

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - Daños derivados de la actividad médica / DAÑOS DERIVADOS DE LA ACTIVIDAD MÉDICA – Por omitir atención de paciente diabética / DAÑOS POR NEGACIÓN EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO – Por entidad promotora de salud privada / FALLA DEL SERVICIO MÉDICO ASISTENCIAL – Por pérdida de oportunidad / FALLA PROBADA DEL SERVICIO PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD – Perjuicio autónomo y su cuantificación / DAÑO ANTIJURÍDICO – Muerte de paciente diabética por omitir atención por entidad promotora de salud privada

Quedó probado que, en atención a la complejidad de los síntomas padecidos por la señora María Bernarda Rueda de Ramírez y a que la E.S.E. Metrosalud no contaba con el nivel de atención necesaria, la paciente debió ser trasladada a otra institución médica, así se desprende de la historia clínica y del dictamen pericial rendido válidamente dentro del proceso, sin que fuera objetado.

COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO POR APLICACIÓN DEL FUERO DE ATRACCIÓN PARA JUZGAR A LOS PARTICULARES – Aun cuando se establezca que la entidad pública no es responsable de los hechos y daños reclamados / FACTOR DE CONEXIÓN PARA APLICACIÓN DEL FUERO DE ATRACCIÓN / FUERO DE ATRACCIÓN – Requiere que los hechos que originan la demanda sean los mismos

Esta jurisdicción tiene competencia para vincular y juzgar a los particulares o personas de derecho privado en virtud del fuero de atracción, aun cuando al momento de realizar el análisis probatorio del proceso se establezca que la entidad pública, también demandada, no es responsable de los hechos y daños que se le atribuyen en el libelo. Sin embargo, el factor de conexión que da lugar a la aplicación del fuero de atracción y que permite la vinculación de personas privadas que, en principio, están sometidas al juzgamiento de la jurisdicción ordinaria, debe tener un fundamento serio, es decir, que en la demanda se invoquen acciones u omisiones que, razonablemente, conduzcan a pensar que su responsabilidad pueda quedar comprometida. Se resalta que para que opere el fuero de atracción es menester que los hechos que dan origen a la demanda sean los mismos, postura que ha sido reiterada por la Sala en pronunciamientos más recientes que le permiten compartir la decisión del a quo de fallar en relación con la persona de derecho privado, esto es, la Promotora Médica Las Américas S.A.

REGULACIÓN LEGAL DEL RÉGIMEN DE REFERENCIA Y CONTRAREFERENCIA DE PACIENTES / OBLIGACIONES DE ENTIDADES PÚBLICAS O PRIVADAS DEL SECTOR SALUD QUE HAYAN PRESTADO ATENCIÓN INICIAL DE URGENCIAS / PROCEDIMIENTO PARA REMISIÓN DE PACIENTES DEL RÉGIMEN VINCULADO O SUBSIDIADO

El Decreto 0412 de 1992, por el cual se reglamentan los servicios de urgencias y se dictan otras disposiciones, y el artículo 2 de la Ley 10 de 1990 establecen la obligación para todas las instituciones que ofrezcan servicios de salud de prestar atención inicial de urgencia, independientemente de la capacidad socioeconómica de los solicitantes de este servicio. En la ampliación del dictamen pericial rendido dentro de este proceso contencioso, por petición de la Promotora Médica Las Américas S.A., el perito médico reiteró que el procedimiento a seguir para la remisión de un paciente que pertenezca al régimen vinculado o subsidiado, como era el caso de la señora Rueda de Ramírez, consiste en: “el médico remitente debe comunicarse con el SISA, Centro Regulador para la atención de Urgencias de la DSSA (Dirección Seccional de Salud de Antioquia) y es a través de este

medio que se lleva a cabo la remisión. (...) Para la Sala quedó probado que la E.S.E. Metrosalud cumplió con sus obligaciones legales en relación con la paciente, no solo al brindarle la atención médica requerida, proporcional a su capacidad de institución prestadora de servicios en el nivel II, sino por el hecho de haber tramitado, desde un principio y de conformidad con las normas de referencia y contrarreferencia, vigentes para la fecha de los hechos, la remisión de la señora María Bernarda Rueda de Ramírez, quien finalmente falleciera sin tener la oportunidad de recibir los servicios asistenciales requeridos, de acuerdo con la enfermedad que padecía.

FUENTE FORMAL: DECRETO 0412 DE 1992 / LEY 10 DE 1990 – ARTÍCULO 2

FALLA DEL SERVICIO MÉDICO ASISTENCIAL DE ENTIDADES PÚBLICAS PRESTADORAS DE SALUD / FALLA DEL SERVICIO MÉDICO ASISTENCIAL DE LA PROMOTORA MÉDICA LAS AMÉRICAS – Se acreditó que la paciente no fue atendida por no contar con suficiente dinero

El médico que figuró como el encargado de la atención de la paciente en el formato de remisión y la enfermera encargada del trámite de admisiones en la Clínica Las Américas, se limitaron a afirmar que desconocían la razón por la cual, en la hoja de remisión de la paciente, aparecen el nombre del primero y el código de admisión en la entidad; sin embargo, al indagárseles sobre la forma correcta en la que debía hacerse la remisión, confirmaron que los pasos adelantados por la E.S.E. Metrosalud fueron acertados, sin que puedan acreditar una causal que justifique su negativa como entidad para la recepción de la paciente. Paradójicamente, los testimonios rendidos por el camillero y el conductor de la ambulancia encargados de conducir a la señora María Bernarda Rueda de Ramírez a esa institución médica confirmaron que el único problema que evidenció el personal de la clínica para recibir a la paciente consistió en que su familia no contaba con suficiente dinero.

CONDUCTA CULPOSA DE ENTIDAD PRESTADORA DE SALUD SOMETIDA AL RÉGIMEN DE DERECHO PRIVADO – De Promotora Médica Las Américas / PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD – De paciente diabética a quien se negó el ingreso de urgencias por entidad promotora de salud privada

Se acreditó que la conducta, en este caso omisiva, que propició que la señora María Rosalba Rueda de Ramírez perdiera la oportunidad de ser atendida en una institución de nivel superior, se le puede atribuir a la Promotora Médica Las Américas S.A., institución que tenía el deber legal de actuar y realizar acciones encaminadas a aceptar la remisión de una paciente y, por el contrario, optó por asumir una actitud omisiva relevante, incluso cuando legalmente, tenía la obligación de recibir a la paciente por urgencias. Las pruebas aportadas al proceso permiten evidenciar que la Promotora Médica Las Américas S.A. actuó de manera culposa al omitir la admisión de la señora María Bernarda Rueda de Ramírez, como le era jurídicamente exigible hacerlo, porque se cumplieron las exigencias establecidas en la norma de referencia y contrarreferencia de pacientes vigente para esa época y de conformidad con la obligación de prestación de una atención en salud de calidad que la Ley 100 de 1993 impuso a las organizaciones proveedoras de servicios médicos. (...) para la Sala también es claro que la falta de atención por parte de la Promotora Médica Las Américas S.A. pudo no ser la causa adecuada del daño, resumido en la muerte de la señora María Bernarda Rueda de Ramírez, pero sí la causante de la pérdida de oportunidad o pérdida de chance de ser atendida en una entidad de nivel superior

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE ENTIDAD PRESTADORA DE SALUD DE DERECHO PRIVADO / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA PROMOTORA MÉDICA LAS AMÉRICAS – Por omitir atención que originó pérdida de oportunidad de ser atendida en institución de nivel superior / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA PROMOTORA MÉDICA LAS AMÉRICAS – Se configuró por omitir atención de paciente por urgencias / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA PROMOTORA MÉDICA LAS AMÉRICAS – Existente por actuación culposa, derivada de negligencia que le quitó la oportunidad de salvar la vida de la paciente

La Sala advierte que si bien, en el caso concreto, no existe una absoluta certeza acerca de si la atención de la señora Rueda de Ramírez en la Clínica Las Américas le hubiera permitido evitar su muerte, no es menos cierto que dicha omisión excluye la diligencia y cuidado con que, se dice, actuó la entidad privada; además, resulta ajustado concluir que si la promotora Médica Las Américas S.A. hubiera obrado a tiempo y de manera diligente, no se le hubiera quitado a la demandante la oportunidad de seguir con vida. (...) teniendo en cuenta que la actuación culposa, derivada de la abierta negligencia de la entidad le quitó la oportunidad de salvar la vida de la señora Rueda de Ramírez, la Sala confirmará en ese sentido y bajos los argumentos hasta aquí esgrimido la culpabilidad de la Promotora Médica Las Américas S.A. por la pérdida de la oportunidad.

PERJUICIOS DERIVADOS DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD DE LA VÍCTIMA - Se valoran conforme el principio de equidad / PRINCIPIO DE EQUIDAD – Se reconoce suma genérica para los actores

La Sala debe advertir que, sobre el particular, la jurisprudencia de esta Sección será la aplicable en este caso, por cuanto no existe un mandato legal relativo a la forma en la que se debe indemnizar la pérdida de oportunidad y en atención a que la solución asumida por esta Corporación también es aplicada en los fallos proferidos por la Corte Suprema de Justicia, en los que se ha señalado que, como esta figura constituye un perjuicio autónomo, no deviene directamente del daño, en este caso, de la muerte de la señora María Bernarda Rueda de Ramírez sino de la pérdida de la oportunidad de salvar su vida, la cuantía se valora de acuerdo con el principio de equidad, previsto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998. Este reconocimiento, se insiste, surge de la dificultad de indemnizar con base en datos estadísticos o exactos de cuya prueba adolecen casos como el que se examina, razón por la cual se acude al criterio de equidad a fin de evitar condenas en abstracto, como ya lo ha hecho esta Subsección en casos de indemnización del perjuicio autónomo de la pérdida de la oportunidad.

FUENTE FORMAL: LEY 446 DE 1998 – ARTÍCULO 16

PERJUICIOS MATERIALES – Lucro cesante / LUCRO CESANTE – Negados por muerte de la paciente / PERJUICIO AUTÓNOMO POR PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD DE SALVAR VIDA DE LA PACIENTE / MODIFICACIÓN PERJUICIOS INMATERIALES – Tasados en salarios mínimos legales mensuales vigentes

No se reconocerán los perjuicios materiales a título de lucro cesante pretendidos por los demandantes, pues, se reitera, no es consecuencia de la muerte de la señora María Bernarda Rueda de Ramírez de donde surge la indemnización, sino como un perjuicio autónomo consistente en la pérdida de la oportunidad de salvar

su vida y en ese sentido serán modificadas las sumas que se concedieron a título de perjuicios morales, para, en su lugar, concederlos a título de pérdida de oportunidad. Además, en atención al principio de equidad, utilizado en estos casos para efectos del reconocimiento del perjuicio y a las condiciones especiales acreditadas en la historia clínica y en el dictamen pericial, esto es, que se trataba de una mujer de 68 años, con antecedente de diabetes y que sufrió un infarto agudo al miocardio al cual sobrevivió por espacio de tres días, debe advertir la Sala que no se modificará el monto concedido, por encontrarlo ajustado. (...) la Sala lo modificará, toda vez que desde la sentencia de unificación del 6 de septiembre de 2001, los valores concedidos por concepto de perjuicios inmateriales, serán tasados en salarios mínimos legales mensuales vigentes, por tanto, el valor a reconocer en favor de los señores César Antonio Ramírez Rico, Gladys de Jesús Ramírez Rueda y María Rosalba Ramírez Rueda será el equivalente a sesenta (60) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá, D.C., primero (1º) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 05001-23-31-000-2006-02696-01(43269)

Actor: CÉSAR ANTONIO RAMÍREZ RICO Y OTROS

Demandado: E.S.E. METROSALUD, PROMOTORA MÉDICA LAS AMÉRICAS S.A. Y OTROS

Referencia: APELACIÓN SENTENCIA - ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

Temas: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - Falla del servicio médico asistencial / FALLA PROBADA DEL SERVICIO. Régimen de responsabilidad aplicable a las entidades públicas. / COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO PARA DECLARAR LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE ENTIDAD SOMETIDA AL DERECHO PRIVADO / FUERO DE ATRACCIÓN – Competencia del Consejo de Estado y aplicación del artículo 2341 del Código Civil, según el cual, para que resulte comprometida la responsabilidad de una persona natural o jurídica, a título extracontractual, se precisa de la concurrencia de tres elementos que la doctrina más tradicional identifica como culpa, daño y relación de causalidad entre aquella y este. PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD – Perjuicio autónomo y su cuantificación.

Corresponde a la Sala resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y la Promotora Médica Las Américas, contra la sentencia del 10 de junio de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que accedió parcialmente a las pretensiones de la acción de reparación directa, en los siguientes términos (se transcribe de forma literal, incluidos los errores si los hay):

“PRIMERO: DECLÁRESE a la PROMOTORA MÉDICA LAS AMÉRICAS S.A. civil y patrimonialmente responsable por los perjuicios causados a los demandantes con ocasión de los hechos narrados en la demanda.

“SEGUNDO: ABSUÉLVASE de responsabilidad a la E.S.E. METROSALUD, a la E.S.E. HOSPITAL GENERAL LUZ CASTRO DE GUTIÉRREZ DEL MUNICIPIO DE MEDELLÍN y al DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA – DIRECCIÓN SECCIONAL DE SALUD por los motivos expuestos en la parte considerativa de la presente providencia.

“TERCERO: Como consecuencia de lo resuelto en el numeral anterior, CONDÉNASE a la PROMOTORA MÉDICA LAS AMÉRICAS S.A. a indemnizar a las siguientes personas en las siguientes sumas:

“- Para el señor CÉSAR ANTONIO RAMÍREZ RICO –esposo de la víctima- la suma de TREINTA Y DOS MILLONES CIENTO TREINTA Y SEIS MIL PESOS (\$32'136.000) equivalentes a sesenta (60) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

“- Para la señora GLADYS DE JESÚS RAMÍREZ RUEDA –hija de la víctima- la suma de TREINTA Y DOS MILLONES CIENTO TREINTA Y SEIS MIL PESOS (\$32'136.000) equivalentes a sesenta (60) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

“-Para la señora MARÍA ROSALBA RAMÍREZ RUEDA –hija de la víctima- la suma de TREINTA Y DOS MILLONES CIENTO TREINTA Y SEIS MIL PESOS (\$32'136.000) equivalentes a sesenta (60) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

“CUARTO: Todas las sumas así determinadas devengarán intereses comerciales moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia.

“QUINTO: DECLÁRESE probada la excepción de ‘Exclusión pactada al suscribir el contrato de seguro de no pago en caso de dolo o culpa grave del asegurado o sus representantes’ propuesta por la llamada en garantía ASEGURADORA COLSEGUROS S.A., por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente providencia.

“SEXTO: DENIÉGANSE las demás súplicas de la demanda.

“SÉPTIMO: CÚMPLASE la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

“OCTAVO: EXPÍDANSE por la Secretaría, copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, y con observancia de lo preceptuado por el artículo 37 del Decreto 359 del 22 de febrero de 1995. Las

copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que la ha venido representando.

“NOVENO: SIN COSTAS en la presente instancia por no aparecer causadas”¹.

I.- ANTECEDENTES

1.- La demanda

El 31 de marzo de 2006², en ejercicio de la acción de reparación directa, por intermedio de apoderado judicial, los señores César Antonio Ramírez Rico, Albeiro César Ramírez Rueda, María Rosalba Ramírez Rueda, María Estela Ramírez Rueda, Gladys de Jesús Ramírez Rueda y Luz Omaira Ramírez Rueda³, presentaron demanda contra la E.S.E. Metrosalud, departamento de Antioquia – Dirección Seccional de Salud-, Hospital General de Medellín y Promotora Médica Las Américas S.A.⁴, con el fin de que se les declarara patrimonialmente responsables por los perjuicios causados por la muerte de la señora María Bernarda Rueda de Ramírez, el 2 de abril de 2004.

Como consecuencia de la anterior declaración, la parte actora solicitó que se condenara solidariamente a los demandados a pagar, por concepto de daño moral, la suma equivalente entre quinientos (500) y mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes en favor del señor César Antonio Ramírez Rico y entre trescientos (300) y setecientos (700) salarios mínimos legales mensuales vigentes en favor de cada uno de los hijos; además, por concepto de perjuicios materiales, las sumas de dinero que se acreditaran en el proceso en favor de los demandantes y, en caso de no poderse acreditar, la cuantía que el juez administrativo determine, entre uno (1) y mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

2.- Fundamentos fácticos de la demanda

Se narró que la señora María Bernarda Rueda de Ramírez padecía diabetes desde hacía varios años y, el 31 de marzo de 2004, acudió a los servicios médicos de la E.S.E. Metrosalud UPS Manrique, Antioquia, debido a que su enfermedad le generaba malestar general, cefalea y decaimiento.

¹ Fls. 367 a 392 cuaderno del Consejo de Estado.

² Fl. 11 cuaderno principal.

³ De conformidad con el poder obrante a folios 1 a 3 cuaderno principal.

⁴ Fls. 1 a 11 c 1.

Manifestó la parte actora que ese día, en horas de la tarde, su médico tratante le recetó medicamentos y la envió para su casa; sin embargo, como no sintió ninguna mejoría, regresó en las horas de la noche.

Afirmó que ante el empeoramiento de su estado de salud, el galeno optó por remitirla al Hospital General de Medellín. Allí no fue atendida bajo el argumento de que la enferma era del nivel 3 del SISBEN, por lo que regresó a la E.S.E. Metrosalud.

Indicó la parte demandante que, debido al deterioro de la salud de su familiar, fue remitida de urgencia a la Promotora Médica Las Américas S.A., previa autorización para “*hemodinámica*” por el médico Juan Andrés Delgado.

Sostienen los demandantes que, cuando la paciente fue remitida a la Promotora Médica Las Américas S.A., contaba con el “*SISA Dr. Fernando Salazar código 01042004-021 y la autorización de la Dirección Seccional de Salud Antioquia*”; sin embargo, cuando llegó a la entidad, le fue exigido el pago de \$1'500.000 para que pudiera ser atendida, dinero que la familia no tenía y circunstancia que la clínica utilizó para indicar que ya no contaban con camas disponibles, por lo que fue devuelta en la ambulancia a la E.S.E. Metrosalud, en la que falleció el 2 de abril de 2004.

3.- Trámite procesal

La demanda se admitió por el Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante auto del 8 de septiembre de 2006⁵, decisión que se notificó a las entidades demandadas y al Ministerio Público⁶.

4.- La contestación de la demanda

4.1.- El apoderado de la **Promotora Médica Las Américas S.A.**, oportunamente, contestó la demanda y se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al considerar que la paciente nunca ingresó al servicio de atención médica de la Clínica Las Américas porque, cuando fue remitida, no había disponibilidad de cama.

⁵ Fls. 4 a 11 c. 1.

⁶ Fls. 69 a 74 c. 1.

Además, sostuvo que la Promotora Médica Las Américas S.A. es una institución de carácter privado que no ostenta la calidad de entidad pública, por tanto, frente a la misma no puede predicarse la responsabilidad por falla del servicio.

Propuso como excepciones las que denominó “*inaplicabilidad de la falla del servicio respecto a Promotora Médica Las Américas S.A.*”, “*ausencia de responsabilidad*” por cuanto la remisión que hiciera la E.S.E. Metrosalud no cumplió las normas y procedimientos establecidos para estos casos, e “*inexistencia del perjuicio*” porque no se probó que la víctima ejerciera alguna actividad económica.

A continuación llamó en garantía a la Aseguradora Colseguros S.A., en virtud de la relación contractual que para la época existía entre la clínica y la aseguradora⁷, llamamiento que fue admitido por parte del Tribunal Administrativo de Antioquia mediante auto del 10 de mayo de 2007⁸.

4.2.- El Hospital General de Medellín contestó la demanda oportunamente. Indicó que la señora María Bernarda Rueda de Ramírez nunca fue conducida a la entidad para su atención, tal y como se desprende de los hechos y de la historia clínica aportada por los demandantes.

Además, en los registros del hospital no se encontró evidencia de la atención o de la solicitud de remisión.

A continuación, sostuvo que la entidad, para la época en la cual sucedieron los hechos, no contaba con las especialidades de cardiología ni de hemodinamia, que eran los servicios médicos requeridos por la señora Rueda de Ramírez.

Finalmente, propuso como excepciones la caducidad de la acción y las que denominó: “*ausencia de responsabilidad, temeridad, indeterminación del daño, existencia de causas de la muerte de la paciente ajenas al actuar de la demanda y excesiva tasación de los perjuicios*”⁹.

⁷ Fls. 82 a 121 cuaderno principal.

⁸ Fls. 196 a 199 cuaderno principal.

⁹ Fls. 122 a 125 cuaderno principal.

4.3.- La **E.S.E. Metrosalud** y el **departamento de Antioquia –Dirección Seccional de Salud-**, a pesar de haber sido debidamente notificadas, no dieron contestación a la demanda.

4.4. La **Aseguradora Colseguros S.A.**, entidad llamada en garantía, a través de su apoderado judicial se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y del llamamiento en garantía, por cuanto las peticiones de este último exceden las condiciones pactadas en la póliza de seguro.

Además, propuso como excepciones: *“límite de cobertura, exclusión pactada al suscribir el contrato de seguro de no pago en caso de dolo o culpa grave del asegurado o sus representantes, exclusión pactada al suscribir el contrato de seguro de no pago en caso de inobservancia de disposiciones legales u órdenes de la autoridad”*¹⁰.

5.- La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo de Antioquia, en sentencia del 10 de junio de 2011, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, por cuanto consideró que sí existió una falla en la prestación del servicio por parte de la Promotora Médica Las Américas S.A., al negarle tanto la prestación del servicio de urgencias como el servicio en la Unidad de Cuidados Intensivos a la señora María Bernarda Rueda de Ramírez, cuando iba remitida en una ambulancia de la E.S.E. Metrosalud; sin embargo, consideró que el daño se materializó en la pérdida de oportunidad de mejorar las condiciones de salud de la señora Rueda Ramírez, ante su precario estado.

Adicionalmente, sobre la responsabilidad de la llamada en garantía, consideró que en el actuar del personal de la Promotora Médica Clínica Las Américas S.A. existió negligencia en relación con el cumplimiento de sus deberes, por lo que ese proceder configuró la culpa grave en cabeza de la entidad y, por consiguiente, la exoneración de la llamada en garantía, en virtud de las condiciones pactadas en la póliza de seguro de responsabilidad extracontractual suscrita.

Respecto de la legitimación en la causa por activa de los señores Albeiro César Ramírez Rueda, Luz Omaira Ramírez Rueda y María Estela Ramírez Rueda sostuvo

¹⁰ Fls. 209 a 215 cuaderno principal.

que las pruebas allegadas al proceso no eran idóneas para acreditar la relación de parentesco con la víctima directa.

Finalmente, en relación con los perjuicios materiales solicitados, negó el reconocimiento de los materiales, por cuanto no se acreditó en el proceso los gastos y erogaciones alegados; además, se probó que la señora Ramírez Rueda no ejercía en vida alguna actividad productiva que le permitiera tener un ingreso económico.

6.- Los recursos de apelación

6.1.- El apoderado de la Promotora Médica Las Américas S.A. interpuso recurso de apelación contra la anterior providencia. Limitó su recurso de apelación a reiterar: **i)** que a la entidad no es posible aplicarle el régimen de responsabilidad de falla el servicio, por cuanto se trata de una institución de carácter privado y, por tanto, el análisis de una eventual imputación debió girar en torno a la normativa de la responsabilidad civil.

ii) Sostuvo que con las pruebas arrimadas al proceso quedó acreditado que la clínica cumplió las normas que regulan el sistema de remisión y contra remisión de pacientes, según el cual la institución remitente es responsable del paciente hasta que realice la remisión adecuada y efectiva a otra entidad, remisión que no se cumplió adecuadamente en este caso por parte de la E.S.E. Metrosalud.

Asimismo, sostuvo que se presentó otra irregularidad por parte de la E.S.E. Metrosalud, por cuanto permitió el traslado de la paciente en una ambulancia en compañía únicamente de un camillero, cuando los protocolos exigen que este tipo de pacientes estén supervisados por un médico.

Finalmente, indicó que el Tribunal Administrativo omitió el análisis del listado de pacientes que se encontraban para el 1 de abril de 2004 en la UCI de la Promotora Médica Las Américas S.A., con el cual se acreditó que para ese día la institución no contaba con disponibilidad para atender a la señora Rueda de Ramírez¹¹.

6.2. La parte actora también interpuso recurso de apelación. Argumentó estar de acuerdo con el sentido del fallo; sin embargo: **i)** indicó estar inconforme con la negativa de reconocer como demandantes a los señores María Estela Ramírez

¹¹ Fls. 394 a 397 cuaderno del Consejo de Estado.

Rueda, Albeiro César Ramírez Rueda y Luz Omaira Ramírez Rueda, por cuanto no fueron allegados los registros civiles de nacimiento que acreditaron su relación familiar con la víctima directa del daño.

El apoderado de los demandantes justificó la ausencia de los registros aduciendo que los mismos se habían quemado y, por tanto, allegó algunos al proceso y los solicitó como prueba de oficio en segunda instancia¹².

ii) Solicitó la modificación de la sentencia de primera instancia, en el sentido de incluir como responsable del daño a la E.S.E. Metrosalud porque, a su juicio, quedó acreditado que la remisión de la paciente se hizo de forma incorrecta, lo que impidió que fuera recibida efectivamente en la Clínica Las Américas.

iii) Además, exigió el reconocimiento de perjuicios materiales con base en el salario mínimo legal mensual vigente, por cuanto la señora Rueda de Ramírez se desempeñaba como ama de casa, labor que merece una remuneración.

iv) Finalmente, solicitó el incremento de los perjuicios morales reconocidos y la modificación de la forma en la cual estos fueron señalados en la sentencia, en el sentido de que se indique primero la cantidad de salarios y, a continuación, el valor al cual equivalen en la actualidad¹³.

7.- Los alegatos de conclusión en segunda instancia

7.1.- El apoderado de la Promotora Médica Las Américas S.A. presentó sus argumentos finales, en los que propuso la caducidad de la acción, porque el término para presentar la demanda vencía el 3 de abril de 2006 y la misma se presentó el 12 de junio de ese mismo año, de conformidad con la página de la Rama Judicial.

Enseguida reiteró que el régimen aplicable a la Promotora Médica Las Américas S.A. debió ser el establecido en la normativa civil y no la falla del servicio, al tratarse de una entidad privada.

A continuación, reiteró que no es procedente predicar responsabilidad civil de la clínica, por cuanto el origen del daño estuvo en la indebida remisión efectuada por la

¹² El Consejo de Estado, a través de auto del 1 de junio de 2012, negó la solicitud de prueba de oficio solicitada por los demandantes en relación con los registros civiles de nacimiento de los señores María Estela Ramírez Rueda, Albeiro César Ramírez Rueda y Luz Omaira Ramírez Rueda, porque no se ajustó a los parámetros establecidos en el numeral 1 del artículo 214 del C.C.A. El auto no fue recurrido.

E.S.E. Metrosalud, lo que retardó la oportuna atención que condujo a la muerte de la señora Rueda de Ramírez.

Asimismo, indicó la ausencia de dolo o culpa grave de la Promotora Médica Las Américas S.A., por lo que Colseguros S.A. debe cubrir hasta la suma asegurada, teniendo en cuenta que no se probó dentro del proceso la excepción alegada.

En igual sentido solicitó la reducción, en caso de resultar condenada, de los perjuicios reconocidos, por cuanto fueron tasados de forma elevada, desconociendo la normativa colombiana.

7.2. El apoderado de la aseguradora Colseguros S.A., luego de destacar que la entidad fue exonerada en primera instancia, porque se probó la excepción de *“exclusión pactada al suscribir el contrato de seguro de no pago en caso de dolo o culpa grave del asegurado o sus representantes”*, propuesta por la llamada en garantía, indicó que la entidad condenada, en su recurso de apelación, no cuestionó la absolución que se profirió en su favor, por tanto, la competencia del Consejo de Estado se ve limitada por el recurso interpuesto, el cual, se repite, no incluyó la decisión relativa a la excepción declarada por el Tribunal Administrativo.

Indicó que esta situación no puede variarse por el hecho de que en los alegatos el apoderado haya incluido nuevos puntos de discrepancia, puesto que este tema debió haber sido materia del recurso de apelación y de su sustentación, lo que no sucedió en este caso.

7.3. El Ministerio Público rindió concepto. Solicitó la modificación del fallo recurrido en el sentido de incluir como responsable a la E.S.E. Metrosalud, por cuanto erró en el procedimiento aplicado durante la remisión de la paciente a la Clínica Las Américas.

Agregó que la E.S.E. Metrosalud debió tener certeza al iniciar el procedimiento y remitir a la paciente únicamente tras la comprobación de disponibilidad de cama en la institución a la cual remitía, lo que no sucedió.

II. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala decidir los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, el 10 de junio de 2011, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

Para ello, se abordará el asunto en el siguiente orden: **1)** presupuestos de procedibilidad de la acción: **1.1.** competencia funcional del Consejo de Estado para conocer del presente asunto; **1.2.** ejercicio oportuno de la acción; **1.3.** del alcance del recurso de apelación; **1.4.** legitimación en la causa; **2)** cuestión previa: el fuero de atracción; **3)** el daño; **4)** del título de Imputación jurídica; **5)** marco normativo; **6)** la conducta de las entidades demandadas; **7)** el incremento de perjuicios solicitados por los actores y **8)** costas.

1. Presupuestos de procedibilidad de la acción de reparación directa en el caso *sub examine*

1.1- Competencia

El Consejo de Estado es competente para conocer del asunto citado en referencia, comoquiera que se trata de un recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida en primera instancia¹⁴ por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

1.2. El ejercicio oportuno de la acción

La presente acción de reparación directa se ejerció oportunamente, pues la muerte de la señora María Bernarda Rueda de Ramírez ocurrió el 2 de abril de 2004 y la demanda se interpuso el 31 de marzo de 2006¹⁵, es decir, dentro los dos años siguientes a ese hecho, de conformidad con el artículo 136 – 8 del C.C.A., norma aplicable al caso.

1.3. Del alcance del recurso de apelación

Resulta necesario precisar que el recurso de apelación interpuesto por la Promotora Médica Las Américas S.A. está encaminado a que se le exonere de responsabilidad bajo el argumento de que la E.S.E. Metrosalud efectuó de forma errada la remisión de la paciente que falleció y omitió el acompañamiento de un médico tratante en la ambulancia; además, por la indebida aplicación del régimen de la falla del servicio, a pesar de tratarse de una entidad privada, sin que se indicara otra inconformidad.

¹⁴ La cuantía del proceso supera la exigida por la Ley 954 de 2005 para que esta Corporación pueda conocer en segunda instancia de un proceso de reparación directa (500 S.M.L.M.V), pues por concepto de perjuicios morales se solicitó la suma equivalente entre 500 y 1.000 S.M.L.M.V para el esposo de la víctima directa del daño.

¹⁵ Fl. 11 cuaderno principal.

En cuanto a la parte actora, con su recurso de alzada pretende que se incluya como demandantes a los señores María Estela Ramírez Rueda, Albeiro César Ramírez Rueda y Luz Omaira Ramírez Rueda; se tenga también como responsable a la E.S.E. Metrosalud; se incrementen los perjuicios morales reconocidos y se indemnice a la señora Rueda de Ramírez como ama de casa para efectos de reconocerle a su familiares los perjuicios materiales pretendidos.

Lo anterior obliga a destacar que el recurso de apelación se encuentra limitado a los aspectos indicados, consideración que cobra mayor significado en el *sub lite*, si se tiene presente que en cuanto corresponde a los demás aspectos del fallo impugnado, incluyendo la prosperidad de la excepción propuesta por parte de la aseguradora Colseguros S.A., que la exoneró como llamada en garantía y del monto de los perjuicios reconocidos en primera instancia, los mismos no fueron atacados en el recurso, a pesar de que haya hecho mención de estos en el traslado de alegatos de conclusión.

Tal como en diversas oportunidades lo ha puntualizado la Jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, conviene precisar que mediante el recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una determinada decisión judicial –en este caso la que contiene una sentencia–, por lo cual corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, con sus propias consideraciones o apreciaciones, para efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se plantean ante la segunda instancia. Lo anterior, de conformidad con lo establecido en la parte inicial del artículo 357 del C. de P. C., a cuyo tenor:

*“La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante y **por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso**, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla. (...)”* (negritas adicionales).

Esta Sala ha delimitado el estudio del recurso de alzada –y con ello la competencia del Juez *ad quem*– a los motivos de inconformidad que exprese el recurrente, según lo reflejan las siguientes puntualizaciones:

“Ninguna precisión resultaría necesario efectuar en relación con el régimen de responsabilidad aplicable a las circunstancias del caso concreto, ni en cuanto a la

*conurrencia, en el mismo, de los elementos constitutivos del régimen respectivo, habida cuenta que el recurso de apelación incoado por la entidad demandada no controvierte tales extremos y la parte actora no recurrió la sentencia de primera instancia, de manera que los referidos, son puntos de la litis que han quedado fijados con la decisión proferida por el a quo*¹⁶ (se deja resaltado).

Así pues, por regla general, a la luz de las disposiciones legales vigentes y según la interpretación que a las mismas les ha atribuido la Jurisprudencia nacional, se tiene entonces que el recurrente debe señalar en forma oportuna, esto es, dentro de los términos establecidos por la ley, tanto los asuntos o aspectos que considere lesivos de sus derechos, como justificar las razones de su inconformidad, a las cuales deberá ceñirse el juez¹⁷.

En el caso *sub exámine* se tiene que la impugnación contra la sentencia de primera instancia la edificó la Promotora Médica Las Américas S.A. sobre la inconformidad respecto del régimen aplicado y de la responsabilidad endilgada, cuando en su lugar debió haber sido condenada la E.S.E. Metrosalud, sin que se pronunciara en relación con la prosperidad de la excepción que encontró probada el Tribunal respecto de la aseguradora Colseguros S.A. o respecto de los montos indemnizatorios reconocidos para los demandantes.

Así las cosas, en atención a que los temas que pretendió incluir en escrito de alegatos no fueron objeto de pronunciamiento alguno, ni controvierte tal extremo, ninguna precisión efectuará la Sala en relación con estos, de manera que los referidos son puntos de la *litis* que han quedado fijados con la decisión que profirió el *a quo*, junto con los propuestos por la parte demandante.

1.4.- Legitimación en la causa

En el presente asunto se tiene que los señores César Antonio Ramírez Rico, Albeiro César, María Rosalba, María Estela, Gladys de Jesús y Luz Omaira Ramírez Rueda acudieron en su calidad de cónyuge e hijos de la señora María Bernarda Rueda de Ramírez, respectivamente.

Sin embargo, solo acreditaron su condición de cónyuge e hijos los señores César

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto del 2008, Exp. 14638.

¹⁷ Al respecto, ver la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez, Bogotá, D.C., 21 de febrero de 2011, radicado 20011 y recientemente la sentencia de esta Subsección, del 28 de septiembre de 2017, radicado 53135.

Antonio Ramírez Rico, Gladys de Jesús y María Rosalba Ramírez Rueda, mediante los registros civiles de nacimiento¹⁸.

En relación con los señores Albeiro César, María Estela y Luz Omaira Ramírez Rueda, esta Corporación, mediante auto del 1 de junio de 2012¹⁹, negó la solicitud de pruebas de segunda instancia elevada por la parte demandante, con la que pretendía que se le diera valor probatorio a los registros civiles de nacimiento aportados con el recurso de apelación; lo anterior, por cuanto no fueron decretados como pruebas de primera instancia pues la parte no lo solicitó y, además, porque no probaron que hubiera ocurrido un siniestro que les impidiera allegar los mismos.

En vista de que esta decisión no fue recurrida, solo los señores César Antonio Ramírez Rico, Gladys de Jesús y María Rosalba Ramírez Rueda están legitimados para reclamar por los presuntos perjuicios causados con la muerte de la mencionada señora.

Por su parte, a la E.S.E. Metrosalud y a la Promotora Médica Las Américas S.A. se les ha endilgado responsabilidad por la muerte de la señora María Bernarda Rueda de Ramírez. En ese sentido, se observa que respecto de estas se ha efectuado una imputación fáctica y jurídica concreta y por tanto, les asiste legitimación en la causa por pasiva de hecho, porque la material se examinará en el fondo.

2. Cuestión previa. El fuero de atracción

En sentencia del 29 de agosto de 2007²⁰, la Sala de Sección Tercera destacó que el fuero de atracción resulta procedente siempre que desde la formulación de las pretensiones y su soporte probatorio pueda inferirse que existe una probabilidad mínimamente seria de que la entidad o entidades públicas demandadas, por cuya implicación en la *litis* resultaría competente el juez administrativo, sean efectivamente condenadas.

Tal circunstancia es la que posibilita al mencionado juez administrativo adquirir y mantener la competencia para fallar el asunto en lo relativo a las pretensiones

¹⁸ Fl. 55 a 57 cuaderno principal.

¹⁹ Fls. 425 a 430 cuaderno del Consejo de Estado.

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, exp. 15526 y recientemente en Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, exp. 38958, sentencia del 22 de marzo de 2017.

lanzadas contra aquellos sujetos no sometidos a su jurisdicción, incluso en el evento de resultar absueltas, por ejemplo, las personas de derecho público, igualmente demandadas, cuya vinculación a la *litis* determina que es la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo la llamada a conocer del pleito.

En sentencia de 30 de septiembre de 2007²¹, la Sección precisó que la circunstancia de que algunos de los sujetos vinculados al proceso sean juzgados generalmente por el juez ordinario, no excluye la competencia de esta jurisdicción por la aplicación del fuero de atracción. Basta que el demandante, con suficientes fundamentos fácticos y jurídicos, impute acciones u omisiones contra varios sujetos y que uno de ellos deba ser juzgado por esta jurisdicción, para que ésta asuma la competencia, sin que resulte relevante que la sentencia finalmente absuelva al ente público.

Además, en providencia de 1 de octubre de 2008²², la Sección reiteró que cuando se formula una demanda, de manera concurrente, contra una entidad estatal y contra un sujeto de derecho privado, por un asunto que en principio debería ser decidido ante la jurisdicción ordinaria, el proceso debe adelantarse ante esta jurisdicción, que adquiere competencia para definir la responsabilidad de todos los demandados.

De todo lo anterior se concluye que esta jurisdicción tiene competencia para vincular y juzgar a los particulares o personas de derecho privado en virtud del fuero de atracción, aun cuando al momento de realizar el análisis probatorio del proceso se establezca que la entidad pública, también demandada, no es responsable de los hechos y daños que se le atribuyen en el libelo.

Sin embargo, el factor de conexión que da lugar a la aplicación del fuero de atracción y que permite la vinculación de personas privadas que, en principio, están sometidas al juzgamiento de la jurisdicción ordinaria, debe tener un fundamento serio, es decir, que en la demanda se invoquen acciones u omisiones que, razonablemente, conduzcan a pensar que su responsabilidad pueda quedar comprometida.

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, M.P. Ramiro Saavedra Becerra, exp. 15635.

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, exp. 2005-02076-01(AG).

Se resalta que para que opere el fuero de atracción es menester que los hechos que dan origen a la demanda sean los mismos²³, postura que ha sido reiterada por la Sala en pronunciamientos más recientes²⁴ que le permiten compartir la decisión del *a quo* de fallar en relación con la persona de derecho privado, esto es, la Promotora Médica Las Américas S.A.

3. El daño

Con la copia auténtica del registro civil de defunción quedó probada la muerte de la señora Rueda de Ramírez, el 2 de abril de 2004²⁵, lo que, de conformidad con las circunstancias alegadas en la demanda puede considerarse un daño antijurídico, cuya imputación será analizada a continuación.

4. Del título de imputación jurídica

La Sala Plena de la Sección Tercera, en sentencia de 19 de abril 2012²⁶, unificó su posición en el sentido de indicar que, en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones, tanto fácticas como jurídicas, que den sustento a la decisión que habrá de adoptar.

Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos títulos de imputación, para la solución de los casos sometidos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar, frente a determinadas situaciones fácticas, un específico título de imputación.

En este sentido, en aplicación del principio *iura novit curia*, la Sala puede analizar el caso bajo la óptica del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado aplicable de cara a los hechos probados dentro del proceso, sin que esto implique una suerte de modificación o alteración de la causa *petendi*, ni que responda a la

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, M.P. Julio César Uribe Acosta., expediente No. 10.007 y 9480 del 4 de agosto de 1994.

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Subsección A, sentencia del 22 de marzo de 2017, exp. 38.958.

²⁵ Fl. 53 cuaderno principal.

²⁶ Consejo de Estado. Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de 19 de abril de 2012. Expediente: 21515, C.P. Hernán Andrade Rincón.

formulación de una hipótesis que se aleje de la realidad material del caso, ni que se establezca un curso causal hipotético de manera arbitraria²⁷.

Ahora bien, la situación fáctica indicada en el acápite precedente puede dar lugar a una imputación jurídica de responsabilidad, a condición de que se advierta que fue producto de una falla del servicio de una de las entidades públicas demandadas, o de la conducta culposa de la Promotora Médica Las Américas S.A., sometida al régimen de derecho privado o, eventualmente, que se reúnen las condiciones para la aplicación de un régimen especial de responsabilidad.

En efecto, la responsabilidad de la Promotora Médica Las Américas S.A., sometida al régimen de derecho privado, debe analizarse desde la perspectiva de la teoría general de la responsabilidad civil extracontractual que tiene su fundamento en los artículos 2341²⁸ y 2356²⁹ del Código Civil y sobre la cual la Corte Suprema de Justicia ha precisado:

“...con apoyo en el tenor del artículo 2341 del Código Civil, para que resulte comprometida la responsabilidad de una persona natural o jurídica, a título extracontractual, se precisa de la concurrencia de tres elementos que la doctrina más tradicional identifica como ‘culpa, daño y relación de causalidad entre aquélla y este’.

“Condiciones estas que además de considerar el cuadro axiológico de la pretensión en comentario, definen el esquema de la carga probatoria del demandante, pues es a este a quien le corresponde demostrar el menoscabo patrimonial o moral (daño) y que este se originó en la conducta culpable de quien demanda, porque al fin y al cabo la responsabilidad se engasta en una relación jurídica entre dos sujetos: el autor del daño y quien lo padeció”³⁰.

Teniendo en cuenta que, como lo explicó recientemente la Sala de Casación Civil de dicha Corporación³¹:

“La culpa civil, en suma, se concreta en un error de cálculo frente a lo que es objetivamente previsible. Si el actor previó o no que su conducta podía derivar en un evento dañoso es irrelevante para efectos de alcanzar el nivel de culpa sin

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 13 de mayo de 2015, expediente 50001 23 31 000 1994 04485 01 (17037), C.P. Hernán Andrade Rincón.

²⁸ *“El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”.*

²⁹ *“Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona puede ser reparado por ésta”.*

³⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, sentencia de octubre 25 de 1999, exp. 5012, M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

³¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 30 de septiembre de 2016, rad. 05001-31-03-003-2005-00174-01, M.P. Ariel Salazar Ramírez.

representación. Lo importante es que haya actuado (o dejado de actuar) por fuera del rango de sus posibilidades de acción respecto de lo que está jurídicamente permitido (...).

“(...).

“Los parámetros que rigen la conducta del agente normalmente no están positivizados, salvo algunos casos de reglamentaciones administrativas, como por ejemplo las normas de tránsito; las normas sobre calidad total del servicio de salud; las guías y protocolos médicos de los servicios seccionales de salud de los municipios; las reglamentaciones sobre calidad de las construcciones y sismorresistencia, para evitar que las construcciones causen daños a terceros, etc.

“La violación de tales pautas, como ya se dijo, lleva implícita la culpa siempre que su inobservancia tenga una correlación jurídica con el evento lesivo. La función de estas reglas no es imponer consecuencias en el sistema de la responsabilidad extracontractual pues sus efectos se circunscriben al ámbito profesional, técnico o científico para el que están destinadas a regir; de ahí que el juicio de atribución de culpabilidad que se hace con base en las mismas no obedece a un mecanismo de subsunción o applicatio legis ad factum, sino a un proceso hermenéutico que toma como tertium comparationis las reglas de experiencia, de ciencia y de técnica propias del contexto en que el imputado se desenvuelve, con el fin de valorar su conducta a la luz de los estándares de prudencia.

“Tales estándares pueden demostrarse por cualquier medio de prueba legalmente admisible o, inclusive, no requerir prueba cuando se trata de hechos notorios, lo que acontece cuando los parámetros de conducta socialmente exigibles son tan evidentes, que toda persona de mediano entendimiento tiene la posibilidad de conocerlos (...).”

Ahora bien, en caso de no acreditarse la actuación culposa del agente causante del daño, necesaria para estructurar la responsabilidad en el régimen general, habría lugar a estudiar si, por la naturaleza de la actividad en el marco de la cual se produjo el daño, habría lugar a aplicar el régimen especial de la presunción de culpa que la jurisdicción civil considera en estos casos³².

En este orden de ideas y teniendo en cuenta que, para determinar la existencia de la falla del servicio de las entidades, o de la conducta culposa de la entidad sometida al derecho privado, es necesario establecer previamente la carga obligacional de las primeras, o el comportamiento que le era exigible a la última frente a los hechos que dieron lugar a la presente demanda, la Sala recordará el

³² Vale la pena recordar que la preferencia por los regímenes subjetivos de responsabilidad, con el fin de poner en evidencia el error cometido, no sólo es aplicable en materia de responsabilidad administrativa, sino también en la de carácter civil, con fundamento en la finalidad preventiva de todo el derecho de daños. En ese sentido puede consultarse Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 31 de agosto de 2015, exp. 27620, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

marco normativo que regulaba la actividad en el marco de la cual se produjeron.

5. El marco normativo de la referencia y contrarreferencia de pacientes

El Decreto 2757 de 1991 organiza y establece el régimen de referencia y contrarreferencia para las entidades del subsector oficial señaladas en el artículo 5, numeral 1, literales a), b) y c) de la Ley 10 de 1990³³, y para las del subsector privado con las cuales tenga el Estado contrato celebrado para la prestación de servicios de salud o que participen en las formas asociativas dentro del proceso de integración funcional.

Este decreto define el régimen de referencia y contrarreferencia como el conjunto de normas técnicas y administrativas que permiten prestar adecuadamente al usuario el servicio de salud, según el nivel de atención y grado de complejidad de los organismos de salud con la debida oportunidad y eficacia.

Además, en el párrafo segundo de artículo 2 establece:

“PARÁGRAFO 2º. Se entiende por Referencia, el envío de usuarios o elementos de ayuda diagnóstica por parte de las unidades prestatarias de servicios de salud, a otras instituciones de salud para atención o complementación diagnóstica, que de acuerdo con el grado de complejidad den respuesta a las necesidades de salud

“Se entiende por Contrarreferencia, la respuesta que las unidades prestatarias de servicios de salud receptoras de la referencia, dan al organismo o a la unidad familiar. La respuesta puede ser la contrarremisión del usuario con las debidas indicaciones a seguir o simplemente la información sobre la atención recibida por el usuario en la institución receptora, o el resultado de las solicitudes de ayuda diagnóstica”.

Ahora bien, el objetivo del régimen es facilitar la atención oportuna e integral de los usuarios, estableciendo para ello varias modalidades a saber:

“ARTICULO 4º. DE LAS MODALIDADES DE SOLICITUD DE SERVICIOS. Dentro del régimen de Referencia y Contrarreferencia se dan las siguientes modalidades de solicitud de servicios:

³³ *“ARTICULO 5o. SECTOR SALUD. El sector salud está integrado por:*

1. El subsector oficial, al cual pertenecen todas las entidades públicas que dirijan o presten servicios de salud, y específicamente:

a) Las entidades descentralizadas directas o indirectas del orden nacional;

b) Las entidades descentralizadas directas o indirectas del orden departamental, municipal, distrital o metropolitano o las asociaciones de municipios;

c) Las dependencias directas de la Nación o de las entidades territoriales (...).”

“1.- Remisión. Procedimiento por el cual se transfiere la atención en salud de un usuario, a otro profesional o institución, con la consiguiente transferencia de responsabilidad sobre el cuidado del mismo.

“2.- Interconsulta. En la solicitud elevada por el profesional o institución de salud, responsable de la atención del usuario a otros profesionales o instituciones de salud para que emitan juicios y orientaciones sobre la conducta a seguir con determinados usuarios, sin que estos profesionales o instituciones asuman la responsabilidad directa de su manejo (...).”

Adicionalmente, establece la obligación, por parte de las entidades públicas o privadas del sector salud, que hayan prestado la atención inicial de urgencias, garantizar la remisión adecuada de estos usuarios hacia la institución del grado de complejidad requerida, que se responsabilice de su atención. Así, la entidad remitora será responsable del paciente hasta que ingrese a la institución receptora.

En el mismo sentido, la Resolución 5261 de 1994, estableció:

“ARTICULO 2. DISPONIBILIDAD DEL SERVICIO Y ACCESO A LOS NIVELES DE COMPLEJIDAD. En todo caso los servicios de salud que se presten en cada municipio estarán sujetos al nivel de complejidad y al desarrollo de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud autorizadas para ello. Cuando las condiciones de salud del usuario ameriten una atención de mayor complejidad, esta se hará a través de la red de servicios asistenciales que establezca cada E.P.S.

“PARÁGRAFO. El acceso al servicio siempre será por el primer nivel o por el servicio de urgencias. Para los niveles subsiguientes el paciente deberá ser remitido por un profesional en medicina general de acuerdo a las normas definidas para ello, las que como mínimo deberán contener una historia clínica completa en la que se especifique el motivo de la remisión, los tratamientos y resultados previos. Cuando en el municipio de residencia del paciente no se cuente con algún servicio requerido, este podrá ser remitido al municipio más cercano que cuente con él. Los gastos de desplazamiento generados en las remisiones serán de responsabilidad del paciente, salvo en los casos de urgencia debidamente certificada o en los pacientes internados que requieran atención complementaria. Se exceptúan de esta norma las zonas donde se paga una U.P.C. diferencial mayor, en donde todos los gastos de transporte estarán a cargo de la E.P.S.”

En relación con los CRUE o Centros Reguladores de Urgencias, Emergencias y Desastres, de conformidad con lo establecido en el artículo 54 de la Ley 715 de 2001³⁴, debe indicarse que se trata de unidades de carácter operativo no

³⁴ *“El servicio de salud a nivel territorial, deberá prestarse mediante la integración de redes que permitan la articulación de las unidades prestadoras de servicios de salud, la utilización adecuada de la oferta en salud y la racionalización del costo de las atenciones en beneficio de la población, así como la optimización de la infraestructura que la soporta (...). La red de servicios de salud se*

asistencial, responsables de coordinar y regular, en sus jurisdicciones, el acceso a los servicios de urgencias y la atención en salud de la población afectada en situaciones de emergencia o desastre, con los que se busca que en las entidades territoriales exista coordinación para la atención de emergencias o desastres, estandarización de procesos de referencia y contrarreferencia.

Asimismo, el Decreto 0412 de 1992, por el cual se reglamentan los servicios de urgencias y se dictan otras disposiciones, y el artículo 2 de la Ley 10 de 1990 establecen la obligación para todas las instituciones que ofrezcan servicios de salud de prestar atención inicial de urgencia, independientemente de la capacidad socioeconómica de los solicitantes de este servicio³⁵.

Finalmente, en la ampliación del dictamen pericial rendido dentro de este proceso contencioso, por petición de la Promotora Médica Las Américas S.A., el perito médico reiteró que el procedimiento a seguir para la remisión de un paciente que pertenezca al régimen vinculado o subsidiado, como era el caso de la señora Rueda de Ramírez, consiste en: *“el médico remitente debe comunicarse con el SISA, Centro Regulador para la atención de Urgencias de la DSSA (Dirección Seccional de Salud de Antioquia) y es a través de este medio que se lleva a cabo la remisión (...). En todos los casos este es el procedimiento a seguir. Para que se pueda realizar la remisión de un paciente, la institución receptora debe dar un código de aceptación, además del nombre del médico que se hace responsable de la remisión”*³⁶ (se destaca).

6. La conducta de la Promotora Médica Las Américas S.A. y la E.S.E. Metrosalud

De acuerdo con el marco normativo expuesto, la historia clínica, los testimonios y el dictamen pericial, se tiene que la E.S.E Metrosalud cumplió, en observancia de sus obligaciones como entidad de primer nivel.

organizará por grados de complejidad relacionados entre sí mediante un sistema de referencia y contrarreferencia que provea las normas técnicas y administrativas con el fin de prestar al usuario servicios de salud acordes con sus necesidades, atendiendo los requerimientos de eficiencia y oportunidad, de acuerdo con la reglamentación que para tales efectos expida el Ministerio de Salud”.

³⁵ “Artículo 2. DE LA OBLIGATORIEDAD DE LA ATENCIÓN INICIAL DE LAS URGENCIAS. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2o. de la Ley 10 de 1990, todas las instituciones que ofrezcan servicios de salud están obligadas a prestar atención inicial de urgencia independientemente de la capacidad socioeconómica de los solicitantes de este servicio”.

³⁶ Fls. 304 y 305 cuaderno principal.

En efecto, quedó probado que, en atención a la complejidad de los síntomas padecidos por la señora María Bernarda Rueda de Ramírez y a que la E.S.E. Metrosalud no contaba con el nivel de atención necesaria, la paciente debió ser trasladada a otra institución médica, así se desprende de la historia clínica y del dictamen pericial rendido válidamente dentro del proceso, sin que fuera objetado, del cual se destacan los siguientes apartes (se transcribe de forma literal, incluidos los errores si los hay):

“31 de marzo de 2004, 2:25 horas. Paciente diabética en tratamiento, con malestar general y cefalea, decaimiento. Al examen físico presión arterial: 111/80 pulso 80 X minuto. Se toma dextrometer alterada: 236 mgs/ dl. Se deja en observación, aplicándole líquidos endovenosos, mejoría del estado general y posteriormente se da de alta con instrucciones (nota médica).

*“31 de marzo de 2004, 22:30 horas. Epicrisis. Hoy inicia mareos con vómito con cefalea, paciente diabética, en tratamiento metformina 850 mg 2 al día hace 3 días no lo toma con dolor en hipocondrio izquierdo. Deshidratada grado I-II, Glasgow 15/15, boca: mucosa oral semiseca, prótesis dental. Diagnóstico: diabetes mellitas tipo II, infarto agudo. Dextrometer: 279. Resumen de evolución al egreso: 1/04/2004: **María Bernarda va remitida a la Clínica Las Américas, autoriza en hemodinamia Dr. Juan Andrés Delgado, SISA Fernando Salazar, código: 01042004-021. La auditora Griselda de la Dirección Seccional de SalduD de Antioquia autoriza con el mismo código atención por neurología. Se traslada en ambulancia de Metrosalud (nota médica)** (se destaca).*

“(…).

“1 de abril de 2004, 4:15 A.M. Informe Sisme Martha Echeverri. Doctor Cardona en Hospital Universitario San Vicente de Paul no hay camas. En Hospital Pablo Tobón Uribe Yorleny García No cardiología. Cardiovascular No convenio con SISBEN (nota médica).

“(…).

“1 de abril de 2004, 6:30 A.M. Anestesiología. Lllaman a urgencias, encuentro paciente en paro cardiorespiratorio a quien están intubando y realizando masaje cardíaco, la intubo # 8, se ordena adrenalina 2 ampolla. Realizo masaje cardíaco sin respuesta se (ilegible) con fuente de oxígeno a 12 litros, se coloca otra ampolla de adrenalina sin respuesta, ni ritmo cardíaco. Se ordena otra ampolla de adrenalina y se continúa masaje cardíaco, se encuentra ritmo cardíaco inicialmente bradicárdico, que aumenta de frecuencia y entra en ritmo sinusal a frecuencia de 100 por minuto, presión arterial de 21/120 saturación del 50%, que aumenta a 94 X minuto, queda con presión de 190/110, frecuencia 90 X minuto, saturación de 94% (nota médica) (...).

“1 de abril de 2004, 7:15 A.M. (...) se llamó nuevamente al SISME... se le hace saber que la paciente requiere una U.C.I. urgente (...).

“1 de abril de 2004, 3:30 P.M. Paciente consciente, orientada, refiere sentirse mejor, sin dolor abdominal, se aplicó insulina cristalina hace una hora y el dextrometer le dio 266 mgs, saturación 88%, presión arterial: 80/50, pulso 55, temperatura de 36.5 ° (nota enfermería).

*“Remisión de pacientes. 1 de abril de 2004. Paciente de 68 años que ingresó al servicio de urgencias con marcos, vómito, cefalea, paciente en tratamiento diabética, deshidratada. (...) **Es recibida en Clínica Las Américas, autoriza Dr. Juan Andrés Delgado en hemodinámica. SISA Dr. Fernando Salazar: código 01042004-021. Autoriza con el mismo código auditora de Dirección Seccional de Salud Dra. Griselda la atención por neurología (nota médica).***

*“(...) 1 de abril de 2004, 21:30 horas. Paciente de 68 años **que había sido remitida para la Clínica Las Américas según código 01042004-021 Dr. Fernando Salazar y autorizada en clínica Las Américas por el doctor Juan Andrés Delgado de hemodinamia**, pero es regresada en la misma ambulancia de Metro ya que la enfermera Erica Castaño López aduce que la paciente no fue admitida a admisiones y dice que no hay cama para esta paciente según nota adjunta. Se comenta nuevamente con SISME para que la ubique y de paso aclarar la situación en la Clínica Las Américas (nota médica) (...).*

“2 de abril de 2004, 8 A.M. Llamo al SISME, hablo con el Dr. Juan Carlos (ilegible), le hago saber que la paciente fue devuelta de la Clínica Las Américas por Erika Castaño ayer – no figura la contrarregulación al SISME a pesar de que el Dr. la reportó según nota (...).

“2 de abril de 2004, 20:35 horas, Evaluación médica. Paciente quien llama a evaluar una sobrina y la hija porque está presentando sonidos de apnea, que al llegar presenta un episodio prolongado y fallece (...).

“Análisis de la información:

“(...) La paciente fue recibida y asistida en Metrosalud donde recibió atención adecuada relacionada con su enfermedad y el nivel de complejidad de la institución (...).

“La paciente fue recibida en Metrosalud y desde el mismo momento se gestionó la remisión a unidad cardiovascular, dado que por los antecedentes y los síntomas clínicos de la paciente, se requería ofrecer intervención cardiovascular inmediata, (...).

“No fue posible la aceptación de la paciente en la Clínica Las Américas, por lo que fue devuelta en la misma ambulancia al lugar de origen y tampoco fue posible la remisión a otra institución con unidad cardiovascular, al parecer por poca disponibilidad de camas.

“Conclusión:

“Paciente con riesgo cardiovascular elevado, que presenta infarto agudo del miocardio, que requería atención especializada en unidad cardiovascular para

mejorar el pronóstico de su padecimiento. No obstante, no poder asegurar un resultado médico a la paciente y a su familia, la falta de oportunidad es determinante en el resultado obtenido”³⁷ (destaca la Sala).

El anterior dictamen fue ampliado a solicitud de la Promotora Médica Las Américas S.A., en esta oportunidad el perito médico manifestó (se transcribe de forma literal, incluidos los errores si los hay):

“Cuando la institución de primer nivel que en el momento está atendiendo al paciente, considera que las condiciones que presenta el mismo, o por la complejidad de la patología, la institución misma no está en capacidad de prestar de forma integral el servicio que requiere, la institución remitente debe proceder comunicándose telefónicamente con la EPS a la que pertenezca el paciente, en cabeza de un auditor médico, que se encargará de la regulación de la remisión (Resolución 5261 de 1994).

“En caso de que el paciente no tenga afiliación a una EPS, y pertenezca al régimen vinculado o subsidiado, como en el caso de la señora María Bernarda Rueda, el médico remitente debe comunicarse con el SISA, Centro Regulador para la Atención de Urgencias de la DSSA (Dirección Seccional de Salud Antioquia), y a través de este medio que se lleva a cabo la remisión (Decreto 4747 de 2007).

“(…) En todos los casos este es el procedimiento a seguir. Para que se pueda realizar la remisión de un paciente, la institución receptora debe dar un código de aceptación, además del nombre del médico que se hace responsable de la remisión”³⁸.

Además, quedó probado que la señora María Bernarda Rueda de Ramírez fue trasladada de la E.S.E. Metrosalud a la Clínica Las Américas en una ambulancia, así lo describió Carlos Arturo Fernández Lince, el conductor de la ambulancia (se transcribe de forma literal, incluidos los errores si los hay):

“CONTESTÓ: fechas no sé muy bien, no recuerdo, lo que sé es que nos mandaron de la Unidad Intermedia de Manrique para la Clínica Las Américas con la señora, la occisa, nos mandaron para la Clínica Las Américas porque en Metrosalud segundo nivel necesitaban un tercer nivel para que la atendieran. Nosotros nos desplazamos para allá, yo como conductor ayudo a bajar y subir la paciente de la ambulancia, hay un camillero o enfermero que es que el que se baja y entrega la paciente y le da los datos al médico del diagnóstico del paciente y ya el médico o la enfermera le recibe y se hace el ingreso a la Clínica, nosotros llegamos a las Américas con la señora y el compañero mío entró como es usual y volvió y salió y dijo que había un problema con el ingreso de esta señora, ahí entraron la familia de la señora y lo que salieron diciendo era que les estaban pidiendo cierta cantidad de plata y la familia se reunió y dijeron que no tenían sino 200 mil para abonar y entraron y no les aceptaron esa cantidad, nosotros nos

³⁷ Fls. 236 a 247 cuaderno principal.

³⁸ Fls. 304 a 305 cuaderno principal.

*comunicamos con Metrosalud y el compañero expuso la situación de que había que consignar una plata para que atendieran y la señora se quedó un rato conversando en la recepción y ellos salieron con el camillero y dijeron que teníamos que devolver a la señora a la Unidad Intermedia de Manrique donde me desplazé y no supe más de la señora hasta los días que dijeron que la señora había fallecido. (...) No salió ningún médico, ni auxiliar ni enfermera, lo que es muy raro porque en muchas de las clínicas cuando el paciente va a ser devuelto salen y miran y lo revisan y ahí no se hizo eso, ahí lo que reclamaban era un depósito, yo no tuve contacto con ningún personal de Las Américas, el problema era de dinero para que la señora pudiera ser atendida (...)*³⁹.

En el mismo sentido, el señor Jorge Iván Fonnegra, camillero de la ambulancia que transportó a la señora Rueda de Ramírez indicó (se transcribe de forma literal, incluidos los errores si los hay):

“CONTESTÓ: Que me acuerde se llevó a la paciente de Manrique a la Clínica Las Américas, paciente comentada con médico respectivo de la Clínica Las Américas, al llegar a la clínica, bajamos la paciente se entró a urgencias, en la entrada a urgencias una enfermera profesional nos paró y nos preguntó qué médico recibe a la paciente y al verificar que era con SISBEN y la calidad del paciente, pide plata para poder dar la cama en la clínica Las Américas. Al ver que no había plata y que era gente pobre, dijo que no había camas. La enfermera no dio el nombre. Sacamos a la paciente y nos la llevamos otra vez para la Unidad Intermedia de Manrique. Este procedimiento fue informado al CRUE –Centro Regulador de urgencias y Emergencias de Medellín- es la entidad que consigue las camas para los pacientes. PREGUNTADO: Sírvase decir al despacho quién ordenó que la paciente (...) fuera remitida a la clínica Las Américas. CONTESTÓ: El médico de urgencias de la Unidad Intermedia de Manrique. (...) Yo le pedí a la enfermera que me diera certificación por escrito por qué la devolvía y no quiso, sólo anotó que la devolvía por falta de camas y yo no puedo braviar con ellos, simplemente informo PREGUNTADO: Sírvase decir al despacho cuál fue el paso a seguir tan pronto ustedes escucharon la respuesta y presenciaron la actitud asumida por la enfermera profesional que los atendió a su ingreso a la clínica. CONTESTÓ: Sacar al paciente y volver a Manrique, uno informa al CRUE, vuelve la paciente porque no recibieron la paciente, dijeron que el médico confirmara, pero como el médico de Las Américas no nos vio, nos vio fue la enfermera, la central del CRUE nos dijo que la regresáramos a Manrique.

A través del documento de remisión de pacientes, suscrito por la médica Teresa de la Hoz, de la E.S.E. Metrosalud, quedó acreditado que la entidad solicitó al CRUE -Centros Reguladores de Urgencias y Emergencias y Desastres-, la autorización para la remisión de la paciente a la Clínica Las Américas, así se indicó (se transcribe de forma literal, incluidos los errores si los hay):

“Es recibida Clínica Las Américas, autorizó DR. JUAN ANDRÉS DELGADO en hemodinamia.

³⁹ Fls. 315 a 321 cuaderno principal.

“SISA Dr. Fernando Salazar, código 01042004-021.

“Autoriza con el mismo código auditora de Dirección Seccional de Antioquia Dra. Griselda la atención neurológica”⁴⁰ (se destaca).

Ahora bien, el testimonio rendido por el médico cardiólogo de la Clínica Las Américas, Juan Andrés Delgado Restrepo, describió el proceso de remisión en los siguientes términos (se transcribe de forma literal, incluidos los errores si los hay):

“PREGUNTADO: Sabe usted cuál es el procedimiento para la remisión de pacientes de centros hospitalarios de un menor nivel a uno de mayor nivel. CONTESTÓ: Ese es un proceso administrativo del cual no conozco los detalles, lo que sé es que cuando nos comentan algún paciente se remite a la parte administrativa para que haga toda esa gestión. PREGUNTADO: Dentro de sus funciones se encontraba la de atención a usuarios en el momento de ser remitidos por otros centros hospitalarios en el ingreso? CONTESTÓ: Como cardiólogo de la clínica cuando el paciente es remitido y admitido en la clínica ya nos dan aviso a nosotros los cardiólogos del visto bueno administrativo y a partir de ese momento empiezan nuestras funciones como cardiólogos dentro de la clínica. PREGUNTADO: Sabe si existe en la clínica Las Américas un ente administrativo encargado de la asignación de cupos para pacientes remitidos de otros centros hospitalarios. CONTESTÓ: Siempre hay un funcionario encargado para esos trámites. (...) PREGUNTA: Diga al Despacho si en algún momento es posible que un ente de salud que requiera de la remisión de un paciente haga directamente a alguno de los especialistas de la Clínica Las Américas el comentario ‘sobre la situación clínica del paciente que requiere remitir’ independiente de los trámites administrativos que requiera. CONTESTÓ: El servicio que particularmente prestamos los cardiólogos intervencionistas es muy avanzado, es ocasional que nos llamen y nos pidan un concepto ante una situación de un paciente y uno como colega les da la recomendación que como conector puede darse pero es una recomendación mas no una dirección clínica. (...) PREGUNTADO: (...) Manifieste al Despacho por qué en la unidad médica de Metrosalud existe constancia en la solicitud de remisión de pacientes donde el Doctor Juan Andrés Delgado autoriza el traslado (...). CONTESTÓ: No sé, yo no puedo controlar la historia clínica de las instituciones, lo que se coloca o no, yo me apego a la respuesta a la pregunta anterior en donde probablemente este sea uno de esos casos en donde un colega con una situación de un paciente en condiciones muy críticas solicita mi ayuda como especialista y se comunicó de alguna manera al servicio de hemodinámica de las Américas y si mi nombre aparece aquí es probable que se haya comunicado conmigo y yo desde el punto de vista de colega les doy recomendaciones desde el punto de vista clínico, médicas mas no administrativas como lo he dicho en toda la mañana. PREGUNTADO: Diga al despacho si recuerda haber conversado con alguno de los colegas sobre la situación de la paciente María Bernarda Rueda de Ramírez. CONTESTÓ: No recuerdo, yo personalmente atiendo entre 25 y 30 pacientes y esta es una paciente que ni siquiera vi, no la atendí personalmente”⁴¹.

⁴⁰ Fl. 13 cuaderno principal.

⁴¹ Fls. 308 a 311 cuaderno principal.

Finalmente, la enfermera de la Clínica Las Américas, coordinadora de admisiones, en relación con la forma en la cual se hacía la remisión de los pacientes, indicó:

“PREGUNTADO: Diga al Despacho si un paciente que es remitido por el CRUE – Centro Regulador de Urgencias y Emergencias de Medellín- a la Clínica Las Américas, puede contar con la seguridad de que va a ser atendido en este establecimiento? CONTESTÓ: El paciente remitido por el CRUE, tiene certeza de su atención cuando se agotan los canales regulares y además, contamos con la capacidad de respuesta para hacerlo, me explico, el CRUE debe comunicarse con la oficina de atención al usuario de urgencias, con las enfermeras que manejan el programa de referencia y contrarreferencias para comentarles el paciente que necesitan remitir, estas enfermeras verifican que sí contamos con la especialidad y con el tipo de cama que se requiere, lo comentan con el especialista tratante y si es un paciente que cumple con las disponibilidades con la que contamos, el CRUE nos expide un número o código de autorización con el que posteriormente facturamos a quien corresponda, porque el CRUE no solo regula pacientes del SISBEN, sino de otro tipo de entidades cuando solicitan su colaboración (...) PREGUNTADO: Es posible que el CRUE asigne un código de atención con la mera manifestación de la entidad remitente, de que ya contactó a la entidad receptora y esta autorizó la remisión? CONTESTÓ: El CRUE debe tener una políticas de manejo que no son realmente de conocimiento nuestro, pero, lo que se ha manejado siempre, la directriz que hay de la Dirección Seccional de Salud y lo que hay en la legislación obliga a que el código solo sea asignado en el momento en que se confirme la aceptación por parte de la IPS a la cual se le está solicitando el servicio. (...) PREGUNTADO: Cuando un paciente (...) llega a una institución prestadora de servicios de salud de carácter urgente y este no es admitido (...), las causas por las cuales no es recibido, se expresan de manera verbal o por escrito y en este caso que nos incumbe, por qué no existe constancia escrita de la causa por la cual fue negada la admisión de esta paciente en la clínica. CONTESTÓ: El por qué no existe un registro y las causa de la no atención, con parte de la reconstrucción que estamos haciendo de esto, porque se trata de un hecho ocurrido cuatro años atrás y no podemos asegurar y puntualizar cada detalle, salvo que el caso hubiese sido atendido directamente por mí (...)”⁴².

Por el contrario, no quedó acreditado, a través de un medio probatorio conducente, que la Promotora Médica Las Américas S.A. hubiera cumplido con sus obligaciones legales. Si bien la atención inicial y la responsabilidad de la paciente estaban en cabeza de la E.S.E. Metrosalud, también es cierto que el procedimiento empleado por esta se ciñó a lo establecido en las normas relativas a la referencia y contrarreferencia del paciente, como quedó visto.

En efecto, la E.S.E. Metrosalud probó que se comunicó con el CRUE, no con la Clínica Las Américas o con uno de sus médicos para solicitar una consulta, sino directamente con la entidad encargada de la ubicación de la cama y los servicios

⁴² Fls. 282 a 294 cuaderno principal.

requeridos por los pacientes, motivo por el cual recibió un código, así como el nombre del médico y la entidad que se encargaría de su atención, lo que motivó el traslado de la señora Rueda de Ramírez en una ambulancia de la E.S.E. Metrosalud, en compañía de un camillero, situación que, desde ya, advierte la Sala, no se probó como inadecuada, pues tal y como lo manifestaron el camillero y el conductor de la ambulancia, la señora María Bernarda Rueda de Ramírez se encontraba estable y la compañía de un médico tratante solo se requiere cuando se trata de una urgencia vital⁴³, calificación que no aparece dada en ninguno de los aparte de la historia clínica, previo al desplazamiento de la paciente hacia la Clínica Las Américas.

Además, no fue probado por la Promotora Médica Las Américas S.A. que la ausencia de un médico durante el desplazamiento en ambulancia hubiera sido un factor determinante en el deterioro de la salud de la señora Rueda de Ramírez.

Por el contrario, el médico que figuró como el encargado de la atención de la paciente en el formato de remisión y la enfermera encargada del trámite de admisiones en la Clínica Las Américas, se limitaron a afirmar que desconocían la razón por la cual, en la hoja de remisión de la paciente, aparecen el nombre del primero y el código de admisión en la entidad; sin embargo, al indagárseles sobre la forma correcta en la que debía hacerse la remisión, confirmaron que los pasos adelantados por la E.S.E. Metrosalud fueron acertados, sin que puedan acreditar una causal que justifique su negativa como entidad para la recepción de la paciente.

Paradójicamente, los testimonios rendidos por el camillero y el conductor de la ambulancia encargados de conducir a la señora María Bernarda Rueda de Ramírez a esa institución médica confirmaron que el único problema que evidenció el personal de la clínica para recibir a la paciente consistió en que su familia no contaba con suficiente dinero.

Si bien el apoderado de la Promotora Médica Las Américas S.A. en su recurso de apelación sostuvo que el Tribunal de primera instancia no tuvo en cuenta el listado de pacientes que para el día de los hechos ocupaba las camas de la clínica y que se constituyó como el único motivo para no aceptar a la paciente⁴⁴, lo cierto es que, al revisar nuevamente dicho listado, para la Sala no es concluyente, pues se

⁴³ Fls. 315 y 316 cuaderno principal.

⁴⁴ Listado aportado con la contestación de la demanda obrante a folios 93 y 94 del cuaderno principal.

trata de una enumeración de historias clínicas, con fechas de ingreso y procedencia, sin que se suministre información respecto de la capacidad de la clínica, las camas que tenían disponibles o datos relevantes distintos a los ingresos que tuvo la institución en un lapso cercano a la fecha de ocurrencia de los hechos.

Así pues, para la Sala quedó probado que la E.S.E. Metrosalud cumplió con sus obligaciones legales en relación con la paciente, no solo al brindarle la atención médica requerida, proporcional a su capacidad de institución prestadora de servicios en el nivel II, sino por el hecho de haber tramitado, desde un principio y de conformidad con las normas de referencia y contrarreferencia, vigentes para la fecha de los hechos, la remisión de la señora María Bernarda Rueda de Ramírez, quien finalmente falleciera sin tener la oportunidad de recibir los servicios asistenciales requeridos, de acuerdo con la enfermedad que padecía.

Además, se acreditó que la conducta, en este caso omisiva, que propició que la señora María Rosalba Rueda de Ramírez perdiera la oportunidad de ser atendida en una institución de nivel superior, se le puede atribuir a la Promotora Médica Las Américas S.A., institución que tenía el deber legal de actuar y realizar acciones encaminadas a aceptar la remisión de una paciente y, por el contrario, optó por asumir una actitud omisiva relevante, incluso cuando legalmente, tenía la obligación de recibir a la paciente por urgencias.

Las pruebas aportadas al proceso permiten evidenciar que la Promotora Médica Las Américas S.A. actuó de manera culposa al omitir la admisión de la señora María Bernarda Rueda de Ramírez, como le era jurídicamente exigible hacerlo, porque se cumplieron las exigencias establecidas en la norma de referencia y contrarreferencia de pacientes vigente para esa época y de conformidad con la obligación de prestación de una atención en salud de calidad que la Ley 100 de 1993 impuso a las organizaciones proveedoras de servicios médicos.

Ahora bien, tal y como lo manifestó el Tribunal Administrativo de Antioquia, debido a la patología padecida previamente por la paciente (diabetes), sumado a su edad y al infarto sufrido, para la Sala también es claro que la falta de atención por parte de la Promotora Médica Las Américas S.A. pudo no ser la causa adecuada del daño, resumido en la muerte de la señora María Bernarda Rueda de Ramírez, pero sí la causante de la pérdida de oportunidad o pérdida de chance de ser atendida en una entidad de nivel superior, frente a la cual la Corte Suprema de

Justicia así se ha pronunciado:

“La pérdida de una oportunidad cierta, real, concreta y existente al instante de la conducta dañosa para obtener una ventaja esperada o evitar una desventaja, constituye daño reparable en el ámbito de la responsabilidad contractual o en la extracontractual, los daños patrimoniales, extrapatrimoniales o a la persona en su integridad psicofísica o en los bienes de la personalidad por concernir a la destrucción de un interés tutelado por el ordenamiento jurídico, consistente en la oportunidad seria, verídica, legítima y de razonable probabilidad de concreción ulterior de no presentarse la conducta dañina, causa de su extinción”⁴⁵.

Y considera como elementos esenciales para su configuración que haya i) certeza acerca de la existencia de una oportunidad legítima, que sea seria, verídica, real y actual; ii) imposibilidad concluyente de obtener el provecho o evitar el detrimento y iii) que la víctima se encontrara en una situación fáctica y jurídicamente idónea para obtener el resultado esperado⁴⁶.

De conformidad con la postura anterior, similar a la asumida por el Consejo de Estado, la Sala advierte que si bien, en el caso concreto, no existe una absoluta certeza acerca de si la atención de la señora Rueda de Ramírez en la Clínica Las Américas le hubiera permitido evitar su muerte, no es menos cierto que dicha omisión excluye la diligencia y cuidado con que, se dice, actuó la entidad privada; además, resulta ajustado concluir que si la promotora Médica Las Américas S.A. hubiera obrado a tiempo y de manera diligente, no se le hubiera quitado a la demandante la oportunidad de seguir con vida.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado:

“(…) la Sala considera que la pérdida de oportunidad se ubica en el campo del daño, sin desconocer que por elementales razones guarda estrecho vínculo con la relación de causalidad, -la causalidad existente entre el hecho imputable y el daño para estructurar la responsabilidad- y por lo mismo, resulta ser un perjuicio autónomo que, no obstante, es indemnizable, diferente al daño final padecido por el paciente”⁴⁷

Como consecuencia, teniendo en cuenta que la actuación culposa, derivada de la abierta negligencia de la entidad le quitó la oportunidad de salvar la vida de la

⁴⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala De Casación Civil. M.P: William Namén Vargas. Bogotá, 9 de septiembre de 2010. Expediente No. 17042-3103-001-2005-00103-01.

⁴⁶ Corte Suprema Dd Justicia. Sala De Casación Civil. M.P: Margarita Cabello Blanco. Bogotá, 4 de agosto de 2014. Expediente No. 11001-31-03-003-1998- 07770-01.

⁴⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Bogotá, D.C., primero (1) de agosto de dos mil dieciséis (2016), C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, radicación número: 19001-23-31-000-2001-01429-01(35116), en ese mismo sentido, sentencia de 27 de abril de 2011, exp. 18.714. M.P. Gladys Agudelo Ordóñez y sentencia del 8 de junio de 2017, exp. 19.360.

señora Rueda de Ramírez, la Sala confirmará en ese sentido y bajos los argumentos hasta aquí esgrimido la culpabilidad de la Promotora Médica Las Américas S.A. por la pérdida de la oportunidad.

7. El incremento de perjuicios solicitados por la parte actora

En relación con los puntos objeto de apelación formulados por los demandantes, la Sala debe advertir que, sobre el particular, la jurisprudencia de esta Sección será la aplicable en este caso, por cuanto no existe un mandato legal relativo a la forma en la que se debe indemnizar la pérdida de oportunidad y en atención a que la solución asumida por esta Corporación también es aplicada en los fallos proferidos por la Corte Suprema de Justicia, en los que se ha señalado que, como esta figura constituye un perjuicio autónomo, no deviene directamente del daño, en este caso, de la muerte de la señora María Bernarda Rueda de Ramírez sino de la pérdida de la oportunidad de salvar su vida, la cuantía se valora de acuerdo con el principio de equidad, previsto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998:

“5.- Indemnización de perjuicios.

“Toda vez que no obran en el expediente más elementos probatorios que puedan ser valorados con miras a establecer, con fundamento en criterios técnicos, estadísticos y apoyándose en información objetiva y contrastada, la cuantía del daño que por concepto de pérdida de oportunidad le fue irrogado a la parte demandante, la Sala acudirá al criterio de la equidad como principio que el ordenamiento jurídico —artículo 16 de la Ley 446 de 1998⁴⁸— impone tener en cuenta para efectos de reparar de forma integral el daño causado por la acción o la omisión de las autoridades públicas, a cuyo auxilio debe acudir, además, por virtud del denominado principio pro damnato, propio del derecho de daños y que sin duda ha de hacer sentir su vigor en escenarios como el del presente caso, en el cual se encuentran acreditados todos los elementos neCésarios para imponer al Estado la obligación de reparar el daño antijurídico que causó, pero resulta altamente improbable —por no decir que materialmente imposible— recaudar elementos demostrativos que permitan cuantificar de forma técnica, con apoyo en elementos matemáticos y/o estadísticos, el monto del perjuicio a indemnizar.

“5.1.- Perjuicios derivados de la pérdida de la oportunidad de la víctima directa.

“(…), la Sala no se pronunciará respecto de los perjuicios materiales solicitados en la demanda, comoquiera que ellos derivan de la muerte de la

⁴⁸ Original de la cita: “Precepto cuyo tenor literal es el siguiente: ‘Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales’”.

víctima directa, motivo por el cual se reconocerá, con fundamento en el principio de equidad antes mencionado, una suma genérica para cada demandante, habida cuenta que cada uno de ellos demostró su interés para demandar dentro de este proceso y su consiguiente legitimación en la causa por activa dentro del mismo⁴⁹ (negrillas y subrayas de la Sala).

Este reconocimiento, se insiste, surge de la dificultad de indemnizar con base en datos estadísticos o exactos de cuya prueba adolecen casos como el que se examina, razón por la cual se acude al criterio de equidad a fin de evitar condenas en abstracto, como ya lo ha hecho esta Subsección en casos de indemnización del perjuicio autónomo de la pérdida de la oportunidad⁵⁰.

De conformidad con la sentencia acabada de citar, no se reconocerán los perjuicios materiales a título de lucro cesante pretendidos por los demandantes, pues, se reitera, no es consecuencia de la muerte de la señora María Bernarda Rueda de Ramírez de donde surge la indemnización, sino como un perjuicio autónomo consistente en la pérdida de la oportunidad de salvar su vida y en ese sentido serán modificadas las sumas que se concedieron a título de perjuicios morales, para, en su lugar, concederlos a título de pérdida de oportunidad.

Además, en atención al principio de equidad, utilizado en estos casos para efectos del reconocimiento del perjuicio y a las condiciones especiales acreditadas en la historia clínica y en el dictamen pericial, esto es, que se trataba de una mujer de 68 años, con antecedente de diabetes y que sufrió un infarto agudo al miocardio al cual sobrevivió por espacio de tres días, debe advertir la Sala que no se modificará el monto concedido, por encontrarlo ajustado.

Finalmente, en relación con la forma en la que el Tribunal de primera instancia indicó el monto a reconocer, la Sala lo modificará, toda vez que desde la sentencia de unificación del 6 de septiembre de 2001, los valores concedidos por concepto de perjuicios inmateriales, serán tasados en salarios mínimos legales mensuales vigentes⁵¹, por tanto, el valor a reconocer en favor de los señores César Antonio Ramírez Rico, Gladys de Jesús Ramírez Rueda y María Rosalba Ramírez Rueda

⁴⁹ Consejo de Estado Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 11 de agosto de 2010, expediente 18.593, CP: Mauricio Fajardo Gómez.

⁵⁰ Consejo de Estado Sección Tercera Subsección A, Sentencias del 13 de marzo de 2013, exp. 500012331000199605793-01 (25.569) y del 21 de marzo de 2012, exp. 54001233100019972919-01 (22.017), ambas con ponencia del Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

⁵¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: DR. Alier Eduardo Hernández Enríquez, Bogotá, D.C., seis (6) de septiembre de dos mil uno (2001), Radicación: 13.232-15.646.

será el equivalente a sesenta (60) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno.

8. Costas

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

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

F A L L A:

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia apelada, proferida el 10 de junio de 2011, por el Tribunal Administrativo de Antioquia, de acuerdo con la parte motiva de esta sentencia, la cual quedará así:

“PRIMERO: DECLARAR a la PROMOTORA MÉDICA LAS AMÉRICAS S.A. culpable por los perjuicios causados a los demandantes con ocasión de la pérdida de oportunidad de la señora María Bernarda Rueda de Ramírez.

“SEGUNDO: ABSOLVER de responsabilidad a la E.S.E. METROSALUD, a la E.S.E. HOSPITAL GENERAL LUZ CASTRO DE GUTIÉRREZ DEL MUNICIPIO DE MEDELLÍN y al DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA – DIRECCIÓN SECCIONAL DE SALUD por los motivos expuestos en la parte considerativa de la presente providencia.

“TERCERO: Como consecuencia de lo resuelto en el numeral anterior, CONDENAR a la PROMOTORA MÉDICA LAS AMÉRICAS S.A. a indemnizar a las siguientes personas en las siguientes sumas por concepto de pérdida de oportunidad:

“- Para el señor CÉSAR ANTONIO RAMÍREZ RICO –esposo de la víctima- la suma equivalentes a sesenta (60) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

“- Para la señora GLADYS DE JESÚS RAMÍREZ RUEDA –hija de la víctima- la suma equivalentes a sesenta (60) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

“-Para la señora MARÍA ROSALBA RAMÍREZ RUEDA –hija de la víctima- la suma equivalentes a sesenta (60) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

“CUARTO: Todas las sumas así determinadas devengarán intereses comerciales moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia.

“QUINTO: DECLARAR probada la excepción de ‘Exclusión pactada al suscribir el contrato de seguro de no pago en caso de dolo o culpa grave del asegurado o sus

representantes' propuesta por la llamada en garantía ASEGURADORA COLSEGUROS S.A., por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente providencia.

“SEXTO: NEGAR las demás súplicas de la demanda.

“SÉPTIMO: CÚMPLASE la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

“OCTAVO: EXPÍDANSE por la Secretaría, copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, y con observancia de lo preceptuado por el artículo 37 del Decreto 359 del 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que la ha venido representando.

“NOVENO: SIN COSTAS en la presente instancia por no aparecer causadas”⁵².

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARÍA ADRIANA MARÍN

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

⁵² Fls. 367 a 392 cuaderno del Consejo de Estado.