

PRUEBA TRASLADADA - Valor probatorio. Valoración probatoria / PRUEBA TRASLADADA - Presupuestos para su valoración. Regulación normativa

En lo que se refiere a la prueba trasladada, debe reiterarse que los medios probatorios en ella contenidos que no cumplan con los requisitos previstos en el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil, o que no hubieran sido solicitados en el presente proceso por la parte contra la cual se aducen, o que no hubieran sido practicados con audiencia de ésta no podrán ser valorados por la Sala. Por otro lado, téngase en cuenta que, como se ha dicho en otros casos, en los eventos en los cuales el traslado de las pruebas rendidas dentro de otro proceso hubiere sido solicitado por ambas partes, éstas podrán ser tenidas en cuenta, aún cuando hayan sido practicadas sin su citación o intervención en aquel del cual se traen y no hayan sido ratificadas en el destinatario, considerando que, en esos casos, resulta contrario a la lealtad procesal que una de las partes solicite que la prueba haga parte del acervo probatorio, pero que, en el evento de resultar desfavorable a sus intereses, invoque las formalidades legales para su inadmisión. Pues bien, en el plenario obra, en copia auténtica, el expediente contentivo de la acción de tutela instaurada por el señor Marco Antonio Díaz Álvarez en contra del I.S.S. y de Colsanitas S.A., pieza procesal que fue trasladada por solicitud de la parte demandante, sin que mediara coadyuvancia de la entidad demandada, pero que puede ser valorada en el sub lite, por cuanto en el trámite de esa acción constitucional se practicaron pruebas con audiencia y participación de dicha entidad. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre el tema consultar sentencia de julio 7 de 2005, exp. 20300 y sentencia de febrero 21 de 2002, exp. 12789

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 185

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRESTACION DEL SERVICIO MEDICO DE SALUD - Corresponde a la parte actora acreditar la falla en la prestación del servicio médico, el daño y la relación de causalidad / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRESTACION DEL SERVICIO MEDICO DE SALUD - Importancia de la prueba indiciaria

En relación con la responsabilidad del Estado por la prestación del servicio médico de salud, corresponde a la parte actora acreditar los supuestos de hecho que estructuran los fundamentos de la misma; es decir, debe demostrar el daño, la falla en la prestación del servicio médico hospitalario y la relación de causalidad entre estos dos elementos, para lo cual puede valerse de todos los medios probatorios legalmente aceptados, entre los cuales cobra particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño ocasionado, ya que sin la concurrencia de estos elementos no se logra estructurar la responsabilidad administrativa. **NOTA DE RELATORIA:** Al respecto consultar sentencia de 16 de julio de 2008, exp. 16775

PRACTICA MEDICA - Debe evaluarse desde una perspectiva de medios y no de resultados / RESPONSABILIDAD MEDICA - Se puede derivar de la omisión en la prestación del servicio médico

Resulta preciso insistir en la posición jurisprudencial reiterada por la Corporación, que señala que “la práctica médica debe evaluarse desde una perspectiva de medios y no de resultados, lo que lleva a entender que el galeno se encuentra en la obligación de practicar la totalidad de procedimientos adecuados para el tratamiento de las diversas patologías puestas a su conocimiento, procedimientos que, por regla general, conllevan riesgos de complicaciones, situaciones que, de

llegar a presentarse, obligan al profesional de la medicina al agotamiento de todos los medios a su alcance, conforme a la lex artis, para evitar daños mayores y, de así hacerlo, en ningún momento se compromete su responsabilidad, incluso en aquellos eventos en los cuales los resultados sean negativos o insatisfactorios para la salud del paciente, a pesar de haberse intentado evitarlos en la forma como se deja dicho". Ahora, la responsabilidad del Estado también se puede derivar de la omisión en la prestación del servicio médico a la persona que acuda al centro asistencial, siempre que dicha desatención o negligencia haya incidido en el resultado adverso a la salud e integridad física de quien requiera ese servicio.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el tema consultar sentencia del 24 de marzo de 2011, exp. 18947

DAÑO ANTIJURIDICO - Paciente a quien se le diagnosticó cirrosis hepática alcohólica y no se le autorizó trasplante de hígado de forma oportuna / ISS - Falla por omisión en la prestación del servicio médico asistencial / PERDIDA DE OPORTUNIDAD - Perjuicio de carácter autónomo / PERDIDA DE OPORTUNIDAD - ISS. Omisión en incluir, oportunamente, al paciente en la lista activa para trasplante hepático y quizá hubiera tenido la oportunidad en recuperar la salud

Se encuentra acreditado que al señor Marco Antonio Díaz Álvarez se le diagnosticó, desde el 2000, cirrosis hepática alcohólica (...) si bien es cierto el Instituto de Seguros Sociales incurrió en una falla por omisión en la prestación del servicio médico asistencial al desatender la solicitud de autorización para el trasplante de Marco Antonio Díaz Álvarez, también es cierto que no obra elemento alguno a través del cual se logre evidenciar, de manera fehaciente y concluyente, el nexo de causalidad entre esa conducta irregular y negligente del Estado y la muerte del paciente, pues no es posible afirmar categóricamente que, de haberse expedido oportunamente la autorización solicitada, el paciente habría sido trasplantado inmediatamente y se habría logrado preservar su vida; recuérdese que, para que la intervención fuera posible, era necesario contar con la disponibilidad y compatibilidad del órgano requerido, pero también era necesario tener en cuenta que en la lista activa figuraban otras personas con la misma necesidad de trasplante y con mayor tiempo de espera en ella; de hecho, en la primera citación hecha al señor Díaz Álvarez para posible trasplante, se optó por intervenir a una señora con estado de salud aún más grave y con mayor tiempo de permanencia en la lista de espera. No obstante lo anterior, lo que sí resulta evidente para la Sala es que Marco Antonio Díaz Álvarez perdió la oportunidad de haber sido incluido, oportunamente, en la citada lista activa de pacientes para trasplante hepático, esto es, desde el momento en que la Clínica Valle del Lili pidió la autorización del I.S.S. para trasplantar, pues es claro que, de haberse emitido tal permiso, quizá el paciente hubiera tenido la posibilidad de ser citado durante ese período (entre febrero de 2001 y abril de 2002) para posible trasplante y de ser trasplantado. La pérdida de oportunidad, como daño resarcible de carácter autónomo, ha sido analizada en repetidas ocasiones por la jurisprudencia de esta Corporación, particularmente en casos relativos a la responsabilidad patrimonial del Estado por actividades médico-asistenciales. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre pérdida de oportunidad en responsabilidad médica, consultar sentencias de: 3 de abril de 2013, exp. 26437; 11 de agosto de 2010, exp. 18593 y de del 7 de julio de 2011, exp. 20139.

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS - Pérdida de oportunidad en recuperar la salud / TASACION DE LA CUANTIA POR PERDIDA DE OPORTUNIDAD EN RECUPERAR LA SALUD - La estimará el juzgador en aplicación del principio de equidad y de reparación de forma integral del daño

Toda vez que no obran en el plenario elementos de juicio que permitan establecer, con base en criterios técnicos, estadísticos y con información objetiva y contrastada, la cuantía del daño sufrido por las demandantes como consecuencia de la referida pérdida de oportunidad de recuperar la salud del señor Marco Antonio Díaz Álvarez, la Sala estima, en virtud de la grave enfermedad que aquél padecía, de que el trasplante hepático era su única opción terapéutica, del tiempo que transcurrió desde la solicitud de autorización para la práctica de la intervención hasta la inclusión del paciente en la mencionada lista de espera (14 meses aproximadamente) y del principio de equidad, reconocido por el ordenamiento jurídico para efectos de reparar de forma integral el daño causado por la acción o la omisión de las autoridades públicas, que una suma justa por ese concepto es 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de cada una de aquéllas, esto es, para María del Pilar Gómez Gómez, Laura Ximena Díaz Gómez y María Catalina Díaz Gómez. **NOTA DE RELATORA:** En relación con el daño indemnizable en los eventos en los que se encuentra acreditada la pérdida de oportunidad, ver sentencia de 11 de agosto de 2010, exp. 18593.

FUENTE FORMAL: LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 16

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de febrero de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 76001-23-31-000-2004-01210-02(33492)

Actor: MARIA DEL PILAR GOMEZ GOMEZ Y OTROS

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 13 de junio de 2006, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, por medio de la cual negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante demanda del 19 de abril de 2004, la señora María del Pilar Gómez Gómez, en nombre propio y en representación de sus hijas menores, Laura Ximena y María Catalina Díaz Gómez, en ejercicio de la acción de reparación directa y por conducto de apoderado judicial, pidió que se declarara responsable al Instituto de Seguros Sociales - Seccional Valle del Cauca E.P.S., por la muerte del señor Marco Antonio Díaz Álvarez.

Solicitó que, en consecuencia, se condenara a la parte demandada a pagar como indemnización, por concepto de perjuicios morales, el equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro para ella y 500 gramos de oro para cada una de sus hijas. Por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de daño emergente, exigió \$13'312.519 y, por lucro cesante, solicitó \$2.879'124.936.

Como fundamento de sus pretensiones, expuso que al señor Marco Antonio Díaz Álvarez, afiliado al I.S.S., se le recomendó el trasplante de hígado como única opción para preservar su vida. Comoquiera que el Seguro Social se negó a prestar dicho servicio, el paciente interpuso tutela en su contra, acción que fue resuelta a su favor en el sentido de ordenar al I.S.S. que realizara, en un término de 48 horas, todas las diligencias pertinentes para autorizar la práctica del procedimiento requerido; no obstante, el 27 de junio de 2002 el juez constitucional ordenó dar trámite a un incidente de desacato, toda vez que el fallo no fue cumplido. Debido a la falla por omisión en la prestación del servicio médico, el señor Marco Antonio Díaz Álvarez falleció el 9 de agosto de 2002 (f. 142 a 163, c. 1).

2. La demanda fue admitida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante auto de 30 de abril de 2004, el cual fue notificado en debida forma a la entidad demandada (f. 156 a 157 y 160, c. 1.).

El Instituto de Seguros Sociales - Seccional Valle del Cauca contestó la demanda y solicitó que no se accediera a las pretensiones, ya que no le asiste responsabilidad por los perjuicios que los demandantes padecieron con ocasión de la muerte del señor Marco Antonio Díaz Álvarez, pues el paciente no cumplió con el deber de procurarse el cuidado de su propia salud y ese Instituto le brindó una atención médica oportuna, adecuada y compatible con la cirrosis hepática que adquirió por el consumo de alcohol durante 25 años. Aclaró que, si bien es cierto le fue recomendado el trasplante de hígado, éste no fue posible debido al estado de salud descompensado que presentaba por sus patologías de base, esto es, no sólo la cirrosis, sino la enfermedad maniaco depresiva y la diabetes.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación de indemnizar, la de ausencia del nexo causal, la de culpa de la víctima y la de petición exorbitante y abusiva por perjuicios materiales (f. 165 a 175, c. 1).

3. Vencido el período probatorio, el cual fue abierto mediante auto del 30 de noviembre 2004 y fracasada la audiencia de conciliación realizada el 24 de febrero de 2006, se corrió traslado a las partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para que rindiera concepto (f. 177 a 178, 215 a 216 y 218, c. 1).

La parte demandada alegó que, pese a habersele brindado al paciente una atención oportuna, continua, suficiente y pertinente, su enfermedad avanzó a un síndrome hepatorenal, patología clínicamente irreversible que no admitió el trasplante recomendado y que le causó la muerte.

Comentó que, mediante el fallo de tutela del 8 de febrero de 2002, se le ordenó autorizar y adelantar el trámite necesario para ofrecer el tratamiento integral que el señor Díaz Álvarez necesitaba, de manera que procedió a realizar todos los trámites necesarios para que la fundación Clínica Valle del Lili, que iba a efectuar el trasplante, contara con un donante con un órgano compatible con el paciente, con donantes de sangre y con certeza sobre la inexistencia de contraindicaciones. Comentó que, hechas todas las diligencias administrativas y habiendo cumplido con todos los requisitos, el trasplante fue programado para el 29 de julio de 2009; sin embargo, llegada esta fecha, no fue posible llevar a cabo la intervención, pues el paciente presentó un pico febril de 38.5 grados que impidió su práctica (f. 219 a 225, c.1).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 13 de junio de 2006¹, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, previo análisis del material probatorio allegado al proceso, concluyó que la parte demandante no acreditó la falla del servicio alegada; en consecuencia, negó las pretensiones de la demanda.

Al respecto, argumentó lo siguiente (se transcribe tal como obra en el original, incluso con errores):

¹ F. 230 a 244, c. ppl.

“Para la sala la situación demostrativa de la falla del servicio para la parte actora no era de las consideradas excesivamente difíciles en cuanto a su verificación, si se hubiesen utilizado en forma adecuada los medios de prueba que señala la ley, el esfuerzo probatorio de los accionantes en el direccionamiento de sus pretensiones fue escaso y tratándose de una justicia rogada como es la administrativa el plenario no acreditó los supuestos mínimos de comprobación requeridos en la falla medica: el daño como tal y que este le es imputable al ente publico demandado.

“Hay que señalar el asunto objeto de análisis presenta características por demás singulares. El señor Marco Antonio Díaz fue bebedor durante 25 años aproximadamente, en ocasiones por periodos prolongados de hasta dos semanas, en razón a esta circunstancia el ICSS, le diagnostico cirrosis hepática.

“Las anotaciones que figuran en la historia clínica muestran un estado critico del paciente y debido a ello por la descompensación orgánica que se encontraba no era viable practicarle el trasplante hepático recomendado.

“La cronología de los actos médicos que aporta el plenario dan cuenta que al Señor Marco Antonio Díaz según la patología que presentaba se le dio un tratamiento adecuado y oportuno según lo que la ciencia y el arte de la Medicina recomiendan para este tipo de casos, razón por la cual no se puede imputar al ente demandado el daño padecido, cuando de cierta manera la victima fue a través de toda una vida agente conciente y activo en el deterioro de su organismo” (f. 243, c. ppl.).

Recurso de apelación

La parte demandante formuló recurso de apelación, en el cual manifestó que la sentencia de primera instancia debía ser revocada y, en su lugar, se debía condenar a la demandada, toda vez que están demostrados todos los elementos necesarios para estructurar la responsabilidad en cabeza del Instituto de Seguros Sociales, pues, por un lado, está acreditada la muerte de Marco Antonio Díaz Álvarez, por otro, se allegó suficiente material probatorio con el cual era posible advertir que el instituto demandado incurrió en una falla del servicio por omisión en el deber de autorizar y practicar la intervención de trasplante que aquél requería para preservar su vida y, por último, se comprobó la relación causal entre la falla y el daño alegados, ya que, a juicio de la parte recurrente, la omisión en que incurrió el I.S.S. fue determinante en el fallecimiento del señor Díaz Álvarez.

Finalmente, añadió que era deber de la entidad accionada acreditar que había actuado con diligencia, cuidado y oportunidad; no obstante, ello no sucedió en este caso, de manera que si la falla en el servicio no se probó fehacientemente,

ésta debió presumirse y, en consecuencia, debió proferirse fallo condenatorio (f. 247 a 249, c. ppl.).

III. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

El Tribunal *a quo* rechazó por improcedente el recurso de apelación, al considerar que la cuantía era inferior a la establecida para que el asunto fuera de doble instancia; no obstante, esta Corporación, mediante providencia del 26 de julio de 2007, estimó mal denegado el recurso y lo concedió en el efecto suspensivo, siendo admitido el 20 de noviembre del mismo año (f. 253 a 254, 266 a 275 y 280, c. ppl.).

El 15 de enero de 2008, se corrió traslado a las partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para que rindiera concepto (f. 282, c. ppl.).

El Instituto de Seguros Sociales reiteró que no incurrió en falla del servicio alguna y señaló que brindó todos los servicios asistenciales, quirúrgicos y farmacéuticos requeridos por el paciente. Agregó que el occiso abusó del consumo de bebidas alcohólicas durante 25 años, hecho que comprometió seriamente su salud, al punto de generarle una cirrosis hepática, patología que, a su vez, provocó otras enfermedades inherentes y la descompensación orgánica, circunstancias que impidieron la práctica del trasplante de hígado (f. 283 a 285, c. ppl.).

IV. CONSIDERACIONES

Cumplido el trámite procesal correspondiente, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir el recurso de apelación oportunamente interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 13 de junio de 2006 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, no sin antes advertir que, de conformidad con los artículos 18 de la Ley 446 de 1998 y 7 de la Ley 1105 de 2006, el presente caso tiene prelación de fallo, pues uno de los extremos de la litis es una entidad pública en liquidación.

1. Competencia

Las normas de asignación de competencia que rigen la actuación se encuentran previstas en el Decreto 597 de 1988, conforme al cual, para que el asunto pueda ser tramitado en segunda instancia, la cuantía de un proceso cuya demanda se

presentó en 2004 debe exceder de \$51'730.000. Comoquiera que la pretensión de mayor valor formulada en la demanda corresponde a la suma de \$959'708.312, solicitada por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante a favor de cada una de los demandantes, se concluye que esta Corporación es competente para conocer del recurso interpuesto.

2. Prueba trasladada

En lo que se refiere a la prueba trasladada, debe reiterarse que los medios probatorios en ella contenidos que no cumplan con los requisitos previstos en el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil, o que no hubieran sido solicitados en el presente proceso por la parte contra la cual se aducen, o que no hubieran sido practicados con audiencia de ésta no podrán ser valorados por la Sala². Por otro lado, téngase en cuenta que, como se ha dicho en otros casos, en los eventos en los cuales el traslado de las pruebas rendidas dentro de otro proceso hubiere sido solicitado por ambas partes, éstas podrán ser tenidas en cuenta, aún cuando hayan sido practicadas sin su citación o intervención en aquel del cual se traen y no hayan sido ratificadas en el destinatario, considerando que, en esos casos, resulta contrario a la lealtad procesal que una de las partes solicite que la prueba haga parte del acervo probatorio, pero que, en el evento de resultar desfavorable a sus intereses, invoque las formalidades legales para su inadmisión³.

Pues bien, en el plenario obra, en copia auténtica, el expediente contentivo de la acción de tutela instaurada por el señor Marco Antonio Díaz Álvarez en contra del I.S.S. y de Colsanitas S.A.⁴, pieza procesal que fue trasladada por solicitud de la parte demandante, sin que mediara coadyuvancia de la entidad demandada, pero que puede ser valorada en el *sub lite*, por cuanto en el trámite de esa acción constitucional se practicaron pruebas con audiencia y participación de dicha entidad.

3. Valoración probatoria y caso concreto

En relación con la responsabilidad del Estado por la prestación del servicio médico de salud, corresponde a la parte actora acreditar los supuestos de hecho que estructuran los fundamentos de la misma; es decir, debe demostrar el daño, la

² Sentencia de julio 7 de 2005, expediente 20300

³ Sentencia de febrero 21 de 2002, expediente 12789

⁴ Cuaderno 3.

falla en la prestación del servicio médico hospitalario y la relación de causalidad entre estos dos elementos, para lo cual puede valerse de todos los medios probatorios legalmente aceptados, entre los cuales cobra particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño ocasionado⁵, ya que sin la concurrencia de estos elementos no se logra estructurar la responsabilidad administrativa.

No hay duda de que se encuentra acreditado el daño alegado en la demanda, pues, según el registro civil de defunción que obra a folio 16 del cuaderno 1, el señor Marco Antonio Díaz Álvarez, cónyuge y padre de las demandantes⁶, falleció el 9 de agosto de 2002, en la ciudad de Cali. Procede, entonces, la Sala a analizar la conducta del Instituto de Seguros Sociales, en lo que se refiere a la prestación del servicio médico asistencial brindado al señor Díaz Álvarez, con el fin de verificar si ese daño, del cual se derivan los perjuicios cuyo resarcimiento se pretende en este caso, le es imputable a título de falla en el servicio.

Para ello, resulta preciso insistir en la posición jurisprudencial reiterada por la Corporación, que señala que “la práctica médica debe evaluarse desde una perspectiva de medios y no de resultados, lo que lleva a entender que el galeno se encuentra en la obligación de practicar la totalidad de procedimientos adecuados para el tratamiento de las diversas patologías puestas a su conocimiento, procedimientos que, por regla general, conllevan riesgos de complicaciones, situaciones que, de llegar a presentarse, obligan al profesional de la medicina al agotamiento de todos los medios a su alcance, conforme a la *lex artis*, para evitar daños mayores y, de así hacerlo, en ningún momento se compromete su responsabilidad, incluso en aquellos eventos en los cuales los resultados sean negativos o insatisfactorios para la salud del paciente, a pesar de haberse intentado evitarlos en la forma como se deja dicho”⁷.

Ahora, la responsabilidad del Estado también se puede derivar de la omisión en la prestación del servicio médico a la persona que acuda al centro asistencial, siempre que dicha desatención o negligencia haya incidido en el resultado adverso a la salud e integridad física de quien requiera ese servicio.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 16 de julio de 2008, expediente 16.775.

⁶ Según registros civiles de matrimonio y de nacimiento obrantes a folios 12 a 14, c. 1.

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de marzo de 2011, expediente 18947, C.P. Hernán Andrade Rincón.

Con el material probatorio válidamente recaudado, principalmente con la información que reposa en la historia clínica aportada en copia auténtica⁸ al proceso por parte de la Fundación Clínica Valle del Lili y con otras piezas que fueron arrimadas al expediente, se encuentra acreditado que al señor Marco Antonio Díaz Álvarez se le diagnosticó, desde el 2000, cirrosis hepática alcohólica, debido a que había ingerido licor *“durante 25 años aproximadamente en ocasiones por períodos prolongados de hasta 2 semanas”*⁹.

En oficio del 3 de enero de 2001, Colsanitas S.A. informó a la Clínica Valle del Lili, de Cali, haber autorizado la realización del protocolo de trasplante hepático al señor Marco Antonio Díaz Álvarez¹⁰, de manera que, el 29 de enero de ese año, el paciente ingresó a esa clínica en buenas condiciones generales, con el fin de iniciar la mencionada valoración (f. 187, c. 2).

Al realizarse el examen general, se le diagnosticó enfermedad maniaco depresiva tipo I, *“la cual no contraindica decididamente el trasplante pero si (sic) es un paciente de alto riesgo que amerita tratamiento farmacológico de forma inmediata...”* (f. 64, c. 1). El 31 de enero de 2001 se ordenó la salida del paciente, con el siguiente diagnóstico: 1) protocolo de trasplante hepático, 2) cirrosis hepática alcohólica, 3) enfermedad maniaco depresiva y 4) diabetes mellitus (f. 64 a 65, c. 1).

El 21 de febrero de 2001, el jefe de la unidad de trasplantes de la Fundación Clínica Valle del Lili, doctor Luis Armando Caicedo Rusca, informó al coordinador de autorizaciones del Instituto de Seguros Sociales, Seccional Valle, que Marco Antonio Díaz Álvarez requería de un trasplante de hígado *“como única opción terapéutica”* y le solicitó ***“autorización para realizar cirugía de trasplante hepático con donante cadáver cuando aparezca un donante compatible”*** (f. 66, c. 1).

⁸ Oficio FGG 712004-1210 (f. 1 a 276, c. 2).

⁹ Se trata de un documento que obra a folio 64 del cuaderno 1, allegado en copia simple por la parte demandante, y que no fue incluido en la historia clínica aportada en copia auténtica por la Clínica Valle de Lili. Sobre las piezas documentales aportadas al proceso en copia simple debe advertirse que, en sentencia de unificación proferida el 28 de agosto de 2013 (expediente 25002), la Sección Tercera de esta Corporación aceptó su valoración, por cuanto respecto de éstas *“se ha surtido el principio de contradicción y defensa de los sujetos procesales ya que pudieron tacharlas de falsas o controvertir su contenido”*. Pese a que el suscrito Magistrado no comparte la posición mayoritaria adoptada por la Sala sobre la materia, acoge lo dispuesto en la mencionada providencia.

¹⁰ Al respecto, ver también el oficio del 13 de octubre de 2005 en el que la Clínica Valle de Lili manifestó que al señor Díaz Álvarez *“se le realizó (sic) protocolo pretrasplante hepático en Enero de 2001 autorizado por Colsanitas MP”* (f. 226, c. 1).

Comoquiera que ni el I.S.S., Seccional Valle ni Colsanitas Medicina Prepagada S.A. autorizaron el trasplante solicitado por los médicos de la Clínica Valle del Lili, el paciente presentó, el 29 de enero de 2002, acción de tutela en contra de esas entidades con el fin de que se les ordenara adelantar todas las diligencias necesarias para que se le realizara la mencionada cirugía, una vez se contara con un donante compatible (f. 1 a 10, c. 3).

En el trámite de la acción de tutela, el doctor Luis Armando Caicedo Rusca (jefe de la unidad de trasplantes de la Fundación Clínica Valle del Lili), en declaración juramentada, manifestó lo siguiente (se transcribe tal como obra en el expediente, incluso con errores):

“En Enero del 2001 el señor Marco Antonio Díaz consultó a nuestro servicio solicitando ser evaluado para un Transplante de Hígado, dentro de su evaluación se presenta un hombre de 43 años de edad, con una historia de Cirrosis por alcohol y cuatro años de abstinencia, ésta evaluación se hizo con el paciente hospitalizado y se detectó que el paciente había tenido complicaciones asociadas a su cirrosis como sangrado del tracto intestinal alto por varices esofágicas y varios episodios de encefalopatía. No se encontró ninguna contraindicación para su transplante y se definió en Junta Multidisciplinaria de y transplante el 8 de febrero de 2001 que el paciente no tenía otra opción de tratamiento para seguir viviendo que el Transplante Hepático. Cuando un paciente cirrótico comienza a presentar estas complicaciones la probabilidad de muerte en los siguientes dos años es bastante alta por lo que se indica el transplante, hoy en día éste es un tratamiento mundialmente aceptado para los enfermos con enfermedad hepática terminal. **En este orden de ideas por la misma fecha se expidió una solicitud de autorización a su E.P.S para ingresar el paciente a la lista activas de Transplante, eso quiere decir que una vez la E.P.S autorizara el procedimiento e hiciera los arreglos administrativos con la institución el paciente entraría en la lista para ser llamado cuando aparezca un donante apto.** En síntesis la única opción terapéutica que tiene esta persona para tratar de prolongar sus existencia y mejorar su calidad de vida es el transplante el resto de los manejos médicos instaurados no son otra cosa que una faliación” (negrilla fuera de texto, f. 55 a 56, c. 3).

Fue así como el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cali, mediante sentencia T-006 del 8 de febrero de 2002, ordenó al Instituto de Seguros Sociales adelantar, en un término de 48 horas, *“las gestiones pertinentes y reales en lo referente a la autorización para el procedimiento requerido por el accionante cual es TRANSPLANTE (sic) DE HIGADO y todo su tratamiento integral...”*, pero ante el incumplimiento de dicha orden, el accionante solicitó al juez dar trámite al

incidente de desacato. Esta solicitud fue atendida favorablemente, en auto del 27 de junio de 2002 (f. 57 a 66 y 85 a 98, c. 3).

Con lo dicho hasta aquí es posible evidenciar la necesidad del trasplante requerido, dada la gravedad de la enfermedad que padecía el señor Díaz Álvarez. Según la declaración del jefe de la unidad de trasplantes de la Fundación Clínica Valle del Lili, el procedimiento administrativo a seguir para la realización del trasplante consistía en obtener la autorización, por parte de la E.P.S., para que el paciente ingresara a la lista activa de personas en espera de aquél y, posteriormente, con sujeción a la disponibilidad del órgano a trasplantar y a la compatibilidad del mismo con el receptor, realizar la mencionada intervención.

Entonces, se probó que la clínica tratante (Fundación Clínica Valle del Lili) solicitó la mencionada autorización al Instituto de Seguros Sociales, Seccional Valle, el 21 de febrero de 2001 (f. 66, c. 1); sin embargo, esta última entidad no dio respuesta alguna al llamado y tampoco demostró haber dado cumplimiento a la orden impartida por el juez de tutela. La única prueba que obra en el expediente al respecto es una comunicación de la Clínica Valle del Lili, en la que señaló que, el 11 de abril de 2002, *“se da orden de ingresar al (sic) Lista Activa”*¹¹, fecha que, por lo tanto, se tiene como aquella en la cual el I.S.S. autorizó la práctica del trasplante hepático a Marco Antonio Díaz, esto es, transcurrido más de un año desde que la autorización o permiso fue solicitado.

Una vez registrado en la lista de candidatos para trasplante hepático, el señor Díaz Álvarez fue citado el 18 de julio de 2002 en la Clínica Valle del Lili, para posible cirugía; sin embargo, *“en paraclínico previo se determina hiperkalemia y deterioro agudo de la Fn renal (...) por lo q’ se cancela el tx”*¹²; a partir de ese momento fue hospitalizado. El 29 de julio siguiente se programó nuevamente para la misma intervención; no obstante, ésta fue cancelada por el cuadro de fiebre que presentó el paciente. Del resumen de su evolución, durante su hospitalización, es importante resaltar lo siguiente (se transcribe tal como obra en el expediente, incluso con errores):

**“DIAGNÓSTICOS DE INGRESO:
“1. CIRROSIS HEPÁTICA CHILD C II
“2. UROSEPSIS POR PSEUDOMONA MULTIRESISTENTE**

¹¹ F. 226, c. 2.

¹² F. 10, c. 2.

“3. IRA

“4. ENCEFALOPATÍA HEPÁTICA GRADO III

“5. POP DE TAPONAMIENTO NASAL ANTERIOR Y POSTERIOR

“(…)

“Se trata de un paciente conocido en la Institución con los diagnósticos anteriormente anotados con una cirrosis de origen alcohólica definida como Child C en lista de trasplante hepático. Estaba siendo manejado por el grupo de hepatología en el piso, sin embargo se observa en el día de hoy deterioro de su estado general, sin respuesta al manejo de la encefalopatía, por lo cual sospechan fuertemente una infección no detectada, teniendo en cuenta los hallazgos del abdomen Blumberg y aumento de la ascitis más compromiso de su estado general. Una posibilidad de peritonitis bacteriana recurrente espontánea, como también la presencia de un foco no determinado incluyendo la posibilidad de una neumonía basal izquierda.

“(…)

“Como antecedente importante tiene unas várices esofágicas, por lo cual ha presentado hemorragia variceal importante, que lo ha llevado a anemia y ha requerido de transfusiones seriadas. Una encefalopatía hepática con asterixis y bradipsiquia para lo cual tiene manejo exhaustivo (...). Se trasladó a la UCI ante su estado de deterioro.

“(…)

“Se decide tomar TAC abdominal con contraste oral y una serie de abdomen los cuales no son concluyentes, razón por la cual se discutirá la necesidad de laparoscopia diagnóstica. Se decide ante la estabilidad clínica trasladar a la UCI Intermedio para seguir manejo y curso diagnóstico.

“Paciente que ingresa a la Unidad de Cuidado Intermedio procedente de la Unidad de Cuidado Intensivo, donde estuvo hospitalizado en relación a peritonitis bacteriana espontánea y encefalopatía hepática.

“(…)

“El 27 de Julio: Persiste con ascitis, con trombocitopenia y Leucopenia (...). Con encefalopatía hepática grado II y falla renal en manejo con Albúmina. Continúa en la Unidad para vigilancia de su encefalopatía y manejo hemodinámico. Se deja nuevamente en lista activa de trasplante hepático.

“(…)

“A las 04:00 AM del día 29 de Julio, presenta pico febril de 38.5° C, antes de ser llevado a sala de cirugía para realización de trasplante hepático, el cual se suspende por presencia de fiebre.

“(...)

“Con infección urinaria demostrada por parcial de orina, neumonía nosocomial; se continúa igual manejo médico. Se valora por parte del servicio de Infectología, quien encuentra paciente con Blumberg positivo y dolor abdominal, se continúa Cefepime y soporte, con el fin de controlar infección y poder realizar trasplante hepático. El paciente tiene hemocultivo negativo y sea recolonizado por gérmenes intrahospitalarios para disminuir el riesgo de recaída e infección multiresistente.

“El 30 de Julio: Permanece estable, con evolución clínicamente favorable, aunque permanece severamente enfermo por sus condiciones de base: se decide trasladar a piso para continuar manejo por el servicio de Hepatología y preparar para trasplante hepático” (f. 2 a 5, c. 2).

El 31 de julio de 2002, el infectólogo de la clínica encontró que Marco Antonio Díaz *“estaba haciendo bacteremia espontánea, lo cual significa un daño grande de la función hepática con gran pérdida de la capacidad funcional de las células de Kufer”* (f. 28, c. 2). En atención a dicho hallazgo, recomendó *“tratar de proceder rápidamente al trasplante hepático en este paciente”*¹³; sin embargo, según la historia clínica, ello no era posible por la misma infección que estaba padeciendo; al respecto, se señaló lo siguiente (se transcribe tal como obra en el expediente, incluso con errores):

“(...) Se evalúa y optimiza manejo hidroelectrolítico, considerando la primera posibilidad de un síndrome hepatorenal para el cual el manejo ideal es un trasplante hepático. Sin embargo, considerando que está infectado por una pseudomona multiresistente, la terapia inmunosupresora implicaría riesgo mayor de muerte por causa infecciosa. Se continúa manejo de soporte.

“(...)

“El 3 de Agosto de 2002 críticamente enfermo, encefalopático, con sepsis por Pseudomona multiresistente (...) tiene encefalopatía hepática y falla renal anúrica concomitante (...). En horas de la tarde comienza a presentar sangrado nasal abundante, por fosa nasal del lado derecho de difícil control (...). Se decide realizar taponamiento posterior, se traslada a la sala de operaciones (...). Durante la cirugía permaneció en malas condiciones (...). Por su historia referida se decide hospitalizar en la Unidad de Cuidado Intensivo para monitoría y vigilancia hemodinámica por alto riesgo de sangrado y descompensación de sus enfermedades de base.

“(...)

¹³ F. 28, c. 2.

“El 5 de agosto de 2002 (...) se considero con el médico Intensivista de turno que era una paciente con pronostico ominoso por sus condiciones generales, se decidió continuar soporte medico basal en Unidad de Cuidado Intensivo. Fue valorada también por el servicio de Hepatología, se considero que también por sus condiciones de base y su enfermedad actual era una paciente con pronostico malo, con mínima reserva funcional de su hígado (...).

“(...)”

“El 9 de agosto de 2002: TA 50/32, TAM 36, pulso 123, corazón rítmico, sin soplos, con ventilación mecánica, con estertores en ambos campos pulmonares (...) se considero que era una paciente en mal estado general con deterioro clínico marcado, sin respuesta a los manejos médicos dados para sus enfermedades. Presenta deterioro clínico progresivo sin respuesta al manejo y fallece (...)” (f. 5 a 8, c. 2).

Ahora bien, en la historia clínica se encuentra registrado el atrás mencionado intento de trasplante del 18 de julio de 2002 (ver página 10 de esta sentencia) que, debido a su cancelación, se reprogramó para el 29 de julio de ese año (*ídem*); sin embargo, según comunicación de la Fundación Clínica Valle del Lili, el paciente había sido citado anteriormente para el mismo fin pero, en esa primera oportunidad, se le dio prioridad a otra persona:

“3.- El paciente fue llamado para trasplante hepático en dos ocasiones desde su ingreso en lista activa. La primera ocasión que se llamo (sic) se devolvió a su casa y se trasplanto (sic) otra paciente com (sic) mayor gravedad (Meld 17) y tiempo de permanencia en lista de trasplantes más prolongada y en la segunda ocasión ingreso (sic) por urgencia en falla renal con hipercalemia por lo cual se contraindico (sic) el trasplante en ese momento, el paciente se hospitalizó (sic) para manejo sin respuesta falleciendo finalmente en esta hospitalización. Los dos ingresos del paciente se hicieron a cargo del Instituto de seguros sociales” (oficio de octubre 13 de 2005, f. 226, c. 1).

Pues bien, lo antes expuesto permite señalar que, si bien es cierto el Instituto de Seguros Sociales incurrió en una falla por omisión en la prestación del servicio médico asistencial al desatender la solicitud de autorización para el trasplante de Marco Antonio Díaz Álvarez, también es cierto que no obra elemento alguno a través del cual se logre evidenciar, de manera fehaciente y concluyente, el nexo de causalidad entre esa conducta irregular y negligente del Estado y la muerte del paciente, pues no es posible afirmar categóricamente que, de haberse expedido oportunamente la autorización solicitada, el paciente habría sido trasplantado inmediatamente y se habría logrado preservar su vida; recuérdese que, para que

la intervención fuera posible, era necesario contar con la disponibilidad y compatibilidad del órgano requerido, pero también era necesario tener en cuenta que en la lista activa figuraban otras personas con la misma necesidad de trasplante y con mayor tiempo de espera en ella; de hecho, en la primera citación hecha al señor Díaz Álvarez para posible trasplante, se optó por intervenir a una señora con estado de salud aún más grave y con mayor tiempo de permanencia en la lista de espera.

No obstante lo anterior, lo que sí resulta evidente para la Sala es que Marco Antonio Díaz Álvarez perdió la oportunidad de haber sido incluido, oportunamente, en la citada lista activa de pacientes para trasplante hepático, esto es, desde el momento en que la Clínica Valle del Lili pidió la autorización del I.S.S. para trasplantar, pues es claro que, de haberse emitido tal permiso, quizá el paciente hubiera tenido la posibilidad de ser citado durante ese período (entre febrero de 2001 y abril de 2002) para posible trasplante y de ser trasplantado.

La pérdida de oportunidad, como daño resarcible de carácter autónomo, ha sido analizada en repetidas ocasiones por la jurisprudencia de esta Corporación, particularmente en casos relativos a la responsabilidad patrimonial del Estado por actividades médico-asistenciales. Recientemente¹⁴, la Sala reiteró los criterios expuestos en sentencias del 11 de agosto de 2010¹⁵ y del 7 de julio de 2011¹⁶, así (se transcribe textualmente):

“2.- La ‘pérdida de oportunidad’ o ‘pérdida de chance’ como modalidad del daño a reparar.

“Se ha señalado que las expresiones ‘chance’ u ‘oportunidad’ resultan próximas a otras como ‘ocasión’, ‘probabilidad’ o ‘expectativa’ y que todas comparten el común elemento consistente en remitir al cálculo de probabilidades, en la medida en que se refieren a un territorio ubicable entre lo actual y lo futuro, entre lo hipotético y lo seguro o entre lo cierto y lo incierto (...) Es decir que para un determinado sujeto había probabilidades a favor y probabilidades en contra de obtener o no cierta ventaja patrimonial, pero un hecho cometido por un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades.

“En ese orden ideas, 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

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de abril de 2013, expediente 26.437.

¹⁵ Expediente 18.593.

¹⁶ Expediente 20.139.

obtener una ganancia o beneficio o de evitar una pérdida, pero ello fue definitivamente impedido por el hecho de otro sujeto, acontecer o conducta ésta 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 constituye, entonces, una particular modalidad 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; expuesto de otro modo, a pesar de la situación de incertidumbre, hay en este tipo de daño algo actual, cierto e indiscutible consistente en la efectiva pérdida de la probabilidad de lograr un beneficio o de evitar un detrimento (...).

“Por otra parte, con el fin de precisar los alcances de la noción de ‘pérdida de oportunidad’ conviene identificar con la mayor claridad posible sus límites: así, de un lado, en caso de que el ‘chance’ constituya en realidad una posibilidad muy vaga y genérica, se estará en presencia de un daño meramente hipotético o eventual que no resulta indemnizable y, de otro lado, no puede perderse de vista que lo perdido o frustrado es la oportunidad en sí misma y no el beneficio que se esperaba lograr o la pérdida que se pretendía eludir, los cuales constituyen rubros distintos del daño. En consecuencia, la oportunidad difuminada como resultado del hecho dañoso no equivale a la pérdida de lo que estaba en juego, sino a la frustración de las probabilidades que se tenían de alcanzar el resultado anhelado, probabilidades que resultan sustantivas en sí mismas y, por contera, representativas de un valor económico incuestionable que será mayor, cuanto mayores hayan sido las probabilidades de conseguir el beneficio que se pretendía, habida consideración de las circunstancias fácticas de cada caso.

“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 relación con el daño indemnizable en los eventos en los que se encuentra acreditada la pérdida de oportunidad, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado:

“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 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”¹⁷.

Toda vez que no obran en el plenario elementos de juicio que permitan establecer, con base en criterios técnicos, estadísticos y con información objetiva y contrastada, la cuantía del daño sufrido por las demandantes como consecuencia de la referida pérdida de oportunidad de recuperar la salud del señor Marco Antonio Díaz Álvarez, la Sala estima, en virtud de la grave enfermedad que aquél padecía, de que el trasplante hepático era su única opción terapéutica, del tiempo que transcurrió desde la solicitud de autorización para la práctica de la intervención hasta la inclusión del paciente en la mencionada lista de espera (14 meses aproximadamente) y del principio de equidad, reconocido por el ordenamiento jurídico para efectos de reparar de forma integral¹⁸ el daño causado por la acción o la omisión de las autoridades públicas, que una suma justa por ese concepto es 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de cada una de aquéllas, esto es, para María del Pilar Gómez Gómez, Laura Ximena Díaz Gómez y María Catalina Díaz Gómez.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, expediente 18.593.

¹⁸ “Artículo 16 de la Ley 446 de 1998. Valoración de daños. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”.

4. Condena en costas

En consideración a que no se evidencia temeridad, ni mala fe en la actuación procesal de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo establecido en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

REVÓCASE la sentencia del 13 de junio de 2006, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y, en su lugar:

PRIMERO: DECLÁRASE la responsabilidad del Instituto de Seguros Sociales, por la oportunidad que perdió el señor Marco Antonio Díaz Álvarez de ser incluido en la lista activa de pacientes para trasplante hepático, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDÉNASE al Instituto de Seguros Sociales a pagar la suma de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de cada una de las siguientes personas: María del Pilar Gómez Gómez, Laura Ximena Díaz Gómez y María Catalina Díaz Gómez.

TERCERO: ABSTIÉNESE de condenar en costas.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

QUINTO: DÉSE cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, para lo cual se expedirá copia de la sentencia de segunda instancia, conforme a lo dispuesto en el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil; para tal efecto, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca cumplirá los dictados del artículo 362 del C. de P.C.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA