

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

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., doce (12) de noviembre de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 05001-23-31-000-1995-00114-01 (29.595)
Demandante: Clara Emilia Peláez Gómez y otros
Demandado: Departamento de Antioquia y otros
Asunto: Acción de reparación directa

Se decide el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 13 de agosto de 2004, proferida por la Sala Primera de Decisión de la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Antioquia, Risaralda, Caldas y Chocó, en la que se negaron las excepciones propuestas, se declaró la falta de legitimidad en la causa por pasiva del Departamento de Antioquia y se denegaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. En escrito presentado el 25 de enero de 1995, los señores: Clara Emilia Peláez Gómez y Jairo Aristizábal Ramírez, actuando en nombre propio y en representación de su hija menor de edad, Marisol Aristizábal Peláez y Silvia Ruth, Cruz Edilma, Carlos Mario, Jairo Alberto, Rodrigo Alonso y Juan Edison Aristizábal Peláez, quienes actúan en su propio nombre, todos debidamente representados por apoderado judicial, solicitaron que se declarara administrativa y solidariamente responsables al Hospital San Juan de Dios del municipio de Rionegro y al Departamento de Antioquia –Servicio Seccional de Salud-, por la muerte de su hijo y hermano William Ferney Aristizábal Peláez, debido a la deficiente, irregular e inadecuada prestación de los servicios médicos asistenciales recibidos en la mencionada E.S.E., cuando fue atendido por urgencias el 26 de julio de 1993, debido a las lesiones que sufrió como consecuencia de un accidente automovilístico.

En consecuencia, solicitaron que se condenara a las demandadas a pagar, por concepto de perjuicios morales, la suma equivalente a 2.000 gramos de oro para cada uno. Por perjuicios materiales, en la modalidad de daño emergente la suma de \$500.000, correspondientes a los costos funerarios, y por lucro cesante -correspondiente a la ayuda económica que dejaron de recibir sus padres-, deprecaron la suma de \$61'634.896, así como su actualización al momento del pago incluidos los intereses que se generen hasta el cumplimiento de la sentencia.

En apoyatura de sus pretensiones, narraron que el 26 de julio de 1993 a eso de las 9:30 pm, como consecuencia del accidente que sufrió William Ferney Aristizábal Peláez cuando se desplazaba por la autopista Medellín – Bogotá en compañía de César Alcides Giraldo Hoyos –a la altura del municipio de Marinilla-, en el vehículo de placas LLJ-297, sufrió graves lesiones, motivo por el cual fue trasladado al Hospital San Juan de Dios del municipio de Rionegro, donde ingresó a las 9:50 pm.

Aseguran que, a pesar de la gravedad de las lesiones, el joven Aristizábal Peláez sólo fue atendido a las 12:50 am del 27 de julio –es decir tres horas después- y posteriormente se ordenó su remisión a la Policlínica de la ciudad de Medellín, siendo las 4:15 am, casi siete horas después de ocurrido el accidente.

Afirman, entonces, que el joven William Ferney Aristizábal Peláez falleció el 28 de julio de 1993, como consecuencia de una falla en la prestación del servicio de salud.

2. La demanda fue inadmitida mediante auto del 13 de febrero de 1995 y posteriormente, el 16 de marzo, se admitió una vez se hizo la presentación personal por el demandante Jairo Aristizábal Ramírez; así mismo, se notificó en debida forma a las demandadas y al Ministerio Público.

3. En escrito presentado en el término de fijación en lista, el Hospital San Juan de Dios contestó la demanda aseverando que, de conformidad con la necropsia, el señor William Ferney Aristizábal Peláez no falleció el 28 de julio de 1993 como fue asegurado, sino un día antes, fecha en la que fue remitido a la Policlínica de Medellín.

Agregó que el paciente ingresó al Hospital a las 9:55 pm e inmediatamente se le brindó la atención indicada para una persona con politraumatismo, lo que conlleva a que durante el término en que se acusa la cuestionable demora le fueron controladas las hemorragias

mediante la sutura de heridas, se le suministraron líquidos por vía endovenosa y una vez estabilizado se procedió a la toma de imágenes radiográficas que permitieron diagnosticar múltiples fracturas, las cuales tuvieron manejo con férula, medidas que tuvieron lugar la misma noche del ingreso, y no al siguiente día como se aseguró.

Adujo que las 12 órdenes médicas que permitieron y orientaron la atención del paciente se legalizaron una vez fue estabilizado, y muestra de ello es que fueron emitidas a las 12:50 am del 27 de julio, lapso que no hubiera podido resistir el paciente sin recibir la asistencia oportuna, dada la contundencia de sus lesiones. Así mismo, se explicó que la atención brindada al señor Aristizábal Peláez se inició en el mismo lugar del accidente, puesto que el Hospital fue el que envió la ambulancia en respuesta al requerimiento de la Central de Comunicaciones y sólo cesó luego de lograr inmovilizar sus fracturas y medicar con antibióticos, considerando la necesidad de remitirlo al Hospital San Vicente de Paul de la ciudad de Medellín, con el propósito de brindarle atención especializada de tercer nivel por el trauma encéfalo craneal sufrido en el accidente, debido a que presentó hipotensión, inconsciencia y agitación excesiva.

Alegó, además, que conforme a la historia clínica del único acompañante en el vehículo al momento del accidente, señor Cesar Alcides Giraldo Hoyos, también evidencia que la atención que recibieron los pacientes fue oportuna y obedeció a los protocolos de atención en urgencias, es decir, primero se atiende al paciente y posteriormente se protocolizan los procedimientos y maniobras que fueron necesarias para estabilizarlo.

Precisó, igualmente, que la obligación para el profesional en el contrato de prestación de servicios médicos, por regla general, es de medio -es decir, su deber es emplear diligente y cuidadosamente sus conocimientos y técnica médica al servicio del paciente-, y no de resultado, lo que implicaría asegurar el objetivo, que no es otro que la salud del paciente. Ello, para insistir en que el lesionado estuvo bajo permanente observación médica con el propósito de establecer el compromiso neurológico sufrido a raíz del accidente, lo que una vez ocurrido motivó la decisión de remitirlo a un hospital de tercer nivel, y que en todo caso, efectos imprevisibles pueden desencadenarse independientemente del accionar del médico, toda vez que la ciencia médica no es exacta, cada organismo es diferente y las enfermedades son complicadas e inciertas.

Finalmente, propuso como excepción la inexistencia de la obligación, comoquiera que no debe el Hospital San Juan de Dios de Rionegro responder por unos perjuicios que no causó, máxime cuando los profesionales de la medicina actuaron adecuada y diligentemente en la prestación del servicio de salud.

A su turno, el Departamento de Antioquia desconoció los hechos de la demanda solicitando que se probara cada una de las afirmaciones allí contenidas. Negó que su hubieran presentado fallas en la prestación del servicio y se opuso a todas las pretensiones presentando como excepción la inexistencia de la obligación y falta de legitimación en la causa por pasiva.

Indicó que no hubo ausencia, omisión, retardo, ineficiencia o irregularidad alguna en la prestación del servicio, pues las atenciones brindadas fueron eficientes, oportunas y convenientes para el cuadro clínico que presentaba el señor William Ferney Aristizábal. Además, destacó la idoneidad del profesional encargado, resaltando que la muerte se produjo en el Hospital San Vicente de Paul y no en el San Juan de Dios de Rionegro.

Por último, adujo que el Hospital San Juan de Dios de Rionegro es un ente independiente, con personería jurídica y autonomía administrativa, razón por la cual al Departamento de Antioquia no le es atribuible responsabilidad por las faltas cometidas por aquél.

4. Mediante proveído del 23 de octubre de 1995 se abrió a pruebas el proceso, y se decretaron las aportadas con la demanda y las contestaciones. Posteriormente, el 15 de marzo de 2002 se llevó a cabo la audiencia de conciliación, que fracasó por no existir propuestas de parte de las demandadas, por lo cual allí mismo se corrió traslado a las partes para presentar los alegatos de conclusión y al Ministerio Público para rendir concepto.

La apoderada de la parte demandante, en escrito oportunamente presentado, destacó las contradicciones que se evidencian en las declaraciones rendidas por el director del Hospital San Juan de Dios de Rionegro y el galeno que atendió al joven William Ferney Aristizábal desde su ingreso, ya que mientras el primero afirmó que el paciente no presentaba alteraciones de conciencia, el médico dice que la remisión al hospital del tercer nivel sólo se produjo cuando recuperó la conciencia y evolucionaba satisfactoriamente; por otro lado, mientras el director del hospital afirma que el paciente ingresó a la sala de observación después de la media noche, bajo estricta vigilancia médica, el médico tratante sostuvo que debido al grave estado, desde el momento en que arribó al hospital se mantuvo en observación permanente, por lo cual se pregunta ¿por qué si llegada la media noche el paciente había sido estabilizado su remisión a la Policlínica de Medellín se ordenó hasta las 4:15 am?

Así mismo llamó la atención sobre la afirmación del director del hospital, quien refirió no haber tenido contacto con los familiares del paciente, que estuvieron en todo momento asistiéndolo y pendientes de las auscultaciones médicas, luego no se tiene certeza de si en verdad se tomó el

trabajo de evaluar al paciente o en realidad el mismo no estuvo inconsciente como afirmó haberlo observado, máxime teniendo en cuenta que en pleno conocimiento del protocolo de atención de las personas que presentan un trauma cráneo encefálico, se debió evaluar el estado neurológico del paciente y dejar anotado en la historia clínica cada dato relacionado que pudiera resultar relevante, falencia ante la cual no puede el hospital certificar que se le hayan realizado al joven Aristizábal Peláez oportunamente los exámenes y procedimientos a que había lugar, ni siquiera la remisión al hospital del tercer nivel.

Por su parte, el apoderado del Departamento de Antioquia negó que de parte del ente se haya presentado una acción u omisión que hubiere redundado en los perjuicios por los que se le demanda, es decir, no se presenta una relación de causalidad entre la actuación que se le imputa y el daño sufrido, además de que el Hospital cumplió con el deber de prestar la atención médica de manera oportuna y adecuada, como se puede colegir de la historia clínica aportada y las actuaciones emprendidas no pusieron en riesgo la vida del paciente, por el contrario, se ajustaron a los reglamentos del servicio.

El apoderado del Hospital San Juan de Dios de Rionegro insistió en que la atención del paciente fue oportuna y el procedimiento prioritario y que de conformidad con los protocolos médicos, el propósito era lograr estabilizarlo, a fin de mantener sus signos vitales, para mantenerlo bajo observación permanente por un lapso no inferior a seis horas.

Negó con empeño el nexo de causalidad entre el daño y la conducta asumida por los profesionales del Hospital San Juan de Dios de Rionegro, de quienes afirmó actuaron con toda la pericia y total observancia del protocolo. Resaltó que en el caso que se trata, la responsabilidad de los médicos del servicio de urgencias era de medio y no de resultado, es decir, el empleo diligente y cuidadoso de los conocimientos y la técnica médica al servicio del paciente, y no se le puede atribuir responsabilidad una vez demostrada la ausencia de culpa en la atención brindada.

El Ministerio Público guardó silencio.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

En primer lugar, respecto a la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva interpuesta por el Departamento, el *a-quo* consideró que, si bien es cierto dentro de las funciones de la Dirección Seccional de Salud está el coordinar y supervisar la prestación

del servicio de salud en Antioquia, ello no implica que deba responder por las acciones del personal de una entidad como la E.S.E. Hospital San Juan de Dios de Rionegro, que goza de personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, de allí que, respecto a la demandada Departamento de Antioquia – Dirección Seccional de Salud, se negaron las pretensiones.

Respecto de la responsabilidad de la E.S.E. Hospital San Juan de Dios, advirtió que la carga de la prueba -bajo los postulados de la falla presunta-, le corresponde a la entidad demandada, comoquiera que en estos casos la falla se presume y es la entidad pública la que debe desvirtuar su responsabilidad a través de la prueba de diligencia y cuidado en su actuación.

Bajo esta perspectiva, a partir de las declaraciones rendidas por los galenos encargados de la atención en el servicio de urgencias del señor William Ferney Aristizábal, el *a-quo* determinó que el paciente llegó en malas condiciones de salud, y que el personal médico lo estabilizó mediante el tratamiento adecuado.

En cuanto al tiempo que tardó la atención, el *a-quo* acogió el pronunciamiento del perito, quien en su informe manifestó que, a pesar de que el tiempo de atención apropiado varía de caso en caso teniendo en cuenta diferentes factores, las dos horas y media transcurridas desde el ingreso del paciente hasta que se logra estabilizar -de conformidad con la complejidad que revestían sus lesiones-, no resultó exagerado, ni constituye una irregularidad dar prioridad a la atención del paciente para luego protocolizar los procedimientos adoptados y los medicamentos suministrados, más aún, consideró que se trata de una práctica común en el ejercicio de la profesión médica.

En cuanto al tiempo que permaneció en observación y la decisión de remitirlo al Hospital San Vicente de Paul – Policlínica de Medellín, se consideró que –acorde con las respuestas de los galenos interrogados-, por protocolo médico y a pesar de no contar con el equipo necesario para tomar el TAC, debido al trauma cráneo encefálico el paciente debía ser observado de seis a doce horas mínimas con el fin de identificar cambios en su organismo que indicaran posibles complicaciones, además de aprovechar ese tiempo para tratar las múltiples fracturas que presentaba. Estas maniobras hacen

parte del proceso de estabilización del paciente, previo a evaluar la posibilidad de remitirlo a un nivel superior.

Finalizó negando la responsabilidad del Hospital San Juan de Dios de Rionegro puesto que el riesgo de trasladar al paciente a otro hospital sin la adecuada observación podía desencadenar en la muerte del mismo, razón por la que se encuentra justificado de que su remisión sólo se ordenó una vez constatada la evolución satisfactoria del mismo, que para el caso consistió en la recuperación de la conciencia.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

1. Inconforme con la decisión, en escrito oportunamente presentado, la parte demandante interpuso recurso de apelación, que fue concedido en auto del 13 de octubre de 2004 y admitido en esta corporación el 25 de mayo de 2005 en favor de la demandada, situación que fue enmendada en nuevo proveído del 30 de septiembre siguiente, admitiéndose el recurso en favor de la parte demandante.

En su escrito, la apoderada insistió en que el fallo se fundamentó en los testimonios de los médicos tratantes del hospital San Juan de Dios de Rionegro, los cuales resultan contradictorios y confusos, lo que evidencia que se presentó una falla en el servicio cuya consecuencia fue el fallecimiento del señor William Ferney Aristizábal Peláez.

Mediante auto del 28 de marzo de 2006 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y se corrió traslado del expediente al Ministerio Público para rendir su concepto.

Vencido el término las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 13 de agosto de 2004, proferida por la Sala Primera de Decisión de la

Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Antioquia, Risaralda, Caldas y Chocó, en la que se resolvió negar las excepciones propuestas, y declarar la falta de legitimación²⁹ en la causa por pasiva del Departamento de Antioquia

Para adoptar la decisión, será necesario reseñar los medios probatorios allegados al proceso, y luego de su análisis, examinar los hechos, a fin de determinar la responsabilidad o no de la entidad demandada.

Previo a ello, se advierte que a las declaraciones extrajuicio aportadas con la demanda – obrantes de folio 14 a 17 del cuaderno No. 1-, no se les asignará valor probatorio alguno, comoquiera que no fueron practicadas de conformidad con las normas procedimentales aplicables para los testimonios rendidos fuera del proceso de manera anticipada, toda vez que se llevaron a cabo sin la audiencia de la parte contra la que se pretenden alegar, razón por la que no son susceptibles de ser tenidas como medios de prueba.

1. De los medios de prueba

Con fundamento en las pruebas que obran en el proceso, se encuentran demostrados los siguientes hechos:

1.1. Obra en el expediente certificado de defunción expedido por el Notario Primero del Circuito de Medellín, el 9 de agosto de 1993, en el que se registró que la muerte del joven William Ferney Aristizábal Peláez aconteció el 27 de julio de 1993 debido a un shock traumático secundario a un trauma craneo encefálico y múltiples fracturas ocasionadas en un accidente de tránsito.

1.2. Obra el acta de necropsia practicada al cadáver del joven William Ferney Aristizábal, y cuyo diagnóstico macroscópico concluyó:

“(...) Politraumatizado por contusión con fracturas múltiples en cráneo, miembros superiores derecho e inferior izquierdo y contusiones cerebrales basales bilaterales, fronto-parieto-occipital, hemorragia subaracnoidea, edema e hipertensión endocraneana. CONCLUSIÓN: Por los anteriores hallazgos podemos concluir que el deceso de quien en vida respondió al nombre de WILLIAM FERNEY ARISTIZÁBAL PELÁEZ, fue consecuencia natural y directa de choque traumático por trauma encéfalo craneano y múltiples fracturas, por contusión en accidente de tránsito, de naturaleza simplemente mortal (...)” (fls. 87 y 88 del cdno. No. 1).

1.3. A folios 91, 101 y 109 del cuaderno No. 1, obra copia de la historia clínica del paciente integrada por diferentes documentos, de cuya lectura se puede concluir que el 26 de julio de 1993 a las 9:55 PM ingresó al Hospital San Juan de Dios de Rionegro, a bordo de una ambulancia de la misma institución, el joven William Ferney Aristizábal Peláez, víctima de un accidente ocurrido en el kilómetro 52 de la autopista Medellín – Bogotá,.

Se dejó anotado que el joven ingreso inconsciente, sin pupilas reactivas a la luz, con fracturas en múltiples partes, por lo que se ordenaron imágenes radiográficas de apoyo que evidenciaron fractura del hueso cigomático izquierdo -hueso que forma el pómulos de la cara-, fractura abierta del tercio medio del brazo derecho, fractura del tercio proximal del cúbito derecho, fractura de cóndilo radial derecho, fractura intertrocanterica de fémur izquierdo y fractura mandibular de rama izquierda.

En consecuencia, se ordenó hospitalización en observación, suministro de líquidos vía endovenosa, antitoxina tetánica y control permanente de signos vitales y estado de conciencia.

Posteriormente, la historia clínica evidencia que a las 4:15 de la mañana el médico Andrés José Álvarez Villegas registró en el detalle de evolución que el paciente se encontraba “en malas condiciones generales”, razón por la que “se decide remitir a Medellín – Policlínica para evaluación de neurocirugía, ortopedia y estomatología”.

A continuación, se verificó el formato de ingreso del paciente a la Policlínica de Medellín, que se produjo a las 5:10 AM del 27 de julio de 1993 “remitido del Hospital de Rionegro por presentar accidente de tránsito en calidad de conductor (colisión con otro vehículo), con múltiples heridas en cara y brazos suturadas, viene con Rx”.

En el examen de ingreso se evidenciaron signos anormales en ojos, boca, esqueleto y de aspecto neurológico, advirtiéndose que el paciente arribó “...inconsciente, test de Glasgow 5/15, no responde órdenes sencillas, con múltiples heridas en la cabeza, pupilas anisocóricas con midriasis no reactivas, con múltiples fracturas descritas en la carta de remisión, se intuba urgente y fallece cinco minutos después.

A la postre se anotó que el paciente de 20 años ingresó con un trauma cráneo encefálico severo.

1.4. Obra en el expediente el informe pericial de la Facultad de Medicina de la Universidad de Antioquia mediante el cual, en respuesta a las preguntas formuladas por la demandada E.S.E. Hospital San Juan de Dios de Rionegro, se precisó:

“(…) PREGUNTA: Conceptúe respecto al tratamiento inicial que recibió el joven William Ferney Aristizábal en el Hospital Regional San Juan de Dios de Rionegro, considerando los múltiples traumas (heridas, fracturas y TEC).

RESPUESTA: Con relación al tratamiento inicial: se realiza una evaluación donde se consigna el estado del paciente y se practica la inmovilización de las fracturas y control de las heridas (sutura). **Todo lo cual era necesario en un paciente como el referido en múltiples traumas.**

PREGUNTA: Conceptúe en relación al tiempo transcurrido entre el ingreso 9:55 del día 26 de julio de 1993 y las 0:30 del día 27 de julio del mismo año, si este espacio de tiempo fue exagerado para realizarle atenciones a un paciente como el referido en el caso específico, teniendo en consideración la necesidad de tomar radiografías, colocar férula, suturar y colocar líquidos endovenosos.

RESPUESTA: Con relación al tiempo transcurrido (2:30 horas) no existe un tiempo definido y cada caso es individual; **en el caso particular no parece exagerado el tiempo para afrontar el caso con la severidad que se describe en la nota de ingreso.**

PREGUNTA: Conceptúe en relación al momento en el cual el profesional médico realiza las anotaciones en la historia clínica en los casos atendidos en forma urgente (…)

RESPUESTA: Con relación a las anotaciones en la historia clínica, lo usual es que el paciente sea primero evaluado, investigando tipo y características del trauma, tipo de lesión y clasificación de su severidad, identificar aquellas que pueden poner en peligro la vida del paciente y tomar las medidas necesarias. **Una vez logrado esto se procede a realizar las anotaciones de la evaluación y procedimientos, especificando la hora de ingreso.**

PREGUNTA: Conceptúe en relación a la necesidad de estabilizar un paciente politraumatizado antes de ser remitido para evaluación por especialista.

RESPUESTA: **Era esencial en este caso inmovilizar las fracturas para disminuir el dolor y de esta manera evitar el choque, controlar pérdida de sangre y garantizar permeabilidad de vías aéreas superiores antes de su remisión, descartar lesiones en tórax y abdomen que ameriten una intervención quirúrgica inmediata.**

PREGUNTA: Conceptuar en relación a si un paciente es remitido sin ningún tipo de tratamiento desde Rionegro a Medellín, no corre más riesgo de morir debido a

los múltiples traumas más que a su trauma encéfalo craneano, máxime en este caso en el cual no se encontraron signos de focalización que indicaran la presencia de un hematoma intracraneal.

RESPUESTA: Es primordial antes de remitir tomar medidas como las ya anotadas para evitar problemas durante el desplazamiento a otro centro de atención.

PREGUNTA: Conceptuar si es conducta médica aceptada, esperar a que el paciente esté estable en relación a lo que amenaza su vida y puede ser realizado donde está recibiendo la atención antes de ser enviado a un nivel de atención superior.

RESPUESTA: **Sí es conducta médica aceptada, estabilizar primero al paciente antes de ser enviado a un nivel superior.**

PREGUNTA: Conceptúe en relación con las posibilidades de sobrevivir de una persona que sufrió múltiples traumatismos de gran severidad, como lo es en el caso que nos ocupa.

RESPUESTA: Las posibilidades de sobrevivir son menores frente a traumas tan severos como este, más aún si existen fracturas múltiples y trauma encéfalo craneano. **Mientras más sistemas comprometidos (politraumatismos) menores posibilidades de sobrevivir existen.**

PREGUNTA: Conceptúe si los medicamentos ordenados eran los adecuados para el caso específico.

RESPUESTA: Con relación a los medicamentos (penicilina, LEV solución salina, Tetanol, antitoxina tetánica), constituyen medidas que fueron adecuadas para el caso" (fls. 50, 51 y 170).

1.5. Conforman el conjunto de pruebas varios testimonios juramentados, siendo el primero de ellos el rendido por el Dr. Andrés José Álvarez Villegas, médico de turno en urgencias y quien asistió al joven William Ferney la noche en que ingresó, manifestó:

"(...) Recuerdo específicamente este caso porque fue reportado un accidente de tránsito al servicio de urgencias a eso de las nueve o nueve y treinta de la noche (...) y solicitaban que les enviáramos la ambulancia hasta el sitio del accidente. En mi condición de médico coordinador de urgencias, autoricé el desplazamiento de la ambulancia hasta inmediaciones del Mpio. De Marinilla con el fin de que colaborara con el transporte de lesionados y evidentemente unos treinta minutos más tarde la ambulancia del Hospital de Rionegro, trasladó hasta el servicio de urgencias al señor William Ferney, dicho paciente fue inmediatamente evaluado en el servicio de urgencias, se encontró que tenía múltiples traumas como fracturas y heridas en la cara, fracturas y heridas en una extremidad superior y fracturas en una extremidad inferior, además de un trauma de cráneo producto del accidente de tránsito. Procedí luego a diligenciar la historia clínica de urgencias y me dediqué las siguientes tres horas a suturar e inmovilizar las lesiones de dicho paciente.

PREGUNTADO: Puede describir más concretamente, de ser posible, el trauma craneano? CONTESTÓ: Cuando una persona sufre un accidente de tránsito, cualquiera que este sea, se presume, por las características del accidente, que **siempre se debe establecer como impresión diagnóstica un trauma de**

cráneo y que se verifica posteriormente de acuerdo al estado de conciencia o estado de alerta que el paciente presente o los cambios y alteraciones que en el transcurso de una observación se sucedan en el paciente para el caso específico de William Ferney, al presentar heridas y fracturas múltiples en la cara, se infiere que además tenía un trauma cráneo encefálico que posteriormente se corroboró porque hubo necesidad de remitirlo, en forma urgente, al hospital San Vicente de Paul como entidad de tercer nivel y máxima complejidad (...). PREGUNTADO: Recuerda en qué momento se comprobó la lesión craneal? CONTESTÓ: Como dije al principio, luego del ingreso del paciente al hospital, transcurrió un tiempo aproximado de tres horas durante las cuales se curaron, suturaron e inmovilizaron las distintas lesiones. Después de la media noche que se terminaron estos procedimientos, el paciente fue dejado en la sala de observación con órdenes médicas específicas de vigilancia de su estado de conciencia o de cambios en su estado general y **en la madrugada del día 27, no recuerdo la hora, pero entre las cuatro y cinco de la mañana aproximadamente, el paciente presentó cambios neurológicos que me hicieron sospechar que evidentemente tenía un compromiso neurológico y que por lo tanto debía ser evaluado por un neurocirujano.** O sea que en términos generales transcurrieron alrededor de seis horas hasta que el paciente presentó los cambios neurológicos (...). PREGUNTADO: La naturaleza del accidente y las lesiones que presentaba en la cara y en la cabeza el señor William, no indicaba que lo primero que había que examinar era esa posible lesión craneal? Además, el hospital contaba con los equipos e instrumentos necesarios para llevar a cabo un examen completo de esa parte del organismo? CONTESTÓ: **La naturaleza del accidente y las lesiones sufridas por el paciente, indicaban que evidentemente había sufrido un trauma craneal. La severidad de este trauma sólo se demuestra con los cambios que el paciente presente durante el tiempo que sea manejado en un servicio de observación ya que por muy severo que sea el trauma o el accidente, el accionar médico de urgencias indica la obligación de mantener los signos vitales del paciente o sea de garantizar que éste respire adecuadamente, que las hemorragias sean detenidas y que la sangre o líquidos que el paciente pierda se repongan de una manera adecuada.** Por lo tanto, en el caso que nos ocupa, el peligro o mayor peligro inicial era el de una insuficiencia respiratoria por la obstrucción de las vías aéreas, boca y nariz, debido a la sangre, a las heridas y a las fracturas que presentaba en la cara, **por lo que las medidas iniciales siempre estuvieron encaminadas a evitar una insuficiencia respiratoria, a suturar las lesiones para detener la hemorragia** (...). El Hospital San Juan de Dios de Rionegro es un hospital que clasifica en el segundo nivel de atención o mediana complejidad, en el libro de clasificación especial para entidades hospitalarias y no posee los especialistas ni los equipos especiales como el tomógrafo que son los que permiten, desde una fase inicial diagnosticar si evidentemente hubo trauma cerebral. PREGUNTADO: Cuál de esas lesiones fue la que condujo a la muerte a William Ferney? CONTESTÓ: (...) de la severidad del accidente como tal, depende o no que el paciente en última instancia fallezca, el caso específico de William Ferney, según medicina legal, no muestra que el paciente haya presentado un hematoma intracraneal o sea un cúmulo de sangre dentro del cerebro que en términos generales hubiera mostrado cambios neurológicos mucho más rápido en el paciente. Por lo tanto, **la intervención especializada en el caso de William Ferney por parte de un neurocirujano hubiese estado indicada para disminuir el edema cerebral y no intervenir quirúrgicamente porque no hubo hematoma intracerebral.** Significa entonces que si William Ferney hubiese sido visto por un neurocirujano el riesgo de muerte hubiera sido menor? CONTESTÓ: No estoy en condiciones de asegurar ni de garantizar que la intervención inmediata del neurocirujano hubiera evitado la muerte del señor William Ferney (...). El mandato médico definido para el

trauma cráneo encefálico y las acciones que un médico general en un servicio de urgencias puede desarrollar con un paciente, están dadas a observar, examinar y detectar cambios en su estado general que indiquen que evidentemente hay un compromiso neurológico (...). PREGUNTADO: NO fue tardía entonces la remisión del paciente a la Policlínica de Medellín? CONTESTÓ: **No recuerdo exactamente los detalles de la historia clínica de ingreso pero si el paciente no fue trasladado a otro centro de máxima complejidad antes de la hora indicada por ud. 4:15 de la mañana, se debió a que en todo este tiempo no se detectaron cambios neurológicos anormales en el señor William Ferney que indicaran la gravedad de su compromiso neurológico.** PREGUNTADO: Cuál es el propósito de dejar a un paciente con múltiples traumas en observación? CONTESTÓ: [o]bservar y detectar cambios en su organismo que indiquen la presencia de complicaciones. Para el caso del señor William el propósito era que sus lesiones óseas, o sea las múltiples fracturas fueran tratadas en el hospital San Juan de Dios de Rionegro, por parte de los ortopedistas y el estomatólogo que el hospital posee (...). PREGUNTADO: En la práctica médica se deben respetar reglas y protocolos para remitir pacientes a un nivel de atención más complejo? CONTESTÓ: Siempre hay que respetar protocolos de manejo previamente establecidos o incluso la legislación vigente para la referencia de pacientes **ya que es obligación que la entidad remitente garantice que la entidad receptora esté en condiciones y en capacidad de recibir el paciente porque la ley establece que el hospital remitente es responsable del paciente que remite hasta tanto la otra entidad no haya recibido adecuadamente el paciente (...).** PREGUNTADO: Recuerda en el caso específico que hizo usted en relación con la anotación en la historia clínica de los distintos procedimientos, órdenes médicas que elaboró? CONTESTÓ: [d]iligencié la historia de atención a urgencias que se debe diligenciar en todos los casos de accidentes de tránsito, intoxicaciones o violencia y procedí luego a realizar todas las acciones médicas que antes fueron descritas. Pasada la medianoche, hora en la cual se terminó de atender las distintas lesiones del señor Ferney, procedí a escribir en la historia clínica las distintas órdenes médicas para que fueran verificadas o realizadas por el personal de enfermería (...). PREGUNTADO: Recuerda si William Ferney ingresó al servicio de urgencias en compañía de otras personas o llegó sólo? CONTESTÓ: Fue traído por el conductor de la ambulancia pero en ningún momento durante el tiempo que estuve realizando los procedimientos observé o identifiqué acompañantes o familiares de éste (...). **PREGUNTADO: Cuando usted evaluó al señor William encontró signos de focalización que le indicaran que dicho señor presentaba un hematoma cerebral? CONTESTÓ: No recuerdo haber detectado en el señor Ferney signos de focalización neurológica ya que sus signos vitales no estaban alterados, respiraba adecuadamente, no existía rigidez en sus extremidades y se encontraba inconsciente. Este último es un signo desencadenado no solamente por los traumas de cráneo sino por el dolor o por la pérdida de sangre debido a las lesiones (...). Eso bastó para que tomara la decisión de continuar atendiéndolo** y luego de haberlo dejado en la sala de observación (...) PREGUNTADO: Por las múltiples fracturas que presentó el paciente William Ferney al ingresar al Hospital San Juan de Dios, principalmente en su cara, Ud. Indicó anteriormente que se infería un trauma cráneo encefálico. Por qué razón teniendo en cuenta que el hospital no contaba con los elementos y personas especializadas para el tratamiento de este tipo de trauma, una vez practicadas las atenciones de urgencia no se remitió inmediatamente al Hospital San Vicente de Paul, como se hizo luego de un tiempo en el cual el trauma avanzó causándole la muerte al paciente? CONTESTÓ: La inferencia del trauma encefálico como se indicó anteriormente la hice con base en el diagnóstico post mortem del informe de medicina legal y **es muy claro para todos los médicos de urgencias que todos los traumas de cráneo, desde leves hasta severos, siempre**

deben ser observados y vigilados y serán los cambios o focalizaciones que se detecten las que le indican al médico cuál es la acción a seguir con el paciente (...). Por esta razón al detectarse en el señor William Ferney cambios anormales se obtuvo la autorización del Hospital San Vicente de Paul para que ñeste fuera remitido a dicho sitio y fuera evaluado por el neurocirujano (...). (fls. 120 a 128 del cdno. No. 1) (Negrillas y subrayas fuera del texto original).

Posteriormente se recibió el testimonio técnico del señor Juan Guillermo Rojas, quien, a pesar de no haber atendido la urgencia del joven William Ferney, hacía parte del Hospital San Juan de Dios de Rionegro al momento de dar respuesta al cuestionario, en los siguientes términos:

“(...) PREGUNTADO: Indique cuál es el tratamiento de urgencia que se da a un paciente que ha sufrido lesiones en el cráneo? CONTESTÓ: Es muy largo porque hay que considerar a cada persona. Lo inicial siempre es una muy buena inspección, una buena evaluación inicial. Luego de esta evaluación se empiezan a definir conductas según el estado neurológico o el tipo de daño que tenga el paciente. Una vez se determina el daño neurológico las conductas son observación y luego, según el criterio médico colocación de drogas para disminuir el edema cerebral y evaluaciones periódicas de ese estado neurológico para determinar si se ha deteriorado o no. En caso de deterioro, remitir a un tercer nivel de atención hospitalaria donde haya neurólogo (...). PREGUNTADO: Cuáles son los síntomas que indican que se ha deteriorado el estado neurológico del paciente? CONTESTÓ: Lo primero es vómito en proyectil, que es un vómito súbito, dolor de cabeza muy fuerte, que se empiece a alterar la conciencia como por ejemplo quedarse dormido, el tamaño de las pupilas de los ojos cambian, el paciente empieza a convulsionar, que tenga dificultad para moverse o hablar (...). El tiempo lo determina el estado del paciente, si no mejora su sintomatología en 20 minutos, en una hora o en seis horas y persiste el deterioro neurológico, el paciente se remite (...). PREGUNTADO: Es aconsejable remitir a un paciente que haya sufrido un golpe de los que hablamos a una ciudad como Medellín, antes de que aparezcan los síntomas antes descritos por Ud.? CONTESTÓ: **Es prudente enviarlo antes** porque nosotros no tenemos ni los especialistas ni los equipos necesarios para determinar la magnitud de un daño. Enviarlo antes de que esto se presente **implica que al paciente lo verá el especialista antes, en forma precoz, y vamos a evitar daños.** Cuando uno lo hace, cuando se espera el tiempo prudencial, lo que se hace es tratar de optimizar el recurso por la misma situación de que esta es una ciudad muy grande, donde hay muchos pacientes con traumas de cráneo diariamente y los servicios de urgencias son congestionados por lo mismo. Cuando digo optimizar me refiero a que enviar el paciente en forma precoz y resulta que no tenía ninguna complicación neurológica y en un sistema como el nuestro donde hay pocos recursos, eso es optimizar (...). PREGUNTADO: Cuando ingresa un paciente politraumatizado al área de urgencias del hospital San Juan de Dios de Rionegro generalmente cuánto hay para la atención inmediata del paciente? CONTESTÓ: Siempre la atención del paciente politraumatizado es inmediata. Se hace la evaluación que dije al principio y luego de esta evaluación se definen las conductas (...). PREGUNTADO: De los pacientes que ingresan al Hospital San Juan de Dios de Rionegro con trauma craneano, que porcentaje diría usted se dejan en observación? CONTESTÓ: El cien por ciento, todos se dejan en observación.

Aclaro que el tiempo de observación es relativo, depende del estado del paciente (...) (fls. 129 a 132 del cdno. No. 1) (Negrillas y subrayas agregadas).

Seguidamente, se encuentra la declaración juramentada del señor Honorio Antonio Gallego Blandón, conocido de la familia de William Ferney Aristizábal Peláez y que lo socorrió al momento del accidente, quien al respecto manifestó:

"(...) PREGUNTADO: Yo llegué al momento pronto donde pasó el accidente al sitio propiamente, eso fue entre Marinilla y El Santuario, creo que es en el sitio que llaman la planta, yo ayudé a sacar a William del carro y al otro, yo ayudé a sacarlos (...), yo cogí y en un carro que pasó lo despachamos para el Hospital de Rionegro no recuerdo en qué carro me parece que fue un Renault 12 pero no recuerdo bien, ellos se fueron con el herido para Rionegro con William y yo me vine por la familia aquí a El Santuario. PREGUNTA: Nos puede precisar bajo juramento en qué estado se hallaba William Ferney al momento de ser recogido o sacado del automotor en donde iba? RESPUESTA: Pues recordar exactamente es difícil, él se movía y se quejaba que le dolía, él llamaba a Jairo mucho, me supongo que al hermano (...) se le veía sangre, él estaba como bañado en sangre, inclusive varía gente no lo quería llevar por miedo a que le ensuciara el carro pero al fin apareció quien lo llevara. PREGUNTA: Supo usted con exactitud a qué horas arribó al hospital de Rionegro-. RESPUESTA: Debe de haber entrado antes de las diez de la noche al Hospital de Rionegro. PREGUNTA: Podría precisar usted, si el señor William Ferney si recuerda, tenía heridas en la cara? RESPUESTA: Tuvo que haber tenido porque los vidrios del automotor, yo ahí no recuerdo, yo recuerdo que el hospital estaba muy mal, yo rapidito llevé a la familia al hospital, me vine hasta El Santuario parte se fue conmigo y parte en el otro carro (...), en el hospital no nos dejaron entrar de metidos nos entramos y él estaba en urgencias se quejaba mucho y le gritaba a la mamá que no lo dejaran morir. PREGUNTA: Más o menos usted cuánto se demoró para llegar al hospital. RESPUESTA: Al Hospital de Rionegro debimos de llegar antes de las once de la noche mientras ella fue donde un señor Horacio Aristizábal Grillo le estaba pidiendo una plata que necesitaban, eso fue rápido, llegamos o tuvimos que estar en Rionegro antes de las once de la noche porque yo andaba en un carro y yo era rápido a ponerle cuidado y a ver qué había que hacer. PREGUNTA: Más o menos cuánto tiempo transcurrió desde el momento en que llegaron al Hospital y pudieron ver a William o se lo dejaron ver? RESPUESTA: No, eso fue al mucho rato, por ahí a la una de la mañana que estábamos ya cansados de esperar afuera y nos entramos. PREGUNTA: Cuando usted lo vio cómo lo vio: RESPUESTA: Yo lo vi muy mal, pero él se movía y entiendo que Jairo entró y a Jairo lo agarró que no lo dejaba volver a salir, él trataba como pararse de esa camilla, yo no recuerdo haberle visto nada, ni sábana, no recuerdo haberle visto vestido, yo creo que la ropa si se la habían quitado. PREGUNTA: Usted le vio vendas, como si le hubieran hecho un tratamiento de primeros auxilios, curación o algo? RESPUESTA: No recuerdo haberle visto curaciones, le vi la cara muy hinchada, no sé si lo habrían lavado pero sangre si se le veía, la cara la tenía muy distinta a como yo lo había ayudado a sacar del carro. PREGUNTA: Usted vio le tocó hablar, o vio que los familiares le preguntaran por el estado del joven a un médico o enfermera o qué sabe de eso? RESPUESTA: A ver, yo de que hubieran hablado no vi, pero Clara si estaba como una loca allá y hablaba con enfermeras o médicos no sé. Yo estaba muy impresionado como me tocó ayudarlo a sacar. Clara decía que ya iban a venir a atenderlo que enseguida decían si tenían que llevárselo o no, yo a

las tres de la mañana me cansé y me vine, allá quedó la familia de él, yo vivía cerquita [sic] del hospital inclusive les dije que se fueran conmigo a descansar un rato y nadie se quiso ir, yo me fui solo y como a las siete de la mañana me di cuenta que había muerto. PREGUNTA: Usted no se dio cuenta o se enteró si en el trayecto que llevaba a William alguna ambulancia lo recogió. RESPUESTA: No, yo no recuerdo si sé que yo mismo en el comando de policía de Marinilla dije que había un accidente, que vinieran y nos ayudaran, pero lo que yo recuerdo es que cuando llegaron la policía y no sé si la ambulancia ya se habían ido con William (...). PREGUNTA: Sabe usted cuánto tiempo había transcurrido desde el momento del accidente hasta cuando usted llegó al sitio del mismo. RESPUESTA: No debe de haber transcurrido unos quince o veinte minutos cuando yo llegué. PREGUNTA: Sírvase decir al despacho cuánto tiempo aproximadamente estuvo usted presente en el sitio del accidente? RESPUESTA: Unos veinte minutos. PREGUNTA: Sírvase decir al despacho si siempre que vio a William Ferney Aristizábal este estaba consciente o no, si lo reconoció? **RESPUESTA: Que yo recuerde él a mí no me reconoció o sea, él conmigo no habló y lo que entiendo yo por una persona inconsciente ni se mueve, pero él se movía, se lamentaba y la imagen más que tengo de él es que se ponía la mano en la cara, lo ayudamos a subir al carro no sé entre cuántos.** En el momento en que yo llegué no había tanta gente pero ya fue apareciendo mucha gente, inclusive me prestaron para desaprisionar el carro con él mío lo pegamos un poco para despegar la parte de adelante del carro, me prestaron una maniga [sic] no sé quién, eso fue en cuestión de segundos, a William lo sacamos por la parte de atrás del carro quitando los cojines (...)” (fls. 136 a 140 del cdno. No. 1) (Negrillas y subrayas fuera del texto original).

Seguidamente, se examinó la declaración rendida por Gabriel de Jesús Gómez Arango, habitante del sector en que ocurrió el accidente, y quien ayudó a liberar las víctimas del accidente del vehículo en que se encontraban aprisionados. Respecto a los hechos, narró:

“(...) Me ocupo como negociante, tengo un negocito al borde de la autopista de venta de legumbres (...). Yo vivía en una casita que es mi depósito un rancho, sentí un tiestaso [sic] muy duro yo estaba durmiendo, le dije a la señora, mijita se cayó este rancho, y abrí la puerta de afuera inmediatamente y luego vi un camión estacionado y un campero Nissan me parece que era y lo vi estampado pegado de un camión grande, entonces ya vi o [sic] oí el comentario que eran unos muchachos del Santuario y pedí colaboración a otros carros o señores que iban llegando, les decía colabórenme saquemos estos muchachos que están vivos todavía, nos tocó coger hasta palancas para dañar una puerta del campero para sacar uno de los que está vivo, eran dos y uno murió y otro está vivo, era como el más fácil de sacar en esos momentos, luego vimos que el otro estaba vivo y que podíamos sacarlo pero había que mover el camión, entonces el señor del camión no quería mover el carro y lo tuvimos que braviar [sic] para que lo moviera y sacarlo del tablero que estaba bien pegado pero el finado estaba aprisionado, no sé o no recuerdo si utilizamos otro carro, luego sacamos al muchacho vivo moviendo el carro, entonces le dije a un muchacho conocido mío que tenía un Renault (...), **le dije hágame el favor alcemos este muchacho llevémoslo al hospital, empezando a salir llegó la ambulancia (...), me fui con él hasta el hospital, luego llegué al hospital y me tocó ayudarlo a bajar de la ambulancia, estaba vivo,** me quedé afuera a ver qué me decían, yo iba solo (...)” (fls. 140 a 142 del cdno. No. 1) (Subrayas y negrillas adicionadas).

De igual manera, la señora Aleida Clementina Peláez, familiar del joven Aristizábal Peláez, estuvo presente en el Hospital San Juan de Dios de Rionegro, y rindió declaración juramentada respecto de las horas que permanecieron a la espera del diagnóstico que entregarán los médicos sobre el paciente. Así refirió:

"(...) le pregunté a Clara que qué sabía que qué había pasado, me dijo que no sabía cómo estaba el muchacho, que porque no se lo habían dejado ver, transcurrieron las horas, por ahí como a las dos de la mañana o eso salió una enfermera de adentro de urgencias que quién podía ayudar a pasar al muchacho de una camilla a otra, ahí estaba el hermano Jairo Alberto que era el mayor y le dijimos que fuera entonces él dijo que no era capaz de ver al hermanito como estaba porque desde ahí escuchábamos: Jairo, Jairo, mamá, mona!- él gritaba, yo me ofrecí que yo entraba a ayudar y la enfermera me dijo que no que tenía que ser un hombre, entonces yo supuse que era que se había muerto y le dije a Clara tiene que tener paciencia de pronto fue que se murió y ella se puso a llorar, la enfermera dijo no, no, tranquila, lo que vamos a hacer es unas placas, ya entró el hermanito menor que se llama Rodrigo y entonces cuando salió dijo que estaba muy aporriado que gritaba cosas cuando lo cogían (...), ya muy entrada la madrugada nos dejaron entrar a verlo, entramos Clara, Cruz Edilma y yo, lo vimos en la camilla en un estado impresionante, estaba amarrado, sin ropa y lleno de aporriones la cara, sin dientes no se le veía sino como un acuajaron [sic] de sangre en la ropa, no se le veía ni un solo diente, tenía aporriones, raspaduras por todo, los ojos no los podía ni abrir hinchados, llena la cara como si se le incrustaran todos los vidrios del parabrisas en la cara, así la tenía. Decíamos que por qué no lo despachaban para Medellín o alguna cosa, la enfermera lo que dijo es que había que esperar los resultados o qué decía el médico, como a las cuatro de la mañana se lo llevaron para Medellín (...). PREGUNTA: Cuando usted ingresó muy entrada la madrugada hacia el salón de urgencias manifestó usted que se hallaba en un estado impresionante, puede precisarnos a qué se refiere? RESPUESTA: Lo más horrible el estado aporriado que estaba, sin nada encima, amarrado, le causa a uno impresión como ver eso, y como el desespero en el que él estaba como en un desasosiego. PREGUNTA: Se enteró usted si la madre o hermanos, usted personalmente indagó sobre el estado real en que se hallaba William Ferney. RESPUESTA: Vea, la mamá decía que cómo estaba a la enfermera, que la dejaran entrar, hasta en un momento trató de entrar y el celador la detuvo, como él gritaba que mamá mona, que le dejaran entrar a verlo, y no dejaron decían que tenía que esperar a que el médico lo revisara, con los médicos no tuvimos nada, que estaban ocupados, la mamá era por la puerta porque no me dejan verlo, no informaron nunca del estado en que estaba, nada, que había que esperar siempre nos decían eso, hasta en un momento que salió como el papá del otro muchacho y le dijimos que cómo lo veía y nos dijo que el más grave era el hijo de él (...), que por lo menos William tenía alguna reacción (...). PREGUNTA: Hubo alguna manifestación por parte del personal del hospital donde se informara el estado de gravedad de William Ferney y por consiguiente que ameritara la remisión? RESPUESTA: Todo fue al final, al final que los fueron a trasladar para Medellín, como un cuarto de hora o media hora antes que se lo llevaran, una enfermera salió y dijo que los van a despachar a los dos para Medellín y yo estuve hasta que los despacharon (...). PREGUNTA: Previamente a ser remitido William Ferney observó usted si fue sacado del salón de urgencias y luego conducido a otras instalaciones para ser practicado algún examen? RESPUESTA: Que hubiera observado yo no. Sólo lo de

la placa que el muchacho dijo no más. Que yo hubiera visto no, él dijo que lo habían llevado para tomarle una radiografía. **PREGUNTA: Exactamente pero más o menos a qué hora se dio cuenta le fue hecho el examen que según Rodrigo le fue efectuado? RESPUESTA: De hora muy difícil, más o menos entre dos y tres de la mañana (...)**" (fls. 142 a 146 del cdno. No. 1) (Negrillas y subrayas fuera del original).

En calidad de testimonio técnico, integra el conjunto probatorio la declaración rendida por el doctor Juan Raúl Mesa Ochoa, médico general vinculado al Hospital San Juan de Dios de Rionegro y quien hizo parte de los galenos que atendieron al joven Aristizábal Peláez, quien expuso:

"(...) Paciente que llegó politraumatizado, inconsciente, con múltiples fracturas, el cual se ingresó inmediatamente a la sala de observación donde se hizo la evaluación clínica adecuada. Se le tomaron radiografía, se suturaron las heridas que presentaba. Luego, al constatar las fracturas, se colocaron las férulas de yeso, donde se requerían, se colocaron líquidos endovenosos, antibióticos intravenosos, antitoxina, tetanol musculares y se deja en observación. PREGUNTADO: Es cierto que el señor Aristizábal sólo fue atendido a las 12:50 pm del mismo día 26? CONTESTÓ: **No. Cuando llega un paciente a urgencias con esa gravedad, primero se atiende y luego se hace la historia clínica, es decir, primero se evalúa clínicamente, se ordena verbalmente a las auxiliares de enfermería lo que hay que hacer. Cuando ya esté el paciente estabilizado y el tratamiento ordenado, el médico se sienta a redactar la historia.** PREGUNTADO: Cuál fue concretamente la lesión? CONTESTÓ: Estaba politraumatizado, con trauma encéfalo craneal o TEC, múltiples fracturas en varias partes del cuerpo. PREGUNTADO: Por qué no fue enviado este paciente a la Policlínica de Medellín, antes de las 4:15 del día 27? CONTESTÓ: El paciente si fue remitido a esa hora. **No se remitió antes, porque primero hay que estabilizarlo en urgencias y dejarlo mínimo de 6 a 12 horas en observación, porque si se manda inmediatamente en ese estado, puede ocurrir que el paciente muera en la remisión.** PREGUNTADO: Cuál fue la razón para enviarlo a Medellín. CONTESTÓ: **Porque el paciente ameritaba evaluación urgente por neurocirugía y el Hospital de Rionegro carece de ese especialista, por su nivel 2 de atención.** PREGUNTADO: Si no había neurocirujano en el Hospital de Rionegro, lo indicado no era enviarlo antes a Medellín? CONTESTÓ: **El paciente necesitaba por su TEC un examen imagenológico que es el TAC (tomografía axial computarizada de cráneo). Ese examen en ese momento no se podía hacer en el hospital ni lo había por la zona de Rionegro en ese tiempo y según protocolos de urgencias todo paciente con un TEC se debe dejar en observación, como lo dije antes, de seis a doce horas mínimas. Si el paciente recuperaba la consciencia el paciente se debía mandar inmediatamente. Como el paciente evolucionó en las primeras horas, recuperaba la consciencia, por eso se remitió. Es decir, estaba evolucionando satisfactoriamente, mejor de lo que llegó y por eso se remitió.** PREGUNTADO: Entonces, la razón del envío a la Policlínica de Medellín, se debió a la evolución favorable del paciente y de que no corría peligro su vida al someterlo a un viaje de estos? CONTESTÓ: Y que ameritaba una evaluación de un tercer nivel, de neurocirugía que no teníamos por ser un hospital de segundo nivel. PREGUNTADO: Policlínica de Medellín si cuenta con ese equipo? CONTESTÓ: Si señor. PREGUNTADO: Cómo hubiese sido la atención de William

en un centro como el de Policlínica con este tipo de patologías? CONTESTÓ: **Básicamente es la misma, añadiendo que en ese momento se hubiera pedido evaluación con neurocirujano y se ordenaría el TAC que es un examen especial de radiología donde se busca fractura y hematomas craneanos o lesiones expansivas craneanas secundarias al hematoma.** PREGUNTADO: **Si el señor William Ferney hubiera sufrido el accidente en Medellín o hubiera llegado de inmediato a la Policlínica de Medellín se pudo haber salvado?** CONTESTÓ: **Pues probablemente se hubiera salvado pero la atención en las dos instituciones básicamente es la misma. Se evalúa al paciente.** Aclaro que el nivel dos carece de neurocirujano y el nivel tres si lo tiene. PREGUNTADO: Diga al despacho cuál es el propósito de dejar a un paciente con diagnóstico TEC en observación? CONTESTÓ: Se deja en observación para ver la evolución neurológica que tenga el paciente durante las seis horas, mínimo, que se debe dejar (...). PREGUNTADO: Diga qué tipo de personas son las que tienen acceso al área de urgencias del Hospital San Juan de Dios de Rionegro. CONTESTÓ: Básicamente el paciente, y según la gravedad un acompañante, pero normalmente no se aceptan acompañantes en el servicio de urgencias. PREGUNTADO: Dentro del ámbito de las probabilidades diga cuáles son las posibilidades de sobrevivir que tiene un paciente que presenta un trauma encéfalo craneano severo y además está politraumatizado? CONTESTÓ: **Como lo dije antes, es imposible pronosticar la evolución de un paciente con esas características. Lo más seguro es que el paciente evolucione mal, pero también puede llegar con un TEC leve y salir mal (...)** (fls. 150 a 153 del cdno. No. 1). (Negrillas y subrayas adicionadas).

Finalmente, obra la declaración del doctor José Octavio López Gallego, médico general, quien no se encontraba vinculado a la Institución para la fecha de los hechos pero posteriormente coordinó el área de hospitalización y cirugía del Hospital San Juan de Dios de Rionegro, en la cual manifestó:

"(...) PREGUNTADO: Diga en su condición de médico de urgencias cómo suele procederse, por lo general, cuando a un hospital llega un paciente con trauma encéfalo craneano? CONTESTÓ: Procede una evaluación general, haciendo énfasis en la parte cardio vascular, los signos vitales, que tenga frecuencia respiratoria y toda la parte circulatoria funcionando para ya llegar a un diagnóstico. PREGUNTADO: En estos casos es aconsejable llamar de inmediato al especialista, al neurólogo? CONTESTÓ: Hay que individualizar el caso se mira el estado en que llega y se determina previa estabilización el nivel de atención. **Porque si es un paciente que está estable y que no tiene claro su compromiso neurológico se observa. Si es uno que está deteriorado y necesita un tercer nivel se procede a actuar mediante la red de urgencias. Se pide la evaluación, asesoría, el TAC o la remisión.** PREGUNTADO: Diga si el procedimiento del paciente fue el aconsejable en este tipo de situaciones o si por el contrario, debió haber sido enviado antes a los organismos de salud que tuvieran mayores recursos humanos y técnicos. CONTESTÓ: Yo considero que es adecuado porque es un paciente politraumatizado, tiene múltiples fracturas, múltiples heridas. Primero hay que suturar, colocar las férulas, los líquidos para garantizar que deje de sangrar o recuperar la presión arterial que se bajó por la pérdida de sangre. Si se manda antes se desangra en el camino. Se inician antibióticos, tetanol y antitoxina para evitar la infección y el tétano. Se deja en observación porque se sospecha un TEC por el estado de inconsciencia y por la fractura cigomática izquierda. Es la

observación la que va a determinar el sitio de la remisión. Todo paciente que llegue inconsciente no es obligación de remitir porque puede deteriorarse o mejorar y cada uno de esos estados va a llevar a una actuación médica. Puede ser trauma, puede ser licor lo que está deteriorando el estado de inconsciencia y tiene un hematoma. Cuando el presenta signos de deterioro se remite porque ya hay una indicación. PREGUNTADO: Qué fue lo que precipitó la muerte de este paciente, si usted está en capacidad de decirlo? CONTESTÓ: La causa de la muerte es un trauma craneo encefálico a raíz del accidente de tránsito. PREGUNTADO: Si este paciente hubiese ingresado a un centro diferente como Policlínica de Medellín su vida se hubiera salvado? CONTESTÓ: El manejo es igual. Lo observan y si hay indicación le mandan el TAC, por lo que decía ahora de la inconsciencia hay que estar alerta. Juegan muchas cosas, como la intervención. Si está muy mal no se opera por el pronóstico. **PREGUNTADO: Qué fue concretamente la causa de esa muerte? CONTESTÓ: Por la evaluación yo pienso que fue un hematoma que fue creciendo y deteriorando el estado de consciencia, los signos vitales, va aumentando la presión en el cráneo causando la muerte del paciente. PREGUNTADO: Si este señor se interviene se pudo haber evitado estas consecuencias? CONTESTÓ: En teoría yo pienso que es posible porque se quita el factor de riesgo de la presión (...).** PREGUNTADO: En su calidad de médico, diga de acuerdo a los protocolos existentes en la materia, si lo más recomendado en el caso del señor William Ferney, era que el Hospital San Juan de Dios de Rionegro le hubiera remitido inmediatamente a un tercer nivel de atención y diga por qué? CONTESTÓ: No es lo más recomendable porque no se ha estabilizado como se dijo antes, que puede terminar con la vida del paciente por el sangrado que representan las heridas y las fracturas (...)" (fls. 154 a 157 del cdno. No. 1) (Negrillas y subrayas fuera del texto original).

2. Análisis del caso y conclusiones

2.1. Para que se declare la responsabilidad de la administración pública es preciso que se verifique la configuración de los dos elementos o presupuestos de la misma, según la disposición constitucional que consagra la institución jurídica, esto es, el artículo 90 superior, en consecuencia, es necesario que esté demostrado el daño antijurídico, así como la imputación fáctica y jurídica del mismo a la administración pública.

El daño antijurídico a efectos de que sea resarcible, requiere que esté cabalmente estructurado, por tal motivo, se torna imprescindible que se acrediten los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama: i) debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo; ii) que sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente –que no se limite a una mera conjetura–, y que suponga una lesión a un derecho, bien o interés legítimo que se encuentre protegido el ordenamiento jurídico, y iii) que sea personal, es decir, que sea padecido por quien lo solicita, en tanto se cuente con la legitimación en la causa para reclamar o debatir el interés que se debate en el proceso, bien a través de un derecho

que le es propio o uno que le deviene por la vía hereditaria.

La antijuricidad del daño va encaminada a que no sólo se constate la materialidad y certidumbre de una lesión a un bien o interés amparado por la ley, sino que, precisamente, se determine que la vulneración o afectación de ese derecho contravenga el ordenamiento jurídico, en tanto no exista el deber jurídico de tolerarlo. De otro lado, es importante precisar que la antijuricidad del daño no se relaciona con la legitimidad del interés jurídico que se reclama. En otros términos, no constituyen elementos del daño la anormalidad, ni la acreditación de una situación jurídica protegida o amparada por la ley; cosa distinta será la determinación de si la afectación proviene de una situación ilícita, caso en el que no habrá daño antijurídico pero derivado de la ilegalidad de la conducta.

De allí que, la Sala no prohíba interpretaciones ya superadas según las cuales era preciso que se acreditara una situación legítima –más no legal–, pues se trata de un carácter que en la actualidad no se predica del daño, pues el mismo sirvió de fundamento para negar perjuicios a situaciones que revistiendo la connotación de daños, eran censuradas moralmente (v.gr. los perjuicios reclamados por los entonces mal llamados concubinos o concubinas, los daños irrogados a trabajadoras sexuales, etc.)¹.

Como se aprecia, el daño antijurídico es el principal elemento sobre el cual se estructura la responsabilidad patrimonial de la administración pública, a la luz del artículo 90 de la Carta Política, entidad jurídica que requiere para su configuración de dos ingredientes: i) uno material o sustancial, que representa el núcleo interior y que consiste en el hecho o fenómeno físico o material (v.gr. la desaparición de una persona, la muerte, la lesión, etc.) y ii) otro formal que proviene de la norma jurídica, en nuestro caso de la disposición constitucional mencionada².

En este orden, el daño antijurídico no puede ser entendido como un concepto puramente óntico, al imbricarse en su estructuración un elemento fáctico y uno jurídico se transforma para convertirse en una institución deontológica, pues sólo la lesión antijurídica es resarcible

¹ “La noción de situación jurídicamente protegida como clave para que una persona esté legitimada para actuar bien podría ser enunciada por su anverso, esto es, que no puede recibir indemnización quien se encuentre en una situación ilegal de la que se genera el título por el cual se reclamaría.” HENAO, Juan Carlos “El daño”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pág. 95.

² Cf. DE CUPIS, Adriano “El Daño”, Ed. Bosch, Barcelona, 2ª edición, 1970, pág. 82.

integralmente en términos normativos (artículo 16 de la ley 446 de 1998) y, por lo tanto, sólo respecto de la misma es posible predicar consecuencias en el ordenamiento jurídico.

Es así como, sólo habrá daño antijurídico cuando se verifique una modificación o alteración negativa fáctica o material respecto de un derecho, bien o interés legítimo que es personal y cierto frente a la persona que lo reclama, y que desde el punto de vista formal es antijurídico, es decir no está en la obligación de soportar porque la normativa no le impone esa carga.

Indiscutible resulta que el joven William Ferney Aristizábal Peláez, ingresó en graves condiciones de salud al servicio de urgencias del Hospital San Juan de Dios el 26 de julio de 1993 a las 9:55 PM, debido a un accidente de tránsito ocurrido en la autopista que de Medellín conduce a Bogotá, sitio en el que fue auxiliado por una ambulancia del mismo hospital. Así mismo que a las 4:15 AM fue remitido en ambulancia a la Policlínica de Medellín, donde minutos después de su ingreso falleció ante la impotencia de los galenos que le recibieron.

El fallecimiento del joven Aristizábal Peláez, de conformidad con el examen de necropsia practicado, obedeció a un shock traumático por trauma encéfalo craneano y múltiples fracturas por contusión en accidente de tránsito, heridas cuya naturaleza eran simplemente mortales.

2.2. Definida la existencia del daño antijurídico, corresponde establecer, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, si se encuentra o no configurado el segundo elemento de la responsabilidad, esto es, la imputación³.

³ “Ahora bien, en cuanto concierne a la imputación, se tiene que el daño antijurídico puede ser atribuido a la administración pública en la medida en que ésta lo haya producido por acción u omisión, pues, precisamente, en sentido genérico o lato la imputación es la posibilidad de atribuir un resultado o hecho al obrar de un sujeto.

“En materia del llamado nexo causal, debe precisarse una vez más que este constituye un concepto estrictamente naturalístico que sirve de soporte o elemento necesario a la configuración del daño, otra cosa diferente es que cualquier tipo de análisis de imputación, supone, *prima facie*, un estudio en términos de atribuibilidad material (*imputatio facti* u objetiva), a partir del cual se determina el origen de un específico resultado que se adjudica a un obrar –acción u omisión–, que podría interpretarse como causalidad material, pero que no lo es jurídicamente hablando porque pertenece al concepto o posibilidad de referir un acto a la conducta humana, que es lo que se conoce como imputación.

“No obstante lo anterior, la denominada imputación jurídica (*imputatio iure* o subjetiva) supone el establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, y allí es donde intervienen los títulos de imputación que corresponden a los diferentes sistemas de responsabilidad que tienen cabida tal como lo ha dicho la jurisprudencia en el artículo 90 de la Constitución Política...” Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2009, exp. 17994, M.P. Enrique Gil Botero.

En dicho sentido, se encuentra demostrado que a su arribo al hospital el paciente se encontraba inconsciente, según se anota en la historia clínica y lo corroboró en su declaración el doctor Mesa Ochoa. Así mismo que presentaba seis o siete fracturas y múltiples contusiones y heridas, por lo cual se ordenó la estabilización del paciente, consistente en la sutura de heridas, inmovilización de las fracturas, suministro de líquidos vía endovenosa, antitoxina tetánica y hospitalización en observación bajo control permanente de signos vitales y estado de conciencia.

La historia clínica da cuenta, además, de que transcurridas seis horas desde su ingreso, encontrándose en la sala de observación, los doctores identificaron una variación neurológica en la cual se fundamentaron para ordenar la remisión del paciente a un hospital de tercer nivel, en este caso la Policlínica de Medellín, en el que a su llegada fue calificado con 5/15 en la escala de Glasgow.

En el experticio rendido por profesionales de la Facultad de Medicina de la Universidad de Antioquia se determinó que era prioritaria la estabilización del paciente debido a la pérdida de sangre y múltiples heridas y fracturas que presentaba; que el lapso transcurrido para ello, entre su ingreso y las 12:30 AM, no parece exagerado de conformidad con la gravedad de sus lesiones; que es práctica médicamente aceptada atender al paciente y una vez se encuentre estable diligenciar la historia clínica; que también es conducta médica aceptada estabilizar al paciente antes de remitirlo a un nivel superior y que las medicinas suministradas corresponden a las recomendadas para ese tipo de casos, sin embargo, lo cierto es que las posibilidades de sobrevivir de una persona que tiene comprometidos tantos sistemas en su organismo son mínimas, quedando pendiente por concluir si era prudente correr el riesgo de remitir al paciente a un hospital de tercer nivel dada la gravedad de las lesiones, inmediatamente fue estabilizado, en vez de esperar la evolución del paciente que en todo caso no tenía un buen pronóstico.

Testimonios de las personas que socorrieron a las personas involucradas en el accidente dan cuenta del aparatoso choque y la gravedad de las lesiones de los ocupantes del vehículo conducido por William Ferney Aristizábal, así como de las maniobras necesarias que tuvieron que adelantar para liberar a los atrapados en el campero y para procurar su inmediato traslado al Hospital de Rionegro. De sus respuestas se colige la seriedad de las lesiones que tenía el joven Aristizábal Peláez y el drama que en adelante tuvo que soportar, puesto que se encuentra acreditado que ya estando en la sala de observación recuperó la consciencia y no paraba de lamentarse, de pedir ayuda y de llamar a sus familiares, quienes a pesar de encontrarse en el lugar no conocieron de la evolución de William Ferney ni se les permitió verlo sino hasta que les fue comunicada la remisión a la Policlínica de Medellín.

En cuanto a los testimonios de los médicos que atendían en el servicio de urgencias la noche en que se presentó el accidente del joven William Ferney, se evidencian algunas contradicciones; por un lado, el médico Andrés Álvarez relató que recibió al paciente, diligenció la historia clínica y posteriormente se dedicó a suturar heridas e inmovilizar fracturas, pero el doctor Mesa Ochoa sostuvo lo contrario, que se priorizó la atención del paciente y después se procedió a las anotaciones en el registro.

Por otra parte, no se evidencia que se haya practicado al paciente el test de Glasgow⁴ en el Hospital San Juan de Dios, pues el resultado sólo se encuentra en la historia diligenciada por la Policlínica de Medellín, una vez la ambulancia arribó con el paciente, que en ese momento arrojó un resultado en la escala mencionada de 5/15, demostrando el grave compromiso neurológico que desde el accidente amenazaba su vida.

Así mismo, el doctor Álvarez Villegas aseguró que a pesar de que era ostensible el trauma cráneo encefálico del paciente, la única manera de determinar el grado de la lesión era mediante la observación, razón por la que la obligación médica era mantener estables los signos vitales y a ello se dirigieron los procedimientos y tratamiento inicial. Con todo, aceptó que la intervención oportuna de un neurocirujano habría permitido tomar las medidas necesarias para identificar y aliviar el edema cerebral. De su testimonio se colige, además, que la orden de traslado sólo se gestionó una vez se percataron del detrimento neurológico del joven William Ferney -es decir que el retraso en la remisión no obedeció a falta de disponibilidad del hospital receptor-, otra contradicción en que se incurre respecto del testimonio del doctor Mesa Ochoa, que afirmó que la orden de remisión se sustentó en que el paciente ya se encontraba mejor y por ello, transcurridas las primeras seis horas desde su ingreso, la misma se gestionó ante el hospital de nivel superior.

De otra parte, el enfermero Juan Guillermo Rojas, quien no tuvo oportunidad de atender el caso particular pero hace parte del servicio de urgencias del Hospital San Juan de Dios, consideró

⁴ “Una clasificación aún más importante es la de la severidad del trauma cerebral. El tratamiento y las opciones de rehabilitación dependen de la severidad de la lesión. Los médicos utilizan tres categorías para describir la severidad de los traumatismos cerebrales. Estas incluyen traumatismos leves, moderados y severos. Para esta clasificación se utilizan escalas como la Escala de coma de Glasgow.

La Escala de coma de Glasgow es una prueba que ayuda a los médicos a comprender la gravedad del traumatismo cerebral. El médico evalúa la capacidad de obedecer órdenes, de parpadear, de mover las extremidades, de responder al dolor y de seguir otras instrucciones.

Basándose en estos resultados se le dará una calificación. La calificación máxima es de 15 puntos. Entre más alto es el valor más leve es la lesión (...)” consultado en: <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/tutorials/traumaticbraininjuryspanish/nr2891s2.pdf> Tutorial interactivo del Instituto de Educación al Paciente – Chicago

prudente remitir al paciente que presenta Trauma encéfalo craneal al hospital de nivel superior antes de que aparezcan los síntomas de agravación, puesto que ello mejorará las posibilidades de evitar daños, poniendo a su disposición la atención del especialista y los exámenes diagnósticos apropiados para determinar el grado de la lesión y el consecuente tratamiento y/u oportuna intervención, argumento que también apoyó el doctor Mesa Ochoa –médico general del servicio de urgencias que estuvo presente la noche en que ingresó el joven Aristizábal Peláez-, quien finalmente aseguró que la Tomografía Axial Computarizada o TAC⁵ era el examen

⁵ “(...) La imagenología ayuda a determinar el diagnóstico y el pronóstico de un paciente de traumatismo cerebral. Los pacientes con un trauma leve a moderado pueden recibir rayos X para ver si existe una fractura de hueso o inestabilidad de la espina dorsal. El paciente debe permanecer inmovilizado en la camilla rígida y el cuello inmovilizador hasta que el personal médico tenga la seguridad de que no existe ningún riesgo de lesión en la espina dorsal. Para casos moderados a graves, la prueba que es la óptima en el campo de la imagenología es *la escanografía por tomografía computarizada* o (CT). La escanografía o CT crea una serie de imágenes de rayos X en cortes transversales de la cabeza y del cerebro y puede mostrar fracturas de hueso así como la presencia de hemorragia, hematomas, contusiones, edema del tejido cerebral, y tumores.

Las imágenes por resonancia magnética (MRI) pueden usarse luego de la evaluación y tratamiento inicial del paciente de traumatismo cerebral. Los MRI usan campos magnéticos para detectar cambios sutiles en el contenido de los tejidos cerebrales y pueden mostrar con más detalle que los rayos X o los CT.

(...)

Aproximadamente la mitad de los pacientes con traumas graves a la cabeza requieren de una intervención quirúrgica para reparar los hematomas o contusiones (...).
<http://www.brainline.org/content/2010/06/qu-cuidados-mdicos-debe-recibir-un-paciente-con-traumatismo-cerebral.html>

“(...) Ya sea que la lesión cerebral sea leve o severa, los médicos generalmente deben evaluar la situación rápido para tratar cualquier complicación antes de que se empeore. Para el diagnóstico, los médicos dependen de las imágenes del interior del cerebro llamadas tomografías computarizadas o pruebas TAC.

Las pruebas TAC o tomografías del cerebro se hacen para asegurarse que no haya fracturas del cráneo, coágulos de sangre o hematomas adentro o alrededor del cerebro. Dependiendo de la condición del paciente y de la primera tomografía, podría ser necesario hospitalizarlo para mantenerlo en observación. Si la lesión es muy severa y necesita cirugía, el paciente puede ir directamente a la sala de operaciones.

Las pruebas TAC pueden repetirse frecuentemente en los primeros días para ver si los coágulos de sangre se están agrandando o para ver si hay signos de inflamación cerebral. Las resonancias magnéticas sirven después para buscar daños que no parecen en las pruebas TAC (...). Las pruebas TAC son rápidas y más específicas para buscar sangrados dentro y alrededor del cerebro. Por eso es que las tomografías o pruebas TAC se hacen primero.

El tratamiento de un traumatismo cerebral depende de su severidad. Los traumatismos leves que no presentan signos de hemorragias internas no requieren de ningún tratamiento fuera de descanso. El médico puede decirle al paciente o a su encargado legal que observe cuidadosamente en caso de que se presenten signos de alguna complicación como dolores de cabeza severos, problemas con el habla, náuseas, vómito y adormecimiento. Estos signos pueden indicar que hay sangrado interno en el cerebro.

Los traumatismos cerebrales más severos requieren de hospitalización, observación cuidadosa y tratamiento.
<http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/tutorials/traumaticbraininjuryspanish/nr2891s2.pdf> Tutorial interactivo del Instituto de Educación al Paciente - Chicago

conducente para identificar el tipo y grado de lesión encéfalo craneal del paciente, y que ese resultado a tiempo pudo ser determinante para salvar su vida.

Sin perjuicio de lo anterior, el doctor Mesa Ochoa aseguró que el tiempo que se demoró la remisión del paciente era el necesario para observar los signos que evidenciaran alteraciones de consciencia, mientras exponía como razón para ello –en todo caso de manera inconsistente con la premisa-, que fue remitido porque ameritaba evaluación urgente por neurocirugía y el Hospital de Rionegro carecía de esa especialidad, dejando latente la aplicación irreflexiva del protocolo de atención, puesto que no tenía sentido dejar en observación al paciente cuando la gravedad del trauma cráneo encefálico era tan perceptible –como ha quedado evidenciado-, que ante cualquier agravación de su condición, antes o después de las seis horas mínimas que debía permanecer en observación, se hace incuestionable que el Hospital San Juan de Dios de Rionegro no contaba con los recursos técnicos y humanos para atenderla, por lo que cualquier esfuerzo habría sido infructuoso.

En otras palabras, se comprueba que arriesgarse a dejar al paciente en observación una vez fue estabilizado, teniendo presente la gravedad de las lesiones que presentaba, era tanto como subestimar la severidad del trauma cráneo encefálico, ya que como bien lo anotaron los testigos técnicos, por más leve que sea el trauma puede llegar a tener desenlace fatal, de lo cual se colige la obligación del hospital de segundo nivel, ante la visible gravedad de las lesiones externas que hacían previsible la severidad del trauma cráneo encefálico, de estabilizar al paciente y tomar las precauciones necesarias para facilitar su traslado de la mejor forma posible.

Así lo ratificó más adelante en la misma declaración, cuando indicó que el paciente se remitió a la Policlínica porque presentó una evolución que hacía más favorable su desplazamiento en la ambulancia y puesto que una vez recuperada la consciencia el procedimiento era ordenar su inmediato traslado. Sin embargo, existen constancias de que el paciente permaneció consciente desde antes de la media noche y clamando por ayuda hasta la madrugada, y que fue hasta esa hora, cuando el deterioro neurológico se hizo evidente, que fue apresurada su remisión.

Refuerza el argumento la declaración del doctor López Gallego, quien aseguró que, aun cuando la estabilización del paciente se debía asegurar en el hospital de segundo nivel "...si es un paciente que está estable y que no tiene claro su compromiso neurológico se observa. Si es uno que está deteriorado y necesita un tercer nivel se procede a actuar mediante la red de urgencias. Se pide la evaluación, asesoría, el TAC o la remisión...", quien agregó que el examen

practicado a tiempo habría permitido eliminar el riesgo de la presión intracraneana que le causó la muerte.

Así las cosas, y con el propósito de establecer la complejidad del cuadro clínico por el cual ingresó William Ferney Aristizábal Peláez al servicio de urgencias del Hospital San Juan de Dios de Rionegro – Antioquia-, el 26 de julio de 1993, conviene, con el apoyo de la literatura médica en la materia, considerar las verdaderas posibilidades que tuvo el paciente para recuperarse de las consecuencias provocadas por el trauma craneoencefálico que sufrió, y cómo la atención que recibió pudo repercutir en el desenlace fatal. En consecuencia, vale la pena observar:

“(…) Un cuerpo de evidencia creciente indica que las lesiones secundarias en el TCE ocurren con frecuencia y ejercen una profunda influencia en los resultados.

Los episodios postraumáticos tempranos de hipotensión arterial o hipoxemia incrementan de manera importante la mortalidad en el TCE severo (…).”

(…)

Los estudios de clase II indican que la medición prehospitalaria de la escala de coma de Glasgow es un indicador sensible y confiable de la severidad del TCE, en particular con evaluación repetitiva o en caso de empeoramiento o deterioro del nivel de puntuación. **Una única evaluación no puede predecir el resultado;** sin embargo, la disminución de 2 o más puntos en pacientes con Glasgow de 9 o menor indica lesión seria. Estudios con datos prehospitales e intrahospitales indican que los pacientes con Glasgow de 3 a 5 tienen al menos 70% de valor predictivo de pobres resultados (…)”.

(…)

Rol de la tomografía de cráneo en el manejo agudo del traumatismo craneoencefálico leve en el departamento de urgencias.

Muchos de los estudios en el TCE leve se han enfocado a identificar lesiones que requieran intervención neuroquirúrgica. La literatura no aclara de manera adecuada qué pacientes con lesión intracraneal se deterioran; no es clara acerca del valor predictivo de las lesiones intracraneales en la predicción del desarrollo del síndrome pos concusión. Las náuseas, vómito, cefalea severa o fractura hundida, tienen un valor predictivo positivo de 100% para aquellos pacientes que necesitan intervención neuroquirúrgica.

Recomendaciones

A. Estándar. No está indicada la TAC de cráneo en los pacientes con TCE leve mayores de 60 años, que no tienen cefalea o vómito, que no presentan intoxicación por drogas o alcohol, que no tienen déficit en la memoria a corto plazo, ni evidencia física de traumatismo por arriba de la clavícula o crisis convulsiva.

B. Guías. **La TAC de cráneo es el estudio de imagen considerado el estándar de oro para pacientes con TCE leve y debe realizarse en todos los pacientes que presentan un déficit neurológico transitorio secundario a un traumatismo.**

Rol de tomografía de cráneo en la decisión de egreso hospitalario del paciente con traumatismo craneoencefálico leve

Durante el decenio 1990-99, declinó la tasa de hospitalización de pacientes con TCE. Esta disminución ha sido atribuida al incremento en la fiabilidad de la TAC de cráneo para detectar pacientes con lesiones que ponen en riesgo su vida. La literatura no refleja un incremento en la morbilidad o mortalidad con esta práctica; sin embargo no existe una guía que ayude al médico a decidir quién debe ser enviado de forma segura a su casa.

Recomendaciones

(...)

C. Opciones. Los pacientes con TCE leve que, a las 6 horas de haber sufrido el traumatismo se encuentran normales al examen clínico y neurológico, y que presentan una TAC de cráneo normal pueden ser enviados a su hogar de manera segura. Posteriormente, deben ser vigilados en caso bajo el cuidado de una persona responsable.

ESCALA DE COMA DE GLASGOW

La escala de coma de Glasgow fue desarrollada (...) como una medida objetiva del nivel de conciencia. Desde entonces se ha mantenido como la medición clínica más ampliamente utilizada para valorar la severidad de la lesión en el TCE.

Varios estudios han confirmado variación en la aplicación de la escala de Glasgow y esto depende en parte de la experiencia del evaluador.

(...)

2) ¿cuándo debe medirse para que tenga valor pronóstico?

- Sólo después de resucitación pulmonar y hemodinámica.

- Después de que la sedación farmacológica o los relajantes musculares sean metabolizados (...).

(...)

HIPOTENSIÓN

Por lesión cerebral secundaria se define la lesión cerebral que surge después del trauma y cuyo origen son fuentes extracraneales e hipertensión intracraneal. Generalmente las fuentes son isquémicas y se incluyen: hipotensión, hipoxia, anemia, infección etc. Existe una gran cantidad de evidencia creciente que indica que la lesión secundaria en un cerebro lesionado es un fenómeno que ocurre de manera común y que por si fuera poco influencia poderosamente y de manera negativa la recuperación. El más dañino y mejor estudiado de estos fenómenos es la hipotensión. La hipotensión es un factor capaz de sufrir manipulación terapéutica y con ello optimizar el resultado y finalmente la recuperación a futuro del paciente con TCE.

(...)

2) ¿Cuándo debe medirse para que tenga valor pronóstico?

- Tan frecuentemente como sea posible (...).

(...)

(...) un hematoma intracraneal sin manejo quirúrgico efectivo puede por un lado tomar un curso benigno con expectativa de recuperación, o por otro lado llevar al paciente a la muerte o a un estado vegetativo persistente. Sin embargo también un retardo en el diagnóstico puede resultar en efectos similares (...)⁶
(Negrillas y Subrayas fuera del texto original).

Respecto a la más prudente y juiciosa manera de proceder, frente a pacientes que han sufrido un trauma craneoencefálico, publicaciones científicas especializadas también han precisado:

"(...) Debido a la sintomatología inespecífica como a su variada frecuencia de aparición, el diagnóstico de daño cerebral post-trauma es muy difícil de determinar y cuando el cuadro se manifiesta lo suficientemente florido para su interpretación, generalmente ya es demasiado tarde para efectuar un tratamiento eficaz. La aparición de la tomografía computada de cráneo (TCC), y su utilización conjunta con la escala de Glasgow, historia clínica, exploración general y evaluación de sintomatología, ha facilitado en gran medida el diagnóstico de daño cerebral. A pesar de ello, aproximadamente el 80% de los ingresos por trauma, con algún riesgo de injuria cerebral son diagnosticados como MTBI y de ellos, un 12%, pueden desencadenarse fatalmente. Esta situación ha llevado a generar diferentes criterios en la toma de decisiones para el diagnóstico de esta patología. Por ejemplo:

- Si el índice de Glasgow es menor o igual a 13, se torna obligatoria la utilización de TCC, para analizar el daño tisular que pudiera haber.
- Si el índice de Glasgow se encuentra entre 13 y 15, la utilización de TCC se realiza según criterio médico.
- Si el valor de Glasgow obtenido es mayor de 15 se descarta la utilización de TCC.

La revista, New England Journal of Medicine de EE.UU. publicó en el año 2000 que la TCC es aconsejada cuando se observa un índice de Glasgow inferior a 15 o cuando el índice es de 15 y se acompaña de vómitos, uso drogas, lesiones de clavícula, edad mayor a 60 años y dolor de cabeza.

La J. Trauma, Infect. And crit. Care 2000 de Escandinavia, aconseja la exploración por TCC, cuando se obtiene un índice de Glasgow de 14 o 15 acompañado de pérdida de la conciencia y amnesia de 5 minutos o menos.

(...)

Si se realiza en un corto período de tiempo luego del incidente, puede arrojar resultados "falsos negativos". Además, este método, no permite visualizar un daño axonal difuso (...).

(...)

Sin embargo, según información recabada de la literatura, existe un 12% de pacientes de gran riesgo dentro de este grupo, como también se reporta un 2% de

⁶ GUTIÉRREZ ACEVES, Guillermo Axayacalt. "Manual Práctico de Medicina basado en evidencias aplicadas al Neurotraumatismo". Editorial Manual Moderno, 2005. Págs. 7 a 41.

pacientes que por detectársele tardíamente el daño cerebral, no se les ha podido realizar una intervención quirúrgica que evite trastornos y complicaciones posteriores; hechos que podrían preverse de realizarse una tomografía computada a tiempo (...)⁷ (Negrillas y subrayas de la Sala).

El informe de necropsia consideró que las lesiones sufridas por el joven William Ferney eran “*de naturaleza simplemente mortal*”, es decir, la lesión por sí misma era idónea para producir la muerte, sin tener en cuenta el tratamiento dado al afectado.

En perjuicio de ello, se precisa que no existe prueba que acredite la naturaleza de la lesión doce horas antes, pues se observa perfectamente posible que lo *simplemente mortal* de la naturaleza del daño -evidenciada en la necropsia-, corresponde a la involución de una lesión que, diagnosticada a tiempo, se hubiera podido tratar mediante el procedimiento quirúrgico adecuado⁸, y no es posible desestimar que el uso de esa posibilidad hubiera podido ayudar al paciente a tiempo.

En efecto, los traumatismos craneoencefálicos han encontrado tipos de clasificación diferentes al trazado de acuerdo a la clase de lesiones cerebrales sufridas. Quizá el segundo criterio por excelencia sea el elaborado conforme a la vertiente etiopatogénica del TCE -es decir, según el origen de la patología-. De éste se ha dicho:

⁷ Revista Bioanálisis No. 4. Argentina, julio – Agosto 2005. ELECSYS S100 en el manejo de pacientes con trauma cerebral. <http://www.revistabioanalisis.com/arxius/notas/traumacerebral.pdf>

⁸ “(...) En caso de traumatismos leves y moderados con aumento de presión dentro del cerebro, el tratamiento se enfocará en el control de la presión asegurándose de que haya suficiente cantidad de oxígeno para el cerebro y para el resto del cuerpo y suficiente flujo sanguíneo en el cerebro. Los traumatismos cerebrales severos necesitan algunas veces de un respirador mecánico para proteger las vías respiratorias y para hiperventilar al paciente. La hiperventilación baja la presión dentro del cráneo.

(...)

Los médicos pueden usar medicamentos para bajar la presión intracraneal. La mayoría de estos se administra por vía intravenosa, lo que quiere decir, por medio de un catéter que se introduce en una vena.

Si la inflamación dentro del cerebro es severa, se coloca un catéter dentro de uno de los ventrículos del cerebro. Los ventrículos son unas cavidades en el cerebro que están llenas de líquido. Estos catéteres bajan la presión intracraneal porque drenan líquido cerebro espinal. La acumulación del líquido cerebro espinal en el cerebro se conoce como hidrocefalia.

Algunas veces es necesaria una cirugía para quitar un pedazo de cráneo. Esto ayuda a crear espacio para el cerebro inflamado y reduce la presión dentro del cerebro.

Para hacer esto, el médico quita un pedazo de cráneo y cierra la piel. El pedazo de cráneo se recoloca unos meses más tarde dependiendo de la condición del paciente (...).
<http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/tutorials/traumaticbraininjuryspanish/nr2891s2.pdf> Tutorial interactivo del Instituto de Educación al Paciente – Chicago.

"(...) Otra forma de clasificar las lesiones resultantes de un TCE es de acuerdo con su vertiente etiopatogénica. En este sentido tradicionalmente se ha diferenciado entre lesiones primarias o de impacto y lesiones secundarias o complicaciones. Las lesiones primarias (fracturas, contusiones, laceraciones y lesión axonal difusa), debidas básicamente al impacto y a los mecanismos de aceleración-desaceleración y movimientos relativos del encéfalo respecto al cráneo, ocurren según el concepto clásico de forma inmediata al traumatismo. **Las lesiones secundarias (hematomas y hemorragias intracraneales, congestión vascular cerebral -swelling-, edema, lesiones isquémicas e infecciosas), aunque iniciadas en el momento del impacto, presentarían una manifestación clínica más tardía. La diferencia clásica fundamental entre ambos tipos de lesiones, es que sobre las primarias el médico no tiene ningún tipo de control, mientras que las lesiones secundarias son lesiones potencialmente evitables y, por lo tanto, tratables de forma precoz (...)**⁹". (Negrillas y subrayas incorporadas).

Así también, es claro que, si bien la escala de Glasgow es una evaluación bastante confiable, lo cierto es que ningún protocolo la encuentra infalible¹⁰, lo que quiere decir que, prudencialmente y en virtud de la necesidad de despejar la sospecha con la mayor contundencia posible –siempre con el propósito de salvaguardar la vida del paciente–, bien valía la pena haber tomado las más meticulosas precauciones indicadas en los manuales de primeros auxilios, y en las guías de manejo pre y hospitalario.

En este orden, conviene complementar rigurosamente el marco de referencia que un médico debe observar para actuar de manera idónea -conforme a las particulares patologías presentes en pacientes que han sufrido un trauma craneoencefálico–, y, en consecuencia, para elegir el procedimiento más acertado a implementar, una vez analizado concienzudamente protocolos como el siguiente:

⁹ "Actualización sobre la fisiopatología, diagnóstico y tratamiento en los traumatismos craneoencefálicos" Dra. María Antonia Poca - Servicio de Neurocirugía del Hospital Universitario Vall d' Hebron, Barcelona – España, 2004.

¹⁰ "(...) **EVALUACIÓN NEUROLÓGICA:** Se debe practicar un examen neurológico tan completo como el estado del paciente lo permita pero no debe demorar la atención de éste y debe incluir la graduación del estado del paciente en la Escala de Glasgow, que es de gran ayuda para comparaciones sobre la evolución del paciente y para localizarlo dentro de grupos de tratamiento y pronóstico, sin dejar por esto de anotar las variaciones que se encuentre en el estado de conciencia (...). Una manera rápida de clasificar a los pacientes con trauma craneoencefálico es según la Escala de Coma de Glasgow, en trauma leve, moderado y severo 8...). **El tratamiento inicial se hará teniendo en cuenta estos grupos y el tipo de lesión que se determine en los exámenes complementarios de imágenes diagnósticas, pero no es recomendable utilizar esta clasificación como diagnóstico definitivo**" (negrillas y subrayas adicionales). GUTIÉRREZ ACEVES, Guillermo Axayacalt. "Manual Práctico de Medicina basado en evidencias aplicadas al Neurotraumatismo". Editorial Manual Moderno, 2005. Págs. 7 a 41.

“En los pacientes con traumatismos de cráneo, con o sin lesión neurológica no es recomendable tomar radiografías de cráneo, sino proceder inmediatamente con escanografía cerebral (...).

Está demostrado que el uso generalizado de la escanografía cerebral determina que se haga un mayor número de diagnósticos de lesiones intracraneanas, que de otra forma no serían diagnosticadas oportunamente, con lo cual no sólo se disminuye la morbilidad y mortalidad de los pacientes con trauma de cráneo y pérdida de consciencia o amnesia, sino también la estadía hospitalaria y los costos del tratamiento.

(...)

Es recomendable practicar escanografía cerebral a todos los pacientes que hayan tenido pérdida de consciencia, aún a aquellos catalogados como trauma leve (Glasgow 13-15), ya que entre estos, 18% presentan anormalidades en la TAC y 5% presentan lesiones que requieren cirugía (...).

El manejo de estos pacientes, si se ha demostrado que tienen un TAC normal, es observación por 24 horas, que se efectuará en el hospital o en la casa según el paciente, el sitio del trauma y si hay o no lesiones asociadas (Heridas faciales etc.). Se les instruirá sobre los controles neurológicos que incluyen estado de consciencia y orientación, estado de pupilas y reflejo pupilar y estado de fuerza muscular y de reacción ante diferentes situaciones. Se le explicará a la familia sobre la necesidad de ser llevado de nuevo a urgencias si se presentan alteraciones.

(...)

Los estudios de Resonancia Magnética Nuclear (RMN) generalmente no se utilizan para evaluación de pacientes con traumatismos craneoencefálicos en el estado agudo, pero una investigación con resonancia magnética nuclear de pacientes que habían sufrido trauma leve, y que habían sido enviados a su casa, demostró que el 10% tenían alteraciones intracraneanas (contusiones, y pequeños hematomas subdurales).

La resonancia magnética y la escanografía se complementan en el estudio de pacientes con trauma de cráneo; la escanografía es ideal para los pacientes en estado agudo y para las lesiones óseas, mientras que los estudios de resonancia magnética pueden ser utilizados en pacientes estables para determinar lesiones estructurales más pequeñas 8...9. La escanografía se debe repetir, si el paciente permanece con alteraciones del estado de consciencia, si fue practicada en forma aguda después del trauma y el paciente continúa con alteraciones de consciencia o de acuerdo a la evolución clínica; también si hay deterioro neurológico o si se encuentran lesiones que por su pequeño tamaño se decide no intervenir y el paciente no presenta la mejoría clínica esperada; la escanografía en los pacientes con trauma no se puede considerar como un estudio estático, sino el que demuestra el estado del cerebro en un momento dado.

(...)

NORMAS GENERALES PARA EL MANEJO DE LOS PACIENTES

(...)

Se debe hacer diagnóstico exacto de la lesión cerebral, para hacer el tratamiento según el caso; los pacientes con traumatismos “leves”, quienes no presenten alteraciones en la escanografía, pueden ser observados en su casa, si no presentan lesiones asociadas y tienen como ser controlados (...). Los mismos pacientes con lesiones asociadas, deben ser controlados en el hospital (...) ¹¹”.

2.3. De la pérdida de oportunidad

Sobre esta temática, se seguirá en lo fundamental la orientación expuesta en la sentencia del 24 de octubre de 2013 -con ponencia de quien ejerce la misma función en este proceso-, y cuyo desarrollo se expone a continuación de manera *ad-literam*.

Aun cuando el *a-quo* pasó por alto el concepto de pérdida de oportunidad, se debe precisar que a esta categoría corresponden las situaciones en las cuales *"no es posible acreditar el nexo de causalidad entre un comportamiento médico negligente y el daño sufrido por el paciente, pero exista una probabilidad significativa de que el evento dañoso no hubiera tenido lugar de haberse dado la conducta debida; la doctrina de la pérdida de oportunidad permite considerar que dicha negligencia privó al paciente de oportunidades de curación o supervivencia que deben ser indemnizadas."* ¹²

“(...) Este concepto, en su aplicación originaria, sirvió para reparar ciertos daños provenientes de relaciones contractuales, protegiendo las expectativas e intereses razonables de las partes que habían sido confiados en las promesas y comportamientos de los demás. Y el otro gran campo, en el que se desarrolló fue en el Derecho de la responsabilidad médica. Sin embargo, se ha inoculado a muchas áreas de las relaciones jurídico-sociales, y es llamativo como en casi todas las jurisdicciones del *common law*, se ha aceptado la pérdida de oportunidad como un evento indemnizable, no sólo desde el punto de vista contractual, sino también desde la responsabilidad civil extracontractual. El hito fundador de este concepto es el caso *Chaplin v. Hicks* ¹³, en el que se estudió la demanda de una joven mujer que participó en un concurso de belleza, al enviar su fotografía a un periódico. La señorita Chaplin fue una de las 50 finalistas de casi 6.000 mujeres que aplicaron. Cada finalista sería entrevistada por el demandado para escoger 12 que serían premiadas con contratos para desempeñarse como actrices. La señorita Chaplin, no pudo asistir a la entrevista por no habersele notificado la fecha, y el demandado se negó a reprogramarla. La demandante, en el proceso judicial, no pudo solicitar el reconocimiento del premio, comoquiera que no era factible demostrar que de haber sido entrevistada la habrían seleccionado, sin embargo, se consideró que de no mediar la conducta negligente, la señorita Chaplin habría conservado su oportunidad de competir. Se estableció que esta oportunidad era valiosa y que era procedente la

¹¹ Traumatismos Craneoencefálicos – Conceptos y consideraciones para su manejo. Dr. PEÑA QUIÑÓNEZ, Germán. Editorial Diseño Y Recursos 2000, 1996. Págs. 35 a 107.

¹² LUNA Yerga, Álvaro “Oportunidades Perdidas”, artículo publicado en Revista para el análisis del Derecho “INDRET”, mayo de 2005, No. 288.

¹³ *Chaplin v Hicks* [1911] 2 KB 786, 792-793 (CA) [*“Chaplin v Hicks”*]. (Reino Unido).

compensación, no en la totalidad del valor del premio, sino en el porcentaje que tenía de ganar. La indemnización se estimó en un 25% del valor final.¹⁴

No obstante su origen contractual, en la jurisprudencia de los Estados Unidos, ha sido frecuente el empleo de la pérdida de oportunidad (*loss of a chance*) para casos de negligencia médica, desde el enfoque de la responsabilidad extracontractual.

En los términos más naturales, la pérdida de oportunidad es la frustración de una esperanza. En su formulación más amplia, esa esperanza está dirigida a la consecución de un resultado que pondría a la persona en una situación más favorable a la previa o la evitación de un perjuicio. Esta doctrina, se reitera, tiene mayor presencia en los eventos de responsabilidad médica, según la cual, se echa de menos un actuar más diligente del servicio médico-sanitario, para que el paciente hubiera conservado sus oportunidades de recuperarse. Así pues, no existe certeza de que la mala prestación del servicio (que por lo general es un actuar omisivo) sea la consecuencia directa del resultado dañoso (muerte, amputación, incapacidades, etc), ya que en estos supuestos estamos ante una falla del servicio con indemnización plena, sino de la pérdida de las probabilidades que tenía el paciente de estar en una mejor situación¹⁵. Así las cosas, ya no habrá

¹⁴ Smith, Ben. Loss of a Chance; 29 Victoria U. Wellington L. Rev. 225 (1999). Heinonline. Disponible en: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/vuwlr29&div=25&id=&page=>

¹⁵ Sobre el particular, resulta pertinente consultar la sentencia del 1º de octubre de 2008, exp. 17001, M.P. Myriam Guerrero de Escobar, en la que se declaró la responsabilidad del Hospital Regional de Buenaventura por la pérdida de la oportunidad al no contar con bolsas de sangre para trasfundir a la paciente que sufrió una atonía uterina por ser múltipara; no obstante, condenó al cien (100%) por ciento de las pretensiones formuladas en la demanda. Como se aprecia, esa decisión contiene una contradicción lógica que atenta contra los principios aristotélicos de la lógica formal, ya que, según el postulado de la identidad y no contradicción, una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo.

En el salvamento de voto, de esa providencia, se puntualizó: "En el asunto concreto, desde mi perspectiva, la Sala se enfrentaba con un problema de certeza en relación con la determinación y amplitud exacta del nexo causal que servía de base para determinar la imputación fáctica, en el caso concreto.

"En otras palabras, así como no se podía aseverar con absoluta certeza que el daño se produjo a partir de las condiciones especiales de la paciente (mujer con múltiples partos previos que incrementaban la posibilidad de sufrir hemorragia uterina), tampoco era posible afirmar lo propio frente a la falta de sangre en el laboratorio del hospital, motivo por el cual se enfrentaba la Sala a un problema causal que debió ser solucionado a partir de los elementos de juicio que han sido puestos a consideración por la doctrina y jurisprudencia extranjera que, sobre el particular, han dado pasos ilustrativos que permiten orientar los esfuerzos en procura de solucionar incertidumbres aparentes como la de la pérdida de la oportunidad del paciente, es decir, la falta de concreción de un curso causal virtual que en términos de probabilidad hubiera podido impedir el resultado.

"En mi criterio, en tratándose de la pérdida de la oportunidad en materia médico – sanitaria, se deben precisar algunos aspectos sobre el tema, a efectos de garantizar su correcta aplicación. Tales precisiones son las siguientes:

"a) La pérdida de la oportunidad es un concepto jurídico que permite definir problemas de imputación, en aquellos eventos en que no existe prueba suficiente del nexo causal que define una determinada relación causa – efecto. En consecuencia, el análisis de esta figura debe realizarse en sede de la imputación fáctica.

"b) La figura sólo tiene aplicación en aquellas situaciones en que existe duda o incertidumbre en el nexo causal, de tal forma que el grado de probabilidad oscile en un margen entre el 1% y el 99% de que un

posibilidad de verificar si el resultado favorable se habría obtenido, porque la intervención del actuar de un tercero (falla en la prestación del servicio) cercenó

daño sea el producto de una causa específica (v.gr. la falta de existencia de bolsas de sangre que permitieran realizar una transfusión de emergencia).

“Si el juez no tiene inquietudes frente al nexo causal que sirve de soporte a la imputación fáctica y jurídica del resultado, no existe razón o justificación para hablar de pérdida de oportunidad, por cuanto como tal no se presentó tal circunstancia, sino que, lo que acaeció es una de dos hipótesis: i) que materialmente no se puede atribuir el resultado en un 100%, en cuyo caso habrá que absolver al demandado o, ii) que material y jurídicamente se atribuya el resultado al demandado de manera plena, en cuyo caso la imputación no estará basada en la probabilidad sino en la certeza, por ende, el daño será en un 100% endilgable a la conducta de determinada conducta estatal.

“De otra parte, la oportunidad perdida debe revestir tal magnitud que ofrezca verdaderos motivos acerca de la posibilidad de recuperación o supervivencia de la persona; en otros términos, la pérdida de la oportunidad no puede servir en todos los casos.

“c) En aquellos eventos en los cuales no exista prueba de la causalidad que materializa la imputación fáctica, no es posible hacer referencia a la figura de la pérdida de la oportunidad y, por lo tanto, habrá que absolver al demandado. En otros términos, si bien la pérdida de la oportunidad ayuda a solucionar problemas relativos a la dificultad para delimitar la amplitud o estrechez del nexo causal, lo cierto es que debe existir al menos prueba del vínculo existente entre la conducta activa u omisiva y el resultado, así como la acreditación de que se privó al actor de una oportunidad de recuperación.

“d) Como quiera que el análisis de la pérdida de la oportunidad, entendida como el instrumento para definir un curso de acontecimientos probable, se efectúa en la instancia del estudio del nexo causal – como presupuesto de la imputación fáctica u objetiva del daño–, la función del operador judicial en estos eventos, es la de apoyarse en las pruebas científicas y técnicas aportadas al proceso para aproximarse al porcentaje de probabilidad sobre el cual se debe establecer el grado de la pérdida de la oportunidad de recuperación y, consecuentemente, el impacto de tal valor en el monto a indemnizar, pues que como ya se analizó, el perjuicio no puede ser total ante la falta de certeza.

“Así las cosas, y dada la dificultad de determinar la cuantificación del perjuicio cuando se trata de una pérdida de oportunidad, para la Sala es claro que la valoración del mismo, dependerá de las circunstancias especiales que rodeen cada caso en concreto, teniendo en cuenta siempre las perspectivas que a futuro se tengan en relación con la obtención del beneficio, para lo cual se deberá emplear, en lo posible, los datos proporcionados por la estadística y observando siempre que lo indemnizable es la desventaja de no obtener un beneficio y no el daño mismo, se itera este aspecto que es fundamental, para efectos de cuantificación del perjuicio como tal.

“De otro lado, ante la ausencia de elementos y criterios técnicos o científicos en la determinación del porcentaje que representa la oportunidad perdida frente al daño padecido, el juez deberá recurrir a la equidad, en los términos del artículo 16 de la ley 446 de 1998, para sopesar los medios de convicción que obren en el proceso y, a partir de allí, establecer el valor aproximado a que asciende el costo de aquella, valor éste que servirá para adoptar la liquidación de perjuicios correspondiente.

“e) Como quiera que no existe una explicación de la causalidad absoluta, en estos eventos, la forma de indemnizar la pérdida de la oportunidad, deberá ser proporcional al porcentaje que se le restó al paciente con la falta de suministro del tratamiento, intervención quirúrgica, procedimiento o medicamento omitido.

“Así las cosas, el juez deberá valerse de todos los medios probatorios allegados al expediente, para aproximarse al porcentaje que constituye la pérdida de la oportunidad en el caso concreto, como quiera que de la determinación del mismo, dependerá el porcentaje sobre el cual se debe liquidar la condena, en atención a los montos máximos reconocidos por la jurisprudencia.

“En conclusión, la probabilidad que establezca el juez como el valor de la pérdida de la oportunidad cercenada por parte de la institución médico – hospitalaria, será correlativo al valor a indemnizar frente a cada uno de los perjuicios reconocidos por la jurisprudencia, y con base en los montos y criterios fijados por la misma...”

la definición de las posibilidades en el curso natural de los acontecimientos. Como se observa, cuando hablamos de pérdida de oportunidad ello implica incertidumbre, toda vez que no se tiene como cierto que el paciente se habría recuperado de haber recibido el tratamiento adecuado en el momento oportuno, sin embargo, hay otro elemento que es de certeza, consistente en que la falla le arrebató la posibilidad de participar en esas probabilidades. Ante este panorama, una de la preguntas problemáticas, es si las meras probabilidades tienen mérito o virtualidad indemnizatoria, comoquiera que en nuestro medio representante nacional de la doctrina de la responsabilidad civil descarta esta posibilidad:

“A principios de siglo, la doctrina más ortodoxa atacó la indemnización de la pérdida de una oportunidad, y aun, a veces, del perjuicio virtual, so pretexto de que el daño eventual no era indemnizable. No obstante, no debe perderse de vista el postulado que orienta la interpretación en la responsabilidad civil, según el cual, el responsable debe indemnizar a la víctima, de forma tal, que esta quede en las mismas circunstancias en que se hallaba antes de la acción lesiva.”¹⁶

De otro lado, Luis Medina Alcoz, quien se ha dedicado al estudio juicioso de este particular tema, ensaya una definición de la pérdida de la oportunidad en los siguientes términos:

“La palabra francesa *chance*, en singular, significa posibilidad o probabilidad, la manera favorable o desfavorable en que se desarrolla un determinado acontecimiento, pero en una segunda aceptación, significa suerte, fortuna; ocasión, oportunidad, posibilidad o probabilidad favorable. El lenguaje jurídico ha tomado este segundo sentido, concretamente en el ámbito del Derecho de la responsabilidad civil, para hacer referencia a un discutible – pero ampliamente admitido- concepto dañoso consistente en la pérdida de una ocasión favorable, de una posible ventaja o beneficio, de un concreto resultado apetecido y esperado. Pérdida de *chance* es, pues, la pérdida de la oportunidad de obtener algún tipo de provecho o utilidad.”¹⁷

Se hace énfasis en que uno de los elementos definitivos, de la esencia del concepto de pérdida de oportunidad es un grado de incertidumbre razonable, que no posibilita concluir con precisión científica, pero que sí permite razonar que ante la inexistencia de la conducta negligente, el paciente habría conservado unas probabilidades serias de recuperación. Así ha puntualizado la doctrina argentina:

“La ‘*chance*’, en verdad, era una probabilidad conjetural, futura, de obtener ventajas. **Esas ventajas o la evitación de ciertas pérdidas, no son desde tal óptica ciertas e irrefragables**, sino que siempre se valora el riesgo de que ocurran o no y la conducta antijurídica ha impedido acceder a la probabilidad de éxito. La incertidumbre es la característica definitoria de ‘*chance*’, pues si así no fuera, si el bien o mal futuro resultara cierto, no habría probabilidad pérdida sino directamente daño a un bien que habría de llegar de todos modos. La doctrina y la jurisprudencia, han puesto énfasis en ello, pues lo que se indemniza es la privación de una esperanza para el sujeto y no en sí mismo el beneficio esperado. Está en juego una ‘oportunidad’ que el causante del daño impide, pero no la ventaja perdida o el mal evitado, pues se maneja siempre en el concepto de ‘*chance*’ probabilidades en contra y probabilidades a favor que no es posible definir

¹⁶ Tamayo Jaramillo, Javier. De la responsabilidad civil, tomo IV: de los perjuicios y su indemnización.

¹⁷ Medina Alcoz, Luis. La teoría de la pérdida de una oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derechos de daños públicos y privado. Editorial Thomson y Civitas. (Navarra, 2007), p. 60-1.

por causa del daño. Como ha dicho Orgaz, el quedar roto e interrumpido el proceso que podía conducir a una persona a la obtención de una ganancia o a la evitación de un mal, corresponde establecer si el perjudicado puede reclamar la indemnización de la ganancia posible o pérdida inevitable, pero, según la circunstancia, se pasa de la mera posibilidad de ganancia a la probabilidad más o menos fundada. (conf: Orgaz, Alfredo, *el daño resarcible*, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1982, 9. 47 y ss; Mosset Iturraspe, Jorge, *Frustración de una chance por error en el diagnóstico*, LL, 1982- D-475)

"La 'chance' frustrada, que no es más que privar a alguien de la oportunidad de participar en un hecho o evento de resultado incierto aunque probable en grado serio, importa reclamar la imposibilidad de entrar en la disputa o evento del cual se habría definido la obtención o no del beneficio, de ahí que el monto del resarcimiento no se determina por el daño y su cuantía, o el beneficio esperado, sino por la pérdida de la oportunidad, la que naturalmente es menor. (Cámara de Apelaciones en lo Civil, Sala C, 17/6/85. Buenos Aires, 17 de junio de 1985.)¹⁸

Así las cosas, unos de los problemas nodales de los eventos en los que se habla de pérdida de una oportunidad es la forma cómo se indemnizará el perjuicio, y frente a esta cuestión se han propuesto infinidad de respuestas, siendo dos las más importantes: (i) la indemnización como un daño autónomo y (ii) la indemnización del daño sufrido en una proporción reducida, en consideración al porcentaje de oportunidad perdida. Estas dos formas de indemnización nos llevan al planteamiento de los dos grandes enfoques de la doctrina en el tema.

2.3.2. Enfoques de la pérdida de oportunidad

a. *El daño autónomo*: Según esta corriente la pérdida de la oportunidad es un perjuicio con identidad propia diferente del perjuicio final. Desde esta perspectiva, la oportunidad en sí misma representa un interés digno de protección. Se trata de un bien distinto a la ventaja final esperada o el perjuicio que se quería evitar, y por eso se le distingue de daños materiales, en sus modalidades de daño emergente y lucro cesante. Esta concepción parte de la base que esa chance u oportunidad puede ser valorada económicamente. Respecto a la naturaleza de ese perjuicio autónomo, asimismo, se han trazado tres entendimientos diferentes. De un lado se sostiene que la oportunidad es una pérdida de carácter patrimonial, que no obstante se trate de un bien que está destinado a desaparecer, su naturaleza económico siempre justifica la necesidad resarcitoria.¹⁹ De otro lado, existe una perspectiva que trata a la oportunidad como un bien personal, como algo que está inserto en el patrimonio de la persona y sólo pertenece a ella, lo que lo convierte en un bien intransferible.²⁰ Y finalmente, un tercer enfoque afirma que el carácter de la oportunidad tiene que ver con la ventaja esperada o el perjuicio que se buscaba evitar.

Con todo, de acuerdo con este entendimiento la pérdida de oportunidad se indemniza como un perjuicio independiente, esto es, se concede como un rubro diferente a los que tradicionalmente se reconocen en un proceso judicial de responsabilidad patrimonial (morales; materiales: daño emergente, lucro cesante; daño a la salud, etc).

¹⁸ Tomado de Trigo Represas, Felix. *Reparación de daños por mala praxis médica*. Ed. Hammurabi. Buenos Aires, 1995. p. 247-8.

¹⁹ *Ibíd.* p. 355-6.

²⁰ *Ibíd.* p. 380.

b. *Factor de imputación o instrumento de facilitación probatoria:* De acuerdo con este enfoque, la pérdida de oportunidad tiene aplicación cuando no fue posible demostrar un nexo causal directo entre una falla del servicio médico y el daño final que sufrió el paciente, sin embargo, existía una probabilidad significativa de que el resultado dañoso no se hubiera presentado de haber mediado una atención médica oportuna y adecuada. Autores como Luna Yerga, en este sentido, han sostenido:

“Históricamente, la doctrina de la pérdida de oportunidad se explica por la dificultad de la prueba del nexo causal en la responsabilidad civil médico-sanitaria y por la injusticia que supone negar toda clase de reparación en casos como los descritos. Además se afirma, parece verosímil que exista algún tipo de contribución causal en la producción del daño, de ahí que se defienda la necesidad de imponer alguna clase de responsabilidad a la parte demandada, cuanto menos en los casos en que la oportunidad perdida fuera significativa, para prevenir la repetición de comportamientos similares en el futuro.”²¹

Este enfoque busca dar una garantía de reparación a la víctima quien se encuentra en una posición de dificultad probatoria, en especial en los eventos médicos, al carecer de los conocimientos de la ciencia médica para demostrar que la negligencia ha sido la causa del daño.

En este orden, la diferencia de este entendimiento con los eventos de falla del servicio en los que se puede demostrar de forma fehaciente la causalidad entre la falla y el resultado, es que la indemnización se concede de forma parcial o proporcional. En otras palabras, el límite de la indemnización estará sometido a la oportunidad perdida, en relación con la ventaja esperada, y sin admitir que el solo *chance* constituya un daño independiente. Sobre esto, la doctrina citada sostiene:

“Sentado el límite, para concretar la indemnización, la inmensa mayoría de los especialistas que se han ocupado del tema señala que hay que proyectar el nivel de probabilidad de que la víctima hubiera obtenido la ventaja apetecida sobre el valor del daño final. Se adopta como parámetro de referencia el valor económico de la utilidad pretendida y, a tal efecto, se fija el *quantum* mediante un coeficiente de reducción que depende del grado de probabilidad con que se contaba para obtener la ventaja, si no se hubiera privado al sujeto considerado de la oportunidad de que gozaba. **Así pues, indemnizar la oportunidad perdida no es más que restar de la estimación pecuniaria del daño final el margen de incertidumbre respecto a su enlace causal con la conducta del agente dañoso. Por eso se dice que ‘la incertidumbre del resultado se refleja en el valor económico de la posibilidad perdida’.**

“La doctrina de la pérdida de oportunidad es, pues, esencialmente, un cálculo de probabilidad. La teoría se basa en él, tanto para determinar la existencia del daño como para cuantificarlo. Establece, en resumen, una especie de regla de indemnización o responsabilidad proporcional, fraccional, parcial o probabilística que, desde luego, no es ajena al sistema español de responsabilidad civil, que, en otros ámbitos, acude a ella para resolver problemas igualmente ligados al nexo de causalidad. **Me refiero, fundamentalmente, a las establecidas en el marco de las doctrinas de la culpa de la víctima, la intervención de tercero, la fuerza mayor concurrente y el daño causado por miembro indeterminado de grupo.** También a la teoría de la responsabilidad por cuota de mercado que,

²¹ Luna Yerga, Álvaro. Op. Cit. p. 3-4.

aplicada por algunos Tribunales norteamericanos, ha sido estudiada por la doctrina civil española.²² (Destaca la Sala)

2.3.4. Estado actual de la jurisprudencia

En este acápite se reseñarán algunos de los principales pronunciamientos que se han dictado dentro de esta jurisdicción, pero también lo que sobre el tema ha dicho la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional.

En un fallo reciente de esta corporación, la Sección Tercera tuvo en conocimiento el caso de una persona a quien miembros de la fuerza pública le ocasionaron heridas por arma de fuego, al ser sorprendida en la comisión de un delito. La persona fue trasladada a un centro carcelario del INPEC y en el lugar se le brindó la atención médica requerida, sin embargo, el cuerpo médico del instituto carcelario recomendó que debía ser trasladado a un centro hospitalario que tuviera la capacidad de atender su caso, debido a la gravedad de su estado, a pesar de la remisión, nunca se efectuó el traslado y el paciente al cabo de un tiempo murió. En esta providencia, la SubSección A adoptó el enfoque del daño autónomo, en los siguientes términos:

"La situación que se ha advertido, precisa la Sala, no puede catalogarse como constitutiva de la causa directa del daño, toda vez que no existe certeza alguna en el proceso de que a través de un tratamiento distinto al suministrado por el INPEC o mediante la remisión oportuna al centro asistencial, antes de la agravación del estado de salud del interno, se hubiere logrado salvar su vida; sin embargo, no por ello debe exonerarse de responsabilidad patrimonial al INPEC, pues como se dejó indicado anteriormente, dicha responsabilidad resulta comprometida, con fundamento en la figura denominada como pérdida de oportunidad o de *chance*"²³

En lo que se refiere a la indemnización del perjuicio, el fallo en comento puntualizó:

"4.1.-Perjuicios derivados de la pérdida de oportunidad respecto de la víctima directa.

"Dado que el perjuicio autónomo que aquí se indemniza no deviene exactamente de la muerte del señor Pedro Nel Parra Jiménez sino de la pérdida de oportunidad que se cercenó de dicha persona para que pudiera recuperar su salud y tratar de sobrevivir, **la Subsección no se pronunciará respecto de los perjuicios materiales solicitados en la demanda, comoquiera que ellos derivan de la muerte de dicha persona, motivo por el cual se reconocerá, con fundamento en el principio de equidad antes mencionado, una suma genérica a cada demandante,** habida cuenta que casi la totalidad de ellos demostraron su interés para demandar dentro de este litigio y su consiguiente legitimación en la causa por activa dentro del mismo, tal como se indicará a continuación.

"En este punto importa resaltar que si bien, de conformidad con lo expuesto a lo largo de la presente providencia, el daño que se ha de indemnizar no será propiamente el que corresponde a la muerte del

²² Medina Alcoz. Op. Cit. p. 106-7.

²³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 25 de agosto de 2011, exp. 19718, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

señor Parra Jiménez, sino el de la pérdida de oportunidad de recuperar su salud y poder sobrevivir por un tiempo adicional, no por ello se desconocerá el principio de congruencia en cuya virtud el juez en sus decisiones debe ceñirse estrictamente al *petitum* de la demanda o a las razones de defensa y las excepciones que invoque o alegue el demandado, porque en el presente caso una interpretación lógica y racional de la demanda permite advertir con claridad que la *causa petendi* no se circunscribió exclusivamente a identificar el hecho dañoso con la muerte de esa persona, sino que también se expuso, como configurativo del mismo, la omisión o la abstención del personal médico y de enfermería del INPEC que se encontraban en la obligación legal de otorgarle al paciente la **asistencia médica correspondiente**, inacción que, precisamente, equivale a la negación de la oportunidad que se ha venido destacando, de lo cual se infiere sin dificultad alguna que sobre esa base fáctica se encuentran edificadas las pretensiones de la demanda, que la Sala aquí acogerá en punto de la aludida pérdida de oportunidad.

"(...) Por consiguiente, se reconocerá para cada una de las hijas y a la madre de la víctima directa, un monto equivalente a cincuenta (50) S.M.L.M.V., y para cada uno de los hermanos, veinticinco (25) S.M.L.M.V., por concepto del daño consistente en la pérdida de la oportunidad."²⁴ (Negrillas de la Sala)

Finalmente, también se hizo un reconocimiento por perjuicios morales, los cuales se fundamentaron así:

"4.2.-Perjuicios morales.

"Su procedencia fue aceptada por la Sección Tercera del Consejo de Estado en el plurimencionado fallo de agosto 11 de 2010 y también por la Subsección A de dicha Sección en reciente pronunciamiento, en los siguientes términos:

"En cuanto corresponde a esta clase perjuicios, dado que ninguna incompatibilidad existe entre el reconocimiento de los perjuicios ocasionados por el daño autónomo consistente en la pérdida de oportunidad que aquí se ha detallado y la aflicción, angustia y congoja que en el plano puramente moral o inmaterial les generó la mencionada pérdida de oportunidad-que no los perjuicios morales por la muerte de la víctima directa- se hará un reconocimiento por este específico concepto (...)"

"Por lo tanto, se reconocerá a cada uno de los anteriores demandantes, la indemnización por este rubro, así: i) a favor de la madre, hijas y compañera permanente de la víctima, un monto equivalente a treinta (30) S.M.L.M.V., y ii) para cada uno de los hermanos, quince (15) S.M.L.M.V."

En un pronunciamiento aún más reciente, proferido por la Subsección A, se estudió, igualmente, el caso de un recluso del INPEC que padecía de diabetes, y para su tratamiento requería de una droga específica que no fue suministrada por el centro carcelario. La falta del medicamento le causó una descompensación diabética. Igualmente, producto de la enfermedad, el paciente presentaba neuropatía periférica, lo que disminuía su sensibilidad. En una ocasión fue trasladado a un hospital y allí sufrió quemaduras en su pie izquierdo, pues éste fue introducido en agua caliente y debido a la falta de sensibilidad no pudo darse

²⁴ *Ibíd.*

cuenta del estado de la temperatura del agua. Fue necesario amputarle el pie y luego murió de un coma diabético. La Sala de Subsección A consideró que la entidad demanda no realizó un control y seguimiento adecuado para el delicado estado de salud del paciente-recluso y “además, que pese a tener conocimiento del desarrollo infortunado de la infección que se le desencadenó por cuenta de la quemadura que sufrió en su pie, así como de la enfermedad que padecía (diabetes) y que lo ponía en alto riesgo de infectarse, lo remitió tardíamente al centro hospitalario en donde se le podía brindar un tratamiento médico apropiado.”

Frente al evento puesto a consideración la Sala de Subsección razonó así:

“resulta razonable para la Sala concluir que no obstante presentar un alto grado de infección y necesitar una atención inmediata, el recluso no la obtuvo, circunstancia que configuró para él la pérdida de obtener una atención oportuna frente a las complicaciones de salud que padecía y, en consecuencia, la pérdida también de la posibilidad de recuperarse satisfactoriamente.”²⁵

Y sobre la responsabilidad en torno a ese daño, se expuso lo siguiente:

“En efecto, si bien no existe certeza, acerca de si se hubiese remitido oportunamente al centro hospitalario el señor Amaya Rojas habría recuperado su salud, lo cierto es que si hubiere obrado de esa manera, esto es con la pericia y el cuidado necesario, no le habría hecho perder el chance u oportunidad de recuperarse.

“(…) De suerte que lo incierto, lo que se ubica en la línea media de lo hipotético y seguro es el beneficio, el chance que podría producirse de no haber mediado la conducta del demandado, pero de lo que se tiene certeza es que la oportunidad de que se produjera ese beneficio desapareció y que desapareció por la conducta del demandado; **allí se estructura la relación de causalidad.**”

“Esa probabilidad que se frustró debe ser relativamente cierta, real. **No se presenta la pérdida de oportunidad cuando existen probabilidades elevadas de que el beneficio no se obtendría, porque en esas condiciones ninguna oportunidad se habría perdido.**”

En relación con la indemnización de los perjuicios, se consideró:

“Por consiguiente, por este concepto se reconocerá para JOHNNY ALEXANDER AMAYA MORALES y NATALIA AMAYA MORALES, en su calidad de hijos, la suma de 70 salarios mínimos mensuales vigentes para cada uno de ellos.

“(…) 5.2. Perjuicios por pérdida de la oportunidad

“Toda vez que el perjuicio derivado por este concepto no deviene estrictamente de la muerte del señor Jhon Jairo Amaya Rojas, sino de la pérdida de la oportunidad causada, la Sala no se pronunciará sobre los perjuicios materiales solicitados en el libelo, en tanto estos tienen fundamento en la muerte acaecida y, en consecuencia, se ordenará al reconocimiento de un valor genérico por concepto de pérdida de la

²⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 8 de febrero de 2012, exp. 22943, C.P.: Hernán Andrade Rincón.

oportunidad para los demandantes JOHNNY ALEXANDER AMAYA MORALES y NATALIA AMAYA MORALES, toda vez que se encuentra debidamente probada la calidad de hijos del fallecido.”

Asimismo, en otro pronunciamiento, la Sección Tercera puntualizó cuáles serían los requisitos principales para hablar de pérdida de oportunidad, como un perjuicio autónomo e indemnizable. En sus términos:

“Conforme a los criterios jurisprudenciales y doctrinarios desarrollados sobre el tema, puede llegarse a la conclusión de que para que proceda la responsabilidad patrimonial del Estado por ‘pérdida de oportunidad’ en materia de responsabilidad médica, se requiere acreditar:

“(i) Que la entidad obligada a brindar el servicio médico requerido incurrió en una falla del servicio por haber omitido el cumplimiento de su obligación o haber brindado el servicio de manera tardía o inadecuada.

“Debe destacarse que, conforme a lo sostenido por la Sala, la responsabilidad patrimonial por la falla médica involucra no sólo el acto médico propiamente dicho, que se refiere a la intervención del profesional en sus distintos momentos y comprende particularmente el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades, incluidas las intervenciones quirúrgicas, sino que también se refiere a todas aquellas actuaciones previas, concomitantes y posteriores a la intervención profesional, que operan desde el momento en que la persona asiste o es llevada a un centro médico estatal, hasta que culmina su demanda del servicio, actividades que están a cargo del personal paramédico o administrativo.

“(ii) Que la persona que demandó el servicio médico tenía serias probabilidades de recuperar o mejorar su estado de salud, con una adecuada y oportuna intervención médica, porque el daño, en este tipo de eventos no es la muerte, la invalidez, la incapacidad, sino la frustración de la probabilidad de conservar la vida o recuperar la salud, si se hubiera prestado al paciente un tratamiento oportuno y adecuado.

“(iii) Que la falla del servicio médico frustró esa probabilidad. Debe quedar establecido el nexo causal entre la falla médica y la pérdida de la oportunidad que tenía el paciente de curarse, porque si se establece que la causa del daño fue la condición misma del estado del paciente y no la omisión o error médico, no hay lugar a considerar que existió pérdida de oportunidad. Por eso, la Sala viene insistiendo de manera reciente en que la pérdida de oportunidad no es un sucedáneo para la solución de los problemas que surjan en relación con la demostración del nexo causal.

“(iv) El monto de la indemnización estará determinado por las posibilidades concretas que en términos porcentuales podía tener la persona de recuperar o mejorar su salud.”²⁶

Los dos fallos reseñados están fundamentados en la sentencia del 11 de agosto de 2010²⁷, que recoge las principales tesis adoptadas por esta Corporación en materia de pérdida de oportunidad. En este pronunciamiento la Sala refinó su posición en torno al tema, bajo el entendimiento del daño autónomo, y en sus apartes más importantes, señaló:

²⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 26 de marzo de 2008. C.P.: Ruth Stella Correa.

²⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 18593.

"A juicio de la Sala, dentro del expediente no obran los medios de convicción necesarios para determinar, con claridad meridiana, que la causa determinante del daño hubiere sido la falta de evaluaciones encaminadas a determinar la gravedad de la lesión; dicho de otra manera, no existe certeza acerca de que la entidad demandada hubiere practicado los exámenes para establecer cuál era en realidad la lesión padecida por la víctima y la gravedad de la misma, ello habría impedido que el señor Carlos Humberto Valencia Monsalve hubiese fallecido.

"No obstante lo anterior, la Sala estima que el daño antijurídico sufrido por la parte demandante sí debe repararse, por cuanto la falta de evaluaciones y, en general, la ausencia de atención idónea y necesaria para determinar la dimensión de la lesión padecida por el paciente y su respectivo tratamiento compromete la responsabilidad patrimonial de la entidad demandada a través de la pérdida de oportunidad, frente a lo cual cabe señalar:

"2.- La "pérdida de oportunidad" o "pérdida de chance" como modalidad del daño a reparar.

"Se ha señalado que las expresiones "chance" u "oportunidad" resultan próximas a otras como "ocasión", "probabilidad" o "expectativa" y que todas comparten el común elemento consistente en remitir al cálculo de probabilidades, en la medida en que se refieren a un territorio ubicable entre lo actual y lo futuro, entre lo hipotético y lo seguro o entre lo cierto y lo incierto, a una zona limítrofe que se corresponde con " *... una situación en que hay un comportamiento antijurídico que ha interferido en el curso normal de los acontecimientos, de manera que ya no puede saberse si el afectado por ese comportamiento ..., habría o no obtenido cierta ganancia o evitado cierta pérdida. Es decir que para un determinado sujeto había probabilidades a favor y probabilidades en contra de obtener o no cierta ventaja patrimonial, pero un hecho cometido por un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades*"²⁸.

"(...) **La pérdida de oportunidad constituye, entonces, una particular modalidad de daño caracterizada porque en ella coexisten un elemento de certeza y otro de incertidumbre:** la certeza de que en caso de no haber mediado el hecho dañino el damnificado habría conservado la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de evitar una pérdida para su patrimonio y la incertidumbre, definitiva ya, en torno de si habiéndose mantenido la situación fáctica y/o jurídica que constituía presupuesto de la oportunidad, realmente la ganancia se habría obtenido o la pérdida se hubiere evitado; expuesto de otro modo, a pesar de la situación de incertidumbre, **hay en este tipo de daño algo actual, cierto e indiscutible consistente en la efectiva pérdida de la probabilidad de lograr un beneficio o de evitar un detrimento;** no ofrece lugar a la menor hesitación que *"esa oportunidad está definitivamente perdida, la situación es irreversible y la 'carrera' de concatenación causal y temporal hacia la ventaja se ha detenido de manera inmodificable. Hay un daño cierto sólo desde el punto de vista de la certeza de la probabilidad irremediablemente trunca. Esa probabilidad tenía un determinado valor, aunque difícil de justipreciar, que debe ser reparado*"²⁹.

²⁸ CAZEAUX, Pedro, "Daño actual. Daño futuro. Daño eventual o hipotético. Pérdida de chance", en *Temas de responsabilidad civil. En honor al doctor Augusto M. Morello*, N° 10, p. 23 y ss., apud TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance. Presupuestos. Determinación. Cuantificación*, Astrea, Buenos Aires, 2008, pp. 25-26.

²⁹ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños. Daños a las personas*, Hammurabi, Buenos Aires, 1990, p. 274, apud TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance*, cit., p. 30.

'Por otra parte, con el fin de precisar los alcances de la noción de 'pérdida de oportunidad' conviene identificar con la mayor claridad posible sus límites: **así, de un lado, en caso de que el "chance" constituya en realidad una posibilidad muy vaga y genérica, se estará en presencia de un daño meramente hipotético o eventual que no resulta indemnizable** y, de otro lado, **no puede perderse de vista que lo perdido o frustrado es la oportunidad en sí misma y no el beneficio que se esperaba lograr o la pérdida que se pretendía eludir, los cuales constituyen rubros distintos del daño.**"

En ese orden, la sentencia trazó los requisitos de procedencia de la pérdida de oportunidad como daño autónomo, así:

"(i) Certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde, aunque la misma envuelva un componente aleatorio, lo cual significa que esta modalidad de daño da lugar a un resarcimiento a pesar de que el bien lesionado no tiene la entidad de un derecho subjetivo —pues se trata de un mero interés legítimo, de la frustración de una expectativa, sin que ello suponga que se trata de un daño puramente eventual—, siempre y cuando se acredite inequívocamente la existencia de *"una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente"*³⁰ de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido la expectativa de obtener la ganancia o de evitar el detrimento correspondientes³¹;

"(ii) Imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento, vale decir, la probabilidad de obtener la ventaja debe haberse convertido en inexistente, pues si la consolidación del daño dependiera aún del futuro, se trataría de un perjuicio eventual e hipotético, no susceptible del reconocimiento de una indemnización que el porvenir podría convertir en indebida³²; lo expuesto se antoja lógico en la medida en que si el resultado todavía puede ser alcanzado, el "chance" aún no estaría perdido y nada habría por indemnizar; por tanto, si bien se mantiene la incertidumbre respecto de si dicho resultado se iba a producir, o no, la probabilidad de percibir la ganancia o de evitar el perjuicio sí debe haber desaparecido definitivamente del patrimonio —material o inmaterial— del individuo porque dichos resultados ya no podrán ser alcanzados jamás.

³⁰ *Idem*, pp. 38-39.

³¹ A este respecto se ha sostenido que *"... la chance u oportunidad, es una posibilidad concreta que existe para obtener un beneficio. El incierto es el beneficio pero la posibilidad de intervenir es concreta, pues existe de forma indiscutible. Por eso sostenemos que existe daño jurídicamente indemnizable cuando se impide esa oportunidad o esa chance: se presenta el daño... Las dificultades pueden presentarse en la evaluación, porque lógicamente ésa no puede ser la del beneficio que posiblemente se habría obtenido sino otra muy distinta"* (énfasis añadido). Cfr. MARTÍNEZ RAVÉ, Gilberto y MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina, *Responsabilidad civil extracontractual*, Temis, Bogotá, 2003, p. 260.

En similar sentido, Trigo Represas señala que *"[E]n efecto, si la chance aparece no sólo como posible, sino como de muy probable y de efectiva ocurrencia, de no darse el hecho dañoso, entonces sí constituye un supuesto de daño resarcible, debiendo ser cuantificada en cuanto a la posibilidad de su realización y no al monto total reclamado."*

La pérdida de chance es, pues, un daño cierto en grado de probabilidad; tal probabilidad es cierta y es lo que, por lo tanto, se indemniza (...) cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que resulta frustrada por el responsable, pudiendo valorársela en sí misma con prescindencia del resultado final incierto, en su intrínseco valor económico de probabilidad" (subrayas fuera del texto original). Cfr. TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance*, cit., p. 263.

³² HENAO, Juan Carlos, *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pp. 159-160.

"Tal circunstancia es la que permite diferenciar la 'pérdida de oportunidad' del 'lucro cesante' como rubros diversos del daño, pues mientras que la primera constituye una pérdida de *ganancia probable*—dado que, según se ha visto, por su virtud habrán de indemnizarse las expectativas legítimas y fundadas de obtener unos beneficios o de evitar una pérdida que por razón del hecho dañoso nunca se sabrá si habrían de conseguirse, o no—, el segundo implica una pérdida de *ganancia cierta*—se dejan de percibir unos ingresos que ya se tenían³³—;

(iii) **La víctima debe encontrarse en una *situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado***, es decir que debe analizarse si el afectado realmente se hallaba, para el momento en el cual ocurre el hecho dañino, en una situación tanto fáctica como jurídicamente idónea para alcanzar el provecho por el cual propugnaba, posición jurídica que *"no existe cuando quien se pretende damnificado, no llegó a emplazarse en la situación idónea para hacer la ganancia o evitar la pérdida"*³⁴.

A pesar de que el pronunciamiento en referencia adopta la posición de la pérdida de oportunidad como un daño autónomo, también se hace referencia a la postura de acuerdo con la cual esta figura es un instrumento de facilitación probatoria:

"De acuerdo con esta concepción, entonces, *"la doctrina de la pérdida de oportunidad se emplea en supuestos de estricta incertidumbre causal"*³⁵, por manera que no deben catalogarse como *"pérdida de chance"* ni los eventos en los cuales sí existe la *razonable certeza* de que el agente dañoso provocó el daño—pues allí estará demostrada la causalidad en virtud de que la alta probabilidad da lugar a la aludida *razonable certeza* y el daño sufrido en tales circunstancias no es la pérdida de la probabilidad sino la desaparición de la ventaja o provecho esperado, luego la íntegra reparación será lo jurídicamente procedente—, ni aquellos supuestos en los que las probabilidades de que así hubiere ocurrido resultan insignificantes—pues la escasa probabilidad da lugar a que la víctima no tenga derecho a indemnización alguna—; por consiguiente, sólo hay lugar a la aplicación de la figura de la pérdida de chance *"... cuando el coeficiente de probabilidades de que el agente dañoso fuera causante rebasa un mínimo despreciable y no llega a la alta cota que lleva a hacer coincidir el daño ocasionado con la pérdida de la ventaja frustrada"*³⁶. (Destaca la Sala).

³³ Al respecto la doctrina afirma que *"...en el lucro cesante está 'la convicción digamos más o menos absoluta de que determinada ganancia se produzca', mientras que en la pérdida de chance hay 'un álea que disminuye las posibilidades de obtenerla', diríase que en el lucro cesante el reclamo se basa en una mayor intensidad en las probabilidades de haber obtenido esa ganancia que se da por descontado que de no haberse producido el hecho frustrante se habría alcanzado. Desde el prisma de lo cualitativo cabe señalar que el lucro cesante invariablemente habrá de consistir en una ganancia dejada de percibir, en tanto que la pérdida de chance puede estar configurada por una ganancia frustrada y además por la frustración de una posibilidad de evitar un perjuicio"*. Cfr. VERGARA, Leandro, *Pérdida de chance. Noción conceptual. Algunas precisiones*, LL, 1995-D-78, N° 3, *apud* TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance*, cit., p. 262.

³⁴ ZANNONI, Eduardo, *El daño en la responsabilidad civil*, cit., pp. 110-111.

³⁵ Ejusdem, p. 88.

³⁶ Cfr. MEDINA ALCOZ, Luis, *La teoría de la pérdida de oportunidad*, cit., p. 88. En el mismo sentido, el autor citado —p. 89— expresa lo siguiente en relación con el tipo de supuestos en los cuales la noción de pérdida de oportunidad debe tener aplicación: *"Cuando la probabilidad no es insignificante, pero tampoco es alta, es decir, cuando las posibilidades de que la víctima hubiera conseguido la ventaja son serias y reales, pero insuficientes para tener por cierto el hecho causal, la víctima puede tener derecho a un resarcimiento (parcial) en concepto de chance irreversiblemente sacrificada"* (énfasis añadido).

“No obstante las aparentemente irreconciliables diferencias a las cuales conduciría la anotada disparidad de enfoques respecto del ámbito en el cual procede estudiar la naturaleza y los alcances de la noción de “pérdida de oportunidad” —esto es, si se trata de un elemento relacionado con el examen de la relación causal o si, en cambio, constituye una modalidad de daño autónoma—, llama la atención que incluso quienes defienden que la operatividad de la figura en comento tiene lugar en el territorio de la causalidad, concluyen que la pérdida de chance da lugar a que se repare un daño que no coincide con la plena ventaja que se esperaba obtener o con el detrimento cuya evitación se pretendía, sino que, por el contrario, la aludida *atenuación o facilitación de la prueba del nexo causal* da lugar ora a una indemnización siguiendo la *regla de la responsabilidad proporcional* —lo cual evidencia, en criterio de la Sala, que es la oportunidad perdida el daño que realmente se repara, *en proporción* al monto de la indemnización que procedería si se dispusiere la reparación con referencia al beneficio perdido—, ora, sin ambages, a la indemnización de un rubro del daño respecto del cual la relación causal con el hecho dañino sí se encuentra acreditada —la pérdida del chance—”

A renglón seguido, se tomó partido por la tesis del daño autónomo, en los siguientes términos:

“A juicio de la Sala, el panorama expuesto permite concluir que la noción de pérdida de oportunidad no puede constituirse en un mecanismo que posibilite la declaración de responsabilidad del demandado en ausencia de acreditación del vínculo causal entre el hecho dañino y la ventaja inexorablemente frustrada o el detrimento indefectiblemente sufrido por la víctima, de suerte que se condene —con apoyo en la figura en cuestión— a reparar la totalidad del provecho que ya no podrá obtenerse por el perjudicado a pesar de no haber sido establecida la causalidad. No.

Sobre la forma cómo deben ser indemnizados estos eventos, puntualizó:

“Por cuanto tiene que ver con la cuantificación de la indemnización a la cual debe dar lugar el reconocimiento de la pérdida de una oportunidad, **no está de más reiterar que lo resarcible por este concepto es esa oportunidad misma y no el total de la ganancia o provecho perdido o del detrimento que se pretendía evitar; el objeto de la indemnización es una probabilidad y la adecuada compensación por la pérdida de la misma se corresponde con la apreciación en dinero del porcentaje de posibilidades de que la oportunidad respectiva se hubiere concretado.**

“En consecuencia, tratándose de eventos en los cuales se accede a la reparación de la pérdida de un chance, **lo indicado no puede ser el reconocimiento, en favor de la víctima, del valor total de la ventaja de la cual fue privado o del deterioro patrimonial que no pudo evitar a raíz del hecho del demandado, sino tener en cuenta que la oportunidad desaparecida tenía un valor y que es éste el que debe ser restablecido;** ese valor, según antes se indicó, ha de resultar indiscutiblemente inferior a aquél que hubiere correspondido en caso de haberse demostrado el vínculo causal entre la pérdida del beneficio esperado por la víctima y el hecho de aquel a quien se imputa la correspondiente responsabilidad resarcitoria; es más, como también precedentemente se indicó, **el monto de la indemnización por la pérdida de la oportunidad habrá de establecerse proporcionalmente respecto del provecho que finalmente anhelaba el afectado, en función de las mayores o menores probabilidades que tuviere de haber alcanzado**

ese resultado en el evento de no haber mediado el hecho dañino.”
(Negrillas de la Sala)

Nótese que el aparte reseñado descarta el reconocimiento total de la ventaja a la que se aspiraba o del perjuicio que no pudo ser evitado, pues considera que la oportunidad desaparecida entraña un valor en sí mismo, aunque inferior al resultado final. A continuación, se afirmó que el cálculo de esas probabilidades perdidas debía realizarse en función de recursos estadísticos y probabilidades matemáticas. Y finalmente, sobre las sumas de indemnización de lo que se consideró un perjuicio autónomo, que es la cuestión más problemática de este tema, la Sección adoptó la siguiente posición:

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

“Dado que el perjuicio autónomo que aquí se indemniza no deviene exactamente de la muerte del señor Carlos Humberto Valencia Monsalve sino de la pérdida de oportunidad de dicha persona para recuperar su salud y tratar de sobrevivir, **la Sala no se pronunciará respecto de los perjuicios materiales solicitados en la demanda**, comoquiera que ellos derivan de la muerte de la víctima directa, motivo por el cual se reconocerá, con fundamento en el principio de equidad antes mencionado, **una suma genérica para cada demandante, habida cuenta que cada uno de ellos demostró su interés para demandar dentro de este proceso y su consiguiente legitimación en la causa por activa dentro del mismo.**

“En este punto importa resaltar que si bien, de conformidad con lo antes expuesto a lo largo de la presente providencia, el daño que se ha de indemnizar no será propiamente el que corresponde a la muerte del señor Carlos Humberto Valencia Monsalve, sino el de la pérdida de oportunidad de recuperar su salud y poder sobrevivir por un tiempo adicional, **no por ello se desconocerá el principio de congruencia en cuya virtud el juez en sus decisiones debe ceñirse estrictamente al petitum de la demanda o a las razones de defensa y las excepciones que invoque o alegue el demandado, porque en el presente caso una interpretación lógica y racional de la demanda permite advertir con claridad que la *causa petendi* no se circunscribió exclusivamente a identificar el hecho dañoso con la muerte del señor Valencia Monsalve sino que también se expuso, como configurativo del mismo, la omisión o la abstención del personal médico y de enfermería que se encontraban en la obligación legal de otorgarle al paciente la asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria correspondiente**, inacción que, precisamente equivale a la negación de la oportunidad que se ha venido destacando, de lo cual se infiere sin dificultad alguna que sobre esa base fáctica se encuentran edificadas las pretensiones de la demanda, que la Sala aquí acogerá en punto de la aludida pérdida de oportunidad, en cuanto a través de ellas se ha solicitado que se declare “... que el DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA –Servicio Seccional de Salud– y el HOSPITAL SAN LORENZO del Municipio de Liborina - Antioquia, son solidaria y administrativamente responsables de todos los daños y perjuicios ocasionados a los demandantes ...” (Se subraya y se resalta), daños que, naturalmente, deben tener origen directo en los hechos de la demanda, entre los cuales se encuentra, según se ha explicado y bueno es reiterarlo, el daño consistente en la tantas veces referida pérdida de oportunidad.

“(...) Por consiguiente, se reconocerá para cada uno de los padres de la víctima, un monto equivalente a sesenta (60) S.M.L.M.V., y para cada uno de los hermanos, treinta (30) S.M.L.M.V., por concepto del daño consistente en la pérdida de la oportunidad.

(...) 5.2.- Perjuicios morales.

“En cuanto corresponde a esta clase perjuicios, dado que ninguna incompatibilidad existe entre **el reconocimiento de los perjuicios ocasionados por el daño autónomo consistente en la pérdida de oportunidad que aquí se ha detallado y la aflicción, angustia y congoja que en el plano puramente moral o inmaterial les generó la mencionada pérdida de oportunidad** –que no los perjuicios morales por la muerte de la víctima directa– se hará un reconocimiento por este específico concepto en los siguientes términos:

“Para cada uno de los padres y para la compañera permanente de la víctima, un monto equivalente a treinta (30) S.M.L.M.V., y para cada uno de los hermanos, quince (15) S.M.L.M.V.”

En este sentido, la Sala de Sección Tercera dejó sentada una incompatibilidad entre la pérdida de oportunidad y el reconocimiento de daños materiales, por estimar que estos últimos provienen del daño final y no de la chance frustrada. Sin embargo, aceptó la procedencia de la condena por perjuicios morales, sólo en el entendimiento de que se conceden por el dolor, angustia y congoja que sufrieron los demandantes con la pérdida de oportunidad.

En otro pronunciamiento de la Sección Tercera, a pesar de manifestar que el daño lo constituía la pérdida de oportunidad, no se hace un reconocimiento autónomo por dicho rubro, sino una reducción por perjuicios morales, inclusive, niega el reconocimiento del daño a la vida de relación, pero no porque éste resulte incompatible con la pérdida de oportunidad como perjuicio autónomo, sino porque no se demostró en el proceso. En la parte resolutive de este fallo no se hace una declaración de condena por un rubro autónomo. Veamos:

“En el sub-lite, se acreditó que la señora Ángela Patricia Gómez acudió a los servicios médicos del Instituto de Seguros Sociales para la atención de su embarazo y parto, fue atendida por profesionales de dicha institución y no presentó anormalidad alguna en el desarrollo de la gestación hasta el control prenatal efectuado el 17 de enero de 1992 en el que, hallándose en la semana 32 del embarazo, no fue posible auscultar la frecuencia cardíaca fetal; a pesar de esto y de ser el procedimiento indicado en tales casos, no se realizó de manera inmediata una ecografía para determinar el estado del feto; a los 20 días, estando en el séptimo mes de embarazo, tuvo un parto “mortinato”, es decir, que su hijo nació muerto; resulta claro entonces, que se probó el daño -pérdida de la oportunidad de recuperación- así como el nexo causal con el servicio; y por otra parte, no obra prueba alguna en el expediente tendiente a acreditar la diligencia, pericia y cuidado con la que actuó el personal médico y paramédico de la institución hospitalaria.”³⁷ [38]

En esa oportunidad, la Sala pudo establecer que, si bien el tratamiento recibido por los galenos fue el adecuado de conformidad con los protocolos médicos -así como que el pronóstico del paciente desde su ingreso no era bueno, dada la gravedad de las heridas-, la amputación siempre fue una posibilidad. Sin embargo, también determinó que hubo

³⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 13 de julio de 2005. C.P.: Ramiro Saavedra Becerra. Exp. 13542.

³⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C – Sentencia del 24 de octubre de 2013, C.P. Enrique Gil Botero, Exp. 25.869

una demora injustificada en el manejo inicial de urgencias; en efecto, aunque el paciente fue valorado por diferentes especialistas, el lapso durante el que se dejó al paciente sin los actos médicos necesarios –alrededor de 10 horas y más de 12 desde ocurrido el accidente-, se constituyó en la pérdida de oportunidad que sirvió como instrumento para la imputación, ya que no se obtuvo certeza de que la falla en la prestación del servicio médico haya sido la causa del resultado dañoso, pero resulta ostensible que la tardanza en el desbridamiento –lavado quirúrgico de las heridas-, le resta probabilidad de mantener su miembro inferior derecho.

En cuanto a los perjuicios, la Sección Tercera puntualizó:

“De acuerdo con lo anterior, resulta apenas lógico el dolor, la aflicción y la amargura que les ocasionó a los actores la pérdida de su primer bebé, por lo cual resulta procedente la indemnización por concepto de perjuicios morales.

“No obstante, en este punto debe aclarar la Sala que la indemnización de los perjuicios no corresponde al monto reconocido por el **a-quo** a favor de cada uno de ellos -el equivalente a 1000 gramos de oro-, toda vez que, tal y como ya se definió, el daño en el presente caso no estuvo constituido propiamente por la muerte del hijo por nacer, sino por la pérdida de la oportunidad de recuperación del mismo, toda vez que, **aún en el evento de que se hubiera efectuado oportunamente la ecografía que se echa de menos, no existe certeza de que tal recuperación se hubiera podido lograr; en consecuencia, se reconocerá a favor de los demandantes, el equivalente a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes**, de conformidad con jurisprudencia de la Sala que resolvió abandonar el sistema de cálculo de los perjuicios morales con base en el patrón gramo de oro para acoger en su lugar la indemnización de los mismos en salarios mínimos legales, considerando apropiado para la tasación de los perjuicios sufridos en mayor grado, el monto equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

De otro lado, en la jurisdicción ordinaria, la Corte Suprema de Justicia expone de forma clara cuál es el estado doctrinal de la pérdida de oportunidad, revelando que es un tema cuyo manejo académico ha sido caótico, por la multiplicidad de perspectivas que se han adoptado, y principalmente porque no hay un acuerdo sobre qué es lo que se indemniza en tratándose de pérdidas de oportunidad, y más problemático aún, cómo se hace. Veamos:

“De este modo, el lucro cesante implica el quebranto de un interés lucrativo por su naturaleza intrínseca o por disposición legal o negocial, generador de una utilidad que se percibe o percibiría y deja de percibirse a consecuencia del daño, es decir, obedece a una situación real, susceptible de constatación física, material u objetiva, y excluye la eventualidad de hipotéticas ganancias, cuya probabilidad es simplemente utópica o remota.

“Problema análogo a la certeza del daño, suscita la pérdida de una oportunidad (*Perte de Chance, Perdita di una Chance, Loss of Chance, Der*

Verlust einer Chance), o sea, la frustración, supresión o privación definitiva de la oportunidad legítima, real, verídica, seria y actual para la probable y sensata obtención de un provecho, beneficio, ventaja o utilidad a futuro o, para evitar una desventaja, pérdida o afectación ulterior del patrimonio, asunto de tiempo atrás analizado por los comentaristas desde la certidumbre del quebranto, la relación de causalidad y la injusticia del daño.

"Bajo la perspectiva de la certeza del detrimento, una opinión sitúa la pérdida de una oportunidad en el daño eventual e hipotético, al no poder asegurarse, si la víctima conservando la oportunidad, habría logrado o no el resultado útil esperado, por contingente; otra, en el daño cierto futuro, según un juicio pronóstico (cálculo de probabilidad) de la razonable, mayor o menor probabilidad para obtener la ventaja o evitar la desventaja, y alguna en el daño cierto actual con la extinción definitiva e irreversible de una oportunidad cierta por la conducta dañosa, excluyendo el perjuicio eventual (Alain Bénabent, *La chance et le droit*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, París, 1973, p.179 ss F. Mastropaolo, voce *Danno*, Enciclopedia del Diritto Treccani, pp. 5-12).

"Por su naturaleza y el interés jurídico tutelado, en una orientación la oportunidad constituiría, ya una simple expectativa de hecho respecto de una ventaja eventual cuya destrucción por esta inteligencia no es resarcible (Francesco Donato Busnelli, *Diritto e Obbligazioni*, 3 Torino 1989, pág. 719, 729; id., *Perdita di una 'chance' e risarcimento del danno*, nota S. Tr. Apel. París, 06-03-1994, Foro it., 1965/4, cc. 47-52), bien una expectativa de derecho protegida y reparable en determinados casos, ora un valor e interés integrante del patrimonio del sujeto, titular de una concreta y cierta oportunidad, susceptible de autónoma valoración jurídica y económica. En esta línea de pensamiento, la pérdida definitiva de la oportunidad es resarcible a título de daño emergente al afectar el patrimonio considerado como *universitas iuris*, plural, heterogénea y compuesta de un complejo conjunto de elementos, activos y pasivos, valores e intereses, tangibles e intangibles, uno de los cuales es la oportunidad favorable para obtener la ventaja esperada y extinguida con el hecho dañoso, donde aparece como una *res* intangible protegida funcionalmente en tutela integral del patrimonio, con incidencia cierta y valoración probable (V.M. Trimarchi, *Patrimonio (nozione generale)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1982, 271 s., in part. 279; M. Barcellona, *Strutture Della Responsabilità E Ingiustizia Del Danno*" in Riv. Europa e Diritto Privato, 2000, pág. 401; M. Bocchiola, *Perdita di una 'chance' e certezza del danno*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Anno XXX (1976), pp. 55 ss). En cambio, otra visión postula, la reparación de la oportunidad a título de lucro cesante, por referir a un provecho o utilidad que se obtendría a futuro según el mayor o menor grado de probabilidad (G. Visentini, Tratado de la responsabilidad civil, 2, El daño, otros criterios de imputación, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 207).

"Dentro del marco de la relación de causalidad, una doctrina excluye la reparación, al no configurarse un nexo causal directo e inmediato entre la conducta dañosa, la pérdida de la oportunidad y la frustración del resultado definitivo, en tanto incierto por falta de certeza que sin el daño, se hubiera logrado o no la ventaja. En cambio, otra postura sostiene evidente la relación causal entre la pérdida definitiva de la oportunidad y la conducta, la cual debe demostrarse a plenitud y acreditada a ella se conecta indisociablemente la privación de la concreta, razonable y probable ventaja esperada, conforme a estándares, referentes y juicios de probabilidad parcial (*causalité partielle o causalità parziale*), posible (*mögliche Kausalität Prinzip*), probabilística (*Probabilistic*

Causation Approach, causalit  probabilística) o proporcional (*Proportional Causation Approach*).

“Por el contrario, otra percepción tiene la doctrina de la pérdida de una oportunidad, como un mecanismo de facilitación probatoria de origen jurisprudencial (se cita, el célebre arr t de la Cour de Cassation Francesa, de 17 de julio de 1889, S.1891, I.399) identificando el proceso causal en relación con la determinación e individuación del interés destruido (*Probabilistic Causation*, cfr. Joseph H. KING, Jr., *Causation, Valuation and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences*, 90 Yale Law Journal 1353, 1981).

“En tiempos recientes, la pérdida de una oportunidad comporta a la reparación proporcional, parcial, fraccionada o probabilística con distribución equilibrada, armónica y coherente de la incertidumbre causal de un resultado dañoso probable, evitando por un lado, la injusticia de no repararlo, y por otro lado, la reparación plena cuando no hay certeza absoluta sino la probabilidad razonable respecto a que un determinado evento, hecho o comportamiento pudo o no causarlo (Luis Medina Alcoz, *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado*, Thomson/Civitas, Cizur Menor, 2007).

“Al margen de la problemática precedente, la pérdida de una oportunidad cierta, real, concreta y existente al instante de la conducta dañosa para obtener una ventaja esperada o evitar una desventaja, constituye daño reparable en el ámbito de la responsabilidad contractual o en la extracontractual, los daños patrimoniales, extrapatrimoniales o a la persona en su integridad psicofísica o en los bienes de la personalidad (F. Chabas, “*La perdita di "chance" nel diritto francese della responsabilit  civile*”, Resp. civ. previd., 1996, pp. 227 ss; E. M. Foran, “*Medical malpractice: a lost chance is a compensable interest*”, Bridgeport L. Rev., núm. 12, 1992, pp. 486 ss; J.C. Henao, *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho colombiano y francés*, Universidad Externado Colombia, Bogotá, 1998, pp. 161-162), por concernir a la destrucción de un interés tutelado por el ordenamiento jurídico, consistente en la oportunidad seria, verídica, legítima y de razonable probabilidad de concreción ulterior de no presentarse la conducta dañina, causa de su extinción.

“En particular, la supresión definitiva de una oportunidad, podrá comprender el reconocimiento de los costos, desembolsos o erogaciones inherentes a su adquisición, el valor de la ventaja esperada o de la desventaja experimentada, cuando los elementos probatorios lleven al juzgador a la seria, fundada e íntima convicción a propósito de la razonable probabilidad de concreción futura del resultado útil, por lo cual, a diferencia del lucro cesante, o sea, la ‘ganancia o provecho que deja de reportarse’ (artículo 1614 del Código Civil), en ella no se tiene la utilidad, tampoco se extingue, y el interés protegido es la razonable probabilidad de obtenerla o de evitar una pérdida (cas. civ. sentencia de 24 de junio de 2008 [S-055-2008], exp. 11001-3103-038-2000-01141-01).”³⁹ (Destaca la Sala)

³⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de Casación del 28 de junio de 2010, exp. 2005-00103 M.P.: William Nam n Vargas.

También la Corte Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el tema, en la sentencia T-234 de 2007, haciendo un análisis de los límites que existen entre la falta de idoneidad y la inconveniencia del tratamiento médico:

"18.-El carácter valorativo de la decisión de la práctica o no de un tratamiento médico que se considera idóneo, viene dado pues de la naturaleza del análisis de la efectividad del mismo. La cualidad que define la posibilidad de evaluar la efectividad de un tratamiento médico, es que el criterio médico debe ser complementado con la consideración de varios aspectos que superan dicha órbita. Justamente, la jurisprudencia en materia de responsabilidad médica ha reconocido que la efectividad de un tratamiento médico no depende exclusivamente de criterios médico-científicos, sino que procura la configuración de una expectativa cuyo resultado es de algún modo incierto, por lo que cobra importancia la posibilidad de acceder al tratamiento, independientemente del resultado que se espere con éste.

"En efecto, el Consejo de Estado acogió en su jurisprudencia en materia de responsabilidad médica, la tesis de la **"pérdida de un chance u oportunidad", consistente en que la falla en la prestación del servicio de salud configura responsabilidad, por el sólo hecho de no brindar acceso a un tratamiento, incluso si desde el punto de vista médico la valoración de la efectividad del mismo, muestra que pese a su eventual práctica (es decir si se hubiera practicado y no se hubiera incurrido en la falla en la prestación del servicio), el paciente no tenía expectativas positivas de mejoría.**

"Esto quiere decir que se reconoce que cuando no existe duda sobre la idoneidad de un tratamiento, la consideración de su efectividad a luz de los riesgos no es exclusiva del ámbito de los médicos, además de que dicha consideración no resulta una razón jurídica suficiente para decidir sobre su práctica. Por el contrario, existe la obligación de brindar el *chance u oportunidad* de mejoría mediante la aplicación del tratamiento idóneo, al margen de si *medicamente* la expectativa de resultado es negativa, o, es gradualmente más negativa que positiva. Y, frente a esto, el paciente puede valorar de manera informada distintos criterios para optar por someterse o no al tratamiento."

Como vemos, el enfoque de la Corte Constitucional es mucho más amplio, toda vez que considera la configuración de responsabilidad por la sola privación del servicio médico, incluso sin la existencia de expectativas de recuperación. Desde este enfoque, es claro cómo se le da prevalencia al derecho que tienen todas las personas a recibir los tratamientos médicos adecuados y oportunos para sus patologías. Es importante este entendimiento, no tanto en materia de la responsabilidad del Estado, la que no siempre presenta elementos tan sencillos, sino por el mensaje que se le envía a los entes prestadores del servicio de salud, en el entendimiento de que no les es dable alegar la necesidad del resultado dañoso para justificar la falla en la prestación del servicio, consistente en un retardo o lo que es peor, en la ausencia total de atención.

Así las cosas, de lo expuesto hasta aquí, se puede concluir, por lo menos de parte de la jurisprudencia del Consejo de Estado, que la pérdida de oportunidad ha sido entendida como un daño autónomo, distinto e independiente del daño final; que cuando una falla del servicio ha cercenado una oportunidad cierta y razonable de obtener un resultado favorable o evitar un perjuicio hay lugar a la declaratoria de responsabilidad del Estado, no por el daño final, sino por la oportunidad pérdida, que debe ser cuantificada económicamente de acuerdo con los medios probatorios y circunstancias propias de los hechos⁴⁰. En ese orden, la forma cómo se indemniza, que constituye el problema fundamental en lo que tiene que ver con este tema, ha sido direccionada a la concesión de sumas genéricas por un rubro llamado "pérdida de oportunidad". Adicional a esto, en algunas decisiones, se ha estimado procedente la condena por perjuicios morales, con la aclaración de que no se conceden por el dolor, angustia y congoja sufrida por los demandantes por el daño final (especialmente cuando se trata de familiares de una persona que murió), sino por la pérdida de las probabilidades de recuperarse. De acuerdo con el estado actual de la jurisprudencia, no es procedente una condena en razón de perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante) ni daño a la salud, comoquiera que esos perjuicios tienen causa directa en el daño final, el cual no se indemniza en los eventos planteados.

2.3.5. Algunos pronunciamientos del derecho extranjero

⁴⁰ Al respecto, resulta ilustrativa una cita del Tribunal Supremo Español que sobre la materia analizada razonó de la siguiente forma: "La audiencia dedujo una manifiesta negligencia o conducta culposa de la ATS, empleada del Hospital demandado (artículos 1902 y 1903 del C.C.), al no tomar el debido conocimiento del parte médico, no avisar a los facultativos del servicio de guardia y proceder por iniciativa, sin que tal negligencia fuese ajena al hospital, por no tener un médico de puerta que realizase las primeras exploraciones a los enfermos, ni se justificase por la orden recibida y la falta de camas, extremo que había de ceder ante un paciente grave, al que tenía que prestarse toda la atención y diligencia que aconsejase la preparación científica... el daño producido es la propia privación de la asistencia médica, en cuanto supone una imposibilidad de tratamiento y, por lo tanto, una imposibilidad de curación... La relación causa-efecto viene determinada por yuxtaposición, pues el mismo evento que constituye la negligencia constituye el daño... La muerte producida no es otra cosa que un elemento cualificador del daño, importante a efectos indemnizatorios, pero no en relación a la situación causa-efecto... La negación de asistencia médica supone privar de un derecho constitucional, lo que por sí solo es indemnizable". Tribunal Supremo Español, sentencia del 19 de junio de 1990. El reconocido tratadista Ricardo de Ángel Yagüez al comentar la decisión referida, pone de presente lo siguiente: "Se observará que, con indudable habilidad, los recurrentes orientaron su argumentación en el sentido de alegar que el daño producido por la negligencia de la A.T.S. no consistió en la muerte que posteriormente se produjo, sino en la privación del derecho a la asistencia médica que, en definitiva, no es otra cosa que la negación al derecho a tener unas posibilidades, aunque sean remotas o indeterminadas, de supervivencia ante una patología concreta." De Ángel Yagüez, Ricardo. Tratado de responsabilidad civil. Ed. Civitas, Madrid, 1993, pág. 235 y 236.

Una revisión de los principales sistemas de derecho extranjeros nos muestra, por lo menos, una dualidad en el entendimiento de la pérdida de oportunidad, desacuerdos, inclusive, sistémicos. En el *common law* norteamericano esta doctrina (*loss of a chance*) tiene dos versiones. Conforme a la primera, el demandante puede recuperar solamente el valor del chance perdido⁴¹. Con este enfoque, la carga de la prueba de la causalidad queda intacta, y en su lugar, el daño es definido como la pérdida de la chance en sí misma, en oposición al resultado final, sin embargo, la indemnización se convierte en un porcentaje de los daños que el demandando pudo haber causado.

Bajo la égida del otro enfoque, es la naturaleza del daño la que permanece intacta, esto es, el daño final, por el cual se demanda (muerte, lesión, pérdida de un miembro etc), y en su lugar, se da un relajamiento de la carga probatoria, permitiéndole al demandante tener por demostrado que la falla ha sido la causa del daño, aunque no se haya acreditado, de forma directa, que la conducta negligente fue la que originó el mismo.⁴²

En el caso *Falcon v. Memorial Hospital*, se resolvió la demanda de una familia que acusaba al Hospital de negligencia en la no prevención de una embolia de líquido amniótico, lo que trajo como consecuencia la muerte de la señorita Falcon. Se estableció que de haber recibido el tratamiento adecuado, ella hubiera conservado un 37% de probabilidades de recuperarse. La Corte de Apelaciones de Michigan concluyó que un adecuado tratamiento hubiera tenido la potencialidad de mejorar el estado de salud de aquella. En 1990, la Suprema Corte de ese Estado revisó la providencia de la Corte de Apelaciones. Esta revisión se hizo a la luz del influyente artículo publicado por Joseph King nueve años antes⁴³. El profesor King sostuvo que en los casos en los que la negligencia médica concurría con condiciones preexistentes del paciente, la aplicación de la regla tradicional del "todo o nada" (*all or nothing rule*) podía llevar a resultados arbitrarios, permitiendo que en algunos casos se concediera una sobre-compensación y en otros una sub-compensación. Según su percepción, la regla de la mayor probabilidad (*more likely than not*) representaba un inapropiado enfoque de la regla del todo o nada en la causalidad, bajo la cual una persona que está por debajo del 50% de posibilidades de recuperación no obtiene indemnización, pero otra que está por encima de ese rango sí la obtiene. En un intento por remediar este inequitativo estado jurisprudencial, el profesor King propuso que las Cortes les reconocieran a los pacientes el porcentaje de pérdida de oportunidad de obtener un resultado más favorable (*more favorable outcome*), que se cercenó con el actuar imprudente del servicio médico. Basándose en esta teoría, el demandante solicitó que se

⁴¹ Véase, por ejemplo, *Thompson v Sun City Community Hospital*, 141 Ariz. 597 (1984)

⁴² Véase: *Falcon v. Memorial Hospital*, 436 Mich. 443 (1990)

⁴³ King, Joseph. *Causation, Valuation And Chance In Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions And Future Consequences*, 90 Yale LJ 1353 (1981)

reconociera la indemnización del porcentaje de la pérdida de la chance, y por su parte, el demandado argumentó que la decisión de la Corte de Apelaciones violaba el principio de responsabilidad según el cual, el demandante tiene el deber de probar que la negligencia del demandado causó el daño. La Corte Suprema concilió estos dos argumentos, al afirmar que la causalidad, en estos eventos, no se configura desde la negligencia hacia el daño (porque en la mayoría de los casos resulta imposible), sino de la negligencia hacia la pérdida de oportunidad, y es esta circunstancia la que tiene mérito indemnizable, y se concluyó que los demandantes tenían derecho a que se les indemnizara sólo el 37% de la totalidad del daño. Y para evitar una inundación de demandas a raíz de esta tesis, tema que se planteó inmediatamente después de esta sentencia, se limitó su aplicación a aquellos casos en los que se pudiera demostrar que la oportunidad perdida podía ser caracterizada como "sustancial" (*substantial*), concepto que no necesariamente atiende al *quatum* de la probabilidad.⁴⁴

En otras latitudes también se ha utilizado la pérdida de oportunidad, no sólo para los casos de falla médica, sino para otros eventos. Un representante de la academia nacional, en el derecho de daños, realiza una síntesis sobre las principales decisiones del Consejo de Estado Francés, que por su pertinencia, será citada *in extenso*:

"En tercer lugar, la pérdida de una oportunidad puede también presentarse en eventos en los que el demandante alega no haber tenido la posibilidad de obtener curación de una enfermedad. En efecto, según sentencia del Consejo de Estado francés, cuando un hospital no prestó atención a las advertencias de la familia del interesado sobre el estado de salud del herido ni alertó con prontitud al cirujano que había practicado la intervención, ve comprometida su responsabilidad por 'las posibilidades que tenía el señor Richard de evitar la amputación de su pierna' (Consejo de Estado fr., 24 de abril de 1980, Hospital-Hospice de Voiron, Rec., Leb., p. 260.), porque 'se comprometieron las posibilidades que tenía el enfermo para evitar la amputación de una pierna' (Consejo de Estado fr., 29 de octubre de 1980, Marty, Dalloz, 1981, Inf. Rap. 166), o porque perdió 'toda perspectiva de retomar una actividad profesional correspondiente a sus títulos universitarios' (Consejo de Estado fr., Asamblea, 10 de abril de 1992, M. et. Mme. V., p. 355, concepto del Procurador Delegado Legal). Es aún más claro el caso del 11 de diciembre de 1991 (Consejo de Estado fr., Administration Générale de l'Assistance Publique a Paris, 108688, Decisiones del Consejo de Estado), en el que se consideró que 'admitiendo que la lesión del riñón, lo cual era un problema que no incumbía a la demandada, la escogencia terapéutica adoptada por el cirujano del hospital demandado hizo perder al señor Monnier las posibilidades de conservar, al menos en parte, esta función, comportó la destrucción de la glándula suprarrenal y atacó el sistema de ganglios, que no había sido, según la prueba del proceso, infectados'. En estos casos el juez analiza las probabilidades que tenía el enfermo de no haber sufrido su quebranto. No se trata solamente de que la víctima haya perdido la oportunidad de no sufrir una enfermedad o disfunción que sufre, o de haber conservado en

⁴⁴ Granzotto, Mark. Brief Amicus Curiae on Behalf of The Michigan Association For Justice. Disponible en: <http://courts.mi.gov/Courts/MichiganSupremeCourt/Clerks/Oral-Arguments/Briefs/01-08/133986/133986-MAJ-Amicus.pdf>.

buen estado su salud. Puede ocurrir también que el juez indemnice a los familiares de la víctima que fallece precisamente porque las posibilidades de no haber fallecido fueron truncadas por el servicio. Es el caso francés en el cual el Consejo de Estado considera que 'la Corte Administrativa de Apelación de Nantes motivó suficientemente su fallo, al establecer como probado en el proceso que la tardía intervención del médico interno y del anestesista, imputable al defectuoso funcionamiento del conmutador telefónico del hospital, impidieron la realización de una acción terapéutica eficaz y comprometieron por tanto las probabilidades de supervivencia del señor Fraboul, o del caso colombiano en el cual se estima que 'la administración nada efectivo hizo para evitar la muerte prematura, previsible y perfectamente evitable del afiliado; el TAC realizado a tiempo habría permitido hacer una oportuna y adecuada claridad sobre la entidad de la lesión sufrida por el paciente y por contera, intervenirlo de inmediato, con lo cual se habría contrarrestado la patología que venía gestándosele' (Consejo de Estado, Sección Tercera, 9 de marzo de 1998. C.P.: Juan de Dios Montes Hernández, exp: 11.638). Se reitera que en campo lo importante, entonces, es establecer, para que proceda la reparación del daño, que la persona enferma o los deudos del fallecido perdieron la oportunidad, en su orden, de no estar enferma o de perder a su allegado. Si por el contrario se establece, por ejemplo, que las víctimas 'no probaron que la insuficiencia de la arteriografía le impidió a la víctima haber tenido una operación quirúrgica más adaptada a su caso que la que le fue realizada, la demanda se desestima.'"⁴⁵

Estas consideraciones son expuestas por el autor a propósito del carácter cierto del daño, precisamente porque el concepto de pérdida de oportunidad se mueve dentro de los límites de la certeza y la probabilidad, y ello es así, tanto para quienes sostienen que se trata de un daño autónomo, pues tienen un gran problema para determinar el valor de la oportunidad pérdida, como para quienes piensan que es un asunto de causalidad.

Tan es así, que en algunos sistemas de derecho europeo, cada vez es más difícil la aplicación de esta doctrina, tal es el caso de la Corte Suprema de Bélgica, que en un fallo reciente, abordó el tema de la pérdida de oportunidad como una cuestión de incertidumbre causal. El fallo de primera instancia condenó a los demandados por no haber prestado la ayuda médica oportuna a una persona que había sido herida en una pelea, sin embargo, la condena se estimó en una tercera parte del daño real (muerte), porque no se demostró que la demora en la atención haya causado el daño. El caso fue apelado ante la Corte Suprema y ésta revocó la decisión de instancia, al considerar que no se demostró la relación de causalidad entre la conducta acusada y el daño.⁴⁶ Según el libro anual del derecho de daños europeo⁴⁷, esta decisión pareciera mostrar, aunque no expresa, una intención de ese Tribunal de evitar la doctrina de la pérdida de oportunidad, por su incertidumbre causal.

⁴⁵ Henao, Juan Carlos. El daño: Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en el derecho Colombiano y Francés. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1998. p. 166-7.

⁴⁶ Cour de cassation/Hof van Cassatie, 12 October 2005, P.05.0262.F.

⁴⁷ Koziol Helmut y Steininger Barbara. *Tort and Insurance Law: Yearbook*. SpringerWienNewyork. European Tort Law 2005. p. 176-7.

2.3.6. De todo lo hasta aquí expuesto, es claro que este tema es uno de los más caóticos conceptualmente al interior de la responsabilidad civil extracontractual, *en primer lugar*, cuestiona, y no de forma tan aparente, la certeza como un elemento de definición del daño y, *en segundo lugar*, reta de manera seria los postulados clásicos de los requisitos de la declaratoria de responsabilidad, específicamente en torno a la relación de causalidad respecto al daño.

A modo de ejemplo, vale la pena resaltar el giro jurisprudencial adoptado por el Consejo de Estado Francés, que en providencia del 21 de diciembre de 2007, Sección Contenciosa,⁴⁸ —en un claro acercamiento a la posición fijada por la Corte de Casación de ese país—, abandonó el criterio del *todo (tout)* o *nada (rien)* al momento de definir el monto indemnizatorio a partir del cual se debe reparar la pérdida de la oportunidad (*chance perdue* o *perte d'une chance*), **para adoptar un sistema consistente no en la reparación de la totalidad del daño corporal padecido, sino en el pago de la suma que se derivará de la tasación de una fracción del daño corporal determinado en función a la amplitud de la pérdida de la oportunidad padecida.**

Desde la anterior panorámica, lo cierto es que en los sistemas de responsabilidad modernos, el juez no debe tolerar que la falta de delimitación precisa del nexo causal impida la atribución de resultados⁴⁹, comoquiera que, para endilgar un resultado desde el plano de las ciencias sociales el elemento causal puede ser insuficiente, motivo por el cual se debe recurrir al concepto de imputación, que bien puede apoyarse en lo que se ha denominado desde la perspectiva naturalística: *causalidad preponderante*⁵⁰.

⁴⁸ Consejo de Estado Francés, Sección del Contencioso, sentencia del 7 de diciembre de 2007 (lectura del 21 de diciembre), No. 289328, Demandado: Centro Hospitalario de Vienne.

⁴⁹ "No obstante, la doctrina predominante, que nosotros compartimos, afirma que, mientras no aparezca la prueba de la imposibilidad de ese nexo causal, es indudable que el demandante tenía alguna probabilidad, así sea imposible de establecer, de no sufrir el daño o de obtener el beneficio. En tales condiciones, no parece equitativo liberar de toda responsabilidad al demandado, pero tampoco otorgarle la totalidad de la prestación al demandante, razón por la cual se acude a la solución práctica de conceder una indemnización proporcional a las probabilidades perdidas.

"Es indiscutible, pues, que en el caso que nos ocupa, la jurisprudencia y la doctrina rompen el principio general que le exige al demandante la prueba y la certeza del nexo causal, solución que, dadas las complejas circunstancias, nosotros aprobamos." TAMAYO Jaramillo, Javier "Tratado de Responsabilidad Civil", Ed. Legis, Tomo I, Bogotá D.C., Pág. 287.

⁵⁰ "...el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia, es decir, que la relación de causalidad queda probada cuando los elementos de juicio suministrados conducen a un grado suficiente de probabilidad... Basta con que el juez, en el caso en que por la naturaleza de las cosas no cabe una prueba directa llegue a la convicción de que existe una "probabilidad determinante."" DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo "Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil. Con especial atención a la reparación del daño", Ed. Civitas, Madrid, 1995, Pág. 77.

Ahora bien, la imputación se vale de conceptos sociológicos y filosóficos como el de *riesgo* y de *rol*⁵¹, para controlar y dominar la volatilidad del análisis causal, por lo tanto, el juez debe emplear en la determinación de si un resultado es imputable o no a una determinada conducta, construcciones teóricas como la *imputación objetiva* que brindan al operador judicial una caja de herramientas a efectos de estudiar, analizar y controlar los cursos causales que son sometidos a su consideración para que sean objeto de decisión judicial, desde la perspectiva de la imputación fáctica. Por ende, criterios como: i) el principio de confianza⁵², ii) el riesgo permitido⁵³, y iii) la posición de garante⁵⁴, son algunos de los instrumentos jurídicos con los que se dota, en la actualidad, al juez para que pueda abordar un análisis riguroso en materia de imputación.

⁵¹ A cada parte dentro del mismo le asiste un rol asignado por el ordenamiento jurídico, en donde, cada una debe comprobar lo que le corresponde, con el fin de brindar los elementos necesarios de convicción al juez, para que este pueda adoptar una decisión adecuada.

"A través de ello se llega, como podemos deducir también de la etimología de "persona" (máscara, rol, estado legal), a la diferenciación entre persona y rol. Entonces, los roles pueden –una vez diferenciados de la persona individual como puntos de vista propios ya más abstractos– servir para identificar las relaciones de expectativas. Un rol, si bien está diseñado para corresponder a aquello que un hombre individual puede rendir, es concebido frente a la persona individual de forma tanto más especial cuanto más general. Se trata siempre sólo de un sector de la conducta del hombre que es esperada como rol por otra parte de una unidad que puede ser percibida por muchos hombres intercambiables: el rol de un paciente, el de un maestro, el de un cantante de ópera, el de una madre, el de un paramédico, etcétera" LUHMANN, Niklas "Sistemas Sociales – Lineamientos para una teoría general", Ed. Anthropos – CEJA (Pontificia Universidad Javeriana) – Universidad Iberoamericana, Segunda Edición, 1998, Bogotá, Pág. 288, 289 y 378.

⁵² "El principio de confianza encuentra uno de sus fundamentos en el principio de autorresponsabilidad. La principal consecuencia es la de que el ámbito de responsabilidad de cada uno se limita a su propia conducta, y sólo bajo especiales circunstancias se extiende a las actuaciones de otro. Por regla general, cada uno debe orientar su conducta de tal forma que no lesione bienes ajenos; pero no es su deber preocuparse por que los demás observen el mismo comportamiento. En virtud del principio de autorresponsabilidad, generalmente sólo se responde por el hecho propio, mas no por el hecho ajeno.

"En todo contacto social es siempre previsible que otras personas van a defraudar las expectativas que se originan en su rol. No obstante, sería imposible la interacción si el ciudadano tuviese que contar en cada momento con un comportamiento irreglamentario de los demás. Se paralizaría la vida en comunidad si quien interviene en ella debe organizar su conducta esperando que las otras personas no cumplirán con los deberes que les han sido asignados. El mundo está organizado de una forma contraria. Pese a que se presentan frecuentes defraudaciones, quien participa en el tráfico social puede esperar de las otras personas un comportamiento ajustado a sus status; él puede confiar en que los otros participantes desarrollarán sus actividades cumpliendo las expectativas que emanan de la función que le ha sido asignada." LÓPEZ Díaz, Claudia "Introducción a la Imputación Objetiva", Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Pág. 120 y 121. Así mismo, se puede consultar la sentencia de 19 de septiembre de 2007, exp. 15382, M.P. Enrique Gil Botero.

⁵³ "De esta manera, todo aquel riesgo que permanece aún con el cumplimiento de las normas de cuidado que deben acompañar la ejecución de toda actividad socialmente admitida, recibe la denominación de riesgo permitido... Como postulado general puede entonces decirse que todas aquellas actividades desarrolladas dentro de lo que socialmente se considera un riesgo permitido no pueden dar lugar a reproche jurídico de ninguna naturaleza, aun en el evento de que generen lesiones a particulares..." Cf. REYES Alvarado, Yesid "Imputación Objetiva", Ed. Temis, Bogotá, Pág. 92 y 93.

⁵⁴ "Por posición de garante debe entenderse aquella situación en que coloca el ordenamiento jurídico a un determinado sujeto de derecho, en relación con el cumplimiento de una específica obligación de intervención, de tal suerte que cualquier desconocimiento de ella acarrea las mismas y diferentes consecuencias, obligaciones y sanciones que repercuten para el autor material y directo del hecho." Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 4 de octubre de 2007, 4 de diciembre de 2007, y 20 de febrero de 2008, expedientes: 16894, 15567, 16996.

Así las cosas, en tratándose de la pérdida de la oportunidad, se deben precisar algunos aspectos sobre el tema, a efectos de garantizar su correcta aplicación. Tales precisiones son las siguientes:

a) La pérdida de la oportunidad es un concepto jurídico que permite definir problemas de imputación, en aquellos eventos en que no existe prueba suficiente del nexo causal que define una determinada relación causa – efecto. En consecuencia, el análisis de esta figura debe realizarse en sede de la imputación fáctica.

b) La figura tiene aplicación en aquellas situaciones en que existe duda o incertidumbre en el nexo causal, de tal forma que el grado de probabilidad oscile en un margen entre el 1% y el 99% de que un daño sea el producto de una causa específica, siempre que el porcentaje, sin importar el *quantum*, constituya una oportunidad sustancial de alcanzar un resultado más favorable.

Si el juez no tiene inquietudes frente al nexo causal que sirve de soporte a la imputación fáctica y jurídica del resultado, no existe razón o justificación para hablar de pérdida de oportunidad, por cuanto como tal no se presentó esta circunstancia, sino que, lo que acaeció es una de dos hipótesis: i) que materialmente no se puede atribuir el resultado en un 100%, en cuyo caso habrá que absolver al demandado o, ii) que material y jurídicamente se atribuya el resultado al demandado de manera plena, en cuyo caso la imputación no estará basada en la probabilidad sino en la certeza, por ende, el daño será en un 100% endilgable a la conducta de determinada conducta estatal.

c) Comoquiera que el análisis de la pérdida de la oportunidad se efectúa en la instancia del estudio del nexo causal –como presupuesto de la imputación fáctica u objetiva del daño–⁵⁵, la función del operador judicial en estos eventos, es la de apoyarse en las pruebas científicas y técnicas aportadas al proceso para aproximarse al porcentaje de probabilidad sobre el cual se debe establecer el grado de la pérdida de la oportunidad de recuperación y,

⁵⁵ "(...) En este trabajo la doctrina de la pérdida de la oportunidad se entiende como una teoría de causalidad probabilística (probabilistic causation), conforme a la cual, en los casos de incerteza causal mencionados, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación o de supervivencia, consideradas a la luz de la ciencia médica, que deben ser indemnizadas. En tal caso, es posible condenar al facultativo por el daño sufrido por el paciente pero se reduce el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido igualmente de haber actuado aquel diligentemente." LUNA Yerga, Álvaro Ob. Cit. Pág. 2.

consecuencialmente, el impacto de tal valor en el monto a indemnizar, pues que como ya se analizó, el perjuicio no puede ser total ante la falta de certeza⁵⁶.

Así las cosas, y dada la dificultad de determinar la cuantificación del perjuicio cuando se trata de una pérdida de oportunidad, es claro que la valoración del mismo, dependerá de las circunstancias especiales que rodeen cada caso en concreto, teniendo en cuenta siempre las perspectivas que a futuro se tengan en relación con la obtención del beneficio, para lo cual se deberá emplear, en lo posible, los datos proporcionados por la estadística y observando siempre que lo indemnizable es la desventaja de no obtener un beneficio, se itera este aspecto que es fundamental, para efectos de cuantificación del perjuicio como tal.

De otro lado, ante la ausencia de elementos y criterios técnicos o científicos en la determinación del porcentaje que representa la oportunidad perdida frente al daño padecido, el juez deberá recurrir a la equidad, en los términos del artículo 16 de la ley 446 de 1998⁵⁷, para sopesar los medios de convicción que obren en el proceso y, a partir de allí, establecer el valor aproximado a que asciende el costo de aquélla, valor este que servirá para adoptar la liquidación de perjuicios correspondiente.

d) Toda vez que no existe una explicación de la causalidad absoluta, en estos eventos, la forma de indemnizar la pérdida de la oportunidad, deberá ser proporcional al porcentaje que se le restó al paciente con la falta o retardo de suministro del tratamiento, intervención quirúrgica, procedimiento o medicamento omitido⁵⁸.

⁵⁶ "La Chance es la posibilidad de un beneficio probable futuro que integra facultades de actuación del sujeto, conlleva un daño aun cuando pueda resultar dificultosa la estimación de su medida. En esta concurrencia de factores pasados y futuros, necesarios y contingentes existe una consecuencia actual y cierta. A raíz del acto imputable se ha perdido una chance por la que debe reconocerse el derecho a exigir su reparación. La doctrina aconseja efectuar un balance de las perspectivas a favor y en contra. Del saldo resultante se obtendrá la proporción del resarcimiento (...). La indemnización deberá ser de la chance y no de la ganancia perdida" TANZI, Silvia. La reparación de la pérdida de la chance. En obra colectiva La Responsabilidad, libro homenaje al Profesor Isidoro Goldember. Ed. Arboleda. Pág. 222. Obra citada por VÁSQUEZ Ferreira, Roberto A. La pérdida de una chance como daño indemnizable en la Mala Praxis Médica. Derecho Médico. I Simposio Iberoamericano. IV Jornadas Uruguayas de Responsabilidad Médica. Ed. B de F. Montevideo – Buenos Aires. 2001 Pág. 536 y s.s.

⁵⁷ "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."

⁵⁸ "El daño viene así constituido por la oportunidad de curación o supervivencia perdida a consecuencia de la actividad médico-sanitaria establecida en función de la experiencia común (daño intermedio) y no por los totales perjuicios sufridos por el paciente (daño final), con los cuales resulta en todo punto imposible establecer un nexo de causalidad debido a los umbrales de certeza determinados en cada caso.

"Con todo, la evolución jurisprudencial y doctrinal comparada del principio de la pérdida de oportunidad ha transformado este instrumento procesal, que nació para aligerar la prueba de la causalidad, en una teoría sobre la calificación o determinación del perjuicio que permite tener por acreditado un daño puramente hipotético. Es frecuente, por tanto, el estudio de este principio en sede de daño y no en sede

Así las cosas, el juez deberá valerse de todos los medios probatorios allegados al expediente, para aproximarse al porcentaje que constituye la pérdida de la oportunidad en el caso concreto, pues de la determinación del mismo, dependerá el porcentaje sobre el cual se debe liquidar la condena, en atención a los montos máximos reconocidos por la jurisprudencia.

En conclusión, la probabilidad que establezca el juez como el valor de la pérdida de la oportunidad cercenada por parte de la institución médico – hospitalaria, será correlativo al valor a indemnizar frente a cada uno de los perjuicios reconocidos por la jurisprudencia, y con base en los montos y criterios fijados por la misma.

Así las cosas, el tema de pérdida de la oportunidad debe servir como instrumento para la solución de problemas causales en relación con la atribución o imputación de resultados. En estos eventos, ante la incertidumbre e imposibilidad de atribuir al 100% el daño irrogado, corresponderá al juez valerse de las pruebas científicas para que a partir de ellas trate de determinar el porcentaje en que se le restó oportunidades de evitar el daño a la persona y, con fundamento en esos márgenes porcentuales, establecer el monto de la indemnización.

En consecuencia, la pérdida de la oportunidad, además de constituir un perjuicio independiente, se estudia y se define desde la imputación fáctica, como el elemento que permite imputar daños, a partir de la aplicación concreta de estadísticas y probabilidades en cuanto a las potencialidades de mejoramiento que tenía la persona frente a un determinado procedimiento u obligación médica que fue omitida o ejecutada tardíamente.

2.3.7. En el caso *sub examine*, la Sala diverge del razonamiento desarrollado por el *a quo* pues, si bien, está demostrado que el tratamiento para estabilizar al paciente era el adecuado y el tiempo que para ello se utilizó no fue exagerado, es cierto que una vez a éste le fueron suturadas las heridas, inmovilizadas las fracturas, suministrados los medicamentos y practicado los exámenes diagnósticos, transcurrieron casi 4 horas hasta que fue ordenada su remisión al hospital del tercer nivel y una hora más para su traslado. En efecto, de los testimonios recepcionados y demás pruebas obrantes en el proceso, es claro que la condición de salud del paciente era deplorable, que tenía

de causalidad. No obstante, parece evidente que si la noción de pérdida de oportunidad se vincula con el perjuicio, entonces se vuelve inseparable de la condición de nexo de causalidad, pues la relación de causalidad entre el acto u omisión médico – sanitaria y el perjuicio hipotético en que consiste la oportunidad perdida será, asimismo, una causalidad hipotética, ya que participa de su misma aleatoriedad o virtualidad.” LUNA Yerga, Álvaro Ob. Cit. Pág. 4.

comprometidos varios sistemas de su organismo y que presentaba fracturas en la cara, generadas por un golpe contundente ocasionado en el accidente de tránsito, contusión que sin lugar a dudas hacía previsible su compromiso neurológico; así mismo, resulta palmario que por pertenecer al nivel II, el Hospital San Juan de Dios de Rionegro no tenía la posibilidad ni condiciones para atender una complicación de esta naturaleza, razón por la que mantenerlo en observación una vez fue estabilizado, sin practicársele los exámenes pertinentes –a pesar de hacer parte de las conductas médicas a seguir-, constituyó una decisión sin sentido ante la gravedad de las lesiones y la carencia del especialista y recursos técnicos del Hospital, lo que solo puede redundar en que su permanencia en el hospital de segundo nivel constituyó la pérdida de la oportunidad que tenía de recibir una mejor atención y un tratamiento oportuno para preservar su vida.

Se itera que, aunque el tratamiento que recibió el paciente para su estabilización y las medicinas suministradas fueron las adecuadas, de conformidad con los protocolos médicos, el ostensible pronóstico de su evolución que restaba posibilidades de sobrevivencia, hacía carente de sentido la observación del paciente sin los exámenes conducentes para determinar la magnitud de la lesión que sufría, pues aunque en ningún momento se consignaron en la historia clínica los resultados del test de Glasgow, aún si hubiese certeza sobre la vigilancia permanente del estado de consciencia esto no es suficiente por sí sólo para emitir un diagnóstico certero.

Sin perjuicio de ello, lo que demuestra la ausencia de la práctica del test es que la evaluación del paciente, pese a la dimensión de las lesiones que le dejó el accidente de tránsito, fue ligera, superflua y desgastó el tiempo con que contaba para recibir un tratamiento adecuado en procura de salvar su vida.

En ese orden, la pérdida de oportunidad sirve como un instrumento de imputación en este caso, porque no existe certeza de que la falla en la prestación del servicio médico haya sido la causa del resultado dañoso (el deceso del paciente), comoquiera que las lesiones padecidas y el diagnóstico sobre las mismas no era bueno, y la posibilidad de una lesión cerebral siempre estuvo presente debido a la gravedad del accidente, empero la tardanza en la remisión al hospital de tercer nivel y la práctica de un TAC oportuno, le restó probabilidad de mantenerse con vida a pesar de las demás secuelas. Y es la pérdida de ese chance lo que será indemnizado en el caso. Por esta razón, en punto de

la responsabilidad del Hospital San Juan de Dios de Rionegro, el fallo de primera instancia será revocado.

No puede perderse de vista cuáles son los elementos de la obligación médica, esto es, los siguientes deberes o prestaciones a cargo del médico o institución sanitaria: i) la integralidad⁵⁹, ii) la inmediatez u oportunidad⁶⁰, iii) disponibilidad y diagnóstico⁶¹, iv) discrecionalidad técnica⁶², v) consentimiento informado⁶³, y vi) actualidad del conocimiento⁶⁴.

En efecto, el servicio médico asistencial no constituye ninguna dádiva en el Estado Social de Derecho, sino que es uno de los servicios públicos esenciales que si bien pueden ser cubiertos por particulares, es deber de la administración pública garantizar su efectiva prestación, así como la calidad en el servicio.

⁵⁹ “Debe ser integral: (...) la atención y el tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud” Sentencia T- 1059 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Ver también: sentencia T- 062 de 2006 (MP Clara Inés Vargas Hernández). Otras sentencias: T- 730 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), T- 536 de 2007 (MP Humberto Antonio Cierra Porto), T- 421 de 2007 (MP Nilson Pinilla Pinilla)

⁶⁰ “-Debe ser oportuno: la jurisprudencia constitucional ha garantizado el derecho a acceder a los servicios de salud, libre de obstáculos burocráticos y administrativos. Así, por ejemplo, cuando por razones de carácter administrativo diferentes a las razonables de una administración diligente, una EPS demora un tratamiento médico al cual la persona tiene derecho, viola el derecho a la salud de ésta.⁶⁰ Los trámites burocráticos y administrativos que demoran irrazonablemente el acceso a un servicio de salud al que tienen derecho, y respetan el derecho de salud de las personas.” Sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda.

⁶¹ Ley 23 de 1981. ARTICULO 10. El médico dedicará a su paciente el tiempo necesario para hacer una evaluación adecuada de su salud e indicar los exámenes indispensables para precisar el diagnóstico y prescribir la terapéutica correspondiente.

⁶² Ley 23 de 1981. ARTICULO 12. El médico solamente empleará medios diagnósticos o terapéuticos debidamente aceptados por las instituciones científicas legalmente reconocidas.

PARAGRAFO. Si en circunstancias excepcionalmente graves un procedimiento experimental se ofrece como la única posibilidad de salvación, éste podrá utilizarse con la autorización del paciente o sus familiares responsables y si fuere posible, por acuerdo en junta médica.

⁶³ Ley 23 de 1981. ARTICULO 15. El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos, y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente.

⁶⁴ Ley 23 de 1981. ARTICULO 13. El médico usará los métodos y medicamentos a su disposición o alcance, mientras subsista la esperanza de aliviar o curar la enfermedad. Cuando exista diagnóstico de muerte cerebral, no es su obligación mantener el funcionamiento de otros órganos o aparatos por medios artificiales.

Por consiguiente, la obligación médica lejos de ser catalogada como de medio o de resultado –clasificación que a diferencia del Código Civil Francés de 1804 no quedó contenida en nuestro ordenamiento jurídico– es esencial ya que se relaciona con dos garantías fundamentales de la persona, de manera concreta, el derecho a la vida y a la salud.

En esa línea de pensamiento, la obligación médica contiene una prestación que no se valora en términos de la diligencia y cuidado que se emplearon para la recuperación de la salud del paciente. Así las cosas, el deber del médico consiste en realizar todos los actos de diagnóstico y tratamiento encaminados a obtener la mejoría del enfermo.

En otros términos, la obligación de los profesionales de la medicina y de las instituciones sanitarias o prestadoras de servicios de salud, encuentra su fundamento ontológico en el principio de dignidad humana. De allí que no sea válido juzgar o valorar el comportamiento del facultativo a la luz de los resultados o de los medios empleados; a contrario sensu, el cumplimiento de los deberes médicos se efectúa *ad hoc*, de acuerdo con la *lex artis* aplicable.

En consecuencia, la importancia de la dignidad humana entendida como aquel imperativo categórico –en términos Kantianos– que determina que cada ser humano –sin importar su sexo, raza, etnia, clase social, capacidad física y/o mental, capacidad económica, etc.– es un fin en sí mismo y no puede ser utilizado como un medio para alcanzar los fines de otros, radica en que la misma constituye el sustrato de todos los derechos humanos, principalmente de los derechos fundamentales y, por ende, de la vida, la libertad y la salud garantías éstas sin las cuales la existencia y plenitud de la humanidad se vería amenazada.

Al respecto, vale la pena extraer brevemente una parte de ese sobresaliente pensamiento:

“Ya en el mero nombre de “hombre” [entendido como ser humano] hay una dignidad. Y como esta corresponde en igual medida a todos los hombres, todo hombre es también igual a los otros por naturaleza. Esta igualdad “natural” no es una igualdad de fuerzas, como pensaba Hobbes, sino una igualdad en el Derecho, cuyo fundamento se halla en el deber de sociabilidad que une igualmente a todos los hombres, ya que está dado con la naturaleza humana

como tal..."⁶⁵

En relación con la necesidad de recoger, al menos en el campo médico – sanitario, la distinción entre obligaciones de medio y de resultados, por ser poco pertinente y útil para delimitar el contenido de la prestación en cada caso concreto, esta Corporación puntualizó:

"En ese orden de ideas, el estudio de la obligación médica supone el abandono de la clasificación de "medios" y "resultados", puesto que deviene equívoca para los propósitos de su valoración, como quiera que, tal y como lo sostiene el profesor Ricardo Lorenzetti, "el resultado no es ajeno a la obligación, aunque en algunos casos se lo garantice y en otros no. Por ello, en el contrato médico hay una pretensión curativa; de lo contrario y según Zannoni, "deberíamos llamar a la medicina el arte de cuidar y no arte de curar."

"En consecuencia, al margen de la malograda distinción entre obligaciones de medios y de resultado, es claro que el deber del médico con el paciente conlleva implícita la prestación de brindar y suministrar todos y cada uno de los mecanismos, instrumentos y procedimientos dirigidos a obtener la recuperación del paciente; no obstante, esta alta exigencia a la que se encuentran compelidos los galenos, es evidente que ello no arriba a predicar la necesidad de obtener un resultado específico en todos los casos, lo cual tornaría imposible el ejercicio de la medicina, puesto que, se reitera, hasta el momento no puede ser entendida como una ciencia exacta."⁶⁶

En ese orden de ideas, la obligación médica tiene como finalidad la curación y el cuidado, dos actividades que son basales en el ser humano, especialmente cuando se enfrenta o lo aqueja una enfermedad.

Por lo tanto, el cumplimiento de la obligación médica se valora a partir de los deberes que de ella se desprenden, así como de la garantía de los fines de curación y de cuidado que le son ínsitos. Por lo tanto, más que juzgar un resultado determinado, se evalúa la aplicación de la *lex artis* en las etapas de diagnóstico y tratamiento, su oportunidad e integralidad.

Sin anfibología, en la obligación médica se advierte un alto componente moral y principialístico (Dworkin) que se integra a la norma, para dotarla de contenido material en cada caso concreto; lo anterior, toda vez que la medicina es la ciencia o profesión

⁶⁵ PUFENDORF, Samuel "*De jure naturae et gentium*", citado por WELZEL, Hans "Introducción a la Filosofía del Derecho", Ed. Aguilar, pág. 145.

⁶⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 8 de julio de 2009, exp. 16639, M.P. Enrique Gil Botero.

liberal que representa la mayor intervención en derechos fundamentales de la persona, razón por la que el cumplimiento de los deberes del galeno no se desprenden de un listado taxativo, sino que se derivan del análisis del caso concreto con el comportamiento brindado por el médico en las etapas de valoración (diagnóstico) y procedimiento (tratamiento).

En esa perspectiva, de acuerdo con lo expuesto por el profesor Alberto Bueres, son dos los tramos sucesivos que hay que verificar en la relación jurídica médico – paciente: i) el deber de ejecutar la prestación (asistir, diagnosticar, intervenir quirúrgicamente, etc.) y ii) el deber de hacerlo con diligencia (es decir, de conformidad con la *lex artis*).

De modo que en la apreciación o juzgamiento de la obligación médica se analiza la acción del médico desde dos perspectivas: i) desde la omisión y ii) a partir de la acción en sentido estricto. La omisión se refiere a que no se haya incurrido en la misma en la atención y valoración del paciente, mientras que la acción en sentido estricto se determina a partir de la valoración y el tratamiento idóneo de acuerdo con la *lex artis*.

Como se vislumbra, la obligación médica es dual o bifronte ya que no sólo supone establecer que el paciente haya sido efectivamente atendido, sino que el diagnóstico y el tratamiento fue el idóneo para la patología padecida. Así las cosas, la prestación médico – asistencial que integra la obligación sanitaria es variopinta y multiforme, y su cumplimiento se valora a partir de los deberes antes mencionados.

3. Indemnización de perjuicios

Como quedó expuesto en el acápite anterior, la institución de la pérdida de oportunidad debe lidiar con una dificultad intrínseca, que le es connatural a su concepto, esto es, la cuantificación del perjuicio, ya que en la mayoría de los casos no existe una forma de determinar con precisión cuáles eran las probabilidades que se tenían de evitar el daño o de obtener una ganancia. No obstante lo anterior, la forma más adecuada de hacer una aproximación a ese porcentaje de pérdida, es el análisis de las circunstancias fácticas presentadas y avaladas por el acervo probatorio, asimismo, los datos que la estadística pueda proporcionar en relación con la pérdida de la oportunidad. De forma subsidiaria, el juez deberá echar mano de la equidad y el principio de reparación integral como lo ordena el artículo 16 de la ley 446 de 1998.

En consideración a que la pérdida de oportunidad permite hacer una proyección porcentual del daño, la indemnización de todos los perjuicios reconocidos por la ley y la jurisprudencia se tasarán en función de la probabilidad pérdida, que para efectos prácticos y de indemnización, es el mismo criterio usado cuando concurren culpas en un daño antijurídico.

En este orden de ideas, la cuestión que inquiere a la Sala es: ¿Cuáles eran las probabilidades que tenía el paciente de conservar su vida de haber sido atendido oportunamente?

A pesar de no existir en el expediente una prueba pericial, que para los eventos de responsabilidad médica sería la idónea para hacer la aproximación al porcentaje de la oportunidad perdida, se tienen los testimonios de los médicos que lo valoraron, quienes sobre esa particular pregunta afirmaron lo siguiente:

“(...) **[l]a intervención especializada en el caso de William Ferney por parte de un neurocirujano hubiese estado indicada para disminuir el edema cerebral y no intervenir quirúrgicamente porque no hubo hematoma intracerebral.** Significa entonces que si William Ferney hubiese sido visto por un neurocirujano el riesgo de muerte hubiera sido menor? CONTESTÓ: No estoy en condiciones de asegurar ni de garantizar que la intervención inmediata del neurocirujano hubiera evitado la muerte del señor William Ferney (...)”. Dr. Andrés José Álvarez Villegas

“(...) **Es prudente enviarlo antes** porque nosotros no tenemos ni los especialistas ni los equipos necesarios para determinar la magnitud de un daño. Enviarlo antes de que esto se presente **implica que al paciente lo verá el especialista antes, en forma precoz, y vamos a evitar daños.** Cuando uno lo hace, cuando se espera el tiempo prudencial, lo que se hace es tratar de optimizar el recurso por la misma situación de que esta es una ciudad muy grande, donde hay muchos pacientes con traumas de cráneo diariamente y los servicios de urgencias son congestionados por lo mismo (...)”. Enfermero Juan Guillermo Rojas

“(...) El paciente necesitaba por su TEC un examen imagenológico que es el TAC (tomografía axial computarizada de cráneo). Ese examen en ese momento no se podía hacer en el hospital ni lo había por la zona de Rionegro en ese tiempo y según protocolos de urgencias todo paciente con un TEC se debe dejar en observación, como lo dije antes, de seis a doce horas mínimas. **Si el paciente recuperaba la consciencia el paciente se debía mandar inmediatamente.** PREGUNTADO: Si el señor William Ferney hubiera sufrido el accidente en Medellín o hubiera llegado de inmediato a la Policlínica de Medellín se pudo haber salvado? **CONTESTÓ: Pues probablemente se hubiera salvado pero la atención en las dos instituciones básicamente es la misma. Se evalúa al paciente (...)**”. Dr. Juan Raúl Mesa Ochoa

“(...) PREGUNTADO: Qué fue concretamente la causa de esa muerte? CONTESTÓ: Por la evaluación yo pienso que fue un hematoma que fue creciendo y deteriorando el estado de consciencia, los signos vitales, va aumentando la presión en el cráneo causando la muerte del paciente. **PREGUNTADO: Si este señor se interviene se pudo haber evitado estas consecuencias?**

CONTESTÓ: En teoría yo pienso que es posible porque se quita el factor de riesgo de la presión (...)". Dr. José Octavio López Gallego.

Si bien no existe una claridad porcentual respecto de las probabilidades que el paciente tenía de salvar su vida habiendo recibido una atención especializada oportuna y un apoyo diagnóstico imagenológico adecuado, lo cierto es que la causa de la muerte fue un hematoma que fue creciendo intracranealmente hasta aumentar excesivamente la presión, amenaza que indudablemente el TAC hubiera detectado y que una intervención quirúrgica tendiente a aliviar la presión hubiera evitado la muerte del paciente, sin perjuicio de las complicaciones *in situ* y secuelas posteriores.

De esta manera, teniendo en cuenta la gravedad del accidente y la naturaleza diferente de las lesiones sufridas por el joven William Ferney Aristizábal, así como los sistemas comprometidos en su organismo, con fundamento en criterios de equidad, la Sala determina que el porcentaje de pérdida de oportunidad en este caso es de 50%, cifra que será el criterio para la cuantificación de los montos a indemnizar.

3.1. Perjuicios materiales

Como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad, el demandante solicitó perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente y lucro cesante. Por el primer rubro, se negarán pretensiones, habida consideración de que no se demostró ninguna erogación por dicho concepto en el proceso. En cuanto al lucro cesante, si bien no se encuentra demostrado que el joven ejercía una actividad económica lucrativa ni los ingresos que la misma le reportaba, opera la presunción de que toda persona en edad productiva devenga por lo menos un salario mínimo.

En consecuencia, la liquidación se efectuara en consideración al ingreso mínimo legal vigente para la época de la sentencia, es decir, \$81.510., valor que al ser actualizado⁶⁷ arroja una cifra inferior al salario mínimo actual, razón por la que la liquidación se elaborará sobre los ingresos de \$616.000 –salario mínimo mensual vigente-, que deben ser adicionados en un 25%, por el monto de las prestaciones sociales, para un total de \$770.000., suma que se disminuye en un 25%, correspondiente a lo que la víctima destinaba a su propio sostenimiento, lo que arroja el salario base de liquidación en **\$577.500.** Además, se tendrá en cuenta que William Ferney Aristizábal Peláez tenía 20

$$\frac{^{67} \text{Va} = \$ 81.510 \quad 117,48 \text{ (IPC Septiembre 2014)}}{20,11 \text{ (IPC Julio 1993)}} = \$476.170$$

años a la fecha de su muerte.

Comoquiera que no obra prueba del apoyo económico que William Ferney le destinaba a sus hermanos, el salario base de liquidación se dividirá por partes iguales entre los padres de la víctima, es decir, **\$288.750** para cada uno.

Se precisa destacar que, si bien no se aportó registro civil de nacimiento de William Ferney Aristizábal Peláez, su filiación se encuentra acreditada mediante el registro civil de defunción, obrante a folio 5 del cuaderno No. 1, y su fecha de nacimiento mediante la historia clínica, en la que se evidencia que el paciente nació en marzo de 1973 (fl. 90 del cdno. No. 1).

- Lucro cesante consolidado

Comprende el período transcurrido desde la fecha de los hechos, 27 de julio de 1993, hasta la fecha en que William Ferney Aristizábal Peláez cumpliría los 25 años de edad, es decir, en marzo de 1998, para un total de 56 meses.

Aplicando la fórmula, se tiene lo siguiente:

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

$$S = \$288.750 \frac{(1+0.004867)^{56} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$18'536.705,3$$

Conforme a lo anterior, la indemnización total por concepto de lucro cesante a favor de Jairo Aristizábal Ramírez y Clara Emilia Peláez Gómez, equivale al 50% de esta suma, es decir, **\$9'268.353** para cada uno.

3.2. Perjuicios morales

Los demandantes solicitaron la indemnización bajo esta modalidad, en atención al dolor, la angustia, la congoja y profunda pena que sufren como consecuencia de la muerte de su hijo y hermano William Ferney Aristizábal Peláez, valorada en 2.000 gramos de oro fino para cada uno.

En ese orden, se tiene que a folios 4 a 12 del cuaderno principal obran certificados notariales de la partida de matrimonio de Jairo Aristizábal Ramírez y Clara Emilia Peláez Gómez, así como los registros civiles de nacimiento de Mary sol, Silvia Ruth, Jairo Alberto, Carlos Mario, Cruz Edilma, Juan Edison y Rodrigo Alonso Aristizábal Peláez. Sin embargo, se advierte que los registros civiles de Mary Sol y Juan Edison Aristizábal Peláez no contienen los nombres de sus padres, por lo cual son ineficaces para demostrar el parentesco y por ende no se les concederá indemnización alguna.

Acreditada la legitimación en la causa de los demás demandantes, para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicios morales se ha considerado que la valoración de dicho perjuicio debe ser hecha por el juzgador en cada caso según su prudente juicio, y ha sugerido la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado. Así las cosas, en relación con los perjuicios morales, la lógica a aplicar es la misma: se concederán 50 SMMLV para los padres y 25 SMMLV para los hermanos, en virtud de la pérdida de oportunidad que sufrió el paciente en torno a la probabilidad de salvar su vida. Así pues, no se indemniza el sufrimiento que generó la muerte del joven William Ferney, sino la congoja producida por haber perdido la oportunidad de que el tratamiento oportuno y adecuado preservara su vida.

4. Régimen de *intereses de mora* que aplica a las conciliaciones y condenas impuestas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo: *regulación de los arts. 177 del CCA*⁶⁸ y *195.4 del CPACA*⁶⁹.

⁶⁸ "Art. 177. EFECTIVIDAD DE CONDENAS CONTRA ENTIDADES PÚBLICAS. (...)

"Será causal de mala conducta de los funcionarios encargados de ejecutar los presupuestos públicos, pagar las apropiaciones para cumplimiento de condenas más lentamente que el resto. Tales condenas, además, serán ejecutables ante la justicia ordinaria dieciocho (18) meses después de su ejecutoria.

"Las cantidades líquidas reconocidas en tales sentencias devengarán intereses comerciales **~~durante los seis (6) meses siguientes a su ejecutoria~~** y moratorias **~~después de este término~~**.

"Cumplidos seis (6) meses desde la ejecutoria de la providencia que imponga o liquide una condena o de la que apruebe una conciliación, sin que los beneficiarios hayan acudido ante la entidad responsable para hacerla efectiva, acompañando la documentación exigida para el efecto, cesará la causación de intereses de todo tipo desde entonces hasta cuando se presentare la solicitud en legal forma.

Los arts. 177 del CCA y 195 del CPACA reclaman examinar la manera cómo se aplican a los procesos judiciales, atendiendo a la posibilidad siempre latente de que el condenado incurra en mora de pagar la obligación pecuniaria que adquiere por causa de una sentencia o de un acuerdo conciliatorio. Se trata de la constante procesal que, institución por institución del CPACA, exige precisar la vigencia que tiene cada una de estas dos normas en los procesos judiciales en curso y en los que iniciaron después de su vigencia.

Esencialmente, la problemática consiste en que el art. 177 del CCA establece que la mora en el pago de una condena de una suma líquida de dinero –no otro tipo de condena- causa intereses moratorios equivalentes a la tasa comercial, a partir del primer día de retardo⁷⁰; mientras el art. 195.4 del CPACA establece dos tasas de mora: i) dentro de los 10 primeros meses de retardo se paga el DTF; y después de este término el interés corresponde a la tasa comercial⁷¹. La diferencia es importante, por eso hay que examinar cuál tasa de mora se aplica a cada sentencia que dicta esta jurisdicción.

“En asuntos de carácter laboral, cuando se condene a un reintegro y dentro del término de seis meses siguientes a la ejecutoria de la providencia que así lo disponga, éste no pudiere llevarse a cabo por causas imputables al interesado, en adelante cesará la causación de emolumentos de todo tipo.” -Apartes tachados inexecutable-

⁶⁹ “Art. 195. TRÁMITE PARA EL PAGO DE CONDENAS O CONCILIACIONES. El trámite de pago de condenas y conciliaciones se sujetará a las siguientes reglas:

“1. Ejecutoriada la providencia que imponga una condena o apruebe una conciliación cuya contingencia haya sido provisionada en el Fondo de Contingencias, la entidad obligada, en un plazo máximo de diez (10) días, requerirá al Fondo el giro de los recursos para el respectivo pago.
(...)”

“3. La entidad obligada deberá realizar el pago efectivo de la condena al beneficiario, dentro de los cinco (5) días siguientes a la recepción de los recursos.

“4. Las sumas de dinero reconocidas en providencias que impongan o liquiden una condena o que aprueben una conciliación, devengarán intereses moratorios a una tasa equivalente al DTF desde su ejecutoria. No obstante, una vez vencido el término de los diez (10) meses de que trata el inciso segundo del artículo [192](#) de este Código o el de los cinco (5) días establecidos en el numeral anterior, lo que ocurra primero, sin que la entidad obligada hubiese realizado el pago efectivo del crédito judicialmente reconocido, las cantidades líquidas adeudadas causarán un interés moratoria a la tasa comercial.

“La ordenación del gasto y la verificación de requisitos de los beneficiarios, radica exclusivamente en cada una de las entidades, sin que implique responsabilidad alguna para las demás entidades que participan en el proceso de pago de las sentencias o conciliaciones, ni para el Fondo de Contingencias. En todo caso, las acciones de repetición a que haya lugar con ocasión de los pagos que se realicen con cargo al Fondo de Contingencias, deberán ser adelantadas por la entidad condenada.
(...)”

⁷⁰ Esta norma fue juzgada por la Corte Constitucional, quien la declaró parcialmente inexecutable, mediante la sentencia C-188 de 1999.

⁷¹ Esta norma fue juzgada por la Corte Constitucional, quien la declaró inexecutable, mediante la sentencia C-604 de 2012.

De atenerse a la regla procesal general de transición, prevista en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887⁷², el art. 195.4 aplicaría a los procesos en trámite, a partir de la fecha en que entró en vigencia la nueva ley. Claro está que esa disposición fue modificada por el art. 624 del CGP, que mantuvo esta filosofía, aunque explicó más su aplicación en relación con las distintas etapas procesales que resultan comprometidas cuando entra a regir una norma procesal nueva⁷³.

No obstante, lo cierto es que tratándose de los procesos que se tramitan ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo el CPACA creó una norma especial de transición procesal, de modo que la anterior no rige esta clase de procesos. El art. 308 estableció la regla inversa: el CPACA no aplica -en ninguno de sus contenidos- a los procesos iniciados antes de su entrada en vigencia; por el contrario, sólo rige los procesos judiciales iniciados en virtud de una demanda presentada después de su vigencia: "... las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior."⁷⁴

El efecto práctico de la anterior transición procesal se expresa en que: i) la demanda presentada *antes* de la vigencia del CPACA determina que el proceso que se inició continúa su trámite, hasta culminarlo, conforme al CCA, y ii) la demanda presentada en vigencia del CPACA

⁷² "Art. 40. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación."

⁷³ "Art. 624. Modifíquese el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, el cual quedará así:

"Artículo 40. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir.

"Sin embargo, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtir las notificaciones.

"La competencia para tramitar el proceso se regirá por la legislación vigente en el momento de formulación de la demanda con que se promueva, salvo que la ley elimine dicha autoridad".

⁷⁴ Artículo 308. *Régimen de transición y vigencia*. El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.

"Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia.

"Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior."

avanzará, hasta culminar, conforme a las reglas del CPACA. En ambas hipótesis, tanto la primera como la segunda instancia se rigen, integralmente, por el estatuto procesal con que inició el trámite; pero esto no aplica a los *recursos extraordinarios* que se promuevan contra la sentencia dictada en el proceso ordinario, porque son distintos, es decir, no son una parte o instancia más del proceso sobre el cual se ejerce la nueva acción.

También es un efecto propio del sistema de transición que acogió el art. 308, que durante muchos años la jurisdicción de lo contencioso administrativo aplicará, en forma paralela y con la misma intensidad, dos sistemas procesales: el escritural y el oral; aquél regirá hasta que se extingan todos los procesos iniciados conforme al CCA., y éste regirá todo lo iniciado conforme al CPACA. En este contexto, las reglas del CCA no gobiernan ningún aspecto del CPACA, ni siquiera para llenar vacíos o lagunas; ni las del CPACA aplican al CCA, ni siquiera para un propósito similar.

Teniendo en cuenta la idea analizada, la Sala debe clarificar, de entre tantas instituciones que contienen los dos estatutos procesales comentados, de qué manera aplica la regulación de *intereses de mora* por el retardo en el pago de conciliaciones o sentencias de los procesos iniciados antes y después del CPACA. La pregunta cobra interés si se tiene en cuenta que el pasado 29 de abril de 2014 la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado absolvió una inquietud del gobierno sobre esta temática –Concepto No. 2184-, concretamente del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. La Sala expresó que: i) entre el régimen de intereses de mora del CCA y el del CPACA hay diferencias sustanciales en relación con la tasa, ii) entre estos dos mismos regímenes hay diferencias importantes en el plazo para pagar, iii) la actuación por medio de la cual la entidad condenada realiza el pago depende del proceso o actuación judicial que le sirve de causa, iv) la tasa de mora que aplica a una condena no pagada oportunamente es la vigente al momento en que se incurre en ella, y v) la tasa de mora del CPACA aplica a las sentencias dictadas al interior de procesos judiciales iniciados conforme al CCA, siempre que la mora suceda en vigencia de aquél. En particular manifestó la Sala de Consulta:

“Así las cosas, la Sala concluye que el procedimiento o actuación que se adelante por las entidades estatales para pagar las condenas judiciales o conciliaciones previstas en el artículo 176 del Decreto Ley 01 de 1984 y ahora en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011, no constituyen un procedimiento o actuación administrativa independiente o autónoma respecto al proceso o actuación judicial que dio lugar a su adopción, ni pueden en tal virtud tener un tratamiento separado de la causa real que las motiva.” –pág. 23-.

(...)

“La tasa de mora aplicable para créditos judicialmente reconocidos en sentencias condenatorias y conciliaciones debidamente aprobadas por la jurisdicción es la vigente al momento en que se incurre en mora en el pago de las obligaciones dinerarias derivadas de aquellas. En consecuencia, cuando una entidad estatal deba dar cumplimiento a una sentencia proferida o conciliación aprobada con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 (julio 2 de 2012), pero cuya demanda fue interpuesta con anterioridad a esta, debe liquidar el pago con intereses moratorios de acuerdo con las disposiciones de la Ley 1437 de 2011. Igualmente, si el incumplimiento de la referida obligación se inicia antes del tránsito de legislación y se prolonga durante la vigencia de la nueva ley, la pena, esto es, el pago de intereses moratorios, deberá imponerse y liquidarse por separado lo correspondiente a una y otra ley.” –pág 31-

La Sección Tercera, Subsección C, difiere de estas conclusiones y considera que el art. 308 rige plenamente esta situación –la del pago de intereses de mora de sentencias dictadas al amparo del proceso que regula el CCA-, de allí que los procesos cuya demanda se presentó antes de que entrara en vigencia el CPACA incorporan el art. 177 del CCA., como norma que regula el pago de intereses, en caso de retardo en el pago por parte del condenado; mientras que los procesos cuya demanda se presentó después de la entrada en vigencia del CPACA incorporan como norma que regula el pago de intereses, en caso de retardo en el pago de la sentencia por parte del condenado, el art. 195 del CPACA. Las razones que justifican este criterio son las siguientes:

En *primer lugar*, el art. 308 es categórico en prescribir que TODO el régimen que contempla el CPACA -incluye el pago de intereses de mora sobre las condenas impuestas por esta jurisdicción (arts. 192 y 195)- aplica a los procesos iniciados a partir de su entrada en vigencia; de manera que la tasa de interés de mora que aplica a las sentencias no pagadas oportunamente, proferidas en procesos iniciados antes del CPACA -es decir, tramitados conforme al CCA-, es la prevista en el art. 177 del CCA.

El espíritu o sentido de la norma de transición es claro: las disposiciones del CPACA –que incluyen la regulación de los intereses de mora- rigen los procesos nuevos, lo que comprende la sentencia y sus efectos; en cambio, las normas del CCA rigen los procesos anteriores, lo que también incluye la sentencia y sus efectos. Por tanto, si el régimen de intereses de mora es diferencial en ambos estatutos, así mismo se aplicarán según la normativa que rigió el proceso.

En *segundo lugar*, es inadmisibles autorizar la combinación o mezcla de los regímenes de intereses, como lo insinúa la Sala de Consulta y Servicio Civil en el concepto citado –lo que sucede cuando el pago de una sentencia dictada en un proceso regido por el CCA termina cubierta por la norma de intereses del CPACA-, porque esta mixtura no hace parte de la filosofía con que el art. 308 separó las dos normativas. El tema es más simple de enfocar, independientemente de los efectos positivos o negativos que tenga para el deudor que incurre

en mora de pagar una sentencia o una conciliación: el nuevo código rige los procesos -incluida la sentencia y sus efectos- cuya demanda se presentó en su vigencia, código que incluye la norma sobre intereses de mora, es decir, la tasa y el tiempo para pagar –art. 195-; y el CCA rige los procesos -incluida la sentencia y sus efectos- cuya demanda se presentó antes de la vigencia del CPACA, código que incluye la norma sobre intereses de mora, es decir, la tasa y el tiempo para pagar –art. 177-.

En *tercer lugar*, la diferencia más importante que marca la oposición de criterios entre la Sala de Consulta y esta Subsección de la Sección Tercera, consiste en el reconocimiento que una y otra hace o no de la regla especial de transición procesal que contempla el art. 308. Mientras la Sala de Consulta, para desestimar la aplicación del art. 308, advierte que el art. 38.2 de la Ley 153 de 1887⁷⁵ rige esta problemática, pese a que regula un asunto contractual pero añade que aplica al pago de condenas; esta Sección considera que existiendo norma especial –el art. 308- es un despropósito buscar la solución en las reglas generales.

En este sentido, la Sala de Consulta olvidó que las reglas previstas en el art. 38 de la Ley 153 no son absolutas, es decir, no rigen indefectiblemente, porque se trata de una ley ordinaria como cualquiera otra –sin desconocer la importancia de su contenido- que bien puede ser excepcionada por el legislador a través de otra ley, como sucedió en este caso. Entonces, el error de la Sala de Consulta consiste en creer que por el hecho de que la Ley 153 disponga lo que enseña el art. 38.2 entonces esa regla se aplica siempre, como si sobre la misma materia una ley posterior y/o especial no pudiera disponer lo contrario.

No debe olvidarse que la Ley 153 es una Ley; no una norma constitucional ante la cual deban rendirse las demás leyes, como para creer que lo que disponga no pueda luego contrariarlo otra ley. Nada más equivocado, porque si el legislador quisiera variar alguna de las reglas que contiene, de manera general o para un sector concreto, le bastaría hacerlo, como efectivamente lo hizo el CPACA con la transición procesal que creó, y de hecho comprendió muchos temas, entre ellos modificó el sentido que ofrece el art. 40 citado antes.

⁷⁵ “Art. 38. En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

“Exceptúanse de esta disposición:

“1. Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, y

“2. Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo á la ley bajo la cual se hubiere cometido.”

En conclusión, el art. 308 del CPACA regía este tema, y conforme a él se debe resolver la cuestión; de ninguna manera según el art. 38.2 de la Ley 153, que no sólo se refiere a otro tema: la contratación; sino que de ser aplicable puede excepcionarlo cualquier otra ley.

En los términos expresados, la Sala concluye que:

i) Los procesos cuya demanda se presentó *antes* de la vigencia del CPACA y cuya sentencia también se dictó *antes*, causan intereses de mora, en caso de retardo en el pago, conforme al art. 177 del CCA, de manera que la entrada en vigencia del CPACA no altera esta circunstancia, por disposición del art. 308.

ii) Los procesos cuya demanda se presentó *antes* de la vigencia del CPACA y cuya sentencia se dicta *después*, causan intereses de mora, en caso de retardo en el pago, conforme al art. 177 del CCA, y la entrada en vigencia del CPACA no altera esta circunstancia, por disposición expresa del art. 308 de este.

iii) Los procesos cuya demanda se presentó en vigencia del CPACA, y desde luego la sentencia se dicta conforme al mismo, causan intereses de mora conforme al art. 195 del CPACA.

No se impondrá condena en costas, porque la conducta de las partes no se enmarca dentro de las previsiones contempladas por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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

FALLA:

REVÓCASE la sentencia del 13 de agosto de 2004, proferida por la Sala Primera de Decisión de la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Antioquia, Risaralda, Caldas y Chocó, y en su lugar se decide:

Primero: DECLÁRASE patrimonialmente responsable a la E.S.E. Hospital San Juan de Dios de Rionegro, por la pérdida de oportunidad que sufrió William Ferney Aristizábal Peláez en la atención médica recibida en el servicio de urgencias, en hechos ocurridos el 26 y 27 de julio de 1993.

Segundo: CONDENÁSE a la E.S.E. Hospital San Juan de Dios de Rionegro al pago de los perjuicios materiales en su modalidad de lucro cesante, ocasionados a Jairo Aristizábal Ramírez y Clara Emilia Peláez Gómez, y que equivalen a la suma de nueve millones doscientos sesenta y ocho mil trescientos cincuenta y tres pesos (**\$9'268.353**), para cada uno.

Tercero: CONDENÁSE a la E.S.E. Hospital San Juan de Dios de Rionegro al pago de 50 SMMLV para cada uno de los padres de la víctima - Jairo Aristizábal Ramírez y Clara Emilia Peláez Gómez- y 25 SMMLV para Silvia Ruth, Jairo Alberto, Carlos Mario, Cruz Edilma y Rodrigo Alonso Aristizábal Peláez.

Cuarto: HÁGASE entrega de las copias al apoderado que ha venido actuando en representación de la parte demandante, de conformidad con lo consagrado por el artículo 115 del C.P.C.

Quinto: DÉSELE cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, para lo cual se expedirá copia de la sentencia de segunda instancia, conforme al artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

Sexto: Sin condena en costas

En firme esta providencia vuelva el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

ENRIQUE GIL BOTERO
Presidente de la Sala

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA