTOS, CON TRAZO EN MONITOR DE ASISTOLIA, SE ASPIRA SECRECION HEMATICA EN RETROFARINGE, SE PRACTICA INTUBACION OROTRAQUEAL CON TUBO 7 CON EVIDENCIA DE LIQUIDO HEMATICO ENSU INTERIOR SEASPIRA Y SE CONTINUA MASAJE CARDIACO EXTERNO Y VENTILACION CON AMBU POR TUBO OT, MANIOBRAS SE CONTINUAN POR ESPACIO DE 60 MINUTOS SIN RESPUESTA POR LO QUE SE SUSPENDEN.

De la epicrisis se extrae:

Resumen de los antecedentes del paciente: ASMA NO ESPECIFICADA.

Radicado: 110013336036 2013-00386 01
 Demandante: Josefa Bernate de Oviedo y otros
 Demandado: ESE Hospital Pablo VI de Bosa
 Sentencia de segunda instancia

OBESIDAD, SEDENTARISMO, VARICES MIEMBROS INFERIORES GI

[...]

Resumen de la Evolución: PACIENTE QUE DURANTE SU ATENCION PRESENTA PARO CARDIORESPIRATORIO PRESENCIADO POR FAMILIAR, SE REALIZAN MANIOBRAS AVANZADAS DE REANIMACION CARDIOCEREBRO VASCULAR SIN RESPUESTA. PACIENTE FALLECE 2:10 AM

[...]

Diagnóstico De Ingreso: DOLOR ABDOMINAL SINDROME EMETICO

Diagnóstico de Egreso: MUERTE POR TROMBOEMBOLISMO PULMONAR MASIVO

Los testimonios técnicos de Claudia Ximena Benavides y Ludwing Oscar Julio Estrada, indicaron que el trombolismo pulmonar está dividido en tres riesgo: baja, que no tienen antecedentes; intermedia, con factores de riesgo; y alta cuando se presenten muchos factores, como la disnea, dolor en el tórax e inicio súbito de los síntomas, los que se diagnostican a través de ayudas diagnósticas. Que dar oxígeno es una medida de soporte más no para tratar un trombolismo pulmonar. Que la patología de la paciente, ante la ausencia de factores de riesgo y la edad, indicaban más una patología gastrointestinal que respiratoria, en tanto el dolor era más latente en el abdomen. El tromboembolismo tiene un diagnóstico difícil y el síntoma predominante de la paciente no era la disnea sino un dolor abdominal, y por lo tanto tenía un riesgo bajo conforme a la puntación de Welst. Que los tromboembolismos masivos tienen una mortalidad muy alta, que hacen que no tenga mayor síntoma hasta que el coágulo ha crecido y obstruye toda la circulación. Que la entidad no contaba con ayudas diagnósticas para este tipo de patologías para realizar el diagnóstico de trombolismo pulmonar. Que la sintomatología que presentó la paciente no permitía tener como primer diagnóstico un trombolismo pulmonar, en tanto no presentaba ningún factor de riesgo y sus signos vitales estaban dentro de los parámetros aceptados. Cuando se trata de un trombolismo pulmonar masivo, el inicio de los síntomas y el desenlace es muy corto.

2.4 Problema jurídico

En atención a los motivos de inconformidad expuestos en el recurso de apelación, corresponde a la Sala a determinar si conforme a las pruebas obrantes en el expediente, se encuentra acreditado que la señora Angélica Oviedo Bernate recibió un diagnóstico y tratamiento errado, ineficaz e incompleto, en la medida que no previó que la patología que presentaba podía tratarse de un tromboembolismo pulmonar.

2.5 RÉGIMEN JURÍDICO APICABLE

La Constitución Política de 1991 consagró expresamente una cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos ocasionados por la acción u omisión de las autoridades públicas. Según la norma constitucional, los elementos que configuran dicha responsabilidad son el daño antijurídico y la imputación del mismo a la entidad pública demandada.

Responsabilidad del estado por la prestación del servicio médico

En cuanto al régimen de responsabilidad aplicable en caso de daños causados en

Radicado: 110013336036 2013-00386 01
Demandante: Josefa Bernate de Oviedo y otros
Demandado: ESE Hospital Pablo VI de Bosa
Sentencia de segunda instancia

desarrollo de la prestación de servicios de salud, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido uniforme recientemente al determinar que este tipo de responsabilidad es de carácter subjetivo y su estudio deberá realizarse bajo el título de imputación de falla del servicio, por lo que para la prosperidad de las pretensiones, será necesario que dentro del expediente estén debidamente acreditados los elementos de responsabilidad: daño, falla en la actividad médica y el nexo de causalidad entre esta y el daño. Al respecto, el Consejo de Estado en sentencia del 5 de marzo de 2015, afirmó:

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha consolidado una posición en materia de responsabilidad del Estado por la prestación del servicio de salud, en virtud de la cual aquella es de naturaleza subjetiva, advirtiendo que es la falla probada del servicio el título de imputación bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria, de suerte que se exige acreditar la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquella y éste.

En materia médica, para que pueda predicarse la existencia de una falla, la Sala ha precisado que es necesario que se demuestre que la atención no cumplió con estándares de calidad fijados por el estado del arte de la ciencia médica, vigente en el momento de la ocurrencia del hecho dañoso. Del mismo modo, deberá probarse que el servicio médico no ha sido cubierto en forma diligente, esto es, que no se prestó el servicio con el empleo de todos y cada uno de los medios humanos, científicos, farmacéuticos y técnicos que se tengan al alcance²

Precisa la Sala que en los casos en los que se invoca como título jurídico de imputación la falla en la prestación del servicio médico, de conformidad con el artículo 167 del Código General del Proceso, le corresponde a la parte actora acreditar (i) el daño, (ii) la deficiente prestación del servicio médico o la omisión en la asistencia médica requerida, y (iii) el nexo de causalidad entre éste y aquella.

En efecto, para que se configure una falla en materia médica es preciso que se pruebe que la atención fue deficiente o defectuosa, esto es, no se puso al servicio del paciente, de acuerdo a las posibilidades fácticas y jurídicas, todos los recursos humanos, científicos y técnicos, o no se garantizaron los estándares de calidad establecidos por el estado del arte exigibles para recuperar o preservar la salud al momento en que ocurrió el hecho dañoso³.

No obstante lo anterior, dado que le corresponde al juez interpretar armónicamente la demanda y precisar el daño que, de acuerdo con los hechos acreditados en el expediente, es imputable a la entidad demandada y, por lo tanto, compromete su responsabilidad, la Sala considera que los actores pretenden la reparación de la pérdida de oportunidad de sobrevida de la paciente Angélica Oviedo Bernate como consecuencia de un error de diagnóstico

² Consejo de Estado, sentencia del 5 de marzo de 2015, Radicación número: 50001-23-31-000-2002-00375-01(30102), Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth. Ver sentencias: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de agosto de 2006, rad. 15772, M.P. Ruth Stella Correa Palacio; sentencia de 30 de noviembre de 2006, rad. 15201- 25063, M.P. Alier Hernández Enríquez; sentencia de 30 de julio de 2008, rad. 15726, M.P. Myriam Guerrero de Escobar.

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 27 de abril de 2011, rad. 20315, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

Radicado: 110013336036 2013-00386 01
Demandante: Josefa Bernate de Oviedo y otros
Demandado: ESE Hospital Pablo VI de Bosa
Sentencia de segunda instancia

Por lo que, la Sala verificará si los elementos que componen el daño de pérdida de oportunidad están presentes en el caso bajo estudio.

El daño

El daño que la parte demandante alega y sobre el que solicitó indemnización, consiste en el fallecimiento de la señora Angélica Oviedo Bernate, lo que se encuentra plenamente acreditado con el registro civil de defunción de la misma obrante a folio 19 del cuaderno principal.

Imputabilidad

A efectos de estudiar este elemento de responsabilidad, se hace necesario exponer la afección que presentó la señora Angélica Oviedo Bernate.

Tal como se refirió anteriormente, la causa de la muerte de la señora Angélica Oviedo Bernate, obedeció a un tromboembolismo pulmonar (TEP), que conforme a la literatura médica ha sido catalogado como *“la oclusión total o parcial de la circulación pulmonar por un coágulo sanguíneo proveniente de la circulación venosa sistémica, incluidas las cavidades cardíacas derechas. Se excluyen los embolismos de otro tipo, como aéreo, tumoral, de líquido amniótico, séptico, etc⁴”*.

Conforme a las guías para manejo de urgencias 2009, proferidas por el Ministerio de la Protección Social, se ha precisado que disminuir el riesgo de una embolia pulmonar fatal, el diagnóstico temprano y el inicio rápido de la terapia son cruciales. Así mismo, se ha indicado que la disnea⁵ inexplicable, con o sin ansiedad, el dolor pleurítico⁶, la hemoptisis, el colapso hemodinámico y la muerte súbita, son signos, síntomas y eventos que pueden ocurrir en el TEP.

Por su parte, cuando se habla de dolor torácico, que se define como cualquier molestia o sensación anómala en la región del tórax⁷, se ha indicado que el embolismo pulmonar puede ser una de sus causas. En estos casos, la disnea sin causa comprobada, aun sin angina⁸, es un síntoma preocupante, ya que representa un riesgo de morir al menos dos veces mayor que el de los pacientes con síntomas típicos.

En estos casos se debe realizar un diagnóstico diferencial con infarto agudo del miocardio, disección aórtica, tromboembolismo pulmonar, neumotórax u otras afecciones pulmonares o vasculares que requieren atención inmediata. Y como

⁴ Guías para manejo de urgencias 2009 - Ministerio de la Protección Social <https://www.minsalud.gov.co/Documentos%20y%20Publicaciones/Gu%C3%ADa%20para%20manejo%20de%20urgencias%20-Tomo%20I.pdf> – consultado el 13 de febrero de 2018 a las 12:10 p.m..

⁵ Ahogo o dificultad en la respiración

⁶ Inflamación del revestimiento de los pulmones y el tórax (la pleura). Esto ocasiona dolor torácico (generalmente agudo) al respirar o al toser. <https://www.hhp.es/blog/dolor-toracico-pleurítico/>

⁷ Ibidem.5

⁸ La angina es un dolor o molestia en el pecho que se siente cuando no hay suficiente irrigación sanguínea al músculo cardíaco - <https://medlineplus.gov/spanish/angina.html> – consultado el 13 de febrero de 2018 a las 12:10 p.m.

Radicado: 110013336036 2013-00386 01
 Demandante: Josefa Bernate de Oviedo y otros
 Demandado: ESE Hospital Pablo VI de Bosa
 Sentencia de segunda instancia

tratamiento general, entre otros aspectos, se requiere el suministro de oxígeno por cánula.

Como diagnóstico diferencial del dolor torácico, entre otros, se han indicado las siguientes afecciones:

Enfermedad	Signos y síntomas diferenciales
Reflujo gastroesofágico Espasmo esofágico	Sin cambios electrocardiográficos Pirosis Empeora al acostarse, pero también con el esfuerzo Causa común de dolor torácico.
Embolismo pulmonar	Sin congestión pulmonar en radiografía Puede simular infarto inferior: elevación del ST en DII, DIII, a VF PaO ₂ y PaCO ₂ disminuidos Hiperventilación.
Hiperventilación	Síntoma principal: disnea Frecuentemente pacientes jóvenes Adormecimiento en manos, mareo PaCO ₂ disminuido, PaO ₂ normal o elevado Una enfermedad orgánica puede ser la desencadenante.
Neumotórax espontáneo	Síntoma principal: disnea Cambios en radiografía y en auscultación Dolor localizado en hemitórax que limita la respiración.
Disección aórtica	Dolor intenso que migra hacia la espalda Disección tipo A, algunas veces obstrucción del ostium coronario derecho con signos de infarto infero-posterior Algunas veces mediastino amplio en las radiografías de tórax Soplo de regurgitación aórtica nuevo.

Revisada la historia clínica de la señora Angélica Oviedo Bernate, en efecto se tiene que en la primera consulta, pese a presentar signos de disnea y dolor torácico, la entidad demandada le dio salida, sin embargo, aun cuando adujo aduce que se impartieron recomendaciones, no obra ninguna anotación que de fe de cuáles fueron las mismas.

No obstante lo anterior, y aun en el evento de considerarse que los trastornos de ansiedad pueden presentar dolores en el pecho, náuseas y asfixia⁹, resulta evidente para la Sala que la entidad demandada no ordenó la toma de ningún examen

⁹ <https://www.cop.es/colegiados/A-00512/ansia.html> - Consejo General de Colegios de Oficiales de Psicólogos de España

Radicado: 110013336036 2013-00386 01
Demandante: Josefa Bernate de Oviedo y otros
Demandado: ESE Hospital Pablo VI de Bosa
Sentencia de segunda instancia

diagnóstico¹⁰ para descartar que la señora Angélica Oviedo Bernate podía presentar un TEP, pese a tener síntomas que si bien la podían catalogar en un bajo riesgo, no por ello debía descartarse del todo esta complicación.

Adicionalmente, siendo un tratamiento general para el dolor torácico el suministro de oxígeno, conforme a la historia clínica, la Sala no observa que cuando menos, ante un cuadro de asfixia tanto en la primera como en la segunda atención, como el que presentó la señora Angélica Oviedo Bernate, se haya realizado dicho acto.

Por lo que se analizará la pérdida de oportunidad alegada por los actores.

En cuanto a la pérdida de oportunidad para salvaguardar la vida de la Angélica Oviedo Bernate.

En torno a este tema, en reciente pronunciamiento, el Consejo de Estado¹¹ reordenó los elementos constitutivos del daño de pérdida de oportunidad en los siguientes términos:

15.3. 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.

15.3.1. 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.

15.4. Certeza de la existencia de una oportunidad. En segundo lugar se debe

¹⁰ Electrocardiograma, gasimetría arterial, ecocardiograma, gammagrafía – radiografía de tórax – angiografía por tomografía axial computarizada - Guía de manejo de urgencias – Ministerio de Protección Social

¹¹ Consejo de Estado, sentencia del 5 de abril de 2017, Radicación número: 170012331000200000645-01 (25706), Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero.

Radicado: 110013336036 2013-00386 01
Demandante: Josefa Bernate de Oviedo y otros
Demandado: ESE Hospital Pablo VI de Bosa
Sentencia de segunda instancia

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”⁷¹ de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido incólume la expectativa de obtener el beneficio o de evitar el detrimento correspondientes.

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

Estudiados en conjunto los anteriores elementos constitutivos del daño de pérdida de oportunidad, la Sala considera que en el presente caso se configuran, en tanto conforme a la literatura médica, el tratamiento adecuado y oportuno de la tromboembolia pulmonar disminuye la probabilidad de mortalidad del 30% al 2-8%¹².

Quiere decir lo anterior que se estaba ante la existencia de una oportunidad para salvaguardar la vida de la señora Angélica Oviedo Bernate, que se vio menoscabada con la falta de diagnóstico oportuno de la afección y su posterior tratamiento caso, para el que la entidad no ordenó la toma de ningún examen diagnóstico.

Conforme lo ha señalado el Consejo de Estado, la actividad médica no es una actividad infalible sino una ciencia probabilística basada en hipótesis, cuyo ejercicio está sorteado por factores aleatorios, a los profesionales de la salud no se les puede exigir el deber de acertar matemáticamente en el diagnóstico o tratamiento adecuado, por lo que la falla en el servicio, objeto de censura, no es el hecho de que el personal médico no acierte en la ruta terapéutica en orden a mitigar o superar la patología, sino el que por su negligencia e impericia no agote todas las previsiones que la *lex artis* sugiere a efectos de atemperar los males sufridos por los pacientes¹³.

En el presente caso, dado que se encuentra acreditado que la entidad demandada no realizó ninguna actuación tendente a descartar que la señora Angélica Oviedo Bernate podía presentar un tromboembolismo pulmonar, dicha situación claramente

¹²http://www.revistasbolivianas.org.bo/scielo.php?pid=S1813-00542011000100007&script=sci_arttext

¹³ *Ibíd*em - 13

Radicado: 110013336036 2013-00386 01
Demandante: Josefa Bernate de Oviedo y otros
Demandado: ESE Hospital Pablo VI de Bosa
Sentencia de segunda instancia

compromete su responsabilidad y por lo tanto habrá lugar a confirmar dicha declaratoria.

En cuanto al recurso formulado por llamado en garantía.

Aclarado que la demanda se basa en una pérdida de oportunidad por un indebido diagnóstico, la sentencia atacada no es violatoria del principio de congruencia, de manera que siendo posible haber diagnosticado un tromboembolismo pulmonar, resulta latente la declaratoria de responsabilidad del Hospital Pablo VI de Bosa.

Por su parte, en cuanto a la posibilidad real que tenía la señora Angélica Oviedo Bernate de recuperarse, a diferencia de lo señalado por el juez de primera instancia, quien consideró un 35%, conforme a la literatura médica esta Sala pudo corroborar que de haberse diagnosticado y tratado a tiempo, el chace de probabilidad de recuperación era mucho mayor, sin embargo, dado que dicho aspecto no fue objeto de reparo alguno por la parte actora, habrá lugar a confirmar el mismo y la indemnización otorgada bajo dicho parámetro.

En cuanto al hecho según el que no existía una póliza vigente para el momento de los hechos que ocurrieron en el 2011, encuentra la Sala que al proceso se aportó copia auténtica 3420311000429 con una vigencia del 28 de febrero de 2011 al 31 de diciembre de 2012, suscrita entre el Hospital Pablo VI de Bosa y Mapfre, para, entre otros aspectos, amparar la responsabilidad civil derivada de cualquier acto médico a raíz de la prestación de servicios profesionales de atención en salud.

Finalmente, en lo que hace referencia a que la póliza no estaba constituida para amparar el daño autónomo de pérdida de oportunidad, en tanto únicamente se suscribió para garantizar daños materiales y perjuicios morales, la Sala pone de presente que el Consejo de estado estableció unos parámetros para cuantificar la indemnización por pérdida de oportunidad, al respecto dicha Corporación señaló:

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

- i)* El fundamento del daño sobre el cual se erige el débito resarcitorio radica en el truncamiento de la expectativa legítima, de ahí que su estimación no solo será menor a la que procedería si se indemnizara el perjuicio final, es decir, la muerte o la afectación a la integridad física o psicológica, sino proporcional al porcentaje de posibilidades que tenía la víctima de sobrevivir o de mejorar sus condiciones de salud.
- ii)* La expectativa se cuantificará en términos porcentuales, teniendo en cuenta que está ubicada en un espacio oscilante entre dos umbrales, esto es, inferior al 100% y superior al 0%, ya que por tratarse de una probabilidad no podría ser igual o equivalente a ninguno de los dos extremos, máxime si se tiene en cuenta que en materia médica incluso los índices de probabilidad más débiles siguen representado intereses valiosos para el paciente y sus seres queridos, en consideración a la fungibilidad de la vida y el anhelo por prolongarla; por lo anterior, dicho truncamiento no puede menospreciarse y dejar de repararse, so pretexto de una indeterminación invencible.
- iii)* No es procedente indemnizar la pérdida de oportunidad como un perjuicio

Radicado: 110013336036 2013-00386 01
Demandante: Josefa Bernate de Oviedo y otros
Demandado: ESE Hospital Pablo VI de Bosa
Sentencia de segunda instancia

independiente que deba ser resarcido por fuera del concepto de perjuicios materiales *-daño emergente y lucro cesante-*, inmateriales *-daño moral y daños a bienes constitucionales y convencionales-* y daño a la salud, reconocidos por la Corporación, puesto que hacerlo conduciría a desconocer el objeto primordial del instituto de la responsabilidad, esto es, el principio de la reparación integral, ya que las víctimas serían, sin razón alguna, resarcidas parcialmente a pesar de que el actuar del demandado cercenó una expectativa legítima. En efecto, el truncamiento de una expectativa legítima genera diferentes tipos de perjuicios que deben ser indemnizados, es decir, si es de naturaleza material, será indemnizada de conformidad con este criterio o, si por el contrario es de naturaleza inmaterial, la reparación será de índole inmaterial¹⁴.

- iv) No es procedente indemnizar la pérdida de oportunidad por el porcentaje de probabilidades que resulten de la acreditación del vínculo causal entre la falla y el daño final, habida cuenta de que la pérdida de oportunidad constituye una fuente de daño cuya reparación depende de lo probado en el proceso.
- v) El porcentaje de probabilidades de la expectativa legítima truncada debe establecerse a través de los diferentes medios de prueba que obran en el proceso *-regla general-*. Ahora, si no se puede determinar dicho porcentaje de la pérdida de oportunidad *-perspectiva cuantitativa-*, pese a encontrarse acreditado el daño antijurídico cierto y personal *-perspectiva cualitativa-*, deberá el juez de la responsabilidad, tal como lo ha señalado la doctrina¹⁵, bien sea a) declarar en abstracto la condena y fijar los criterios necesarios para que, mediante un trámite incidental, se realice la cuantificación del perjuicio, o bien b) acudir a criterios de equidad¹⁶, eje rector del sistema de reparación estatal, *-artículo 230 de la Constitución*

¹⁴ Esta postura ha sido también sostenida por la doctrina nacional donde se considera que *-para casos de responsabilidad médica-* si es posible que se pueda indemnizar materialmente a la víctima que vio frustrada una oportunidad, pero de manera proporcional al grado de probabilidad que tenía de que la misma se realizará o evitara, en caso contrario, según el autor, se estaría negando la reparación integral de los perjuicios sufridos por la víctima: *“insistimos en considerar de recibo la nueva posición del Consejo de Estado en las sentencias del 8 de junio de 2011 y del 7 de julio del mismo año, de ver a la pérdida de la oportunidad como un daño autónomo, pero no la consecuencia que deviene de esa postura, toda vez que al acoger la tesis de que la pérdida de la oportunidad es un nuevo rubro a indemnizar, diferente a los perjuicios tradicionalmente aceptados como el daño emergente, el lucro cesante, el daño moral y el daños a la vida en relación, se puede limitar la posibilidad de indemnización de las consecuencias que ese daño genera en el patrimonio de la víctima, violando así la regla de la indemnización integral del daño”* GIRALDO GÓMEZ, Luis Felipe, *La pérdida de la oportunidad en la representación civil. Su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, p. 262.

¹⁵ TAMAYO JARAMILLO, *Tratado de Responsabilidad Civil*, 2007, p. 338 y 341; Martínez Rave, *La Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia*, 1986, p. 126; HENAO, Juan Carlos. *El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 42 y 43.

¹⁶ Esta Sala ha aplicado a otros casos la equidad como fundamento para cuantificar el perjuicio por la pérdida de oportunidad: Ver. Consejo de Estado, Sala Plena de Sección Tercera, sentencia de 12 de julio de 2012, rad. 15,024, M.P. Danilo Rojas Betancourth

Radicado: 110013336036 2013-00386 01
Demandante: Josefa Bernate de Oviedo y otros
Demandado: ESE Hospital Pablo VI de Bosa
Sentencia de segunda instancia

Política y 16 de la Ley 446 de 1998¹⁷-, a fin de reparar en forma integral el daño imputable a los demandados¹⁸.

- vi) Ahora, si no es posible fijar científica y técnicamente el porcentaje de probabilidades, la cuantificación del porcentaje de posibilidades truncadas se determinará excepcionalmente, como sucede en otros ordenamientos jurídicos¹⁹, en un 50%, el cual se aplicará para la liquidación de los perjuicios materiales e inmateriales, de manera que, en virtud de la equidad y la igualdad procesal que debe prohiarse entre las partes, no importa si el porcentaje de posibilidades frustradas haya podido fluctuar entre el 0.1 y el 99%, habida cuenta de que, sin haber podido aplicar la regla general, bastará que se hayan acreditado los elementos de la pérdida de oportunidad, es decir que se constate cualitativamente un truncamiento de la oportunidad que afecte el patrimonio de los demandantes para que proceda la reparación por excepción. Dicha excepción se justifica porque aunque haya ausencia cuantitativa del porcentaje de probabilidad de la expectativa legítima truncada, dicha expectativa sigue de todas maneras representado un menoscabo a un bien material o inmaterial que fue arrancado del patrimonio de la víctima y, por ello, debe ser reparada.

Conforme a lo anterior, la indemnización por pérdida de oportunidad, no se trata de un perjuicio independiente separado del concepto de perjuicios materiales -daño emergente y lucro cesante-, e inmateriales -daño moral y daños a bienes constitucionales y convencionales- y daño a la salud. Lo anterior, en la medida que en aplicación del principio de la reparación integral, las víctimas de un daño no están sometidas a ser resarcidas parcialmente a pesar de que el actuar del demandado cercenó una expectativa legítima.

Todo lo contrario, dicho truncamiento de una expectativa legítima genera diferentes tipos de perjuicios que deben ser indemnizados, que en el presente caso deben analizarse bajo el concepto de daño moral y material en calidad de lucro cesante futuro, que fueron los únicos solicitados en la demanda, de suerte que tal como lo reconoció el llamado en garantía, se encuentran amparado en la póliza

¹⁷ “Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”.

¹⁸ En casos de pérdida de oportunidad en materia de acceso a la administración de justicia, la Sala ha acogido igualmente criterios de equidad para calcular el porcentaje de la probabilidad pérdida. Al respecto, la Sala en sentencia del 31 de mayo de 2016, rad. 38047, M.P. Danilo Rojas Betancourth conoció de la pérdida de oportunidad con ocasión de una declaratoria de prescripción de la acción civil y consideró de acuerdo con las pruebas que obraban en el proceso que la expectativa que tenía la parte civil de que se le resarciera pecuniariamente en el proceso judicial estaban calculadas en un 75%. En similar sentido se puede consultar la sentencia de la Subsección B del 31 de mayo de 2016, rad. 38267, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

¹⁹ La sentencia n.º 948 del 16 de enero de 2011 proferida por la Sala Civil del Tribunal Supremo de España, M.P. Seijas Quintana, considera que, ante la ausencia del porcentaje de probabilidades truncadas, para casos de defecto de información médica, se debe fijar la cuantía en un factor de corrección aproximado del 50% a la cuantía resultante, esto es, reducir a la mitad la indemnización resultante del total del perjuicio valorado. Cfr. SAIGÍ-ULLASTRE, AAVV, “Cuantificación de la Pérdida de Oportunidad en Responsabilidad Profesional Médica”, *Revista Española de Medicina Legal*, Órgano de la Asociación Nacional de Médicos Forenses, vol. 39, 2013, p. 159.

Radicado: 110013336036 2013-00386 01
Demandante: Josefa Bernate de Oviedo y otros
Demandado: ESE Hospital Pablo VI de Bosa
Sentencia de segunda instancia

3420311000429.

Liquidación de perjuicios.

Aclarado que, al realizarse la condena bajo la órbita de una pérdida de oportunidad, esta comprende la indemnización de los perjuicios que se hayan causado, en atención a que en primera instancia solo se reconocieron perjuicios morales, la Sala estudiará el mismo.

Perjuicios morales.

En casos de muerte, la jurisprudencia ha considerado que en relación con los parientes cercanos de la víctima directa, se puede presumir este tipo de perjuicio, y en atención a que el monto establecido por el juez de primera instancia no fue recurrido, habrá de confirmarse el mismo, haciendo la precisión que equivaldrá al valor del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

Por lo anterior se modificará la sentencia en lo relacionado con la inclusión del reconocimiento de perjuicios materiales, y conforme al acápite de legitimación en la causa por pasiva, dada la sucesión procesal en cabeza de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E., se adecuará la condena en su contra.

COSTAS

De conformidad con lo señalado en el artículo 188 del CPACA y el numeral primero del artículo 365 del CGP, se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandada y llamado en garantía, a quienes se les resolvió desfavorablemente los recursos de apelación. En atención a la naturaleza del medio de control y la duración de la actuación de segunda instancia, se fija como agencias en derecho a favor de la parte actora, conforme a lo previsto en el numeral 3.1.3 del artículo 6 del Acuerdo N° 1887 de 2003, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, la suma equivalente al 2% del valor de las pretensiones reconocidas.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA – SECCION TERCERA – SUBSECCIÓN B, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO. MODIFICAR la sentencia del 25 de abril de 2017, proferida por el Juzgado 36 Administrativo de Bogotá, la que quedará así:

PRIMERO: DECLARAR imprósperas y no probadas las excepciones formuladas por la llamada en garantía MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: DECLARAR administrativamente responsable a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E., por la pérdida de oportunidad de que ANGELICA OVIEDO BERNATE hubiere conservado su salud y vida, de conformidad con lo expuesto en las

Radicado: 110013336036 2013-00386 01
Demandante: Josefa Bernate de Oviedo y otros
Demandado: ESE Hospital Pablo VI de Bosa
Sentencia de segunda instancia

consideraciones.

TERCERO: CONDENAR a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E., a pagar a los demandantes JOSEFA BERNATE DE OVIEDO, MARYLU OVIEDO BERNATE, GRISELDA OVIEDO BERNATE, NIDIA OVIEDO BERNATE, JEANNETH OVIEDO BERNATE, JULIO CESAR OVIEDO BERNATE, MARCO FIDEL OVIEDO BERNATE, JESSICA HASBLEIDY CIFUENTES OVIEDO y la menor LEIDY MARIAN CIFUENTES OVIEDO, representada por el señor HECTOR OSWALDO CIFUENTES ARIAS, la suma equivalente a treinta y cinco (35) S.M.L.M.V., para cada uno de ellos, a título de pérdida de la oportunidad como daño autónomo, en los términos expuestos en la parte considerativa de la presente decisión.

La condena aquí impuesta deberá ser liquidada conforme al valor del salario mínimo vigente a la fecha de ejecutoria de la sentencia

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda, y las solicitadas por el demandante HECTOR OSWALDO CIFUENTES ARIAS, por lo expuesto en la parte motiva.

QUINTO: CONDENAR a la llamada en garantía MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., a pagar o a reembolsar el pago que la demandada SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E., haga o tuviere que hacer a los demandantes, en virtud de la condena emitida en el numeral TERCERO de esta providencia, los valores allí reconocidos, teniendo en cuenta los deducibles y el límite estipulado en la Póliza No 3420311000429.

SEXTO: Las condenas se cumplirán en los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas a la parte demandada y fijar como agencias en derecho, el uno por ciento (1%) de las pretensiones de la demanda, reconocidas en el presente fallo.

OCTAVO: NOTIFICAR la presente sentencia de conformidad con lo establecido en el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

NOVENO: Contra la presente sentencia procede recurso de apelación, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

SEGUNDO. Condenar en costas de segunda instancia a la parte demandada y llamado en garantía. Se fijan como agencias en derecho la suma equivalente al 2% del valor de las pretensiones reconocidas, a favor de la parte actora.

TERCERO. En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen. La Secretaría del Juzgado de origen deberá liquidar los gastos del proceso y entregarlos a la parte actora, en caso que no sean reclamados dentro de los dos años siguientes a la liquidación de los mismos, se declarará la prescripción de los gastos del proceso a favor del Consejo Superior de la Judicatura o de la entidad que

Radicado: 110013336036 2013-00386 01
Demandante: Josefa Bernate de Oviedo y otros
Demandado: ESE Hospital Pablo VI de Bosa
Sentencia de segunda instancia

haga sus veces.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,
(Aprobado en sesión de la fecha, acta No.)

FRANKLIN PÉREZ CAMARGO
Magistrado

HENRY ALDEMAR BARRETO MOGOLLÓN
Magistrado
LECC

CARLOS ALBERTO VARGAS BAUTISTA
Magistrado