



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: Alberto Montaña Plata

Bogotá, D.C., 5 de marzo de 2020

Radicación: 19001-23-31-000-2008-00348-01 (44174)
Actor: Sandra Patricia Sánchez Idrobo y Otros
Demandado: Nación –Ministerio de la Protección Social y Caprecom E.P.S.
Referencia: Acción de reparación directa

TEMAS: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA –.RESPONSABILIDAD MÉDICA-. OMISIÓN EN EL SUMINISTRO DE TRATAMIENTO PALIATIVO-. PRINCIPIO DE MITIGACIÓN DEL DAÑO-. LIQUIDACIÓN DE PERJUICIOS/REEMBOLSO DE GASTOS MÉDICOS ASUMIDOS POR FAMILIARES

SÍNTESIS DEL CASO: Se demandó la responsabilidad del Ministerio de Protección Social y la E.P.S. Caprecom, por la omisión en la prestación del servicio de salud a Ligia Idrobo, diagnosticada con un cáncer gástrico en grado terminal, cuyo tratamiento correspondía a unos cuidados paliativos, entre ellos, un procedimiento de paracentesis. Los demandantes alegaron que el deceso de la paciente se produjo en condiciones violatorias de la dignidad humana y, además, que la misma fue producto de una omisión de la prestación del servicio de salud.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cauca, el 1 de marzo de 2012, mediante la cual se negaron las pretensiones.

Contenido: 1. Antecedentes 2. Consideraciones 3. Decisión

1. ANTECEDENTES

Contenido: 1.1. La demanda y el trámite de primera instancia – 1.2. Recurso de apelación y trámite de segunda instancia

1.1. La demanda y el trámite de primera instancia

1. El 14 de octubre de 2008, Sandra Patricia Sánchez Idrobo, Jeimar Alirio Sánchez Idrobo, Lilia Sánchez Idrobo, y Luisa Fernanda Sánchez Sánchez y Lisbeth Camila Cuellar Sánchez, presentaron **acción de reparación directa**

Radicación: 19001-23-31-000-2008-00348-01 (44.174)
Actor: Sandra Patricia Sánchez Idrobo y otros
Demandado: Nación –Ministerio de la Protección Social y Caprecom E.P.S.
Referencia: Acción de reparación directa
Decisión: Revocar

contra la Nación –Ministerio de Protección Social y Caprecom E.P.S, con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas¹:

PRIMERA.- *“La Nación-Ministerio de la protección social (Caprecom) es responsable civil y administrativamente por responsabilidad extracontractual de todos los perjuicios que tanto morales como tanto morales como materiales se les ocasionaron a los Señores Sandra Patricia Sánchez Idrobo, Jeimar Alirio Sánchez Idrobo y Lilia Sánchez Idrobo (hijos), quien actúa en nombre propio y en representación de los menores Luisa Fernanda Sánchez Sánchez y Lisbeth Camila Cuellar Sánchez (nietas) con la muerte de madre y abuela Ligia Idrobo, negándosele injustificadamente el derecho a la Seguridad Social, consistente en el servicio de salud eficiente en la enfermedad que padeció y que fue de grado terminal (cáncer)”*.

SEGUNDA.- En consecuencia, solicitaron que se condenara a las demandadas al pago de los perjuicios materiales y morales, que se especificaron de la siguiente manera:

Perjuicios morales	1000 gramos oro para cada demandante
Perjuicios materiales	- Lucro cesante: \$66'456.000 - Daño emergente: en la cuantía que se demostrara.

2. Como sustento de las pretensiones manifestaron los **hechos**² que se resumen:

3. 1) Ligia Idrobo era madre de Sandra Patricia Sánchez Idrobo, Jeimar Alirio Sánchez Idrobo y Lilia Sánchez Idrobo; *“entre la extinta madre, hijos y nietos siempre se sostuvo una excelente unidad familiar y espiritual, colaborándose mutuamente y compartiendo el mismo techo en su casa de habitación”*.

4. 2) Ligia Idrobo, se dedicaba de manera habitual al comercio en el municipio de Popayán. Con las utilidades de sus negocios sufragaba los gastos del hogar y contribuía al mantenimiento de sus hijos y nietas.

¹ Folio 38-39, cuaderno 1.

² Folio 39-40, cuaderno 1.

5. 3) El 27 de agosto de 2007, murió *“estando en su domicilio por la dificultad y obstáculos opuestos a la prestación del servicio de Seguridad Social, pese a estar inscrita en el servicio de sisben”*. La *“situación precaria y lamentable por la que atravesó Ligia Idrobo, fue conocida por todo el vecindario quienes no solo conocían de sus buenos comportamientos morales y sociales sino que también son testigos presenciales de los graves e injustificados intratos de parte de la entidad de salud (Caprecom), a punto tal que este hecho fue motivo de comentario en la región”*.

6. Por Auto de 19 de noviembre 2008 el Tribunal Administrativo de Cauca **admitió** la demanda³. Caprecom E.P.S **contestó la demanda**⁴ oponiéndose a las pretensiones. Como razones de su defensa argumentó que, el deceso de la paciente fue resultado del cáncer gástrico terminal que padecía, enfermedad de la que había sido diagnosticada 2 años antes. Agregó que, si bien era cierto el hecho de la muerte de Ligia Idrobo, no lo era que el deceso en su lugar de domicilio obedeciera a obstáculos puestos para la prestación del servicio de salud; por el contrario, indicó que la muerte se presentó en esas condiciones porque ante la gravedad de la enfermedad y la imposibilidad de evitar sus consecuencias, se optó por un tratamiento paliativo donde estuviera al cuidado *“sobre todo afectivo de las personas allegadas y/o familiares”*. Con fundamento en todo ello, planteó las excepciones de *“falta de legitimación en la causa por pasiva”*, *“falta de legitimación en la causa por activa”*, *“cumplimiento de la obligación”* y *“caso fortuito”*.

7. El Ministerio de la Protección Social, luego de exponer el marco jurídico relacionado con las competencias y responsabilidades del sector salud, se opuso a las pretensiones de la demanda⁵. Adujo que tenía la condición de órgano rector de las políticas en materia de salud, trabajo y riesgos profesionales, no la de entidad prestadora de servicios de salud, por lo que no le resultaban atribuibles las fallas médicas a las que aludía la demanda. Además, precisó que su responsabilidad sólo podía comprometerse por daños

³ Folio 48, cuaderno 1.

⁴ Folio 63 y siguientes, cuaderno 1.

⁵ Folio 83 y siguientes, cuaderno 1.

realizados en ejercicio de sus competencias legales. Con fundamento en lo anterior, planteó las excepciones de *“falta de legitimación en causa por pasiva”* e *“innominada”*.

8. Tramitado el resto de la instancia, el Tribunal corrió traslado para **alegar de conclusión**. El Ministerio demandado reiteró los argumentos de la contestación de la demanda⁶.

9. La parte actora refirió que, como consecuencia de la negativa de Caprecom E.P.S. de suministrar el tratamiento de *“paracentesis tipo paleativa”* a pesar de existir un fallo de tutela de 15 de agosto de 2007 que lo ordenaba, *“la señora Ligia Idrobo fallece en su casa de habitación, en condiciones violatorias de su dignidad como ser humano, pues ella y sus familiares debieron soportar la negligencia de la parte demandada, al no brindársele el tratamiento de Paracentesis, que de una u otra forma aminoraba el dolor que conlleva un cáncer de tipo terminal como se le había diagnosticado”*. Agregó que, de no haber sido por la intervención humanitaria de Victor Hugo Ramos, médico que reconoció haberle realizado dicho procedimiento a la paciente, su *“proceso de muerte se hubiera acelerado quedando a merced de la evolución de la enfermedad sin recibir ningún procedimiento paliativo”*.

10. En **Sentencia** de 1 de marzo de 2012, el Tribunal Administrativo de Cauca negó las pretensiones de la demanda, bajo la tesis que la parte actora *“no logró establecer la existencia del elemento ‘falla’ sobre el cual acentúa su reparación”*. Al respecto, en el análisis de los elementos de la responsabilidad encontró acreditada la existencia del daño, referido a la muerte de la señora Ligia Idrobo; sobre la falla del servicio, que se hizo consistir en una injustificada negación del servicio de salud, por el contrario, indicó que de la historia clínica se evidenciaba que la señora Idrobo recibió atención médica durante los años 2006 y 2007, por lo que de esa documentación no se podía inferir que se le hubiera negado procedimiento alguno tendiente a mejorar sus condiciones de vida o evitar su fallecimiento.

⁶ Folio 134 y siguientes, cuaderno 1.

11. Preciso que si se pretendió probar la responsabilidad de las demandadas con el fallo de tutela de 15 de agosto de 2007, proferido por el Juzgado 3 de Familia del Circuito Judicial de Popayán, esa decisión debió ser aportada en copia autentica.

12. Frente a los testimonios practicados, el *a quo* consideró que hacían constar la muerte de la señora Idrobo y el perjuicio moral y material que este hecho había ocasionado a sus hijos y nietas. Empero, resaltó que los mismos no permitían inferir que la muerte hubiera sido producto de la negligencia u omisión en la prestación del servicio de salud por parte de las entidades demandadas; antes bien, refirió que *“partiendo del hecho notorio de que la enfermedad diagnosticada inevitablemente conduciría al deceso de la finada”*, tal consecuencia no podía ser *“imputada a las accionadas y por lo tanto se rompe el nexo causal”*.

13. Por último, a propósito del testimonio rendido por el médico Víctor Hugo Vivas Ramos, el Tribunal retuvo que ese profesional puso de presente que había atendido a la paciente *“a solicitud y a costa de los familiares”* con el propósito de mejorar sus condiciones de vida y garantizarle una muerte digna. Empero, indicó que de esa declaración no podía extraerse que *“dicho procedimiento se haya adelantado ante la referida falta de atención médica a cargo de las entidades prestadoras del servicio de salud que se aduce en la demanda, aunque ello debió ser objeto de prueba de otra índole”*.

1.2. Recurso de apelación y trámite de segunda instancia

14. La parte demandante interpuso recurso de apelación⁷. Sus reparos concretos contra la decisión de primera instancia fueron los siguientes:

15. En punto al valor probatorio del fallo de tutela, sostuvo que el Tribunal aplicó de manera restrictiva del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, desconociendo el contenido del artículo 253 de la misma normativa y el

⁷ Folio 167-183, cuaderno principal.

Radicación: 19001-23-31-000-2008-00348-01 (44.174)
Actor: Sandra Patricia Sánchez Idrobo y otros
Demandado: Nación –Ministerio de la Protección Social y Caprecom E.P.S.
Referencia: Acción de reparación directa
Decisión: Revocar

principio de la necesidad de la prueba, lo que lo llevó a priorizar la formalidad sobre el derecho sustancial, soslayando la cuestión fundamental en este caso, referida a la negación del servicio de salud que requería Ligia Idrobo, particularmente el suministro del tratamiento paliativo “con el fin de disminuir sus dolencias y culminar su existencia con una muerte digna”.

16. En línea con lo anterior, indicó que era potestad de las partes allegar las pruebas que consideraran necesarias y que el artículo 168 del Código Contencioso Administrativo remite a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil en lo que respecta a la necesidad de la prueba. En ese orden, a juicio de los demandantes era necesario que Tribunal diera aplicación al artículo 174 del C.P.C., por lo que la decisión debió fundarse en las pruebas que regular y oportunamente se allegaron al proceso.

2. CONSIDERACIONES

Contenido: 2.1. Presupuestos procesales. 2.2. Cuestión Previa 2.3 Caso en concreto 2.4. Sobre la condena en costas.

2.1. Presupuestos procesales

17. El presente proceso es de conocimiento de esta **jurisdicción** por tener las demandadas –Ministerio de la Protección Social y a Caprecom E.P.S.⁸- condición de entidades públicas, y porque la controversia no se refiere a los asuntos expresamente excluidos de dicha jurisdicción, de conformidad con lo establecido en el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo.

18. Además, según la Ley 270 de 1996, la Sala es **competente** para resolver la apelación, tal como lo dispone el artículo 129 del C.C.A., toda vez que la cuantía de la demanda alcanzaba la exigida en vigencia de la Ley 446 de 1998 para que esta Sala conozca de la acción de reparación directa⁹.

⁸La Ley 314 de 1996 señaló que Caprecom operaría como Entidad Promotora de Salud (EPS) y como Institución Prestadora de Salud (IPS), por lo que fue autorizada para ofrecer a sus afiliados el Plan Obligatorio de Salud (POS) en los regímenes contributivo y subsidiado y Planes Complementarios de Salud (PCS) en el régimen contributivo.

⁹ Para la época de presentación de la demanda (14 de octubre de 2008), la cuantía para que un proceso iniciado en ejercicio de la acción de reparación directa tuviera vocación de doble instancia era de \$230.750.000, de conformidad con lo previsto en la Ley 446 de 1998, artículo 40, numeral 6°. Para el caso presente, tan solo las pretensiones de pago por perjuicios inmateriales (1000 s.m.l.m. para cada demandante) superan sobradamente ese monto.

Radicación: 19001-23-31-000-2008-00348-01 (44.174)
Actor: Sandra Patricia Sánchez Idrobo y otros
Demandado: Nación –Ministerio de la Protección Social y Caprecom E.P.S.
Referencia: Acción de reparación directa
Decisión: Revocar

19. A propósito de la **legitimación en la causa**, con los registros civiles de nacimiento que se allegaron con la demanda se acreditaron las relaciones de parentesco entre Ligia Idrobo (fallecida) con Sandra Patricia Sánchez Idrobo (hija), Jeimar Alirio Sánchez Idrobo (hijo), Lilia Sánchez Idrobo (hija), Lisbeth Camila Cuellar Sánchez (nieta) y Luisa Fernanda Sánchez Sánchez (nieta)¹⁰. En esa condición, los demandantes estaban legitimadas para reclamar, por derecho propio, la indemnización de los perjuicios morales y materiales que sufrieron con ocasión de la muerte de su madre y abuela, perjuicios que atribuyeron a la negativa de las demandadas en prestar los servicios de salud que requería Ligia Idrobo.

20. Sobre la legitimación pasiva en la causa, el Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de precisar que el Ministerio de Protección Social no puede ser llamado como responsable en casos como estos, en la medida en que no tiene asignado por Ley la prestación del servicio asistencial de manera directa¹¹; por tal motivo, se imponía declarar la falta de legitimación de esa entidad para ser llamada a responder en este juicio, en la medida en que los daños alegados no están relacionados con el incumplimiento de las funciones constitucionales y legales que tiene asignadas.

21. Ahora bien, al margen –por el momento- del derecho que les asistía a los demandantes para convocar a la E.P.S. Caprecom a este juicio, lo que corresponde al análisis sustantivo o de fondo de la controversia, por ahora basta razonar que, al plantear la demanda que los daños fueron ocasionados por omisiones de la entidad de salud a la que estaba inscrita Ligia Idrobo, tal circunstancia imponía que se integrara como extremo pasivo de la contienda, al tener la condición de eventual responsabilidad de la situación jurídica litigiosa. Cabe agregar que la relación jurídico procesal se trabó con Caprecom antes de su supresión y liquidación, ordenadas por el Decreto 2519 de 2015, norma que previó tener en cuenta una relación de las contingencias

¹⁰ Folio 2-7 cuaderno 1.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 10 de julio de 2013, Rad. 27000, tesis reiterada en fallo de 28 de agosto de 2019, Rad. 43266.

Radicación: 19001-23-31-000-2008-00348-01 (44.174)
Actor: Sandra Patricia Sánchez Idrobo y otros
Demandado: Nación –Ministerio de la Protección Social y Caprecom E.P.S.
Referencia: Acción de reparación directa
Decisión: Revocar

existentes (artículo 14 y 17), cuyo pago quedó finalmente en cabeza de un Patrimonio Autónomo de Remanentes.

22. Acerca de la **oportunidad** de la acción, el deceso de Ligia Idrobo ocurrió el 27 de agosto de 2007, como consecuencia -según se afirmó en la demanda- de omisiones en la prestación del servicio de salud a cargo de la parte demandada; si se tiene en cuenta que la demanda se presentó el 14 de octubre de 2008¹², es evidente que se promovió antes del vencimiento del plazo de 2 años a que el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo condiciona la efectividad en el ejercicio de la acción de reparación directa.

2.2. Presupuestos probatorios

23. Previo al análisis del material probatorio, la Sala pone de presente que, los documentos que obran en copia simple serán tenidos en cuenta, de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación¹³.

24. Obrar en el expediente los siguientes **medios de prueba**:

25. 1) Registro Civil de Defunción de Ligia Idrobo¹⁴.

26. 2) Sentencia del Juzgado Tercero de Familia de Popayan del 15 de agosto de 2007, en el que se ordenó a la EPS Caprecom la realización del procedimiento de Paracentesis¹⁵.

27. 3) Copia de la historia clínica¹⁶ de la que es pertinente destacar que el cáncer gástrico que padecía era de carácter terminal, y que como tratamiento paliativo se le ordenó la paracentesis¹⁷.

28. 4) Con la demanda se aportó una certificación del médico Víctor Hugo Vivas Ramos, en la que hizo constar que realizó visitas domiciliarias a Ligia

¹² Folio 43, cuaderno 1.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Expediente 25022 de 28 de agosto de 2013.

¹⁴ Folio 2, cuaderno 1.

¹⁵ Folio 8 a 21, cuaderno 1.

¹⁶ Folio 10-40, cuaderno 2.

¹⁷ Folio 35 y 37, cuaderno 1.

Idrobo entre mayo y agosto de 2007, que tenían por objeto la práctica de la paracentesis.

29. 5) Se recibió asimismo la declaración de dicho médico en la que expuso las condiciones de tiempo, modo y lugar en las que le suministró el tratamiento de paracentesis a Ligia Idrobo y las implicaciones que esa técnica tenía sobre la salud de la paciente¹⁸.

30. 6) También se recibieron los testimonios de Melba Trujillo de Camayo y María del Socorro Medina¹⁹, quienes se refirieron fundamentalmente a las afectaciones de orden moral y económico que les produjo a los demandantes el fallecimiento de Ligia Idrobo.

2.3. Análisis del caso en concreto

31. Para comenzar la valoración de los elementos de la responsabilidad, la Sala estima que una interpretación de los hechos y pretensiones de la demanda permite identificar que los actores alegaron 2 tipos de daños derivados de la *negación injustificada del derecho a la Seguridad Social*, por parte de Caprecom. En efecto, refirieron 1) que la conducta asumida por la demanda determinó el deceso de Ligia Idrobo; y 2) que ese comportamiento también determinó que la paciente tuvo que morir en condiciones contrarias a la dignidad humana, daños que, a juicio de los demandantes, no estaban en la obligación de soportar.

32. Sin embargo, a pesar de que la Sala encuentra demostrado que, en efecto, Ligia Idrobo falleció en momentos en los que la E.P.S. omitía suministrarle el tratamiento que le había sido prescrito, lo cierto es que, como se explicará con detalle a continuación, en este caso quedó en evidencia que esa falla no fue la causa adecuada de su muerte, aunque sí lo haya sido de otros perjuicios sufridos por los demandantes y cuyo reconocimiento se impone.

¹⁸ Folio 53-55, cuaderno 2.

¹⁹ Folio 42-43 y 45-46 respectivamente.

Radicación: 19001-23-31-000-2008-00348-01 (44.174)
Actor: Sandra Patricia Sánchez Idrobo y otros
Demandado: Nación –Ministerio de la Protección Social y
Caprecom E.P.S.
Referencia: Acción de reparación directa
Decisión: Revocar

33. Para poner en contexto la posición que la Sala acaba de anunciar, debe destacarse que la culpa médica (constitutiva de una falla del servicio) fue referida en forma genérica en la demanda como *“la dificultad y obstáculos opuestos a la prestación de servicio de seguridad social”*. El reproche puntual de los demandantes contra la conducta asumida por la E.P.S., sólo adquirió plena identidad en los alegatos de conclusión, cuando precisaron que Caprecom se abstuvo de practicarle una *“paracentesis tipo paliativa”*, motivo por el cual tuvieron que interponer una acción constitucional para que se ordenara, como en efecto lo dispuso el Juez en la sentencia, la realización de esa técnica²⁰.

34. Ahora bien, la revisión de los elementos de juicio permite concluir que, en efecto, Caprecom no le realizó a Ligia Idrobo la paracentesis que le fue prescrita el 7 de mayo de 2007²¹, de lo cual es concluyente no solo el contenido de la sentencia de tutela que ordenó su práctica²², sino el hecho de que la demandada no demostró que, antes o después de dicho fallo, hubiera practicado esa técnica a la paciente terminal, excepción hecha del procedimiento que tuvo lugar el 24 de abril de 2007²³.

35. A pesar de que en determinadas condiciones la falta de realización de un procedimiento, el suministro de un medicamento, la práctica de un examen

²⁰ La posición de los demandantes en relación con el daño quedó en evidencia en sus alegatos, cuando sostuvieron que, *“como consecuencia de la negativa de Caprecom EPS, de acatar oportunamente lo ordenado en la sentencia de tutela citada, la señora Ligia Idrobo fallece en su casa de habitación, en condiciones violatorias de su dignidad como ser humano, pues ella y sus familiares debieron soportar la negligencia de la parte demandada, al no brindársele el tratamiento de paracentesis que en una u otra forma aminoraba el dolor que conlleva el cáncer de tipo terminal como se le había diagnosticado”* Folio 144-145, cuaderno 1.

²¹ Según se observa en una orden que reposa en la historia clínica (fl. 37, cuaderno 1).

²² Para la Sala es pertinente referirse a la aptitud demostrativa de la Sentencia de tutela de 15 de agosto de 2007, aportada en copia simple por la parte demandante, razón por la cual fue desestimada por el Tribunal. Al respecto, conforme a la postura adoptada por esta Corporación en una sentencia, los documentos presentados en copias simples deben ser valorados en conjunto con las demás elementos de juicio, cuando no hayan sido controvertidos o tachados de falsos dentro de las oportunidades respectivas, tesis que tiene respaldo en el principio de buena fe y en el de instrumentalidad de las formas (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 28 de agosto de 2013, Rad. 25022).

²³ Folio 23 vto., cuaderno 1.

Radicación: 19001-23-31-000-2008-00348-01 (44.174)
Actor: Sandra Patricia Sánchez Idrobo y otros
Demandado: Nación –Ministerio de la Protección Social y Caprecom E.P.S.
Referencia: Acción de reparación directa
Decisión: Revocar

-entre otras hipótesis posibles-, puede incidir de manera directa en la desmejora del estado de salud de un paciente determinado, incluso producirle la muerte, en este caso la Sala considera que no podía sostenerse de manera categórica que la muerte de Ligia Idrobo obedeció a la omisión por parte de la E.P.S. en la práctica de la paracentesis, como de alguna manera lo sugirieron los demandantes.

36. De la técnica cuya falta de aplicación se quejaron y a la que atribuyeron el deceso de Ligia Idrobo, únicamente se cuenta con el testimonio del médico Víctor Hugo Vivas Ramos, relato que, como se podrá apreciar a continuación, es trascendental para valorar los verdaderos alcances de la omisión en la que incurrió la E.P.S.

37. Indagado acerca de si conoció o trató a Ligia Idrobo, manifestó lo siguiente:

“Sí la conocí a la señora en mención debido a que presentaba un carcinoma gástrico metastásico peritoneal en estado clínico IV, con una ascitis maligna incontrolable médicamente, motivo por el cual se realizó tratamiento paliativo mediante paracentesis a necesidad (extracción de líquido), hasta los últimos días de su deceso, el número, no recuerdo cuántas paracentesis le hice, pero el promedio obtenido era de más o menos 3000 a 4000 centímetros cúbicos de ascitis (líquido peritoneal hemorrágico maligno), su patología es una enfermedad maligna de asiento primario en el estómago, que evoluciona diseminándose a todas las estructuras intra abdominales, como el peritoneo, el hígado, el intestino, etc., lo que ocasiona la respuesta orgánica del líquido ascítico que he mencionado, Las causas son por la infiltración maligna de las estructuras que he mencionado y que son lo que lo hace clasificable como grado IV, carcinoma gástrico grado IV” –se resalta-.

38. Cuando se le pidió que ilustrara a la audiencia acerca del “tratamiento paliativo de paracentesis” declaró:

“Tratamiento paliativo significa tratar parcialmente la complicación de una enfermedad neoplástica, en este caso, tratando de mejorar las condiciones de vida sin hacer un tratamiento definitivo, esto es mejorando el estado ventilatorio de la paciente que es el que más se afectaba con el acumulo de líquido ascítico en la cavidad abdominal, o sea, aumento de la presión intra abdominal que no permitía respirar adecuadamente no tampoco permitía movilizarse adecuadamente”. Preciso enseguida que, “[s]olamente utilicé en ella la paracentesis

Radicación: 19001-23-31-000-2008-00348-01 (44.174)
Actor: Sandra Patricia Sánchez Idrobo y otros
Demandado: Nación –Ministerio de la Protección Social y Caprecom E.P.S.
Referencia: Acción de reparación directa
Decisión: Revocar

(extracción de líquido de cualquier tipo, como sangre, pus, orina etc., en este caso de líquido ascítico), para quitar la presión intra abdominal, con lo cual después de cada procedimiento la paciente ya podía respirar mejor y caminar mejor sin necesidad de oxígeno, porque la complicación era de carácter compresivo intra abdominal, con repercusión al sistema respiratorio, pero sin necesidad de oxígeno” –se resalta-

39. Requerido para que precisara el tiempo que le practicó esa técnica a la paciente aseveró:

“Creo si no estoy mal, más o menos unos ó o siete meses, no recuerdo exactamente, yo le hacía esto a ella en la casa de ella que queda en la Vereda Cajete, a la vera del camino, por un terreno escarpado, con un descenso destapado e irregular, con un descenso de unos cuarenta metros para llegar allá, motivo que por humanidad me comprometía a realizarle estos procedimientos en su lecho de enferma, con todas las normas de asepsia y antisepsia (guantes, gasas, antisépticos y todo estéril para realizar este procedimiento)”

40. Interrogado por la parte actora sobre “cómo hubiera sido la muerte de esta persona sin su ayuda humanitaria”, el testigo declaró:

“El tiempo de sobre vida se había acortado en un 90% a lo que duró la paciente, no había podido subsistir porque cada instante se había limitado el ingreso de oxígeno por la presión interna del líquido abdominal hacia la cavidad cardio torácica, lo que había restringido totalmente la función cardio pulmonar” –se resalta-

41. Y en lo que atañe a los costos que implicaba la realización de esa técnica, el médico informó:

“Por solicitud de los familiares yo di una certificación de lo que necesitaba y también les di una certificación de los costos que asumieron a título particular, porque nunca se documentó una contratación con la EPS de ellos, creo que era Caprecom”. Enseguida respondió afirmativamente acerca de si los costos del tratamiento habían sido asumidos por la familia, y más adelante añadió: “[l]os familiares doy fe que fueron muy cumplidos con los costos asumidos en la contratación particular que tuvimos, pero yo sentía y percibía los grandes esfuerzos que hacían para poder cumplir con ello, en la fase inicial del manejo de la paciente no les cobré absolutamente un peso, pero ellos después al ver mi interés y la mejoría del paciente, consideraron que se las manejara particularmente porque la mejoría era

inmediata y evidente, teniendo a su ser querido poder caminar y respirar sin dificultad, que cuando no se le hacía el procedimiento”.

42. A partir del contenido de esa declaración, aunque la Sala reafirma que la E.P.S. no brindó a la paciente el tratamiento que requería, lo cual es constitutivo de una falla en el servicio pues existía una prescripción médica en ese sentido (ordenado el 7 de mayo de 2007), lo cierto es que su deceso –que ya era irresistible por la enfermedad que la aquejaba- no fue causado o con más propiedad, no lo precipitó la falta de realización de la paracentesis, habida cuenta que los efectos que habría tenido sobre la expectativa de vida de la paciente la falta de realización de esa técnica (reducción de en un 90% según lo indicó Vivas Ramos), fueron evitados por la acción de sus familiares, que de manera espontánea y seguramente a causa de la renuencia de la demandada, buscaron que un médico particular suministrara ese servicio.

43. En línea con lo anterior, advierte la Sala que la prueba de la única orden del procedimiento data 7 de mayo de 2007, pues aunque en la historia clínica existe otro documento en ese sentido, el mismo no tiene fecha²⁴. Según se desprende del certificado expedido por el médico Vivas Ramos, ese mismo día inició las visitas domiciliarias que incluían la realización de la paracentesis.

44. De manera que, si bien es cierto que a partir del fallo de tutela (proferido en agosto de 2007) es dado concluir que la E.P.S. no cumplió con el suministro de ese servicio, la Sala no puede desconocer que esa omisión no tuvo implicaciones sobre la salud de la paciente, ya que desde el mismo día en que consta que se ordenó la realización de la paracentesis, los demandantes obtuvieron el concurso de un médico particular para que lo efectuara, en franco acatamiento del deber en el que se encuentran las personas de mitigar, dentro del marco de los medios *legales* de los que dispongan, los daños que los afecten.

45. Es preciso considerar que, como lo aclaró el médico Vivas Ramos, la realización de ese procedimiento no conllevaba un tratamiento definitivo de

²⁴ Folio 35, cuaderno 1.

Radicación: 19001-23-31-000-2008-00348-01 (44.174)
Actor: Sandra Patricia Sánchez Idrobo y otros
Demandado: Nación –Ministerio de la Protección Social y
Caprecom E.P.S.
Referencia: Acción de reparación directa
Decisión: Revocar

la enfermedad, es decir -entiende la Sala-, un manejo que revertiera sus efectos y pusiera a la paciente a salvo de la muerte, al menos por causa del cáncer que la aquejaba. Se trataba en este caso de un cuidado paliativo, aunque con incidencia cierta y determinante sobre la expectativa de vida de la desahuciada, porque a la vez que la paracentesis le permitía tener mejores condiciones de existencia (fundamentalmente en materia respiratoria), también evitaba que la muerte sobreviniera, precisamente, como consecuencia inmediata de una presión aguda sobre órganos del aparato respiratorio y/o digestivo.

46. En esas condiciones, es evidente que los demandantes no podían reclamar -como lo hicieron- que se les indemnizaran los perjuicios ocasionados con la muerte de Ligia Idrobo, porque está demostrado que su deceso, según se sigue de la declaración del médico que la trató durante los 4 últimos meses de su existencia, fue un resultado previsible aunque irresistible del cáncer del que fue diagnosticada, y del que, por lo demás, existe prueba de que fue tratada²⁵, al menos hasta que en febrero de 2007, cuando “desistió voluntariamente del tratamiento”²⁶.

47. De manera que, para recapitular, aunque se demostró que la paracentesis no fue realizada por Caprecom, también se probó que esa técnica se hizo a instancias de la familia de la paciente por el médico Víctor Hugo Vivas Ramos, profesional que prestó ese servicio por fuera del marco del Sistema de Seguridad Social desde el momento mismo en el que está probado que esa técnica le fue prescrita a la paciente.

48. En ese orden de ideas, la falla detectada no sólo fue intrascendente, pues la obligación a cargo de la entidad promotora de salud fue cumplida *inmediatamente* por un tercero, sino que está lejos de ser causa adecuada de

²⁵ En la copia de la sentencia de tutela como antecedentes de hecho se consignó lo siguiente: “(la accionante) explica que su madre **ha estado en tratamiento constante por causa del cáncer que viene padeciendo**, lo que la ha ido deteriorando cada día más, hasta el punto que a la fecha está haciendo retención de líquidos sin que la entidad Caprecom EPS brinde la atención que ella requiere en este momento” –se resalta- (folio 8 cuaderno 1).

²⁶ Historia clínica, folio 23 vto., cuaderno 1.

Radicación: 19001-23-31-000-2008-00348-01 (44.174)
Actor: Sandra Patricia Sánchez Idrobo y otros
Demandado: Nación –Ministerio de la Protección Social y Caprecom E.P.S.
Referencia: Acción de reparación directa
Decisión: Revocar

la muerte de la paciente, ya que no era idónea para el restablecimiento de su salud y apenas impedía que se produjeran los efectos adversos de la acumulación de líquidos que, como consecuencia del cáncer terminal, presentaba.

49. No existe, pues, deber del Estado de indemnizar a los demandantes por los perjuicios morales y patrimoniales que haya podido producirles el deceso de Ligia Idrobo, ya que dichos perjuicios se derivaron directamente de la evolución de un cuadro clínico respecto del cual, en el caso de la paciente, el estado de la ciencia médica (*lex artis*) no estaba todavía en condiciones de contrarrestar, de allí que su dolencia hubiera sido catalogada como *terminal* (tal como lo reconocieron los actores en la demanda).

50. Ahora bien, la falla del servicio detectada sí es, por el contrario, causa adecuada de perjuicios patrimoniales que los demandantes no estaban en la obligación de soportar. En efecto, aunque estos alegaron como daño autónomo (además de la muerte de la paciente) que Ligia Idrobo fue sometida a un deceso en condiciones contrarias a la dignidad humana, al estar probado que sus familiares le procuraron el tratamiento omitido por Caprecom, es indudable que con ello no solo evitaron que la muerte se precipitara, sino que también contribuyeron a que se diera en condiciones dignas, desde luego que la paracentesis en este caso tenía una naturaleza eminentemente paliativa.

51. En otras palabras, el incumplimiento de la obligación de Caprecom, aunque por las razones indicadas no incidió en el cuadro clínico de la paciente de manera negativa, sí determinó que los demandantes, en aras de salvaguardar su salud y propiciar las condiciones para que tuviera un desenlace digno, asumieran los costos de la intervención realizada por un médico particular en razón de \$50.000 por visita.

52. Esas sumas tendrán que serles restituidas a título de daño emergente, ya que ese perjuicio está directamente relacionado con la falla del servicio detectada. De más está decir que existe prueba de la cuantía de ese perjuicio,

Radicación: 19001-23-31-000-2008-00348-01 (44.174)
Actor: Sandra Patricia Sánchez Idrobo y otros
Demandado: Nación –Ministerio de la Protección Social y Caprecom E.P.S.
Referencia: Acción de reparación directa
Decisión: Revocar

y que su indemnización puede entenderse comprendida sin esfuerzo hermenéutico alguno, dentro de la pretensión segunda de la demanda.

53. A propósito de la prueba de la existencia del pago de las paracentesis, en el proceso se recaudó el testimonio del médico Víctor Hugo Vivas Ramos, así como en la certificación que expidió en agosto de 2007²⁷, procedimientos que en total sumaron \$1'150.000. La Sala se atenderá a la cuantía así demostrada, pues no existen razones para dudar de la sinceridad de la declaración del médico que le brindó cuidados paliativos a Ligia Idrobo en la fase final de su enfermedad, o de la veracidad del contenido de la certificación que él mismo expidió.

54. Además, en aplicación analógica de algunas de las razones que inspiran la figura del juramento estimatorio, esta Corporación no advierte que ese importe sea *notoriamente injusto, ilegal* o dé lugar a sospechas de que con él se pretendió consumir un *fraude, colusión o cualquier otra situación similar* (artículo 206 Código General del Proceso). En esas condiciones, el valor del pago será debidamente actualizado y sobre él se reconocerán intereses legales al 6% anual, de acuerdo con las fórmulas que para esos efectos ha acogido la jurisprudencia de esta corporación de tiempo atrás²⁸.

²⁷ En dicho documento (folio 36 y 36 vto. cuaderno 1) manifestó: “Por medio de la presente, certifico que atendió a la Señora Ligia Idrobo con CC 25401412 del Tambo en la localidad de Cajete, entre el 7 de mayo y el 13 de agosto de 2007, visitas domiciliarias y paracentesis entre 1500 y 2500 cc según la siguiente relación y a razón de Cincuenta mil pesos por visita y paracentesis así:

-Mayo 7, 21, 17, 22, 26, 31

-Junio 5, 9, 13, 18, 22, 27

-Julio 2, 7, 11, 16, 21, 25, 30

Agosto 3, 7, 11 y 13

Total: 23 visitas domiciliarias y paracentesis.

23 X \$50.000 = \$1.150.000”. (Documento al que estampó su firma con número de registro médico).

²⁸ Para la liquidación de la indemnización se aplicarán las siguientes fórmulas de matemáticas financieras, adoptadas por la jurisprudencia del Consejo de Estado:

$$Ra = R (300.000) \frac{\text{ind } f}{\text{ind } i}$$

Donde:

Ra = renta actualizada.

R = renta (6 visitas mayo; 6 visitas junio; 7 visitas julio y 4 visitas agosto, cada una por valor de \$50.000).

ind f = índice final, o sea, i.p.c. al momento del fallo (diciembre 2019: 103,80).

Radicación: 19001-23-31-000-2008-00348-01 (44.174)
Actor: Sandra Patricia Sánchez Idrobo y otros
Demandado: Nación –Ministerio de la Protección Social y Caprecom E.P.S.
Referencia: Acción de reparación directa
Decisión: Revocar

55. El reconocimiento de intereses a esa tasa se hace a título de lucro cesante, por supuesto que en este caso es evidente que los demandantes realizaron el pago de una obligación que le correspondía al Sistema General de Seguridad Social, y que concretamente tenía que correr por cuenta de la E.P.S. demandada. En ese orden, aquéllos no sólo deben ser restituidos en las sumas de la que tuvieron que desprenderse, debidamente indexadas, sino que es indiscutible que esos pagos –de lo no debido- los privaron de los frutos que el capital estaba *naturalmente* llamado a producir²⁹ y que la parte actora estaba relevada de probar, en respaldo de lo cual es dado citar el contenido del artículo 1617 del Código Civil, conforme al cual “El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses...”.

ind i = índice inicia, o sea, i.p.c. al momento del hecho (mayo [64,05], junio [64,12], julio [64,23] y agosto [64,14] de 2007) *fuente Dane.

El resultado de la operación es: mayo \$486.182, junio \$485.651, julio \$565.623 y agosto \$323.666.

²⁹ A las sumas anteriores se les aplicará el interés del 6% anual desde el momento del pago hasta la fecha de esta sentencia, aplicando la fórmula $I=(CxRxT)/100$.

El interés anual del 6% que debe entenderse del 0.5% mensual, al momento de reemplazar la variable de la fórmula para obtener el lucro cesante, debe ser transformado a valor nominal, por venir expresado en valor porcentual, es decir, corresponde al 0.005. de lo anterior se tiene:

$$I= (C \times R) \times T$$

$$I= 0.005$$

C= capital, es decir, el valor pagado por los demandantes sucesivamente entre mayo y agosto de 2007.

R = Renta mensual que corresponde al interés del 6% anual, esto es, 0.005.

T= tiempo en número de meses, es decir, 154 (de mayo de 2007 a febrero de 2020); 153 (de junio de 2007 a febrero de 2020); 152 (de julio de 2007 a febrero de 2020) y 151 (de agosto 2007 a febrero de 2020).

Al aplicar la fórmula, tenemos:

$$\begin{aligned} 1) \quad I &= (486.182 \times 0.005) \times 154 \\ I &= 2.430,91 \times 154 \\ I &= 374.360,14 \end{aligned}$$

$$\begin{aligned} 2) \quad I &= (\$485.651 \times 0.005) \times 153 \\ I &= 2.428,255 \times 153 \\ I &= 371.523,015 \end{aligned}$$

$$\begin{aligned} 3) \quad I &= (565.623 \times 0.005) \times 152 \text{ y} \\ I &= 2.828,115 \\ I &= 429.873,48 \end{aligned}$$

$$\begin{aligned} 4) \quad I &= (\$323.666 \times 0.005) \times 151 \\ I &= 1.618,33 \times 151 \\ I &= 244.367,83 \end{aligned}$$

En este orden, se reconocerá a título de lucro cesante las siguientes sumas de dinero \$374.360,14; \$371.523,015; \$429.873,48 y \$244.367,83

Radicación: 19001-23-31-000-2008-00348-01 (44.174)
Actor: Sandra Patricia Sánchez Idrobo y otros
Demandado: Nación –Ministerio de la Protección Social y
Caprecom E.P.S.
Referencia: Acción de reparación directa
Decisión: Revocar

56. No se reconocerá la indemnización de los perjuicios morales en relación con ninguno de los dos daños que se alegaron en la demanda, en la medida en que la indemnización de ese perjuicio se planteó como una consecuencia directa de la muerte de Ligia Idrobo (y en ese sentido se apuntaron las declaraciones de dos de los tres testigos que declararon en este proceso³⁰), deceso que, al no poder imputarse al Estado por las razones indicadas, lo releva de cualquier obligación indemnizatoria.

57. Ahora, si se asume que los demandantes alegaron haber experimentado un daño moral derivado de la angustia que les produjo el incumplimiento en la realización de las paracentesis por parte de Caprecom, el reconocimiento de esa indemnización se diluye ante su falta de prueba pues, como ya se indicó, los testigos se refirieron exclusivamente al dolor que les produjo el deceso de Ligia Idrobo, circunstancia esta última de la cual, se insiste, no es responsable el Estado.

58. Por lo demás, resulta poco probable que hayan experimentado una congoja de relevancia jurídica ante el incumplimiento de Caprecom cuando está probado que, al buscar *inmediatamente* el concurso de un profesional particular que supliera la función de la demandada, impidieron que *todos* los efectos adversos de ese incumplimiento se materializaran, proceder que, como se indicó en precedencia, es una manifestación del principio de mitigación del daño, probablemente motivado por un imperativo de orden moral (velar por la salud de un ser querido), lo cual no podría configurar un daño extrapatrimonial, aunque sus alcances patrimoniales sí merezcan ser reconocidos, pues es claro que los demandantes no estaban en la obligación de asumir el pago de ese tratamiento.

2.4. Sobre la condena en costas

³⁰ Además de la declaración del médico Víctor Hugo Vivas Ramos, en el proceso declararon Melba Trujillo de Campo y María del Socorro Medina (fl. 42 y 45 y ss. cuaderno 2), quienes centraron su declaración en referir las afectaciones (materiales e inmateriales) que en sus parientes dejó el deceso de Ligia Idrobo.

Radicación: 19001-23-31-000-2008-00348-01 (44.174)
Actor: Sandra Patricia Sánchez Idrobo y otros
Demandado: Nación –Ministerio de la Protección Social y Caprecom E.P.S.
Referencia: Acción de reparación directa
Decisión: Revocar

59. No se impondrá condena en costas en esta instancia, porque no se dan los supuestos del artículo 171 del Código Contencioso Administrativo.

3. DECISIÓN

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

RESUELVE:

REVOCAR la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Cauca, el 1 de marzo de 2012 y en su lugar se dispone:

PRIMERO: DECLARAR la falta de legitimación pasiva en la causa del Ministerio de Salud y Protección Social.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de “caso fortuito” propuesta por la Caja de Previsión Social de Comunicaciones –Caprecom-, en relación con el deceso de Ligia Idrobo.

TERCERO: DECLARAR responsable a la Caja de Previsión Social de Comunicaciones –CAPRECOM- del daño ocasionado a los demandantes, consistente en no haber cumplido con la obligación de procurarle a Ligia Idrobo una muerte en condiciones dignas.

CUARTO: Como consecuencia de la declaración anterior, **CONDENAR** a la Caja de Previsión Social de Comunicaciones –Caprecom- con cargo a su Patrimonio Autónomo de Remanentes, al pago de las siguientes sumas de dinero:

- a) Por concepto de daño emergente \$1'861.122.
- b) Por concepto de lucro cesante: \$1'420.124,46.

Radicación: 19001-23-31-000-2008-00348-01 (44.174)
Actor: Sandra Patricia Sánchez Idrobo y otros
Demandado: Nación –Ministerio de la Protección Social y
Caprecom E.P.S.
Referencia: Acción de reparación directa
Decisión: Revocar

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

SEXTO: **NEGAR** las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO: Sin costas en ambas instancias.

OCTAVO: Con cargo a los interesados, y sin necesidad de auto que las ordene, expídanse copias de la presente decisión.

NOVENO: Por Secretaría, una vez de ejecutoriada esta sentencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

RAMIRO PAZOS GUERRERO

ALBERTO MONTAÑA PLATA