

|                                                                                   |                                                                |
|-----------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------|
|  | <b>JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI</b> |
| <b>Cali</b>                                                                       | <b>Cuatro (04) de octubre de dos mil dieciocho (2018)</b>      |

**SENTENCIA No. 135**

|                         |                                                                                 |
|-------------------------|---------------------------------------------------------------------------------|
| <b>MEDIO DE CONTROL</b> | <b>REPARACIÓN DIRECTA</b>                                                       |
| <b>ACCIONANTE</b>       | <b>TERESA GARCÍA RIASCOS Y OTROS</b>                                            |
| <b>ACCIONADA</b>        | <b>INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES –<br/>NUEVA E.P.S. – E.S.E. ANTONIO NARIÑO</b> |
| <b>RADICADO</b>         | <b>76001-33-33-009-2012-00177-00</b>                                            |

**1. ANTECEDENTES DE LA DEMANDA**

**1.1 Pretensiones y fundamentos de hecho de la demanda:**

La señora **Teresa García Riascos**, quien actúa en nombre propio y en representación de la menor **Erika Paola Viafara García**; así como los señores **Carlos Alberto Viafara García**, **Fredy Arley Viafara García** y **Nini Jhoanna Viafara García**, quienes actúan en nombre propio, a través de apoderado judicial, promueven el medio de control de Reparación Directa en contra del **Instituto de Seguros Sociales -Liquidado-**, **representado actualmente por la (Fiduciaria La Previsora S.A.)** y la **Nueva E.P.S.**, con el fin de que se declaren administrativamente responsables de los daños y perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales, ocasionados como consecuencia de la muerte del señor **Celedonio Viafara Arboleda**, ocurrida el día 16 de febrero de 2011, presuntamente por una falla en la prestación del servicio médico.

Como fundamentos de orden fáctico, su representante judicial expuso que:

- 1.- El señor **Celedonio Viafara Arboleda**, al encontrarse afiliado al **Instituto de Seguros Sociales** desde el 1º de enero de 1995, fue atendido el día 14 de junio de 2007 en el servicio de consulta externa de la E.S.E. Antonio Nariño, por remisión de su E.P.S, siendo tratado por el médico especialista en gerontología, quien ordenó su remisión de forma prioritaria para valoración por otorrinolaringología, debido al diagnóstico que padecía de: *"parálisis facial"*.
- 2.- En virtud de lo anterior, fue atendido en la misma fecha por el último especialista en mención, quien confirmó el diagnóstico previamente indicado; sin embargo, en este punto expuso que la profesional no investigó a fondo la causa de su parálisis, por lo que en su sentir erró al plantear un manejo con fisioterapia y administración de complejo B.
- 3.- Al paciente se le identificó una masa en la cara definida como una *"lesión nodular"*, ubicada en el lado izquierdo afectado por la parálisis facial, por debajo

Radicado No. 76001-33-33-009-2012-00177-00

del pabellón auricular en el área de la parótida, por lo que el día 30 de octubre de 2007 se le realizó una biopsia en la E.S.E. Antonio Nariño y, en la misma fecha se envió la muestra de: "*espécimen A. modulación infraauricular izquierda*" al laboratorio de patología y citología "*Diagnostico Citopatologico*"; institución que hizo un reporte correspondiente a la biopsia aspirativa de un nódulo mamario izquierdo y no a la muestra del nódulo infraauricular, por lo que tal aspecto permite inferir que no hay coherencia entre la muestra tomada al señor **Celedonio Viafara Arboleda** y el reporte emitido por dicha entidad, luego, la parte actora hizo alusión a los errores en los que se incurrió al momento de emitir el respectivo informe de patología y citología.

4.- El personal médico que le brindó atención al señor **Celedonio Viafara Arboleda** en el servicio de consulta externa de la E.S.E. Antonio Nariño, los días 10 de diciembre de 2007, 31 de enero de 2008 y 1º de febrero de 2008, no se percató de los errores, las inconsistencias y las omisiones que se presentaron con el reporte del laboratorio de patología y citología "*Diagnostico Citopatologico*", pues no tuvieron en cuenta la presencia de "*atipia*", la cual debió llamar la atención del equipo médico, dada la alta probabilidad de un cáncer, lo cual pudo avizorarse pese a considerarse que la muestra procedía de otra parte anatómica; omisión que permitió el avance del tumor de glándula parótida, sin tratamiento alguno.

5.- La especialista en otorrinolaringología de la E.S.E. Antonio Nariño, incurrió en una falla en el servicio, al no ordenar la realización de una nueva citología aspirativa de la lesión de la parótida, ignorando de tal forma, la presencia de las células descritas en el informe como "*atípicas*" de la muestra tomada del tejido parotídeo.

6.- En virtud de lo previsto en los Decretos 055 y 786 de 2006, el señor **Celedonio Viafara Arboleda** fue trasladado del Instituto de Seguros Sociales a la Nueva E.P.S., por lo que hizo referencia a las atenciones médicas brindadas los días 29 de agosto de 2008 y 20 de noviembre de 2008, por intermedio de los especialistas en cirugía plástica y, a las atenciones brindadas a través de la Clínica Rafael Uribe Uribe y de la Fundación Valle del Lili.

En virtud de lo anterior, el apoderado judicial de la parte actora argumentó que en el presente asunto se presentó una falla en la prestación del servicio por pérdida de la oportunidad, como quiera que el señor **Celedonio Viafara Arboleda**, padeció de un tumor de glándula parótida durante años y los médicos tratantes de **la Nueva E.P.S.** y de la Clínica Rafael Uribe Uribe del **Instituto de Seguros Sociales**, omitieron los signos clínicos y paraclínicos que el paciente presentaba, así como las diversas advertencias realizadas por los otros médicos sobre un posible cáncer; circunstancia que evidentemente lo privó de un tratamiento médico quirúrgico oportuno y adecuado, hasta el punto de causar una metástasis cerebral que lo condujo a su muerte ocurrida el pasado 16 de febrero de 2011.

### **1.2 Alegatos de conclusión:**

En el término concedido para tal efecto, la parte demandante presentó sus alegatos de conclusión<sup>1</sup>, a través de los cuales reiteró que la falla en la prestación

---

<sup>1</sup> Folios 633 a 638 del expediente.

Radicado No. 76001-33-33-009-2012-00177-00

del servicio se tradujo en la atención médica inapropiada brindada al señor **Celedonio Viafara Arboleda**, quien como consecuencia de un diagnóstico médico inoportuno perdió la oportunidad de controlar en estadios tempranos el cáncer de parótida que padecía y que finalmente lo condujo a su muerte, representándose claramente para él, la pérdida de la oportunidad de salvar su vida con un tratamiento médico oportuno.

En tal virtud, procedió a valorar las pruebas recaudas en el curso del proceso, para así señalar que las entidades accionadas incurrieron en un actuar culposo por negligencia e impericia, dada las siguientes circunstancias:

1.- La especialista en otorrinolaringología que ordenó una biopsia aspirativa con aguja fina (BACAF) de una lesión que presenta en la glándula de la parótida, no tomó ninguna conducta para aclarar el diagnóstico presentado el día 22 de noviembre de 2007, por parte del Laboratorio de Patología y Citología "*Diagnostico Citopatologico*", debido a que en el resultado se habían encontrado células atípicas, las cuales dan una alta probabilidad de cáncer.

2.- La especialista en otorrinolaringología demostró una evidente impericia al no encontrar un diagnóstico certero de la causa de la parálisis del nervio facial del señor **Celedonio Viafara Arboleda**, máxime cuando las anotaciones realizadas en la historia clínica permitían inferir la presencia de una masa en la glándula parótida, la cual fue la causa propia de la parálisis, según la declaración rendida por la Dra. **Sory Rosero**.

3.- El paciente fue valorado por diferentes profesionales y se le practicaron exámenes diagnósticos que confirmaban la presencia de un tumor que debía ser estudiado, sin embargo ninguno de los médicos que lo trataron se interesaron lo suficiente para encontrar un diagnóstico correcto que permitiera establecer el plan de tratamiento requerido.

4.- Desde el 14 de junio de 2007 que fue la atención de la Otorrinolaringóloga Dra. Lyda Isibashi Medina, hasta el 07 de diciembre de 2010, que fue su primera atención con el Dr. Juan Guillermo Restrepo Molina, de especialidad Hemato-oncologo, transcurrieron tres (3) años y cinco (5) meses, sin que se diera un diagnóstico apropiado y sin el manejo clínico que requería la enfermedad que padecía, situación que dio paso a que el cáncer se extendiera a otras partes del cuerpo.

En atención a lo anterior, el apoderado judicial de la parte actora expuso que si desde el principio al señor **Celedonio Viafara Arboleda**, se le hubiera hecho con exactitud un diagnóstico diferencial entre los diferentes tipos de parálisis existentes, muy probablemente se le hubiera podido con suficiente tiempo descubrir el tumor maligno en la parótida y lograr extirparlo quirúrgicamente antes de que evolucionara, dando así una esperanza de vida mayor a la que tuvo.

Además, expuso que al paciente no se le brindó la atención médica que requería, pues cada vez que era atendido por un nuevo especialista o se le realizaba un nuevo examen diagnóstico, no existía un profesional médico que tuviera un debido seguimiento a su enfermedad, lo cual en evidencia la negligencia y la impericia en que fue atendido, pues estuvo más cinco (5) años sin un diagnóstico certero y un tratamiento efectivo.

Radicado No. 76001-33-33-009-2012-00177-00

Seguidamente, hizo alusión a la responsabilidad solidaria que debe imperar entre las Empresas Promotoras de Salud - E.P.S. y las Instituciones Prestadoras de Salud - I.P.S., como quiera que existen una responsabilidad por parte de las E.P.S., cuando la prestación del servicio no se realiza bajo los cánones de eficiencia y calidad, dada la obligación de vigilancia y control que deben ejercer entre aquellos que hacen parte de su red de servicios.

Finalmente, solicitó que se declare solidariamente responsable a la fiduciaria Fiduagraria S.A., en representación de la entidad demandada, Instituto de Seguros Sociales Liquidada, a la Nueva E.P.S. y a la entidad vinculada Fiduprevisora S.A., en representación de la E.S.E. Antonio Nariño, por los perjuicios ocasionados a los demandantes con ocasión al fallecimiento del señor **Celedonio Viafara Arboleda**.

## 2. INTERVENCIÓN DE LAS ENTIDADES DEMANDADAS

### 2.1. Contestación de la demanda:

#### **2.1.1. Instituto de Seguro Social –Liquidado-:**

A través de apoderado judicial, contestó oportunamente la demanda<sup>2</sup>, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la misma y, al respecto argumentó que dicha entidad no es administrativamente responsables de los hechos materia de litigio, toda vez que el manejo dado al paciente, tanto diagnóstico como médico, estuvo acorde con los protocolos establecidos y, la atención por parte de la E.S.E. Antonio Nariño hoy liquidada y de sus respectivas I.P.S. fue oportuna y diligente.

En este sentido, propuso como excepción, la denominada: *"inexistencia de la obligación"*.

Finalmente, en lo que corresponde a la intervención de esta entidad, debe indicarse que mediante auto interlocutorio No. 718 del 28 de septiembre de 2017<sup>3</sup>, se dispuso tener a la sociedad fiduciaria **Fiduagraria S.A.**, como sucesora procesal del Instituto de Seguros Sociales Liquidado, de conformidad con el contrato mercantil No. 015 de 2015 y como quiera que actualmente es la representante legal del Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales P.A.R.I.S.S.

#### **2.1.2. La Nueva E.P.S.**

Dicha entidad, a través de apoderado judicial contestó oportunamente la demanda<sup>4</sup>, exponiendo, en principio, la situación jurídica relacionada con la afiliación por traslado a prevención de los afiliados a la E.P.S. del **Instituto de Seguros Sociales**, ocurrida desde el 1º de agosto de 2008, con el fin de indicar que dicha entidad asumió la prestación del servicio de salud de los afiliados como una empresa independiente y autónoma de la E.P.S. del ISS, pero no asumió los

---

<sup>2</sup> Folios 217 a 219 del expediente.

<sup>3</sup> Folios 594 a 595 del expediente.

<sup>4</sup> Folios 171 a 198 del expediente.

Radicado No. 76001-33-33-009-2012-00177-00

actos y omisiones sobre las actuaciones consolidadas y generadas a sus afiliados durante el tiempo en que estos estuvieron afiliados a dicha E.P.S.

En segundo lugar, hizo un pronunciamiento respecto de los hechos puestos de presente en el libelo introductorio, para así manifestar que en el presente asunto no se configuró una falla en la prestación del servicio por parte de la **Nueva E.P.S.**, toda vez que se ordenó en forma oportuna la atención médica especializada por otorrinolaringología y por el especialista de cabeza y cuello, amén de que, se dieron todas las autorizaciones médicas requeridas, cumplimiento de dicha forma con todas las obligaciones impuestas como una E.P.S.

Por tanto, expuso que la Nueva E.P.S., al cumplir de manera eficiente y oportuna con su rol de aseguradora, rompe el nexo de causalidad sobre la responsabilidad endilgada, más aún, cuando las pruebas arrimadas al proceso permiten inferir que al señor **Celedonio Viafara Arboleda** se le concedió la aprobación inmediata de todos los servicios requeridos para la debida atención de su patología.

En este sentido, el apoderado judicial de la entidad accionada, insistió en afirmar que la **Nueva E.P.S.** actuó de manera oportuna ante la enfermedad de origen neoplásica que padecía el paciente, ya que se procedió a su remisión con los profesionales correspondientes, esto es: al otorrinolaringólogo y al especialista de cabeza y cuello; por lo en su sentir, la entidad cumplió con la responsabilidad de brindarle al usuario el acceso a los servicios de salud.

Además, expuso que en el mes de agosto de 2008, los especialistas en mención le diagnosticaron al paciente *"parálisis de la conjugación de la mirada"* y *"trastorno del nervio facial – no especificado"*, respectivamente; diagnósticos que son diferenciales necesarios en un orden lógico, pero que no pueden considerarse errados, ya que los médicos no contaban con criterios para definir la patología, por el contrario, se evidencia que la causa de la muerte fue la evolución natural de una enfermedad.

Seguidamente, hizo una relación de las autorizaciones dadas durante la prestación del servicio médico brindado al señor **Celedonio Viafara Arboleda**, desde el día 02 de septiembre de 2008 hasta el 18 de febrero de 2011<sup>5</sup>, consistes en: i) consultas especializadas por otorrinolaringología, por cirugía de cabeza y cuello, neurocirugía – cirugía neurológica, consulta de urgencias por medicina general, salud ocupacional y oncología, ii) autorización de medicamentos NO POS de alto costo y; iii) autorización de los procedimientos de: sutura de parpado y reconstrucción con injerto o colgajo, resonancia magnética nuclear de cerebro, biopsia de ganglio linfático profundo, estudios de coloración básica en biopsia y radiografía de tórax.

En virtud de lo anterior, propuso como excepciones de fondo las denominadas: *"inexistencia de nexo adecuado de causalidad entre la conducta desplegada por la Nueva E.P.S. y el daño causado: hecho propio o condiciones propias de la víctima, inexistencia de hecho ilícito y cabal cumplimiento de las obligaciones de Nueva E.P.S., inexistencia del factor de imputación: culpa a título de falla en el servicio, inexistencia de daño indemnizable imputable a Nueva E.P.S., carencia de prueba*

---

<sup>5</sup> Folios 191 a 194 del expediente.

Radicado No. 76001-33-33-009-2012-00177-00

*de nexo causal entre la omisión endilgada a la Nueva E.P.S. y el daño alegado, cobro de lo no debido y genérica”*

Finalmente, mediante memorial radicado el día 10 de octubre de 2013<sup>6</sup>, el apoderado judicial de la entidad accionada, Nueva E.P.S., formuló como excepción previa la denominada: *"ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales – falta de agotamiento de requisito de procedibilidad"*, la cual fue resulta en forma desfavorable en audiencia inicial celebrada el 05 de mayo de 2014<sup>7</sup>.

## **2.2 Alegatos de conclusión:**

**2.2.1. Instituto de Seguro Social Liquidado** (Patrimonio Autónomo de Remanentes del ISS Liquidado P.A.R.I.S.S., administrado por Fiduagraria S.A.):

La entidad en mención, a través de apoderada judicial presentó oportunamente sus alegatos de conclusión<sup>8</sup>, por medio de los cuales señaló, que el extinto **Instituto de Seguros Sociales** no es administrativamente responsable de los daños y perjuicios alegados por la parte actora.

A partir de lo anterior, indicó que en virtud de lo previsto en el Decreto 1750 de 2003, el Instituto de Seguros Sociales tenía autorización para celebrar contratos, acuerdos y convenios con las diferentes I.P.S. en las que fue escindido el I.S.S., con el fin de prestar un servicio médico oportuno y diligente a sus afiliados y familiares; así las cosas refiere, que para el caso concreto fue prestado a través de las clínicas pertenecientes a la E.S.E. Antonio Nariño.

Finalmente, afirmó que en el presente asunto no se configuró una falla en la prestación del servicio por parte del **Instituto de Seguros Sociales**, como quiera que la atención médica fue brindadas dentro de las obligaciones constitucionales, legales y contractuales, tal como quedó demostrado en el curso del proceso.

## **2.2.2. La Nueva E.P.S.:**

La Nueva Empresa Promotora de Salud **Nueva E.P.S. S.A.**, a través de apoderado judicial presentó oportunamente sus alegatos de conclusión<sup>9</sup>, a través de los cuales reiteró los argumentos esgrimidos en el escrito de contestación de la demanda y señaló, que de acuerdo a lo manifestado en los hechos del libelo introductorio, el desarrollo de la enfermedad que padeció el señor **Celedonio Viafara Arboleda** se dio en buena parte mientras el paciente estaba afiliado a la E.P.S. del ISS, es decir, antes del 1º de agosto de 2008, por lo que afirma que la entidad que representa recibió al paciente en condiciones médicas especiales, esto es, con un tratamiento médico previamente suministrados por sus médicos tratantes.

En este orden de ideas, con relación a la responsabilidad administrativa de la **Nueva E.P.S.** en los hechos de la demanda, expuso que la patología que presentaba el paciente tuvo su origen con antelación al traslado a dicha entidad,

<sup>6</sup> Folios 215 a 2016 del expediente.

<sup>7</sup> Folios 334 a 338 del expediente.

<sup>8</sup> Folios 619 a 620 del expediente.

<sup>9</sup> Folios 625 a 632 del expediente.

Radicado No. 76001-33-33-009-2012-00177-00

pues de la historia clínica se evidencia que cuando ingresó en el año 2008, su patología ya estaba en un estado avanzado; no obstante, afirmó que una vez realizado el traslado, fue atendido en diversas ocasiones por los médicos especialistas correspondientes, a fin de obtener su mejoría, así como también se ordenó la práctica de los estudios correspondientes para diagnosticar su enfermedad, la cual se detectó en el año 2010, dada la existencia de masas de origen neoplásico en la parótida, patología que ya estaba muy avanzada y en estado metastásico, por lo que sólo se le pudo brindar tratamiento paliativo hasta el momento de su fallecimiento.

En lo que corresponde a la pérdida de la oportunidad alegada por la parte actora, señaló que el paciente padecía una enfermedad que de por sí, era catastrófica y que daba una posibilidad mínima de sobrevivir, por lo que solicita que se tenga en cuenta esta situación al momento de proferirse una decisión de fondo, teniendo en cuenta además, que cuando el paciente llegó a la **Nueva E.P.S.**, no estaba absolutamente sano, sino que llegó con una enfermedad en un estado muy avanzado.

Finalmente, hizo alusión a la tasación de los perjuicios solicitados por la parte actora y que conllevan a un enriquecimiento sin causa.

### **3. INTERVENCIÓN DE LA ENTIDAD LLAMADA EN GARANTÍA**

#### **3.1. Contestación de la demanda:**

##### **3.1.1 E.S.E. Antonio Nariño Liquidada -actualmente representada por la Nación Ministerio de Salud y Protección Social-:**

Al respecto debe indicarse, que si bien, en principio, el llamamiento fue contestado por la **Nación Ministerio de Salud y Protección Social**, lo cierto es que los argumentos presentados en su escrito estaban orientados a que se declarara su falta de legitimación en la causa, teniendo en cuenta que dicha entidad no fue la que asumió la representación de la **E.S.E. Antonio Nariño Liquidada**.

Por otro lado, se tiene que en el trámite del proceso se vinculó a la Fiduciaria Alianza S.A, quien para el año 2014 tenía la presentación de la entidad llamada en garantía, no obstante, la misma presentó contestación de manera extemporánea.

En tal virtud, debe concluirse que respecto de la **E.S.E. Antonio Nariño Liquidada** no se presentó oportunamente escrito de contestación de la demanda.

#### **3.2. Alegatos de conclusión:**

##### **3.2.1 E.S.E. Antonio Nariño Liquidada – actualmente representada por la Nación Ministerio de Salud y Protección Social:**

Teniendo en cuenta que la **E.S.E. Antonio Nariño** actualmente se encuentra representada por el **Ministerio de Salud y Protección Social**, de conformidad con lo dispuesto en la cláusula segunda del Otro SI No. 11 de 2016 al contrato de

Radicado No. 76001-33-33-009-2012-00177-00

fiducia mercantil No. 0113 de 2010, ésta última procedió a presentar oportunamente sus alegatos de conclusión<sup>10</sup>, a través de los cuales expuso que la figura de la pérdida de la oportunidad alegada por la parte actora, debe ser cautelosa y debidamente probada en el curso del proceso; circunstancia que afirma no quedó demostrada, toda vez que de la lectura de la historia clínica se evidencia que al paciente se le brindaron todas las atenciones médicas y diagnósticos necesarios para poder establecer el tratamiento médico adecuado, más aún, cuando se observa que este tipo de tumores que se producen en los conductos salivales de la persona, concretamente en la parótida, no presenta síntomas durante mucho tiempo, motivo por el cual se ordenaron y se practicaron los exámenes correspondientes para determinar si el tumor era benigno o maligno.

En este orden de ideas, expuso que las entidades actuaron de acuerdo a los resultados de los exámenes clínicos practicados al señor **Celedonio Vifara Arboleda** y, se procedió de acuerdo a los protocolos médicos frente a un paciente que además padecía de diabetes e hipertensión arterial, enfermedades que como es sabido, a nivel médico se conocen como ruinosas y catastróficas porque son coadyuvantes al deterioro de la salud de las personas.

Así mismo, consideró que no hay lugar a declarar una responsabilidad administrativa dentro del presente asunto, en razón a que en el curso del proceso no se demostró que las entidades demandadas, no emplearon la diligencia y el cuidado en la aplicación de los procedimientos médicos, así como la actividad necesario para morigerar los padecimientos del paciente, pues la historia clínica registra que se hicieron los esfuerzos necesarios hasta que se pudo finalmente diagnosticar su enfermedad.

De manera que, si bien es cierto en el presente asunto se encuentra demostrado el daño antijurídico sufrido por los demandantes, consistente en el fallecimiento del señor **Celedonio Vifara Arboleda**, lo cierto es que la imputación que se hizo en el libelo introductorio, sólo puede catalogarse como una atribución jurídica, pues no quedó demostrado en el plenario que su causación haya obedecido a la acción u omisión de las entidades que le prestaron el servicio de salud, contrario a ello, quedó demostrado que se utilizaron todos los procedimientos necesarios para mejorar su atención médica, tal como se registra en la historia clínica, en donde se pueden evidenciar los exámenes médicos practicados y las conductas seguidas por los médicos tratantes.

#### **4. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO**

##### **4.1. De los presupuestos procesales.**

El Despacho no observa irregularidades procedimentales que conlleven a declarar la nulidad total o parcial de lo actuado pues, una vez admitida la demanda, notificada la misma y surtido el traslado para su contestación, se llevó a cabo la audiencia inicial en la forma señalada en el artículo 180 de la ley 1437 de 2011<sup>11</sup>, en la que, además de resolver las excepciones propuestas por las entidades

---

<sup>10</sup> Folios 621 a 624 del expediente.

<sup>11</sup> Folios 239 a 240 y 331 a 338 del expediente.

Radicado No. 76001-33-33-009-2012-00177-00

accionadas y fijar el litigio, se decretaron las pruebas, siendo éstas recaudadas conforme lo dispone el artículo 181 de la misma norma<sup>12</sup>.

En virtud de lo anterior, se declaró cerrada la etapa probatoria y de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 181 de la Ley 1437 de 2001, se prescindió de la audiencia de Alegaciones y Juzgamiento y se dispuso correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión por el término común de diez (10) días. El audio y video de las audiencias realizadas por el Despacho, se encuentran grabados conforme el artículo 183 ibídem.

En este punto es importante recordar, que el apoderado judicial de la **Nueva E.P.S.**, al momento de contestar la demanda, llamó en garantía a la **Caja de Previsión Social de Telecomunicaciones CAPRECOM**; no obstante, a través del auto interlocutorio No. 1711 del 17 de octubre de 2014<sup>13</sup>, se decretó el desistimiento tácito de dicho llamamiento.

De igual manera, se observa que dicha entidad también llamó en garantía a la **Unión Temporal Comfenalco Valle – Universidad Libre**<sup>14</sup>, sin embargo, a través del auto interlocutorio No. 1085 del 02 de julio de 2014<sup>15</sup>, se procedió a rechazar la solicitud de llamamiento en garantía, en razón a que no se aportaron los documentos relacionados en el respectivo auto inadmisorio fechado el 12 de diciembre de 2013<sup>16</sup>; decisión que quedó en firme y sin recurso alguno.

El apoderado judicial de la entidad accionada, **Instituto de Seguros Social en Liquidación**, al momento de contestar la demanda de la referencia, llamó en garantía a la **E.S.E. Antonio Nariño Liquidada**, la cual se encuentra representada en el presente trámite por la **Nación – Ministerio de Salud y Protección Social – Coordinación de entidades liquidadas del Estado**.

En tal virtud, a través del auto interlocutorio No. 1054 del 12 de diciembre de 2013<sup>17</sup>, se admitió el llamamiento en garantía respecto a la última entidad en mención, la cual contestó la demanda y el llamamiento mediante escrito radicado el día 31 de julio de 2014<sup>18</sup>.

De otro lado, debe advertirse que mediante auto interlocutorio No. 2008, proferido en audiencia inicial celebrada el día 03 de diciembre de 2014<sup>19</sup>, se ordenó vincular como tercera interesada en las resultas del proceso a la **Fiduciaria Alianza S.A.**, entidad que contestó extemporáneamente la demanda mediante escrito visible de folios 267 a 278 del plenario, según se desprende de la constancia secretarial obrante a folio 314 y de lo indicado en la audiencia inicial celebrada el 05 de mayo de 2015.

---

<sup>12</sup> Folios 367 a 369, 378 a 380, 538 a 539 y 604 a 606 del expediente.

<sup>13</sup> Folio 41 del cuaderno 3 de llamamiento en garantía.

<sup>14</sup> Folio 1 a 3 del cuaderno 2 de llamamiento en garantía.

<sup>15</sup> Folio 32 del cuaderno 2 de llamamiento en garantía.

<sup>16</sup> Folio 28 a 39 del cuaderno 2 de llamamiento en garantía.

<sup>17</sup> Folios 5 a 6 del cuaderno 3 de llamamiento en garantía.

<sup>18</sup> Folios 24 a 34 del cuaderno 3 de llamamiento en garantía.

<sup>19</sup> Folios 239 a 240 del expediente.

Radicado No. 76001-33-33-009-2012-00177-00

Aquí, debe indicarse que esta vinculación se dio como consecuencia del contrato de fiducia mercantil No. 013-2010<sup>20</sup>, mediante el cual se constituye el patrimonio autónomo de remanentes – PAR E.S.E. Antonio Nariño suscrito entre la E.S.E. Antonio Nariño en Liquidación y la sociedad fiduciaria Alianza Fiduciaria S.A.

Seguidamente, debe decirse que al reanudarse la audiencia inicial el 05 de mayo de 2015<sup>21</sup>, se declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, propuesta por el apoderado judicial del **Ministerio de Salud y Protección Social** y; en consecuencia se ordenó su desvinculación de la Litis.

No obstante lo anterior, mediante auto interlocutorio No. 718 del 28 de septiembre de 2017<sup>22</sup>, se dispuso tener como sucesor procesal de la **E.S.E. Antonio Nariño Liquidada**, a la Fiduciaria **La Previsora S.A.**, en razón a que el contrato 013-2010, fue cedido y modificado a su favor, sustituyendo de tal forma a la **Fiduciaria Alianza S.A.**

Así mismo, se indicó que debía entenderse como sucesora procesal del extinto Instituto del Seguro Social, a la Fiduagraria S.A.

Finalmente, debe advertirse que en audiencia de pruebas celebrada el día 1º de diciembre de 2017, se dispuso tener como sucesor procesal del **E.S.E. Antonio Nariño** al **Ministerio de Salud y Protección Social**, de conformidad con lo dispuesto en la cláusula segunda del Otro SI No. 11 de 2016 al contrato de fiducia mercantil No. 0113 de 2010.

En consecuencia de lo anterior, se ordenó desvincular de la presente Litis a la Fiduciaria **La Previsora S.A.**, como quiera que la representación de la E.S.E. Antonio Nariño Liquidada, fue asumida por el mentado Ministerio.

A partir de lo anterior, es claro que quienes conforman el sujeto pasivo dentro del plenario son: La **Nueva EPS**, la **Fiduagraria S.A.** en representación del Instituto de Seguros Sociales –Liquidado- y, el **Ministerio de Salud y Protección Social**, en representación de la ESE Antonio Nariño -Liquidada-.

#### **4.2. Problema jurídico planteado:**

El problema jurídico se circunscribe a determinar si, La **Nueva EPS**, la **Fiduagraria S.A.** en representación del Instituto de Seguros Sociales –Liquidado- y, el **Ministerio de Salud y Protección Social**, en representación de la ESE Antonio Nariño -Liquidada-, son administrativamente responsables de los daños y perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales que aducen haber sufrido los demandantes, como consecuencia del fallecimiento del señor **Celedonio Vifara Arboleda**, ocurrido el día 16 de febrero de 2011, presuntamente por una falla en la prestación del servicio médico brindado.

---

<sup>20</sup> Folios 281 a 313 del expediente.

<sup>21</sup> Folios 331 a 338 del expediente,

<sup>22</sup> Folios 594 a 595 del expediente.

### **4.3. Marco normativo y jurisprudencial aplicable al caso concreto:**

#### **4.3.1.- Responsabilidad Extracontractual del Estado:**

El artículo 90 de la Constitución Política establece que: *"El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas..."*.

En virtud de lo anterior, es claro que para que nazca el deber del Estado de responder por algún hecho de naturaleza extracontractual, resulta necesario que se configuren los elementos establecidos en dicha norma, esto es: i) que exista un daño antijurídico, ii) que el mismo resulte de una actuación o una omisión de una entidad estatal (imputabilidad) y iii) que entre éstos dos últimos exista una relación de causalidad.

Por otro lado es menester precisar, que en aras de facilitar el análisis de los casos en los que se alega responsabilidad del Estado, se han desarrollado diversos títulos de imputación de naturaleza tanto objetiva como subjetiva, a partir de los cuales resulta necesario revisar cada actuación, con el fin de establecer si su estudio debe centrarse en verificar la configuración no solo de un daño, sino también la falta de algún deber a cargo de la Administración (responsabilidad subjetiva) o, si por el contrario, sólo basta comprobar la existencia del daño como única fuente de responsabilidad (responsabilidad objetiva).

En tal virtud, se tiene que el régimen de responsabilidad subjetivo se fundamenta en la falla del servicio, ante la inobservancia o incumplimiento de las obligaciones a cargo del Estado y las cuales se encuentran establecidas, ya sea de manera genérica o específica en el ordenamiento superior (Constitución y Ley). Aunado a ello, debe advertirse que forman parte de dicho régimen, la falla probada del servicio y la falla presunta del servicio; siendo en todo caso procedente, aplicar en estos eventos los eximentes de responsabilidad conocidos como: el caso fortuito, la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima y el hecho de un tercero, de así encontrarse acreditado.

Por su parte, el régimen de responsabilidad objetivo se caracteriza por consultar estrictamente la materialización de un daño, con ocasión al desequilibrio de las cargas públicas, esto es, a las mayores cargas que debe asumir un ciudadano respecto a los demás; es así, que en casos de aristas como las que plantea la aplicación de este régimen, se debe establecer si el mismo resulta aplicable mediante el título de imputación de daño especial o riesgo excepcional.

Aclarado lo anterior, debe decirse que la falla del servicio ha sido y continúa siendo el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado; es así, que si al juez administrativo le compete - por principio - una labor de control de la acción administrativa del Estado y si la falla del servicio tiene el contenido final del incumplimiento de una obligación a su cargo, no hay duda que es ella el mecanismo más idóneo para asentar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual.

De esta manera se tiene, que las obligaciones que están a cargo del Estado -y por lo tanto la falla del servicio que constituye su trasgresión-, han de mirarse en concreto, frente al caso particular que se juzga, teniendo en consideración las

Radicado No. 76001-33-33-009-2012-00177-00

circunstancias que rodearon la producción del daño que se reclama, su mayor o menor previsibilidad y los medios de que disponían las autoridades para contrarrestarlo.

Lo anterior quiere decir, que en los casos de la falla del servicio se le exige al Estado la utilización adecuada de todos los medios de que está provisto, en orden a cumplir el cometido constitucional en el caso concreto, pues si el daño se produce por su incuria en el empleo de tales medios, surgirá su obligación resarcitoria; en cambio, si el daño ocurre, a pesar de su diligencia, no podrá quedar comprometida su responsabilidad<sup>23</sup>.

En términos generales, la falla del servicio surge a partir de la comprobación de que el daño se hubiere producido como consecuencia de una violación –conducta activa u omisiva- del contenido obligacional, determinado en la Constitución Política y en la ley, a cargo del Estado, lo cual constituye una labor de diagnóstico por parte del juez de las falencias en las cuales incurrió la administración y que implica un consecuente juicio de reproche. Por su parte, la entidad pública demandada podrá excluir su responsabilidad si prueba que su actuación no constituyó una vulneración a ese contenido obligacional que le era exigible, es decir, que acató los deberes a los cuales se encontraba obligada -positivos o negativos-, o si demuestra que medió una causa extraña: fuerza mayor, hecho exclusivo y determinante de la víctima o hecho también exclusivo y determinante de un tercero.

#### **4.3.2.- Responsabilidad del Estado en el Servicio Médico asistencial:**

En cuanto a la responsabilidad del Estado por la deficiente prestación de los servicios médicos que tienen a cargo las instituciones públicas, el Tribunal de cierre de la Jurisdicción Administrativa<sup>24</sup>, en principio, señaló que debía estudiarse desde el régimen de la falla probada del servicio, no obstante, éste concepto fue cambiando como quiera que luego pasó a hablarse de la falla presunta del servicio, la carga dinámica de la prueba, para finalmente retomar su tesis primigenia, esto es, la falla probada del servicio, en razón a la complejidad de los temas médicos y la dificultad que tuvieron las entidades del sector público en el ámbito probatorio, debido al tiempo que transcurre y a la cantidad de casos que atienden:

*"En efecto, no debe perderse de vista que el sólo transcurso del tiempo entre el momento en que se presta el servicio y aquél en el que la entidad debe ejercer su defensa, aunado además a la imposibilidad de establecer una relación más estrecha entre los médicos y sus pacientes, hace a veces más difícil para la entidad que para el paciente acreditar las circunstancias en las cuales se prestó el servicio. Por eso, el énfasis debe centrarse en la exigencia institucional de llevar las historias clínicas de manera tan completa y clara que su solo estudio permita al juez, con la ayuda de peritos idóneos si es necesario, establecer si hubo o no responsabilidad estatal en los daños que aduzcan sufrir los pacientes como consecuencia de la prestación del servicio médico"*<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> Ver, sentencia del 3 de febrero de 2000, expediente No. 14.787 y Sección Tercera, marzo 8 de 2007, expediente No. 27.434.

<sup>24</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección "C", providencia fechada 22 de enero de 2014, Consejera ponente: Olga Melida Valle De La Hoz, Radicación número: 25000-23-26-000-1999-02052-01(28816), Actor: William Antonio Rico Salazar y Otros, Demandado: Hospital Militar Central.

<sup>25</sup> Consejo de Estado; Sección Tercera, Sentencia del 31 de agosto de 2006, Exp. 15772; C.P. Ruth Stella Correa.

Radicado No. 76001-33-33-009-2012-00177-00

Por otro lado, dicha Colegiatura ha indicado que en casos como el *sub-lite*, donde se cuestiona la pertinencia e idoneidad de los procedimientos médicos efectuados, resulta necesario que la parte actora acredite las falencias alegadas, a partir de la utilización de los diferentes medios probatorios e incluso, mediante el uso de pruebas indiciarias, cuando éstas sean las únicas que permitan establecer la falla, dada la complejidad de los conocimientos técnicos y científicos que involucran este tipo de asuntos<sup>26</sup>.

Si alguna duda hubiere al respecto, es del caso señalar que recientemente el máximo Tribunal de la Jurisdicción Contencioso Administrativo señaló lo siguiente:

*"La Sección Tercera del Consejo de Estado ha consolidado una posición en materia de responsabilidad del Estado por la prestación del servicio de salud, en virtud de la cual aquella es de naturaleza subjetiva, advirtiendo que es la falla probada del servicio el título de imputación bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria, de suerte que se exige acreditar la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquella y éste. En materia médica, para que pueda predicarse la existencia de una falla, la Sala ha precisado que es necesario que se demuestre que la atención no cumplió con estándares de calidad fijados por el estado del arte de la ciencia médica, vigente en el momento de la ocurrencia del hecho dañoso. Del mismo modo, deberá probarse que el servicio médico no ha sido cubierto en forma diligente, esto es, que no se prestó el servicio con el empleo de todos y cada uno de los medios humanos, científicos, farmacéuticos y técnicos que se tengan al alcance"*<sup>27</sup>.

Es así, que para predicar la existencia de una falla en la prestación del servicio médico, se requiere demostrar que la atención brindada no cumplió con los estándares de calidad fijados por el estado del arte de la ciencia médica, vigente para el momento de la ocurrencia de los hechos, es decir, que no se prestó un servicio con el empleo de todos y cada uno de los medios humanos, científicos, farmacéuticos y técnicos con los que se contaba.

#### **4.3.3. Responsabilidad de la Administración por daños derivados por pérdida de la oportunidad:**

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Cierre de la Jurisdicción Administrativa *"...En la pérdida de oportunidad el daño antijurídico no deriva del hecho mismo de la lesión física, de la secuela fisiológica o la muerte, sino del hecho consistente en que se prive al paciente del suministro del tratamiento o cuidado disponible que mayor beneficio le pueda reportar o que traiga aparejadas las mayores posibilidades de recuperación."*

<sup>26</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Providencia del 3 de octubre de 2016, Radicado No. 05001233100019990205901 (40057), Consejero Ponente: Dr. Ramiro Pazos Guerrero, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Providencia del 13 de junio de 2016, Radicado No. 850012331000200500630-01 (37.387), Consejero Ponente: Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

<sup>27</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección "B", providencia del 5 de marzo de 2015, Expediente No. 50001-23-31-000-2002-00375-01(30102), Consejero Ponente: Dr. Danilo Rojas betancourth.

Radicado No. 76001-33-33-009-2012-00177-00

A partir de ello, dicho Cuerpo Colegiado ha señalado que para que se configure la pérdida de oportunidad es necesario verificar la concurrencia de tres elementos:

**i) falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado, es decir, la incertidumbre respecto a si el beneficio o perjuicio se iba a recibir o evitar:** Respecto a este punto *"es necesario establecer que, en efecto, el titular de la expectativa legítima se encontraba, para el momento en que ocurre el hecho dañino, en una situación de incertidumbre de recibir un beneficio o una ventaja esperada, o de evitar un perjuicio indeseado. (...). Así, el requisito de la "aleatoriedad" del resultado esperado tiene enormes incidencias en el plano de la indemnización, ya que si se trata de la infracción a un derecho cierto que iba a ingresar al patrimonio de la víctima o frente al cual se debía evitar un menoscabo, su indemnización sería total, mientras que si el truncamiento es solo respecto de la expectativa cierta y razonable de alcanzar o evitar un resultado final, la posibilidad truncada sería indemnizada en menor proporción.*

*En ese orden de cosas, la falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado consistente en la obtención de un beneficio o la evitación de un perjuicio que se busca evitar es el primer elemento para proceder a estudiar los otros que se exigen para la configuración de la pérdida de oportunidad".*

**ii) Certeza de la existencia de una oportunidad:** Consiste en la verificación de que, *"en efecto, existía una oportunidad que se perdió. La expectativa legítima debe acreditar inequívocamente la existencia de "una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente" de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido incólume la expectativa de obtener el beneficio o de evitar el detrimento correspondiente".*

**iii) Pérdida definitiva de la oportunidad;** *"En tercer lugar se debe acreditar la imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento. Es indispensable que se tenga la certeza de que la posibilidad de acceder al beneficio o evitar el perjuicio fue arrancada definitivamente del patrimonio -material o inmaterial- del individuo tornándola en inexistente, porque si el beneficio final o el perjuicio eludido aún pendiera de la realización de una condición futura que conduzca a obtenerlo o a evitarlo, no sería posible afirmar que la oportunidad se perdió, ya que dicha ventaja podría ser aún lograda o evitada y, por ende, se trataría de un daño hipotético o eventual; dicho de otro modo, si bien se mantiene incólume la incertidumbre respecto de si dicho resultado se iba a producir, o no, la probabilidad de percibir el beneficio o de evitar el perjuicio sí debe haber desaparecido de modo irreversible, en la medida en que si el resultado todavía puede ser alcanzado, el "chance" aún no estaría perdido y, entonces, no habría nada por indemnizar"*<sup>28</sup>.

Con fundamento en lo expuesto en precedencia, se procederá a establecer si en el presente caso se encuentran acreditados los elementos requeridos para determinar si existe o no un daño de pérdida de oportunidad.

<sup>28</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 5 de abril de 2017, exp. 25706, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

#### **4.4. Análisis del caso en concreto:**

##### **4.4.1. El daño:**

Como primer aspecto, debe exponerse que el daño, es uno de los presupuestos primordiales para que pueda endilgarse responsabilidad alguna en el Estado, de tal forma, que ante su ausencia se pierde cualquier posibilidad de que ésta se configure; aquel menoscabo o detrimento en los bienes o intereses materiales como inmateriales que son jurídicamente protegidos, llamado daño, necesita de ciertas condiciones para que pueda ser indemnizable, por ello se requiere que el daño sea particular, determinado o determinable, cierto, no eventual, y que recaiga sobre un bien jurídicamente tutelado conforme los parámetros jurisprudenciales.

Ahora bien, teniendo en cuenta que en el presente asunto se alega la pérdida de oportunidad, el daño antijurídico consiste en la privación al paciente del suministro del tratamiento o cuidado disponible que mayor beneficio le pueda reportar o que traiga aparejadas las mayores posibilidades de recuperación.

Por tanto, en el caso concreto el daño se materializó en la pérdida de oportunidad de mejorar las condiciones de salud del señor **Celedonio Vifara Arboleda**, al no existir una absoluta certeza acerca de si la atención médica brindada por las entidades accionadas en debida forma, le hubiera permitido evitar su muerte, a causa de un *"derrame pleural derecho, debido a cáncer de parótida metastásico"*<sup>29</sup>.

En este orden de ideas, valoradas cada una de las pruebas que obran en el plenario y que más adelante se analizaran detalladamente, se logra determinar que efectivamente existió una negligencia y una desidia por parte de los médicos que trataron al señor **Celedonio Vifara Arboleda** en el manejo de su patología, pues no le practicaron en forma oportuna los exámenes médicos que requería, no sólo para establecer la causa de su parálisis facial sino para determinar el estado del tejido de la masa que presentaba en la parótida izquierda, la cual fue detectada desde el mes de octubre de 2007; circunstancias que impidieron que se le practicara un tratamiento médico y/o quirúrgico acorde con su patología y el cual muy probablemente le pudo haber mejorado su estado de salud.

En tal virtud, al no existir certeza de que en caso de haber mediado una correcta y oportuna intervención del servicio médico, el señor **Celedonio Vifara Arboleda**, no hubiera padecido cáncer en su parótida izquierda, debe tenerse por configurado el daño antijurídico como primer elemento para endilgarle responsabilidad al Estado por pérdida de la oportunidad, motivo por el cual se entrará a realizar el juicio de imputación al caso concreto y el nexo de causalidad entre éste y aquel.

##### **4.4.2. La imputación y el nexo de causalidad:**

De la narración de los hechos y las pretensiones enlistadas en el escrito genitor se extracta, que la imputación efectuada por la parte actora a las entidades accionadas, **Instituto de Seguros Sociales Liquidado** (representado por la fiduciaria Fiduciaria S.A.) y la Nueva Empresa Promotora de Salud **Nueva E.P.S.**, así como a la entidad llamada en garantía, Empresa Social del Estado **E.S.E. Antonio Nariño Liquidada** (representada por el Ministerio de Salud y Protección

---

<sup>29</sup> Folios 69 a 70 del plenario.

Social), se traduce en una presunta falla en la prestación del servicio médico brindado al señor **Celedonio Vifara Arboleda**, por pérdida de la oportunidad, debido a que los médicos tratantes fueron negligentes al no diagnosticar en forma oportuna el cáncer de parótida izquierda que padecía y al no practicarle los estudios médicos correspondientes para determinar la causa real de su parálisis facial; omisiones que en su sentir, impidieron que recibiera el tratamiento médico o quirúrgico adecuado y acorde con su patología.

En este orden de ideas, se procederá a escrutar si los anteriores señalamientos se encuentran probados dentro del proceso, para lo cual ha de decirse que la Historia clínica constituye el fundamento del análisis cronológico de las atenciones médicas brindadas al señor **Celedonio Vifara Arboleda**, motivo por el cual, se entrara a estudiar las actuaciones médicas realizadas por las entidades accionadas y por la entidad llamada en garantía, así como su responsabilidad en el daño antijurídico por pérdida de la oportunidad, en los siguientes términos:

| Fecha de atención médica | Entidad                                                                              | Actuación medica                                                                                                                                                                                                                                                             | Folio     |
|--------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 11/02/2004               | E.S.E. Antonio Nariño – Clínica Santa Isabel de Hungría (remitido por la EPS ISS)    | * Consulta de control con otorrinolaringología.<br>* No se aportó con la respectiva historia clínica las actuaciones médicas adelantadas en dicho momento.                                                                                                                   | Folio 435 |
| 25/05/2007               | E.S.E. Antonio Nariño – Clínica Santa Isabel de Hungría (remitido por la EPS ISS)    | * Se atendió por el servicio de otorrinolaringología.<br>* Se diagnosticó parálisis facial izquierda desde abril de 2007.                                                                                                                                                    | Folio 439 |
| 14/06/2007               | E.S.E. Antonio Nariño – Seccional Palmira (Instituto de Seguros Sociales)            | * Valorado inicialmente en consulta externa por gerontología, quien remite al especialista en Otorrinolaringología.<br>* Se le diagnosticó: <i>"parálisis facial izquierda"</i> .<br>* Se le brinda tratamiento de fisioterapia y se le suministra complejo B.               | Folio 20  |
| 30/10/2007               | E.S.E. Antonio Nariño – Seccional- Seccional Pradera (Instituto de Seguros Sociales) | * Se le detectó una masa en región parótida izquierda.<br>* Se realiza solicitud de examen de patología y el material enviado se describió como: <i>"nodulacion infraauricular izquierda"</i> .                                                                              | Folio 22  |
| 22/11/2007               | Laboratorio Diagnostico Citopatologico<br><br>No corresponde                         | * Rindió informe citológico antes ordenado, pero relacionado como: <i>"Citología aspirativa de nódulo mamario izquierdo"</i> .<br>* Datos clínicos: desde hace 3 meses aparición en mama izquierda.<br>* Resultado: <i>"Los extendidos muestran en un fondo hemorrágico"</i> | Folio 23  |

Radicado No. 76001-33-33-009-2012-00177-00

|                   |                                                                                                                                         |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |                                                  |
|-------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------|
|                   |                                                                                                                                         | <i>escasas células ductuales con atipia citológica leve, sueltas y en pequeños grupos. Los hallazgos son compatibles con los de una <b><u>mastopatía proliferativa con atipia</u></b>. Se sugieren estudios diagnósticos adicionales. Se revisan 8 placas".</i>                                                                                                                                                                         |                                                  |
| 10/12/2007        | E.S.E. Antonio Nariño – Seccional Palmira (Instituto de Seguros Sociales                                                                | <i>* Valorado por consulta externa – especialista en otorrinolaringología, quien anota: "masa región parótida izquierda de más o menos 5 meses de evolución, dura, más o menos 2X3cm, parálisis facial izquierda".</i><br><i>* Se ordena TAC (Tomografía Axial Computerizada<sup>30</sup>) de parótida izquierda.</i><br><i>* No se hizo anotación alguna respecto del informe citológico realizado el día 22 de noviembre de 2007.</i> | Folio 20<br>reverso<br>y Folio<br>439<br>reverso |
| 31/01/2008        | Centro Médico San José de Cali – examen médico ordenado por el Instituto de Seguros Sociales<br><br>Este resultado debió ser indicativo | <i>* Se le practica TAC de cuello (parótidas), según lo ordenado por el Instituto de Seguros Sociales.</i><br><i>* Del resultado se extrae lo siguiente: "ambas glándulas parótidas son de tamaño normal, viéndose sólo un moderado aumento de la captación del medio de contraste en el lóbulo externo de la parótida izquierda, pero no hay formación de masa propiamente dicha ni se ven calcificaciones".</i>                       | Folio 24                                         |
| 01/02/2008        | E.S.E. Antonio Nariño – Seccional Palmira (Instituto de Seguros Sociales                                                                | <i>* Es valorado en consulta externa por otorrinolaringología, debido a la masa parótida que presenta.</i><br><i>* Se anota el resultado del TAC ordenado y antes descrito, el cual arrojó lo siguiente: "moderado – captación del medio de contraste en lóbulo externo parótida izquierda, pero no hay formación de masa propiamente dicho".</i>                                                                                       | Folio 20<br>reverso<br>y folio<br>439<br>reverso |
| <b>01/08/2008</b> |                                                                                                                                         | <b>Traslado de la E.P.S del Instituto de Seguros Sociales a la Nueva E.P.S.</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |                                                  |
| 29/08/2008        | Centro Medico de Cali (remitido por Nueva E.P.S.)                                                                                       | <i>* Paciente es valorado por cirugía general.</i><br><i>* Paciente remitido al servicio de cirugía general por presentar una</i>                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | Folio 26                                         |

<sup>30</sup> "método de exploración radiológica que permite el estudio de un órgano, especialmente el cerebro, desde distintos planos".

Radicado No. 76001-33-33-009-2012-00177-00

|            |                                                                                                                                     |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |                                               |
|------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------|
|            |                                                                                                                                     | <p>masa dura a nivel de la parótida izquierda, asociada a parálisis facial del mismo lado.</p> <p>* El médico consideró que el paciente debe ser manejado por otorrinolaringología o por un cirujano general para manejar problemas de cabeza y cuello y siendo posible origen neoplásico.</p>                                                                                                                                                                                                                               |                                               |
| 11/09/2008 | <p>Instituto para Niños Ciegos y Sordos del Valle del Cauca (remitido por la Nueva E.P.S.)</p>                                      | <p>* Es atendido en esta institución por remisión de la Nueva E.P.S., en la especialidad de otorrinolaringología.</p> <p>* El especialista diagnosticó tumor de parótida izquierda y parálisis facial izquierda secundaria.</p> <p>* Como conducta a seguir ordenó valoración por la especialidad de cirugía de cabeza y cuello.</p>                                                                                                                                                                                         | Folio 376                                     |
| 20/11/2008 | <p>RIDOC Ltda. – Resonancia de Occidente.</p> <p>Hallazgo del TAC – de tipo degenerativo</p>                                        | <p>* Se le practicó resonancia magnética cerebral con gadolinio, en la cual se concluyó: <i>"no hay evidencia de lesiones expansivas, pequeña hiperintensidad en sustancia blanca subcortical de aspecto inespecífico, cambios inflamatorios leves en seno maxilar derecho"</i>.</p>                                                                                                                                                                                                                                         | Folio 27                                      |
| 12/02/2009 | <p>Clínica Rafael Uribe Uribe (E.P.S. Caprecom)</p>                                                                                 | <p>* Valorado por cirujano general, quien registra: <i>"paciente con parálisis facial de dos (2) años de evolución, tiene múltiples exámenes y valoraciones médicas, al parecer lo envían a esta consulta por tumor de parótida, yo no palpo tumor en parótida, tiene TAC de cabeza y cuello, resonancia magnética nuclear que tampoco ven tumor en parótida, luego entonces no tiene tumores en parótida, se trata de problema facial de tipo idiopática..."</i></p> <p>* Se remite a oftalmología para cuidado de ojo.</p> | Folio 28                                      |
| 17/06/2009 | <p>Clínica Oftalmológica de Palmira</p>                                                                                             | <p>* Paciente valorado por oftalmología, quien lo remite a valoración por cirugía plástica por secuelas de parálisis facial.</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | Folio 31A                                     |
| 23/07/2009 | <p>IPS Caprecom – Clínica Rafael Uribe Uribe – Unión Temporal. Comfenalco Valle – Unilbre (Atendido a través de la Nueva E.P.S)</p> | <p>* Paciente valorado por cirujano plástico, quien al examen físico determinó: <i>"incapacidad para elevar la frente y arrugar, incapacidad para cerrar los ojos, comisura bucal caída, disminución de la comisura a la apertura bucal"</i>.</p> <p>* Emitió el diagnóstico de: <i>"parálisis facial"</i>.</p>                                                                                                                                                                                                              | Folio 29 y folio 8 del CD visible a folio 373 |

|            |                                                                                                                                                    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |                                                 |
|------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------|
|            |                                                                                                                                                    | <p>* Así mismo, se indicó que estaba en fisioterapia y había mejorado su apariencia, se ordena práctica de cirugía plástica.</p>                                                                                                                                                                                                                                                  |                                                 |
| 21/10/2009 | I.P.S Caprecom –<br>Cínica Rafael<br>Uribe Uribe –<br>Unión Temporal.<br>Comfenalco Valle<br>– Unilbre<br>(Atendido a través<br>de la Nueva E.P.S) | <p>* Se le practicó una cirugía plástica de reconstrucción de parpado superior izquierdo y labio superior con colgajos, siendo dado de alta el 25 de octubre de 2009, con interconsulta, luego de ser valorado por el respectivo cirujano plástico.</p> <p>* Se le brindó tratamiento de fisioterapia.</p>                                                                        | Folio 34<br>y CD<br>visible a<br>folio<br>373   |
| 05/03/2010 | Profamilia                                                                                                                                         | <p>* Paciente valorado por otorrinolaringología, en donde se indicó lo siguiente: <i>"Por antecedente de masa en parótida, considero que debe ser valorado por tumores de cabeza y cuello... debe ser valorado por cirujano plástico quien realizó el procedimiento y definir la incapacidad del paciente"</i>.</p> <p>* Se ordena valoración por cirugía plástica.</p>           | Folio 51                                        |
| 08/04/2010 | I.P.S Caprecom –<br>Cínica Rafael<br>Uribe Uribe –<br>Unión Temporal.<br>Comfenalco Valle<br>– Unilbre<br>(Atendido a través<br>de la Nueva E.P.S) | <p>* Paciente atendido en control con el cirujano plástico, quien indicó que pese a la cirugía practicada y la fisioterapia brindada, no ha mejorado la comisura bucal caída.</p> <p>* Ordena continuar con la fisioterapia o realizar otra cirugía.</p>                                                                                                                          | Folio 14<br>del CD<br>visible a<br>folio<br>373 |
| 22/09/2010 | Sánchez<br>Radiólogos<br>(remitido por la<br>Nueva E.P.S.)                                                                                         | <p>* Se realiza escenografía de cráneo simple, la cual arrojó el siguiente resultado: <i>"múltiples lesiones comprometiendo el polo frontal derecho, algunas sugestivas de componente hemorrágico, sin embargo, dada la presentación múltiples obliga a considerar alteraciones de tipo vasculítico con menos probabilidades se deberá considerar lesiones metastásicas"</i>.</p> | Folio 54                                        |
| 28/09/2010 | I.P.S Caprecom –<br>Cínica Rafael<br>Uribe Uribe –<br>Unión Temporal.<br>Comfenalco Valle<br>– Unilbre<br>(Atendido a través<br>de la Nueva E.P.S) | <p>* El paciente consulta con el cirujano plástico por enduración en hemicara izquierda, el médico palpa enduración de glándula parótida.</p> <p>* El médico ordena TAC de cabeza y cuello para descartar tumor de parótida.</p>                                                                                                                                                  | Folio 15<br>del CD<br>visible a<br>folio<br>373 |
| 16/10/2010 | Sánchez<br>Radiólogos<br>(remitido por la                                                                                                          | <p>* Se le realiza escenografía de cuello (tejidos blandos), examen que arrojó lo siguiente: <i>"hallazgos compatibles</i></p>                                                                                                                                                                                                                                                    | Folio 56                                        |

Radicado No. 76001-33-33-009-2012-00177-00

|                                                                    |                                                                                                                                |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |                                           |
|--------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------|
|                                                                    | Nueva E.P.S.)<br><br>Aquí se encontró el cáncer                                                                                | <i>con lesión neoplásica de la parótida izquierda, aparente compromiso blastica de la rama ascendente de la mandíbula. Adenopatías regionales. Correlacionar con el cuadro clínico".</i>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |                                           |
| 16/10/2010<br><br>En poder dice que a partir de aquí está la falla | Sánchez Radiólogos (remitido por la Nueva E.P.S.)                                                                              | * Se le practica escenografía de cráneo con contraste, la cual arrojó el siguiente resultado: <i>"lesiones del polo frontal derecho altamente compatibles con enfermedad metastática posiblemente en tratamiento, dado a que no muestra reacción edematosa".</i>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | Folio 57                                  |
| 27/10/2010                                                         | I.P.S Caprecom - Clínica Rafael Uribe Uribe - Unión Temporal. Comfenalco Valle – Unilbre (Atendido a través de la Nueva E.P.S) | * Consulta con la especialidad de Neurocirugía.<br>* Se indicó que tenía antecedente de cinco (5) años de parálisis facial con posterior cirugía practicada en octubre de 2009.<br>* El paciente manifestó tener masa a nivel parotídeo izquierdo, le realizan escenografía cerebral que muestra lesiones metástasis a nivel cerebral y le realizan escenografía de cuello que muestra lesión tumoral a nivel de parótida izquierda.<br>* El médico especialista, una vez lo valoró, emitió como diagnostico principal: <i>"tumor maligno de la glándula parótida"</i> y, como diagnostico secundario: <i>"tumor maligno del cerebro, excepto lóbulos y ventrículos"</i> .<br>* Como conducta a seguir, se ordenó: <i>"resonancia nuclear magnética de cerebro"</i> , y citas de control con neurocirugía, otorrinolaringología y oncología. | Folios 4 a 7 del CD visible a folio 373   |
| 02/11/2010                                                         | Corporación Comfenalco Valle – Universidad Libre (Atendido a través de la Nueva E.P.S)                                         | * Valorado por el cirujano plástico.<br>* El paciente allega resultado de TAC, del cual se evidencian múltiples lesiones vasculíticas (examen del 22 de septiembre de 2010)<br>* Se decide remitir al paciente servicio de oncología de cabeza y cuello, por tumor de parótida.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | Folios 58 y 16 del CD visible a folio 373 |
| 07/12/2010                                                         | Fundación Valle del Lili (remitido por la Nueva E.P.S.)                                                                        | * Paciente es valorado por hemato-oncología por consulta externa.<br>* El profesional de la medicina al practicarle el examen físico y valorar                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | Folio 61                                  |

|            |                                                         |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |                |
|------------|---------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------|
|            |                                                         | <p>sus antecedentes, le diagnosticó: <b>"Dx/Tnm/Estadio: Neoplasia<sup>31</sup> de parótida<sup>32</sup> a confirmar. <b>Análisis/plan/tipo de tto:</b> se remite prioritario para manejo por CX oncológica de cabeza y de cabeza y cuello".</b></p> <p>Aquí, resulta importante destacar lo anotado en el ítem de enfermedad actual: "paciente de 60 años, quien hace 5 años presenta parálisis facial izq., manejado como parálisis facial con alteraciones secundarias en parpado y labio izq., por lo cual fue intervenido el día 10 de octubre de 2009 y en controles se realiza escanografía de cuello y de cráneo, encontrando en octubre de 2010 en estudios, hallazgos compatibles con lesión neoplásica de la parótida izq., aparente compromiso plástica de rama ascendente de la mandíbula, adenopatías regionales, en cráneo lesiones del polo frontal derecho altamente compatible con enfermedad metastasica, por lo cual remite para valoración por CX de cabeza y cuello, pero dan cita con oncología".</p> |                |
| 28/12/2010 | Fundación Valle del Lili (remitido por la Nueva E.P.S.) | * Paciente valorado por consulta externa, en donde se diagnosticó: "CA de parótida izquierda".                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | Folio 62       |
| 03/01/2011 | Fundación Valle del Lili (remitido por la Nueva E.P.S.) | Valorado por el área de patología, en donde al analizar la masa que presentada en la región parótida izquierda, se le diagnosticó <sup>33</sup> : "a) Parótida <sup>34</sup> izquierda – masa – biopsia, carcinoma adenoides quístico tipo cribiforme y, b) Región cervical posterior – nódulo – resección biopsia – quiste de inclusión epidérmico".                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | Folio 63       |
| 14/01/2011 | Fundación Valle del Lili (remitido por la Nueva E.P.S.) | * Valorado por especialista de cabeza y cuello, en donde el paciente llevó el reporte de patología por masa a nivel de parotídeo izquierdo, en donde se reporta carcinoma adenoides quístico por evidencia de neoplasia maligna epitelial.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | Folios 65 a 67 |

<sup>31</sup> "Formación anormal en alguna parte del cuerpo de un tejido nuevo de carácter tumoral, benigno o maligno".

<sup>3232</sup> "[glándula salival] Que está debajo de la oreja y detrás de la mandíbula inferior".

<sup>33</sup> Folio 63 del expediente.

<sup>34</sup> "Glándula".

|  |  |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |  |
|--|--|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|
|  |  | <p>* El médico especialista al valorarlo le diagnosticó: <i>"tumor maligno de la glándula parótida"</i> y, en certeza del diagnóstico indicó: <i>"confirmado nuevo"</i>. Así mismo, el especialista al momento de realizar el análisis respectivo, refirió: <i>"paciente con tumor maligno de la parótida avanzado con problema pulmonar asociado que requiere manejo prioritario por neumología para descartar proceso metastasico, se discute en Junta de oncología, pues se definirá si primero se dará esquema de quimio neoadyuvante antes de llevar a cirugía"</i>.</p> |  |
|--|--|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|

Antes de entrar a valorar las actuaciones médicas antes descritas, se deja constancia que la historia clínica remitida por la empresa **Asistencia en Servicios de Salud Integrales ASI**, correspondiente a la atención brindada a través de la **E.P.S. del Instituto de Seguro Social**, visible de folios 453 a 492 del expediente, no puede acogerse en su integridad, debido a que no se encuentra legible, amén de que, a través del auto de sustanciación No. 553 del 08 de junio de 2016<sup>35</sup>, se dispuso requerir a dicha entidad para que aportara la transcripción completa y clara de la misma, pero no se logró obtener su remisión, según se desprende del Oficio fechado el 27 de junio de 2016, visible a folio 500 del plenario.

Ahora bien, una vez valorada la historia clínica que reposa en el expediente y las demás pruebas recaudadas en el curso del proceso, el Despacho considera que en el presente asunto las entidades accionadas y la entidad llamada en garantía, están llamadas a responder solidaria y patrimonialmente en este proceso, no por la muerte del señor **Celedonio Vifara Arboleda**, ocurrida el 16 de febrero de 2011, sino por la pérdida de la oportunidad en recuperar su salud, por las razones que pasan a exponerse:

En primer lugar, los médicos tratantes de la **E.S.E. Antonio Nariño**, quienes atendieron al señor **Celedonio Vifara Arboleda**, por remisión que hiciere la **E.P.S. del Instituto de Seguros Sociales**, al momento de brindarle la atención médica a través de la especialidad de otorrinolaringología, en el mes de abril de 2007<sup>36</sup>, fueron negligentes en el servicio prestado, como quiera que la parálisis facial que padecía fue diagnosticada y tratada de manera ambulatoria con fisioterapia y complejo B, sin que en dicho momento se hayan ordenado los exámenes médicos correspondientes para determinar la causa de la parálisis, circunstancia que impidió que al paciente se le brindara un tratamiento médico adecuado y oportuno, amén de que se ignoró que su estado de salud no estaba mejorando con los medicamentos suministrados, según se desprende de las continuadas consultas que tuvo con dicha especialidad ante la no mejoría de su sintomatología.

<sup>35</sup> Folio 495 del expediente.  
<sup>36</sup> Folio 439 del expediente.

Radicado No. 76001-33-33-009-2012-00177-00

Así mismo, debe indicarse que si bien en la atención médica brindada el día 30 de octubre de 2007<sup>37</sup>, se detectó una masa en la región de parótida izquierda, por parte del respectivo médico especialista en otorrinolaringología y, como consecuencia de ello, ordenó la práctica de un examen de patología para analizar la masa, lo cierto es que dicha actuación médica no tuvo continuidad alguna, en primer lugar, porque el informe citológico realizado el día 22 de noviembre de 2007<sup>38</sup>, por el laboratorio de patología y citología "*Diagnostico Citopatologico*", denominado: "*Citología aspirativa de nódulo mamario izquierdo*", resultó ser analizado con una muestra diferente a la obtenida, pues según la prueba documental que obra a folio 22 del plenario, el material enviado fue descrito como: "*nodulacion infraauricular izquierda*" y; en segundo lugar, porque de la revisión de la historia clínica no se evidencia que el especialista haya realizado un análisis respecto del resultado obtenido con el informe citopatológico, es decir, si el mismo fue o no descartado, si consideró o no necesaria su repetición o, si decidió sustituirlo por otro tipo de examen médico; quedando de tal forma inconclusa su actuación médica.

En tal virtud, el Despacho considera que no es de recibo el argumento esgrimido por el apoderado judicial de la parte actora, en el sentido de indicar que el especialista en otorrinolaringología debió acoger en su integridad el informe rendido por el Laboratorio "*Diagnostico Citopatologico*", por el simple hecho de que en él se refirió la presencia de: "**mastopatia proliferativa con atipia**", lo cual es indicativo de una anomalía de las células de un tejido, toda vez que como se expuso en precedencia, el mentado informe citológico no correspondía al examen ordenado, ni a las muestras enviadas por la **E.P.S del Instituto de Seguros Sociales**, motivo suficiente para determinar que no hay certeza de que ese hallazgo encontrado por el respectivo médico patólogo corresponda al estudio del tejido del paciente.

Además, debe indicarse que si bien el informe patológico fechado el 22 de noviembre de 2012<sup>39</sup> se indicó la presencia de células atípicas y, en sentir del apoderado judicial de la parte actora esta situación indicaba una alta probabilidad de que el señor **Celedonio Viafara Arboleda** padecía cáncer, lo cierto es que en el expediente no obran elementos probatorios que permitan determinar con certeza, cómo fue evaluado este resultado por el respectivo médico tratante (especialista en otorrinolaringología), más aún, cuando el Dr. **Juan Guillermo Restrepo Molina**, en audiencia de pruebas cebrada el 22 de mayo de 2015<sup>40</sup>, manifestó que en el cuerpo humano pueden existir células anormales o atípicas, pero no necesariamente son malignas, pues para llegar a tal conclusión deben hacerse los estudios correspondientes, dependiendo del cuadro clínico presentado.

Así mismo, es importante destacar que este informe patológico no puede valorarse en su integridad, teniendo en cuenta además, que el Dr. **Juan Guillermo Restrepo Molina**, en audiencia de pruebas cebrada el día 22 de mayo de 2015<sup>41</sup>, refirió que no hay relación entre la parálisis facial que sufrió el señor **Celedonio Viafara Arboleda** y las glándulas mamarias, a no ser que haya una metástasis; situación que no se presentaba para la fecha de realización del informe patológico.

---

<sup>37</sup> Folio 22 del expediente.

<sup>38</sup> Folio 21 del expediente.

<sup>39</sup> Folio 23 del expediente.

<sup>40</sup> Folios 367 a 368 del expediente.

<sup>41</sup> Folios 367 a 368 del expediente.

Radicado No. 76001-33-33-009-2012-00177-00

De manera que, en sentir de esta juzgadora la falla en la prestación del servicio por pérdida de la oportunidad, por parte de la **E.S.E. Antonio Nariño – Instituto de Seguros Sociales** no se concretó con la omisión en la valoración del informe citopatológico fechado el 22 de noviembre de 2007<sup>42</sup>, tal como lo afirmó la parte actora, pues como se dijo previamente, éste no correspondía a la muestra tomada al paciente, sino que por el contrario, se concretó con el actuar negligente del especialista en otorrinolaringología, el cual no se percató de tal circunstancia y, pese a ello no ordenó de manera inmediata la práctica de los exámenes médicos correspondientes para detectar no sólo la causa de la parálisis facial sino el estado benigno o maligno de la masa que se le había detectado al paciente en la parótida izquierda desde el mes de abril de 2007; circunstancia que llevó a que el estado de salud del señor **Celedonio Viafara Arbole** se hubiere deteriorado fatalmente.

Adicional a lo anterior, de lo descrito en la atención médica brindada por el especialista de otorrinolaringología de la **E.S.E. Antonio Nariño - Instituto de Seguros Sociales**, los días 10 de diciembre de 2007 y 1º de febrero de 2008<sup>43</sup>, se evidencia que no se adoptaron las conductas médicas que correspondían debido al resultado arrojado con el TAC de cuello (parótidas) que se le practicó al paciente el día 31 de enero de 2008<sup>44</sup>, en donde se evidenció un aumento de la captación del medio de contraste en el lóbulo externo de la parótida izquierda, es decir, que no se le dio trascendencia a tal resultado, porque en él se había indicado que no había formación de masa propiamente dicha, omitiéndose de tal forma, la realización de una valoración integral de este resultado junto con los demás exámenes médicos practicados al paciente, en especial el examen físico que siempre evidenció la presencia de una masa dura de más o menos 2X3 cm, la cual estaba asociada con la parálisis facial que padecía.

Con relación al estudio del TAC de cuello (parótidas)<sup>45</sup>, ordenado por el médico especialista en otorrinolaringología de la **E.S.E. Antonio Nariño - Instituto de Seguros Sociales**, debe resaltarse lo manifestado por el Dr. **Juan Guillermo Restrepo Molina**, en audiencia de pruebas celebrada el 22 de mayo de 2014<sup>46</sup> (médico que atendió al señor **Celedonio Viafara Arboleda** en la Fundación Valle del Lili), en donde expuso lo siguiente:

*"...**Preguntado:** Estas lesiones pueden producir con el medio de contraste en este tipo de estudios, hipercaptación. **Contestó:** Si puede producir, porque la hipercaptación en el medio de contraste, simplemente quiere decir que hay un aumento de la vasculatura en esa zona, en la parótida, entonces si puede presentarse una anomalía, aunque el tamaño de la parótida siga siendo normal. **Preguntado:** Que significa que haya un aumento de la vasculatura, con que situaciones se relaciona. **Contestó:** Se puede relacionar con tumores obviamente o, con enfermedades infecciosas, como una parotiditis, una infección, cálculo en la parótida, cualquier reacción inflamatoria puede dar eso. **Preguntado:** Dentro de las cosas que usted manifiesta, dice tumores, es decir, esto sería indicativo para estudiar o descartar una lesión tumoral en la parótida. **Contestó:** Al menos para un seguimiento estrecho, uno no puede estar haciéndole cirugía a todo el*

---

<sup>42</sup> Folio 23 del expediente.

<sup>43</sup> Ver folios 20, 24 y 439 del expediente.

<sup>44</sup> Folio 24 del expediente.

<sup>45</sup> Folio 24 del expediente.

<sup>46</sup> Folios 367 a 368 del expediente.

Radicado No. 76001-33-33-009-2012-00177-00

*mundo...al menos con un seguimiento estrecho, se repite el examen en unos dos (2) o tres (3) meses y si se ve que aumenta se hace una biopsia. "*

Significa lo anterior que, el médico tratante no debió descartar por completo el resultado de este examen médico, pues de acuerdo con la anterior ilustración, el resultado de: *"ambas glándulas parótidas son de tamaño normal, viéndose sólo un moderado aumento de la captación del medio de contraste en el lóbulo externo de la parótida izquierda, pero no hay formación de masa propiamente dicha ni se ven calcificaciones"*, era indicativo de una lesión tumoral en la parótida; circunstancia que permite inferir que el profesional en otorrinolaringología no realizó una valoración adecuada tanto de los exámenes practicados como de su sintomatología, para efectos de suministrarle el tratamiento médico y/o quirúrgico que requería la masa en la parótida que venía presentando desde el año 2007.

Por otro lado, debe indicarse que el médico especialista en otorrinolaringología que atendió al señor **Celedonio Viafara Arboleda**, a través de la **E.S.E. Antonio Nariño – Instituto de Seguros Sociales**, también incurrió en negligencia al prestar el servicio médico, como quiera que omitió que el paciente no mejoraba con el suministro del medicamento de complejo B, el cual utilizó para tratar la parálisis facial que se le diagnosticó el día 25 de mayo de 2007<sup>47</sup>, pues según el testimonio rendido por la Dra. **Sory Rosero Martínez**, médica especialista en otorrinolaringología, en audiencia de pruebas celebrada el 22 de mayo de 2015<sup>48</sup>, si el paciente no mejoraba entre uno (1) y tres (3) meses con dichos medicamentos, se debió descartar que se trataba de una parálisis de origen infecciosa o viral y, proceder de manera inmediata a practicar los exámenes médicos correspondientes para determinar si la parálisis facial era o no la consecuencia del crecimiento de la masa o tumor que tenía en la parótida izquierda.

De acuerdo con la anterior ilustración realizada por la testigo, queda claro que si el especialista en otorrinolaringología no observó una mejoría del paciente con el suministro de dichos medicamentos (complejo b, analgésicos), debió proceder a ordenar los exámenes médicos necesarios para establecer la causa de la parálisis, más aún cuando de la historia clínica, se evidencia que en los exámenes físicos practicados siempre se hizo alusión a la presencia de una masa en la parótida izquierda; es por ello, que también se debió analizar el porqué de su crecimiento paulatino, según se reflejó en el examen médico antes referido (TAC de cuello - parótidas) y, se debieron realizar los estudios pertinentes para analizar el tejido de la masa que presentaba.

Por tanto, en sentir de esta juzgadora las actuaciones médicas antes descritas contribuyeron a que el señor **Celedonio Viafara Arboleda**, haya sido privado de la oportunidad de recibir un tratamiento médico y/o quirúrgico adecuado, que le permitiera mejorar o recuperar su estado de salud.

Ahora bien, según se desprende de las pruebas que obran en el plenario y de la certificación de afiliación fechada el 13 de marzo de 2012<sup>49</sup>, el señor **Celedonio**

---

<sup>47</sup> Folio 439 del expediente.

<sup>48</sup> Folios 367 a 369 del expediente.

<sup>49</sup> Folio 76 del expediente.

Radicado No. 76001-33-33-009-2012-00177-00

**Viafara Arboleda** se encontraba afiliado a la E.P.S. del **Instituto de Seguros Sociales** y, a partir del 1º de agosto de 2008, fue trasladado a la **Nueva E.P.S.**

Una vez quedó afiliado a ésta última entidad, el paciente continuó siendo valorado por la especialidad de otorrinolaringología, debido a que presentaba una masa dura a nivel de la parótida, la cual estaba asociada a la parálisis facial, por lo que en consulta realizada el 11 de septiembre de 2008<sup>50</sup> se le diagnosticó: *"tumor de parótida izquierda y parálisis facial secundaria"*, se remitió al especialista de cabeza y cuello y, se le practicó el examen de: *"resonancia magnética cerebral con gadolinio"*.

No obstante lo anterior y, pese al resultado obtenido con la resonancia magnética practicada el día 20 de noviembre de 2008<sup>51</sup>, en donde se indicó: *"no hay evidencia de lesiones expansivas, pequeña hiperintensidad en sustancia blanca subcortical de aspecto inespecífico, cambios inflamatorios leves en seno maxilar derecho"*, se evidencia que los médicos tratantes de la **Nueva E.P.S.**, también incurrieron en una negligencia en la prestación del servicio, en razón a que el médico cirujano que lo atendió el día 12 de febrero de 2009<sup>52</sup>, no evaluó en su integridad el resultado del examen de resonancia magnética, el examen físico practicado al paciente y la totalidad de sus antecedentes clínicos, los cuales evidenciaban la presencia de una masa en la parótida izquierda, pues contrario a ello, ordenó su remisión a oftalmología para el cuidado de su ojo, debiendo en dicho momento adoptar una decisión con relación al estudio de la masa que presentaba, para que el paciente recibiera el tratamiento médico y/o quirúrgico que correspondía; omisión que evidentemente también impidió que al señor **Celedonio Viafara Arboleda** se le contrarrestara los síntomas que padecía y de tal manera impedir que su patología avanzara fatalmente.

Además, debe indicarse que de la revisión de las anotaciones realizadas por el médico cirujano que lo atendió el día 12 de febrero de 2009<sup>53</sup>, se observa que las mismas no están acordes con el resultado de la resonancia magnética y con los diagnósticos dados con antelación, los cuales dejaban entrever la presencia de un tumor de parótida izquierda y cambios inflamatorios leves en el seno maxilar derecho, pues contrario a ello, el profesional de la salud, sólo se limitó a indicar que como al examen físico no palpó tumor, consideró necesaria su remisión únicamente a oftalmología para el cuidado de su ojo; actuación que en sentir de esta juzgadora, no estuvo acorde con su historial clínico y dio lugar a que su patología no fuera tratada en forma oportuna y con el tratamiento médico adecuado.

Aquí, debe advertirse que el Despacho no hará pronunciamiento alguno respecto de las actuaciones médicas relacionadas con la cirugía plástica de reconstrucción de parpado superior izquierdo y labio superior con colgados, practicada el 21 de octubre de 2009<sup>54</sup>, toda vez que tal cirugía se realizó como consecuencia de las secuelas que arrojó la parálisis facial, sin que la misma haya incidido de manera alguna en el tumor que tenía en su parótida izquierda, el cual ya había sido diagnosticado desde el año 2008.

---

<sup>50</sup> Folio 376 del expediente.

<sup>51</sup> Folio 27 del expediente.

<sup>52</sup> Folio 28 del expediente.

<sup>53</sup> Folio 28 del expediente.

<sup>54</sup> Folio 34 y CD visible a folio 373 del expediente.

De acuerdo a lo anterior y de la revisión de la respectiva historia clínica de la **Nueva E.P.S.**, se evidencia que el paciente dejó de ser valorado por el antecedente de la masa en la parótida izquierda, desde el diagnóstico emitido por cirujano general, el día 12 de febrero de 2009<sup>55</sup>, hasta cuando fue valorado nuevamente por el especialista en otorrinolaringología, el día 05 de marzo de 2010<sup>56</sup>, es decir, que estuvo más un (1) año, sin que los especialistas respectivos le hicieran seguimiento integral a su historial clínico, especialmente al diagnóstico emitido previamente, sobre la existencia de un tumor en la parótida izquierda.

Como se puede observar, la negligencia de los médicos tratantes de la **Nueva E.P.S.**, de hacer caso omiso a los resultados dados en los exámenes médicos practicados al paciente con anterioridad, los cuales arrojaron la presencia de una masa tumoral en su parótida izquierda, conllevaron a que se consumara el daño antijurídico deprecado por los demandantes, pues del estudio de la historia clínica se evidencia que los galenos no realizaron en forma oportuna las actuaciones médicas tendientes a determinar si ese tumor era maligno o benigno y, si había lugar o no a su extracción mediante cirugía o, si el mismo podía ser manejado a través de un tratamiento médico (radioterapia, quimioterapia)

Así mismo, se tiene que los médicos tratantes de la **Nueva E.P.S.** también omitieron la advertencia realizada por el Doctor **Gilberto Cabal Cabal**, en consulta realizada el 29 de agosto de 2008<sup>57</sup>, quien en audiencia de pruebas celebrada el día 22 de mayo de 2015<sup>58</sup>, manifestó que cuando valoró al paciente consideró que debía ser valorado por el especialista en otorrinolaringología y por el especialista de cabeza y cuello, teniendo en cuenta que la masa de la parótida izquierda estaba dura y tenía un posible origen neoplásico (crecimiento anormal del tejido - tumor), es decir, que debía ser valorado por el cirujano especialista en la materia para que le practicara la biopsia correspondiente, ya que él no era el competente para ello.

Igualmente, del testimonio rendido por la Dra. **Sory Rosero Martínez**, en audiencia de pruebas celebrada el 22 de mayo de 2015<sup>59</sup>, médica especialista en otorrinolaringología, quien valoró al señor **Celedonio Vifara Arboleda**, mientras prestaba sus servicios en la Corporación Comfenalco Valle – Unilbre, posterior a la fecha en que se le practicó la cirugía reconstructiva, señaló que decidió remitir al paciente al cirujano de cabeza y cuello porque esa no era su especialidad, así mismo indicó, que no ordenó la biopsia al paciente porque debió hacerlo el especialista en cabeza y cuello.

Ahora bien, según lo expuesto en precedencia, se logra extraer que fue sólo hasta el 22 de septiembre de 2010<sup>60</sup>, cuando se le realizó la escanografía de cráneo simple y con contraste<sup>61</sup>, que se empezó a considerar que el señor **Celedonio Vifara Arboleda** tenía lesiones metastásicas y; con la escanografía de cuello realizada el 16 de octubre de 2010<sup>62</sup>, se concluyó que tenía una lesión neoplásica

---

<sup>55</sup> Folio 28 del expediente.

<sup>56</sup> Folio 51 del expediente.

<sup>57</sup> Folio 26 del expediente.

<sup>58</sup> Folios 367 a 369 del expediente.

<sup>59</sup> Folios 367 a 369 del expediente.

<sup>60</sup> Folio 54 del expediente.

<sup>61</sup> Folio 57 del expediente.

<sup>62</sup> Folio 56 del expediente.

Radicado No. 76001-33-33-009-2012-00177-00

de la parótida izquierda; exámenes médicos que debieron de practicarse desde la fecha en que se le diagnosticó por primera vez una masa en la región parótida izquierda, esto es, desde el 30 de octubre de 2007 y; de esta forma muy probablemente se hubiere podido evitar que el tumor que tenía en la glándula de la parótida avanzara hasta el punto de hacer metástasis en su cerebro y, le causara finalmente su muerte.

Lo anterior, en razón a que las valoraciones médicas practicas con posterioridad, tales como consultas con neurocirugía, otorrinolaringología, especialista de cabeza y cuello, oncología, hemato-oncología, resultaron ser inocuas, en razón a que para tal fecha, los exámenes médicos practicados ya permitían emitir un diagnóstico certero de *"tumor maligno de la glándula parótida - cáncer"*, es decir, cuando ya era demasiado tarde para proporcionarle un tratamiento médico y/o quirúrgico adecuado.

En este sentido, de la declaración rendida en audiencia pruebas celebrada el 22 de mayo de 2015<sup>63</sup>, por el señor **Juan Guillermo Restrepo Molina**, médico que atendió al señor **Celedonio Viafara Arboleda** en la Fundación Valle del Lili, se logra determinar que el tumor que padecía en la parótida izquierda ya estaba muy avanzado para la fecha en que lo valoró (diciembre de 2010), circunstancia que impidió que se determinara el tratamiento que se le debía suministrar, ya que habían dudas con relación a los siguientes aspectos: i) cambios en el polo frontal derecho de su cerebro, ii) cambios en la rama del maxila en el mismo lado izquierdo del tumor de la parótida y, iii) hallazgos de enfermedad crónica pulmonar; aspectos que hicieron pensar en metástasis, por lo que se convocó a Junta Médica de Tumores en la Fundación Valle del Lili para determinar el tratamiento a seguir, pues en caso de una metástasis no era procedente realizar una cirugía para erradicar el tumor sino otorgarle un tratamiento paliativo.

A partir de lo anterior, queda claro que los médicos tratantes de la **Nueva E.P.S.**, no le brindaron al paciente, en forma adecuada, el servicio médico que requería, pese a que a través del memorando con código No. SGJ-5481-2012 del 30 de agosto de 2012<sup>64</sup>, suscrito por el Director de acceso a servicios de salud de la Nueva E.P.S., se indicaron los servicios médicos brindados al señor **Celedonio Viafara Arboleda**, desde el 02 de septiembre de 2008 hasta la fecha de su fallecimiento, correspondiente a los diagnósticos entregados por los médicos tratantes de: i) parálisis de la conjugación de la mirada, ii) trastorno del nervio facial, no especificado, iii) lumbago no especificado, iv) parálisis de bell, v) enfermedad cardíaca, vi) hipertensión sin insuficiencia cardíaca, vii) tumor maligno de la glándula parótida, viii) tumefacción, masa o prominencia localizada en cuello.

Lo anterior, en razón a que los servicios médicos antes referidos, fueron suministrados de manera tardía por los respectivos especialistas, pues de la valoración de la historia clínica se evidencia, que si bien el señor **Celedonio Viafara Arboleda**, cuando ingresó a la **Nueva E.P.S.**, ya tenía un antecedente de: *"masa en la parótida izquierda"*, lo cierto es que los especialistas que lo atendieron a través de dicha Empresa Promotora de Salud, no siguieron la conducta médica que requería su patología, pues quedó probado que el cirujano

<sup>63</sup> Folios 367 a 368 del expediente.

<sup>64</sup> Folios 199 a 209 del expediente.

Radicado No. 76001-33-33-009-2012-00177-00

general que lo atendió el día 12 de febrero de 2009<sup>65</sup>, hizo caso omiso no sólo a los resultados de los exámenes practicados, sino a los diagnósticos emitidos previamente por el especialista en otorrinolaringología, quien advirtió de la existencia de un tumor de la parótida izquierda.

Teniendo en cuenta lo expuesto en precedencia, el Despacho considera que analizadas cada una de las actuaciones médicas plasmadas en la respectiva historia clínica, se logra determinar que en el presente asunto se configuró la figura jurídica de pérdida de oportunidad, toda vez que desde el primer momento en que el señor **Celedonio Vifara Arboleda** fue atendido por una parálisis facial el día 25 de mayo de 2007<sup>66</sup>, los médicos de la **E.S.E. Antonio Nariño – Instituto de Seguros Sociales**, debieron ordenar los exámenes médicos correspondientes para determinar la causa de su parálisis, esto es, si la misma era o no de carácter infecciosa o viral, así como también debieron de practicarle los exámenes médicos pertinentes para estudiar el tejido de la masa que presentaba en la parótida izquierda (la cual siempre estuvo palpable por los médicos desde la valoración realizada el día 30 de octubre de 2007<sup>67</sup>), con el fin de esclarecer si se trataba de tejidos benignos o malignos; omisiones que conllevaron a que su patología avanzara lentamente con el pasar del tiempo y culminara en un tumor maligno de parótida izquierda, el cual le afectó su cerebro, dada la metástasis que hizo el cáncer que padecía.

A lo anterior, se le suma la desidia de los médicos tratantes de la **Nueva E.P.S.**, quienes hicieron caso omiso a los resultados de los exámenes médicos practicados, pues de la lectura de la respectiva historia clínica se evidencia, que no le brindaron un tratamiento médico y/o quirúrgico adecuado, así como tampoco hicieron en forma oportuna la remisión al especialista de cabeza y cuello para que estudiara el tumor que tenía en la parótida izquierda, pues debe decirse que esta actuación se hizo ya finalizando su proceso, cuando no era posible realizarle un tratamiento que le permitiera mejorar su estado de salud.

Así mismo, es menester indicar que de acuerdo a las declaraciones rendidas por los médicos que trataron al señor **Celedonio Vifara Arboleda**, se logra determinar que la pérdida de oportunidad, también se concretó con la omisión en la que incurrieron los médicos tratantes de no realizar un diagnóstico diferencial para determinar la causa de la parálisis facial que sufrió y el origen de la masa que tenía en el área de la parótida izquierda, pues contrario a ello, se observa que los galenos tratantes dejaron avanzar la patología por un tiempo superior a cinco (5) años, impidiéndose de tal forma que al paciente se le brindara un tratamiento médico adecuado, oportuno y eficaz.

Así las cosas y como quiera que no se probó que el personal médico de las entidades accionadas y de la entidad llamada en garantía, le hubieren realizado los exámenes médicos correspondientes para determinar la causa de la parálisis facial y su asocio con la masa que tenía en la parótida izquierda, tales como: una biopsia o el examen de citología aspirativa con aguja fina, para determinar si las células eran buenas o malas y, menos aún que se haya remitido en forma oportuna al especialista de cabeza y cuello, el Despacho considera que la atención médica

---

<sup>65</sup> Folio 28 del expediente.

<sup>66</sup> Folio 439 del expediente.

<sup>67</sup> Folio 22 del expediente.

Radicado No. 76001-33-33-009-2012-00177-00

brindada al señor **Celedonio Vifara Arboleda** fue deficiente, pues además no se le realizaron en forma oportuna los exámenes médicos para iniciarle un tratamiento médico y/o quirúrgico que le mejorara su estado de salud.

En este orden de ideas, debe advertirse que las pruebas que obran en el plenario, permiten inferir que al señor **Celedonio Vifara Arboleda** no se le realizó una valoración médica completa y sería por parte de los especialistas, quienes omitieron ordenar la práctica oportuna de los exámenes médicos que se requerían para tratar de manera eficaz la masa inicial que tenía en la parótida izquierda, la cual culminó en un tumor maligno de parótida izquierda con metástasis en el cerebro, dada la desidia de los galenos que siempre lo atendieron, pues no dieron continuidad en sus valoraciones, así como tampoco le brindaron la oportunidad de recibir un tratamiento médico y/o quirúrgico adecuado.

De manera que, a título de conclusión, es menester señalar que fueron varias las falencias en las que incurrieron los médicos que trataron al señor **Celedonio Vifara Arboleda**, desde la primera vez que consultó por la parálisis facial que padeció debido a la masa que presentaba en su parótida izquierda, en especial, se probó en el plenario que durante toda la atención médica brindada no se utilizaron los recursos médicos necesarios para evitar que la masa que tenía culminara en un tumor maligno que le hiciera metástasis en su cerebro y lo llevara a su muerte, motivos por los cuales se procederá a declarar la responsabilidad administrativa de las entidades accionadas, **Instituto de Seguros Sociales Liquidado** (representado por la fiduciaria Fiduciaria S.A.) y la Nueva Empresa Promotora de Salud **Nueva E.P.S.**, así como a la entidad llamada en garantía, Empresa Social del Estado **E.S.E. Antonio Nariño Liquidada** (representada por el Ministerio de Salud y Protección Social), bajo el título de imputación de falla en la prestación del servicio médico por pérdida de oportunidad, en razón a que las pruebas previamente valoradas, permiten inferir que los médicos tratantes, con su actuación negligente e inoportuna, impidieron que al paciente se le brindara un tratamiento médico y/o quirúrgico que mejorara su estado de salud y el consecuente avance irreversible de su patología.

Es así, como en el presente asunto se encuentra configurado el daño antijurídico desde la pérdida de la oportunidad, como quiera que los elementos probatorios arrojados al plenario permiten inferir con certeza que al señor **Celedonio Vifara Arboleda** se le privó del suministro del tratamiento médico y/o quirúrgico que requería su patología, el cual le pudo haber generado una alta probabilidad de mejorar su estado de salud y una mayor posibilidad de recuperación.

#### **4.5. Liquidación de perjuicios:**

Ab initio, es menester indicar que el apoderado judicial de la parte demandante interpuso el presente medio de control alegando un daño antijurídico consistente en la pérdida de la oportunidad, por lo que la liquidación de los perjuicios debe realizarse en virtud de dicho concepto y no por la muerte del señor **Celedonio Vifara Arboleda**, esto es, teniendo en cuenta las reglas fijadas por el Consejo

Radicado No. 76001-33-33-009-2012-00177-00

de Estado en providencia fechada el 07 de febrero de 2018<sup>68</sup>, en donde se indicó lo siguiente:

*"(...) la pérdida de oportunidad es un fundamento de daño, que si bien no tiene todas las características de un derecho subjetivo<sup>69</sup>, autoriza a quien ha sido objeto de una lesión a su patrimonio -material o inmaterial- a demandar la respectiva reparación, **la cual será proporcional al coeficiente de oportunidad que tenía y que injustificadamente perdió.** Aquí el objeto de reparación no es, en sí, la ventaja esperada o el menoscabo no evitado sino, únicamente, la extinción de una expectativa legítima, esto es, la frustración de la oportunidad en sí misma, pues si el beneficio o el mal que se quería eludir estuvieran revestidos de certeza no se podría hablar del daño consistente en la pérdida de una oportunidad, sino del daño frente a un resultado cierto cuya reparación es total y no proporcional: se repara la pérdida del chance, no la pérdida del alea.*

(...)

*i) No es procedente indemnizar la pérdida de oportunidad por el porcentaje de probabilidades que resulten de la acreditación del vínculo causal entre la falla y el daño final, habida cuenta de que la pérdida de oportunidad constituye una fuente de daño cuya reparación depende de lo probado en el proceso.*

*ii) **El porcentaje de probabilidades de la expectativa legítima truncada debe establecerse a través de los diferentes medios de prueba que obran en el proceso -regla general-.** Ahora, si no se puede determinar dicho porcentaje de la pérdida de oportunidad -perspectiva cuantitativa-, pese a encontrarse acreditado el daño antijurídico cierto y personal -perspectiva cualitativa-, deberá el juez de la responsabilidad, tal como lo ha señalado la doctrina<sup>70</sup>, bien sea a) declarar en abstracto la condena y fijar los criterios necesarios para que, mediante un trámite incidental, se realice la cuantificación del perjuicio, o bien b) acudir a criterios de equidad<sup>71</sup>, eje rector del sistema de reparación estatal, -artículo 230 de la Constitución Política y 16 de la Ley 446 de 1998<sup>72</sup>-, a fin de reparar en forma integral el daño imputable a los demandados<sup>73</sup>.*

<sup>68</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Consejero ponente: Ramiro Pazos Guerrero, Radicación número: 05001-23-31-000-2004-04779-01(40890), Actor: Libardo Cardona y Otros, Demandado: Instituto de Seguros Sociales y E.S.E. Rafael Uribe Uribe.

<sup>69</sup> Para Foulquier "un administrado es titular de un derecho subjetivo cuando cumple las condiciones que le permiten ser considerado como beneficiario del poder de exigir -reconocido por una norma general o individual, sin estar obligado a utilizar ese poder en un objetivo personal socialmente legítimo-, un cierto comportamiento de parte de la persona pública -lo que constituye el objeto de su obligación- a fin de alcanzar una ventaja moral o material que el orden jurídico ha expresamente o implícitamente considerado como lícito": FOULQUIER, Norbert, *Les droits publics subjectifs des administrés. Émergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XXe siècle*, Dalloz, París, 2003, p. 689.

<sup>70</sup> TAMAYO JARAMILLO, *Tratado de Responsabilidad Civil*, 2007, p. 338 y 341; Martínez Rave, *La Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia*, 1986, p. 126; HENAO, Juan Carlos. *El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 42 y 43.

<sup>71</sup> Esta Sala ha aplicado a otros casos la equidad como fundamento para cuantificar el perjuicio por la pérdida de oportunidad: Ver. Consejo de Estado, Sala Plena de Sección Tercera, sentencia de 12 de julio de 2012, rad. 15,024, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

<sup>72</sup> "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".

Ahora bien, como en el presente asunto no existen los elementos probatorios requeridos para establecer de manera cierta y científica el porcentaje de probabilidad de salvar la vida del señor **Celedonio Viafara Arboleda**, en caso de que los médicos tratantes le hubieran proporcionado en forma oportuna un tratamiento médico y/o quirúrgico acorde con la patología que presentaba de tumor en su parótida izquierda, causal de la parálisis facial que sufrió desde el año 2007, se acudirá a la subregla fijada por el Consejo de Estado en este tipo de casos, la cual corresponderá a una reparación de perjuicios en un 50% de aquello que le correspondería a la reparación final del daño<sup>74</sup>.

**4.5.1. Perjuicios inmateriales:**

**4.5.1.1. Perjuicios Morales:**

En el libelo introductorio la parte demandante solicitó el reconocimiento y pago de los perjuicios morales, en los siguientes términos:

| Demandante                    | Parentesco           | Perjuicio solicitado |
|-------------------------------|----------------------|----------------------|
| Celedonio Viafara Arboleda    | Victima directa      | 200 SMLMV            |
| Teresa García Riascos         | Compañera permanente | 150 SMLMV            |
| Erika Paola Viafara García    | Hija                 | 100 SMLMV            |
| Carlos Alberto Viafara García | Hijo                 | 100 SMLMV            |
| Nini Jhohana Viafara García   | Hija                 | 100 SMLMV            |
| Fredy Arley Viafara García    | Hijo                 | 100 SMLMV            |

De las pruebas que obran en el plenario se tiene acreditado que **Erika Paola Viafara García, Carlos Alberto Viafara García y Nini Jhohana Viafara García, Fredy Arley Viafara García**, son hijos del señor **Celedonio Viafara Arboleda** y de la señora **Teresa García Riascos**<sup>75</sup>.

<sup>73</sup> En casos de pérdida de oportunidad en materia de acceso a la administración de justicia, la Sala ha acogido igualmente criterios de equidad para calcular el porcentaje de la probabilidad pérdida. Al respecto, la Sala en sentencia del 31 de mayo de 2016, rad. 38047, M.P. Danilo Rojas Betancourth conoció de la pérdida de oportunidad con ocasión de una declaratoria de prescripción de la acción civil y consideró de acuerdo con las pruebas que obraban en el proceso que la expectativa que tenía la parte civil de que se le resarciera pecuniariamente en el proceso judicial estaban calculadas en un 75%. En similar sentido se puede consultar la sentencia de la Subsección B del 31 de mayo de 2016, rad. 38267, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

<sup>74</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Consejero ponente: Ramiro Pazos Guerrero, Radicación número: 05001-23-31-000-2004-04779-01(40890), Actor: Libardo Cardona y Otros, Demandado: Instituto de Seguros Sociales y E.S.E. Rafael Uribe Uribe. **Extracto:** “Ahora, si no es posible fijar científica y técnicamente el porcentaje de probabilidades, la cuantificación del porcentaje de posibilidades truncadas se determinará excepcionalmente, como sucede en otros ordenamientos jurídicos<sup>74</sup>, en un 50%, el cual se aplicará para la liquidación de los perjuicios materiales e inmateriales, de manera que, en virtud de la equidad y la igualdad procesal que debe prohibirse entre las partes, no importa si el porcentaje de posibilidades frustradas haya podido fluctuar entre el 0.1 y el 99%, habida cuenta de que, sin haber podido aplicar la regla general, bastará que se hayan acreditado los elementos de la pérdida de oportunidad, es decir que se constate cualitativamente un truncamiento de la oportunidad que afecte el patrimonio de los demandantes para que proceda la reparación por excepción. Dicha excepción se justifica porque aunque haya ausencia cuantitativa del porcentaje de probabilidad de la expectativa legítima truncada, dicha expectativa sigue de todas maneras representado un menoscabo a un bien material o inmaterial que fue arrancado del patrimonio de la víctima y, por ello, debe ser reparada”.

<sup>75</sup> Folio 10 a 13 del expediente.

Radicado No. 76001-33-33-009-2012-00177-00

En lo que respecta a la calidad de compañera permanente de la señora **Teresa García Riascos**, se observa que ésta se encuentra acreditada con la declaración extraproceso rendida el día 18 de noviembre de 2010, ante el Notario Único del Circuito de Pradera – Valle<sup>76</sup>, por el señor **Celedonio Viafara Arboleda**, a través de la cual manifestó que convivía en unión libre con la demandante desde hacía más de veintisiete (27) años, bajo el mismo techo y lecho, unión de la cual procrearon cuatro (4) hijos; igualmente, tal condición también fue probada con su declaración rendida en audiencia de pruebas celebrada el 22 de mayo de 2015.

En este orden de ideas, es importante resaltar que el reconocimiento de perjuicios inmateriales, se realiza en atención a la jurisprudencia del Consejo de Estado, la cual ha trazado que frente al reconocimiento de perjuicios morales, procede la presunción de aflicción para los abuelos, padres, hijos, hermanos y nietos, quienes al ser parientes cercanos de la víctima fatal, se considera que han sufrido un perjuicio de orden moral. En tal virtud, la sola acreditación de la relación de parentesco mediante los respectivos registros civiles de nacimiento, es suficiente para inferir que los peticionarios han sufrido un daño que debe ser reparado.<sup>77</sup>

Aclarado lo anterior, se pasará a establecer la cuantificación de la indemnización de los perjuicios morales a reconocerse a favor de los familiares antes relacionados, por pérdida de la oportunidad, en aplicación de la sentencia de unificación del Consejo de Estado de fecha 28 de agosto de 2014<sup>78</sup>, la cual estableció los siguientes parámetros:

| REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CASO DE MUERTE |                                                    |                                                                                 |                                                    |                                                    |                                                            |
|---------------------------------------------|----------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------|----------------------------------------------------|------------------------------------------------------------|
| REGLA GENERAL                               |                                                    |                                                                                 |                                                    |                                                    |                                                            |
|                                             | NIVEL 1                                            | NIVEL 2                                                                         | NIVEL 3                                            | NIVEL 4                                            | NIVEL 5                                                    |
|                                             | Relaciones afectivas conyugales y paterno filiales | Relación afectiva del 2° de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos) | Relación afectiva del 3° de consanguinidad o civil | Relación afectiva del 4° de consanguinidad o civil | Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados |
| Porcentaje                                  | 100%                                               | 50%                                                                             | 35%                                                | 25%                                                | 15%                                                        |
| Equivalencia en salarios mínimos            | 100                                                | 50                                                                              | 35                                                 | 25                                                 | 15                                                         |

En tales circunstancias, este Despacho ordenará a las entidades accionadas, **Instituto de Seguros Sociales –Liquidado-** (representado por la fiduciaria Fiduagraria S.A.) y la Nueva Empresa Promotora de Salud **Nueva E.P.S.**, así como a la entidad llamada en garantía, Empresa Social del Estado **E.S.E. Antonio**

<sup>76</sup> Folio 8 del expediente.

<sup>77</sup> Consejo De Estado, Sección Tercera, Subsección A, C.P. Hernán Andrade Rincón, Radicación Número: 05001-23-31-000-1996-01183-01(27949), Actor: Elkin Alonso Uribe Monsalve y Otros, Demandado: Empresas Publicas de Medellín.

<sup>78</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, Consejera Ponente: Olga Melida Valle de La Hoz, Radicación Número: 50001-23-15-000-1999-00326-01(31172), Actor: Gonzalo Cuellar Penagos y Otros, Demandado: Ministerio de Defensa- Ejército Nacional.

**Nariño -Liquidada-** (representada por el Ministerio de Salud y Protección Social), a pagar a los demandantes el perjuicio moral, de la siguiente manera:

| Demandante                    | Parentesco           | Perjuicio reconocido |
|-------------------------------|----------------------|----------------------|
| Teresa García Riascos         | Compañera permanente | 50 SMLMV             |
| Erika Paola Viafara García    | Hija                 | 50 SMLMV             |
| Carlos Alberto Viafara García | Hijo                 | 50 SMLMV             |
| Nini Jhohana Viafara García   | Hija                 | 50 SMLMV             |
| Fredy Arley Viafara García    | Hijo                 | 50 SMLMV             |

Aquí, debe indicarse que el perjuicio reconocido (100 SMLMV) fue disminuido en un 50%, conforme a lo expuesto en precedencia.

Por otro lado, en lo que corresponde al reconocimiento de este perjuicio a favor de la víctima directa en aplicación de la "acción hereditatis", tal como lo solicita la parte actora, debe indicarse que el Consejo de Estado<sup>79</sup> ha precisado que la transmisibilidad del derecho a la reparación de los daños morales causados a la víctima directa, es procedente, por regla general, teniendo en cuenta que el derecho a la indemnización es de carácter patrimonial económico y por ende, la obligación indemnizatoria, se trasmite a los herederos de la víctima.

No obstante lo anterior, el Despacho considera improcedente esta solicitud, como quiera que ninguno de los demandantes acudió a este medio de control en calidad de herederos del señor **Celedonio Viafara Arboleda (q.p.d)**, es decir, que no lo hicieron en beneficio de la masa sucesoral sino a mutuo propio, amén de que, los actores no otorgaron el respectivo poder con el fin de perseguir el reconocimiento del crédito indemnizatorio originado en el daño moral experimentado por la víctima directa, pues en éste solo se indicó que se facultaba a su representante judicial para solicitar los daños y perjuicios sufridos por cada uno de ellos, como consecuencia de la falla probada del servicio en que incurrieron las entidades accionadas durante la atención médica brindada a su familiar.

**4.5.1.2. Daño a la salud:**

Teniendo en cuenta que dicho perjuicio se solicita en favor de la víctima directa, esto es, del señor **Celedonio Viafara Arboleda (q.p.d)**, es del caso señalar que no se accederá a su reconocimiento, por las mismas razones expuestas previamente, es decir, por no haberse otorgado facultad al apoderado para solicitar la indemnización de los daños que por dicho concepto sufrió el causante.

**4.5.1.3. Daño a la vida de relación:**

El representante judicial solicita que se reconozca este perjuicio en favor de los familiares del señor **Celedonio Viafara Arboleda (q.p.d)**, no obstante, es del caso señalar que no se ordenará reconocimiento alguno por éste concepto teniendo en cuenta que fue solicitado en los mismos términos del perjuicio moral, por lo resulta improcedente ordenar una doble indemnización por este mismo

<sup>79</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, providencia del 10 de septiembre de 1998, Consejero ponente: Daniel Suárez Hernández, Radicación número: 12009, Actor: Arturo Gómez Aguirre, Demandado: La Nación - Ministerio de Defensa- Policía Nacional.

Radicado No. 76001-33-33-009-2012-00177-00

perjuicio; amén de que, es menester recordar que actualmente la Jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado ha señalado que: "cuando se demanda la indemnización de daños inmateriales provenientes de la lesión a la integridad psicofísica de una persona, ya no es procedente referirse al perjuicio fisiológico o al daño a la vida de relación o incluso a las alteraciones graves de las condiciones de existencia, sino que es pertinente hacer referencia a una nueva tipología de perjuicio, denominada daño a la salud (...)"<sup>80</sup> (Subrayas fuera de texto).

#### **4.6. De las costas y agencias en derecho:**

El Despacho advierte que si bien la Ley 1437 de 2011, en el artículo 188, consagra un criterio objetivo respecto de la condena en costas, lo cierto es que este criterio no puede considerarse como absoluto, en razón a que el precitado artículo dispone que para su liquidación y ejecución se deben observar las reglas previstas en el estatuto procesal civil y, en este sentido el artículo 365 del Código General del Proceso, prevé en su numeral 8º que: *"Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación"*.

Criterio que viene siendo el acogido por la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado, pues en providencia fechada el 09 de agosto de 2016<sup>81</sup>, precisó que el estudio íntegro de las normas contenidas en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 365 del Código General del Proceso, descartaban una apreciación objetiva respecto de la condena en costas, por el simple hecho de resultar vencido en el proceso.

Lo anterior fue secundado y además complementado por dicha Corporación en providencia del 17 de octubre de 2017<sup>82</sup>, al disponerse que la imposición de la condena en costas por parte del Juez Contencioso Administrativo, *"...debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, **tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas**, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del CGP; **descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas**".* (Negrilla y subrayado del Despacho).

En virtud de lo anterior y a partir de la revisión de la totalidad del expediente de la referencia se pudo determinar, que la conducta desplegada por la parte vencida en el presente caso, no adoleció de temeridad o actuación alguna que obrara en desmedro del trámite normal de la presente Litis, motivo por el cual el Despacho deberá abstenerse de emitir una condena en este sentido.

En razón y mérito de lo expuesto, el **JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

<sup>80</sup> Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 28804, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

<sup>81</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Radicación número: 11001-03-15-000-2016-01488-00(AC), Actor: Andrea Yolima Torres Lizarazo, Demandado: Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

<sup>82</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicación No. 73001-23-33-000-2015-00229-01(0913-17).

**RESUELVE:**

**PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA** la excepción denominada: *"inexistencia de la obligación"*, propuesta por el apoderado judicial del **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones denominadas: *"inexistencia de nexo adecuado de causalidad entre la conducta desplegada por la Nueva E.P.S. y el daño causado: hecho propio o condiciones propias de la víctima, inexistencia de hecho ilícito y cabal cumplimiento de las obligaciones de Nueva E.P.S., inexistencia del factor de imputación: culpa a título de falla en el servicio, inexistencia de daño indemnizable imputable a Nueva E.P.S., carencia de prueba de nexo causal entre la omisión endilgada a la Nueva E.P.S. y el daño alegado, cobro de lo no debido y genérica"* propuestas por el apoderado judicial de la **NUEVA E.P.S.**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO: DECLARAR** administrativa y solidariamente responsables a las entidades accionadas, **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES -LIQUIDADO-**, actualmente representado por la **FIDUCIARIA FIDUAGRARIA S.A.** y la Nueva Empresa Promotora de Salud **NUEVA E.P.S.**, así como a la entidad llamada en garantía, Empresa Social del Estado **E.S.E. ANTONIO NARIÑO -LIQUIDADA-** actualmente representada por el **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL**, por la pérdida de la oportunidad que padeció el señor **CELEDONIO VIAFARA ARBOLEDA** (q.e.p.d.), conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**CUARTO:** Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR SOLIDARIAMENTE** a las entidades accionadas, **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES -LIQUIDADO-**, actualmente representado por la **FIDUCIARIA FIDUAGRARIA S.A.** y la Nueva Empresa Promotora de Salud **NUEVA E.P.S.**, así como a la entidad llamada en garantía, Empresa Social del Estado **E.S.E. ANTONIO NARIÑO -LIQUIDADA-** actualmente representada por el **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL**, a pagar a favor de los demandantes, por concepto de perjuicios morales, por pérdida de la oportunidad, las siguientes sumas de dinero:

| <b>Demandante</b>             | <b>Parentesco</b>    | <b>Perjuicio reconocido</b> |
|-------------------------------|----------------------|-----------------------------|
| Teresa García Riascos         | Compañera permanente | 50 SMLMV                    |
| Erika Paola Viafara García    | Hija                 | 50 SMLMV                    |
| Carlos Alberto Viafara García | Hijo                 | 50 SMLMV                    |
| Nini Jhohana Viafara García   | Hija                 | 50 SMLMV                    |
| Fredy Arley Viafara García    | Hijo                 | 50 SMLMV                    |

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

**SEXTO: ORDENAR** dar cumplimiento a esta providencia con observancia a lo dispuesto en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

**SÉPTIMO: SIN CONDENA EN COSTAS.**

Radicado No. 76001-33-33-009-2012-00177-00

**OCTAVO: EJECUTORIADA** esta providencia, **DEVUÉLVANSE** los remanentes, si los hubiere, y **ARCHÍVESE** el proceso previo a las anotaciones en el sistema siglo XXI.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**MIRFELLY ROCÍO VELANDÍA BERMEO**  
**JUEZ**