

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO - Responsabilidad médica por pérdida de oportunidad. Demora en intervención médica para practicar cirugía dejó secuelas definitivas en rostro de paciente / PERDIDA DE OPORTUNIDAD - Condena. Demora en práctica de cirugía, no se practicó en forma oportuna / PERDIDA DE OPORTUNIDAD - Demora o tardanza en trámites administrativos y presupuestales. Tutela e incidente de desacato

De acuerdo con el testimonio rendido por el cirujano plástico (...) el señor Julio Alejandro Trujillo Lema hubiera podido mejorar su estado de salud, de habersele practicado el injerto nervioso, porque esto habría posibilitado el movimiento de los músculos de la cara, y con ello, el cierre de los párpados, lo que redundaría favorablemente en su función visual y en su aspecto, pero aclaró que esa cirugía no habría de mejorar sus problemas de la audición ni de equilibrio. También manifestó, se destaca, que en su experiencia profesional no había conocido casos en los cuales un paciente hubiera obtenido su recuperación, pero que sí estaban documentados en los estudios médicos. (...) considera la Sala que el señor Julio Alejandro Trujillo Lema tenía la oportunidad de mejorar su estado de salud, pero que esa oportunidad se perdió por no haberlo remitido en forma oportuna a la clínica donde habría de practicársele dicha intervención y, en consecuencia, la entidad demandada, a la cual correspondía brindar atención idónea oportuna y eficaz deberá responder por el daño autónomo causado al paciente por la pérdida de esa oportunidad. (...) Resulta claro que las secuelas que padece el paciente son consecuencia de la lesión que le fue inferida por el tercero, en tanto la misma le lesionó varios pares nerviosos que afectaron sus funciones auditiva, visual, de locomoción y su apariencia física, pero su situación se hubiera podido mejorar si se le hubiera practicado en forma oportuna la cirugía recomendada por el especialista de la misma entidad demandada que le estaba brindando la atención médica. (...) Todos los obstáculos de carácter administrativo que hubiera tenido la entidad y que se tradujeron en la tardanza de brindar al paciente la atención médica que este requirió, hasta hacer desaconsejable la práctica de la cirugía por su total ineficacia, no la exoneran de responsabilidad. Esta debió superar de manea ágil esos escollos de carácter administrativo y financiero, porque la situación del paciente así lo ameritaba. Bien hubiera podido la entidad demandada llevar esa cuenta al Fondo de Solidaridad y Garantía creado por el artículo 218 de la Ley 100 de 1993, esta es “una cuenta adscrita al Ministerio de Salud que se manejará por encargo fiduciario, sin personería jurídica ni planta de personal propia, de conformidad con lo establecido en el estatuto general de la contratación de la administración pública de que trata el artículo 150 de la Constitución Política”, a través del cual podían compensarse los mayores costos para las entidades prestadoras del servicio de salud, como de manera reiterada, para esa misma época lo había señalado la Corte Constitucional.

PERDIDA DE OPORTUNIDAD - Noción, definición, concepto / PERDIDA DE OPORTUNIDAD - Es un daño autónomo

En la doctrina y la jurisprudencia se ha concebido la pérdida de oportunidad, bien como una modalidad autónoma de daño, o bien como una técnica de facilitación probatoria en los casos de incertidumbre causal, en los cuales resulte para la víctima una carga excesiva la demostración del nexo entre el daño que padece y la actuación de la entidad a la que se lo imputa y solo logre demostrar que dicha relación es probable, pero no cierta o segura. Frente a esa discusión teórica, la Sala se ha inclinado por la primera y ha adoptado el criterio conforme al cual la pérdida de oportunidad no es una herramienta para facilitar la prueba del nexo causal sino un daño autónomo, con identidad propia e independiente, que consiste

en el quebrantamiento de un bien jurídico tutelado de recibir un beneficio o de evitar un riesgo.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el particular ver la sentencia de 11 de agosto de 2010, exp. 18593

PERDIDA DE OPORTUNIDAD - Daño: Diferencias / PERDIDA DE OPORTUNIDAD - Pérdida de la ganancia. Materialización del perjuicio / PERDIDA DE OPORTUNIDAD - Pérdida de probabilidad de obtener provecho o mejora en la salud / PERDIDA DE LA OPORTUNIDAD - Omisión o tardanza de atención por parte de hospitales o centros hospitalarios

Resulta de gran relevancia distinguir entre el daño que consiste en la pérdida de la ganancia o la materialización del perjuicio que se pretendía evitar (en el caso de la responsabilidad médica, la muerte del paciente o el desmejoramiento de sus condiciones de salud), y el daño que se produce por la pérdida de la probabilidad de obtener ese provecho o de eludir el detrimento. (...) En síntesis, cuando se pretende la indemnización de los daños derivados de la omisión o tardanza de las entidades obligadas a prestar los servicios médicos, debe quedar acreditado no el resultado final de la lesión o enfermedad que originó la solicitud de atención, sino la existencia de la probabilidad que tenía el paciente de recuperar su salud o preservar su vida y que esa expectativa se perdió en forma definitiva como consecuencia de la actuación imputable a la entidad.

PERDIDA DE OPORTUNIDAD - Características

Las características que la doctrina y la jurisprudencia de esta Corporación le han atribuido a la pérdida de oportunidad son: (i) debe constituir una probabilidad seria y debidamente fundada, que permita afirmar la certeza del daño y no una mera posibilidad, vaga y genérica, que no constituye más que un daño meramente hipotético o eventual; (ii) 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; (iii) la medida del daño será proporcional al grado de probabilidad que se tenía de alcanzar el beneficio pretendido; y (iv) el bien lesionado es un bien jurídicamente protegido.

PERDIDA DE OPORTUNIDAD - Indemnización: Determinación de la cuantía o quantum. Elementos probatorios o pruebas

Las dificultades que implica la teoría de la pérdida de oportunidad no deben ser soslayadas, pero tampoco pueden constituir obstáculos infranqueables que impidan el reconocimiento de la indemnización de ese daño antijurídico, en especial cuando lo que se frustra como consecuencia de la omisión o tardanza de las entidades obligadas a brindar un adecuado servicio de salud, es la probabilidad que tenían los pacientes de lograr preservar su vida o de mejorar sus condiciones. En todo caso, para efectos de determinar el quantum de la indemnización deberá estarse a las pruebas que obran en el expediente, a la revisión de casos similares y a la aplicación del principio de equidad, para garantizar así el derecho a la igualdad de los afectados. (...) [Así] el grado de probabilidad que tenía el paciente de lograr el beneficio será, entre otros factores, el que determine la indemnización.

PERDIDA DE OPORTUNIDAD - Indemnización: Demora en práctica de cirugía, no se practicó en forma oportuna / PERJUICIOS MORALES - Pérdida

de oportunidad. Reconoce cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes, 50 smlmv, a favor de la víctima y familiares

Se condenará al Instituto de Seguros Sociales pagar a los demandantes la indemnización por el daño moral derivado de la pérdida de la oportunidad que tenía el señor Julio Alejandro Trujillo Lema el cual se tasa en 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de cada uno.

NOTA DE RELATORIA: Al respecto se pueden consultar las decisiones: 12 de diciembre de 2013, exp. 27960 y 31 de julio de 2014, exp. 31781

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION B

Consejero ponente: RAMIRO DE JESUS PAZOS GUERRERO

Bogotá D. C., cinco (5) de marzo dos mil quince (2015).

Radicación número: 08001-23-31-000-2000-03119-01(34921)

Actor: JULIO ALEJANDRO TRUJILLO LEMA Y OTROS

Demandado: INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES Y OTRO

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (APELACION SENTENCIA)

Temas: Responsabilidad médica: Pérdida de oportunidad como daño autónomo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico el 11 de julio de 2007, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda. La sentencia será revocada.

SÍNTESIS DEL CASO

El 6 de septiembre de 1996, el señor Julio Alejandro Trujillo Lema fue lesionado por proyectiles de arma de fuego, uno de los cuales le impactó en la parte posterior de la cabeza. La atención médica por esas lesiones le fue brindada en el

Instituto de Seguros Sociales. Allí fue sometido a varios tratamientos y terapias. El 30 de septiembre de 1998, el médico Rafael Hernández Herazo, cirujano plástico del ISS, ordenó practicarle una cirugía reconstructiva de parálisis facial con técnica microquirúrgica, para continuar luego con el trasplante de córnea y demás tratamientos. Pero la entidad tardó en remitir al paciente al lugar donde pudieran practicarle dicha cirugía, por lo que la familia del demandante adelantó una acción de tutela y un incidente de desacato. Solo hasta el 16 de mayo de 2000, el paciente fue valorado por la junta médica de la clínica San Pedro Claver, en la cual se determinó que por haber transcurrido más de dos años, ya no era indicado el injerto nervioso cruzado laciofacial. Al paciente le quedaron como secuelas de carácter permanente problemas visuales, auditivos, pérdida de control de la lengua y los labios y pérdida del equilibrio.

ANTECEDENTES

1. Mediante escrito presentado el 15 de diciembre de 2000 y corregido el 9 de mayo de 2001¹, por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de reparación directa establecida en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, el señor Julio Alejandro Trujillo Lema, actuando en nombre propio y en representación de sus hijos menores de edad Mónica Paola y Alexander Tadeo Trujillo Vega, presentó demanda en contra de la Nación-Ministerio de Trabajo y del Instituto de los Seguros Sociales, seccional Atlántico (f. 1-9 y 164 c-1), con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

PRIMERA: Declarar responsable a la NACIÓN COLOMBIANA-MINISTERIO DE TRABAJO, INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES, SECCIONAL ATLÁNTICO y a la E.P.S. DEL INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES de los perjuicios causados a mi poderdante Sr. JULIO ALEJANDRO TRUJILLO LEMA, por los motivos relacionados en el acápite de hechos de la demanda.

SEGUNDA: Condenar a la NACIÓN COLOMBIANA-MINISTERIO DE TRABAJO, INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES, SECCIONAL ATLÁNTICO y a la E.P.S. DEL INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES a pagar a mi poderdante Sr. JULIO ALEJANDRO TRUJILLO LEMA, los siguientes perjuicios:

A) PERJUICIOS MORALES

¹ La demanda se adicionó para incluir a los menores Mónica Paola y Alexander Tadeo Trujillo Vega en la parte demandante y, además se aportaron y solicitaron nuevas pruebas (f. 142-148 c-1). Esa adición fue admitida mediante providencia de 19 de noviembre de 2002 (f. 164 c-1).

El equivalente a 2.000 gramos de oro fino, teniendo en cuenta su precio internacional certificado por el Banco de la República, a la fecha de ejecutoria de la sentencia.

B) PERJUICIOS FISIOLÓGICOS:

Entiéndase por estos aquella pérdida de las posibilidades de realizar ciertas actividades vitales, que aunque no producen aumento patrimonial, sí generan mejores condiciones de vida y, por consiguiente, hacen más agradable la existencia. Por estos perjuicios, en el caso que nos ocupa, el Sr. JULIO ALEJANDRO TRUJILLO LEMA no podrá nunca más en su vida disfrutar de las comidas, bebidas, ya que no diferencia sabores por el lado derecho de la boca, ni tiene control de los músculos de la lengua y la boca; la práctica de deportes y, en especial del ciclismo, el cual acostumbraba a practicar todas las mañanas; las lecturas, ya que cada día que pasa va perdiendo la visión por el ojo derecho, debido a su resecamiento; escuchar y disfrutar de la música y del baile, y disfrutar a plenitud su sexualidad.

Estos perjuicios son del orden de 2.000 gramos de oro fino, tal como se establece para los perjuicios morales.

C) ALTERACIÓN DE LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA FAMILIAR

Las condiciones familiares de mi protegido Sr. JULIO ALEJANDRO TRUJILLO LEMA se han visto afectadas a causa de su parcial invalidez y su condición laboral, por lo que la operación RECONSTRUCTIVA DE PARÁLISIS FACIAL CON TÉCNICA MICROQUIRÚRGICA que se le tenía programada era de una importancia inimaginable, ya que de ella dependía que asumiera nuevamente su condición de autoridad y cabeza visible de su núcleo familiar, afectándose de manera general las relaciones afectivas con su familia y con el resto de la sociedad, ya que en su condición se ha sentido rechazado, apartado y marginado.

Estos perjuicios son del orden de 2.000 gramos de oro fino, y deberán ser pagados de la manera ya establecida.

D) PERJUICIOS MATERIALES

Se deberán pagar por este concepto las siguientes sumas de dinero:

1. El salario mínimo legal vigente al 16 de mayo de 2000, fecha en la cual se materializa la omisión de los demandados, o sea, la suma de DOSCIENTOS SESENTA MIL CIENTO SEIS PESOS (\$260.106), más un VEINTICINCO POR CIENTO (25%), correspondiente a las prestaciones sociales, y para lo cual se debe tener en cuenta la actualización de dicho salario, de acuerdo con el índice de variación porcentual, desde dicha fecha hasta el año 2014, fecha en la cual el Sr. JULIO ALEJANDRO TRUJILLO LEMA tendría 65 años de edad.

2. Por concepto de su actividad agrícola en la siembra de arroz y sorgo en compañía con el señor Jairo Guerrero Sandoval en el municipio de Curumaní, Cesar, en una extensión aproximada de cien (100) hectáreas, la cual le generaba una utilidad de CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$400.000) por hectárea, lo que nos arroja un total de CUARENTA MILLONES DE PESOS (\$40.000.000) anuales y al repartirlos en partes iguales para los socios, le representaba por esta

actividad un ingreso de VEINTE MILLONES DE PESOS ANUALES (\$20.000.000). Esta actividad agrícola no podrá ser ejercida por el Sr. JULIO ALEJANDRO TRUJILLO LEMA debido a la pérdida de su movilidad y desplazamiento a dicho municipio, ocasionándose con esto la pérdida de dicho ingreso, el cual era destinado al sostenimiento de su familia y en especial al estudio de sus hijos. Este perjuicio igualmente deberá ser resarcido a partir del 16 de mayo de 2.000, por las razones ya expuestas.

Para la liquidación de todos estos valores se deberá tener en cuenta que mi apadrinado cuenta a la fecha con 51 años de edad, estando en posibilidad de laborar y producir ingresos hasta los 65 años. Igualmente, se debería tener en cuenta la indexación y la pérdida del valor adquisitivo de la moneda.

Así mismo, se deberán aplicar las fórmulas matemáticas y financieras aceptadas por el H. Consejo de Estado y la indemnización futura, debida o consolidada y no consolidada a partir de una situación inexistente.

Para cada uno de los demandantes Mónica Paola y Alexander Tadeo Trujillo Vega se pidieron en la adición de la demanda 2.000 gramos, por perjuicios morales.

Como fundamento fáctico de las pretensiones, se afirmó en la demanda que:

-El 6 de septiembre de 1996, el señor Julio Alejandro Trujillo Lema fue lesionado por dos proyectiles de arma de fuego, uno de los cuales le ingresó por la parte posterior de la cabeza.

-La atención médica por esas lesiones le fue brindada al señor Trujillo Lema en el Instituto de Seguros Sociales, por hallarse afiliado en su condición de trabajador de la empresa Suministros Temporales de Colombia. Allí fue sometido a varios tratamientos y terapias.

-El 30 de septiembre de 1998, el médico Rafael Hernández Herazo, director del departamento de cirugía plástica del ISS, ordenó practicarle una cirugía reconstructiva de parálisis facial con técnica microquirúrgica, la cual era necesaria para el éxito de los demás tratamientos que deberían suministrársele, en particular para el trasplante de córnea.

-Ante la omisión de la entidad de programarle la cirugía ordenada, el 13 de noviembre de 1999, el paciente interpuso una acción de tutela, con el fin de que se

garantizaran sus derechos fundamentales a la vida, la salud y la seguridad social y, en consecuencia, la entidad cumpliera con su obligación de brindarle la atención que requería.

-El Juez 13 Civil del Circuito de Barranquilla, mediante providencia de 30 de noviembre de 1999 ordenó al ISS practicarle en el término de un mes la cirugía requerida por el demandante. La decisión quedó en firme, por no haber sido recurrida, pero no se le dio cumplimiento, razón por la cual fue necesario adelantar el incidente de desacato.

-A pesar de lo anterior, solo hasta el 16 de mayo de 2000, el paciente fue valorado por la junta médica de la clínica San Pedro Claver, en la cual se determinó que por haber transcurrido más de dos años desde el momento de la lesión, ya no era indicado el injerto nervioso cruzado laciofacial.

-Al paciente le quedaron como secuelas de carácter permanente problemas visuales, auditivos, pérdida de control de la lengua y los labios y la imposibilidad de caminar por sí solo, con lo cual perdió también, completamente, su capacidad para trabajar.

Afirma la parte demandante que la situación física en la que se encuentra el señor Trujillo Lema es imputable a las entidades demandadas por no haberle practicado de manera oportuna la cirugía ordenada por el mismo médico del ISS.

2. Las entidades fueron notificadas de la demanda y dieron respuesta en forma oportuna, así:

2.1. La Nación-Ministerio de Trabajo y Seguridad Social formuló la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva (f. 58-64 c-1), con fundamento en que el Instituto de Seguros Sociales es una empresa industrial y comercial del Estado, creada por la Ley 40 de 1996 y reestructurada por los Decretos 1650 de 1977 y 2148 de 1992, que goza de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente y, por lo tanto, tiene capacidad para comparecer en juicio. En consecuencia, a ese Ministerio no se le puede hacer responsable de la presunta negligencia en la práctica de la cirugía señalada en la demanda, por no existir nexo jurídico alguno entre el demandante y la entidad y, en especial porque

este no presta servicios médicos. De acreditarse la falla del servicio alegada por el demandante, el llamado a responder es el Instituto de Seguros Sociales.

2.2. El Instituto de Seguros Sociales solicitó que se negaran las pretensiones de la demanda (f. 135-141 c-1). Propuso la excepción de caducidad, con fundamento en que habían transcurrido más de dos años, entre la fecha de la presunta omisión y la de la presentación de la demanda.

Alegó su falta de responsabilidad, con fundamento en que le había brindado al actor la asistencia médica que requirió, con prontitud, cuidado y diligencia. La cirugía reconstructiva no se la pudo practicar de manera inmediata, porque en Barranquilla no había médicos expertos en ese tipo de intervención y las entidades médicas ubicadas en Bogotá y Medellín donde sí tenían capacidad de hacerlo presentaron cotizaciones que no se ajustaban al manual de tarifas establecido por el Instituto. Señaló que en el expediente están documentadas todas las gestiones realizadas con el fin de dar satisfacción a esa prestación, incluidos los tiquetes aéreos en la ruta Barranquilla-Bogotá, suministrados al demandante y a su hija Mónica Trujillo, pero fue la junta quirúrgica de la clínica la que decidió que la cirugía no se le podía practicar al paciente, debido al compromiso del V par craneano, lo que hacía imposible la reconstrucción con los músculos masticatorios.

Añadió que la entidad no podía hacerse responsable por los hechos cometidos por un tercero, que lo fue el autor de las lesiones causadas al señor Julio Trujillo Lema. Además, toda cirugía lleva implícitos unos riesgos y unas expectativas que son inciertas. Dependiendo de la severidad de la lesión aumentan la complejidad del procedimiento y las complicaciones, por lo tanto, el restablecimiento de la salud que hace derivar el demandante de la cirugía reconstructiva no corresponde a un hecho sino a expectativas frente a un posible resultado.

3. En la **sentencia objeto de este recurso**, dictada por el Tribunal Administrativo del Atlántico (f. 457-471 c-1), se decidió:

Primero: Absolver a la Nación-Ministerio de Trabajo (hoy de la Protección Social) al ser persona jurídica distinta del ISS.

Segundo: Decláranse no probadas las restantes excepciones, de acuerdo a las razones expuestas anteriormente.

Tercero: Denegar las súplicas de la demanda, de conformidad con la parte motiva de este proveído.

Cuarto: Sin costas (art. 171 C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998).

En primer término, consideró el *a quo* que la Nación-Ministerio de Trabajo carecía de legitimación, porque esa entidad está encargada de trazar las directrices y políticas generales que guían a las distintas entidades independientes, vinculadas a ella, pero no debe responder por hechos en los cuales no tuvo participación.

En segundo lugar, consideró que la demanda fue interpuesta oportunamente, si se tiene en cuenta que el daño se configuró el 16 de mayo de 2000, fecha en la cual la junta médica quirúrgica de la clínica San Pedro Claver determinó la irreversibilidad de la condición fisiológica del actor y la inexistencia del tratamiento médico efectivo para su recuperación y la demanda se presentó el 15 de diciembre del mismo año.

En relación con el fondo de las pretensiones, consideró que si bien el acta de la junta quirúrgica de la clínica San Pedro Claver fue aportada por el demandante en copia simple y, por lo tanto, carece de valor probatorio, en los términos del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, se aprecia en la misma se concluyó que *“por el tiempo de evolución mayor a dos años no se considera indicado el injerto nervioso cruzado laciofacial”*. Adicionalmente, según la explicación dada por el coordinador de cirugía plástica de la misma clínica, la recuperación del actor era en extremo difícil, no por omisión de la entidad demandada sino por la misma gravedad de las heridas, por estar muy comprometido el paciente a nivel motor.

Señaló que no escapaba a la Sala el alto nivel de discapacidad del actor, pero que había lugar a concluir que esa situación no era atribuible a falla del servicio alguna en cabeza del ISS, porque científicamente no era posible practicarle la cirugía prescrita, en razón del compromiso del tallo cerebral en la lesión que padeció, causada por el tercero que le disparó, lesiones que por su gravedad y características, lamentablemente, hicieron imposible su recuperación.

Uno de los Magistrados que integraron la Sala salvó su voto (f. 472-473 c-1). Afirmó que la certificación expedida por el coordinador de cirugía plástica y estética de la entidad, utilizado como soporte para desestimar las pretensiones de

la demanda, según el cual *“el paciente es un mal candidato a una reconstrucción de tipo microquirúrgico, aunque...hubiese sido remitido con anterioridad”*, hace referencia al acta de 16 de mayo de 2000, expedida por la junta quirúrgica estética, que concluyó que *“por evolución mayor de dos años no se considera indicado el injerto nervioso cruzado”*, y no a la fecha en la que el demandante sufrió la lesión, porque eso no lo dice dicha certificación, como equivocadamente lo afirmó la Sala. Por lo tanto, debió declararse la responsabilidad del Instituto de Seguros Sociales, al menos, bajo el criterio de que la entidad con su omisión o tardanza le negó al paciente la oportunidad de curarse o mejorar su deformidad facial.

5. De manera oportuna la parte demandante interpuso **recurso de apelación** contra la sentencia (f. 475-481c-1). Solicitó que se revocara esta y en su lugar, se accediera a las pretensiones de la demanda. Señaló que las pruebas documentales que obran en el expediente y que fueron aportadas por la parte demandante, a pesar de hallarse en copia simple, tienen pleno valor probatorio, porque no fueron tachadas de falsedad por el ISS. Destacó que en el acta de la junta de cirugía plástica de la clínica San Pedro Claver se concluyó que *“por el tiempo de evolución mayor a dos años no se considera indicado el injerto nervioso cruzado laciofacial...debido al compromiso del V par craneano no es posible la reconstrucción de los músculos masticatorios”*, y que según el testimonio del médico Rafael Hernández, quien ordenó el procedimiento, de manera diáfana explicó que con la práctica oportuna de la cirugía se le habría mejorado la calidad de vida del actor, pero que por el tiempo transcurrido se habían necrotizado los tejidos y nervios, de donde se infiere fácilmente que las limitaciones que sufre el señor Trujillo Lema son imputables al ISS por no haberle practicado la intervención quirúrgica dentro de la oportunidad requerida, prueba que el *a quo* pasó por alto. La pérdida de esa oportunidad por el transcurso del tiempo, resulta imputable a la demandada. El actor se vio en la necesidad de adelantar una acción de tutela y el consecuente incidente de desacato para lograr que se efectuaran las diligencias necesarias para la práctica de la valoración previa a la cirugía.

Llamó la atención sobre el concepto del médico Giovanni Montealegre, el cual, en su criterio, se limitó a exponer sus opiniones, meramente subjetivas, porque no tenía conocimiento del caso sometido a la junta de cirugía del hospital y solo se le pidió hacer la transcripción del acto. Sus afirmaciones son constitutivas de falsedad en documento público, destinado a servir como prueba, porque alteró el

contenido del acta, agregando conceptos que no fueron expresados en el acta, con lo cual indujo en error al Magistrado Ponente del proceso.

Se remitió al salvamento de voto formulado por uno de los Magistrados integrantes de la Sala, quien consideró que debió declararse la responsabilidad del ISS, al menos bajo el criterio de que la entidad con su omisión o retardo le negó al paciente la oportunidad de mejorar su deformación facial y, en consecuencia, solicitó que se revocara la sentencia y se condenara a la entidad por haberle negado al demandante la práctica oportuna de la cirugía reconstructiva.

6. Del término concedido en esta instancia para presentar alegaciones hicieron uso el Instituto de Seguros Sociales y el Ministerio Público.

6.1. El Instituto de Seguros Sociales presentó alegato de conclusión (f. 502-506 c-1), en el cual solicita que se confirme la sentencia impugnada. Reiteró que la entidad había prestado una atención médica adecuada y oportuna al señor Julio Alejandro Trujillo Lema. Según el acta de la junta quirúrgica de la clínica San Pedro Claver y la comunicación remitida por el coordinador de la misma institución, la cirugía solicitada por el paciente no se le pudo practicar por su inviabilidad desde el punto de vista quirúrgico. Afirma que el verdadero responsable del estado de salud del demandante es el tercero que le causó la lesión.

Añadió que no había razón para restarle valor probatorio a los documentos aportados por las partes en copia simple, dado que conforme a lo previsto en el artículo 11 de la Ley 446 de 1998 y el inciso tercero del numeral 5º del artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, en desarrollo del principio constitucional de la buena fe, en todos los procesos, los documentos privados presentados por las partes para ser incorporados a un expediente judicial con fines probatorios se reputan auténticos y como tales documentos no fueron tachados de falsedad, opera la presunción legal señalada.

6.2. El Procurador Quinto Delegado ante esta Corporación (f. 514-524 c1) solicita que revoque la sentencia y, en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda. En su concepto, inicia con una exposición sobre la evolución jurisprudencial en materia de la carga probatoria en responsabilidad médica, la cual, señala, parte de la exigencia al demandante de la prueba de la falla, que

posteriormente fue morigerada con la presunción de falla y la adopción de la teoría de la carga dinámica de la prueba. Continúa con un resumen de las pruebas que obran en el expediente y, concluye que resulta indiscutible que el señor Trujillo Lema requería una cirugía reconstructiva con técnica microquirúrgica, porque las lesiones en los nervios craneales V, VI, VII y VIII se tradujeron en deformidad estética y funcional en los órganos de la visión y de la audición, así como en el estado del equilibrio, en relación con los cuales no pudo obtener mejoría alguna por no habersele practicado en forma oportuna la cirugía requerida.

CONSIDERACIONES

1. Los presupuestos procesales de la acción

Previo a analizar el fondo del presente asunto, resulta pertinente pronunciarse sobre la competencia de esta Corporación, la procedencia de la acción, la legitimación en la causa y la caducidad.

1.1. Competencia de la Sala

La Corporación es competente para conocer del asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en un proceso con vocación de segunda instancia ante el Consejo de Estado, en los términos del artículo 164 de la Ley 446 de 1998, dado que la cuantía de la demanda, determinada por la mayor de las pretensiones, que es de \$600.000.000, supera la suma exigida para el efecto por aquella norma².

1.2. Procedencia de la acción

La acción de reparación directa es la procedente para resolver el conflicto planteado, por cuanto se pretende la indemnización de los perjuicios sufridos por los demandantes como consecuencia de la tardanza en la que incurrió el Instituto de Seguros Sociales en el servicio médico que le brindó al señor Julio Alejandro

² Para efectos de determinar la competencia en razón de la cuantía se aplica en el caso concreto el artículo 164 de la Ley 446 de 1998, porque el recurso se interpuso el 25 de octubre de 2007. Para que un proceso iniciado en ejercicio de la acción de directa en el año de 2000 tuviera vocación de segunda instancia ante esta Corporación, su cuantía debía ser al menos de 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes ese año, esto es, debía ser igual o superior a \$130.050.000, dado que el salario mínimo legal mensual vigente para ese año era de \$260.100. En este caso, la cuantía, que debía estar determinada por la mayor de las pretensiones, fue estimada por el demandante en \$600.000.000.

Trujillo Lema, con ocasión de la lesión por proyectil de arma de fuego que sufrió el 6 de septiembre de 1996.

1.3. Legitimación en la causa

Los señores Julio Alejandro Trujillo Lema, Mónica Paola y Alexander Tadeo Trujillo Vega están legitimados en la causa, toda vez que alegan haber resultado afectados con las omisiones y tardanzas en el servicio médico que se brindó al primero en el Instituto de Seguros Sociales, que es una entidad de derecho público.

1.4. La demanda en tiempo

Como bien se señala en la demanda, el término para su presentación oportuna empezó a correr el 16 de mayo de 2000, fecha en la cual se reunió la junta médica de la clínica San Pedro Claver y determinó que *“por el término mayor a dos años no se considera indicado el injerto nervioso cruzado laciofacial”*, por lo que es a partir de esa fecha que se *“materializa la omisión por parte del Estado, del ISS y de la EPS del Seguro Social”*, hecho en el cual se fundamentan las pretensiones de la demanda, y dado que la demanda fue presentada por el señor Julio Alejandro Trujillo Lema el 15 de diciembre de 2000 y por sus hijos Mónica Paola y Alexander Tadeo Trujillo Vega el 9 de mayo de 2001, se concluye que todos acudieron a reclamar la reparación de los perjuicios que alegan haber sufrido dentro de los dos años previstos en el numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, tal como fue modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998.

2. Problema jurídico

Deberá establecer la Sala si, como lo afirma el actor, el Instituto de Seguros Sociales incurrió en *“una actitud irresponsable en la prestación de los servicios médicos, y al mismo tiempo un irrespeto para con los afiliados, además que atenta de manera grave contra los derechos fundamentales a la salud, a la vida, al trabajo y a la dignidad humana”*, por no haber remitido oportunamente al señor Julio Alejandro Trujillo Lema para la práctica de la cirugía reconstructiva de parálisis facial con técnica de microcirugía, *“dándole siempre respuestas evasivas*

y dilatorias, sin ningún tipo de justificación legal o médica”, y si esa cirugía, en verdad le habría permitido al paciente recuperar o mejorar su estado de su salud.

3. Validez de los medios probatorios que obran en el expediente

Para adoptar la decisión en el caso concreto se tendrán en cuenta las siguientes pruebas: (i) las documentales aportadas por las partes en la demanda y su respuesta, de las cuales se destacan las copias de la historia clínica y del acta de la junta quirúrgica de la clínica San Pedro Claver; (ii) los oficios remitidos por distintas autoridades, en respuesta al *a quo*; (iii) los testimonios practicados en el trámite de este proceso, y (iv) el dictamen médico practicado por el perito del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

Vale aclarar que serán valorados en este proceso los documentos aportados en copia simple por las partes, de conformidad con el criterio adoptado en la sentencia de unificación proferida por la Sala Plena de la Sección³, en la cual se consideró que si bien los artículos 252 y 254 del C.P.C., son aplicables a los procesos de naturaleza contencioso administrativa que se encuentren en curso, en razón de la integración normativa contenida en el artículo 267 del C.C.A., tales normas deben ser leídas a la luz del artículo 83 de la Constitución Política y de los principios contenidos en la ley 270 de 1996, referidos a la buena fe y a la lealtad procesal, así como a la intención del legislador de “*modificar el modelo que ha imperado desde la expedición de los Decretos leyes 1400 y 2019 de 1970*”, intención hecha norma en las Leyes 1395 de 2010, 1437 de 2011 y 1564 de 2012, conforme al cual las copias simples de documentos aportados al proceso tienen valor probatorio cuando las mismas hubieran obrado a lo largo del mismo y no hubiera sido cuestionada su veracidad durante las etapas de contradicción.

4. Análisis de la Sala

4.1. Dado que en este caso se trata de la responsabilidad patrimonial que se imputa al Estado por la prestación del servicio médico, que la parte demandante señala que fue omisivo o tardío y no por fallas derivadas del acto médico en sí mismo, considera la Sala procedente referirse de manera sucinta a los criterios

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 28 de agosto de 2013, exp. 25.022, C.P. Enrique Gil Escobar.

que sobre la materia se han desarrollado en la jurisprudencia de la Corporación en relación con la pérdida de oportunidad.

En la doctrina y la jurisprudencia se ha concebido la pérdida de oportunidad, bien como una modalidad autónoma de daño, o bien como una técnica de facilitación probatoria en los casos de incertidumbre causal, en los cuales resulte para la víctima una carga excesiva la demostración del nexo entre el daño que padece y la actuación de la entidad a la que se lo imputa y solo logre demostrar que dicha relación es probable, pero no cierta o segura. Frente a esa discusión teórica, la Sala se ha inclinado por la primera y ha adoptado el criterio conforme al cual la pérdida de oportunidad no es una herramienta para facilitar la prueba del nexo causal sino un daño autónomo, con identidad propia e independiente, que consiste en el quebrantamiento de un bien jurídico tutelado de recibir un beneficio o de evitar un riesgo. La Sala, en sentencia de 11 de agosto de 2010⁴, consideró:

[L]a pérdida de oportunidad o pérdida de chance alude a todos aquellos eventos en los cuales una persona se encontraba en situación de poder conseguir un provecho, de obtener una ganancia o beneficio o de evitar una pérdida, pero ello fue definitivamente impedido por el hecho de otro sujeto, acontecer o conducta que genera, por consiguiente, la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido, o no, pero que al mismo tiempo da lugar a la certeza consistente en que se ha cercenado de modo irreversible una expectativa o una probabilidad de ventaja patrimonial⁵; dicha oportunidad perdida constituía, en sí misma, un interés jurídico que si bien no cabría catalogar como un auténtico derecho subjetivo, sin duda facultaba a quien lo ha visto salir de su patrimonio -material o inmaterial- para actuar en procura de o para esperar el acaecimiento del resultado que deseaba⁶, razón por la cual la antijurídica frustración de esa probabilidad debe generar para el afectado el derecho a alcanzar el correspondiente resarcimiento.

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

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 11 de agosto de 2010, exp. 18.593, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁵ [2] MAYO, Jorge, “El concepto de pérdida de chance”, en *Enciclopedia de la responsabilidad civil. Tomo II*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 207.

⁶ [3] En esa dirección sostiene Zannoni que esta modalidad de daño “*lesiona un interés y, por ende, priva al sujeto de esa facultad de actuar, que aunque no constituyera el sustento de un derecho subjetivo, era una facultad que ciertamente, integraba la esfera de su actuar lícito —el acere licere, es decir de su actuar no reprobado por el derecho. La lesión de ese interés —cualquiera sea éste— produce en concreto un perjuicio*” (énfasis en el texto original). Cfr. ZANNONI, Eduardo, *El daño en la responsabilidad civil*, Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 36.

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...Esa probabilidad tenía un determinado valor, aunque difícil de justipreciar, que debe ser reparado⁷.

Entendido así el concepto de pérdida de oportunidad, resulta de gran relevancia distinguir entre el daño que consiste en la pérdida de la ganancia o la materialización del perjuicio que se pretendía evitar (en el caso de la responsabilidad médica, la muerte del paciente o el desmejoramiento de sus condiciones de salud), y el daño que se produce por la pérdida de la probabilidad de obtener ese provecho o de eludir el detrimento.

Las características que la doctrina y la jurisprudencia de esta Corporación le han atribuido a la pérdida de oportunidad son: (i) debe constituir una probabilidad seria y debidamente fundada, que permita afirmar la certeza del daño y no una mera posibilidad, vaga y genérica, que no constituye más que un daño meramente hipotético o eventual; (ii) 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; (iii) la medida del daño será proporcional al grado de probabilidad que se tenía de alcanzar el beneficio pretendido; y (iv) el bien lesionado es un bien jurídicamente protegido.

Ahora, las dificultades prácticas para la determinación del valor de este daño han sido identificadas por la Sala en varias providencias, dado que la ganancia perdida o el detrimento no evitado servirán de base para establecer el valor de la indemnización, pero la existencia de la oportunidad que se pierde debe estar demostrada. A esa exigencia se refirió la Sala en la sentencia de 11 de agosto de 2010⁸:

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

⁷ [4] 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.

⁸ Exp. 18.593, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

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.

....

Para la cuantificación de la indemnización a reconocer por concepto de pérdida de oportunidad, entonces, será fundamental e ineludible el recurso a la estadística como herramienta que posibilita construir inferencias sobre la base del cálculo de las probabilidades que realmente tenía la víctima de conseguir el provecho esperado o de evitar la lesión a la postre padecida.

Ya la jurisprudencia de esta Corporación ha hecho alusión a la exigencia de que para la reparación de la pérdida de una oportunidad se demuestre, de manera clara, cuál era la probabilidad que tenía el perjudicado de alcanzar el beneficio que anhelaba o de evitar el detrimento que le fue irrogado, de modo que “la determinación de la pérdida de la oportunidad no puede ser una mera especulación, es necesario que de manera científica quede establecido cuál era la posibilidad real del paciente de recuperar su salud o preservar su vida, y que esa expectativa real haya sido frustrada por omisiones o erradas acciones en la actuación médica”⁹.

⁹ [29] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 31 de agosto de 2006, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio; Radicación: 15.772. En esa providencia se señalan las dificultades de la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad, así: “*También ha señalado la Sala que para que haya lugar a la reparación no es necesario acreditar que una adecuada prestación del servicio médico asistencial hubiera impedido el daño, porque bastaría con establecer que la falla del servicio le restó al paciente oportunidades de sobrevivir o de curarse.//Se trata en este caso de lo que la doctrina ha considerado como la “pérdida de una oportunidad”, cuya aplicación, a pesar de la simplicidad en su formulación ofrece grandes dificultades, pues el daño en tales eventos estaría en los límites entre el daño cierto y el eventual, dado que la oportunidad que puede tener un enfermo de recuperar su salud es aleatoria, regularmente difícil de establecer en términos porcentuales.// Se destaca que la determinación de la pérdida de la oportunidad no puede ser una mera especulación, es necesario que de manera científica quede establecido cuál era la posibilidad real del paciente de recuperar su salud o preservar su vida, y que esa expectativa real haya sido frustrada por omisiones o erradas acciones en la actuación médica. En este aspecto hay que prestar la máxima atención y no resolver como pérdida de oportunidad eventos en los cuales lo que se presentan son dificultades al establecer el nexo causal...Ahora bien, se afirma que el hecho de que no se hubiera realizado un diagnóstico más temprano de la enfermedad, o de que la cirugía no se le hubiera practicado, al menos, en la fecha en que lo recomendó el cardiólogo, hicieron perder al paciente la oportunidad de obtener el restablecimiento pleno de su salud. Sin embargo, esas afirmaciones se quedan en el marco de la mera especulación pues no existe ninguna prueba directa ni indiciaria que acredite que el paciente tenía posibilidades reales de recuperar su salud, sin que la enfermedad le dejara secuelas, siempre que la cirugía se le hubiera practicado en los primeros días de su ingreso al Hospital demandado, y menos, que en el evento de existir tales posibilidades se pudiera establecer cuáles eran éstas en términos*

Las dificultades que implica la teoría de la pérdida de oportunidad no deben ser soslayadas, pero tampoco pueden constituir obstáculos infranqueables que impidan el reconocimiento de la indemnización de ese daño antijurídico, en especial cuando lo que se frustra como consecuencia de la omisión o tardanza de las entidades obligadas a brindar un adecuado servicio de salud, es la probabilidad que tenían los pacientes de lograr preservar su vida o de mejorar sus condiciones. En todo caso, para efectos de determinar el *quantum* de la indemnización deberá estarse a las pruebas que obran en el expediente, a la revisión de casos similares y a la aplicación del principio de equidad, para garantizar así el derecho a la igualdad de los afectados.

En síntesis, cuando se pretende la indemnización de los daños derivados de la omisión o tardanza de las entidades obligadas a prestar los servicios médicos, debe quedar acreditado no el resultado final de la lesión o enfermedad que originó la solicitud de atención, sino la existencia de la probabilidad que tenía el paciente de recuperar su salud o preservar su vida y que esa expectativa se perdió en forma definitiva como consecuencia de la actuación imputable a la entidad. El grado de probabilidad que tenía el paciente de lograr el beneficio será, entre otros factores, el que determine la indemnización.

4.2. En el caso concreto, está probado que el señor Julio Alejandro Trujillo Lema sufrió una lesión por proyectil de arma de fuego, en hechos ocurridos el 6 de septiembre de 1996, lesión que le produjo secuelas de carácter permanente, que incluyen deformidad del rostro y perturbación funcional de los órganos de la visión, la audición y de la locomoción.

Así quedó demostrado con el dictamen médico legal de lesiones que le fue practicado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (f. 386-387 c-1), conforme al cual:

Al examen presenta:

1. Cicatriz redondeada hipocrómica y ligeramente hipertrófica de 2.8 por 3.5 centímetros.

2. Ptosis palpebral derecha. Ostensible y deformante.

porcentuales”.

3. *Reacción pupilar por ojo derecho negativa, se observa opacidad corneal.*

4. *Desviación de comisura labial hacia el lado izquierdo. Ostensible y deformante.*

5. *Disartria evidente (arrastre de la palabra)*

6. *Limitación de la marcha, camina apoyado en bastón por incoordinación motora, debido a hemiplejía derecha.*

Se revisa copia de historia clínica del ISS de fecha: 13/11/96 donde se anota: "hace 68 días que sufrió herida por bala en cuello, la cual se alojó en el tallo cerebral (no ha sido extraída). Presenta actualmente secuela de parálisis facial derecha, pérdida funcional de la visión y audición derechas, disartria, pérdida de equilibrio y hemiplejía parcial derecha". Llevado a cirugía para tarsorrafia y corrección de lagofthalmos.

MECANISMO CASUAL: Proyectil arma de fuego.

INCAPACIDAD MÉDICO LEGAL DEFINITIVA: 70 (setenta) DIAS CON SECUELAS MÉDICO LEGALES DETERMINABLES: Deformidad física que afecta el rostro, de carácter permanente, perturbación funcional de órgano del sistema nervioso central que afecta las áreas sensitivas y motoras de carácter permanente, perturbación funcional del órgano de la visión, audición y locomoción de carácter permanente.

También está probado que los señores Mónica Paola y Alexander Tadeo Trujillo Vega son hijos del señor Julio Alejandro Trujillo Lema, porque así consta en las copias de los registros civiles de nacimiento de estos demandantes (f. 144-145 c-1). De la prueba del parentesco en el primer grado de afinidad puede inferirse el perjuicio que aquellos sufrieron, como consecuencia del hecho de que su padre no hubiera obtenido el restablecimiento o mejoramiento de su salud.

Además, en relación con los daños padecidos por el señor Julio Alejandro Trujillo Lema y sus hijos Mónica Paola y Alexander Tadeo Trujillo Vega declararon ante el *a quo* los señores Hansel Alejandro Vega Herrera y Jairo Alonso Guerrero Sandoval (f. 203-204, 309-310 c-1), quienes aseguraron que les constaba la grave afectación emocional y económica sufrida por el señor Julio Alejandro y su familia, a tal extremo, que aquel había manifestado en varias ocasiones su decisión de suicidarse.

4.3. Afirma la parte demandante que el señor Julio Alejandro hubiera podido obtener el restablecimiento de su integridad corporal y adecuado funcionamiento

de sus órganos si el Instituto de Seguros Sociales le hubiera practicado oportunamente la microcirugía reconstructiva ordenada por el cirujano plástico Rafael Hernández Herazo, la cual era necesaria para adelantar el resto del procedimiento.

Está demostrado que el señor Julio Alejandro Trujillo Lema fue atendido en el servicio de urgencias del Instituto de Seguros Sociales el 6 de septiembre de 1996, por haber sido lesionado con arma de fuego (f. 255 c-1). Así consta en el resumen de la atención brindada en esa fecha en la unidad de cuidados intensivos:

Ingresa paciente de 46 años de edad, procedente de urgencias, con IDX: Herida por proyectil de arma de fuego en base de cráneo. Refiere familiar que hace aproximadamente 3 horas recibió herida por proyectil de arma de fuego a nivel de base de cráneo, con orificio de entrada, sin orificio de salida, presentando posteriormente disartria y hemiparesia izquierda, por lo cual es llevado a hospital universitario, donde deciden remitirlo a esta institución.

(...)

Se encuentra paciente consciente, orientado, hidratado, con buenas condiciones musculonutricionales..., cuello con fluido por proyectil arma de fuego en base de cráneo, con parálisis facial periférica..., sin soplo, pulmones claros ventilados, abdomen blando, depresible, no se palpan masas peristalsis (+). Extremidades simétricas sin edema, con hemiparesia, miembro superior e inferior izquierdo. SNC. Disartria, hemiparesia izquierda.

En las hojas de la historia clínica que obran en el expediente (f. 240-276 c-1) se observa que el Instituto de Seguros Sociales le brindó atención médica al señor Trujillo Lema en los años subsiguientes, con ocasión de la lesión que se le causó en la base del cráneo por el proyectil, la cual incluyó atención especializada de neurocirugía, oftalmología, ortopedia y fisioterapia. Además, se le practicaron varias intervenciones quirúrgicas oftalmológicas, como la *cantorrafia* (sutura del párpado superior con el inferior), el 13 de agosto de 1997, y “*corrección de lagofthalmos mediante la colocación de placa de oro de 8 x 15 mm x 0.5 de 0.9 gr. de peso, colocada en un bolsillo de párpado superior, bajo anestesia local en ojo izquierdo*”, el 21 de octubre de 2002.

4.4. A pesar de esa atención, la parte demandante afirma que el Instituto de Seguros Sociales le impidió al señor Trujillo Lema obtener el restablecimiento de su salud por no haberle practicado la intervención ordenada por el cirujano plástico Rafael Hernández Herazo.

Dicho profesional, en el testimonio que rindió ante el *a quo* (f. 325-326 c-1), manifestó que para la época de los hechos estaba vinculado al Instituto de Seguros Sociales y había recomendado practicarle al paciente una microcirugía nerviosa facial, para tratar de recuperar la movilidad de los músculos de la cara:

Yo fui el médico que lo trató como cirujano plástico varios meses después de haber sido herido por proyectil de arma de fuego. Cuando lo examiné tenía signos clínicos de lesión de varios nervios craneales relacionados con la audición, la visión, el equilibrio. Recuerdo que tenía una úlcera en la córnea del lado derecho, ya había sido tratado por oftalmología de la clínica del Seguro Social, le habían hecho una tarsorrafia, es una unión de los párpados superior e inferior para proteger la córnea, este procedimiento al parecer fue fallido. Yo recuerdo que le hice una cirugía del párpado superior derecho, le coloqué una laminilla de oro de un gramo de peso, con la intención de que el paciente pudiera cerrar los ojos mientras dormía. Revisé las opciones quirúrgicas con los músculos de la masticación, pero estos no funcionaban porque el proyectil había lesionado el nervio que tiene que ver con el movimiento de estos músculos, por tal razón se hizo una remisión al Seguro Social, seccional Cundinamarca, con la intención de practicarle al paciente una microcirugía para intentar con injertos de nervios restaurar la movilidad de los músculos del lado derecho de la cara afectados por la lesión.

El testigo explicó que la cirugía reconstructiva para corregir la parálisis, con técnica microquirúrgica que le fue ordenada al paciente consistía en *“pasar un nervio de la pierna para la cara y del lado sano de la cara para el lado lesionado, para que este hiciera las funciones del nervio facial afectado por el proyectil”*. Explicó que la cirugía tenía la intención de *“reparar exclusivamente el nervio facial que es el encargado de activar los músculos de la cara, no tiene relación con los nervios que tienen que ver con la audición ni con el equilibrio, sí con la actividad motora de los labios”*. Indicó que las condiciones de vida del paciente hubieran mejorado en cuanto *“tiene que ver con evitar las secuelas relacionadas con la lesión del nervio facial...Mejor cierre de los párpados, esto eventualmente podía evitar la úlcera de la córnea, mejor aspecto y mejor función”*.

En cuanto a la viabilidad de la cirugía cuando ya había transcurrido cierto tiempo entre el momento de la lesión y el día en el que fue valorado por la junta quirúrgica de la clínica San Pedro Claver, indicó: *“sabemos que un año después de producirse una lesión nerviosa los músculos que este nervio activa se atrofian por falta de uso”*. Afirmó que en su experiencia profesional no había conocido casos

en los cuales un paciente hubiera obtenido su recuperación, pero “sí a través del estudio de este tipo de patologías”. Señaló que de haberse practicado al paciente la cirugía indicada su situación podría ser diferente. Explicó: “Él presenta lesiones en 4 nervios craneales, el v, vi, vii y viii, que se tradujeron en deformidades estéticas y funcionales en los órganos de la visión, audición, estado del equilibrio. Probablemente si se hubiese realizado la reparación de estas lesiones de manera oportuna el resultado sería diferente hoy”.

Sin embargo, esa intervención no le fue practicada al paciente, porque la junta de cirugía plástica de la clínica San Pedro Claver, a donde finalmente fue remitido, consideró que por el tiempo transcurrido desde la lesión, la cirugía ya no tendría eficacia alguna. Así consta en el acta de dicha junta, reunida el 16 de mayo de 2000 (f. 38 c-1):

MC. Parálisis facial derecha, secuelas de herida por proyectil de arma de fuego, septiembre de 1996, a nivel de tallo cerebral, en accidente de trabajo.

Al examen físico:

Paciente en aceptable estado general con disartria, limitación motora para la marcha (marcha atáxica).

Presenta parálisis facial periférica derecha: no hay movilidad en región frontal derecha palpebral superior ni inferior, úlcera corneana ojo derecho, reflejo corneano ausente, compromiso abductor (recto externo limitado), no movilidad en surco nasogeniano ni comisura labial derecha, no actividad motora del músculo depresor de los labios. Presenta leves fasciculaciones en área de músculos zigomáticos derechos. No movilidad y tono disminuido en músculos temporal y masetero derechos.

Hipoacusia derecha.

Impresión Dx: compromiso nervios del ángulo pontocerebral (V –VI –VII pares craneales derechos).

Por el tiempo de evolución mayor a dos años no se considera indicado el injerto nervioso cruzado laciofacial.

Debido al compromiso del V par craneano no es posible la reconstrucción con los músculos masticatorios.

Las opciones de reconstrucción en su orden son:

- 1. Suspensión estática de las comisuras palpebral y labial para permitir mejor cierre y protección de la córnea.*
- 2. Opciones microquirúrgicas como transferencia muscular libre del músculo (...) no son muy indicados en este paciente por su compromiso motor generalizado.*

3. *El primer procedimiento mencionado puede realizarse en la seccional de origen.*

En resumen: de acuerdo con el testimonio rendido por el cirujano plástico Rafael Hernández Herazo, el señor Julio Alejandro Trujillo Lema hubiera podido mejorar su estado de salud, de habersele practicado el injerto nervioso, porque esto habría posibilitado el movimiento de los músculos de la cara, y con ello, el cierre de los párpados, lo que redundaría favorablemente en su función visual y en su aspecto, pero aclaró que esa cirugía no habría de mejorar sus problemas de la audición ni de equilibrio. También manifestó, se destaca, que en su experiencia profesional no había conocido casos en los cuales un paciente hubiera obtenido su recuperación, pero que sí estaban documentados en los estudios médicos.

Sin embargo, esa cirugía no se le practica al paciente en la clínica San Pedro Claver, a donde fue el paciente, porque según la junta quirúrgica de ese centro asistencial *“por el tiempo de evolución mayor a dos años no se considera indicado el injerto nervioso cruzado laciofacial”*.

Dado que la prescripción de esa cirugía fue hecha por el especialista dos años después de que el paciente hubiera sufrido la lesión y la remisión a la clínica San Pedro Claver se hizo dos años después de que el cirujano recomendara su práctica, se discutió en el proceso a qué momento se refería la junta médica para desaconsejar la remisión.

Además, en el informe rendido el 8 de septiembre de 2003, por el coordinador de cirugía plástica de la clínica San Pedro Claver, en respuesta al derecho de petición formulado por la oficina de atención al usuario de la misma entidad (f. 234-235 c-1), se afirma que la decisión de no practicarle la cirugía al paciente estuvo motivada en el daño que este había sufrido:

En el caso del paciente JULIO ALEJANDRO TRUJILLO LEMA se encuentra que presenta una parálisis facial de tipo central, con compromiso a nivel del tallo cerebral del nervio facial (VII) y compromiso de otros pares nerviosos craneanos V y VIII, lo cual hace un mal candidato a una reconstrucción de tipo microquirúrgico, pues es prácticamente imposible mediante cirugía tener acceso a esta zona del cerebro para intentar una reparación del nervio lesionado. Este tipo de cirugía tampoco se habría podido realizar aunque el paciente hubiese sido remitido con anterioridad.

Dadas las anteriores consideraciones, la junta quirúrgica consideró que el paciente era candidato a una corrección de su parálisis facial de tipo 'estático', en la cual se utilizan otros tejidos de la cara para sostener zonas de la cara, como la comisura labial y la región del canto externo del ojo del lado afectado para así buscar un aspecto mucho más simétrico de la cara durante el reposo. Este procedimiento reconstructivo no es una urgencia quirúrgica, es un procedimiento efectivo y busca obtener una mejora parcial, corrigiendo la asimetría que presenta el paciente cuando la cara está en reposo, pero cuando el paciente tiene actividad, es decir, habla o gesticula la deformidad del rostro se hace evidente.

Finalmente, es necesario aclarar que la parálisis facial que presenta el paciente es resultado de su patología de base y esta misma condición es la que determina las opciones de reconstrucción, que en el caso del paciente son muy limitadas.

De acuerdo con lo que se afirmó en el oficio antes citado, la razón por la cual no se había practicado la microcirugía reconstructiva al señor Trujillo Lema en la clínica San Pedro Claver no fue el transcurso del tiempo, sino la lesión del V par nervioso que hacía ineficaz el procedimiento, aunque el paciente hubiera sido remitido en forma oportuna.

Dicha prueba fue tenida en cuenta por el *a quo* para negar las pretensiones de la demanda, pero la parte demandante la controvertió en el recurso, alegando que sus conclusiones eran diferentes a las expresadas por la junta en el acta citada, que fue traída al expediente con la demanda.

El Despacho Ponente en esta Corporación ordenó, de oficio, solicitar a la junta de cirugía plástica de la clínica San Pedro Claver que aportara copia íntegra del acta de 16 de mayo de 2000 (f. 494 c-1). En respuesta a ese requerimiento, la coordinadora de cirugía plástica de esa entidad remitió la copia del acta, la cual resulta ilegible en muchas de sus partes y, además, explicó (f. 497-498 c-1):

Paciente: Julio Alejandro Trujillo Lema...Con secuela de parálisis facial secundaria a lesión del tallo cerebral, compromiso de los pares craneanos V: NERVIO TRIGEMIO, VII: NERVIO FACIAL, VIII: NERVIO ACÚSTICO. En junta quirúrgica se aprobó procedimiento reconstructivo de tipo estático.

La corrección quirúrgica de tipo estático que se ofrece en casos de parálisis facial consiste en la colocación de pesa de oro en párpados para evitar úlceras corneanas, transposición de músculo temporal, que no es dinámico en este caso porque el paciente también tiene lesión

del V par craneano, que es el que inerva el músculo temporal que se transferiría para corregir la ptosis o caída del surco nasogeniano y de la comisura oral que son generalmente los más comprometidos. Quedan otros procedimientos pendientes de acuerdo a evolución del paciente.

Al ser interrogado el cirujano plástico Rafael Hernández Herazo (f. 325-326 c-1), sobre el concepto de la junta quirúrgica en cuanto a que el compromiso del V par craneano no hacía posible la reconstrucción de los músculos masticatorios, explicó: *“Son dos situaciones diferentes. El quinto par que se llama trigésimo no tiene que ver con los movimientos de la cara, pero sí con la función de los músculos de la masticación, especialmente el temporal, que también estaba lesionado”.*

Con fundamento en las pruebas antes citadas puede llegarse a las siguientes conclusiones:

(i) Aunque el cirujano plástico que trató al señor Trujillo Lema en el Instituto de Seguros Sociales de Barranquilla aceptó que un año después de producirse una lesión nerviosa los músculos que ese nervio activa se atrofian por falta de uso, prescribió la práctica de una cirugía reconstructiva de parálisis facial con técnica de microcirugía para intentar restaurar la movilidad de los músculos del lado derecho de la cara afectados por la lesión, con injertos de nervios, pero no los de la masticación, porque se había lesionado el v par nervioso. Esa orden médica permite inferir que el paso del tiempo hasta ese momento -de dos años, dado que la lesión la sufrió en septiembre de 1996 y el cirujano ordenó la intervención en septiembre de 1998- hacía aún viable la cirugía indicada.

(ii) No obstante, el paciente solo fue valorado casi dos años después de la orden médica, por la junta quirúrgica de la clínica San Pedro Claver, dado que esta se reunió el 16 de mayo de 2000 y se concluyó en la misma que por el hecho de haber transcurrido más de dos años, no se consideraba indicado el injerto nervioso. Esos dos años, interpreta la Sala, se refieren al tiempo transcurrido entre la orden dada por el médico y la valoración que hizo la junta, y no al lapso contado desde la lesión, porque, se insiste, el cirujano Rafael Hernández Herazo consideró que el injerto nervioso era viable dos años antes de la valoración del paciente por la junta quirúrgica.

(iii) La funcionalidad de los músculos que habría de corregirse con el injerto nervioso eran los de la cara, los cuales comprometían el movimiento de los párpados y labios, para evitar úlceras oftálmicas, mejorar la función visual y el aspecto del paciente, pero no incidirían favorablemente en sus problemas de audición ni de equilibrio, ni permitirían recuperar los músculos de la masticación, en razón de la lesión del quinto par nervioso, según se concluye de la declaración del criterio del cirujano plástico que trató al paciente en el Instituto de Seguros Sociales, y en este sentido, la afirmación hecha por el coordinador de cirugía plástica de la clínica San Pedro Claver no tergiversa las conclusiones de la junta quirúrgica de la misma institución ni se opone al criterio del cirujano plástico que recomendó la intervención.

Así las cosas, considera la Sala que el señor Julio Alejandro Trujillo Lema tenía la oportunidad de mejorar su estado de salud, pero que esa oportunidad se perdió por no haberlo remitido en forma oportuna a la clínica donde habría de practicársele dicha intervención y, en consecuencia, la entidad demandada, a la cual correspondía brindar atención idónea oportuna y eficaz deberá responder por el daño autónomo causado al paciente por la pérdida de esa oportunidad.

Resulta claro que las secuelas que padece el paciente son consecuencia de la lesión que le fue inferida por el tercero, en tanto la misma le lesionó varios pares nerviosos que afectaron sus funciones auditiva, visual, de locomoción y su apariencia física, pero su situación se hubiera podido mejorar si se le hubiera practicado en forma oportuna la cirugía recomendada por el especialista de la misma entidad demandada que le estaba brindando la atención médica.

4.5. La entidad demandada alegó en el proceso que había adelantado las diligencias necesarias para que se le practicara la intervención quirúrgica al paciente, pero que no se logró ese fin antes, porque en Barranquilla no se contaba con la infraestructura necesaria para llevar a cabo esa intervención y en las clínicas de Medellín y Bogotá, donde sí existían centros especializados con capacidad para hacerlo y a las cuales se había acudido, pero estas habían presentado cotizaciones que superaban de manera muy considerable los precios autorizados por el manual de servicios de la entidad.

En el testimonio rendido ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Puerto Colombia, en cumplimiento de la comisión ordenada por el *a quo*, la señora

Adriana Lucía Vega de Trujillo, cónyuge del señor Julio Alejandro Trujillo Lema (f. 18-20 c-2), aseguró que en septiembre de 1996 le dispararon a su esposo y le causaron lesiones en la parte posterior del cuello; que de inmediato fue trasladado a la clínica Metropolitana de Barranquilla, donde fue atendido por el neurocirujano Alberto Daw, quien les manifestó que si sobrevivía quedaría con alguna secuela; que luego de permanecer un mes en la unidad de cuidados intensivos y luego hospitalizado, ese mismo especialista les informó que el paciente podía recuperarse con la práctica de una microcirugía, para lo cual debía remitirse el paciente a Bogotá; pero que el Instituto de Seguros Sociales omitió hacer esa remisión, razón por la cual la familia interpuso una acción de tutela y luego un incidente de desacato. Finalmente, el ISS ordenó dicha remisión, pero la junta médica conceptuó que ya no era posible realizar la intervención, por el tiempo que había transcurrido.

Añadió que por el hecho de no practicarle la cirugía a tiempo, su cónyuge perdió la oportunidad de restablecer su salud y sufre como secuelas la pérdida de visión por el ojo derecho, de audición por el oído derecho y de movimiento de su cara, por ese mismo lado y carece de estabilidad para caminar y, por eso, dejó de ser una persona productiva y se convirtió en un hombre incapacitado para trabajar que depende de los demás, lo cual lo ha afectado emocionalmente.

Obra en el expediente la copia de la demandada de tutela, presentada el 13 de noviembre de 1999, ante el Juzgado Civil del Circuito (reparto) de Barranquilla, por la señora Mónica Trujillo Vega, quien dijo actuar en nombre de su padre, el señor Julio Trujillo Lema, con el fin de que se protegieran los derechos fundamentales a la vida, la salud y la seguridad social de su padre y, en consecuencia, se ordenara al gerente de la seccional Atlántico del Instituto de Seguros Sociales disponer la práctica de la cirugía reconstructiva de parálisis facial con técnica microquirúrgica, que le había sido ordenada desde el 3 de septiembre de 1998, como parte del tratamiento médico que requirió por la lesión que sufrió el 6 de septiembre de 1996 (f. 19-21 c-1).

La acción fue decidida por el Juzgado Trece Civil del Circuito de Barranquilla, quien mediante providencia de 30 de noviembre de 1999 resolvió conceder la tutela impetrada y, en consecuencia, ordenó al ISS, que iniciara todas las diligencias que fueran necesarias para que en un término máximo de un mes, contado a partir de la comunicación de esa providencia, realizara la cirugía

reconstructiva de parálisis facial con técnica microquirúrgica al actor Julio Trujillo Lema" (f. 22-27 c-1), conforme al siguiente razonamiento:

En el caso que nos ocupa se observa que el Instituto de Seguros Sociales, seccional Atlántico ha ordenado desde hace más de un año la cirugía del actor JULIO TRUJILLO LEMA, sin que hasta la fecha esta se haya realizado o se haya iniciado un procedimiento encaminado a su realización.

El actor es afiliado a dicha EPS y necesita, además de esta operación, otras que no se le pueden realizar hasta tanto no den curso a la primera, se han limitado solamente a realizar trámites burocráticos de envíos de correspondencia...

*...
Obran en el expediente diversas pruebas y resultados clínicos sobre el estado de salud del paciente, que presenta un cuadro clínico complejo resultado de un atentado a su vida, lo cual le generó parálisis facial y pérdida de órganos de los sentidos. El mismo Instituto de Seguros Sociales ordenó la operación requerida por el petente, de la cual depende la mejoría en la salud de este, por lo cual la entidad accionada debe tomar todas las medidas que sean necesarias para otorgar el tratamiento que requiera el señor JULIO TRUJILLO LEMA.*

Debido a las secuelas que ha ocasionado en el actor el accidente sufrido, lo podríamos catalogar enfermedad ruinosa o catastrófica, toda vez que genera un trauma mayor en él.

*...
No es de recibo el hecho de la suspensión del tratamiento médico que comprende la operación de cirugía reconstructiva de parálisis facial con técnica microquirúrgica por el hecho de que hace un año más o menos no existe presupuesto, toda vez que ha sido tiempo suficiente para ello y siquiera para adelantar los trámites necesarios para la operación.*

En fecha de la cual no hay certeza en el expediente, pero que puede corresponder al mes de abril de 2000, la señora Mónica Trujillo Lema formuló incidente de desacato en contra del ISS, por no haberse dado cumplimiento a la orden dada por el juez de tutela (f. 29 c-1).

En ese incidente, el gerente de la seccional Atlántico del Instituto de Seguros explicó en estos términos las razones por las cuales no había dado cabal cumplimiento a la orden proferida por el juez de tutela:

El día 17 de diciembre fue recibido por este departamento su oficio donde se indicaba dar cumplimiento al fallo de tutela de la referencia, para lo cual le informo que para esa fecha el Seguro Social se encontraba en cierre de la vigencia fiscal de fin de año que rige para todas las entidades oficiales, esto de conformidad con la Ley del Presupuesto General de la Nación, Ley 179 de 1994 y el Decreto 0115 de 1996, por medio de la cual se establecieron normas sobre la

elaboración, la conformación y ejecución de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, como lo es el Seguro Social, todo gasto debe contar con apropiación presupuestal suficiente que lo ampare, y en consecuencia, no se podrán contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes.

Una vez asignado el Presupuesto correspondiente a la vigencia se procedió a oficiar a la Vicepresidencia EPS, a fin de lograr la atención en el Hospital San José, donde se adelantaron gestiones vía telefónica con el Dr. Vélez, jefe de contratación de la Institución, lo anterior, fechado 21 de enero (...).

Posteriormente, el 4 de febrero de 2000 se ofició al Hospital San Juan de Dios (...). Posteriormente, dicho hospital nos contestó, según oficio 287/2000, fechado 10 de febrero de 2000, donde nos solicitó enviar nuevamente resumen de historia clínica, la cual sería presentada en junta de decisiones quirúrgicas de la institución, lo cual efectivamente se hizo (...).

La Dra. Mercedes González, jefe de contratación del Hospital San Juan de Dios nos contestó vía telefónica que el director del Hospital San Juan de Dios había renunciado y que teníamos que esperar la nueva designación.

Conocida esta funesta noticia, procedimos a tramitar el procedimiento del accionante con la clínica JOSÉ A. RIVAS LTDA., donde se adelantaron gestiones vía telefónica con el Dr. José Luis Scarpetta Uribe, él nos envió cotización del procedimiento, haciendo énfasis en que el valor estipulado en el manual de tarifas código 15331 200UVR \$830.000 no corresponde al valor del procedimiento realmente, el cual asciende a la suma de \$14.000.000, a realizar en dos tiempos por valor de seis y ocho millones de pesos, respectivamente, de lo cual se pasó a informar al nivel nacional y así poder determinar la directriz a seguir.

El Juzgado Trece Civil del Circuito, mediante providencia de 4 de mayo de 2000, resolvió no sancionar al gerente de la seccional Atlántico del Instituto de Seguros Sociales (f. 31-34 c-1), por considerar que no se advertía renuencia de la autoridad a la que se dio la orden, quien había intentado dar cumplimiento a la misma, y se le concedió un término adicional de un mes para que hiciera efectiva la orden dada en la acción de tutela.

Las diligencias adelantadas por el gerente del ISS, que para el juez de tutela justificaron el incumplimiento de la orden de practicarle la cirugía al señor Julio Alejandro Trujillo, estuvieron relacionadas con asuntos de carácter presupuestal y oferta de servicios. Se dijo en esa providencia:

Según se informa por parte del actual funcionario de la dependencia, la cual se ajusta a la realidad, el día 12 de diciembre se produjo el cierre

presupuestal de la vigencia fiscal correspondiente al año 1999, el cual opera para todas las entidades oficiales y en tal sentido, no era posible realizar gasto alguno sobre apropiaciones inexistentes.

No obstante, una vez fue adjudicado el presupuesto correspondiente a la vigencia fiscal del presente año 2000, el Departamento de Atención Ambulatoria, a través de oficio del 21 de enero de 2000 solicitó la remisión del señor JULIO TRUJILLO LEMA al hospital San José en Santafé de Bogotá, entidad de la cual se tenía conocimiento que realizaba dicha cirugía.

Como quiera que no se obtuvo respuesta del mencionado hospital se solicitó nuevamente el 4 de febrero, esta vez, al hospital San Juan de Dios, también de Santafé de Bogotá, los servicios requeridos por el señor TRUJILLO LEMA. Igual solicitud se formuló en la clínica José A. Rivas en la misma ciudad.

El hospital San Juan de Dios respondió el día 10 de febrero solicitando nuevamente el envío de la historia clínica correspondiente para someterla a una junta de decisiones quirúrgicas, lo cual efectivamente se hizo, sin resultados positivos, por problemas internos en esa institución, que fueron de público conocimiento.

A su turno, la clínica José A. Rivas respondió mediante comunicación de fecha 23 de febrero del presente año, indicando que estaba en condiciones de realizar la cirugía, pero con tarifas diferentes a las establecidas en el manual de tarifas del Seguro Social, que anualmente se expide con base en lo dispuesto en el Decreto Ley 2148 de 1992, consistiendo dicha diferencia en la suma de catorce millones de pesos (\$14.000.000), lo que los colocaría al margen de la ley.

En este sentido, se ha ordenado determinar cuanto antes a través de la vicepresidencia EPS del Seguro Social, con el fin de resolver el inconveniente presentado, como lo han sido las circunstancias que han impedido la realización de la cirugía no son imputables al ISS, que depende de la oferta de servicios que en determinado momento le ofrezcan las IPS particulares, sin embargo, la cirugía se realizará tal como ha sido ordenada, en forma inmediata a la suscripción del contrato que para el efecto se realizará con la clínica que reciba al paciente.

Obran en el expediente el oficio remitido el 4 de febrero de 2000 por el gerente EPS del ISS, seccional Atlántico al Hospital San Juan de Dios, en el cual solicita la práctica de la cirugía reconstructiva al paciente (f. 355 c-1).

También se allegó la cotización remitida el 23 de febrero de 2000 por la clínica José A. Rivas Ltda. de Bogotá, en la cual se indica que esa intervención tendría un costo de \$14.000.000, que incluía honorarios del cirujano, ayudante, anestesiólogo, derechos de sala, materiales de consumo, recuperación y hospitalización (f. 127-128 c-1), oferta que se justificó así:

Actualmente, este tipo de cirugía la realizamos en dos tiempos quirúrgicos, dependiendo del tiempo de evolución de la parálisis. En el primer tiempo quirúrgico se realiza un injerto cruzado microquirúrgico de nervio facial, tomando como donante el nervio sural de extremidad inferior. El objetivo de este tiempo quirúrgico es proveer la inervación del lado paralizado de la cara basada en la anastomosis del injerto a una de las ramas sanas del nervio facial en el lado normal y cruzarlo hacia el lado paralizado. El segundo tiempo quirúrgico que se realiza unos 6.6 meses después del primer tiempo, consiste en una transferencia microquirúrgica o colgajo libre neuromuscular de Gracilis, con anastomosis a los vasos faciales. En este tiempo que se espera que los axones nerviosos hayan crecido desde la rama motora sana del nervio facial escogida en la anastomosis. Una vez hecha la transferencia muscular con todo su pedículo vasculonervioso se realiza la anastomosis del injerto del nervio sural neurolizado de una manera simétrica y espontánea que no requiere de ningún entrenamiento especial.

En consecuencia, está demostrado que para dar cumplimiento a la acción de tutela instaurada a nombre del señor Julio Alejandro Trujillo Lema, el Instituto de Seguros ofició al menos a dos centros especializados de Bogotá; que en uno de ellos le dieron respuesta, pero que la cotización del servicio, al decir del gerente de la seccional del Atlántico excedía el límite permitido por el manual de precios de la entidad.

A pesar de esas gestiones y de la decisión del juez de tutela que se abstuvo de sancionar al funcionario, por considerar que no incurrió en desacato, considera la Sala que el Instituto de Seguros Sociales es responsable del daño autónomo sufrido por el señor Trujillo Lema, quien se vio privado de la oportunidad de mejorar su estado de salud.

Todos los obstáculos de carácter administrativo que hubiera tenido la entidad y que se tradujeron en la tardanza de brindar al paciente la atención médica que este requirió, hasta hacer desaconsejable la práctica de la cirugía por su total ineficacia, no la exoneran de responsabilidad. Esta debió superar de maneja ágil esos escollos de carácter administrativo y financiero, porque la situación del paciente así lo ameritaba. Bien hubiera podido la entidad demandada llevar esa cuenta al Fondo de Solidaridad y Garantía creado por el artículo 218 de la Ley 100 de 1993, esta es *“una cuenta adscrita al Ministerio de Salud que se manejará por encargo fiduciario, sin personería jurídica ni planta de personal propia, de conformidad con lo establecido en el estatuto general de la contratación de la administración pública de que trata el artículo 150 de la Constitución Política”*, a través del cual podían compensarse los mayores costos para las entidades

prestadoras del servicio de salud, como de manera reiterada, para esa misma época lo había señalado la Corte Constitucional¹⁰.

5. La indemnización del perjuicio

Como en este caso no se condena al Instituto de Seguros Sociales por las secuelas de carácter funcional y estético que sufre el paciente, porque, como antes se señaló, esos daños se produjeron como consecuencia de la lesión con arma de fuego que le infirió un tercero, sino por los perjuicios que sufrieron los demandantes por la omisión de la entidad demandada de realizar las gestiones necesarias para practicarle de manera oportuna el injerto nervioso, que hubiera podido mejorar su estado, la indemnización se limitará al pago del daño moral, derivado de ese daño autónomo.

Como lo resarcible es este caso no son los daños corporales que sufre el señor Trujillo Lema, no hay lugar a reconocerle indemnización por el daño a la salud, ni los demás perjuicios materiales e inmateriales reclamados en la demanda (daño fisiológico, alteración a las condiciones materiales de existencia y lucro cesante). Se le reconocerá sí la indemnización por el daño autónomo a la pérdida de la oportunidad que tenía el paciente de mejorar su aspecto y funcionalidad visual, al recuperar el movimiento de algunos músculos de la cara, con la cirugía recomendada por el especialista, la indemnización se hará solo por el perjuicio moral que les causó la privación de esa oportunidad.

En consideración a que no se cuenta en el expediente con una prueba técnica que señale un cálculo de probabilidades de que el paciente obtuviera el beneficio esperado, para efectos de determinar el *quantum* de la indemnización se tendrán en cuenta las pruebas que obran en el expediente, la revisión de casos similares y la aplicación del principio de equidad, para garantizar así el derecho a la igualdad de los afectados.

Por lo tanto, se condenará al Instituto de Seguros Sociales pagar a los demandantes la indemnización por el daño moral derivado de la pérdida de la

¹⁰ Ver, por ejemplo, sentencia de la Corte **Constitucional** T-839/00, T-1120/00, T-1125/00, T-1130/00, T-1166/00, T-1174/00, T-1176/00, T-1204/00, T-1219/00, T-1221/00, T-1298/00, T-1401/00, T-1524/00, T-1572/00, T-1607/00, T-1612/00, T-1668/00, T-1678/00, T-1693/00.

oportunidad que tenía el señor Julio Alejandro Trujillo Lema el cual se tasa en 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de cada uno¹¹.

5. Sin condena en costas

De conformidad con lo establecido en el artículo 55 de la ley 446 de 1998 hay lugar a condenar en costas a la parte vencida, sólo en la medida en que su conducta sea temeraria porque no le asiste al demandar u oponerse “un fundamento razonable, o hay de su parte una injustificada falta de colaboración en el aporte o práctica de pruebas, o acude a la interposición de recursos con un interés meramente dilatorio”¹². En el caso concreto, si bien la parte demandada resultó vencida en el juicio, no incurrió en conductas dilatorias o temerarias, pues sin abuso del derecho trató de acreditar los hechos exceptivos que propuso. Asunto distinto es que a partir de la valoración de las pruebas recaudadas, se haya llegado a una conclusión diferente.

6. Respecto del pago efectivo de esta condena, la Sala, además de reiterar las precisiones hechas por esta Corporación frente a la situación de liquidación del I.S.S.¹³, debe señalarse que el artículo 6 del Decreto 553 de 2015, “Por medio del cual se adoptan medidas con ocasión del cierre de la liquidación del Instituto de Seguros Sociales - ISS en Liquidación y se dictan otras disposiciones”, estableció:

Término para entrega al patrimonio autónomo. Concluida la Liquidación del Instituto de Seguros Sociales el 31 de marzo de 2015, Fiduciaria La Previsora S.A. tendrá el término de tres (3) meses, única y exclusivamente para realizar las actividades post cierre y de entrega al Patrimonio Autónomo que se constituya de conformidad con el artículo

¹¹ Ver, por ejemplo, otras condenas por pérdida de oportunidad en responsabilidad médica, en: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 12 de diciembre de 2013, exp. 27.960, en la cual se condenó a la entidad hospitalaria demandada a pagar una indemnización de 70 SMLMV a favor de cada uno de los demandantes, por los perjuicios morales que les causó la omisión de la entidad hospitalaria de practicar al paciente un diagnóstico oportuno de las lesiones intracraneanas que había sufrido en accidente de tránsito, las cuales le causaron la muerte, y de 31 de julio de 2014, exp. 31.781, ambas con ponencia de que redacta este fallo, en la cual se condenó a la entidad a pagar a cada uno de los demandantes 50 SMLMV, por el perjuicio moral que sufrieron, como consecuencia de no haberle practicado a su padre la revascularización miocárdica que se había prescrito, por fallas de tipo administrativo, omisión que le restó al paciente la oportunidad de prolongar su vida. Cabe destacar que para la determinación de la indemnización se tuvieron en cuenta la gravedad del resultado y el grado mayor o menor de probabilidad de recuperar o mejorar su salud, o de prolongar su vida.

¹² Sentencia de la Sala del 18 de febrero de 1999, exp: 10.775, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 10 de septiembre de 2014, exp. 25.909, M.P. Enrique Gil Botero. En esa ocasión, se precisó: “los artículos sobre la prevalencia y clasificación de los créditos (arts. 2494 y s.s. del Código Civil) no pueden ser aplicados a los derechos que surgen como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado, sino que, por el contrario, han de ser entendidos como obligaciones privilegiadas que, junto con las laborales y las tributarias, se encuentran en primer nivel de prevalencia crediticia y, en consecuencia, su pago se debe efectuar con prioridad sobre las acreencias restantes”.

35 del Decreto 254 de 2000, modificado por el artículo 19 de la Ley 1105 de 2006 y al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia.

Parágrafo. El Gobierno Nacional hará las operaciones presupuestales necesarias para garantizar el cumplimiento de las obligaciones que queden pendientes del proceso de liquidación de que trata el presente Decreto.

Por su parte, el artículo 35 del Decreto 254 de 2000, modificado por el artículo 19 de la Ley 1105 de 2006, prescribió:

A la terminación del plazo de la liquidación, el liquidador podrá celebrar contratos de fiducia mercantil con una entidad fiduciaria por el cual se transferirá activos de la liquidación con el fin de que la misma los enajene y destine el producto de dichos bienes a los fines que en el inciso siguiente se indican. La entidad fiduciaria contratista formará con los bienes recibidos de cada entidad en liquidación un patrimonio autónomo.

La entidad fiduciaria destinará el producto de los activos que les transfiera el liquidador a pagar los pasivos y contingencias de la entidad en liquidación, en la forma que hubiere determinado el liquidador en el contrato respectivo, de conformidad con las reglas de prelación de créditos previstas en la ley.

Si pagadas las obligaciones a cargo de la entidad en liquidación quedaren activos o dinero en poder de la entidad fiduciaria contratada, esta los entregará al Fopep o al Fondo de Reservas de Bonos Pensionales, según corresponda, en la forma y oportunidad que señale el Gobierno Nacional en el decreto que ordene la liquidación o en uno que lo complemente.

Pagados los pasivos o cuando los bienes entregados en fiducia sean suficientes para atenderlos, los demás activos que no hayan sido objeto de fiducia, se traspasarán al Ministerio, Departamento Administrativo o entidad descentralizada que determine la ley o el acto administrativo expedido por el Gobierno Nacional. Lo anterior, sin perjuicio de que cuando se enajenen bienes, su producto se entregue al Fopep o al Fondo de Reserva de Bonos Pensionales, según lo determine el Gobierno Nacional.

Cumplido el plazo de la liquidación en el acta final de liquidación por la cual se pone fin a la existencia legal de la entidad y, cuando sea del caso, se indicarán los activos que se transfieren o que se encuentran en un patrimonio autónomo de conformidad con el presente artículo, así como los pasivos que se pagarán con cargo a dicho patrimonio autónomo, y las obligaciones que asuman otras entidades con sujeción a lo previsto en el presente decreto.

Si al terminar la liquidación existieren procesos pendientes contra la entidad, las contingencias respectivas se atenderán con cargo al patrimonio autónomo al que se refiere el presente artículo o a falta de este, el que se constituya para el efecto. Lo anterior sin perjuicio de los

casos en que la Nación u otra entidad asuman dichos pasivos, de conformidad con la ley (se destaca y subraya).

En consecuencia, se dispondrá que se dé cumplimiento a esta sentencia en la forma señalada en las normas citadas. En todo caso, el gobierno nacional dispondrá todos los medios necesarios para el pago efectivo de la presente condena, tal como lo ha señalado esta Corporación.

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

FALLA

REVÓCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, el 11 de julio de 2007 y, en su lugar, se decide:

Primero: ABSOLVER a la Nación-Ministerio de Trabajo (hoy de la Protección Social), por ser persona jurídica distinta del ISS.

Segundo: DECLÁRANSE no probadas las restantes excepciones formuladas por las entidades demandadas.

Tercero: DECLÁRASE patrimonialmente responsable al Instituto de Seguros Sociales por los perjuicios causados a los demandantes como consecuencia del daño autónomo a la pérdida de la oportunidad de mejorar su estado de salud, sufrido por el señor Julio Alejandro Trujillo Lema.

Cuarto: CONDÉNESE al Instituto de Seguros Sociales I.S.S., con cargo al Patrimonio Autónomo de Remanentes del I.S.S.¹⁴, a pagar, por perjuicios morales, cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, a cada una de las siguientes personas: Julio Alejandro Trujillo Lema, Mónica Paola Trujillo Vega y Alexander Tadeo Trujillo Vega.

¹⁴ Según consulta a la página oficial del I.S.S. Liquidado ese patrimonio autónomo ya está constituido. Ver: <http://www.issliquidado.com.co/normatividad/>.

Quinto: NIEGANSE las demás súplicas de la demanda.

Sexto: El Instituto de Seguros Sociales, con cargo al Patrimonio Autónomo de Remanentes del I.S.S., dará cumplimiento a lo dispuesto en este fallo, en los términos indicados en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

Séptimo: Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del art. 115 del Código de Procedimiento Civil y con observancia de lo preceptuado en el art. 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

Octavo: SE RECONOCE personería al abogado Renemberg Miguel Mangones Gómez, identificada con cédula de ciudadanía n.º 6.861.463 de Montería, la tarjeta profesional n.º 79.062 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado del señor Julio Alejandro Trujillo Lema, en los términos y para los efectos del poder conferido, obrante a folio 597 del cuaderno principal.

Noveno: DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Presidenta

RAMIRO DE JESUS PAZOS GUERRERO

DANILO ROJAS BETANCOURTH