

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Magistrado Ponente: FERNANDO IREGUI CAMELO

Bogotá, D.C., veinte (20) de enero de dos mil veintiuno (2021)

MEDIO DE CONTROL REPARACIÓN DIRECTA

Radicado:	11-001-33-31-032-2010-00282-01
Actor:	MIGUEL ÁNGEL QUELAL Y OTROS
Demandado:	NACIÓN- MINISTERIO DE PROTECCIÓN SOCIAL Y OTROS
Tema:	Falla en el servicio médico por error de diagnóstico
Sentencia N°:	SC3 - 21012759
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 60 Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Tercera, el 8 de agosto de 2018, por medio de la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

II. ANTECEDENTES

2.1 Pretensiones¹

Los señores Miguel Ángel Quelal, Omar Alirio Chingal Quelal y Armando Rodrigo Quelal, a través de apoderado judicial, promovieron demanda en ejercicio de la acción de Reparación Directa, contra la Nación- Ministerio de Protección Social, Secretaría de Salud Distrital y el hospital de Occidente de Kennedy III Nivel E.S.E., por los perjuicios que les fueron causados, con motivo de la presunta falla en la atención en salud que le fue brindada al primero de ellos derivada de una indebida atención médica y hospitalaria.

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

¹ Folio 20 c. 1

2.2. Hechos²

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

- El día 18 de febrero de 2009, el señor Miguel Ángel Quelal se presentó en el servicio de urgencias del Hospital Occidente de Kennedy III Nivel E.S.E. por presentar fuerte dolor abdominal, se le realizaron paraclínicos y se dejó en observación. Posteriormente, se le dio salida por presentar mejoría parcial.
- Sin presentar mejoría, el 23 de febrero de 2009 volvió al centro médico, fecha en la que se le diagnostica apendicitis aguda entre otros.
- Precisa la demanda que la demora en el diagnóstico permitió que la situación de salud del señor Miguel Ángel Quelal se agravara y permaneciera desde el 6 hasta el 15 de marzo de 2009 en la Unidad de Cuidados Intensivos.
- El 17 de marzo de 2009 el paciente es dado de alta, aparentemente estable, pero emocionalmente y psicológicamente débil. Por dicho motivo, los demandantes consideran que la negligencia de las entidades demandadas les causó unos perjuicios los cuales deben ser resarcidos.

2.2. Contestación de la demanda Ministerio de Protección Social.

Con memorial del 15 de septiembre de 2011³, la entidad demandada contestó la demanda y precisó que debe diferenciarse el Sistema de Protección Social a la prestación del servicio de salud. En ese sentido, la prestación del servicio de salud es un asunto de orden regional, Departamental, distrital o municipal en el que no interviene el Ministerio de la Protección Social.

De los hechos narrados no puede inferirse una falta o falla en el servicio al Ministerio, pues en ninguna parte de la situación fáctica planteada se afirma que la entidad demandada hubiera incurrido en la presunta omisión que causó la deficiente atención del señor Miguel Ángel Quelal.

Reitera que el Ministerio de Protección Social es el ente rector de las políticas del Sistema General de Protección Social en materia de salud, pensiones y riesgos profesionales, y no una institución prestadora de servicios de salud.

Desarrolla como argumento de defensa, las excepciones de “falta de legitimación en la causa por pasiva” e “inexistencia del daño antijurídico”.

2.3.- Distrito Capital- Secretaría de Salud

Mediante radicado del 4 de octubre 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:

² Folios 6 c. 1

³ Folio 30 c. 1

⁴ Folio 53 c. 1

La Secretaría demandada alegó que no es el sujeto pasivo de la posible falla del servicio ya que no es prestador de servicios de salud, por cuanto es un organismo encargado de la Dirección del Sistema Distrital de Salud, para efectuar la coordinación, integración asesoría, vigilancia y control de los aspectos técnicos, científicos, administrativos y financieros de la salud en lo relacionado con el acceso de la población pobre y vulnerable residente en el distrito Capital, pero no presta directamente los servicios de salud.

En ese sentido, no procede condena alguna en contra de esta entidad, por cuanto los hechos de la demanda sucedieron en una entidad distinta como lo es, el hospital de Kennedy III Nivel E.S.E.

Propuso como excepciones, la falta de legitimación en la causa por pasiva e inexistencia de relación de causalidad.

2.3.- Hospital el Occidente de Kennedy III Nivel E.S.E.⁵

El apoderado que defiende los intereses de la entidad demandada relató que, en la atención médica brindada al señor Miguel Ángel Quelal del 18 de febrero de 2009 se realizaron exámenes paraclínicos con el fin de descartar una colitis amebiana, impresión diagnóstica conforme a los síntomas que manifestó el paciente.

Al regresar al servicio de urgencias, el día 23 del mismo mes y año, se diagnosticó absceso del psoas y apendicitis aguda. Luego de brindar el tratamiento, el paciente presentó diversas complicaciones como salida de material intestinal a la cavidad peritoneal por el duodeno, tratada finalmente con duodenostomía. De la misma forma, el paciente recibió múltiples lavados quirúrgicos para controlar la enfermedad y evitar un proceso infeccioso.

De la complejidad del cuadro clínico explica que, en el informe quirúrgico se encontró "*absceso retrocecal extendido a región subhepática sin que se encontrara orificio apendicular*", lo que significa que la infección no fue provocada por apendicitis, lo que deja sin fundamento lo alegado con la demanda. La complicación de la cirugía y que generó la salida de material intestinal a la cavidad abdominal, fue causada probablemente por una colitis fulminante de curso imprescindible.

Alega como excepción la "culpa exclusiva de la víctima", argumentando que el señor Miguel Ángel Quelal ayudó en su complicación de salud al no ingerir el tratamiento que inicialmente se le suministró frente a la colitis amebiana, lo que causó la perforación del intestino y el absceso retrocecal.

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

Dicha a aseguradora, como llamado en garantía por parte del Hospital el Occidente de Kennedy III Nivel E.S.E , 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

⁵ Folio 132 c. 1

En Sentencia del 8 de agosto de 2018, el Juzgado 60 Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá⁶, resolvió:

“PRIMERO: Avocar el conocimiento del presente asunto.

SEGUNDO: Declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la NACIÓN- MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL.

TERCERO: Declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por BOGOTÁ D.C.- SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD.

CUARTO: Declarar probada la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro respecto de las pólizas 1003552 y 1006284 expedidas por la Sociedad LA PREVISORA S.A.

QUINTO: Declarar patrimonialmente responsable a la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente ESE, de los perjuicios sufridos por la parte actora como consecuencia de la falla en la prestación del servicio médico al ciudadano Miguel Ángel Quelal entre el 18 de febrero y el 17 de abril de 2009.

SEXTO: Como consecuencia de lo anterior, se condena a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE ESE patrimonialmente de la siguiente forma:

A favor del ciudadano Miguel Ángel Quelal, identificado con la C.C. 80.826.789, las siguientes sumas de dinero.

- Por concepto de daño moral, la suma equivalente a cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- Por concepto de daño a la salud, la suma equivalente a cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- Por concepto de lucro cesante consolidado, la suma de cuarenta y tres millones ciento ochenta y ocho mil novecientos setenta pesos con veintiocho centavos (\$43.188.970,28)
- Por concepto de lucro cesante futuro, la suma de cincuenta y cuatro millones seiscientos sesenta y nueve mil seiscientos un pesos, con setenta y un centavos (\$54.669.601,71)

A favor del ciudadano OMAR ALIRIO CHINGAL QUELAL, identificado con la C.C. 87.102.188 la suma equivalente a veinte (20) salarios minios legales mensuales vigentes por concepto de daño moral.

A favor del ciudadano ARMANDO RODRIGO QUELAL, identificado con la C.C. 98.352.776 la suma equivalente a veinte (20) salarios minios legales mensuales vigentes por concepto de deño moral.

SÉPTIMO: Se condena en costas a la parte demandada SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE ESE. Líquidense por Secretaría. (...)”

⁶ Folios 680 c. 6

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, y determinó que con el dictamen pericial arrimado al proceso se encuentra demostrada la falla en el servicio respecto de la atención médica brindada al accionante en tanto no está demostrada la existencia de la primera patología diagnosticada, consistente en el absceso causado por amebas, de manera que la tesis del caso que plantea la parte demandada carecer de soporte probatorio.

Resalta las notas de cirugía en donde se ponen de presente los hallazgos de tejido necrótico, hallazgo que no está soportado con evidencia científica que sea consecuencia de una infección amebiana. Por el contrario, los resultados de los exámenes en la primera atención descartan esa posibilidad, sin que el servicio de urgencias adelantara mayores averiguaciones tendientes a detectar el origen del dolor.

La prueba concerniente al dictamen pericial evidenció que la apendicitis es una patología cuyo tratamiento oportuno permite una adecuada recuperación, mientras que en el caso bajo estudio, la falta de atención adecuada permitió su evolución hasta el punto de degenerar en una peritonitis que requirió de complejos procedimientos quirúrgicos y una recuperación igualmente compleja dada la gravedad de la infección y lo drástico del tratamiento.

Desecha la prosperidad de la excepción de culpa exclusiva de la víctima en tanto no se acreditó la ineficacia del tratamiento antibiótico ante la omisión de paciente en la ingesta de los medicamentos. Por el contrario, la historia clínica aportada no evidencia con claridad el diagnóstico inicial. Por lo tanto, encuentra demostrada la falla en el servicio.

En lo que tiene que ver con la liquidación de los perjuicios morales y daño a la salud, su tasación se basa en el porcentaje de pérdida de capacidad laboral del accionante Miguel Ángel Quelal, el cual asciende a 29.45% dado por la Junta regional de calificación e Invalidez de Bogotá y Cundinamarca.

Y respecto a los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante consolidado y futuro se accedió a las pretensiones y se tuvo en cuenta el certificado que da cuenta del trabajo del accionante como mecánico de motos al servicio de "Taliván Motos", comoquiera que la relación laboral no fue desvirtuada.

Finalmente respecto a la responsabilidad de la sociedad aseguradora, el fallador encontró que se estructuró la prescripción de la acción por el tomador, por lo que se negó la prosperidad del llamamiento en garantía solicitado por el Hospital el Occidente de Kennedy III Nivel E.S.E.

IV. DEL ESCRITO DE APELACIÓN.

4.1.-. Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente ESE (Hospital el Occidente de Kennedy III Nivel E.S.E)

La entidad demandada insiste en que, se encuentra probado que no existió un error en el diagnóstico del paciente Miguel Ángel Quelal, comoquiera que se le atendió de conformidad con la sintomatología por él referida y los exámenes practicados.

Reitera que los síntomas presentados por el paciente no referían a un diagnóstico de apendicitis, caso contrario, presentaba una colitis amebiana, a lo que los profesionales del Hospital el Occidente de Kennedy III Nivel E.S.E le informan las recomendaciones a seguir y el tratamiento de acuerdo a los resultados mostrados en los exámenes de laboratorio.

Si bien el paciente Miguel Ángel Quelal presentó un cuadro clínico de apendicitis, no existe prueba que ese padecimiento fuera generado por un error de diagnóstico por parte de los profesionales de salud que le prestaron el servicio al paciente, en razón a que las dos atenciones obedecieron a motivos de consulta y diagnósticos diferentes.

Insiste en que la no ingesta de medicamentos para controlar la colitis amebiana por parte del señor Miguel Ángel Quelal, probablemente desencadenó la complicación médica de absceso retrocecal extendido a región subhepática, situación que se encuentra probada con la historia clínica.

Con lo anterior, deduce que no existe relación o un nexo causal entre la efectiva prestación del servicio de salud por parte del Hospital el Occidente de Kennedy III Nivel E.S.E y el diagnóstico posterior, que originó una intervención quirúrgica de urgencias. En ese sentido, concluye que la reclamación de perjuicios en contra de la entidad no está llamada a prosperar.

4.2.- Parte demandante.

Mediante memorial radicado el 13 de agosto de 2018, la parte actora radicó escrito de recurso de apelación parcial frente a lo decidido en primera instancia por el Juzgado 60 Administrativo del Circuito judicial de Bogotá bajo los siguientes términos.

Probado el daño antijurídico, considera que las indemnizaciones otorgadas por los perjuicios inmateriales sufridos por los demandantes no corresponden con la realidad que ahora soporta la víctima en razón a que, actualmente cuenta con una notoria y protuberante cicatriz que afecta su bienestar.

Realiza transcripción de la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Tercera- Sala Plena el 28 de agosto de 2014 Rad 23001-23-31-000-2001-00278-01 (28804), en la que se accede a las pretensiones de la demanda respecto perjuicios morales ante la afectación física y moral que dejó una cicatriz luego de una intervención quirúrgica.

Solicita además que se dé cumplimiento a la sentencia conforme a los presupuestos establecidos en el Código Contencioso Administrativo.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

El Despacho, a través de auto de 8 de agosto de 2019, admitió el recurso de apelación y ordenó notificar personalmente al Ministerio Público⁷.

⁷ Folio 755 c. 6

Finalmente, con auto de 19 de febrero de 2020⁸, se corrió traslado común a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión y emitir concepto respectivamente.

VI. DE LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. Parte demandante

Con memorial del 9 de marzo de 2020⁹, reitera que se encuentra probada la falla en el servicio médico por parte del Hospital el Occidente de Kennedy III Nivel E.S.E y en consecuencia los perjuicios causados a los demandantes.

Los exámenes realizados en la primera asistencia del señor Miguel Ángel Quelal al servicio de urgencias no son determinantes para descartar una apendicitis, ya que conforme al dictamen pericial, se debe realizar un examen físico abdominal y minucioso para encontrar alguna anomalía al respecto, hecho que se omitió por parte de los galenos de la entidad demandada.

Al haber un diagnóstico errado, y un deficiente seguimiento a la patología del demandante, se produjo una peritonitis que ocasionó daños irreversibles, y que no podía de ninguna forma ser evitada con la ingesta de omeprazol, como lo aduce la entidad accionada.

Al encontrarse una negligencia de error de diagnóstico por parte de los médicos que atendieron al señor Miguel Ángel Quelal en el Hospital Occidente de Kennedy III Nivel E.S.E, solicita se mantenga la decisión de primera instancia y se acceda a las pretensiones de la demanda, específicamente a la totalidad de lo pretendido respecto a perjuicio inmaterial.

VII. CONSIDERACIONES

7.1. PRESUPUESTOS PROCESALES DE LA ACCIÓN

7.1. Jurisdicción y competencia

Conforme al artículo 82¹⁰ del Código Contencioso Administrativo, la Jurisdicción Contencioso Administrativa es la competente para juzgar las controversias 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

⁸ Folio 760 c. 6

⁹ Folio 775 c. 6

¹⁰Artículo 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 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.

Administrativo¹¹, 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 el señor Miguel Ángel Quelal sufrió un padecimiento en su salud que desencadenó la realización de una cirugía frente al hallazgo de una perforación intestinal el 25 de febrero de 2009, que posteriormente le traería diferentes padecimientos en su salud y bienestar. En ese sentido, teniendo en cuenta que dicha operación quirúrgica tuvo lugar el día 25 de febrero de 2009, el término de caducidad corría desde el 26 de febrero de 2009 y hasta el 26 de febrero de 2011.

Comoquiera que la demanda fue presentada el 16 de diciembre de 2010¹², sin tener en cuenta el término de suspensión de la caducidad con la solicitud de conciliación extrajudicial, se tiene que 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:

Demandante	Parentesco con la víctima directa	Prueba
Miguel Ángel Quelal	Víctima directa	
Omar Alirio Chingal Quelal	Hermano	Registro civil de nacimiento fl. 2 c. 2

¹¹ 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.

¹² Folio 17 c. 1

Armando Rodrigo Quelal	Hermano	Registro civil de nacimiento fl. 3 c. 2
------------------------	---------	---

7.3.2. Por pasiva.

Por su parte la Nación – Hospital el Occidente de Kennedy III Nivel E.S.E , hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente, se encuentra legitimado en la causa por pasiva en el presente proceso, dado que es a quien se le endilga la responsabilidad por sus presuntas omisiones en cuanto a la prestación del servicio médico y error de diagnóstico ante las afecciones del señor Miguel Ángel Quelal.

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 Civil¹³, norma que establece que el juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin 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

¹³ 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.

Conforme a lo afirmado por los apelantes, las cuestiones a dilucidar por la Sala son las siguientes:

¿Es procedente revocar la decisión de primera instancia y por el contrario, negar las pretensiones de la demanda con base en la excepción de culpa exclusiva de la víctima con el argumento de que las complicaciones de salud del señor Miguel Ángel Quelal obedecieron a su incumplimiento con el tratamiento brindado frente a su diagnóstico inicial de colitis amebiana?

¿En caso de confirmar la decisión adoptada por el A-quo, es procedente modificar la indemnización de perjuicios inmateriales tal y como lo solicita la parte demandante, en consideración de las actuales secuelas que presenta el señor Miguel Ángel Quelal y con fundamento en la sentencia de unificación del Consejo de Estado sobre la materia?

8.2. Tesis

La Sala advierte que los argumentos expuestos por el apelante SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE ESE carecen de fundamento probatorio, al no encontrarse acreditado que las complicaciones en la salud del señor Miguel Ángel Quelal se derivaron de la no ingesta de metronidazol frente al diagnóstico inicial de colitis amebiana. Por el contrario, se encuentra acreditado que la perforación del intestino se hubiera prevenido con la detección temprana de una apendicitis, la cual puede ser tratada de manera inmediata, conforme a lo reseñado en el dictamen pericial aportado en el trámite del proceso.

Por otro lado, la liquidación de perjuicios inmateriales realizada por el A-quo, se encuentra soportada con la línea jurisprudencial proferida por el Consejo de Estado, en tanto se cuenta con un dictamen pericial que determina una pérdida de capacidad laboral y proporciona los parámetros para el resarcimiento.

En consecuencia, esta Sala CONFIRMARÁ la sentencia proferida el 8 de agosto de 2018, por el Juzgado 60 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 error de diagnóstico 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 administrados¹⁴, sin distinguir su condición, situación e interés. Como bien se sostiene en la doctrina:

¹⁴ 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

“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 2020¹⁵, unificó su posición en el sentido de indicar que, en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de 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 puestos 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”¹⁶

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

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.

¹⁵ Consejo de Estado. Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de 19 de abril de 2012. Exp 21.515.

¹⁶ *Ibídem*.

necesarios para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado respecto de los hechos narrados en la demanda.

9.3.- La responsabilidad patrimonial del Estado por errores en el diagnóstico de enfermedades.

Tal como lo ha señalado el Consejo de estado en oportunidades anteriores¹⁷, la falla médica involucra, de una parte, el acto médico propiamente dicho, que se refiere a la intervención del profesional en sus distintos momentos y comprende particularmente el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades, incluidas las intervenciones quirúrgicas, y de otra, todas aquellas actuaciones previas, concomitantes y posteriores a la intervención profesional, que operan desde el momento en que la persona asiste o es llevada a un centro médico estatal, actividades que están a cargo del personal paramédico o administrativo. Todas estas actuaciones integran el “acto médico complejo”, que la doctrina, acogida por el Consejo de Estado¹⁸ clasifica en: (i) actos puramente médicos; (ii) actos paramédicos, que corresponden a las acciones preparatorias del acto médico, que por lo general son llevadas a cabo por personal auxiliar, en la cual se incluyen las obligaciones de seguridad, y (iii) los actos extramédicos, que corresponden a los servicios de alojamiento y manutención del paciente, clasificación que tuvo relevancia en épocas pasadas para efectos de establecer frente a los casos concretos el régimen de responsabilidad aplicable y las cargas probatorias de las partes, pero de acuerdo con los criterios jurisprudenciales que hoy han sido adoptados por dicha corporación, conforme a los cuales el régimen de responsabilidad aplicable en materia de responsabilidad médica es el de la falla del servicio probada, dicha distinción sólo tiene un interés teórico.

En relación con el acto médico propiamente dicho, que es el tema de interés para la solución del caso concreto, se señala que los resultados fallidos en la prestación de ese servicio, tanto en el diagnóstico, como en el tratamiento o en las intervenciones quirúrgicas, no constituyen una falla del servicio, cuando esos resultados son atribuibles a causas naturales, como aquéllos eventos en los cuales el curso de la enfermedad no pudo ser interrumpido con la intervención médica, bien porque el organismo del paciente no respondió como era de esperarse a esos tratamientos, o porque en ese momento aún no se disponía de los conocimientos y elementos científicos necesarios para encontrar remedio o paliativo para esas enfermedades, o porque esos recursos no están al alcance de las instituciones médicas del Estado.

Por lo tanto, frente a tales fracasos, la falla del servicio se deriva de la omisión de utilizar los medios diagnósticos o terapéuticos aconsejados por los protocolos médicos; por no prever, siendo previsibles, los efectos secundarios de un tratamiento; por no hacer el seguimiento que corresponde a la evolución de la enfermedad, bien para modificar el diagnóstico o el tratamiento y, en fin, de todas

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 23 de junio de 2010, exp. 19.101, C.P. Ruth Stella Correa Palacio

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de septiembre de 2000, exp: 11.405, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez

aquellas actuaciones que demuestren que el servicio fue prestado de manera diferente a como lo aconsejaba la *lex artis*.

En otros términos, dado que con la prestación del servicio médico se busca interrumpir el proceso causal que, por causas naturales o externas, produce o amenaza con producir el deterioro o la pérdida de la integridad corporal, con el fin de lograr la curación, mejoramiento o, al menos, la sobrevivencia del paciente en condiciones de dignidad humana, dicho servicio debe prestarse de la manera más diligente, de acuerdo con el estado del arte en la materia.

Sin embargo, no siempre es posible calificar la actuación médica como indebida a partir de los resultados obtenidos, hecha la salvedad de aquellos casos en los cuales el resultado en sí mismo es demostrativo de la falla o del nexo causal entre la intervención y el daño¹⁹, porque hay enfermedades incurables, o que, al menos no pueden ser superadas con los conocimientos científicos alcanzados, y tratamientos con efectos adversos inevitables, los cuales, sin embargo, deben ser ponderados por el médico en el balance riesgo-beneficio y advertidos al paciente con el fin de que éste decida libremente si se somete o no a ellos.

A propósito de este tema, el Consejo de estado en decisión que se viene citando²⁰, con apoyo en la doctrina ha señalado:

“La valoración del acto médico debe efectuarse de manera cuidadosa, teniendo en cuenta que en general, los médicos actúan sobre personas que presentan alteraciones de la salud, lo que implica el desarrollo de diversos procesos en sus organismos, que tienen una evolución propia y, sin duda, en mayor o menor grado, inciden por sí mismos en la modificación o agravación de su estado, al margen de la intervención de aquéllos. Al respecto, considera la Sala acertadas las siguientes observaciones formuladas por el profesor Alberto Bueres: ‘...creemos que el mero contacto físico o material entre el actuar profesional y el resultado, no siempre ha de ser decisivo para tener por configurada la relación causal, pues en la actividad médica el daño no es, de suyo, en todos los casos, revelador de culpa o de causalidad jurídica (adecuada). En rigor, a partir de la evidencia de que el enfermo acude al médico por lo común con su salud desmejorada, a veces resulta difícil afirmar que existe un daño y, en otras oportunidades, los tropiezos se localizan en el establecer si ciertamente el daño (existente) obedece al actuar médico o si deriva de la evolución natural propia del enfermo.’²¹

¹⁹ Se ha acudido a reglas como *res ipsa loquitur*, desarrollada en el derecho anglosajón; o de la culpa virtual elaborada por la doctrina francesa, o la versión alemana e italiana de la prueba *prima facie* o probabilidad estadística, que tienen como referente común el deducir la relación causal y/o la culpa en la prestación del servicio médico a partir de la verificación del daño y de la aplicación de una regla de experiencia, conforme a la cual se considera que existe falla o nexo causal entre un evento dañoso y una prestación médica cuando, según las reglas de la experiencia (científica, objetiva, estadística), dicho daño, por su anormalidad o excepcionalidad, sólo puede explicarse por la conducta negligente del médico y no cuando dicha negligencia

pueda ser una entre varias posibilidades, como la reacción orgánica frente al procedimiento suministrado o, inclusive, el comportamiento culposo de la propia víctima

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 23 de junio de 2010, exp. 19.101, C.P. Ruth Stella Correa Palacio

²¹ Ataz López, *Los médicos y la responsabilidad civil*, Edit. Montecorvo, Madrid, 1985, p. 340. Sobre las causas concurrentes y la concausa, y la factibilidad de interrupción del nexo causal, ver Mosset Iturraspe. *Responsabilidad Civil del médico*, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1979, p. 267 a 269

Esta última afirmación nos conduce de la mano a reiterar que en tema de responsabilidad galénica, el contacto físico entre un profesional y un paciente que experimenta daños, no permite indefectiblemente imputar estos daños al susodicho profesional, pues las pruebas aportadas al proceso, con suma frecuencia, suscitan dudas acerca de si el obrar médico fue en verdad el que ocasionó los perjuicios...Frente al daño médico, es muy común que las constancias procesales pongan de manifiesto que el perjuicio pudo ocurrir por el hecho del profesional o por una o varias causas ajenas derivadas fortuitamente del propio estado de salud del enfermo –amén de los supuestos de hecho (o culpa) de éste último.²²

No basta con acreditar una omisión en abstracto, en tratándose de la actividad médica, sino que por el contrario, se reclama una prueba que permita inferir, con visos de realidad, que la conducta asumida por el médico o ente hospitalario, deviene causa regular y adecuada de la consecuencia o evento dañino que se materializa, en el caso concreto, en la muerte del menor. La relación de causalidad en dicha actividad, se caracteriza por un particularismo específico, en relación con el régimen general, circunstancia esta que se sostiene, por las especiales características que tipifican la actividad médica y que exigen una consideración especial de parte del juzgador, en el momento de la valoración de la conducta que se considera causalmente ligada a los resultados nocivos. Dicho en otras palabras: En tratándose del acreditamiento del elemento causal, hácese indispensable la demostración de que la conducta del médico tratante o, en su caso, del centro hospitalario a quien se imputan las consecuencias dañinas, resultan ser la causa adecuada del desenlace producido en el paciente, pues sabido se tiene que el mero contacto del médico con el paciente, no resulta ser un elemento probatorio suficientemente descriptivo que permita tener por acreditada la causalidad exigida por el régimen de responsabilidad. En el caso concreto, no solamente se echa de menos la ausencia de prueba que le permita al juzgador atribuir el resultado muerte a una eventual conducta omisiva, pues se reitera, tan solo se sabe que el menor fue llevado al centro hospitalario, si no que igualmente, de la prueba recaudada tampoco puede predicarse que se haya presentado lo que el demandado califica como omisión²³

Uno de los momentos de mayor relevancia en la prestación del servicio médico lo constituye el diagnóstico, porque a partir del mismo se define el tratamiento posterior²⁴. Las fallas en el diagnóstico de las enfermedades y el consecuente error en el tratamiento están asociadas, regularmente, a la indebida interpretación de los síntomas que presenta el paciente o a la omisión de la práctica de los exámenes que resultaban indicados para el caso concreto. Por lo tanto, cuando el diagnóstico no es conclusivo, porque los síntomas pueden indicar varias afecciones, se incurre en falla del servicio cuando no se agotan los recursos científicos y técnicos al alcance para determinar con precisión cuál es la enfermedad que sufre el paciente.

En los casos en los que se discute la responsabilidad de la administración por daños derivados de un error de valoración, deberá estar demostrado que el servicio médico no se prestó adecuadamente porque se omitió interrogar al paciente o a su acompañante sobre la evolución de los síntomas que lo aquejaban; no sometió al

²² BUERES, Alberto J. "Responsabilidad Civil de los Médicos", Edit. Hammurabi, Buenos Aires, 1992, p. 312, 313

²³ Sentencia de 11 de mayo de 1999, exp. 11.949.

²⁴ VASQUEZ FERREIRA ROBERTO. Daños y Perjuicios en el Ejercicio de la Medicina", Biblioteca Jurídica Dike, 1993, pág. 78.

enfermo a una valoración física completa y seria²⁵; omitió utilizar oportunamente todos los recursos técnicos a su alcance para confirmar o descartar un determinado diagnóstico²⁶; dejó de hacerle el seguimiento que corresponde a la evolución de la enfermedad, o simplemente, incurrió en un error inexcusable para un profesional de su especialidad²⁷

Por su parte, el juez deberá hacer un análisis riguroso y completo de los medios a su alcance para establecer si hubo o no falla. En especial, deberá examinar la información consignada en la historia clínica con el fin de establecer qué acciones se llevaron a cabo para orientar el diagnóstico de la enfermedad. También deberá apelar, en la medida de lo posible, al concepto de peritos o expertos para aclarar aspectos de carácter científico que escapen a su conocimiento. No obstante, dada la complejidad de los factores que inciden en la exactitud del juicio, el juez tendrá que ser en extremo cuidadoso al momento de valorar esta prueba pues resulta relativamente fácil juzgar la conducta médica ex post. Por ello, la doctrina ha señalado que “el juez y los peritos deben ubicarse en la situación en que se encontraba el médico al momento de realizar dicho diagnóstico”²⁸

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 que, la intervención quirúrgica realizada al señor Miguel Ángel Quelal el día 25 de febrero de 2009, evidenció una complicación concerniente a perforación intestinal y peritonitis, deducible de la demora en la atención de la patología denominada apendicitis, situación que constituye una lesión que supone, por sí misma, una

²⁵ En la sentencia de 10 de febrero de 2000, la Sección Tercera del Consejo de Estado imputó responsabilidad a la Universidad Industrial de Santander por la muerte de un joven universitario, como consecuencia de un shock séptico causado por apendicitis aguda, tras encontrar demostrado que el paciente ingresó al servicio médico de la entidad, con un diagnóstico presuntivo de esta enfermedad que constaba en la historia clínica, y que el médico de turno, no solo omitió ordenar los exámenes necesarios para confirmarlo o descartarlo, sino que realizó una impresión diagnóstica distinta, sin siquiera haber examinado físicamente al paciente. Exp. 11.878, C.P. Alier Eduardo Hernández.

²⁶ En la sentencia de 27 de abril de 2011, la Sala imputó responsabilidad al ISS por el daño a la salud de un menor de edad, afectado por un shock séptico en la vesícula, en el hígado y en el peritoneo, luego de constatar que éste ingresó a la unidad programática de la entidad con un fuerte dolor abdominal, y que los médicos le formularon un tratamiento desinflamatorio y analgésico, sin practicarle otros exámenes o pruebas adicionales, que confirmaran que la enfermedad que lo aquejaba en realidad no era de gravedad y que podía controlarse con tales medicamentos. Exp. 19.846, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

²⁷ Al respecto, la doctrina ha señalado que el error inexcusable no es cualquier error, sino aquél “objetivamente injustificable para un profesional de su categoría o clase. En consecuencia, si el supuesto error es de apreciación subjetiva, por el carácter discutible del tema o materia, se juzgará que es excusable y, por tanto, no genera responsabilidad”. Alberto Bueres, citado por Vásquez Ferreyra, Op. Cit., p. 121.

²⁸ Roberto Vázquez Ferreyra, Op. Cit., p. 124.

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

La entidad demandada Hospital el Occidente de Kennedy III Nivel E.S.E solicita en su escrito de apelación, que se revoque la sentencia condenatoria comoquiera que las complicaciones en la salud del señor Miguel Ángel Quelal se derivan a su propia negligencia en continuar con el tratamiento médico que se le ordenó en la atención inicial de urgencias. Explica que la atención médica brindada el 18 de febrero de 2009 corresponde a un diagnóstico diferente a la emitida el 23 del mismo mes y año, y que la primera de estas no puede corresponderse a un error, comoquiera que fue el resultado de las manifestaciones del estado de salud del propio accionante y de los resultados de los exámenes médicos.

Por su parte, la parte demandante insiste en que la detección temprana de la apendicitis que padecía el señor Miguel Ángel Quelal hubiera evitado las complicaciones en la salud del demandante que le desencadenaron en diferentes secuelas, entre ellas, una cicatriz en su abdomen que le impiden llevar una vida normal.

De lo probado en el expediente se tiene que la historia clínica aportada con el expediente da cuenta de las atenciones que se brindaron al señor Miguel Ángel Quelal frente a las complicaciones en su salud debido a la perforación intestinal, sin embargo, se cuenta con poca documentación en lo que tiene que ver con el diagnóstico emitido el día 18 de febrero de 2009 y su manejo.

Con el dictamen pericial aportado en el expediente, se permite aclarar diferentes cuestionamientos y vacíos que se pudieron haber presentado con la Historia clínica. Se destaca entre estos, los siguientes apartes:

“cuando una persona consulta a un servicio de urgencias por presentar dolor abdominal, lo primero que se hace es una valoración integral, por parte de un profesional de la medicina. Esto incluye una entrevista donde al paciente se le hace un interrogatorio minucioso sobre la enfermedad, los síntomas que siente, antecedentes médicos y enfermedades familiares (...) es necesario hacer énfasis en el examen de la zona abdominal, el examen incluye auscultación, palpación y maniobras especiales para ver si hay algún signo que ayude a diagnosticar la enfermedad.

Luego de esta valoración el profesional de la medicina puede ordenar exámenes complementarios que ayuden a confirmar o a descartar las posibles enfermedades que estén causando dolor (...)

Los exámenes que aparecen reportados con fecha 18 de febrero de 2009 (folios 26 y 27 de las copias) son estudios generales de orina y cuadro hemático que no son específicos para descartar o confirmar una apendicitis.

En general estos exámenes ayudan a la evaluación general de un paciente, son complemento de la valoración médica general que se pueda hacer a una persona, pero no son específicos para hacer el diagnóstico.

(...)

Los exámenes que le hicieron el 18 de febrero de 2009 reportan un aumento de glóbulos blancos lo cual es indicativo de una infección. Luego el paciente salió para su casa, es posible que haya tenido mejoría aparente porque recibió medicamentos analgésicos, pero en realidad la infección seguía avanzando. Cuando la persona regresó al hospital en la mañana del 23 de febrero de 2009 ya el apéndice debió estar perforado y la peritonitis estaba avanzado, de hecho, al médico que atendió al paciente esa mañana escribió que sospechaba apendicitis. Una ecografía hecha al día siguiente (es decir 24 de febrero de 2009) observó signos compatibles con apendicitis severa (se forma una masa llamada plastrón apendicular) y eso fue lo que se conformó al otro día (en la mañana del 25 de febrero de 2009), cuando el paciente fue operado.

Entre los primeros signos de dolor (miércoles 18 de febrero) y la intervención (miércoles 25 de febrero) transcurrieron cerca de ocho días, tiempo en el cual se formó la masa y la infección que se encontró en la cirugía, para ese momento ya el apéndice estaba totalmente gangrenado (necrosado) es decir muerto, y perforado, como lo describe el informe de patología.

(...)

Las notas que tienen fecha del 18 de febrero de 2009 no mencionan ese diagnóstico (colitis amebiana) y los datos disponibles de esa fecha no permiten analizar cuales habrían sido las razones para haber llegado a ese diagnóstico en esa fecha.

(...)

En resumen de acuerdo a la información disponible al momento de la elaboración de este documento, el caso se trata de un paciente de 25 años de edad, quien consultó al servicio de urgencias del Hospital Occidente de Kennedy por presentar dolor abdominal, al parecer se le diagnosticó inicialmente una infección por amibas y fue dado de alta, días más tarde regresó con dolor abdominal nuevamente, le hicieron una cirugía abdominal para explorar la cavidad (laparotomía exploratoria) y se encontró que tenía una apendicitis perforada con infección severa, presentó luego de múltiples complicaciones que pusieron en riesgo su vida y fue necesario realizarle numerosas cirugías.

Conforme a las pruebas antes referenciadas y de cara a los argumentos expuestos con el recurso de apelación del Hospital el Occidente de Kennedy III Nivel E.S.E se puede concluir que, efectivamente, hubo un error de diagnóstico en el presente caso, comoquiera que en la primera consulta de urgencias a la que asistió el señor Miguel Ángel Quelal se omitió brindar los diferentes medios diagnósticos que permitieran evidenciar de forma más precisa un diagnóstico sobre la patología que lo estaba aquejando.

De la revisión del expediente no se advierte ningún medio probatorio, ni tampoco se observa literatura médica que permita evidenciar y justificar que la no ingesta del medicamento metronidazol del paciente, hubiera desencadenado en las complicaciones que derivaron en la intervención quirúrgica del paciente.

Contrario a esto, lo que se evidencia es que el señor Miguel Ángel Quelal para el 18 de febrero de 2009 presentaba una apendicitis, la cual no fue detectada ni tratada de forma inmediata, resultando en la complicación concerniente a perforación intestinal que ameritó intervención quirúrgica y posteriores secuelas para el demandante.

En consecuencia, considera la Sala que a pesar de que los médicos del Hospital el Occidente de Kennedy III Nivel E.S.E trataron las complicaciones resultantes de la apendicitis del señor Miguel Ángel Quelal, le resulta imputable a la entidad hospitalaria los daños sufridos por aquel y su familia demandante, porque los galenos omitieron practicar métodos confiables para descartar un diagnóstico inicial, justificado por los síntomas que manifestaba el paciente.

No se trata de exigir a los médicos diagnósticos infalibles, pero sí el uso riguroso de todos los recursos de que deban disponer y que estaban al alcance de las entidades médicas para descartar y confirmar afecciones de tanta gravedad, que justifican una intervención quirúrgica. El haber subestimado el diagnóstico que inicialmente habían señalado los médicos del Hospital el Occidente de Kennedy III Nivel E.S.E y no haber agotado los recursos para descartarlo, explica los daños en la salud, estéticos y síquicos que padeció el demandante, los cuales deberán ser reparados por la entidad.

Con lo anterior, la Sala considera que ha quedado demostrado que el Hospital el Occidente de Kennedy III Nivel E.S.E incurrió en una falla al no brindar al señor Miguel Ángel Quelal una atención adecuada para su enfermedad, que se materializó en un error de diagnóstico que le impidió un tratamiento adecuado para su patología, situación que trajo como consecuencia las complicaciones ya conocidas, por lo que debe responder por los perjuicios causados a los demandantes.

Por todo lo expuesto, se confirmará la sentencia apelada en la que se declaró la responsabilidad de la entidad demandada,

10.2 Análisis de la Sala sobre los perjuicios

10.2.1. Perjuicios morales

En sentencia de primera instancia se ordenó el pago del equivalente en pesos colombianos a 40 salarios mínimos mensuales legales vigentes a la fecha de ejecutoria de la presente sentencia, para cada uno de los demandantes, ya que se trataba de la víctima y sus hermanos, quienes se encontraban en el primer grado de afectación.

De la misma forma, por daño a la salud se concedió la suma de 40 salarios mínimos mensuales legales vigentes a la fecha de ejecutoria de la presente sentencia a favor del señor Miguel Ángel Quelal.

Si bien, la parte actora aduce que dicha tasación no es conforme a las afecciones de carácter moral que actualmente padece el demandante y sus familiares, la Sala precisa que, los valores concedidos se ajustan a las reglas dispuestas para la indemnización de perjuicios morales consignadas en sentencia de unificación del 2

de agosto de 2014²⁹, comoquiera que al expediente se aportó un dictamen pericial que determina para el accionante una pérdida de la capacidad laboral del 29.45%, por lo que se confirmará la condena de primera instancia.

10.2.2. Perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante

La Sala comparte el criterio adoptado por el *a quo* al liquidar los perjuicios materiales, conforme a la prueba aportada con la demanda concerniente a la certificación laboral expedida por "Taliván Motos", donde consta que para la época de los hechos, el señor Miguel Ángel Quelal se desempeñaba como mecánico de motos. Además, se presume como ingreso, un salario mínimo mensual vigente.

La Sala actualizará la condena impuesta en primera instancia por concepto de lucro cesante y se aplicará la siguiente fórmula:

$$Ra = V \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Los valores y fechas que se tendrán en cuenta para la actualización, serán los contenidos en la sentencia del 8 de agosto de 2018 y la fecha de la presente sentencia (20 de enero de 2021).

Aplicada la fórmula de actualización de la condena para perjuicios materiales en calidad de lucro cesante consolidado por la suma de \$43.188.970,28, dispuesta por la jurisprudencia contenciosa administrativa, se tiene lo siguiente:

$$\begin{aligned} RA &= V (\text{IPC final diciembre 2020}) / (\text{IPC inicial agosto de 2018}) \\ RA &= \$43.188.970,28 (105.48) / (99.30) \\ RA &= \$65.202.605 * 1.10297507 \\ RA &= \$45.876.863,90 \end{aligned}$$

La renta actualizada por concepto de perjuicio material en calidad de lucro cesante consolidado es de CUARENTA Y CINCO MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y TRES PESOS CON NOVENTA CENTAVOS (\$45.876.863,90).

Así mismo, respecto a perjuicios materiales en calidad de lucro cesante futuro por la suma de \$54.669.602,71, luego de la aplicación de la fórmula mencionada, se obtiene una renta actualizada de CINCUENTA Y OCHO MILLONES SETENTA Y DOS MIL PESOS (\$ 58.072.000)

XI. COSTAS PROCESALES

La Sala considera que el artículo 171 del CCA³⁰, no contiene el imperativo de condenar en costas a la parte vencida, como quiera que, si bien establece que, "la

²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 2 de agosto de 2014, Exp. 31172, M.P. Olga Mérida Valle de la Hoz.

³⁰ "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."

sentencia *dispondrá sobre las condenas en costas*", asume categórico que la alocución "*dispondrá*", significa: "*mandar lo que se debe hacer*"³¹, 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: MODIFICAR el numeral sexto de la Sentencia del 8 de agosto de 2018, proferida por el Juzgado Sesenta (60) Administrativo de Bogotá D.C. y **ACTUALIZAR** la condena por perjuicios materiales, el cual quedará así:

“(…) **SEXTO:** Como consecuencia de lo anterior, se condena a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE ESE patrimonialmente de la siguiente forma:

A favor del ciudadano Miguel Ángel Quelal, identificado con la C.C. 80.826.789, las siguientes sumas de dinero.

- Por concepto de daño moral, la suma equivalente a cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- Por concepto de daño a la salud, la suma equivalente a cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- Por concepto de lucro cesante consolidado, la suma de CUARENTA Y CINCO MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y TRES PESOS (\$45.876.863,90).
- Por concepto de lucro cesante futuro, la suma de CINCUENTA Y OCHO MILLONES SETENTA Y SON MIL PESOS (\$ 58.072.000) CINCUENTA Y OCHO MILLONES SETENTA Y SON MIL PESOS (\$ 58.072.000)

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la Sentencia del 8 de agosto de 2018, proferida por el Juzgado Sesenta (60) Administrativo de Bogotá D.C.

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

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

³¹ Ver www.rae.es

QUINTO: 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 No 5).



FERNANDO IREGUI CAMELO
Magistrado



JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA
Magistrado



MARÍA CRISTINA QUINTERO FACUNDO
Magistrada

Jvm