



Radicado: 63001-23-33-000-2014-0048-02 (58757)
Demandante: María Yolanda Buitrago Salazar y otros

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C

Magistrado ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Radicado número: 63001-23-33-000-2014-0048-02 (58757)
Demandante: María Yolanda Buitrago Salazar y otros
Demandados: Nación – Ministerio de Educación Nacional - FOMAG y otros
Referencia: Acción de reparación directa

Tema: Falla médica.

Subtema 1: Detección tardía de lesión por deficiencias en la calidad de imágenes diagnósticas.

Subtema 2: Error de procedimiento / error de diagnóstico.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Subsección resuelve el recurso de apelación interpuesto por las partes en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío, el 10 de noviembre de 2016, que acogió parcialmente las pretensiones de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

La señora María Yolanda Buitrago Salazar, beneficiaria del servicio de salud del Magisterio, en noviembre de 2010 comenzó a presentar mareos y vómito, por lo que acudió en varias ocasiones por urgencias a la Clínica del Café de Armenia, donde inicialmente relacionaron esos síntomas con síndrome de vértigo, depresión y ansiedad. Ante la persistencia de los síntomas, en enero de 2011 fue hospitalizada y se le practicó una resonancia magnética. El neurocirujano que leyó la imagen diagnóstica indicó que aquella era de mala calidad, no obstante, que en mínimas proyecciones se observaba una hidrocefalia y, que no se podía visualizar una aparente lesión en el ventrículo III. Con fundamento en ello y, sin repetir la resonancia, se le practicó cirugía para drenar el líquido cefalorraquídeo. A esta intervención quirúrgica le sobrevinieron otras dos por obstrucción de la derivación ventrículo peritoneal; todo esto, sin que presentara mejoría de los síntomas iniciales. Finalmente, luego de diez meses de consultas, hospitalizaciones y cirugías, en septiembre de 2011 le ordenaron una nueva resonancia magnética que detectó un tumor cerebral ocasionado por un parásito —cisticerco—. Con este hallazgo, se le practicó intervención quirúrgica para extraer el tumor y se le comenzó el ciclo de la medicación indicada para atacar la cisticercosis, con lo cual, por fin, cesó la sintomatología iterativa; no obstante, para ese momento ya su capacidad motora y neurológica se encontraba deteriorada.

Aducen los demandantes que esos errores de diagnóstico conllevaron a que a María Yolanda se le practicaran cirugías innecesarias que le dejaron secuelas orgánicas y mentales importantes, por las cuales fue calificada con un 83.3% de pérdida de la capacidad laboral y con invalidez.



II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda

La señora María Yolanda Buitrago Salazar —y sus familiares más cercanos— presentaron demanda en ejercicio de la acción de reparación directa¹ contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional; FIDUPREVISORA S.A.; Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; Dumian Médico S.A.S. – Clínica del Café de Armenia y Cosmitet Ltda. - Corporación de Servicios Médicos Internacionales Them y Cia, Ltda., para que se las declare administrativa y patrimonialmente responsables por la falla del servicio médico derivada de los errores de diagnóstico que ocasionaron secuelas de carácter permanente en la salud de la señora María Yolanda.

2.2. El trámite procesal relevante

El Tribunal **admitió la demanda**², así como también la **reforma** de esta³ y ordenó la notificación a los demandados, la cual se surtió en debida forma⁴.

El **Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio** presentó oportunamente **escrito de contestación**⁵ con el cual se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Como razones de defensa indicó que su deber se contraía a garantizar a los afiliados la prestación del servicio médico asistencial a través de la contratación de las entidades médicas y hospitalarias legalmente autorizadas y que, hasta donde estaba probado, el servicio siempre fue prestado y, distinto era que, en criterio de la demandante, los procedimientos adoptados por la clínica no hubiesen sido los adecuados, evento que constituiría un caso de responsabilidad médica por el cual no estaba obligado a responder, comoquiera que no fue causante del hecho dañino y, tampoco le asiste responsabilidad por la culpa del médico tratante o de la clínica, pues ni uno ni otra dependían funcional o jerárquicamente del Ministerio o del Fondo. Por vía exceptiva propuso: (i) inexistencia de la obligación con fundamento en la ley; (ii) falta de legitimación por pasiva; (iii) ausencia de responsabilidad administrativa en cabeza del Fomag; e (iii) inexistencia de la obligación indemnizatoria por falta del nexo causal.

Dumian Médico S.A.S. – Clínica del Café de Armenia y Corporación de Servicios Médicos Internacionales Them y Cia. Ltda. – Cosmitet Ltda., allegaron de forma conjunta **contestación**⁶ para oponerse a las súplicas de la accionante. Al punto, manifestaron que las pretensiones carecían de sustento probatorio y desconocían los esfuerzos médicos para atender de manera favorable la patología de la paciente, ya que no existió un mal diagnóstico, y durante el tiempo que duró la atención se exploraron las múltiples causas de la sintomatología advertida; en consecuencia, no se demostró la falla en la prestación del servicio, pues se le practicaron los exámenes

¹ Demanda de folios 1 a 39 C.1 y acta individual de reparto de infolio 280 íd. La demanda fue presentada, inicialmente, ante los Juzgados Administrativos del Circuito de Armenia y, correspondió por reparto al Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Armenia, despacho que la inadmitió (fl. 282, C. 1). La parte actora subsanó la demanda y, además, en dicho escrito manifestó que se desistía de la demanda en lo atinente a la señora Luz Mary Buitrago Salazar, dado que no había sido posible allegar el poder subsanado (fl. 283, C.1). Por Auto del 10 de marzo de 2014 el mentado Juzgado declaró su falta de competencia y remitió el asunto al Tribunal Administrativo del Quindío (fl. 288, C. 1), donde finalmente fue admitida, entendiéndose que lo fue, conforme a lo manifestado por el apoderado de la parte actora en relación con los demandantes que subsanaron.

² Auto del 13 de mayo de 2014 /fls. 294-296 C.2.

³ La parte actora presentó reforma de la demanda, específicamente en lo atinente al capítulo de las pretensiones (Capítulo III). Folios 301-340. C. 2. La reforma fue admitida por auto del 13 de junio de 2014 (folio 342, C. 2).

⁴ Constancias de notificación vistas a folios 344- 368 C.2.

⁵ Folios 373 - 378, C. 2.

⁶ Folios 384 - 409 C. 2.



y chequeos requeridos de forma oportuna y la entidad empleó los recursos a su alcance para identificar la patología, la cual requirió todo un proceso, dado que no era posible detectarla desde el comienzo; tampoco existe relación causal necesaria, inclusive, para las hipótesis de pérdida de oportunidad, ya que no puede afirmarse razonablemente que la práctica de los exámenes hubiese evitado el resultado, sumado a que, los errores de diagnóstico no siempre generan responsabilidad médica, dado que provienen de obligaciones de medio y no de resultado. Como excepciones se propuso: (i) no se configuró error en el diagnóstico; (ii) inexistencia de la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño; (iii) caducidad de la acción; (iv) inexistencia de responsabilidad; (v) inexistencia de error médico; (vi) inexistencia de relación de causalidad entre la actitud desplegada por [dichas demandadas] y el estado de salud en que se encontraba la actora al momento de la realización de la cirugía; (vii) concurrencia de causas y, (viii) ausencia de causa para pedir. Finalmente, mediante escrito separado Cosmitet formuló llamamiento en garantía a la compañía de seguros Previsora S.A.⁷⁻⁸.

La Previsora S.A. – Compañía de Seguros, debidamente notificada del llamamiento⁹, en su contestación¹⁰, se opuso a las pretensiones, por considerar que no existió acción u omisión dentro de la atención que se le brindó a la paciente que logre comprometer la responsabilidad de Cosmitet Ltda., pues la sintomatología que presentaba la señora María Yolanda Buitrago Salazar no era clara y se le dio tratamiento, pero sin emitir un diagnóstico definitivo, tanto así que, en vista de que no mejoraba le practicaron nuevamente una resonancia magnética. Refirió que, ante un evento de condena, se tuvieran en cuenta las coberturas y límites de la póliza. Como excepciones formuló: (i) falta de acción u omisión en el momento de emitir el diagnóstico; (ii) inexistencia del nexo causal; (iii) inexistencia de error médico; y, en relación con la póliza: (iv) falta de cobertura y amparo; (v) la genérica y, (vi) prescripción.

El 17 de marzo de 2016¹¹ se realizó la **audiencia inicial**, dentro de la cual se resolvieron negativamente las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva y caducidad, se fijó el litigio¹² y, se decretaron las pruebas solicitadas por las partes, entre ellas, un “peritaje” a través del Instituto Colombiano de Medicina Legal, solicitado por la parte actora y, allegar la historia clínica de la señora María Yolanda Buitrago Salazar.

Concluida la etapa probatoria, el *a quo* corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto¹³. Presentaron

⁷ Folios 418-419, C. 2

⁸ Por auto del 16 de enero de 2015 el Tribunal negó el llamamiento en garantía (fls. 446-448, c. 2), decisión que fue recurrida y apelada (fl.451 y 461-462, c. 2). En segunda instancia, mediante proveído del 19 de mayo de 2015, la Sección Tercera, Subsección C del Consejo de Estado revocó la decisión (fls. 485-488, C. 3) y, en cumplimiento de lo anterior, el Tribunal, por auto del 7 de julio de 2015 concedió el llamamiento (fl. 491, C. 3).

⁹ Folios 495-497, C. 3

¹⁰ Folios 501-511, C. 3

¹¹ Folios 551-553, C. 3

¹² La fijación del litigio quedó establecida de la siguiente manera: “¿Son responsables las entidades y empresas accionadas por la falta de un examen oportuno, vale decir, una adecuada resonancia magnética nuclear que hubiera permitido detectar a tiempo una neurocisticercosis o cisticercosis cerebral, con lo cual se hubiere atendido a la señora María Yolanda Buitrago Salazar de manera adecuada y sin causarle el daño que se le causó, esto es, una pérdida de la capacidad laboral equivalente al 88.3% con invalidez y, si es así, si esta pregunta es respondida de manera positiva, deberá el Tribunal determinar la indemnización correspondiente, junto con la de su cónyuge Amido Ossa Zuluaga, su hijo e hija Alejandro y Andrea Ossa Buitrago y su hermana Luz Mary Buitrago Salazar?” (minuto0:11:26 a 0:12:42 del CD obrante a folio 656, C. 3). El Tribunal, ante la solicitud de la demandante que se incluyera la petición subsidiaria relativa a la pérdida de oportunidad, aclaró que esta fijación se entendía de manera genérica, es decir que en caso de que se determinara la responsabilidad se entrarían a estudiar todos los perjuicios deprecados. Así fijado el litigio, obtuvo el beneplácito de las partes.

¹³ Folios 614-615. 3



alegatos: (i) la parte actora¹⁴, quien replicó lo expuesto en precedencia y, además, se apoyó en la prueba testimonial recaudada; (ii) la Previsora Compañía de Seguros como llamado en garantía¹⁵ para reiterar lo dicho previamente; y, (iii) las demandadas Cosmitet Ltda., y Dumian Médico S.A.¹⁶, quienes agregaron que la demanda omitió mencionar que la paciente registraba un antecedente de accidente cerebro vascular sufrido en 2001 y del cual no se conocía la historia clínica. El Ministerio Público¹⁷ en su **concepto** indicó que de la historia clínica se extraía que no hubo celeridad en los procedimientos necesarios para tratar el primer diagnóstico de hidrocefalia y, además, que hubo un errado diagnóstico que se mantuvo aproximadamente un año y que, por esos errores y procedimientos innecesarios para el diagnóstico definitivo se obtuvo el resultado negativo en la salud de la paciente. Agregó, que era innegable la necesidad de realizar más exámenes especializados para llegar al problema raíz que estaba causando la hidrocefalia y, de ese modo, haberle dado el tratamiento adecuado a la neurocisticercosis. Solicitó que se declarara la responsabilidad de Cosmitet y Dumian Médico S.A.S. – Clínica del Café, no obstante, que se absolviera al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio.

2.3. La sentencia recurrida

La Sala Quinta de Decisión del Tribunal Administrativo del Quindío, a través de sentencia dictada el 10 de noviembre de 2016¹⁸, acogió parcialmente las súplicas de la demanda bajo la consideración de que la resonancia magnética nuclear era clave en la determinación de la neurocisticercosis, máxime cuando el neurocirujano Juan Carlos Oviedo Cañón indicó que la primera resonancia que se le practicó el 22 de enero de 2011 a María Yolanda Buitrago era de mala calidad, en cuyo caso, lo esperado era que se hubiese realizado una segunda resonancia lo más rápido posible y de buena calidad, pero esto solo vino a ocurrir hasta el 28 de septiembre de 2011, luego de la intervención del auditor de Cosmitet, tiempo que pudo producir una pérdida de oportunidad de mejoría, ya que tan pronto se confirmó la presencia del cisticerco se le inició el respectivo tratamiento que, de haberse suministrado antes, la oportunidad de recuperar la salud o de evitar de alguna manera las graves consecuencias de la enfermedad, eran mayores. Así mismo, indicó que quedó demostrado que la señora María Yolanda sufrió secuelas graves en su desarrollo motor y físico, avizorándose la posibilidad de que no fuera así, si la segunda resonancia se hubiese efectuado a tiempo. En relación con la responsabilidad del Ministerio de Educación - FOMAG, indicó que, si bien no prestó el servicio, sí tuvo como gestión escoger la entidad prestadora y, por tanto, cumplió con su misión a través de un subcontratista, sobre el que tenía que ejercer debida vigilancia y, por ello, también consideró que debía responder solidariamente junto con las prestadoras del servicio.

2.4. El recurso de apelación

Cosmitet Ltda., y **Dumian Medical S.A.**, formularon oportunamente recurso de apelación¹⁹, con fundamento en los siguientes argumentos: **(i)** no se probó la responsabilidad en los hechos narrados, porque: **a)** se demostró que la atención médica fue diligente y conforme a la *lex artis*, ya que mientras se establecía la causa de la patología se le practicaron los exámenes pertinentes; **b)** debía tenerse en cuenta que la atención médica es de medios y no de resultados, excepto en los casos de

¹⁴ Folios 651-671, C. 3.

¹⁵ Folios 619-625, C. 3.

¹⁶ Folios 626-634, C. 3.

¹⁷ Folios 635-650, C. 3.

¹⁸ Folios 692-723 C. Apelación.

¹⁹ Folios 726-737 C. Apelación.



“radiología, medicina nuclear, patología y laboratorio clínico”; **c)** una cosa es la hidrocefalia y otra distinta la cisticercosis; **d)** la paciente había presentado un accidente cerebro vascular en el año 2001 del cual no se conoció en la historia clínica y, por tanto, no se documentó el manejo implementado y la evolución de la paciente, como tampoco de ello se le informó a los galenos en aras de llegar a un diagnóstico certero, sumado a que, desde el 13 de julio de 2010, María Yolanda había sido diagnosticada con depresión; **e)** pese a que estaba claro “el deterioro neurológico que presentó la paciente, luego del diagnóstico y tratamiento de la hidrocefalia y simultáneamente la aparición de la Cisticercosis”, no estaba probada la culpa de las demandadas, pues se dispuso de todos los recursos técnicos y humanos que ameritaba la patología y, además, la cisticercosis no fue una complicación de los tratamientos quirúrgicos por hidrocefalia, sino que fue un hallazgo nuevo; **f)** en el fallo apelado se refirió a un mal diagnóstico, pero no se establecieron las causas y razones de éste, pues tan siquiera la auxiliar de enfermería Nathaly Ossa recordó los medicamentos que le suministró a la señora Yolanda, ni conoció la historia clínica de ésta, lo cual era extraño porque la familia aducía que la paciente se encontraba en regular estado de salud; **g)** aunque el médico puede en la etapa diagnóstica hacer aproximaciones, el comportamiento final solo se sabe cuando se haya producido, luego, en todo procedimiento hay una dosis de incertidumbre y existen variables incontrolables. **(ii)** Debe revocarse el numeral segundo de la sentencia, por cuanto existe un nexo entre Cosmitet y la Fiduciaria La Previsora, ya que aquella era la que administraba los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y era la encargada de contratar a los prestadores de los servicios médicos, conforme al artículo 6° de la Ley 60 de 1993; y, **(iii)** deben revocarse los “literales” (sic) desde el tercero hasta el séptimo, porque de ninguna de las pruebas se infiere la responsabilidad de las apelantes en lo allí decidido.

La parte actora²⁰, en su recurso de apelación solicitó reconocer el daño emergente negado por la primera instancia, por considerar que se encontraba demostrado, pues: **(i)** en relación con la auxiliar de enfermería Nathaly Ossa, se probó que a esta se le canceló \$700.000 mensuales, más (50%) de prestaciones sociales y, aun cuando no se aportó un contralo laboral, se allegó la certificación de prestación de servicios que fue ratificada en audiencia. Indicó que en caso de que no se tuviera en cuenta este perjuicio hasta la solicitud de la conciliación como se pidió en la demanda, cuando menos debía concederse desde febrero de 2012 hasta mayo de 2013 cuando se suscribió la certificación; **(ii)** se deben reconocer los gastos de transportes, pues se demostró que María Yolanda asistió dos veces por semana a terapias desde el 5 de mayo de 2012 y que, por el servicio se taxi le cobraban \$150.000 mensuales. Si bien el *a quo* indicó que no se encontraron probados los extremos de la prestación de ese servicio, de ser así, como mínimo debe reconocerse lo concerniente a este gasto desde el 5 de mayo de 2012 como obra en la certificación, hasta el 6 de mayo de 2013 cuando se rubricó la misma; **(iii)** en lo pertinente al Ensure ordenado por el doctor Angel Alberto Hoyos el 7 de mayo de 2013, debe tenerse en cuenta que ese alimento lo necesita María Yolanda de manera vitalicia, máxime, cuando se demostró la “misérrima” condición económica de la familia y, además, se aportó la cotización del costo de ese suplemento alimentario; y, finalmente, **(iv)** respecto de lo solicitado por concepto de las adecuaciones y arreglos de la vivienda de María Yolanda (demolición de gradas, colocación de rampas, puertas corredizas, demolición de muros, instalación de puertas anchas, adecuación de sanitarios, barra para discapacitados, entre otras), que asciende a \$3.805.000,00, dicho pedido se hizo a título de daño emergente futuro, pues no por el hecho de que a esa fecha no se hubieren realizado las adecuaciones y que solo se aportase una cotización, no significaba que el perjuicio

²⁰ Folios 738-743. C. Apelación



no fuera cierto, ya que la necesidad surgió como consecuencia del daño ocasionado por las demandadas y si no se había podido acometer la adecuación, lo era por la falta de recursos. Es decir, que lo que se busca es la cobertura de una contingencia pendiente que de manera cierta e inequívoca entrará a representar un detrimento en el patrimonio de los accionantes y que se presentará en el futuro como respuesta al daño originario.

La Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG²¹, argumentó en la apelación que: **(i)** aun cuando la Ley 91 de 1981 le impuso a dicho Ministerio obligaciones de vigilar que la prestación de los servicios contratados se haga de forma adecuada -actividad que se realiza a través de la Fiduprevisora-, lo cierto es que nadie está obligado a lo imposible y no puede esperarse que las constantes auditorías que se hacen en aras de esa obligación lleguen a ser tan minuciosas como para abarcar el criterio científico de los médicos tratantes, pues aquellos gozan de autonomía profesional; **(ii)** no se probó la falla, pues debido a la ambigüedad de los distintos síntomas, debe demostrarse que el daño tiene una relación directa con la falta de diligencia del médico tratante y, en ese sentido, resulta ilógico que en el fallo se diga que aun cuando las entidades prestadoras obraron con diligencia garantizando la adecuada atención a la demandante, se les llame a juicio por el hecho de sobrevenir en la paciente lamentables patologías; y **(iii)** la Fiduprevisora debe responder, pues al contratar a las entidades prestadoras tiene la obligación legal (Ley 91 de 1989) de vigilar y realizar auditorías a los contratistas.

2.5. Trámite procesal relevante en segunda instancia

El Tribunal citó a la audiencia de conciliación de que trata el inciso 4° del artículo 192 del CPACA, la cual se realizó el 7 de febrero de 2017²², y se declaró fallida. En consecuencia, se concedió el recurso, y, posteriormente, el *ad quem* decidió admitirlo²³.

El 12 febrero de 2018 se llevó a cabo la **audiencia de alegatos de conclusión**²⁴, dentro de la cual presentaron alegatos: **(i)** la parte demandante²⁵ y, **(ii)** el Ministerio de Educación Nacional – FOMAG y la Fiduprevisora, quienes recabaron en lo ya dicho; no obstante, el apoderado judicial de estos últimos demandados solicitó que se mantuviera la decisión absolutoria en favor de la Fiduprevisora y se hiciera extensible al Ministerio de Educación - FOMAG. A su turno, el **Ministerio Público**, presentó alegaciones²⁶ en las que manifestó que la falla médica quedó establecida, dado que se demostró que los síntomas de María Yolanda estaban relacionados con el cisticerco, enfermedad que no pudo detectarse oportunamente por una resonancia mal practicada; no obstante, que el daño consistía en la pérdida de oportunidad, antes que el daño a la salud y, por lo mismo, el lucro cesante debía reducirse en un 50% ya que no era posible fijar científica y técnicamente el porcentaje de probabilidades del restablecimiento a la salud, previo descuento del 25% correspondiente a la manutención. Además, que, en consideración a la medida de reparación integral concedida, no procedía el reconocimiento del daño emergente por los gastos de enfermera auxiliar, como tampoco por los otros conceptos. Finalmente, que debía condenarse solamente a Cosmitet y Dumian

²¹ Folios 744-749, c. Apelación

²² Folios 762 – 764, C. Apelación.

²³ Auto del 10 de marzo de 2017, visible a folio 774, C. Apelación.

²⁴ Acta de audiencia obrante a folios 828-830, C. Apelación y, CD

²⁵ Pese a haber expuesto los alegatos en la audiencia, los allegó por escrito obrante a folios 818-827, C. Apelación.

²⁶ El concepto fue expuesto en la audiencia, pero, además, allegado por escrito. Ver folios 800-819, C. Apelación.



Médical y, declarar la falta de legitimación de la Fiduprevisora (sic), por cuanto no se probó la vigencia de la póliza.

2.6. Por haber conceptuado en segunda instancia en representación del Ministerio Público, el doctor Nicolás Yepes Corrales se declaró impedido²⁷, **impedimento** que fue declarado fundado²⁸. Así mismo, teniendo en cuenta que el CD que contenía la historia clínica estaba en mal estado, se le ordenó a la demandante aportar de nuevo dicha prueba y, una vez allegada, mediante proveído del 16 de octubre de 2020²⁹ se declaró subsanado el trámite de **reconstrucción de expediente**, se corrió traslado del CD a las partes y, por auto del 7 de abril de 2021 se declaró reconstruido el expediente³⁰.

III. OBJETO DEL RECURSO DE APELACIÓN Y PROBLEMAS JURÍDICOS A RESOLVER

De conformidad con el artículo 328 del CGP, aplicable en virtud de lo previsto en el artículo 306 del C.P.A.C.A., en la apelación, el juez “solamente” se pronunciará sobre los argumentos expuestos en la sustentación del recurso, salvo: (i) las decisiones que procedan de oficio como ocurre usualmente con los presupuestos procesales del medio de control; y (ii) cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, caso en el cual podrá el juez de la apelación resolver sin limitaciones. Como en el presente caso no se cumple la segunda de las posibilidades exceptivas, la Sala concitará el análisis del caso a los aspectos planteados por cada uno de los apelantes, previo estudio de los presupuestos procesales.

Así, teniendo en cuenta el objeto del recurso de apelación y el alcance del mismo, la Sala centrará su atención en dar respuesta a los siguientes planteamientos:

1. ¿Demostró la parte demandante haber padecido los daños cuya reparación deprecia?

Si la respuesta a esta interrogante resulta afirmativa habrá lugar a adentrarse en la solución de este otro:

2. ¿Se configuró una falla probada en la prestación del servicio de atención médico-asistencial requerido por la señora María Yolanda Buitrago Salazar para tratar los síntomas de mareos y vómitos asociados a una cisticercosis?

Si la respuesta a este problema revela que hubo falla en el servicio de atención médico-asistencial prestado a la señora María Yolanda Buitrago, deberá la Sala responder la siguiente pregunta:

3. ¿Probó la demandante que el daño deprecado guarda nexo causal con la falla del servicio médico-asistencial en que se aduce incurrieron demandadas y a cuál o cuáles de ellas es imputable el mismo?

Si la respuesta al anterior interrogante es de signo positivo, la Sala revisará la tasación de los perjuicios de acuerdo con lo que es objeto de apelación, lo probado en el proceso y los estándares jurisprudenciales aplicables al caso.

²⁷ Folio 841, C. Apelación

²⁸ Auto del 29 de julio de 2019. Folios 843 – 844, C. Apelación,

²⁹ Folios 848-849, C. Apelación.

³⁰ Folios 858 – 859, C. Apelación.



IV. HECHOS PROBADOS RELEVANTES PARA EL CASO³¹

4.1. La señora María Yolanda Buitrago Salazar, registra como usuaria del servicio de salud del Magisterio, afiliada a la Compañía de Servicios Médicos Internacionales THEM & Cia. - Cosmitet Ltda., en calidad de beneficiaria del señor Amido Ossa Zuluaga³².

4.2. En virtud de tal afiliación, tal como consta en la historia clínica, acudió por urgencias el 14 de noviembre de 2010 a la Clínica del Café, cuyo motivo de consulta fue “vértigo u vómito” y, se dejó el siguiente reporte: *“Paciente con CC de dos días de evolución consistente en sensación de vértigo subjetivo asociado a sensación de náuseas y vómito en dos ocasiones de contenido alimentario”*. Como diagnóstico de egreso se registró: “otros vértigos periféricos” y se le dio de alta con fórmula.

4.3. El 11 de enero de 2011 volvió a consultar por urgencias, se le formuló y se dejó el siguiente registro en la historia clínica:

“ENFERMEDAD ACTUAL

*Paciente que cursa con ansiedad, vómitos y náuseas de un día de evolución
{...}*

Gastritis, no especificada

DIAGNÓSTICO DE INGRESO

Trastorno esquizoafectivo de tipo depresivo

4.4. El 13 de enero de 2011, regresó al servicio de urgencias y, según registro, manifestó: “estoy ansiosa”. En la descripción de la enfermedad se consignó:

Cuadro de hace aproximadamente 8 horas de agudización de síntomas con llanto fácil, sensación de ansiedad no especificada y mareo. No otros síntomas concomitantes.

4.5. El 22 de enero de 2011 ingresó por hospitalización y estuvo en dicho servicio hasta el 5 de febrero de 2011 cuando fue dada de alta. De las anotaciones en la historia clínica para el día del ingreso se destaca:

MOTIVO DE LA CONSULTA:

Vómito

ENFERMEDAD ACTUAL:

Paciente con CCX de tres meses de evolución consistente en cuadro de ansiedad, por lo que fue vista por el psiquiatra quien ordena sertralina, trazodone (...) pero la paciente refiere presentar emesis “todo el día” hiporexia, y refiere sentirse muy mal, nieea (sic) precordialgia o epigastralgia, refiere mantener mareada”.

(...)

Niega antecedentes de hipotiroidismo, HTA, DM, ECV hace siete años (...) Paciente alerta, conciente, ubicada en las tres esferas (...) Examen mental: establece contacto visual, sin alteraciones motora, euproxesica, afecto deprimido, fondo: triste, sin alteraciones en el pensamiento no alusiones (sic) o ilusiones (...) se lleva para toma de RMN.

(...)

³¹ La Sala apreciará los documentos aportados por las partes bajo la consideración de que las copias simples estuvieron a disposición de la parte contra la que se aducen y no fueron tachadas de falsas (CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de unificación del 28 de agosto de 2013, expediente 25022).

³² Cfr. Folios 52 y 53, C. 1, que contienen certificaciones en tal sentido expedidas por Cosmitet Ltda.



Luego de revisada la RMN, fue valorada por neurología y se realizó diagnóstico de “Hidrocefalia”, se decidió continuar con el manejo instaurado y se especificó: Tomar próximo martes 25 de enero de 2011 Punción Lumbar (...)”

4.6. El 23 de enero de 2011, en registro de las 22:15 se indicó que estaba “pendiente realizar punción lumbar y revaloración por neuro” y, al día siguiente, esto es, el 24 de enero se anotó que, tras la valoración del neurólogo se “decide realizar punción lumbar mañana, previa valoración por neurocirugía” y, ese mismo día se iteró: “valoración por neurocirugía para definir punción lumbar”.

4.7. El 25 de enero de 2011, la paciente fue valorada a las 8:35 por el neurocirujano Juan Carlos Oviedo Cañón y, de esa actividad se dejó la siguiente anotación:

PLAN

Neurocirugía

Paciente hospitalizado por urgencias con cambios en sensorio y antecedentes de infarto talámico (sic) en la actualidad sin cefalea pero con cambios en sensorio resonancia de mala calidad n° 2, teslas de campo i abierto y en mínimas proyecciones se deja observar hidrocefalia, pero no puede visualir (sic) aparente lesión en III ventrículo. (sic a lo transcrito).

Plan

Cirugía.

Y, más adelante se inscribe:

Pte con hidrocefalia, hoy valorada por neurocirujano Dr. Oviedo, quien decide programar para derivación ventriculoperitoneal (sic).

4.8. El 28 de enero de 2011, fue valorada por el doctor Zúñiga – Neurocirujano y, como anotaciones relevantes aparece: “se revisan imágenes previas y recientes, se decide programar cirugía para hoy en la tarde o a más tardar mañana”; no obstante, luego se dejaron anotaciones de la postergación de la cirugía.

4.9. El 1 de febrero de 2011, se le realizó cirugía para “colocación de válvula V-P por hidrocefalia” sin complicaciones posoperatorias y, ese mismo día, se dejó el siguiente registro: “Estudio de líquido cefalorraquídeo: Incoloro, transparente, coágulo: negativo (...)” El posoperatorio de la “derivación ventrículo peritoneal”, no reportó complicaciones, por lo que se autorizó la salida de la paciente el 5 de febrero de 2011.

4.10. El 9 de febrero de 2011, fue nuevamente hospitalizada hasta el 19 de ese mismo mes y año. De ese lapso se dejó el siguiente reporte:

MOTIVO DE CONSULTA

Vomito (sic) y mareos

ENFERMEDAD ACTUAL

Paciente con pos-operatorio reciente 8° día de derivación ventrículo peritoneal por hidrocefalia quien refiere presenta vómito precedido de sensación nauseosa desde el día anterior que ha ido aumentando en frecuencia de manera que la hace buscar consulta.

En la valoración de ingreso a piso se hizo esta anotación:



DX Hipertensión endocraneana (...) POP derivación ventrículo peritoneal por hipertensión endocraneana (...)

4.10.1. El 11 de febrero frente al diagnóstico clínico y el plan, se plasmó:

*(...) vértigo rotacional y vómito. No cefalea y, “sin signos de infección. Alerta, orientada. Glasgow 15/15, no nistagmus, no déficit sensitivo ni motor, no movimientos anormales.
A: paciente con síndrome vertiginoso persistente
P: reprogramación de la válvula*

4.10.2. Para los días del 12 al 15 de febrero de 2011, se registró que la paciente continuaba manifestando la sintomatología de mareo y, en anotación del 15 de febrero en el diagnóstico clínico se refiere: “*cuadro vertiginoso persistente de probable origen periférico*” y, en la valoración de las 20:37 de ese día figura:

(...) dice sentirse mal y haber empeorado continua (sic) con su vómito (sic) que al parecer no es precedido de sensación nauseosa acusa mareos a la deambulación O. concicnete (sic) orientada en las tres esferas (...) no déficit motor ni sensitivo (...).

4.10.3. Para el 16 de febrero de 2011, en la historia clínica se anotó:

*Ya valorada por neurocirujano (ordenó TAC cerebral que ya está disponible).
(...)
A: evolución satisfactoria
P: control por neurocirujano con el TAC.*

En los registros del 17 al 19 de febrero, las únicas anotaciones que hay de manejo corresponden a la especialidad de “médico general”, inclusive, hasta cuando se registra la decisión de dar salida por parte de la doctora María Alejandra Velásquez – Médico general.

Igualmente, constan en la historia clínica controles externos del 12 de abril, 26 de abril y 3 de mayo de 2011³³.

4.11. El 26 de julio de 2011 y hasta el 2 de agosto siguiente, María Yolanda Buitrago Salazar volvió a ser hospitalizada en la Clínica del Café. En las notas de ingreso se lee:

*PROCEDIMIENTOS REALIZADOS
Corrección fístula en LCR en base de cráneo posterior por vía suboccipital*

DIAGNÓSTICOS pre-QX: Colocación de catéteres para derivación ventrículo peritoneal y peritoneoventricular.

*DIAGNÓSTICOS
POS QX Hidrocéfalo obstructivo
Complicación: Hidrocéfalo de presión normal*

³³ Cfr. Folio 215, C. 1, anverso.



Fue programada para cirugía y, ese mismo día, se realizó la intervención de “recanalización válvula ventrículo-peritoneal”.

4.11.1. Para el 29 de julio de 2011, estando hospitalizada y en proceso de recuperación de la cirugía para la “recanalización de la válvula”, en la valoración de las 23:05 se registró: “Refiere en la tarde presentó emesis al sentarse (sic) y mareo, ahora asintomática si está quieta (...)”.

4.11.2. El 30 de julio de 2011, la paciente presentó vómito y, al ser valorada por el neurocirujano Dr. Héctor Miguel Mosquera, aquel ordenó un “TAC cerebral simple para valorar posición de cateter” (sic). Para el 1 de agosto se consignó “Hoy tiene TAC cerebral”. El 2 de agosto de 2011, luego de ser valorada por neurocirugía se le ordenó la salida.

4.12. El 19 de agosto siguiente, nuevamente ingresó por hospitalización, con registro de salida el 24 de septiembre de ese año. En las notas de ingreso de las 21:18 horas, se plasmó:

MOTIVO CONSULA

Tengo mucho dolor de cabeza

ENFERMEDAD ACTUAL

Paciente con antecedente de hidrocefalia en día 24 POP de válvula de Hakim (...) cefalea occipital asociada a náuseas. Afirma desde hace 5 días aparición de masa en región occipital de crecimiento progresivo”
(...)

PLAN

Se comenta paciente telefónicamente con neurocirujano tratante (Dr. Mosquera), quien sospecha fístula de LCR. Indica analgesia y manejo antibiótico (...) y valoración por neurocirujano de turno”

4.12.1. El 20 de agosto fue valorada por neurocirugía. Al día siguiente, se dejó constancia de que estaba pendiente de ser valorada por neurocirugía para definir conducta y, sobre el estado de la paciente se anotó: “temblosa, refiere cefalea y ‘mareo’ (...) paciente ha presentado episodios de emesis”.

4.12.2. El 22 de agosto fue valorada por neurocirugía y, ese mismo día fue llevada al quirófano para cirugía de corrección. El 24 de agosto la paciente refirió: “cefalea leve y emesis en 1 ocasión” y, al día siguiente: “mucho mareo cefalea y vómito en varias ocasiones (...). En el momento de la valoración presentó: “vómito de contenido alimentario. O: Paciente en regulares cond. (...)”, ante lo cual el médico tratante solicitó: “TAC cerebral simple para descartar HTE” y, más adelante se consigna: “Tiene pendiente lectura de TAC realizado hoy”.

4.12.3. El 25 de agosto de 2011, fue valorada por neurocirugía, de cuyo registro se extrae:

PLAN

Paciente con recaída en su cuadro de hiperémesis, al parecer con reactivación de fístula del LCR, se queja de cefalea, náusea y la emesis descrita, malestar general y debilidad general e hiporexia.

TAC CEREBRAL SIMPLE control muestra colección subgaleal, de predominio derecho en región suboccipital. Catéter en aparente buena intersección en el IV ventrículo.



4.12.4. El 29 de agosto, como dato clínico relevante se registró la valoración por parte del intensivista quien determinó el traslado a UCI donde permaneció hasta el 31 de ese mes y año. Así se consignó:

PLAN

Paciente de 46 años de edad con cuadro neurológico crónico dado por hidrocefalia, la cual fue intervenida en la clínica central con derivación ventrículo- peritoneal, posteriormente presenta obstrucción y compartimentalización del cuarto ventrículo, la cual es remodelada y canalizado hacia derivación. Presentó además fístula de LCR persistente la cual neurología corrige. Ha tenido varias hospitalizaciones, la última desde hace diez días (...) desde hace tres días presenta deterioro del estado general, astenia, adinamia, disnea, sed intensa, náuseas y emesis en varios episodios, no todos relacionados con la ingesta, sensación de vértigo, niega dolor torácico, abdominal, fiebre u otros síntomas. (...).

Hoy empeoramiento de su cuadro clínico, neurología nos comenta la paciente, la evaluamos encontrando una paciente en regulares condiciones generales.

DIAGNÓSTICO

- 1. Desequilibrio hidro electrolítico*
- 2. Hipokalemia Moderada.*
- 3. Acidosis Metabólica con GAP elevado.*
- 4. Deshidratación 6° II.*
- 5. Hidrocefalia con intervenciones Qx Múltiples.*

PLAN: Se ingresa a UCI para monitoreo de PVC, (...) pendiente realización de tomografía cerebral solicitada por neurocirugía.

El TAC de cráneo simple se tomó el 1 de septiembre y, posteriormente, fue valorada por neurocirugía, dejándose constancia de la persistencia del cuadro clínico de mareos y emesis diaria.

4.12.5. El 12 de septiembre de 2011, se hizo constar que se “explica a la familia TAC cerebral simple control” y se anotó que se estaba evaluando la posibilidad de “tenerla que reintervenir por cuarta vez”. Al siguiente día se plasmó: “TAC cerebral simple muestra hidrocefalia activa aguda comunicante, catéter del IV ventrículo nadando en colección subgaleal, fístula contenida, no colecciones”. Para el 15 de septiembre se le realizó un nuevo TAC cerebral simple que reportó: “Mejoría de su hidrocefalia supratentorial, pero persistencia de dilatación importante a nivel IV ventrículo”.

4.12.6. El 23 de septiembre fue nuevamente valorada por el neurocirujano quien ordenó un “TAC cerebral simple pensando nuevamente en hidrocefalia” y, al día siguiente, se anotó a las 7:52 el siguiente registro: “Paciente quien presenta mejoría con respecto a la evolución de ayer. La TAC ordenada por el doctor Oviedo no fue tomada”. Ese mismo día, a las 14.02: el neurocirujano Héctor Miguel Mosquera dispuso dar de alta a la paciente.

4.13. El 25 de septiembre de 2011, María Yolanda Buitrago fue nuevamente ingresada por hospitalización por “cefalea intensa, emesis a repetición, gran decaimiento”. Al día siguiente se tomó “TAC cerebral simple control” y, ese mismo día el Auditor de Cosmitet —Dr. Alan Jurado— “sugirió realizar una junta médico (sic) por parte de neurocirugía”. El 28 de septiembre fue valorada por el neurocirujano Héctor Miguel Mosquera y, de esa valoración se registró:



ANÁLISIS (JUSTIFICACIÓN):

*Paciente con deterioro neurológico y clínica de hipertensión endocraneana dada por emesis intratable y VI par izquierdo.
(...)*

HALLAZGO SUBJETIVO

*Paciente con emesis incoercible, sin mejoría de su estado neurológico, niega dolor.
(...)*

PLAN:

ANÁLISIS (JUSTIFICACIÓN):

Paciente valorada por neurocx, quien ordena RMN cerebral con contraste urgente”

4.14. El 30 de septiembre de 2011, se dejó constancia que ese día se realizaría la “Junta neurocx para definir conducta” y, como interpretación diagnóstica de la RMN cerebral contrastada, se anotó:

*Dilatación severa de acueducto vestibular y del IV Ventrículo por una masa de aspecto tumoral al interior del IV Ventrículo hemangioblastoma como primera posibilidad diagnóstica. Lesión nodular en el talamo (sic) izquierdo, pequeña, quiste del talamo (sic).
(...)*

ANÁLISIS (JUSTIFICACIÓN):

*Paciente a quien le realizan junta Qx el día de hoy por parte de Neurocx concluyendo: Hidrocefalia obstructiva, lesión neoplásica del ventrículo IV, POP derivación ventrículo peritoneal y corrección de fístula de LCR. Requiere de Cx para recesión tumoral a cielo abierto de la fosa posterior derivación del IV ventrículo con catéter en Y, próximo martes primera hora. Requiere cuidados POP de UCI.
(...)*

HALLAZGO SUBJETIVO

Paciente con emesis e incoherencias sin mejoría

INTERPRETACIÓN APOYO DIAGNÓSTICO:

IMR cerebral con contraste muestra lesión del IV ventrículo compatible con hemangioblastoma con realce anular y pequeño nódulo hacia las cinco en el reloj, con severa dilatación de la cavidad ventricular y signos de edema intersticial y dilatación del acueducto cerebral. Pequeño quiste talámico izquierdo sin efecto compresivo, sin realce con el medio de contraste, posiblemente encefalomalacia por paso de catéter de derivación.

4.15. El 4 de octubre de 2011, a María Yolanda Buitrago se le practicó cirugía de “resección de tumor IV ventrículo, con antecedentes de 3 Cxs”.

4.16. El 6 de octubre de 2011, fue valorada por el intensivista y, se plasmó:

DIAGNÓSTICOS:

POP resección tumor del IV ventrículo vs neurocirsosis?

Antecedente con hidrocefalia obstructiva

Antecedente de tres intervenciones Qx por 1) Derivación ventriculoperitoneal, 2) Corrección de fístula de LCR, 3) Desobstrucción de válvula.



Ese mismo día se le tomó un TAC cerebral simple y, en los días siguientes hasta el 10 de octubre continuó presentando “episodios eméticos”. Así mismo, hasta el 9 de octubre se registró que “obedece órdenes” y “neurológico con parálisis VI par craneal”

4.17. El 11 de octubre se anotó: “no se comunica, parece entender órdenes”, también se registró que seguía “presentando vómito” y, ese mismo día se plasmó:

DIAGNÓSTICO CLÍNICO:
Neurocisticercosis.

4.18. El 12 de octubre se registró:

PLAN:
Inicio albendazol

ANÁLISIS (JUSTIFICACIÓN):
Se inicia tratamiento para cisticercosis
(...)
INTERPRETACIÓN APOYO DIAGNÓSTICO
Informan que la biopsia reporta cisticerco.

4.19. El 16 de octubre de 2011, fue valorada por el neurocirujano Héctor Miguel Mosquera y, en la historia clínica se consignó la siguiente anotación:

DIAGNÓSTICO CLINICO:
Neurocisticercosis – Hidrocefalia corregida – Síndrome cerebeloso
(...)

ANÁLISIS (JUSTIFICACIÓN):
Paciente quien requirió estudio de anatomía patológica en la ciudad de Bogotá ante la complejidad del caso, la evolución tórpida y la duda en resonancia entre diagnóstico de hallazgo tumoral Vs. Neurocisticercosis, la cual fue confirmada por el Dr. Fernando Velandia Neuropatólogo y con cuyo diagnóstico se pudo iniciar tratamiento para esa patología

HALLAZGO OBJETIVO:
Paciente en aceptables condiciones generales, quien ahora presenta emesis inmediatamente posterior a la administración de esteroides, no déficit motor, continúa con VI par derecho pero en franca mejoría, Vi par izquierdo corregido, lenguaje coherente, buen llenado valvular.

4.20. De los registros plasmados entre el 17 de octubre y el 2 de noviembre de 2011, se registran algunas crisis convulsivas tonico-clónicas, episodios de emesis ya no tan recurrentes, en algunos momentos desorientada en las tres esferas. Y, a partir del 3 de noviembre de 2011 se observan anotaciones acerca de que la paciente refiere: “sentirse mejor” “y se registra “evolución satisfactoria, mejoría neurológica”, ya no se presentan emesis, situación que se advierte hasta el 9 de noviembre de 2011, fecha hasta la cual hay reporte de historia clínica.

4.21. Se allegó copia del dictamen para la calificación de la pérdida de capacidad laboral y determinación de invalidez del 24 de julio de 2012, en el que consta que María Yolanda Buitrago obtuvo un porcentaje de pérdida de la capacidad laboral del 88.3%³⁴.

³⁴ Folio 269, C. 1.



4.22. Al proceso se allegó, por parte del Instituto Colombiano de Medicina Legal y Ciencias Forenses³⁵, la respuesta al cuestionario formulado por la parte demandante, la cual será valorada de acuerdo con las siguientes previsiones:

En la demanda, la parte actora solicitó la designación de un perito y, en subsidio, que se acudiera a Medicina Legal, para que designara un médico profesional que absolviera un cuestionario formulado en la demanda, prueba que fue decretada. En tal virtud, bajo el rótulo de “concepto médico”, Medicina Legal allegó el 27 de abril de 2016 una primera respuesta al cuestionario suscrita por Reinaldo Escudero López —sin precisar profesión y especialidad—³⁶, reiterada el 1 de agosto de 2016 por Ramsés Alvarado en su calidad de “Profesional Universitario Forense”³⁷ y, finalmente complementada el 29 de agosto de ese mismo año, esta vez suscrita por Carlos Bernal Collazos Gamboa – Director Seccional³⁸.

Tal como lo tiene dicho la Subsección “el dictamen pericial, como toda prueba, debe ser valorado en conjunto con las demás pruebas y de forma razonada, de acuerdo con las reglas de la sana crítica³⁹, esto es, con arreglo a los principios de la lógica y a las máximas de la experiencia⁴⁰⁻⁴¹. Aparte, en la valoración del peritaje debe tenerse en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, así como la idoneidad del perito y su comportamiento en el proceso⁴². Valorar la solidez y claridad de los fundamentos de las inferencias científicas implica, en primer lugar, verificar la existencia de un parámetro de comprobación intersubjetiva de lo afirmado (...). Idealmente, este parámetro de comprobación debe fundarse en el producto de la observación, o en los resultados de análisis de [pruebas técnicas tales como] resultados de análisis de laboratorio, sin que ello, en todo caso, impida partir de una fuente indirecta”⁴³. —Se resalta—.

De acuerdo con lo anterior, puede decirse que la respuesta que Medicina Legal dio a las preguntas formuladas es clara, atiende de forma precisa la inquietud planteada por la parte actora, no obstante, se desconoce si quienes las suscribieron tenían alguna de las especialidades médicas requeridas —neurólogo o neurocirujano— y, lo único que las acredita es la relevancia de la institución —Medicina Legal— que las avala. En cuanto a la exhaustividad de los fundamentos, debe indicarse que dicha prueba se contrae a manifestar lo que es objeto de pregunta y carece de un parámetro de comprobación, si se tiene en cuenta que las respuestas no están situadas en el caso concreto sino en una descripción general de los acontecimientos patológicos y médicos de la hidrocefalia y la cisticercosis, es decir, no estuvieron

³⁵ Folios 568-569 y-683-684 C. 3.

³⁶ Visible a folios 568-569 del C. 3

³⁷ Folios 677 – 680, C. 3

³⁸ Folios 683-684, C. 3

³⁹ CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO. “Artículo 176. *Apreciación de las pruebas. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. || El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba*”. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. “Artículo 187. *Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. || El Juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba*”.

⁴⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia del 7 de septiembre de 2020, rad. núm. 11001-31-10-019-2011-00622-02, SC3249-2020.

⁴¹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*, tomo I, Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1970 (reimpresión 2016), pp. 300-301.

⁴² CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO. “Artículo 232. *El juez apreciará el dictamen de acuerdo con las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito y su comportamiento en la audiencia, y las demás pruebas que obren en el proceso*”. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. “Artículo 241. *Al apreciar el dictamen se tendrá en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso. [...]*”.

⁴³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Auto del 16 de diciembre de 2022, radicado 13001-23-33-000-2019-00352-01 (68201).



fundadas en el conocimiento de la historia clínica de la señora Buitrago Salazar, ni tampoco en la verificación del reporte de imagen de la resonancia magnética nuclear que acusaba mala calidad, ni en los TAC que, a lo largo de las hospitalizaciones le practicaron a la paciente, por tanto, no existió una constatación empírica directa, reduciéndose, así, a la exposición de un conocimiento médico desde la generalidad de los casos, que, si bien no es desdeñable, debe apreciarse con esas limitaciones.

Así, resulta claro que tal probanza no constituye un dictamen pericial y, en estricto sentido, tampoco un concepto técnico porque no está emitida en el contexto específico del caso concreto. Ahora, si de caracterizarla se trata, puede decirse que es un “informe técnico” que, con todo, goza de validez probatoria, pero su apreciación estará supeditada al análisis que, en conjunto con la historia clínica, le merezca al juez del caso. Sobre la base de tales consideraciones, en el debido momento se acudirá a este medio de prueba.

V. CONSIDERACIONES

La Sala procede a resolver el problema atinente al fondo de la litis habida consideración de la competencia que le asiste para ello en atención a lo preceptuado por los artículos 150 y 152 n° 6 del C.P.A.C.A.⁴⁴

En cuanto a la caducidad, la parte actora indicó que aquella debe contarse desde el 24 de julio de 2012, cuando se profirió el dictamen para la calificación de la pérdida de la capacidad laboral y determinación de invalidez; no obstante, el lineamiento unificado que sigue la Sección Tercera determina que el mencionado dictamen tiene por objeto “establecer la magnitud de una lesión respecto de la cual el afectado directo tiene conocimiento previo, en función de la capacidad laboral de la víctima, por tanto, no constituye criterio que determine el conocimiento del daño”⁴⁵ y, en esa medida no puede ser tomado como referencia para establecer el término de caducidad.

Precisado lo anterior y, como quiera que el artículo 164, literal i) del C.P.A.C.A., prescribe que el término de caducidad de dos años se cuenta a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior, es menester previamente precisar cuáles son los daños que se alegan en la demanda para efectuar tal conteo.

Pues bien, para el caso concreto y en consonancia con la fijación del litigio que reconduce el hecho generador del daño a la falta de un examen oportuno, esto es, de una resonancia magnética nuclear que hubiera permitido detectar y diagnosticar a tiempo la neurocisticercosis que padecía la señora Buitrago Salazar, se tiene que, para el 11 de octubre de 2011, fecha en que se conoció el diagnóstico definitivo de cisticercosis, la parte demandada ya estaba en condiciones de conocer el supuesto error u omisión que le achaca a las demandadas, como también, las consecuencias que aquello había traído para la señora María Yolanda Buitrago, quien para ese momento ya presentaba un deterioro considerable en su salud y, distinto es la progresión que de ese deterioro se siguió y que conllevó a que, finalmente, se dictaminara la incapacidad. Por ser así, la caducidad empezó a correr desde el 12

⁴⁴ Art. 152. Competencia de los tribunales administrativos en primera instancia. Los tribunales administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: (...)6. De los de reparación directa, inclusive aquellos provenientes de la acción u omisión de los agentes judiciales, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes. En el presente asunto, la cuantía fue estimada en \$531.174.544, que para la fecha de presentación de la demanda (9 de diciembre de 2013), equivalían a 908 SMLMV.

⁴⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera – Sala Plena, sentencia del 29 de noviembre de 2018, rad. 54001-23-31-000-2003-01282-02(47308).



de octubre de 2011 e iba, en principio, hasta el 12 de octubre de 2013, no obstante, ese término se suspendió con la solicitud de conciliación presentada el 16 de septiembre de 2013, esto es, cuando faltaban 26 días para el fenecimiento y, se reanudó el 4 de diciembre de 2013 cuando el trámite conciliatorio se declaró fallido⁴⁶. Como la demanda se presentó el 9 de diciembre de 2013⁴⁷, quiere decir ello que lo fue dentro del término bienal que la ley indica.

Además, la Sala encuentra demostrado que María Yolanda Buitrago Salazar está legitimada en la causa por activa al ser la afectada directa con los hechos que aduce le ocasionaron graves secuelas en su salud; así como también lo están sus hijos Alejandro Ossa Buitrago⁴⁸ y Andrea Ossa Buitrago⁴⁹; y su cónyuge, Amido Ossa Zuluaga⁵⁰.

Por su parte, las demandadas Dumian Médica S.A.S. – Clínica del Café de Armenia y la Corporación de Servicios Médicos Internacionales Them y Cia, Ltda – Cosmitet Ltda., se encuentran legitimadas por pasiva, dado que la primera fue la encargada de prestar los servicios de salud a través de la Clínica del Café de Armenia tal como se refiere en la historia Clínica y, la segunda es la entidad a la cual se encontraba afiliada en salud la señora Buitrago para la época de los hechos, como se desprende de la certificación expedida por Cosmitet en tal sentido⁵¹.

En relación con la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG, la Subsección lo tendrá por legitimado en consideración que es el encargado de garantizar la prestación de los servicios médico – asistenciales de los docentes y los beneficiarios de estos⁵². Así mismo, La Fiduciaria La Previsora está legitimada en la causa por pasiva, habida cuenta que es la administradora de los recursos económicos del FOMAG⁵³ y por haber contratado los servicios de salud de los docentes con Cosmitet Ltda.⁵⁴

En cuanto a la Previsora S.A. – Compañía de Seguros, llamada en garantía por Cosmitet Ltda., en función de la póliza No. 1002940, debe indicarse que no le asiste legitimación, debido a que la mencionada póliza empezó a regir hasta el 27 de septiembre de 2012⁵⁵. Se aclara que por estas mismas razones el *a quo* manifestó que la absolvería de responsabilidad; sin embargo, en la parte resolutive de la sentencia, en el numeral segundo se absolvió fue a la Fiduprevisora S.A., confusión que llevó al representante del Ministerio Público a solicitar que se declarara la “la falta de legitimación de la Fiduprevisora, por cuanto no se probó la vigencia de la póliza” y, a Cosmitet Ltda., y Dumian Médica S.A.S., a solicitar que se declarara responsable a la Fiduprevisora como administradora de los recursos del FOMAG. Surgida esa confusión, considera que Sala que, lo propio es, en sede de

⁴⁶ Folios 40-41, C. 1.

⁴⁷ Conforme se encuentra registrado en el sello de radicación visible a folio 39, C. 1.

⁴⁸ Conforme a Registro civil de nacimiento serial 16006068 de Alejandro Ossa Buitrago, obrante a folio 50, C. 1.

⁴⁹ Conforme a Registro civil de nacimiento serial 28489352 de Andrea Ossa Buitrago, obrante a folio 49, C. 1.

⁵⁰ De acuerdo con el Registro civil de matrimonio serial 1014864 correspondiente al matrimonio entre Amido Ossa Zuluaga y María Yolanda Buitrago Salazar, celebrado el 25 noviembre 1989, folio 48, C. 1.

⁵¹ Folio 53, c. 1

⁵² Esta obligación se contiene en el artículo 5°, numeral 2do. De la Ley 91 de 1989.

⁵³ Esto, en virtud de lo previsto en el artículo 3° de la Ley 91 de 1989. Se aclara que, aunque a folios 570-603, C. 3 se allegó el contrato de prestación de servicios No. 12076-005-2012 entre la Fiduprevisora y Cosmitet Ltda., y otros, aquél se suscribió el 30 de abril de 2012, es decir, con posterioridad al lapso temporal en que se desarrollaron los hechos de la demanda. No obstante, de dicha prueba lo que sí puede establecerse es que desde el 21 de junio de 1990 el Fomag contrató con la Fiduprevisora la fiducia para la administración de los recursos del fondo, contrato que, según se dice a folio 572, c. 3, seguía vigente hasta el 15 de mayo de 2012, razón suficiente para tenerla como legitimada.

⁵⁴ Tal como se observa en el contrato de prestación de servicios médico – asistenciales No. 12076-005-2012

⁵⁵ Cfr. Folios 562, C. 3.



legitimación, aclarar que la Previsora S.A. – Compañía de Seguros carece de legitimación por pasiva, mientras que a la Fiduprevisora si le asiste una relación material con los hechos que la legitima como demandada, tal como se expuso previamente.

3.3. Consideraciones sobre el primer problema planteado

De conformidad con el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia⁵⁶, en concordancia con los artículos 1757 del Código Civil⁵⁷ y 177 del Código de Procedimiento Civil⁵⁸, este último vigente para cuando se interpuso la demanda, quien pretenda indemnización de los perjuicios por la responsabilidad patrimonial del Estado deberá demostrar: (i) la existencia de un daño antijurídico, y (ii) su imputación al Estado por la acción u omisión de las autoridades.

En relación con el daño, a partir del dictamen para la calificación de la pérdida de capacidad laboral y determinación de invalidez de María Yolanda Buitrago Salazar, se tiene por demostrado aquella sufrió afectaciones irreversibles en su condición de salud que acarrearón un porcentaje de pérdida de la capacidad laboral del 88.3%, por lo que es dable concluir que el daño alegado, esto es, el deterioro de la salud, se encuentra demostrado y, distinto será establecer si aquél, conforme se debe de las pruebas, guarda relación con el supuesto de falla médica invocado en la demanda y, además, si es, o no, factible imputarlo a la parte demandada.

3.4. Consideraciones sobre el segundo y tercer problema planteado

En lo relativo a la imputación del daño, el régimen probatorio aplicable a los juicios por responsabilidad médica ha variado en la jurisprudencia de esta Corporación a lo largo de los años. Inicialmente fue adelantado bajo el régimen de falla probada del servicio⁵⁹, más tarde se ajustó a los supuestos de la falla presunta⁶⁰ y, después, a los lineamientos teóricos de la carga dinámica de la prueba⁶¹. A partir del año 2006⁶², el régimen probatorio ha estado sujeto al de falla probada, lo que quiere decir que, en la actualidad, quien pretenda la reparación de un daño ocasionado como consecuencia del acto médico soporta la carga de probar la afectación y su imputación al órgano demandado⁶³.

Así, para endilgar responsabilidad por daños derivados de la actividad médica *“la sola intervención -actuación u omisión- de la prestación médica no es suficiente para imputar al Estado los daños que sufran quienes requieran esa prestación, sino que es necesario que se encuentre acreditado que la misma fue constitutiva de una falla del servicio y que dicha falla fue causa eficiente del daño”*⁶⁴. En consecuencia, quien pretende la declaración de responsabilidad del Estado por daños derivados de la actividad médica debe acreditar la falla, el daño antijurídico y el nexo de causalidad existente entre ellos.

⁵⁶ “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. [...]”.

⁵⁷ “Artículo 1757. Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”.

⁵⁸ “Artículo 177. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”.

⁵⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de septiembre de 1991, exp. 6253.

⁶⁰ Consejo de Estado; Sección Tercera, sentencia del 30 de julio de 1992, exp. 6897.

⁶¹ Consejo de Estado; Sección Tercera, Sentencia del 10 de febrero de 2000, exp. 11878.

⁶² Consejo de Estado; Sección Tercera, Sentencia del 31 de agosto de 2006, exp. 15772.

⁶³ Consideración que encuentra mayor sustento atendiendo a la causa petendi y petitum formulado en la demanda, que aluden a una supuesta falla médica derivada de la prestación del servicio obstétrico.

⁶⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010, exp. 19101.



Teniendo en cuenta lo anterior, en el caso que se analiza, la falla del servicio que protestan los demandantes está referida, como ya se dijo, con la omisión en practicar de forma oportuna una resonancia magnética nuclear, en reemplazo de aquella que se detectó como de mala calidad —Resonancia magnética nuclear del 22 de enero de 2011— por cuanto, al no replicarse esa toma de imagen diagnóstica, en consideración de la parte actora, ello impidió conocer y tratar adecuadamente la enfermedad de base —cisticercosis— que le provocaba a la paciente la sintomatología recurrente y, a su vez, conllevó a que se le practicaran cirugías innecesarias que le dejaron graves secuelas en su salud.

Entendida así la falla deprecada, de acuerdo con la historia clínica obrante en el infolio, puede establecerse que, efectivamente, el 22 de enero de 2011 la señora María Yolanda Buitrago Salazar ingresó por hospitalización a la Clínica del Café de Armenia con síntomas de mareo, vómito y ansiedad y, ese mismo día se le tomó una resonancia magnética nuclear (RMN), que fue leída por el neurólogo Dr. Oscar Carvajal, con fundamento en la cual el mentado profesional diagnosticó “hidrocefalia”, y recomendó valoración por neurocirugía. Es así como, el 25 de enero siguiente, la señora María Yolanda fue valorada por el neurocirujano Juan Carlos Oviedo Cañón quien, al revisar la RMN advierte que aquella es de mala calidad, no obstante, que en mínimas proyecciones dejaba observar hidrocefalia y que no pudo visualizar aparente lesión en ventrículo III. Aun así, confirmó el diagnóstico de hidrocefalia y ordenó llevar a cabo la cirugía de derivación para drenar el líquido cefalorraquídeo represado —Cfr. Hechos probados del 4.5 al 4.7—

Hasta este punto, si la Sala se atiene a que está demostrado que la resonancia era de mala calidad, porque así expresamente lo registró el neurocirujano Juan Carlos Oviedo Cañón —hecho 4.7. —, forzoso es concluir que se incurrió, por parte del servicio médico hospitalario brindado por la Clínica del Café, en una falla en la prestación del servicio de radiología, denotativa de un error de procedimiento en la toma de la imagen diagnóstica que dejó latente la posibilidad que, de su lectura, no se pudieran obtener todos los planos de impresión con la nitidez necesaria para para un diagnóstico completo.

No se pierde de vista que, ha sido una relativa constante en esta Sala, el considerar que, en materia de responsabilidad médica, por regla general, la ausencia de prueba pericial priva al juez contencioso del elemento de juicio que, por excelencia, puede alumbrar o sustentar una decisión de condena, y que, en esas circunstancias el accionante debe soportar las consecuencias de la ausencia de la prueba. Empero, la prevalencia de esta línea de juicio no indica que el asunto esté gobernado por una especie de tarifa probatoria. Excepcionalmente, puede el juez encontrar en el aprovisionamiento probatorio a su alcance otros medios de convicción⁶⁵ de los cuales se avizore, más allá del conocimiento técnico, una conclusión irrefutable.

⁶⁵ Respecto de la utilidad de la prueba indiciaria en materia de responsabilidad médica, esta Corporación ha dicho: “La prueba de la relación causal entre la intervención médica y el daño sufrido por el paciente reviste un grado de complejidad a veces considerable, no sólo por tratarse de un dato empírico producido durante una práctica científica o técnica, comúnmente ajena a los conocimientos del propio paciente, sino porque, además, por lo regular, no queda huella de esa prestación, diferente al registro que el médico o el personal paramédico consigne en la historia clínica, la que, además, permanece bajo el control de la misma entidad que prestó el servicio. Las dificultades a las que se enfrenta el afectado cuando pretende acreditar el nexo causal, (...) Así la Sala ha acogido el criterio según el cual, para demostrar el nexo de causalidad entre el daño y la intervención médica, los indicios se erigen en la prueba por excelencia, dada la dificultad que en la mayoría de los casos se presenta de obtener la prueba directa. Indicios para cuya construcción resulta de utilidad la aplicación de reglas de la experiencia de carácter científico, objetivo o estadístico, debidamente documentadas y controvertidas dentro del proceso [“]. Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, Subsección B, sentencia de marzo 22 de 2012, exp. 23132, reiterada, entre otras, en la sentencia de la misma Subsección, del 1 de agosto de 2016, exp. 29589.



Esto último es, precisamente, lo que se advierte en el presente caso, ya que, al margen de que no se cuente con un dictamen pericial propiamente dicho, a partir de lo consignado en la historia clínica respecto de la mala calidad de la resonancia magnética, le es dable al juez de la reparación extraer de allí, inequívocamente, la existencia de un error de procedimiento que, además, comprometió las “buenas prácticas para la seguridad del paciente en la atención de salud”⁶⁶, en tanto las instituciones médicas deben emplear los medios a su alcance para disminuir la probabilidad de ocurrencia de un evento adverso⁶⁷, teniendo en cuenta la función que cumple la imagenología dentro del diagnóstico médico.

Es importante señalar que aun cuando, desde el punto de vista de la responsabilidad, la jurisprudencia de la Corporación⁶⁸ ha limitado los eventos adversos derivados de riesgos de seguridad de los pacientes, exclusivamente al entorno extra médico⁶⁹ para diferenciarlos de los daños que se producen de forma directa por el acto médico; nada obsta para que, en los términos de lo que por evento adverso se define en la Resolución 1446 de 2006⁷⁰, pueda considerarse que estos también tienen ocurrencia dentro del esquema de atención o manejo médico – asistencial y no solamente en el ámbito extra médico, pues si no lo fuera, no tendría razón de ser que, por ejemplo, se considerara como indicio de atención insegura el reingreso hospitalario del paciente, tal como se precisará más adelante. Más aún, plausible también resulta que un evento adverso por atención insegura surja de una combinación de actos extra médicos y médicos. Todo esto para indicar que la falla de procedimiento aquí identificada -toma defectuosa de la RMN- está claramente asociada a la desatención de la que debería ser una buena práctica de seguridad intra hospitalaria —el aseguramiento de la calidad de las imágenes diagnósticas—.

Ahora, patentizado el error de procedimiento, todo indica, como ser verá, que aquél dio lugar a un error de diagnóstico. Cabe indicar que, pese a no hay duda que la señora Buitrago Salazar para ese momento de la atención hospitalaria -22 de enero de 2011- presentaba un cuadro de hidrocefalia porque así lo estableció el neurólogo y el neurocirujano a partir de lo que se hacía legible en la imagen defectuosa, como tampoco se duda que, en tales circunstancias, ese hallazgo clínico debía ser tratado con el procedimiento que, conforme a su especialidad, establecieron los galenos —cirugía de derivación realizada el 1 de febrero de 2011. Cfr. Hecho 4.9⁷¹—, lo cierto es que no puede afirmarse que la interpretación de la RMN abarcara todo el rango

⁶⁶ Guía Técnica “Buenas prácticas para la seguridad del paciente en la atención de salud”, aprobada el 4 de marzo de 2010 por el entonces Ministerio de la protección Social. Disponible en <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/CA/guia-buenas-practicas-seguridad-paciente2010.pdf>

⁶⁷ Ibídem.

⁶⁸ Porque desde el punto de vista médico, todo indica que al evento adverso se le concibe llanamente como una lesión que se produce durante la atención en salud y que es ajena a la patología de base. Ejemplo de esto puede advertirse en: Consejo de Estado, Subsección A, sentencia del 11 de octubre de 2021, exp. 52565, donde en las declaraciones rendidas por los galenos se alude a “evento adverso” en el sentido aquí indicado.

⁶⁹ Ver, entre otras sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado: (i) Subsección C, sentencias del 9 de mayo de 2012, exp. 22304, y del 25 de marzo de 2011, exp. 20.836 y (ii) Subsección A, sentencia del 22 de noviembre de 2021, exp. 56684. En la primera de las sentencias citadas, textualmente se dice: “los eventos adversos, como incumplimiento de la obligación de seguridad y vigilancia, se localizan en el campo de los actos extramédicos toda vez que es en este ámbito en que se pueden materializar los posibles riesgos o circunstancias que sean configurativas de eventos de responsabilidad de la administración sanitaria que no se relacionan con la patología de base”.

⁷⁰ La mencionada Resolución, al respecto indica: “Los Eventos Adversos son lesiones o complicaciones involuntarias que son causadas con mayor probabilidad por la atención en salud, que, por la enfermedad subyacente del paciente, y que conducen a la muerte, la inhabilidad a la hora del alta o a la hospitalización prolongada. Muchos de estos eventos pueden ser prevenibles. Existe evidencia que demuestra la asociación entre la calidad de la atención y la ocurrencia de eventos adversos. La monitorización de este indicador debe impactar en la eficiencia y efectividad clínica”.

⁷¹ Sobre este aspecto, Medicina Legal en su informe, señaló: “La hidrocefalia se trata con la colocación de un tubo específicamente diseñado para drenar el líquido acumulado en el cráneo y desviarlo a otra parte del cuerpo (...)”. Cfr. folio 677, C.3.



de posibilidades diagnósticas, precisamente porque la mala calidad de la imagen no permitió una exploración o lectura completa, tal como el mismo neurocirujano lo dejó consignado en la historia clínica. Esa incompletitud en la lectura de la RMN dejó en vilo la probabilidad de que existieran otras patologías por diagnosticar, lo que, en últimas, se traduce en la existencia de un error de diagnóstico, si se tiene en cuenta que, sobre el alcance de este tipo de error, la jurisprudencia de la Sala ha dicho:

*10. Uno de los momentos de mayor relevancia en la prestación del servicio médico es el diagnóstico, pues sus resultados permiten elaborar toda la Gactividad que corresponde al tratamiento médico. El error de diagnóstico, que implica un error en el tratamiento, ocurre (i) por indebida interpretación de los síntomas del paciente; (ii) **por la omisión de practicar los exámenes que resultaban indicados para el caso concreto**; (iii) **cuando no se agotan los recursos científicos y técnicos al alcance para determinar con precisión cuál es la enfermedad que sufre el paciente**, y (iv) por no hacer el seguimiento que corresponde a la evolución de la enfermedad, bien para modificar el diagnóstico o el tratamiento⁷². —se resalta—*

En el caso concreto, ante una imagen diagnóstica imperfecta lo esperado para asegurar la debida atención de la paciente era repetir el examen, pues visto estaba que si se realizó la RMN era porque la Clínica del Café contaba con los recursos técnicos y científicos para ello, luego, la reiteración de ese examen no solamente era aconsejable, sino que estaba al alcance de la atención que podía brindar el centro hospitalario. Al no hacerse, se configuró lo que, a la luz de las mencionadas buenas prácticas, se considera como un “indicio de atención insegura”, entendido como un “acontecimiento o una circunstancia que pueden alertar acerca del incremento del riesgo de ocurrencia de un incidente o evento adverso prevenible”⁷³, si se tiene en cuenta, además, que en el contexto de la seguridad del paciente un evento adverso prevenible es aquel que produce un “[r]esultado no deseado, no intencional, que se habría evitado mediante el cumplimiento de los estándares del cuidado asistencial disponibles en un momento determinado”⁷⁴.

Lo anterior, por cuanto la historia clínica, documento en el que precisamente se consigna toda la trazabilidad de la atención médica, no aparece que la Clínica del Café hubiera tomado alguna “acción para la reducción del riesgo”⁷⁵ que surgió de emplear una imagen diagnóstica imperfecta, pues de ahí en adelante se llevaron a cabo acciones para el manejo de la hidrocefalia, inclusive, sin tener en cuenta que, a pesar de ello, la sintomatología de la paciente continuaba sin revertirse.

Ahora, conforme a la guía de buenas prácticas que se viene tratando, son indicios de atención insegura el reingreso al servicio de urgencias por la misma causa antes de 72 horas y, el reingreso a hospitalización por la misma causa antes de 15 días⁷⁶. En el caso de la señora Buitrago Salazar, según demuestra la historia clínica, habiéndosele practicado la cirugía para la implantación de la válvula de derivación el 1 de febrero de 2011, la paciente fue dada de alta el 5 de febrero siguiente —hecho 4.9—; sin embargo, el 9 de febrero, esto es, cuatro días después —hecho 4.10— volvió a ser hospitalizada en atención a los mismos síntomas que venía presentando desde noviembre de 2010. Así mismo, volvió a ser hospitalizada el 26 de julio de 2011 con salida el 2 de agosto de ese año —hechos 4.11 y 4.11.2.— y, reingresó a

⁷² CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera – Subsección C, sentencia del 26 de febrero de 2021, exp. 36562.

⁷³ Cfr. Guía Técnica “Buenas prácticas para la seguridad del paciente en la atención de salud”, op. Cit.

⁷⁴ Ibídem.

⁷⁵ Ibídem.

⁷⁶ Ibídem.



hospitalización el 19 de agosto siguiente —hecho 4.12—, hospitalización que se prolongó hasta el 24 de septiembre de ese año —hecho 4.12.5— y, al día siguiente, esto es, el 25 de septiembre volvió a ser ingresada en hospitalización —hecho 4.13—, en todas estas ocasiones por la misma sintomatología —vómito, náuseas, cefaleas—, todo lo cual viene a consolidar la existencia de un indicio de atención insegura, sin que, ante esa recurrencia se hubiese considerado otra posibilidad de diagnóstico y, antes que eso, la necesidad de ordenar una segunda la RMN.

Sobre la lectura que, en clave de inseguridad y riesgo para el paciente debe dársele a los reingresos hospitalarios por la misma sintomatología y dentro del lapso de 15 días, en el anexo técnico de la Resolución 1446 de 2006, se indica:

El reingreso de los pacientes a los servicios de hospitalización se presenta con frecuencia como consecuencia de un deficiente abordaje y solución del problema que generó la consulta o fallas en la calidad de la información dada al usuario sobre la evolución del evento médico que la generó. Por esta razón, este indicador puede constituirse como un signo de alarma sobre la calidad de los servicios prestados⁷⁷.

Adicionalmente, conforme al artículo 10 de la Ley 23 de 1981 “El médico dedicará a su paciente el tiempo necesario para hacer una evaluación adecuada de su salud **e indicar los exámenes indispensables para precisar el diagnóstico** y prescribir la terapéutica correspondiente —se resalta—. Si ello es así, salta a la vista que un examen indispensable, dada la calidad de la RMN inicial y dado que había sido considerada para la identificación diagnóstica desde febrero de 2011, era, justamente, la reiteración de ese mismo examen.

Así mismo, el artículo 19 *ejusdem* prescribe que: “Cuando la evolución de la enfermedad así lo requiera, el médico tratante podrá solicitar el concurso de otros colegas en Junta Médica, con el objeto de discutir el caso del paciente confiado a su asistencia. (...). En el *sub lite*, ante la reiteración de hospitalizaciones por la misma causa, de esta opción se vino a hacer uso sólo hasta el 30 de septiembre, por iniciativa del auditor, cuando para esa fecha y, desde febrero de 2011 la paciente ya había presentado tres reingresos hospitalarios por las mismas causas.

En suma, todas estas manifestaciones de una atención insegura a la paciente, dejan en palestra una falla en la prestación del servicio de atención médico hospitalaria brindada a la señora María Yolanda Buitrago Salazar, por cuanto, quedó en vilo, por la mala calidad de la imagen diagnóstica y por la falta de repetición en aras de concretar un diagnóstico completo, establecer si, además, existía algún tipo de lesión que estuviera provocando la patología de hidrocefalia y que, por la ilegibilidad de la imagen no hubiera podido detectarse plena o tempranamente.

Esto hace que, a la par con la falla en la prestación del servicio advertida, deba establecerse el nexo de esta con el daño padecido por la demandante y que la impulsó a venir ante esta jurisdicción en búsqueda de su resarcimiento. Esto último exige demostrar, en primer lugar, si el hecho de no haber repetido la RMN de mala calidad fue determinante para que no se hubiera detectado oportunamente la cisticercosis y, en segundo lugar, si la tardanza en detectar y tratar la cisticercosis repercutió en el deterioro de salud de la señora Buitrago Salazar. Tal análisis se

⁷⁷ Anexo Técnico a la Resolución No. 1446 del 8 de mayo de 2006, del entonces Ministerio de la Protección Social, pág. 23. Disponible en: https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/RESOLUCI%C3%93N%201446%20DE%202006%20-%20ANEXO%20T%C3%89CNICO.pdf.



acometerá a la luz de la historia clínica, en conjunto y de forma integral con el informe de Medicina Legal.

Sobre la base de esas consideraciones pasará la Subsección a establecer si la falla en la prestación del servicio constatada resulta indicativa de que, dada la deficiencia de la primera imagen diagnóstica tomada a la señora Buitrago, tal hecho dilató la detección de la neurocisticercosis y, con ella, produjo o contribuyó a agravar el estado de salud de la señora María Yolanda hasta el punto de perder el 83.3% de su capacidad laboral.

En esa línea, dos hechos resultan dicientes de la necesidad que revestía repetir el examen defectuoso, por un lado, el hecho mismo de que, pese a las intervenciones quirúrgicas para drenar la hidrocefalia, tres en total, la primera para implantar el mecanismo de derivación y, las otras dos para corregir dos eventos de obstrucción, la paciente persistía en la misma sintomatología que reportó desde el inicio —vómitos y cefaleas— tal como da cuenta la historia clínica y, por otro lado, que bastó que el 30 de noviembre de 2011, es decir, diez meses después, se le tomara una nueva RMN para que pudiera advertirse un tumor en el ventrículo IV ocasionado por el cisticerco —hecho 4.14—, lo que, a la postre, viene a denotar la idoneidad de ese examen diagnóstico para detectar las lesiones cerebrales que el cisticerco le había producido a la señora María Yolanda, pues con base en este fue que finalmente se pudo establecer qué era lo que le ocasionaba los síntomas que traía desde noviembre de 2010.

Al punto, debe indicarse que, aun cuando es cierto que durante los ciclos de interconsulta que trascurrieron desde julio a octubre de 2011, se le practicaron a la paciente varios TACS — y otros, pese a estar ordenados no se le realizaron—, de los cuales el informe técnico de Medicina Legal, también da cuenta que son medios diagnósticos idóneos empleados para la detección del cisticerco, lo cierto es que, tal como se dice en el informe técnico, tratándose de quistes en los ventrículos, resulta más sensible la resonancia magnética. Al respecto, así se consignó en la prueba traída al proceso:

Se utilizan la Tomografía Axial Computarizada y la Resonancia Magnética Nuclear para demostrar las lesiones en las imágenes obtenidas (...) también se pueden utilizar estudios enzimáticos en el LCR⁷⁸. (...). Es claro que la resonancia magnética es más sensible para identificar quistes localizados en el tallo cerebral, cerebelo, ventrículos, espacio subaracnoideo y en neurocisticercosis espinal, sin embargo las lesiones calcificadas son mejor detectadas y vistas en el TAC⁷⁹.

Más diciente aún, el hecho de que el 15 de septiembre de 2011 —hecho 4.12.6.—, luego de realizado un TAC, en la historia clínica se consignó: “Mejoría de su hidrocefalia supratentorial, pero persistencia de dilatación importante a nivel IV ventrículo”, lo que hacía suponer una alerta de que se requería una exploración diagnóstica diferente para determinar la causa de la persistencia de esa dilatación ventricular, pues todo indica que el TAC se limitaba a detectarla, más no a revelar qué la originaba. Aun así, ignorando esa señal, le dieron de alta el 25 de septiembre siguiente, teniendo que la señora Buitrago regresar por hospitalización al día siguiente.

⁷⁸ Folio 679, c. 3.

⁷⁹ Esto último fue agregado en la complementación. Cfr. Folio 683, c. 3.



Así mismo, sobre la posibilidad de asociar la sintomatología que presentaba la señora Buitrago Salazar con una cisticercosis, puede decirse que aquella presentaba algunos de los síntomas de esa enfermedad, tal como se extrae del informe técnico de Medicina Legal. Allí, frente a las preguntas encaminadas a determinar, en qué consiste la cisticercosis, y cuáles son los síntomas, el Instituto refirió:

La neurocisticercosis es una enfermedad parasitaria que ocurre por la infección del estado larvario de la Taenia solium en el sistema nervioso central, se clasifica en distintos síndromes dependiendo de su localización y clínica: en Neurocisticercosis parenquimatosa, ventricular, espinal y ocular.

*La manifestación clínica de la Neurocisticercosis es muy variable y depende del estadio, número de lesiones, tamaño, localización y el estado inmunológico del paciente, siendo las convulsiones su manifestación más frecuente seguida de **cefaleas**, déficit neurológico focal, demencia y psicosis. Otras manifestaciones frecuentes de la Neurocisticercosis son **hipertensión craneana**, alteración cognitiva y cefalea. Puede haber sintomatología de meningitis. [y, más adelante agregó] ⁸⁰puede acompañarse de trastornos de la visión, vómito, alteraciones psiquiátricas, demencia y pérdida de conciencia” -se resalta-.*

La Neurocisticercosis sí puede producir hidrocefalia, cuando en ocasiones los quistes invaden la cisterna silviana y crecen hasta varios centímetros convirtiéndose en un gran quiste que produce efecto de masa (...). La Neurocisticercosis ventricular es rara en comparación con las lesiones de otra localización. Los quistes interventriculares usualmente son únicos y se encuentran en la mayoría de los casos en el cuarto ventrículo, también se pueden encontrar en el tercer ventrículo y en los ventrículos laterales.

Dado que los quistes interventriculares pueden en algunos casos estar flotando en el líquido cefalorraquídeo, es factible que puedan migrar del III al IV⁸¹.

De lo hasta aquí dicho, frente a la neurocisticercosis se extrae que: (i) tiene una sintomatología variable siendo la más usual las convulsiones, seguida de cefaleas, déficit neurológico, demencia, psicosis e hipertensión craneana; (ii) puede producir hidrocefalia cuando los quistes crecen y se manifiestan en forma de masa, esto es, en un gran quiste; (iii) la neurocisticercosis ventricular es rara y, mayormente se encuentra en el ventrículo IV, también puede encontrarse en el III y es factible que los quistes migren a través del LCR de un ventrículo a otro.

Por otro lado, de la historia clínica de la señora María Yolanda se recalca: (i) si bien aquella solo vino a presentar crisis convulsivas entre el 17 y 2 de noviembre de 2011 —Cfr. Hecho 4.20—, lo cierto es que a lo largo de sus consultas e internamientos hospitalarios persistió el vómito —emesis—, episodios de cefalea, vértigo y ansiedad, un trastorno esquizoafectivo (hecho 4.3); y, así mismo, al menos en dos ocasiones, el 4 de febrero y el 25 de febrero de 2011 —hechos 4.10 y 4.13— se registró hipertensión endocraneana y, en anotación de 9 de febrero se consignó que la derivación que le habían practicado obedecía a hipertensión endocraneana —Cfr. Hecho 4.10—; (ii) desde el 22 de enero de 2011 fue diagnosticada con hidrocefalia

⁸⁰ Esto último consta en el documento de complementación obrante a folio 683, C. 3.

⁸¹ Folio 678, c. 3.



—cfr. Hecho 4.25) sin mejoría alguna pese a las intervenciones quirúrgicas que con tal fin se le practicaron, (iii) el tumor fue descubierto en el ventrículo IV en forma de masa o gran quiste.

Cabe mencionar que, tal como lo advierte Medicina Legal, la hidrocefalia se ocasiona por diferentes etiologías⁸², no obstante, la única que se encuentra probada dentro del expediente es la relacionada con la cisticercosis, las demás posibles causas no tienen asomo en la historia clínica de la paciente como para inferir que pudo deberse a la manifestación de otros problemas orgánicos. A esto se suma que el 16 de octubre de 2011, ya con el diagnóstico confirmado de neurocisticercosis se dio por corregida la hidrocefalia (hecho 4.19) lo que lleva a reforzar el convencimiento de que la hidrocefalia era una manifestación de la enfermedad de base. Entonces, sin perder de vista que, tal como advirtió Medicina Legal, la cisticercosis es una enfermedad de diagnóstico complejo, viene al caso que la señora María Yolanda cuando menos presentó tres síntomas asociados a esta y lo que es más claro aún, para su detección bastó practicar una nueva RMN, sumado a que siempre se tuvo de presente un indicador relevante -la réplica de hospitalizaciones por la misma sintomatología incorregible-, frente al cual, se hacía menester explorar otras posibilidades diagnósticas.

En este punto, debe indicarse que, más allá de que la paciente, siete años atrás, hubiese presentado un infarto talámico, de lo cual aquella sí reportó en su debido momento, pues así figura en anotaciones del 22 y del 25 de enero de 2011 —Cfr. hechos 4.5 y 4.7⁸³. — todo indica que dicho antecedente no fue considerado de importancia, ya que en ningún momento se advierte que aquél haya sido asociado por los médicos tratantes como determinante de los síntomas que presentaba, tanto así que, el 31 de enero de 2011 en la historia clínica se indica “no tiene antecedentes personales de importancia”, anotación que se repitió igualmente el 1 de febrero de ese año.

La integralidad del análisis probatorio hasta aquí efectuado, permite relacionar la omisión repetir o realizar la resonancia magnética en la detección tardía de la cisticercosis, conclusión que se afianza y que conecta este hecho con el daño padecido por María Yolanda Buitrago, si se tiene en cuenta que, antes que con intervenciones quirúrgicas, la neurocisticercosis se trata con medicamentos, tal como lo explica Medicina Legal, al responder la pregunta de si es posible tratar al cisticerco que se ubica en el cerebro con albendazol, a lo que respondió:

El albendazol destruye entre el 75 y 90 por ciento de las lesiones intraparenquimatosas (...). Otra ventaja del albendazol es que se puede utilizar para los quistes ventriculares y subcraneoides por tener una mejor penetración al LCR. (...). En la mayoría de los centros neuroquirúrgicos la extirpación de los cisticerco se limita a aquellos casos donde el tratamiento médico no ha funcionado. Pacientes con hidrocefalia secundaria a aracnoidea requieren colocación de derivaciones ventriculares. Estas derivaciones presentan una alta disfunción por el aumento de células y proteínas en el LCR. (...). Se ha recomendado resecar los quistes

⁸² Frente a la pregunta de ¿cuáles son las causas de la hidrocefalia? En el precitado informe se dijo: “Puede darse por: - Bloqueo en la circulación de líquido dentro de los ventrículos cerebrales o por fuera de ellos en el espacio subaracnoidea. 2.- Disminución en la absorción del líquido cefalorraquídeo; 3.- Producción excesiva de líquido cefalorraquídeo. Esto puede deberse a: Estenioses del acueducto de Silvio. Malformaciones congénitas. Tumores cerebrales. Quistes aracnoideos. Meningitis. Trauma craneal. Hemorragia intracraneal. Causa no conocida”. Folio 677, c. 3.

⁸³ Y, de este antecedente se da cuenta en la historia clínica por los menos en otros dos registros (Cfr. Folios 73-74 C.1), por lo que, mal puede decir una de las demandadas que la paciente no puso de presente ese acontecimiento.



ventriculares por vía en endoscópica y la craneotomía está indicada cuando no se puede utilizar por esa vía”⁸⁴.

Ahora, es cierto que ante el diagnóstico de hidrocefalia que presentaba la señora Buitrago, aquella debía ser tratada quirúrgicamente, tal como indica el informe de Medicina Legal, en el que se consigna: “La hidrocefalia se trata con la colocación de un tubo específicamente diseñado para drenar el líquido acumulado en el cráneo”, por lo que mal haría la Sala en reprochar las intervenciones con ese propósito. No obstante, al no haberse tratado oportunamente la cisticercosis se dejó a la paciente a merced de las consecuencias —lesiones— que pudiera tener la progresión de dicha patología y que, efectivamente las tuvo, porque así se desprende del recuento clínico que viene de hacerse.

A esto se agrega que, inclusive, para el 12 de septiembre de 2011 —hecho 4.12.5.— se estaba planteando una cuarta intervención a la paciente para tratarle la hidrocefalia, y que tres días después, el 15 de ese mes y año, un TAC reveló, allende la hidrocefalia, una dilatación en el ventrículo IV, sin que nada de moviera al personal médico tratante a considerar otro tipo de prueba diagnóstica, la cual solo vino a surgir después del 30 de septiembre cuando el auditor convocó a la junta médica.

Finalmente, debe decirse que, se encuentra demostrado con la historia clínica que, durante los primeros ciclos de consulta y hospitalización, María Yolanda Buitrago se mostraba sin ningún déficit neurológico, ni motor, alerta, con resultado de prueba Glasgow 15/15, consciente, lúcida⁸⁵ condiciones que fueron en gradual desmejora, tanto que para agosto de 2011 ya se aprecian anotaciones de “paciente en regulares cond.”⁸⁶ hasta que, en la última etapa de hospitalización, ya se hizo visible un deterioro considerable de las funciones neurológicas y motoras —Cfr. Hechos del 4.11 al 4.20—, la cuales despuntaron en una pérdida de capacidad del 83.3% que la condujo a un estado de postración, del cual, además, da cuenta la prueba testimonial.

Con base en lo anterior, para la Sala es claro que, tal como lo determinó la primera instancia y también lo conceptuó el Ministerio Público, en el presente caso, el daño padecido por la señora María Yolanda Buitrago Salazar, guarda relación con la omisión en repetir la RMN defectuosa o, lo que es lo mismo, con la tardanza en practicar una RNM que dejara advertir y leer claramente el origen de los síntomas recurrentes que la señora Buitrago puso en conocimiento del servicio médico desde noviembre de 2010 y, de los cuales solo vino a sobreponerse hasta después de noviembre de 2011 cuando concluyó el tratamiento para la cisticercosis, no obstante, para ese momento ya su salud se encontraba en un avanzado y comprometedor estado de desgaste neurológico y motor.

Valga señalar que el daño así comprobado trasciende la mera pérdida de oportunidad y se traduce en un resultado concreto, pues no se trató simplemente de una expectativa de mejora que se vio truncada, ni de la incertidumbre que, más allá del denuedo médico, gobierna cualquier episodio de morbilidad, sino que se tradujo en un daño cierto a la salud, producto no solamente de la progresión de la enfermedad de base al no ser oportunamente diagnosticada y tratada, sino que descolló también del sometimiento a tratamientos invasivos que si bien no fueron innecesarios frente al diagnóstico parcial de que se disponía, sí se pudieron evitar, al menos en cantidad y, muestra de ello es que, de no ser por la intervención del

⁸⁴ Folio 683, C. 3

⁸⁵ Cfr. Folios 73,74, 74, C.1

⁸⁶ Cfr. Folio 125, C.1.



auditor de Cosmitet, se le hubiese practicado una cuarta intervención quirúrgica de desobstrucción de la derivación en la que ya se estaba pensando para el momento en que se decidió tomar una nueva RMN, con la cual, finalmente se reveló la causa del cuadro clínico reticente a mejora que venía desde diez meses atrás presentando la señora Buitrago Salazar.

Así las cosas, resta por resolver a cuál o a cuáles de las demandadas le es imputable el daño y, si los perjuicios que irroga la demandante se encuentran debidamente demostrados.

Sobre el primer punto, no existe duda que las demandadas Dumian Médico S.A.S. – Clínica del Café de Armenia y la Corporación de Servicios Médicos Internacionales Them y Cia. Ltda. – Cosmitet Ltda., están llamadas a responder, por cuanto a cargo de ellas estuvo la prestación directa del servicio médico que, por acusar fallas de procedimiento y diagnóstico, derivó en el daño que reclama la parte actora.

En cuanto al Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG, la Sala considera que su responsabilidad no se encuentra comprometida con la falla y el daño aquí demostrado, comoquiera que, si bien, el Fondo es el encargado de garantizar la prestación del servicio de salud de los docentes y sus afiliados, en el *sub lite* no se advierte que haya dejado sin cubrimiento de dicha prestación a la señora María Yolanda, como tampoco, que no haya asegurado los recursos para la prestación, más aún, el daño no se origina en una negativa del servicio, pues, a la señora Buitrago se le brindó atención continua y la falla no es prestacional sino eminentemente de omisión en el manejo intra hospitalario. Ahora, tampoco se le puede responsabilizar por las obligaciones “in vigilando” que tenga sobre los prestadores de salud, dado que dicha obligación es de carácter general y, para que surja un deber de vigilar la prestación de un caso específico se requiere que se le haya puesto en conocimiento la irregularidad y aquél haya omitido actuar de conformidad, pero en este caso el FOMAG no estuvo al tanto de la situación que se venía presentando con la paciente o, al menos no hay ninguna prueba que así lo indique.

No desconoce la Sala que, frente a un caso de responsabilidad médica en la que se demandó al Ministerio de Educación Nacional – FOMAG y a la entidad prestadora de los servicios, esta Corporación consideró, respecto del Ministerio que: “al prestar el servicio de salud a través de una persona de derecho privado, no se desprendió de su obligación positiva de prestar el servicio de salud sino que se constituyó frente al usuario en una prolongación de la entidad pública obligada a prestar dicho servicio”⁸⁷; sin embargo, la Subsección considera que esto debe determinarse en cada caso concreto, pues existirán eventos en que se incumpla con la función de garantizar la prestación de los servicios médicos y, otros en los que no, como ocurre en el *sub examine*.

A similar conclusión se llega frente a la FIDUPREVISORA, ya que si bien, como encargada de administrar los recursos del Fondo y de celebrar los contratos para la prestación del servicio de salud, tal como lo hizo con COSMITET LTDA.⁸⁸, no fue en el contexto de algún incumplimiento de las obligaciones a cargo de la FIDUPREVISORA que se generó el evento generador del daño y, tampoco aquella tuvo conocimiento del mismo de tal forma que pudiera hacerle supervisión y vigilancia al caso. Distinto sería si, por ejemplo, a la señora María Yolanda Buitrago,

⁸⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 30 de agosto de 2018, rad. 41860.

⁸⁸ Tal como se observa en el contrato de prestación de servicios médico – asistenciales No. 12076-005-2012



Cosmitet, le hubiese negado la prestación del servicio por falta de pago o el incumplimiento de una carga contractual que tuviese la Fiduprevisora, pero ello no fue así, porque la señora María Yolanda en todo momento recibió atención médica.

Así las cosas, se procederá resolver lo atinente al reconocimiento de perjuicios.

3.5 Liquidación de perjuicios

En primera instancia se hicieron los siguientes reconocimientos: (i) por la pérdida de oportunidad para mejorar la salud y, dado que la lesión a la salud fue igual o superior al 88.3%, se reconoció a la afectada 100 smlmv; (ii) por daño moral reconoció a María Yolanda, Amido, Andrea y Alejandro el equivalente a 100 smlmv, para cada uno de ellos, haciendo la respectiva conversión en pesos; (iii) por perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, con fundamento en la presunción del salario mínimo, aumentado en el 25% de las prestaciones sociales, reconoció en favor de María Yolanda la suma de \$154.297.105,49 y, negó el daño emergente; (iv) a título de reparación integral condenó a “prestar el servicio permanente, durante ocho horas diarias, de una auxiliar de enfermería o su equivalente, para atender el diario vivir de la señora MARÍA YOLANDA BUITRAGO SALAZAR en su casa de habitación”. Finalmente, indicó que no era posible condenar a la llamada en garantía, dado que a la fecha de configuración del daño la póliza no estaba vigente, máxime que se trataba de una póliza por ocurrencia y, respecto de la Fiduprevisora S.A. decidió absolverla de la responsabilidad.

En el recurso de apelación de Cosmitet Ltda., y Dumian Médico S.A.S., se solicitó la revocación de los numerales desde el tercero al séptimo de la sentencia de primera instancia, en razón a que no existe “prueba ni documental, pericial y testimonial de la que se infiera la responsabilidad (...)”. Los numerales mencionados corresponden a la tasación de perjuicios. Aunque el censor no hace un reparo concreto contra la cuantificación, en la medida que solicita que no se reconozcan, la Sala pasará a revisar si aquellos están probatoriamente respaldados y, si su quantum se corresponde con los criterios jurisprudenciales de la Corporación.

Así, en cuanto a lo que el Tribunal denominó “pérdida de la oportunidad para mejorar la salud”, por lo expuesto previamente debe indicarse que, en realidad, se trata del denominado “daño a la salud”, máxime que, si en gracia de discusión se estuviera ante un escenario de pérdida de oportunidad, al ser esta también un daño autónomo, no es posible indemnizarla “como un perjuicio independiente que deba ser resarcido por fuera del concepto de perjuicios materiales -daño emergente y lucro cesante-, inmateriales - daño moral y daños a bienes constitucionales y convencionales- y daño a la salud, reconocidos por la Corporación”⁸⁹.

Entonces, estando claro que se trata de un **daño a la salud** el que sufrió la señora María Yolanda Buitrago y, probado como está a partir del dictamen de pérdida de capacidad laboral del 83.3%, sobre la forma de indemnizarlo, la regla general unificada⁹⁰ indica que para aquellos casos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%, como aquí ocurre, le corresponderá a la persona afectada el equivalente a 100 s.m.l.m.v., tasación que corresponde a la determinada por el *a quo*, luego entonces, tal reconocimiento será confirmado, pero con las salvedades aquí efectuadas en torno a la naturaleza de esta tipología de daño y, además, reiterando que al estar establecido en salarios mínimos no es necesario equivalerlos en pesos

⁸⁹ CONSEJO DE ESTADO - Sección Tercera – Subsección B, sentencia del 5 de abril de 2017. Exp. 25706.

⁹⁰ CONSEJO DE ESTADO - Sección Tercera – Sala Plena, sentencia del 14 de agosto de 2014. Exp. 28804.



como lo hizo la primera instancia, sino que tal conversión se efectuará al momento de su pago. Cabe advertir que este reconocimiento opera *intuito afectatio*, es decir, exclusivamente en favor de la víctima directa y, para el caso concreto, viene a corresponderse con la pretensión tercera de la demanda, elevada por la categoría recogida que, mientras perduró se conoció como “daño a la vida de relación”.

Igualmente, en lo que concierne al **daño moral**, teniendo en cuenta que los aquí demandantes, todos se ubican en el primer nivel indemnizatorio determinado en el criterio unificado⁹¹, correspondiente a “víctima directa y relaciones afectivas conyugales y paterno filiales, y, habida consideración que la gravedad de la lesión que se indemniza es superior al 50%, el equivalente a 100 s.m.l.m.v. para cada uno de ellos, tal como lo estableció el *a quo*, precisando lo mismo frente a que la conversión a pesos operará en el momento que se efectúe el pago. Así mismo, pese a que tal perjuicio, para el nivel de afectividad a que corresponden los demandantes, lo cierto es que, con todo y ello, en el presente caso también se encuentran demostrados a partir de los testimonios de Esmeralda, Nancy Lucero y Leonardo Ossa Zuluaga que, aunque son familiares de las víctimas, no por ello sus dichos dejan de ser consistentes y adverados en lo que concierne a las aflicciones morales que para el cónyuge y los hijos de María Yolanda les produjo su calamidad de salud.

En lo concerniente al **lucro cesante**, conforme lo ha establecido la jurisprudencia unificada de la Sección Tercera⁹² en materia de perjuicios materiales, por regla general, para su reconocimiento es menester: **i)** que sea solicitado en la demanda, es decir, que no puede ser oficioso; **ii)** debe estar probado, por tanto, no tienen cabida las presunciones. Ahora, para efectos de su liquidación, se tiene en cuenta: **i)** el ingreso base debe ser el que **fehacientemente** se pruebe que devengaba la víctima, si es un ingreso como independiente debe quedar también **suficientemente acreditado**⁹³; **ii)** si se prueba el desempeño de la actividad lícita, más no el monto del ingreso devengado, se tendrá en cuenta el valor del salario mínimo al momento de la sentencia culmen del proceso de reparación directa: **iii)** “Se puede reconocer un incremento del 25% al ingreso base de liquidación, por concepto de prestaciones sociales, siempre que: **a)** así se pida en la demanda y, **b)** se pruebe suficientemente que el afectado con la medida **trabajaba como empleado al tiempo de [los hechos]**, pues las prestaciones sociales son beneficios que operan con ocasión de una relación laboral subordinada”, es decir, no aplican frente al ejercicio de actividades independientes.

Así las cosas, en el caso concreto dicho perjuicio fue solicitado en la demanda -cuarta pretensión- y, de conformidad con las pruebas testimoniales se sabe que María Yolanda para la época de los hechos se ocupaba de los menesteres de la casa⁹⁴, por lo que hizo bien el Tribunal de instancia en aplicar la presunción del

⁹¹ CONSEJO DE ESTADO - Sección Tercera – Sala Plena, sentencia del 14 de agosto de 2014. Exp. 31172.

⁹² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 18 de julio de 2019, Radicado 73001-23-31-000-2009-00133-01(44572).

Aunque esta sentencia está dirigida, *prima facie*, a unificar reglas sobre el reconocimiento y liquidación de perjuicios materiales en materia de privación injusta de la libertad, allí se consagra que, tales reglas, deberán hacerse extensivas “a los eventos en los cuales le corresponda al juzgador determinar la existencia y el monto de perjuicios materiales de la misma clase”.

⁹³ Dicta la jurisprudencia sobre este tópico: “El ingreso de los independientes debe quedar también suficientemente acreditado y para ello es necesario que hayan aportado, por ejemplo, los libros contables que debe llevar y registrar el comerciante y que den cuenta de los ingresos percibidos por su actividad comercial o remitir, por parte de quienes estén obligados a expedirlas, las facturas de venta, las cuales tendrán valor probatorio siempre que satisfagan los requisitos previstos en el Estatuto Tributario, o que se haya allegado cualquier otra prueba idónea para acreditar tal ingreso.” En caso de factura, se exige que cumpla los requisitos del artículo 615 del E.T.

⁹⁴ Al respecto, la testigo Nancy Lucero Ossa Zuluaga indicó: “Yolanda trabajó en un tiempo y después se dedicó a cuidar a su familia” y, en el mismo sentido depusieron Esmeralda y Leonardo Ossa Zuluaga, al decir



salario mínimo, habida consideración que el trabajo que despliegan las mujeres en la casa, estando en edad productiva, encaja con lo que doctrinariamente se conoce como “economía del cuidado”, es decir, que desde su rol contribuyen a la economía del hogar; sin embargo, en tales circunstancias no es posible aplicar (agregar) el 25% correspondiente a las prestaciones sociales como lo hizo la primera instancia, por tanto, se procederá a recalcular el lucro cesante, de manera que se conserven los criterios de la unificación.

Siendo así, como base de la liquidación se tomará el salario mínimo vigente para el momento en que se configuró la pérdida de capacidad laboral (año 2012) que equivale a \$566.700 y se actualizará así:

$$Ra^{95} = Rh \frac{\text{índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

$$Ra = 566.700 \times \frac{133.38}{77.70} \left(\begin{array}{l} \text{mayo de 2023} \\ \text{julio de 2012} \end{array} \right)$$

$$Ra = 972.799$$

Como esta cifra es inferior al salario mínimo actual, se tomará como base de liquidación el salario mínimo vigente, esto es, la suma de: \$ 1.160.000

Lucro cesante consolidado⁹⁶:

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i}$$

$$S = \$1.160.000 \frac{(1+0.004867)^{126} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$201.078.569$$

Donde:

S= Valor del lucro cesante consolidado, es decir, el comprendido desde la fecha de los hechos hasta la fecha de la presente sentencia.

Ra: Renta mensual actualizada

n= número de meses entre la fecha del accidente y la fecha de la sentencia (181)

i= interés técnico mensual (civil del 6% ó 0.004867)

Lucro cesante futuro⁹⁷:

$$S = Ra \frac{(1+i)^{328.8} - 1}{i(1+i)^n}$$

que su hermano Amido era el único que percibía ingresos como docente. Cfr. CD de audiencia de pruebas del 7 de julio de 2016, obrante a folio 618, c. 3.

⁹⁵ Ra es la renta actualizada.

⁹⁶ El comprendido desde la fecha de los hechos (julio de 2012) hasta la fecha de la presente sentencia (enero de 2023), para un total de 126 meses.

⁹⁷ El comprendido desde la fecha de la sentencia (enero de 2023) hasta la fecha de vida probable de la señora María Yolanda Buitrago Salazar que, al haber nacido el 14 de enero de 1965 —Cfr. folio 51, c. 1.— a la fecha cuenta con 58 años de edad. Según la Resolución No. 0110 de 2014, la esperanza de vida probable es de 27.4 años, equivalentes a 328.8 meses.



S= 190.045.729

Donde:

S= Valor del lucro cesante futuro, es decir, el comprendido desde la fecha de la sentencia hasta la vida probable de la señora María Yolanda Buitrago Salazar (27.4 años), equivalentes a 328.8 meses).

Ra: Renta mensual actualizada

n= número de meses entre la fecha de la sentencia hasta la vida probable (328.8)

i= interés técnico mensual (civil del 6% ó 0.004867)

Total Lucro cesante= (\$201.078.569 + 190.045.729) = \$391.124.298

Son: Trescientos noventa y un millones ciento veinticuatro mil doscientos noventa y ocho pesos m/cte. (\$391.124.298.00)

En lo tocante al reconocimiento de perjuicios materiales por concepto de daño emergente, por este concepto la parte actora solicitó que se reconociera en favor de Amido Ossa Zuluaga, el valor de: (i) \$405.250.00,00 mensuales correspondientes a cinco latas mensuales de suplemento alimenticio ENSURE a razón de \$81.050 c/lata; (ii) \$206.000 mensuales por gasto de cinco paquetes de pañales tena al mes c/ 41.200 (iii) \$1.050.000 mensuales por el cuidado de la enfermera desde el 1 de febrero de 2011 hasta la presentación de la demanda, esto es, 30 meses a razón de \$700.000 que se le pagaba a Nataly Ossa García, más el 50% prestaciones sociales; (iv) \$150.000 al mes por gastos de transporte para asistir a terapias desde el 5 de mayo de 2012 dos veces por semana. En total, \$1.811.250 por estos gastos al mes y, un daño emergente futuro desde la conciliación hasta la expectativa de vida de 39 años más, es decir 468 meses que arrojan \$333.787.307 (sic). Igualmente, (v) el valor de \$3.805.000, por modificaciones físicas a la casa donde habita María Yolanda, para evitar accidentes.

Para probar los gastos del suplemento alimentario “Ensure” y los pañales, allegó una cotización de droguerías Comfenalco, a razón de \$81.050 el tarro del alimento y tena slipx20 a \$ 41.200 el paquete⁹⁸. Debe indicarse, tal como lo hizo la primera instancia, que este documento carece de valor probatorio, comoquiera que, al tratarse apenas de una cotización, no da certeza de que se haya incurrido en tal gasto. A esto se suma que, de acuerdo con lo expuesto por el testigo Leonardo Ossa Zuluaga, para el suministro de estos elementos instauraron una tutela y, aunque dijo que a veces le tocaba a Amido “poner dinero porque no le dan todos los pañales que necesita”, tal dicho no es prueba suficiente para probar el perjuicio.

Así mismo, en cuanto a la hoja de evolución médica⁹⁹ firmada por el gastroenterólogo Alberto Ángel Hoyos y la ratificación que de la misma efectuó dicho galeno en la audiencia de pruebas, debe indicarse que, de tales probanzas, se extrae que la señora María Yolanda fue remitida por Cosmitet para que el mentado profesional, “le adecuara la dieta por disfagia para sólidos, es decir, la dificultad para deglutir ósea tragar, ella podía deglutir líquidos, pero no sólidos (...). Estos líquidos son alimentos calórico proteicos, y se le suministraba ese aporte con el ensure en cantidad de seis cucharadas, tres veces al día”, es decir, que quedó probada la necesidad del Ensure, no así, que la EPS no lo estuviera suministrando, a tal punto que fue la propia Cosmitet la que remitió la paciente al especialista.

⁹⁸ Folio 251, c. 1.

⁹⁹ Folio 272, C. 1.



En cuanto a los gastos de transporte para la realización de terapias, aunque se allegó certificación expedida del 6 de mayo de 2013 por el señor Carlos Alberto Benavidez Sánchez¹⁰⁰ (taxista), la cual fue ratificada por este en audiencia de pruebas, debe indicarse que dichas pruebas no tienen la contundencia suficiente para acreditar el perjuicio, a tal punto que, inclusive, el mentado testigo, cuñado de Amido Ossa, si bien indicó que prestó el servicio durante cinco (5) meses para llevar a la señora Buitrago a las terapias entre 8 o 10 veces al mes, a la sazón de \$15.000 por viaje, también manifestó que aún le adeudaban por esos servicios, luego no está probada la erogación, sumado a que el testigo, pese a la recurrencia de los viajes, no recordó el nombre del sitio a donde llevaba a la señora Buitrago.

En lo tocante a los gastos por auxiliar de enfermería, al plenario se allegó la certificación del 6 de mayo de 2013 suscrita por Nathaly Ossa García, de profesión Auxiliar de Enfermería, en la que dijo: “hago constar que desde febrero del año 2012 presto mis servicios a la señora MARÍA YOLANDA BUITRAGO SALAZAR, por encontrarse impedida totalmente para su cuidado desde las 8 am hasta las 4 pm por una asignación mensual de SETECIENTOS MIL PESOS mensuales”¹⁰¹ la cual fue ratificada en audiencia; sin embargo, ello no es suficiente para demostrar el perjuicio alegado, máxime que sus dichos no son convincentes, pues, siendo sobrina de Amido, dijo que se enteró de la convocatoria del empleo por una difusión, que no recordaba qué medicamentos tomaba Yolanda y no se enteró qué intervenciones quirúrgicas le practicaron a la persona que cuidaba, ni cuál era el diagnóstico de la señora Buitrago, además de que dice que durante ese tiempo iba una enfermera de la Clínica del Café dos o tres veces a la semana a revisar a la paciente.

Finalmente, en lo atinente a los gastos por adecuaciones de la casa para acoplarla a las necesidades de la señora Buitrago, conforme a su condición de invalidez, se advierte que, al folio se allegó la cotización expedida el 9 de mayo de 2013 por el señor Jaime Rodríguez Cardona¹⁰² que asciende a \$3.805.000.00 y, además, que el cotizante acudió a ratificar tal documento en el presente proceso, a cuyo efecto manifestó que se limitó a expedir una cotización, pero no realizó las modificaciones. En la apelación se insiste en que, por tratarse de un perjuicio futuro pero cierto, debe ser indemnizado, ya que si no se habían acometido las refracciones fue por falta de dinero.

Al respecto, la Sala encuentra que la apelante semeja la noción de perjuicio futuro, con la de un perjuicio que revestía actualidad, pero que la demandante no demostró que, efectivamente, se hubiese causado. Esto es así, si se tiene en cuenta que un perjuicio futuro es aquél que necesariamente debe producirse de forma ulterior, pero que de manera certera puede avizorarse por anticipado su ocurrencia, situación en la que no encaja el perjuicio reclamado, ya que, desde el momento en que se conoció el estado de salud en que quedó la señora María Yolanda se podía determinar la ocurrencia del perjuicio que aquí se reclama y, distinto es que la parte interesada no demostró su causación.

Por todo ello, los perjuicios reclamados a título de daño emergente, al igual que lo hizo la primera instancia, serán negados.

Por último, en lo que tiene que ver con la medida que, a título de reparación integral concedió la primera instancia en el numeral cuarto de la sentencia apelada, consistente en la prestación permanente del servicio de una auxiliar de enfermería

¹⁰⁰ Folio 254, C. 1

¹⁰¹ Folio 252, C.1.

¹⁰² Folio 257, C. 1.



o su equivalente para atender el diario vivir de la señora María Yolanda Buitrago en su casa de habitación, aquella se muestra razonable y necesaria, dada la condición de postración a la que quedó reducida la mencionada, máxime, cuando de lo expuesto por uno de los testigos (Nathaly Ossa), es un servicio que, de alguna forma, ya venían proporcionando las demandadas, por lo que, aunado al dictamen de pérdida de capacidad, puede decirse que existe certeza de la necesidad de dicha medida.

VI. COSTAS

El Tribunal en primera instancia no condenó en costas a la parte demandada, no obstante, como la demanda se interpuso el 9 de diciembre de 2013¹⁰³, esto es, en vigencia de la Ley 1437 de 2011, en aplicación del artículo 188 del CPACA que prevé que en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, con excepción en los asuntos en los que se ventile un interés público; para el caso de la segunda instancia la Sala impondrá condena en costas cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas adjetivas, en lo civil¹⁰⁴.

Así las cosas, el artículo 365 del Código General del proceso¹⁰⁵ fija las reglas para la condena en costas y señala en su numeral 3° que: “En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la del inferior, se condenará al recurrente en las costas de la segunda instancia”.

A su turno, el artículo 366 del mismo estatuto procesal dispone lo relativo a la liquidación de las costas procesales y consagra en su numeral 4° que “para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura [...]”.

De esta forma, el Acuerdo 1887 de 2003 vigente para la fecha en que se presentó la demanda¹⁰⁶ por el cual se establecen las tarifas de agencias en derecho, previó en el artículo 6° numeral 3.1. que para las acciones de esta naturaleza (medios de control contencioso administrativos), la tarifa en primera instancia será “hasta el 20% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia” y en segunda instancia la tarifa será “hasta el 5% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia”, en atención a la naturaleza del proceso, la calidad, duración y utilidad de la gestión ejecutada por el apoderado de la parte vencedora. En consideración con lo anterior y atendiendo a que la demandada desplegó actuación dentro del trámite de alzada, tal como lo es, la presentación del recurso de apelación y la formulación de alegaciones, la Sala tasará las costas únicamente por el valor que corresponde a las agencias en derecho en favor de ese organismo, que determinará en el punto uno por ciento (0.1%) del valor de las pretensiones invocadas.

¹⁰³ Conforme se encuentra registrado en el sello de radicación visible a folio 39, C. 1.

¹⁰⁴ Normatividad aplicable al caso concreto debido a que el recurso de apelación se presentó el 26 de agosto de 2013 (fl. 1324, c. ppal.), es decir, con anterioridad a la entrada en vigencia del Código General del Proceso, esto es, antes del primero (1) de enero de dos mil catorce (2014).

¹⁰⁵ El Código General del Proceso es aplicable al presente asunto, teniendo en cuenta que: (i) los recursos de apelación fueron presentados en noviembre de 2016 ; (ii) el artículo 627 del Código General del Proceso (C.G.P.) estableció: “Los demás artículos de la presente ley entrarán en vigencia a partir del primero (1o) de enero de dos mil catorce (2014) (...)”; y (iii) que el numeral 5° del artículo 625 del C.G.P. señaló: “No obstante lo previsto en los numerales anteriores, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos (...)”

¹⁰⁶ La demanda se interpuso el 6 de septiembre de 2012.



Las costas fijadas, se liquidarán en la Secretaría de la Sección Tercera de esta Corporación.

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

FALLA

PRIMERO: MODIFÍCASE la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo del Quindío, el 10 de noviembre de 2016, para en su lugar, disponer:

DECLÁRASE la falta de legitimación por pasiva de La Previsora S.A. – Compañía de Seguros, conforme a lo expuesto en la parte considerativa.

ABSUÉLVASE de la responsabilidad administrativa y patrimonial a las demandadas NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG y, FUDUCIARIA LA PREVISORA – FIDUPREVISORA S.A., de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva.

DECLÁRESE administrativa, patrimonial y solidariamente responsables a DUMIAN MÉDICAL S.A.S. – CLÍNICA DEL CAFÉ DE ARMENIA, y CORPORACIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS INTERNACIONALES THEM Y CIA. LTDA. – COSMITET LTDA., de los daños y perjuicios ocasionados a los demandantes.

CONDÉNASE de manera solidaria a DUMIAN MÉDICAL S.A.S. – CLÍNICA DEL CAFÉ DE ARMENIA, y CORPORACIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS INTERNACIONALES THEM Y CIA. LTDA. – COSMITET LTDA., a pagar a los demandantes a título de indemnización, los siguientes conceptos y valores:

- Por concepto de **daño a la salud** en favor de María Yolanda Buitrago Salazar, el equivalente a cien (100) salarios mínimos legales, mensuales, vigentes al momento del pago.
- Por concepto de **perjuicios morales**, en favor de María Yolanda Buitrago Salazar, Amido Ossa Zuluaga y, Alejandro y Andrea Ossa Buitrago, el equivalente a cien (100) salarios mínimos legales, mensuales, vigentes al momento del pago, para cada uno de ellos.
- Por concepto de perjuicio material en la modalidad de **lucro cesante** en favor de María Yolanda Buitrago Salazar, la suma de: Trescientos noventa y un millones ciento veinticuatro mil doscientos noventa y ocho pesos m/cte. (\$391.124.298).
- A título de medida de **reparación integral**, en favor de la señora María Yolanda Buitrago Salazar, la prestación del servicio permanente y domiciliario durante ocho (8) horas diarias), de una enfermera auxiliar o su equivalente, para atender el diario vivir de la señora Buitrago en su casa de habitación.



SEGUNDO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

TERCERO: Condenar en costas en segunda instancia y fijar como agencias en derecho el equivalente al punto uno por ciento (0.1%) del valor de las pretensiones invocadas.

CUARTO: En firme esta providencia, enviar el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo, previas las anotaciones de rigor.

Cópiese, Notifíquese, Cúmplase

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Magistrado

Firmado electrónicamente

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

Magistrado

Salvo voto

Firmado electrónicamente

DANIEL POSSE VELÁSQUEZ

Conjuez

Firmado electrónicamente