

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN “C”

Magistrado Ponente: FERNANDO IREGUI CAMELO

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de diciembre de dos mil veinte (2020)

MEDIO DE CONTROL REPARACIÓN DIRECTA

Radicado:	11001-33-31-032-2011-00126-01
Actor:	LUZ MYRIAN ZIPA GONZÁLEZ Y OTROS
Demandado:	HOSPITAL LA VICTORIA III NIVEL Y OTROS
Tema:	No se encuentra probada la falla en el servicio médico por pérdida de oportunidad
Sentencia N°:	SC3 – 12 – 20 – 2743
Sistema:	ESCRITURAL

Asunto: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Surtido el trámite de ley, sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado 62 Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Tercera, el 10 de octubre de 2018, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

II. ANTECEDENTES

2.1 Pretensiones¹

La señora Luz Myrian Zipa González, y el señor Iván Darío Rodríguez Beltrán, en nombre propio y en representación de sus hijas Sharik Hasbleidy Acuña Zipa y Brigny Yuliana Acuña Zipa; y el señor Joel Esneider García Zipa, y las señoras Jessica Alejandra García Zipa y Leomenilde González González, a través de apoderado judicial, promovieron demanda en ejercicio de la acción de Reparación Directa, contra el Hospital la Victoria III Nivel, E.S.E., Hospital el Tunal III Nivel E.S.E., hoy Subredes Integradas de Servicios de Salud de Centro Oriente y Sur, y la Caja Colombiana de Subsidio Familiar- COLSUBSIDIO, por los perjuicios que les fueron causados, con motivo de la presunta falla en la atención en salud que le fue brindada a la señora Luz Myrian Zipa González, relacionada con las dolencias físicas padecidas el 16 de octubre de 2008 y que derivaron en la extirpación del seno izquierdo.

¹ Folio 83 c. 1

Como consecuencia de la anterior declaración, condenar a las demandadas a reconocer y pagar los perjuicios morales y materiales causados a los accionantes.

2.2. Hechos²

El apoderado judicial de la parte demandante reseñó los hechos de los cuales se destacan:

-. Luego de varios quebrantos en su salud, la señora Luz Myrian Zipa González se presentó al Centro de Salud Juan Bonal el día 16 de octubre de 2008, como beneficiaria del sistema subsidiado de salud de la Caja Colombiana de Subsidio Familiar- COLSUBSIDIO. Dicho Centro de Salud remitió a la paciente al servicio de ginecología del Hospital del Carmen.

-. El día 4 de noviembre de 2008 fue valorada por el Hospital del Carmen y luego de realizar una ecografía, determinó su traslado al Hospital El Tunal. En esta última institución fue diagnosticada con enfermedad "Fibroquística", dándole una orden para ecografía en tres meses y vitamina E.

-. En el término de tres meses, volvió a control y fue informada del mismo diagnóstico, formulándole nuevamente vitamina E. Sin embargo, la paciente insistía en el crecimiento de una masa, con lo que se accedió a la realización de biopsia del seno izquierdo.

-. El día 14 de mayo de 2009 finalmente fue diagnosticada de un tumor maligno, luego de un examen realizado por el Hospital El Tunal. Informa la actora que, frente a esto, la institución decidió cambiarla de médico tratante, quien le explicó sobre su remisión a una institución con la especialidad de oncología.

-. La demanda añade que la paciente fue remitida al Hospital La Victoria, donde en varias ocasiones le informan que no contaban con el especialista de oncología requerido, dando demora con esto a su tratamiento de carácter urgente.

-. Posteriormente, la Caja de Subsidio Familiar Colsubsidio remitió a la paciente a la Clínica San Diego, donde fue atendida solo hasta el 3 de agosto de 2009 y se ratifica su diagnóstico de cáncer. En dicha institución le informan también que el tratamiento más viable consistía en la extirpación del seno, ya que la quimioterapia no se suponía eficaz ante el estado avanzado de la enfermedad.

-. Pese a lo anterior, los demandantes infieren que los exámenes y citas dadas a la señora Luz Myrian Zipa González fueron demoradas, y que en alguna oportunidad tuvo que acudir a la Personería Distrital para la realización de algunos exámenes urgentes.

² Folios 85 c. 1

-. Mediante acción de tutela, con fallo del 22 de octubre de 2009, logró que se ordenara a la Caja Colombiana de Subsidio Familiar- COLSUBSIDIO a autorizar y realizar a la señora Luz Myrian Zipa González, la cirugía del seno, con el cubrimiento total del costo por la entidad tutelada.

-. Informa que luego de un año de la solicitud, le fue realizada la intervención quirúrgica, resultado que según los accionantes pudo evitarse con una valoración y atención médica oportuna.

-. En ese sentido, explican que, la señora Luz Myrian Zipa González sufrió perjuicios materiales, morales, psicológicos y de relación, quien, junto con su familia, solicita indemnización.

2.2. Hospital La Victoria III Nivel E.S.E., hoy Subred Integrada de Servicios de Salud de Centro Oriente.

Con memorial del 7 de octubre de 2011³, el apoderado de la entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda con el argumento de que, en el trámite del proceso, no se demostró falla en la prestación del servicio por negligencia o descuido por parte del servicio médico brindado a la señora Luz Myrian Zipa González.

La entidad no acepta la responsabilidad que le endilga la parte actora, porque infiere que el servicio de salud se prestó de forma oportuna y eficaz conforme a los protocolos médicos y los reglamentos impartidos por la Secretaría de Salud Distrital. Infiere que hubo un mal direccionamiento de la paciente por parte de la Caja de Subsidio Familiar Colsubsidio, ya que este hospital no contaba con la especialidad de oncología, sin embargo, durante el tiempo que estuvo atendida por esta institución, se le brindaron los servicios pertinentes para atender su patología.

Precisa que la parte actora no puede atribuir el origen de incubación y fortalecimiento del cáncer a esta entidad, cuando dicha patología no se adquiere de forma hospitalaria.

En ese sentido, solicita se nieguen las pretensiones de la demanda.

2.3.- Hospital el Tunal E.S.E., hoy Subred Integrada de Servicios de Salud del Sur.

Mediante radicado del 23 de noviembre de 2011⁴, la entidad demandada contestó la demanda de la referencia y solicitó se nieguen las pretensiones de la demanda elevadas en su contra por las siguientes razones:

³ Folio 119 a 125 c. 1

⁴ Folio 193 a 206 c. 1

Conforme a las pruebas aportadas al proceso, se evidencia que no existen elementos de juicio que permitan responsabilizar al Hospital El Tunal II Nivel por la salud de la paciente Luz Myrian Zipa González; por el contrario, la atención médica fue oportuna para la paciente.

Explica que, en el dictamen del Comité Técnico Científico del hospital, con el Protocolo de la historia Clínica y, sobre todo, con el examen realizado a la paciente y oportunidad de diagnóstico, se demuestra que no se dio una falla médica, por el contrario, muestran que el Hospital el Tunal ESE, fue diligente, prudente, oportuno y eficaz en la atención suministrada a la paciente, a quien siempre buscó salvaguardarle y proteger su vida.

En ese sentido, no encontrándose probado el daño respecto a este hospital, solicita se desestimen las pretensiones elevadas por los demandantes.

2.4.- Demandada- Caja Colombiana de Subsidio Familiar- COLSUBSIDIO

Con memorial del 12 de agosto de 2013⁵, se opuso a las pretensiones de la demanda, al considerar que las imputaciones en su contra no se encuentran fundamentadas.

Explica que, conforme a lo regulado por el Acuerdo No. 306 del 18 de noviembre de 2005 “*Por medio del cual se define el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado*” expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud,⁶ cualquier evento para la promoción de la salud y prevención de la enfermedad, relacionado con la mamografía, o procedimientos conexos, no están incluidos en el POS, por lo tanto, corresponde a la Secretaría de Salud como ente Territorial, con recursos de subsidio a la salud, autorizar los procedimientos afines. Por lo anterior, cualquier demora u omisión en la atención médica previa o anterior al diagnóstico, es un evento No POS, y por ende, no corresponde responsabilidad alguna a Colsubsidio como EPS.

Reitera que la accionada, por acción u omisión de sus agentes prestadores de salud, no ha generado conducta que conculque daño a los accionantes, por el contrario, cumplió con su deber de medios para la atención en la salud de la señora Luz Myrian Zipa González.

En el caso concreto, informa que, cuando se presentó el evento POS.S – servicio de mamografía- requisito esencial para que surja la obligación prestacional a cargo de COLSUBSIDIO EPS, la entidad obró con pertinencia, calidad y eficiencia, pues inclusive ordenó cirugía de reconstrucción de seno de la paciente y actualmente se le brinda la atención médica requerida.

De otro lado, explica que, con ocasión del cumplimiento de sus funciones en el área de oncología, suscribió contrato con la Clínica San Diego, donde se le brindó a la

⁵ Folio 260 c. 1

⁶ Acuerdo derogado por el artículo 86 del Acuerdo CRES 3 de 2009.

demandante Luz Myrian Zipa González los servicios de salud requeridos de forma oportuna y de calidad, no obstante, la paciente no siguió las recomendaciones y tratamientos sugeridos por los galenos (como tratamiento con 4 ciclos con taxanos y la posibilidad de oforectomía bilateral).

Adiciona que son claros los preceptos legales que regulan la prestación de los servicios médicos, al señalar que la atención, consulta y actividades previas al día en el que se diagnosticó el cáncer a la demandante, constituyen EVENTOS NO POS, y por tanto, bajo la figura de “subsidio a la oferta”, la cobertura y responsabilidad de tales eventos NO POS corresponden al Ente Territorial y jamás a la EPS.

Precisamente, en ejercicio de tales mandatos legales, el Ente Territorial debió suscribir contratos con el Hospital el Tunal, el de la Victoria y demás instituciones de salud que atendieron a la demandante, con el fin de atender los requerimientos frente al diagnóstico del Cáncer.

2.5.- Llamado en garantía- La Previsora S.A. Compañía de Seguros.

Dicha a aseguradora, como llamado en garantía por parte del Hospital La Victoria III Nivel E.S.E., hoy Subred Integrada de Servicios de Salud de Centro Oriente, solicita se tengan en cuenta los límites y sublímites a la cobertura respecto al valor de la póliza y la aplicación del deducible pactado.

III. DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En Sentencia del 10 de octubre de 2018, el Juzgado 62 Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá⁷, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por el HOSPITAL LA VICTORIA III NIVEL E.S.E., HOY SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD DE CENTRO ORIENTE., conforme a la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR probadas las excepciones de “Inexistencia de responsabilidad por ausencia de falla del servicio” e Inexistencia de hechos que configuren una clara y evidente responsabilidad de Colsubsidio”, propuestas por la CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR- COLSUBSIDIO EPS., conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: NEGAR las demás excepciones propuestas por la parte demandada y la sociedad llamada en garantía, al no haberse encontrado probadas

CUARTO: NEGAR las pretensiones de la demanda, por os motivos expuestos en la parte considerativa de esta providencia.

⁷ Folios 1119 a 1134 c. 7

QUINTO: *Sin codena en costas (...)*”

Previa síntesis de las etapas procesales y de las posiciones jurídicas de las partes, el A-quo analizó los cargos formulados y las pruebas allegadas, con lo que determinó que en principio se encuentra acreditado el daño, comoquiera de la lectura de la Historia Clínica, el día 10 de noviembre de 2009 la Clínica San Diego realizó a la paciente Luz Myrian Zipa González extirpación total del seno izquierdo como consecuencia de la lesión de tipo carcinoma canalicular infiltrante.

Como bien se analizó por parte del Juzgado de primera instancia, el perjuicio alegado debe ser estudiado bajo la teoría de la pérdida de oportunidad del servicio de salud. En ese sentido, atendiendo a las pruebas allegadas al plenario valoró las circunstancias del carácter aleatorio que llevaron a la extirpación del seno izquierdo sobre su probabilidad de conservarlo.

Si bien se advierte que entre el 13 de noviembre de 2008, cuando el Hospital el Tunal III Nivel E.S.E. atendió por primera vez a la paciente, y el 14 de mayo de 2009, cuando se probó la presencia de una masa maligna en el seno izquierdo, es un término excesivo para brindar un tratamiento por las afecciones presentadas por la paciente, el plenario carece de pruebas para afirmar que estos ocho meses implicaron una tardanza que se tradujo en el empeoramiento de la condición médica de la paciente o una pérdida de oportunidad de manejar la enfermedad cancerígena.

Ante la ausencia de una prueba pericial que ahonde más en este aspecto, observó de las historias clínicas aportadas al plenario que, desde el primer día de atención, el Hospital El Tunal III Nivel E.S.E., el 13 de noviembre de 2008 realizó valoración física, describiendo como no dolorosa la presencia de la masa en la paciente, y ordenó desde ese momento la realización de una ecografía mamaria que reportó “mastopatía fibroquística”, descartando la presencia de masas sólidas o que la masa en el seno izquierdo fuera un tumor maligno. Dicho diagnóstico fue confirmado luego de realizar una ecografía mamaria.

Luego de recibir tratamiento, y posterior a la realización de un examen tipo “bacaf” y oncología mamaria, se determinó el diagnóstico de “tumor maligno” en el seno izquierdo de la paciente de categoría IIB.

Frente a dicha situación, y ante la solicitud elevada a la Caja Colombiana de Subsidio Familiar COLSUBSIDIO IPS, se trasladó a la paciente a la Clínica San Diego S.A.S. donde se corrobora el diagnóstico, y el 20 de octubre de 2009 ordena la práctica de mastectomía radical modificada unilateral del seno izquierdo, la cual se realizó el 10 de noviembre de 2009.

Concluye el A-quo, contrario a lo informado en la demanda, que desde el 16 de octubre de 2008 y hasta el 10 de noviembre de 2009, los entes hospitalarios demandados atendieron a la señora Luz Myrian Zipa González de manera oportuna,

adecuada y suficiente, pues no se vislumbra una tardanza entre las consultas, los exámenes y la lectura de los mismos entre uno y otro procedimiento.

Desvirtuó la presunta demora en el diagnóstico por parte de las entidades demandadas porque el Hospital el Tunal E.S.E., hoy Subred Integrada de Servicios de Salud del Sur, practicó ecografías, bacaf y biopsia; por su parte, el Hospital La Victoria III Nivel E.S.E., hoy Subred Integrada de Servicios de Salud de Centro Oriente, no practicó examen alguno por no tener la especialidad que requería para el tratamiento de cáncer diagnosticado. Con esto, insiste el A-quo que las entidades hospitalarias demandadas cumplieron con el protocolo establecido y diagnosticaron los padecimientos de acuerdo a la especialidad y tecnología que tenían en el momento.

Por último, refiere que no hay prueba alguna que revele que de haberse diagnosticado el cáncer de seno a la señora Luz Myrian Zipa González antes del 15 de mayo de 2009 y tratado de manera inmediata, el estado del cáncer fuese menor que grado IIB, y tampoco que la mastectomía conservadora fuera el tratamiento a preferirse sobre la mastectomía total/radical, atendiendo a que el cáncer de la paciente era de tipo infiltrante o invasivo.

Por lo anterior, decidió negar las pretensiones de la demanda y por sustracción de materia, no estudiar la responsabilidad del llamado en garantía.

IV. DEL ESCRITO DE APELACIÓN.

El apoderado judicial de la parte demandante, dentro del término legal, presentó recurso de apelación⁸ contra la sentencia de primera instancia donde solicita se tengan en cuenta los supuestos negativos del daño por la pérdida de oportunidad en materia médica. En el presente caso, infiere la parte actora que dichos elementos se configuran por las siguientes razones:

-. La señora Luz Myrian Zipa González no fue atendida por sus padecimientos de salud primigenios y, por el contrario, madrugaba a hacer fila de un lado a otro para solicitar que la atendieran.

-. Se configuró un error de diagnóstico por parte de la Dra. Patricia Gómez, al haber determinado en el mes de noviembre de 2008 que la patología de la víctima encuadraba con una fibrosis, descartando el cáncer de seno. El único examen realizado fue el tacto, sin enviar a la paciente a otro examen adicional, aspecto que concluyó en que el cáncer se robusteciera y terminara con amputación del seno izquierdo.

-. Con esto, se le impidió a la paciente la posibilidad de contrarrestar la enfermedad del Cáncer desde sus inicios, ya que su tratamiento se inició un año después de

⁸ Folios 1136 a 1151 c. 7

que la señora Luz Myrian Zipa González requirió la atención médica, generando por esta omisión del deber de prestación del servicio de salud en oportunidad, tener la posibilidad de sobrevivir, y evitar la extirpación de su seno y la metástasis que hubiera degenerado su salud, su calidad de vida y su expectativa de sobrevivencia.

Resalta el hecho de que, a pesar de conocer su diagnóstico de cáncer, se remitiera a la paciente al Hospital La Victoria III Nivel E.S.E., hoy Subred Integrada de Servicios de Salud de Centro Oriente., institución que no cuenta con especialista para tratar sus patologías, demorando aún más su adecuado tratamiento.

Insiste que la pérdida de oportunidad de seguir una vida plena y larga se desvaneció cuando la paciente Luz Myrian Zipa González fue atendida por la Dra. Patricia Gómez, quien solamente al tacto determinó el diagnóstico errado de “Enfermedad Fibroquística”, con orden de ingesta de vitamina E, e igualmente le ordenó la toma de una ecografía, cuando debió ordenar una biopsia para informar un diagnóstico más acertado.

Precisa que transcurrió bastante tiempo en la búsqueda de un médico especialista, demora injustificada que no le correspondía soportar y solo mediante Tutela, la EPS Colsubsidio la remitió a una institución que contaba con médico oncólogo, dejando a la señora Luz Myrian Zipa González en la desesperanza sobre un tratamiento oportuno para su patología.

Debe tenerse en cuenta el testimonio rendido por el médico Luis Flores, quien explicó que, al momento de la cirugía de extirpación de seno izquierdo, el cáncer se encontraba en un estadio 2D y que, para llegar al mismo, pudo haber pasado un lapso de tiempo de, entre 12 y 14 meses, lo que permite concluir que ese tiempo fue el transcurrido cuando no recibió ninguna atención por parte de las instituciones demandadas.

Demostrada la inoportunidad en la prestación de los servicios de salud, y la demora en brindarle a la paciente un tratamiento para su enfermedad, restándole la oportunidad de recuperación, encuentra viable condenar a las entidades demandadas a pagar la indemnización solicitada por los demandantes, por dicha omisión.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Por acta individual de reparto de 14 de febrero de 2019, correspondió el conocimiento del asunto al suscrito Magistrado sustanciador⁹.

El Despacho, a través de auto de 15 de noviembre de 2019, admitió el recurso de apelación y ordenó notificar personalmente al Ministerio Público¹⁰.

⁹ Folio 1158 c. 7

¹⁰ Folio 1163 c. 7.

Finalmente, con auto de 21 de febrero de 2020, se corrió traslado común a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión y emitir concepto respectivamente¹¹.

VI. DE LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. Parte demandante

Con memorial del 5 de marzo de 2020¹², reitera que el problema jurídico planteado en el presente caso debe abordarse a la luz de la pérdida de oportunidad y no de la falla en el servicio, como lo hace el juez de primera instancia.

Expone los mismos argumentos sustentados en el escrito de apelación, explicando la configuración de cada uno de los supuestos del daño en la pérdida de oportunidad en la atención médica de la señora Luz Myrian Zipa González por las entidades demandadas.

Concluye que, si desde el primer momento, la Dra. Patricia Gómez, médica del Hospital el Tunal E.S.E., hoy Subred Integrada de Servicios de Salud del Sur, le hubiera diagnosticado mediante exámenes adecuados su cáncer, dicha afección no se le hubiera agravado de tal forma que se pudiera evitar la extirpación de su seno izquierdo.

En ese sentido, se despojó a la paciente de la posibilidad de contrarrestar la enfermedad desde sus inicios, ya que su tratamiento empezó un año después de que la paciente requirió la atención médica, generando por esta omisión del deber de la prestación oportuna del servicio de salud la extirpación de su seno y la presencia de metástasis que degenerara su salud.

6.2.- Entidad demandada- Hospital el Tunal E.S.E., hoy Subred Integrada de Servicios de Salud del Sur.

Con memorial radicado el 6 de marzo de 2020¹³, el apoderado de esta institución médica manifiesta su conformidad con lo decidido en sentencia del 10 de octubre de 2018 emitida por el Juzgado 62 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

Sustenta que, conforme se consignó en la contestación a la demanda, por parte de esta institución hospitalaria, se le brindó a la paciente Luz Myrian Zipa González los servicios médicos necesarios para su padecimiento.

6.3.- Parte demandante- Caja Colombiana de Subsidio Familiar COLSUBSIDIO EPS.

¹¹ Folio 1165 c. 7

¹² Folio 1166 c. 7

¹³ Folio 1181 c. 7

Mediante memorial radicado el 9 de marzo de 2020¹⁴ el apoderado de la EPS demandada explica que el problema jurídico fue resuelto por el Juzgado de primera instancia, de forma adecuada, bajo el título de imputación de falla en el servicio por pérdida de oportunidad en la intervención médico asistencial dada a la señora Luz Myrian Zipa González, que derivó en la extirpación de su seno izquierdo el 10 de noviembre de 2009, debiendo examinarse la responsabilidad bajo los presupuestos de falla en el servicio probada.

En ese sentido, debió probarse no solo el daño sino el nexo causal entre las actuaciones de la parte demandada y el daño alegado conforme a los presupuestos de los hechos de la demanda.

En lo que tiene que ver con la EPS Colsubsidio, no se evidencia una falla en el servicio conforme a las pruebas obrantes en el proceso. Informa que: i) emitió autorizaciones que le fueron solicitadas para la práctica oportuna en cualquier examen y procedimiento, ii) tenía contratada una red de prestadores de salud adscritos, suficientes, eficientes y de calidad de acuerdo a la normatividad vigente, y iii) realizó las actividades de control necesarias para verificar que su red era adecuada para la prestación de los servicios que le fueran solicitados.

Precisa que, la atención en salud, salvo casos excepcionales, es una obligación de medio y no de resultado, y en este caso, el hipotético posible error de diagnóstico de la Dra. Patricia Gómez, no es fuente de responsabilidad objetiva, por cuanto ella se valió de las herramientas diagnósticas con las que contaba para hacer un diagnóstico adecuado, y es gracias a la orden de biopsia que se pudo constatar que se trataba de un tumor maligno.

El periodo que se tomaron las entidades médicas demandadas para detectar el cáncer de seno de la señora Zipa encuentra su justificación en el agotamiento de los recursos científicos y técnicos a su alcance para establecer un diagnóstico definitivo, debido a que, en el caso en particular, los primeros exámenes arrojaron que las masas en el seno izquierdo correspondían a Mastopatía fibroquística, por lo que era necesario practicar exámenes complementarios.

Por lo tanto, al no haberse probado la pérdida de oportunidad y por el contrario, acreditándose que se le brindó el tratamiento más adecuado para su diagnóstico, como lo es la mastectomía, solicita que se mantenga la decisión de negar las pretensiones de la demanda.

Debe tenerse en cuenta también, que la pérdida de recuperación de la paciente se debió a que la misma no siguió las recomendaciones médicas y clínicas frente al mejor tratamiento para su enfermedad.

6.4. Llamada en garantía- la Previsora S.A.- Compañía Aseguradora.

¹⁴ Folio 1184 a 1191 c. 7

Con memorial del 9 de marzo de 2020¹⁵ la aseguradora llamada en garantía radicó alegatos de conclusión y solicitó se confirme la decisión por las siguientes razones:

-. Efectivamente la señora Luz Myrian Zipa González sufrió un daño antijurídico el cual consistió en la extirpación total del seno izquierdo como consecuencia del cáncer que padeció. Al verificar los elementos que configuran la pérdida de oportunidad como falla en la prestación del servicio médico alegada por el demandante, no se encuentra prueba que la periodicidad entre cada atención y tratamiento influyeron en la decisión de ordenar la extirpación del seno izquierdo o si la misma hubiera podido evitarse.

Por el contrario, se encontró probado por el a-quo que las entidades demandadas actuaron de manera oportuna, acatando los procedimientos que al respecto se encontraban vigentes, así como los exámenes pertinentes para lograr un diagnóstico acertado y brindar un tratamiento adecuado.

6.5.- Entidad demandada- Hospital La Victoria III Nivel E.S.E., hoy Subred Integrada de Servicios de Salud de Centro Oriente.

Con radicado del 9 de marzo de 2020¹⁶ la entidad alegó de conclusión y recalcó que no se puede predicar la existencia de responsabilidad administrativa por el supuesto daño sufrido por los demandantes, ni tampoco la configuración de una supuesta falla en el servicio médico por parte de la entidad demandada.

Infiere que, durante la estadía de la paciente Luz Myrian Zipa González en el Hospital demandado se le prestaron los servicios médicos adecuados y oportunos, además porque no se acreditó probatoriamente de la existencia de una falla en el servicio

6.6.- El representante del Ministerio Público no allegó escrito de concepto definitivo en el presente asunto.

VII. CONSIDERACIONES

7.1. PRESUPUESTOS PROCESALES DE LA ACCIÓN

7.1. Jurisdicción y competencia.

Conforme al artículo 82¹⁷ del Código Contencioso Administrativo, la Jurisdicción Contencioso Administrativa es la competente para juzgar las controversias

¹⁵ Folio 1192 c. 7

¹⁶ Folio 1194 c. 7

¹⁷Artículo 82 C.C.A. OBJETO DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen

originadas en la acción u omisión de las entidades públicas, y dado el criterio orgánico establecido, en atención a la naturaleza jurídica de las demandadas, es ésta la encargada de juzgar las actuaciones de la parte pasiva en el presente medio de control, al ser entidades de naturaleza pública.

Así mismo, esta Corporación es competente para conocer en segunda instancia del proceso de la referencia, de acuerdo al artículo 133 del Código Contencioso Administrativo¹⁸, modificado por la Ley 446 de 1998, numeral 1º, que dispone que los tribunales administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones y consultas de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

7.2.- Caducidad de la acción.

En concordancia con el numeral 8º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, en los casos en los cuales se ejerce la acción de reparación directa, el término de caducidad de dos (2) años se cuenta a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquiera otra causa.

En el caso en concreto, se tiene demostrado que la señora Luz Myrian Zipa González sufrió un padecimiento en su salud que desencadenó la extirpación de su seno izquierdo por sufrir de un cáncer mamario. En ese sentido, teniendo en cuenta que dicha operación quirúrgica tuvo lugar el día 10 de noviembre de 2009, el término de caducidad corría desde el 11 de noviembre de 2009 hasta el 11 de noviembre de 2011

Comoquiera que la demanda fue presentada el 4 de mayo de 2011, sin tener en cuenta el término de suspensión de la caducidad con la solicitud de conciliación extrajudicial, se tiene que la demanda de la referencia fue presentada oportunamente.

7.3. Legitimación en la causa.

7.3.1. Por activa.

Los demandantes se encuentran legitimados en la causa por activa, conforme a los elementos materiales probatorios que se señalan a continuación:

funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.

¹⁸ ARTICULO 133 C.C.A. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS EN SEGUNDA INSTANCIA. Los Tribunales Administrativos conocerán en segunda instancia:

1. De las apelaciones y consultas de las sentencias dictadas en primera instancia por los Jueces Administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda.

Demandante	Parentesco con la víctima directa	Prueba
Luz Myrian Zipa González	Víctima directa	
Sharik Hasbledy Acuña Zipa	Hija	Registro civil de nacimiento fl. 10 c. 1
Brigny Yuliana Acuña Zipa	Hija	Registro civil de nacimiento fl. 11 c. 1
Joel Esneider García Zipa	Hijo	Registro civil de nacimiento fl. 8 C.1
Jessica Alejandra García Zipa	Hija	Registro civil de nacimiento fl. 9 c. 1
Leonilde González González	Madre	Registro civil de nacimiento fl. 7 c. 1

7.3.2. Por pasiva.

Por su parte la Nación – Hospital el Tunal E.S.E., hoy Subred Integrada de Servicios de Salud del Sur, Hospital La Victoria III Nivel E.S.E., hoy Subred Integrada de Servicios de Salud de Centro Oriente y la Caja Colombiana de Subsidio Familiar COLSUBSIDIO EPS, se encuentran legitimadas en la causa por pasiva en el presente proceso, dado que es a quienes se les endilga la responsabilidad por sus presuntas omisiones en cuanto a la prestación del servicio médico y falta de oportunidad ante las afecciones de la señora Luz Myrian Zipa González.

7.4. Alcance del Recurso de Apelación

El recurso de apelación sub-lite, debe ser resuelto con sujeción a los argumentos de inconformidad invocados por el apelante, por cuanto además de tratarse de apelante único, asume relevancia lo contemplado en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil¹⁹, norma que establece que el juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin

¹⁹ La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, liquidar costas y decretar copias y desgloses. Si el superior observa que en la actuación ante el inferior se incurrió en causal de nulidad que no fuere objeto de la apelación, procederá en la forma prevista en el artículo 145. Para estos fines el superior podrá solicitar las copias adicionales y los informes del inferior que estime conveniente.

Cuando se hubiere apelado de una sentencia inhibitoria y la revocare el superior, éste deberá proferir decisión de mérito aun cuando fuere desfavorable al apelante.

perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Así mismo, en aplicación de los principios de lealtad procesal y preclusión, los argumentos que se deben tener en cuenta al momento de estudiar el recurso de alzada, son los presentados y sustentados en oportunidad, más no se puede aceptar que los argumentos nuevos de inconformidad que se llegaren a exponer en el escrito por medio del cual se presentan ante el Ad Quem alegatos de conclusión, sean tenidos en cuenta como sustento del recurso inicialmente promovido, ya que una hipótesis distinta, afectaría el derecho al debido proceso de la pasiva, en particular en arista del derecho de defensa y contradicción

VIII. PROBLEMA JURÍDICO Y TESIS DE LA SALA

8.1. Problema Jurídico

Conforme a lo afirmado por el apelante,

¿Es procedente revocar la decisión de primera instancia y por el contrario, acceder a las pretensiones de la demanda aplicando el régimen de responsabilidad de falla en el servicio médico por falta de oportunidad, comoquiera que las entidades demandadas no brindaron diagnóstico adecuado y tratamiento oportuno al cáncer mamario que padecía la señora Luz Myrian Zipa González?

¿Recae responsabilidad en cabeza de las demandadas respecto de la extirpación del seno izquierdo de la demandante, resultado presuntamente derivado de la tardanza en ofrecer un diagnóstico acertado y brindar un tratamiento adecuado a su enfermedad?

8.2. Tesis

La Sala advierte que los argumentos expuestos por el apelante carecen de fundamento probatorio, al no encontrarse acreditado que la atención que brindaron el Hospital La Victoria III Nivel E.S.E., hoy Subred Integrada de Servicios de Salud de Centro Oriente, y el Hospital el Tunal E.S.E., hoy Subred Integrada de Servicios de Salud del Sur, estuviera desfasada de los protocolos establecidos para el diagnóstico, por el contrario se advierte un adecuado diagnóstico y una oportuna atención de acuerdo a su nivel de complejidad.

Tampoco se pudo establecer que la demandada Caja Colombiana de Subsidio Familiar COLSUBSIDIO EPS de alguna forma negó o retrasó los trámites administrativos que garantizaran una atención oportuna a la accionante.

Por otro lado, está claro que el tiempo en el que se consolidó el tratamiento no incidió en el resultado de extracción de seno izquierdo de la paciente.

En consecuencia, esta Sala CONFIRMARÁ la sentencia proferida el 10 de octubre de 2018, por el Juzgado 62 Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá-Sección Tercera.

Para absolver la cuestión planteada, la Sala abordará el análisis de los siguientes aspectos: i) régimen aplicable al Estado por daños derivados de la prestación del servicio de salud, ii) del derecho al diagnóstico oportuno y (iii) del caso concreto.

IX. DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE

9.1. De la responsabilidad extracontractual del Estado.

Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización” de la responsabilidad del Estado y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados²⁰, sin distinguir su condición, situación e interés. Como bien se sostiene en la doctrina:

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

En este orden se tiene que en la Constitución Política se consagra la Cláusula General de responsabilidad del Estado, así:

“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 el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

9.2.- Régimen de responsabilidad aplicable al presente asunto.

El Consejo de Estado, en sentencia de 19 de abril de 2020²¹, unificó su posición en el sentido de indicar que, en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de

²⁰ La “responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización”. Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996. Postura que fue seguida en la sentencia C-892 de 2001, considerándose que el artículo 90 de la Carta Política “consagra también un régimen único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general, que comprende todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos”. Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001.

²¹ Consejo de Estado. Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de 19 de abril de 2012. Exp 21.515.

responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones, tanto fácticas como jurídicas, que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos títulos de imputación, para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar, frente a determinadas situaciones fácticas, un específico título de imputación; por ello, se concluyó en la mencionada sentencia:

“En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado, tal y como se explicó previamente en esta providencia”²²

Con fundamento en todo lo anterior, la Sala procederá a estudiar, de acuerdo con las pruebas obrantes en el proceso, si en el *sub lite* concurren, o no, los elementos necesarios para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado respecto de los hechos narrados en la demanda.

9.3.- Sobre la Pérdida de oportunidad.

La Jurisprudencia del Consejo de Estado ha determinado que la pérdida de oportunidad es un fundamento de daño derivado de la lesión a una expectativa legítima²³, diferente de los demás daños que se le pueden infligir a una persona, como lo son, entre otros, la muerte (vida) o afectación a la integridad física, por lo que así como se estructura el proceso de atribución de estos últimos en un caso determinado, también se debe analizar la imputación de un daño derivado de una vulneración a una expectativa legítima en todos los perjuicios que de ella se puedan colegir, cuya naturaleza y magnitud varía en función del interés afectado y reclamado.

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha precisado que la pérdida de oportunidad es un daño en sí mismo, con identidad y características propias,

²² *Ibíd.*

²³ En decisión reciente señaló que es posible aplicar la teoría de la pérdida de oportunidad a casos donde se vulneren expectativas legítimas: *“El modo de reparación de daños antijurídicos derivados de vulneraciones a expectativas legítimas se debe enmarcar dentro de los parámetros de la oportunidad pérdida, siguiendo la premisa conocida del derecho de daños que circunscribe la indemnización de los perjuicios al daño, “solo el daño y nada más que el daño” a fin de evitar un enriquecimiento sin justa causa a favor de la víctima y no contrariar las reglas de la institución jurídica de la responsabilidad estatal: “el daño es la medida del resarcimiento”(…). //10.2.8.2.1. Teniendo en consideración que el daño se origina por la amputación de una expectativa legítima a la consolidación de un derecho, bien sea, en tratándose de una aspiración de obtener un beneficio o una ganancia -polo positivo-, o bien cuando la víctima tenía la aspiración de evitar o mitigar un perjuicio y, como consecuencia de la abstención de un tercero, dicho curso causal dañoso no fue interrumpido -polo negativo-, se debe declarar la responsabilidad del Estado y reparar dicha frustración de la expectativa legítima dentro de los presupuestos de la teoría de la pérdida de oportunidad cuyo monto dependerá de la mayor o menor probabilidad y cercanía de su ocurrencia”*: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 31 de agosto de 2015, rad. 22637

diferente de la ventaja final esperada o del perjuicio que se busca eludir y cuyo colofón es la vulneración a una expectativa legítima, la cual, debe ser reparada de acuerdo al porcentaje de probabilidad de realización de la oportunidad que se perdió²⁴. Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 11 de agosto de 2010²⁵, señaló:

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

La pérdida de oportunidad como rubro autónomo del daño demuestra que éste no siempre comporta la transgresión de un derecho subjetivo, pues la sola esperanza probable de obtener un beneficio o de evitar una pérdida constituye un bien jurídicamente protegido cuya afectación confiere derecho a una reparación que debe limitarse a la extensión del “chance” en sí mismo, con prescindencia del resultado final incierto, frente a lo cual resulta lógico que dicha oportunidad perdida “tiene un precio por sí misma, que no puede identificarse con el importe total de lo que estaba en juego, sino que ha de ser, necesariamente, inferior a él”, para su determinación (...). En consecuencia, tratándose de eventos en los cuales se accede a la reparación de la pérdida de un chance, lo indicado no puede ser el reconocimiento, en favor de la víctima, del valor total de la ventaja de la cual fue privado o del deterioro patrimonial que no pudo evitar a raíz del hecho del demandado, sino tener en cuenta que la oportunidad desaparecida tenía un valor y que es éste el que debe ser restablecido; ese valor, según antes se indicó, ha de resultar indiscutiblemente inferior a aquél que hubiere correspondido en caso de haberse demostrado el vínculo causal entre la pérdida del beneficio esperado por la víctima y el hecho de aquel a quien se imputa la correspondiente responsabilidad resarcitoria; es más, como también precedentemente se indicó, el monto de la indemnización por la pérdida de la oportunidad habrá de establecerse proporcionalmente respecto del provecho que finalmente

²⁴ En la doctrina colombiana existen autores como Luis Felipe Giraldo Gómez que en su libro La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil. Su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, consideran que la pérdida de oportunidad es un daño autónomo. La Subsección B de la Sección Tercera en sus diferentes pronunciamientos ha adscrito su postura a este enfoque de la pérdida de oportunidad.

²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, rad. 18593, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Otras sentencias recientes que hacen alusión a la pérdida de oportunidad como daño autónomo son: sentencia del 14 de marzo de 2013, rad. 23632, M.P. Hernán Andrade Rincón; sentencia del 16 de julio de 2015, rad. 36634, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

anhelaba el afectado, en función de las mayores o menores probabilidades que tuviere de haber alcanzado ese resultado en el evento de no haber mediado el hecho dañino.(...) En cuanto corresponde a esta clase perjuicios, dado que ninguna incompatibilidad existe entre el reconocimiento de los perjuicios ocasionados por el daño autónomo consistente en la pérdida de oportunidad que aquí se ha detallado y la aflicción, angustia y congoja que en el plano puramente moral o inmaterial les generó la mencionada pérdida de oportunidad –que no los perjuicios morales por la muerte de la víctima directa– se hará un reconocimiento por este específico concepto -se subraya-

Por otra parte, esta decisión señaló los requisitos que estructuran la pérdida de oportunidad como daño autónomo indemnizable, así: (i) la certeza de la oportunidad que se pierde; (ii) la imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento; y (iii) la víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la obtención del resultado esperado, es decir que debe analizarse si el afectado se encontraba en condiciones fácticas y jurídicas idóneas para alcanzar el provecho por el cual propugnaba o evitar el mal del cual buscaba escapar .

El Consejo de Estado ha determinado que, el alcance adecuado de la pérdida de oportunidad es aquel que la concibe como fundamento de daño, proveniente de la violación a una expectativa legítima; es natural que en muchos casos se susciten eventos de incertidumbre causal, pero esto no justifica que se instrumentalice a la pérdida de oportunidad como una herramienta para resolver este dilema, no solo porque exonera al demandante de la carga de probar la relación existente entre el hecho dañoso y el perjuicio final, sino porque rompe la igualdad entre las partes al beneficiar a una de ellas con una presunción de causalidad que, en todo caso, será siempre improcedente²⁶.

Así las cosas, el Consejo de Estado consideró que la pérdida de oportunidad es un fundamento de daño, que si bien no tiene todas las características de un derecho subjetivo²⁷, autoriza a quien ha sido objeto de una lesión a su patrimonio -material

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 15 de agosto de 2002, rad. 11605, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez: “Y debe insistirse en que la presunción de la causalidad será siempre improcedente; aceptarla implicaría incurrir en una evidente contradicción, en la medida en que supondría la aplicación, tratándose de la responsabilidad por la prestación del servicio médico asistencial, de un régimen más gravoso para el demandado inclusive que el objetivo, dado que si bien en éste la falla del servicio no constituye un elemento estructural de la obligación de indemnizar, el nexo causal está siempre presente y la carga de su demostración corresponde al demandante, en todos los casos.” “Nótese pues, que en punto de la prueba de la causalidad, por lo menos recientemente, esta Corporación ha aludido a “un cierto aligeramiento de la carga probatoria del demandante” respecto de los supuestos del artículo 90 de la Carta Política -dentro de los que se encuentra la causalidad-, pero no ha aludido a una presunción de causalidad, o si se quiere de responsabilidad, en virtud de la cual pudiera corresponder al demandado y no al demandante, la carga probatoria en cuestión”: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 16 de agosto de 2006. M.P. Mauricio Fajardo Gómez. rad. 14.957.

²⁷ Para Foulquier “un administrado es titular de un derecho subjetivo cuando cumple las condiciones que le permiten ser considerado como beneficiario del poder de exigir –reconocido por una norma general o individual, sin estar obligado a utilizar ese poder en un objetivo personal socialmente legítimo-, un cierto comportamiento de parte de la persona pública –lo que constituye el objeto de su obligación- a fin de alcanzar una ventaja moral o material que el orden jurídico ha expresamente o implícitamente considerado como lícito”: FOULQUIER, Norbert, *Les droits publics subjectifs des administrés. Émergence d’un concept en droit administratif français du XIXe au XXe siècle*, Dalloz, París, 2003, p. 689.

o inmaterial- a demandar la respectiva reparación, la cual será proporcional al coeficiente de oportunidad que tenía y que injustificadamente perdió. Aquí el objeto de reparación no es, en sí, la ventaja esperada o el menoscabo no evitado sino, únicamente, la extinción de una expectativa legítima, esto es, la frustración de la oportunidad en sí misma, pues si el beneficio o el mal que se quería eludir estuvieran revestidos de certeza no se podría hablar del daño consistente en la pérdida de una oportunidad, sino del daño frente a un resultado cierto cuya reparación es total y no proporcional: se repara la pérdida del chance, no la pérdida del alea.

Por lo anterior, el Máximo Tribunal consideró que el fundamento de la pérdida de oportunidad como daño autónomo, cuenta con dos componentes, uno de certeza y otro de incertidumbre: el primero, se predica respecto de la existencia de la expectativa, toda vez que esta debe ser cierta y razonable, al igual que respecto a la privación de la misma, pues en caso de no haber intervenido el hecho dañino infligido por el tercero, la víctima habría conservado incólume la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de evitar un menoscabo; y, el segundo, respecto a la ganancia esperada o el perjuicio que se busca evitar, pues no se sabe a ciencia cierta si se hubiera alcanzado o evitado de no haberse extinguido la oportunidad. Y es frente al primer componente que la pérdida de oportunidad cimenta no solo el carácter cierto y actual del daño sino que es el eje sobre el que rota la reparación proveniente de la lesión antijurídica a una expectativa legítima.

Por todo lo anterior, el Consejo de Estado²⁸ le ha atribuido, en varias decisiones, a ese primer componente las siguientes características: i) el bien lesionado no es propiamente un derecho subjetivo sino un interés jurídico representado en una expectativa legítima, la cual debe ser cierta, razonable y debidamente fundada, sobre la que se afirme claramente la certeza del daño; ii) lo perdido o frustrado es la oportunidad en sí misma y no el beneficio que se esperaba lograr o el perjuicio que se pretendía evitar; iii) la cuantificación del daño será proporcional al grado de probabilidad que se tenía de alcanzar el beneficio pretendido o de evitar el perjuicio final; iv) no existe pérdida de oportunidad cuando desaparece la posibilidad de la ganancia esperada, esto es, cuando se comprueba que esta se encuentra condicionada todavía a la ocurrencia de situaciones futuras, lo que se traduciría en un perjuicio hipotético, ajeno al daño autónomo de pérdida de oportunidad; si el beneficio final o el perjuicio eludido aún puede ser logrado o evitado, la oportunidad no estaría perdida y, por tanto, se trataría de pretensiones resarcitorias diferentes de la pérdida de oportunidad.

9.4.- Elementos del daño de pérdida de oportunidad

En la decisión de la Sección Tercera del Consejo de Estado proferida el 11 de agosto de 2010²⁹ se trajo a colación los requisitos para estructurar el daño de

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 9 de octubre de 2014, rad. 29720.

²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, rad. 18593. Reiteración en sentencia del 30 de enero de 2013, rad. 23769, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

pérdida de oportunidad, a saber: i) certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde; ii) imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento; y iii) la víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado.

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

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 proporción³⁰.

³⁰ A propósito de la pertinencia de este elemento, la doctrina nacional ha señalado: “El requisito de la “aleatoriedad” del resultado esperado es el primer elemento que debe establecerse cuando se estudia un evento de pérdida de la oportunidad. Este requisito constituye un elemento sine qua non frente a este tipo de eventos, lo que explica que sea, tal vez, la única característica estudiada con cierta profundidad por la doctrina. // Para comenzar el estudio de este requisito es prudente comprender el significado del concepto “aleatorio”, el cual, según la definición dada en el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, se utiliza para referirse a algo que depende de un evento fortuito (...) Esta condición de la ocurrencia de eventos futuros es trasladada al campo de la pérdida de la oportunidad, campo en el que, como se ha indicado, la materialización del beneficio esperado es siempre incierta debido a que la misma pende para su configuración del acaecimiento de situaciones fortuitas, de un alea, que, como tal, no permite saber si lo esperado se va a producir o no. Es por ello que la persona efectivamente sólo tiene una esperanza en que dicha situación se produzca, para obtener así ese beneficio o evitar la pérdida. Incluso, para algunos autores, el alea es una característica de hecho de la noción de la pérdida de la oportunidad, de tal manera que la víctima debe estar en una posición donde sólo tiene unas esperanzas para obtener lo que buscaba. // Ahora bien, ese alea o evento fortuito del cual depende la ventaja esperada está representado en la verificación de múltiples factores que pueden llevar a la realización de esa esperanza. Así sucede en el caso de un enfermo que tiene una mera expectativa de recuperar su salud, lo cual no sólo va a depender de un tratamiento adecuado sino también de su respuesta al mismo, de su idiosincrasia, de un evento de la naturaleza, etc., motivo por el cual, y a pesar de que reciba un tratamiento adecuado, no se podrá afirmar con certeza si el resultado se habría o no conseguido (...). Debe, entonces, verificarse, en todos los eventos que se pretenda estudiar como supuestos de pérdida de pérdida de la oportunidad, si la ventaja esperada dependía de un evento fortuito, esto es, si pendía de un alea, pues en caso contrario no podrá seguirse con el estudio de los otros elementos de la figura, en atención a que no se tratará de un caso de pérdida de la oportunidad”: GIRALDO GÓMEZ, Luis Felipe *La Pérdida de la Oportunidad en la Responsabilidad Civil. Su Aplicación en el Campo de la Responsabilidad Civil Médica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, pp. 55 y 60.

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

Certeza de la existencia de una oportunidad. En segundo lugar, se debe constatar que, en efecto, existía una oportunidad que se perdió. La expectativa legítima debe acreditar inequívocamente la existencia de “una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente”³¹ 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 correspondiente³².

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 eventual³³; 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.

Finalmente, si bien en la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado proferida el 11 de agosto de 2010³⁴, se dijo que uno de los requisitos para que pueda considerarse existente la pérdida de oportunidad como daño indemnizable es que

³¹ TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance. Presupuestos. Determinación. Cuantificación*, Astrea, Buenos Aires, 2008, pp. 38-39. Citado por la sentencia del 11 de agosto de 2010 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, rad. 18593, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

³² Sentencia del 11 de agosto de 2010 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, rad. 18593, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

³³ *Característica sin la cual no puede solicitarse una indemnización por “pérdida de la oportunidad”, por lo cual tanto la jurisprudencia y (sic) como la doctrina acogen esta exigencia sin ningún tipo de discusión. // Ello es así por cuanto si todavía el resultado esperado puede ser alcanzado, la oportunidad no estaría perdida y, en consecuencia, no habría nada que indemnizar. (...) Pensar de manera diferente sería tanto como admitir que una persona que sigue viva y puede aún ser curada por su médico pudiese demandar a un profesional sobre el supuesto de haber perdido la posibilidad de sobrevivir; o el cliente que todavía tiene la posibilidad de que su abogado presente un recurso judicial para hacer efectivos sus derechos, solicitara la indemnización por la pérdida del proceso judicial. Estas situaciones contrastan con el sentido final de la aplicación de esta figura e irían en contravía del principio que exige la existencia de un daño para poder reclamar una reparación. // No hay necesidad de hacer mayores elucubraciones para dar por sentado que la característica analizada debe ser corroborada en todos los procesos en los que se solicita la reparación de la pérdida de una oportunidad”:* GIRALDO GÓMEZ, Luis Felipe *La Pérdida de la Oportunidad en la Responsabilidad Civil. Su Aplicación en el Campo de la Responsabilidad Civil Médica*, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 71 y 72.

³⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, rad. 18593. Reiteración en sentencia del 30 de enero de 2013, rad. 23769, M.P. Mauricio Fajardo Gómez

“la víctima se encuentre en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado”, en Sentencia del 12 de octubre de 2017³⁵, dicha corporación consideró que este elemento debe ser replanteado por las siguientes razones:

“El análisis de si el afectado se hallaba, para el momento en el cual ocurre el hecho dañino, en una situación tanto fáctica como jurídicamente idónea para alcanzar el provecho o evitar el perjuicio por el cual propugnaba o pretendía escapar no es un elemento del daño de pérdida de oportunidad sino que constituye un criterio para definir la imputación de la entidad demandada. Lo anterior por cuanto probatoriamente puede llegar a concluirse que la víctima no se encontraba en una posición idónea a partir de la cual pueda reclamar la existencia de una pérdida de oportunidad, lo que conllevaría a configurar una causal eximente de responsabilidad estatal. Así las cosas, dicha causal exonerativa puede liberar de responsabilidad al demandado en forma total cuando la víctima con su actuación contribuyó de modo definitivo al truncamiento de la oportunidad y, por ende, debe asumir las consecuencias de su actuación, o puede demostrarse que su actuación, en asocio con el proceder del demandado, incidió de modo relevante en la pérdida de oportunidad, lo que conduciría a afirmar que se presenta un fenómeno de concausalidad, circunstancia en la cual el resultado no será, en principio, la exoneración total de responsabilidad, sino que se aplicará una reducción a la indemnización.

De esta manera la postura de la Sala apunta a sostener que el estado de idoneidad de la víctima no es un elemento del daño de la pérdida de oportunidad sino un criterio de análisis de la imputabilidad y, por ende, su estudio se aborda al momento de dilucidar la atribución del daño de pérdida de oportunidad.”

En ese sentido, se concluye que, el Consejo de Estado precisó que los elementos del daño de pérdida de oportunidad son: 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; iii) Certeza de que la posibilidad de adquirir el beneficio o evitar el perjuicio se extinguió de manera irreversible del patrimonio de la víctima.

X. DEL CASO EN CONCRETO

10.1- Caso concreto e imputación del daño antijurídico al Estado.

De conformidad con el material de convicción allegado al proceso se encuentra plenamente acreditado el hecho dañoso sufrido por los demandantes, en tanto la extirpación del seno izquierdo de la señora Luz Myrian Zipa González, constituye una lesión que supone, por sí misma, una aminoración de distintos bienes jurídicos protegidos y amparados por el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, establecida la existencia del daño antijurídico, aborda la Sala el análisis de imputación con el fin de determinar si en el caso concreto dicho daño le puede ser atribuido a la Administración Pública y, por lo tanto, si constituye deber jurídico

³⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 12 de octubre de 2017, Rad. 42803 M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

a cargo de ésta resarcir los perjuicios que del mismo se derivan y si la sentencia debe ser confirmada o revocada.

El apelante solicita en su escrito que el presente asunto sea estudiado y catalogado como pérdida de oportunidad porque consideró que la sentencia de primera instancia se centró en falla del servicio médico.

De cara a la sentencia de primera instancia, se advierte que dicho elemento fue ampliamente estudiado conforme a lo solicitado en la demanda y conforme a las pruebas recaudadas durante el trámite de la demanda. De la misma forma esta Sala entrará al estudio de la responsabilidad de la parte demandante bajo dicho presupuesto, siendo el más adecuado a lo pedido dentro del presente medio de control.

Como se expuso de forma extensa en el capítulo anterior, dicho criterio ha sido definido bien como la pérdida definitiva de un beneficio respecto del cual existían razonables posibilidades de ser alcanzado, o bien como el padecimiento de un perjuicio que tenía reales probabilidades de ser evitado, sin que en momento alguno existiera certeza de un desenlace favorable a la víctima. En los términos en los que ha sido conceptualizado ese tipo de menoscabo por la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado:

“En oportunidades anteriores, la Sala ha señalado que la pérdida de oportunidad es una clase autónoma de daño, “caracterizada porque en ella coexisten un elemento de certeza y otro de incertidumbre: la certeza de que en caso de no haber mediado el hecho dañino el damnificado habría conservado la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de evitar una pérdida para su patrimonio y la incertidumbre, definitiva ya, en torno de si habiéndose mantenido la situación fáctica y/o jurídica que constituía presupuesto de la oportunidad, realmente la ganancia se habría obtenido o la pérdida se hubiere evitado (...)”³⁶.

La pérdida de oportunidad como rubro autónomo del daño demuestra que éste no siempre comporta la transgresión de un derecho subjetivo, pues la sola esperanza probable de obtener un beneficio o de evitar una pérdida mayor constituye un bien jurídicamente protegido cuya afectación debe limitarse a la oportunidad en sí misma, con prescindencia del resultado final incierto, esto es, al beneficio que se esperaba lograr o a la pérdida que se pretendía eludir, los cuales constituyen rubros distintos del daño.

En cualquier caso, es necesario que la pérdida de oportunidad sea cierta puesto que si se trata de una posibilidad muy vaga o genérica, se estará en presencia de un daño meramente hipotético o eventual, que no resulta indemnizable. Esto significa que, para que pueda acreditarse la existencia del daño el demandante deberá probar que “el no haber podido obtener la

³⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 11 de agosto de 2010, Exp. 18593, C.P. Mauricio Fajardo Gómez

ventaja que esperaba es consecuencia de no haber gozado de la oportunidad que normalmente le habría permitido obtenerla”³⁷.

De acuerdo con lo anterior, la Sala ha señalado que los requisitos cuya concurrencia se precisa para que pueda considerarse existente la pérdida de oportunidad como daño indemnizable en un caso concreto, son los siguientes³⁸:

(i) Certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde, aunque la misma envuelva un componente aleatorio, lo cual significa que esta modalidad de daño da lugar a un resarcimiento a pesar de que el bien lesionado no tiene la entidad de un derecho subjetivo —pues se trata de un mero interés legítimo, de la frustración de una expectativa, sin que ello suponga que se trata de un daño puramente eventual—, siempre y cuando se acredite inequívocamente la existencia de “una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente”³⁹ de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido la expectativa de obtener la ganancia o de evitar el detrimento correspondientes⁴⁰;

(ii) Imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento, vale decir, la probabilidad de obtener la ventaja debe haberse convertido en inexistente, pues si la consolidación del daño dependiera aún del futuro, se trataría de un perjuicio eventual e hipotético, no susceptible del reconocimiento de una indemnización que el porvenir podría convertir en indebida⁴¹; lo expuesto se antoja lógico en la medida en que si el resultado todavía puede ser alcanzado, el “chance” aún no estaría perdido y nada habría por indemnizar; por tanto, si bien se mantiene la incertidumbre respecto de si dicho resultado se iba a producir, o no, la probabilidad de

³⁷ Juan Carlos Henao, *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 161.

³⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 11 de agosto de 2010, exp. 18.593, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. En el mismo sentido, véase la sentencia de 25 de agosto de 2011, exp. 19.718, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

³⁹ TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance. Presupuestos. Determinación. Cuantificación*, Astrea, Buenos Aires, 2008, pp. 38-39.

⁴⁰ A este respecto se ha sostenido que “... la chance u oportunidad, es una posibilidad concreta que existe para obtener un beneficio. El incierto es el beneficio pero la posibilidad de intervenir es concreta, pues existe de forma indiscutible. Por eso sostenemos que existe daño jurídicamente indemnizable cuando se impide esa oportunidad o esa chance: se presenta el daño... Las dificultades pueden presentarse en la evaluación, porque lógicamente ésa no puede ser la del beneficio que posiblemente se habría obtenido sino otra muy distinta” (énfasis añadido). Cfr. MARTÍNEZ RAVÉ, Gilberto y MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina, *Responsabilidad civil extracontractual*, Temis, Bogotá, 2003, p. 260.

En similar sentido, Trigo Represas señala que “[E]n efecto, si la chance aparece no sólo como posible, sino como de muy probable y de efectiva ocurrencia, de no darse el hecho dañoso, entonces sí constituye un supuesto de daño resarcible, debiendo ser cuantificada en cuanto a la posibilidad de su realización y no al monto total reclamado.

La pérdida de chance es, pues, un daño cierto en grado de probabilidad; tal probabilidad es cierta y es lo que, por lo tanto, se indemniza (...) cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que resulta frustrada por el responsable, pudiendo valorársela en sí misma con prescindencia del resultado final incierto, en su intrínseco valor económico de probabilidad” (subrayas fuera del texto original). Cfr. TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance*, cit., p. 263.

⁴¹ HENAO, Juan Carlos, *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pp. 159-160.

percibir la ganancia o de evitar el perjuicio sí debe haber desaparecido definitivamente del patrimonio —material o inmaterial— del individuo porque dichos resultados ya no podrán ser alcanzados jamás.

Tal circunstancia es la que permite diferenciar la ‘pérdida de oportunidad’ del ‘lucro cesante’ como rubros diversos del daño, pues mientras que la primera constituye una pérdida de ganancia probable —dado que, según se ha visto, por su virtud habrán de indemnizarse las expectativas legítimas y fundadas de obtener unos beneficios o de evitar una pérdida que por razón del hecho dañoso nunca se sabrá si habrían de conseguirse, o no—, el segundo implica una pérdida de ganancia cierta —se dejan de percibir unos ingresos que ya se tenían-⁴²;

(iii) La víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado, es decir que debe analizarse si el afectado realmente se hallaba, para el momento en el cual ocurre el hecho dañino, en una situación tanto fáctica como jurídicamente idónea para alcanzar el provecho por el cual propugnaba, posición jurídica que “no existe cuando quien se pretende damnificado, no llegó a emplazarse en la situación idónea para hacer la ganancia o evitar la pérdida”⁴³.

En cuanto al aludido hecho dañoso, la parte actora sostuvo a lo largo del trámite de la presente acción que la extirpación del seno izquierdo de la señora Luz Myrian Zipa González, se produjo como consecuencia de una falta de oportunidad, concretamente por el erróneo diagnóstico y la no atención oportuna del cáncer mamario. Omisión de las demandadas que condujo a que la paciente perdiera su seno izquierdo, al no quedar otra alternativa a su padecimiento que se encontraba avanzado.

Concretamente, la parte actora imputa un error en el diagnóstico a la Dra. Patricia Gómez, médica que en aquel entonces trabajaba en el Hospital el Tunal E.S.E., hoy Subred Integrada de Servicios de Salud del Sur.

Por su parte, la entidad demandada sostiene que durante la estancia de la señora Luz Myrian Zipa González en el Hospital el Tunal E.S.E., hoy Subred Integrada de Servicios de Salud del Sur, se le brindaron los servicios médicos de manera oportuna y eficaz, conforme a los resultados de los exámenes médicos que se le realizaron y al alcance de la tecnología con la que contaba en ese entonces dicha institución médica.

⁴² Al respecto la doctrina afirma que ...“en el lucro cesante está ‘la convicción digamos más o menos absoluta de que determinada ganancia se produzca’, mientras que en la pérdida de chance hay ‘un álea que disminuye las posibilidades de obtenerla’, diríase que en el lucro cesante el reclamo se basa en una mayor intensidad en las probabilidades de haber obtenido esa ganancia que se da por descontado que de no haberse producido el hecho frustrante se habría alcanzado. Desde el prisma de lo cualitativo cabe señalar que el lucro cesante invariablemente habrá de consistir en una ganancia dejada de percibir, en tanto que la pérdida de chance puede estar configurada por una ganancia frustrada y además por la frustración de una posibilidad de evitar un perjuicio”. Cfr. VERGARA, Leandro, Pérdida de chance. Noción conceptual. Algunas precisiones, LL, 1995-D-78, N° 3, apud TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, Pérdida de chance, cit., p. 262.

⁴³ ZANNONI, Eduardo, El daño en la responsabilidad civil, Astrea, Buenos Aires, 1987, pp. 110-111.

Del acervo probatorio aportado al proceso se puede establecer que:

-. A folio 31 del cuaderno No. 1, obra documento correspondiente a la atención recibida por la paciente Luz Myrian Zipa González de la Clínica San Diego el día 26 de agosto de 2009 y en motivo de consulta se expresa “*remitida de oncología. 9 meses de evolución de sensación de masa en mama de crecimiento progresivo ACAF sugestivo de malignidad*”. En dicha oportunidad se solicita de manera urgente biopsia con aguja trucut para estadificación y diagnóstico.

-. Reporte de anatomía patológica de la Clínica San Diego con fecha del 9 de septiembre de 2009⁴⁴ en donde se referencia un diagnóstico de “*carcinoma ductal infiltrante con rasgos apocrinos grado nuclear III/III con necrosis infiltrante*”. Por lo tanto, la Clínica San Diego S.A., con atención del 20 de octubre de 2009⁴⁵ determinó como tratamiento mastectomía radical modificada unilateral.

-. En concepto científico emitido por el Hospital el Tunal E.S.E., hoy Subred Integrada de Servicios de Salud del Sur de fecha 20 de octubre de 2011⁴⁶, dentro del que se relatan de manera sucinta y cronológica las atenciones médicas ofrecidas a la señora Luz Myrian Zipa González, se destaca lo siguiente:

- i) El día 13 de noviembre de 2008 la señora Luz Myrian Zipa González asiste por remisión del Centro de Salud Juan Bonal al servicio de ginecología del Hospital el Tunal ESE donde se evidencia hallazgo de pequeña masa en cuadrante superior interno en seno izquierdo, se consigna como impresión diagnóstica Mastopatía fibroquística y se solicitó ecografía mamaria,
- ii) El 4 de diciembre de 2008 se da lectura a la ecografía donde se descartan masas sólidas y como diagnóstico se continua con Mastopatía fibroquística, por lo que se da tratamiento con vitamina E y control en 3 meses.
- iii) El 26 de marzo de 2009 se solicita nueva ecografía de control. Dicho examen es llevado a la institución el 7 de mayo de 2009 que muestra la misma Mastopatía fibroquística, se continua con tratamiento y se solicita Biopsia por aspiración con aguja fina (BACAF).
- iv) El día 13 de mayo de 2009 se realiza dicho examen y se desprende de los resultados citológicos compatibles con tumor maligno, situación informada a la paciente el 28 del mismo mes y año y se explica que debe ser remitida a Oncología Mamaria.

⁴⁴ Folio 32 c. 1

⁴⁵ Folio 56 c. 1

⁴⁶ Folio 214 c. 1

Reseñado lo anterior, la auditoría médica concluye que las valoraciones médicas se ofrecieron a la paciente de forma continua de acuerdo al objetivo terapéutico. Infiere que el manejo inicial de la paciente desde su ingreso al hospital el Tunal ESE respecto a su patología base- Mastopatía Fibroquística- se encuentra acorde a la literatura científica. Así mismo, al evidenciar el tumor maligno de seno izquierdo se remite a la paciente para su manejo por Oncología.

Concluye con lo reseñado, que la atención prestada a la paciente Luz Myrian Zipa González es favorable, teniendo en cuenta que fue atendida con oportunidad, continuidad, pertinencia, accesibilidad y seguridad.

-. El Instituto Nacional de Cancerología remitió copia de los protocolos de manejo de cáncer de mama⁴⁷ en el cual se explica las diferentes alternativas de tratamiento y formas de atención cuando la enfermedad se encuentra diagnosticada.

-. El Centro de Investigaciones Oncológicas de la Clínica de San Diego SAS aportó guía de manejo de cáncer de seno⁴⁸ del cual se resalta el siguiente aparte: *“Una biopsia será realizada cuando se encuentra en mamografías, pruebas por imágenes o examen físico, un cambio (o anomalía) en un seno que pudiera ser cáncer. (...)”*

Con fundamento en los medios probatorios con que cuenta el proceso y a los que ya se hizo referencia, no es posible establecer que: i) el manejo dado a los síntomas presentados por la señora Luz Myrian Zipa González fuera inadecuado por parte del Hospital el Tunal E.S.E., hoy Subred Integrada de Servicios de Salud del Sur y la médico tratante, y ii) que la no realización de una biopsia desde el primer momento de atención en dicha institución fuera la causante de que posteriormente se tuviera que extirpar el Seno Izquierdo a la paciente, iii), ni mucho menos que las entidades que prestaron el servicio médico hubiesen incurrido en falla alguna del servicio o, incluso, que hubieren restado probabilidades u oportunidades de curación al paciente.

En efecto, de acuerdo con los medios probatorios relacionados anteriormente, el paciente recibió durante las primeras atenciones y según los protocolos, los medios diagnósticos con los que contaba el Hospital el Tunal E.S.E., hoy Subred Integrada de Servicios de Salud del Sur, para determinar un diagnóstico acertado a la paciente.

Al respecto, un artículo denominado Protocolo Patología Mamaria benigna, publicado en el año 2014 por el Instituto Nacional de Cancerología ESE se evaluó de forma gradual conforme los medios de diagnóstico frente a una paciente que presente signos de masas en la zona mamaria así:

“Mamografía: *Es una radiografía de las glándulas mamarias en la que se toman distintas proyecciones; las más comunes son cráneo-caudal y*

⁴⁷ Folio 389 a 405 c. 1

⁴⁸ Folio 408 c. 1

oblicua. Es importante diferenciar entre una mamografía diagnóstica y una mamografía de tamización. La mamografía diagnóstica se debe ordenar a pacientes mayores de 35 años con hallazgos positivos al ECM, en quienes tiene una sensibilidad de 82 a 94% y una especificidad de 55 a 84%, cuando existe masa palpable.

Las indicaciones de mamografía diagnóstica son:

- 1. Masa palpable en paciente mayor de 35 años.*
- 2. Nodularidad asimétrica palpable en paciente mayor de 35 años.*
- 3. Telorrea espontánea, persistente y reproducible en paciente mayor de 35 años.*
- 4. Cambios cutáneos sospechosos de malignidad en paciente mayor de 35 años.*

(...)

Ecografía mamaria: *Su utilidad principal radica en establecer la diferencia entre lesiones sólidas y quísticas, palpables y no palpables, dado que la mamografía no puede hacerlo.*

Debido a la baja sensibilidad de la mamografía en mujeres jóvenes o con mamas densas, la ecografía es una técnica esencial para el diagnóstico y seguimiento de los tumores benignos de la mama. El informe ecográfico se rige, al igual que la mamografía, por la clasificación de BIRADS.

Las indicaciones de ecografía son las siguientes:

- 1. Masa palpable en una paciente de cualquier edad.*
- 2. Nódulos vistos en mamografía para definir si son sólidos o quísticos.*
- 3. Asimetría focal o áreas de distorsión de la arquitectura (BIRADS 3) en la mamografía.*
- 4. Nodularidad asimétrica identificada al ECM en una paciente de cualquier edad.*
- 5. Seguimiento de quiste complicado cada 6 meses por 18 meses si hay estabilidad de la lesión.*
- 6. Telorrea espontánea, persistente y reproducible en una paciente de cualquier edad.*
- 7. Cambios cutáneos sospechosos en una paciente de cualquier edad.*
- 8. Mama densa (BIRADS 0).”*

(...)

Aspiración con aguja fina (ACAF): *Es una biopsia sencilla que se utiliza para el diagnóstico de quistes complejos sin masa sólida y para masas sólidas palpables muy sugestivas de ser benignas. Tiene un porcentaje de falsos negativos entre 1-35% para lesiones palpables y de más de 68% para las no palpables (...).”*

Dichos medios diagnósticos para la época de los hechos se encontraban disponibles para la señora Luz Myrian Zipa González en el Hospital el Tunal E.S.E., hoy Subred Integrada de Servicios de Salud del Sur, los cuales se le realizaron de forma gradual, tal y como lo explica el protocolo y de los cuales finalmente se pudo constatar un diagnóstico certero.

En cuanto al grado de probabilidad de la expectativa legítima de conservar el seno izquierdo de la paciente, no se encuentra plenamente demostrado en el expediente que la paciente podría haber disminuido la contingencia de las complicaciones si hubiera existido un diagnóstico anticipado por parte del Hospital el Tunal E.S.E., hoy Subred Integrada de Servicios de Salud del Sur.

Por el contrario, se observa que el Hospital el Tunal E.S.E., hoy Subred Integrada de Servicios de Salud del Sur, atendió a la paciente en primera medida por la patología mostrada en los resultados de ecografía mamaria y que ante una nula mejoría se determinó avanzar a otros medios diagnósticos que mostraron una lesión cancerígena y como era de esperarse, oportunamente se determinó remitir a la señora Luz Myrian Zipa González a una institución que contara con la especialidad de oncología.

En ese sentido, no se cumplen los criterios de pérdida de oportunidad respecto al Hospital el Tunal E.S.E., hoy Subred Integrada de Servicios de Salud del Sur, puesto que no se aportó al proceso prueba alguna que acreditara certeza sobre la posibilidad de que de habersele practicado a la señora Luz Myrian Zipa González una biopsia en la primera asistencia al centro médico- 13 de noviembre de 2008- y no el día 13 de mayo de 2009, ello llevaría al descubrimiento del tumor y por lo tanto el mismo fuere tratado y que tal circunstancia evitara la extirpación del seno izquierdo de la paciente.

Así como tampoco obra medio que indicara que la paciente tuviera una expectativa legítima de obtener un beneficio con la realización de dicho examen, por lo que se infiere que la accionante no tenía una oportunidad real y/o cierta de conservar su seno que hubiese visto frustrada.

En lo que tiene que ver con el Hospital La Victoria III Nivel E.S.E., hoy Subred Integrada de Servicios de Salud de Centro Oriente, no se advierte ninguna actuación u omisión que pueda endilgarse a título de pérdida de oportunidad, comoquiera que no contaba para la época con la especialidad de oncología, por lo que no tuvo la oportunidad de tratar a la paciente.

Por último, respecto a las funciones que debieron ser cumplidas por parte de la Caja Colombiana de Subsidio Familiar COLSUBSIDIO EPS como empresa a la que se encontraba afiliada la señora Luz Myrian Zipa González, tampoco se encuentra configurada la pérdida de oportunidad alegada por la parte actora.

No se evidenció en el plenario que dicha EPS negara o retrasara un tratamiento o remisión alguna a su afiliada frente a los diagnósticos que le fueron informados. Situación en la que tampoco se ahondó en el escrito de apelación.

Así las cosas, en el caso concreto que ahora se examina se torna, en consecuencia, estéril cualquier examen de los fundamentos o sistemas de responsabilidad, objetivos o tradicionales, porque se está en presencia de una falta absoluta de

causalidad del hecho dañoso que pudiere ser imputable al Estado y aquéllos encuentran fundamento y razón de ser sólo cuando el daño antijurídico le es imputable a la Administración, cuestión que no se configuró en el evento *sub examine* y, por ello, se releva al juzgador de ese tipo de consideraciones.

A lo anterior se debe agregar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*. Así pues, la parte demandante no cumplió con la carga probatoria que le impone esta norma legal, toda vez que –se reitera–, no allegó al proceso prueba alguna que permita atribuir el hecho a los entes públicos demandados.

Por consiguiente, todas las razones hasta ahora expresadas servirán de apoyo para confirmar la sentencia apelada y, en consecuencia, denegar las súplicas de la demanda.

XI. COSTAS PROCESALES

La Sala considera que el artículo 171 del CCA⁴⁹, no contiene el imperativo de condenar en costas a la parte vencida, como quiera que, si bien establece que, *“la sentencia dispondrá sobre las condenas en costas”*, asume categórico que la alocución *“dispondrá”*, significa: *“mandar lo que se debe hacer”*⁵⁰, y la remisión que hace a la norma supletoria, antes Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso, es solo para efectos de la liquidación y ejecución de las costas.

Teniendo en cuenta que en la jurisdicción contencioso administrativa, la condena en costas, no deviene como consecuencia de resultar vencido en el proceso, contrastado que esta jurisdicción tiene por finalidad la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política, y que este compendio de garantías comprende en el ámbito de los artículos 2º y 230 Constitucionales, la realización de la justicia y el acceso a la administración de justicia, y que no se vislumbró una actuación temeraria de las partes, esta Sala se abstendrá de condenar en costas en esta instancia, en su modalidad de expensas y gastos del proceso.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA – SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN “C”**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 10 de octubre de 2018, proferida por el Juzgado Sesenta y dos (62) Administrativo de Bogotá D.C.

⁴⁹ “CONDENA EN COSTAS. En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el Juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil.”

⁵⁰ Ver www.rae.es

SEGUNDO: Sin condena en costas (expensas y gastos del proceso) en esta instancia.

TERCERO: Dar cumplimiento a esta sentencia de acuerdo con el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

CUARTO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de Origen. Por Secretaría de esta Corporación **DÉJESE** las constancias del caso.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
(Aprobado en sesión de la fecha, Sala N°150).



FERNANDO IREGUI CAMELO
Magistrado



JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA
Magistrado

Jvm



MARÍA CRISTINA QUINTERO FACUNDO
Magistrada