

### **LEGITIMACION EN LA CAUSA - Noción. Definición. Concepto**

La legitimación en la causa hace referencia a la posibilidad de que la persona formule o controvierta las pretensiones de la demanda, por ser el sujeto activo o pasivo de la relación jurídica sustancial debatida en el proceso. Como se observa, las personas con legitimación en la causa, se encuentran en relación directa con la pretensión, ya sea desde la parte activa, como demandante, o desde la pasiva, como demandado. **NOTA DE RELATORIA:** Consultar sentencia de 23 de abril de 2008, exp. 16271

### **LEGIMATIO AD PROCESSUM Y LEGITIMATIO AD CAUSAM - Diferencias / LEGITIMACION PARA ACTUAR EN EL PROCESO Y LEGITIMACION EN LA CAUSA - Diferencias**

Asimismo, se advierte la utilidad de señalar las diferencias entre la legitmatio ad processum y la legitmatio ad causam. La legitimación en la causa está directamente relacionada con el objeto de la litis, es decir, se trata de un elemento sustancial relacionado directamente con la pretensión, en ese sentido, no constituye un presupuesto procesal, como sí lo es la legitimación para el proceso, por el contrario, la legitimación en la causa ha sido entendida como un presupuesto para la sentencia de mérito o de fondo, en otras palabras, es un requisito para que exista un pronunciamiento de fondo sobre la relación jurídico- sustancial juzgada. En ese orden de ideas, la ausencia de legitimación en la causa no genera la nulidad del proceso, lo que enerva es la posibilidad de obtener una decisión sobre el fondo del asunto.

### **LEGITIMACION DEL DEMANDANTE - Legitimación en la causa por activa / LEGITIMACION DEL DEMANDADO - Legitimación en la causa por pasiva / LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA - En el proceso contencioso administrativo es la capacidad para ser parte / FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA - Cuando se demanda a una persona de derecho público en particular, verbigracia la Nación, y quién debió ser demandado era otra entidad pública con personería jurídica**

Según se hable de la legitimación del demandante o del demandado, estamos en presencia de la falta de legitimación en la causa por activa y por pasiva, respectivamente. La legitimación en la causa por pasiva, en el proceso contencioso administrativo, necesariamente debe entenderse a la luz del concepto de capacidad para ser parte. En otros términos, la falta de legitimación por pasiva sólo puede predicarse de las personas que tienen capacidad para ser parte en el proceso, y no de los órganos o de los representantes de éstos que acuden al proceso en nombre de la persona jurídica de derecho público. Así, es claro que en los casos en los que se demanda a la Nación, pero ésta no estuvo representada por el órgano que profirió el acto o produjo el hecho, sino por otra entidad carente de personería jurídica, no se está en presencia de falta de legitimación en la causa, sino de un problema de representación judicial. Desde esta perspectiva, por el contrario, estamos ante un problema de falta de legitimación en la causa, cuando se demanda a una persona de derecho público en particular, verbigracia la Nación, y quién debió ser demandado era otra persona, entiéndase un Municipio, un Departamento u otra entidad pública con personería jurídica.

### **PERDIDA DE OPORTUNIDAD - Noción. Definición. Concepto**

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 situación. Así las cosas, ya no habrá 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 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.

#### **PERDIDA DE OPORTUNIDAD - Enfoques**

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.

#### **DAÑO AUTONOMO - Noción. Definición. Concepto**

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. 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. 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).

#### **FACTOR DE IMPUTACION O INSTRUMENTO DE FACILITACION PROBATORIA - Noción. Definición. Concepto**

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. (...) 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

#### **PERDIDA DE OPORTUNIDAD - Aspectos para su correcta aplicación**

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. (...) 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–, 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. (...) 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 omitido. (...) 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.

#### **PERDIDA DE OPORTUNIDAD - Sirve como un instrumento de imputación al no existir certeza de que la falla en la prestación del servicio médico haya sido la causa del resultado dañoso**

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. En el caso sub examine, la Sala comparte el razonamiento desarrollado por el a quo, pues está demostrado que el tratamiento era el adecuado, sin embargo, transcurrieron más de 10 horas entre el ingreso del paciente al Hospital y la realización del lavado quirúrgico y desbridamiento. En efecto, de los testimonios recepcionados y demás pruebas obrantes en el proceso, es claro que la conducta a seguir era el lavado quirúrgico y el desbridamiento, consistente, este último, en el retiro de los tejidos muertos. De conformidad con el testimonio del médico que practicó la amputación, ante una herida abierta, ocasionada en la calle, el tratamiento de preferencia es, previa una estabilización hemodinámica, la limpieza quirúrgica, debido a la contaminación que trae el paciente, y lo que se busca con ello es que no se produzca infección. Según su dicho, entre el momento de la herida y este procedimiento, no deberían pasar más de seis horas. (...) el tratamiento recibido por el demandante fue el adecuado de conformidad con los protocolos médicos. De igual manera, su pronóstico no era bueno y la posibilidad de amputación se contempló desde el primer momento, pues el tipo de herida que presentaba tiene alta probabilidad que ésta sea necesaria. Sin embargo, no es menos cierto que el manejo de urgencia inicial (el desbridamiento practicado en el quirófano) tuvo una demora injustificada, precisamente por la gravedad del paciente. (...), la atención del Hospital fue adecuada pero tardía, lo que también constituye una falla en el servicio. De otro lado, la afirmación hecha por el demandado en el recurso de apelación, según la cual se le había practicado un lavado quirúrgico en la Clínica Bucaramanga y por ende no era necesario practicarlo de nuevo porque éste se hace cada 24 horas, no encuentra asidero en las pruebas allegadas, toda vez que ese procedimiento no aparece registrado en la nota remisoria que fue anexada a la historia clínica. Y si hubiera sido así, no se le habría realizado dicho procedimiento a las 10 p.m del 26 de abril, sino a las 10 a.m. del día siguiente.

**PERDIDA DE OPORTUNIDAD - Instrumento de imputación. Amputación de miembro inferior derecho / PERDIDA DE OPORTUNIDAD - Indemnización de la pérdida de chance**

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 (la pérdida del miembro inferior derecho), comoquiera que su diagnóstico no era bueno, y la posibilidad de amputación siempre estuvo presente debido a la gravedad de la herida, empero la tardanza en el lavado quirúrgico le restó probabilidad de mantener la integridad de su miembro inferior derecho. Y es la pérdida de ese chance lo que será indemnizado en el caso. Por esta razón, en punto de la responsabilidad del Hospital Universitario Ramón González Valencia, el fallo de primera instancia será confirmado.

**OBLIGACION MEDICA - Elementos / SERVICIO MEDICO ASISTENCIAL - Servicio público esencial. Es deber de la administración pública garantizar su efectiva prestación / DEBER MEDICO - Fundamento**

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 integralidad, ii) la inmediatez u oportunidad, iii) disponibilidad y diagnóstico, iv) discrecionalidad técnica, v) consentimiento informado, y vi) actualidad del conocimiento. 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. 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. (...) 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.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**SUBSECCION C**

**Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO**

Bogotá, D. C, veinticuatro (24) de octubre de dos mil trece (2013)

**Radicación número: 68001-23-15-000-1995-11195-01(25869)**

**Actor: NESTOR JOSE BUELVAS CHAMORRO**

**Demandado: NACION-MINISTERIO DE SALUD Y OTROS**

**Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia del 17 de julio de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, en la que se resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: DECLÁRASE administrativa y solidariamente responsables a LA NACIÓN-MINISTERIO DE SALUD-, DEPARTAMENTO DE SANTANDER (Secretaría de Salud) y el HOSPITAL UNIVERSITARIO RAMÓN GONZÁLEZ VALENCIA

por los perjuicios ocasionados al señor NÉSTOR JOSÉ BUELVAS CHAMORRO.

“SEGUNDO: CONDÉNASE solidariamente a la NACIÓN-MINISTERIO DE SALUD; DEPARTAMENTO DE SANTANDER (Secretaría de Salud) y el HOSPITAL UNIVERSITARIA RAMÓN GONZÁLEZ VALENCIA a pagar por concepto de perjuicios morales a favor de NÉSTOR JOSÉ BUELVAS CHAMORRO el equivalente a setenta (70) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

“TERCERO: DENIÉGANSE las restantes súplicas de la demanda.

“CUARTO: La NACIÓN-MINISTERIO DE SALUD; el DEPARTAMENTO DE SANTANDER (Secretaría de Salud) y el HOSPITAL UNIVERSITARIO RAMÓN GONZÁLEZ VALENCIA darán cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en los artículos 177 y 178 del C.C.A.” (fls.41-2 cuad. ppal)

## **I. ANTECEDENTES**

1. El 16 de noviembre de 1995, el señor Néstor José Buelvas Chamorro, a través de apoderado judicial, interpuso demanda de reparación directa contra la Nación-Ministerio de Salud-, el Departamento de Santander (Secretaría de Salud) y el Hospital Universitario Ramón González Valencia, para que se les declarara solidaria y patrimonialmente responsables de los daños que le fueron ocasionados con motivo de la falla del servicio médico-hospitalario que tuvo como consecuencia la amputación de su pierna derecha, procedimiento que se llevó a cabo en el Hospital Universitario Ramón González Valencia de Bucaramanga, Santander, el 29 de abril de 1995.

En consecuencia, deprecó que se condenara al pago, por concepto de perjuicios morales, a 1.000 gramos oro; y por daños materiales, en la modalidad de daño emergente, a \$100'000.000,00; y por lucro cesante, a \$950.000,00; por último, por daño fisiológico, el equivalente a 1.000 gramos de oro.

2. Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

"1. El día miércoles 26 de abril de 1995, el señor NÉSTOR JOSÉ BUELVAS CHAMORRO, residente en zona rural ubicada entre los municipios santandereanos de San Vicente Chucurí y El Carmen de Chucurí, quiso visitar amigos suyos residentes en esta capital y para el efecto se dirigió al barrio El Reposo, donde viven sus amigos ÁLVARO MORALES y ESTHER MORALES. Cuando venía de regreso, a pie, y en compañía de ESTHER MORALES, apareció un bus, que infortunadamente, al tratar su conductor de dar vía a otro bus que marchaba en sentido contrario, se montó sobre el andén por donde transitaba el demandante, lo golpeó en la frente con el implemento dispuesto al lado de la puerta para asirse los pasajeros que abordan el vehículo, y lo envió contra la pared de la casa aledaña, cayendo al suelo y perdiendo el conocimiento. Desgraciadamente, la llanta trasera del automotor alcanzó a agarrarle el pie derecho, produciéndole un desplazamiento de la piel, que no hubiera pasado a mayores de no haber sido por la negligencia con que fue atendida la víctima, y que se puntualiza en los apartes subsiguientes.

"2. Al producirse el accidente, la acompañante del lesionado, ESTHER MORALES, le gritó al chofer del bus para que se detuviera, cosa que éste hizo, y le exigió llevarlo a clínica. El conductor, en efecto, en el mismo bus y acompañado de ESTHER MORALES, llevó al herido a la Clínica Bucaramanga.

"3. Habiendo arribado a la Clínica Bucaramanga, el demandante fue acostado en una camilla fuera de la Clínica, le lavaron la herida, y le exigieron el seguro al conductor del bus. No sabemos por qué, pero la Clínica no aceptó finalmente al paciente, el cual fue remitido al Hospital Universitario Ramón González Valencia, a donde llegó entre las 9:30 y las 10:00 de la mañana.

"4. A la hora del arribo al Hospital, únicamente se limitaron allí a mirarle el pie lesionado, sin proceder a ejecutar ninguna conducta. El paciente fue dejado desde esa hora hasta las 4 de la tarde, cuando finalmente '...me pusieron mano...' según su relato, lo anestesiaron y le hicieron un raspado de la piel movilizadora, lo vendaron y lo dejaron en manos de las enfermeras. Esto ocurrió el miércoles 26 de abril.

"5. A partir del día jueves, tres enfermeras empezaron a hacerle curaciones, procediendo a vendarlo después de cada una de ellas. Entre el jueves y el viernes se prolongaron las curaciones, el paciente se vio la piel normal y a quienes le visitaban e indagaban por su salud le respondía sentirse bien.

"6. El sábado por la mañana, a la curación acudió, a parte de la respectiva enfermera, un enfermero, pero ya en esta oportunidad el paciente percibido en su pie color renegrado, olor fétido y dolor muy intenso, situación que se mantuvo hasta la tarde, sin que se hiciera nada al respecto.

"7. En la tarde del sábado fue visitarlo el señor PEDRO MORALES, a quien le contó que se sentía muy mal. En vista de la situación, el señor PEDRO MORALES y el señor EVER BLANCO decidieron sacar el paciente del Hospital para llevarlo a otra parte, presentándose un enfrentamiento personal médico y de enfermería, que alegaba que al paciente se estaba dando muy buena atención. Pero ante la insistencia de los señores MORALES y BLANCO aceptaron que el paciente abandonara el Hospital,

para lo cual pidieron una camilla y lo bajaron el ella (sic) al primer piso, siendo aproximadamente las 5:00 de la tarde.

“8. El paciente fue trasladado a la Clínica La Merced. En este centro asistencial fue visto por médicos llamados especialmente para valorar su caso, entre ellos el Dr. Enrique Aguilar Quinche, Médico Ortopedista y Traumatólogo y le manifestaron que presentaba gangrena gaseosa y que la única conducta médica posible era la amputación de la extremidad, lo cual debía ser expresamente aceptado por el paciente, o de lo contrario éste fallecería por lo avanzada que se encontraba la enfermedad.

“9. No existiendo otra opción posible, el demandante hubo de consentir la amputación de su pierna, intervención quirúrgica que efectivamente se practicó por parte del Dr. Aguilar Quinche, siendo dado de alta cuatro días después, aproximadamente.

“10. Tanto el daño moral como el fisiológico causado al actor son inconmensurables. Resultan, de otra parte, previsibles los cuantiosos costos futuros que habrá de asumir para poder verse beneficiado de los avances de la ortopedia, y es evidente, además, el efecto perjudicial que lo acaecido lo traerá para su capacidad de trabajo.”(fls. 10-3 cuad. 1)

3. La demanda fue admitida, en auto del 30 de noviembre de 1995, y notificada en debida forma.

3.1. El Departamento de Santander, a través de su apoderado judicial, manifestó no constarle ninguno de los hechos. Sostuvo que el paciente fue atendido desde el momento en que ingresó al Hospital hasta su salida voluntaria; que se pusieron a su disposición todos los medios necesarios para su recuperación.

Señaló que debe tenerse en cuenta que la edad del paciente era de 61 años, con herida en cuello de pie derecho y región lateral de pie, con exposición de tendones, sin pulso pedio, esto es, sin pulsación en la arteria pedia, encargada de irrigar sangre al pie, lo que significa que la arteria había sido mutilada en el accidente. Se ordenó su hospitalización y aplicación de dosis de penicilina cristalina y garamicina. Una vez recibido en urgencias, el paciente fue trasladado a la sección de ortopedia y allí se le diagnosticó: trauma por aplastamiento de tejidos blandos del pie derecho; lesión vascular pedia-tibial posterior en cuello del pie derecho y fractura abierta grado III, luego de la valoración, se hace una remisión a cirugía. En el procedimiento quirúrgico, se encontró que el paciente presentaba avulsión de tendones y se estiman convenientes dos alternativas: 1. Verificar la posibilidad de recuperación del miembro, y de no ser posible, 2. Amputación.



Según el diagnóstico de los médicos tratantes, los tejidos se encontraban macerados, no había circulación sanguínea y el pie no tenía pulso. Dadas las características de la herida, siempre se tuvo en consideración la posibilidad de la amputación, sin embargo, el personal médico que atendió al señor Buelvas agotó todos los medios disponibles para recuperar el pie del paciente.

Concluyó que el personal médico actuó con diligencia y profesionalismo y empleó todos los medios disponibles para evitar la amputación del pie del paciente, no obstante, ante la ausencia de arterias y la maceración de tejidos, la consecuencia sería una necrosis que culminaría de igual manera con la amputación. Por tales razones, se opuso a la prosperidad de las pretensiones.

3.2. El apoderado judicial del Hospital Universitario Ramón González Valencia, manifestó atenerse a las probanzas, sin embargo, sostuvo que nunca hubo negligencia de parte del personal del nosocomio, pues, por el contrario, dadas sus especiales circunstancias fue tratado con un rigor médico especial. Refirió que, tal como consta en la historia clínica, el paciente ingresó a las 10:40 a.m., momento en el que los médicos que lo atendieron diagnosticaron la gravedad de la lesión y la posibilidad de la amputación. Aceptó que los señores Pedro Morales y Ever Blanco, visitaron al paciente, pero que éstos decidieron retirarlo del centro hospitalario bajo su exclusiva responsabilidad.

3.3. La Nación-Ministerio de Salud, a través de su apoderado judicial, manifestó no constarle ninguno de los hechos. Propuso como excepción la falta de legitimación en la causa por pasiva, comoquiera que al Ministerio, por disposición constitucional y legal, le corresponde formular políticas y dictar normas científico-administrativa, exclusivamente, como ente rector y orientador y no como prestador del servicio.

En este sentido, de los hechos narrados en la demanda no se puede inferir que ninguna eventual acción u omisión causante del resultado dañoso puede ser atribuida al Ministerio de Salud o a uno de sus agentes.

4. Concluida la etapa probatoria, iniciada por auto del 13 de agosto de 1996, y fracasada la conciliación, se corrió traslado para alegar.

4.1. El apoderado del demandante trajo a colación el testimonio del médico que practicó la amputación al paciente, quien afirmó que el tiempo máximo que puede

transcurrir entre el momento del accidente -cuando el paciente adquiere la infección- y el procedimiento de limpieza quirúrgica es de seis horas, sin embargo, en el presente caso transcurrieron 12 horas antes de se que le dispensara esa clase de atención, esto es, el doble del tiempo recomendado. Sostuvo que la entidad demandada presentó el cuadro clínico del paciente como muy grave, para tratar de justificar una inevitable amputación, en efecto, las circunstancias clínicas fueron agrandadas, en una conspiración de silencio de los médicos, para presentar la amputación como la única salida posible.

Adicionalmente, señaló las inconsistencias entre algunos testimonios de los médicos, pues quien le practicó la limpieza quirúrgica sostuvo que el paciente no tenía fractura, mientras otros afirmaron que sí la había.

En conclusión, fue el retardo injustificado de más de seis horas en la limpieza quirúrgica la causa de la disminución en las posibilidades que tenía el paciente para mantener su miembro inferior derecho, más allá de la gravedad o no de sus lesiones.

4.2. Los demandados guardaron silencio.

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

En sentencia del 17 de julio de 2003, el Tribunal Administrativo de Santander declaró la responsabilidad solidaria de la Nación-Ministerio de Salud, el Departamento de Santander y el Hospital Universitario Ramón González Valencia, por los perjuicios ocasionados al demandante.

Consideró que la imputación podía estar dirigida a las tres entidades demandadas, pues, en virtud de un precedente de esta Corporación, a la Nación, a través del Ministerio de Salud, le compete organizar, dirigir y reglamentar la prestación de los servicios de salud, en ese sentido, es responsable cuando por falta de organización del servicio se causen daños, sin importar que dicho servicio sea prestado por un ente territorial o cualquier entidad del sector descentralizado por servicios. En lo que respecta al Departamento, su legitimación en la causa por pasiva reside en los artículos 4, 6 y 12 de la ley 10 de 1990, que se refieren a la organización del servicio público de salud y la responsabilidad por su dirección y prestación.

Sobre la responsabilidad de los demandados, puntualizó lo siguiente:

“Para la sala de acuerdo con el testimonio calificado de los médicos tratantes resulta evidente que la gangrena que dio lugar a la amputación referida se produjo como consecuencia de la extensión de la infección que se presentó en el pie derecho del paciente que no fue evitada oportunamente. El retardo en la práctica de la intervención necesaria para controlar dicha infección se encuentra claramente documentado en la historia clínica.

“Por la gravedad de las lesiones el paciente requería todas las medidas terapéuticas anotadas en las órdenes médicas [lavado y debridamiento (sic) quirúrgico antibiótico, terapia, curación diaria, etc.]. circunstancia que en principio permitiría afirmar que el tratamiento ordenado fue adecuado más no OPORTUNO.

“No resulta aceptable que ante la evidencia de una lesión con alto riesgo de infección (se trataba de una fractura abierta y con aplastamiento de todos los tejidos con compromiso vascular nervioso) sólo transcurridas más de diez horas de haber sido valorado en el servicio de urgencias se dispusiera en la Sala de Cirugía el tratamiento de desbridamiento y limpieza quirúrgica cuando la gravedad de la herida ameritaba una actuación inmediata y oportuna.

“(…) Ahora bien, de acuerdo con la historia clínica y la declaración de los médicos, era muy poco probable que el paciente se recuperara, esto es, existía muy poca probabilidad del miembro inferior derecho dada la gravedad de la herida. No entiende entonces la Sala cómo ante esta situación no se actuó de manera rápida y efectiva, practicando una cirugía inmediatamente, a fin de extirpar el o los músculos enfermos y permitirle al paciente la probabilidad de una recuperación. Todo indica que su pie no era viable, es por esta razón que la Sala ante la evidencia de una falla en el servicio por la atención tardía declarará responsable a las entidades demandadas por la pérdida de oportunidad que con su conducta omisiva le negó al paciente. Con los elementos de prueba que obran en el expediente, no puede concluirse que la falta de atención oportuna haya sido la causa que concurrió con la patología del enfermo al desenlace fatal. Lo que sí resulta absolutamente claro, es que las omisiones en que incurrió el grupo médico o la organización institucional en la prestación del servicio de salud, excluyen la idea de diligencia y cuidado, de regularidad y eficaz prestación del servicio público. Si el demandado hubiese obrado con diligencia y cuidado no le habría hecho perder al paciente el chance u oportunidad de recuperarse.”  
(fls.36-8 cuad. 1)

En lo que se refiere a la indemnización de perjuicios, el *a quo* estimó que sólo era procedente la condena por perjuicios morales por las irregularidades administrativas que condujeron a la pérdida de una oportunidad de chance para la recuperación del paciente. En esa medida, negó el reconocimiento de perjuicios fisiológicos y materiales.

### III. RECURSO DE APELACIÓN

1. El demandante, el Departamento de Santander y el Hospital Universitario Ramón González Valencia de Bucaramanga, interpusieron recurso de apelación contra la sentencia, el que les fue concedido en auto del 4 de septiembre de 2003 y admitido el 14 de noviembre del mismo año.

1.1. En el escrito de sustentación, el demandante solicitó que se confirmara la declaratoria de responsabilidad, y que se hiciera el reconocimiento de los perjuicios materiales y el daño fisiológico y se incrementaran los montos otorgados por concepto de daño moral, sin embargo, no presentó argumentos para que se procediera así.

Sostuvo que los médicos que declararon ante esta jurisdicción mintieron en cuanto a la existencia de fractura en el pie derecho, ya que quien le practicó la limpieza quirúrgica afirmó que el paciente no estaba fracturado, mientras que los demás afirmaron lo contrario.

1.2. El apoderado del Departamento de Santander solicitó que se hiciera claridad sobre las normas que han regido el Sistema Nacional de Salud, a efectos de determinar hasta qué punto puede un Departamento ser responsable solidario por las fallas que se cometan en la prestación de servicios médicos que se brindan en hospitales públicos o en instituciones privadas.

Explicitó su argumento así:

“Tal y como lo establece la Ley 100 de 1993, el Sistema General de Seguridad Social en Salud, ratifica que las competencias y la organización de la atención de salud en los aspectos no cobijados por ella misma, se regirá por las disposiciones legales vigentes, especialmente por las leyes 10 de 1990, 60 de 1993, además de lo establecido por la Ley 9 de 1979. En el sistema se diferencian dos grandes sectores a saber: El que traza, perfila, planifica y orienta las políticas generales de salud, junto con los órganos de control y vigilancia, frente al gran sector operativo, constituido por todos los entes que promocionan y prestan servicios de salud en los niveles de atención y grados de complejidad previstos por la ley. El artículo 155 de la Ley 100 de 1993, establece la forma como se integra el Sistema de Seguridad Social en Salud, dividiendo las entidades en organismos de dirección, control y vigilancia, del cual hacen parte los Ministerios de Salud y Trabajo, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y la Superintendencia Nacional de Salud; los organismos de administración y financiación conformado por las Entidades Promotoras de Salud, las Direcciones Seccionales, Distritales y Locales de Salud y el Fondo de Solidaridad y Garantía; y en tercer orden las Instituciones Prestadoras de

Servicios de Salud, Públicas, Privadas o Mixtas. A su vez el Artículo 176 de la Ley 100 de 1993, atinente a las funciones de la Dirección Seccional, Distrital y Municipal del Sistema de Salud, establece las funciones que corresponden en el caso específico a las Direcciones Seccionales las cuales pueden resumirse como funciones de inspección, vigilancia y control, y administrativas, pero nunca las de prestar directamente los servicios de Salud, que tal y como se establece en el Artículo 185 de la Ley 100 de 1993, les corresponden según su nivel de atención, brindar la prestación de dichos servicios de salud, a los Afiliados y Beneficiarios dentro de los parámetros y principios señalados en la misma ley.” (fls. 663-4 cuad. ppal)

Finalmente, arguyó que la responsabilidad por la falla en la prestación del servicio médico es única y exclusiva del Hospital Universitario, puesto que fue allí donde el demandante recibió atención médica, por tal motivo, no es del caso responsabilizar a la Nación y al Departamento. Además, el ente departamental sólo responde cuando el Hospital, ente autárquico, no puede hacerlo con los fondos y bienes que le han sido asignado para el cumplimiento de sus funciones, es decir, la obligación del Departamento debe ser subsidiaria y no solidaria. En virtud de sus argumentos, solicitó que se le absolviera de la responsabilidad solidaria a la que fue condenado en el fallo de primera instancia.

1.3. El apoderado judicial del Hospital Universitario precisó que el concepto de pérdida de oportunidad opera cuando se tiene certeza de la ventaja que hubiera tenido la víctima de haberse podido practicar el procedimiento médico en tiempo. Sin embargo, en el caso concreto, no admitía una posibilidad diferente a la amputación. Señaló, asimismo, que en la Clínica de Bucaramanga, entidad que lo atendió primero, se le realizó una limpieza quirúrgica, y por esta razón, no era necesario practicarle otra, pues éstas se realizan cada 24 horas.

Entre otros, puntualizó en lo siguiente:

“De lo explicado anteriormente habría que concluir que en base al estado en que llegó el señor Buelvas con su pie derecho y ratificado por la Historia Clínica, la actuación inmediata habría sido sencillamente ‘amputarle la pierna’ y entonces cabe preguntarnos para permitirle qué? Una GANGRENA como irresponsablemente se dijo ¿pues NO, y precisamente porque ella nunca existió, pues de ser así, tenemos que en el expediente la CLÍNICA LA MERCED debió, para ratificar el estado en que llegó el paciente, ADJUNTAR como PRUEBA un informe sobre la histopatología del espécimen quirúrgico, realizado frente al caso de este paciente, lo cual según las reglas médicas en tratándose de patologías como éstas, ES OBLIGATORIO HACERLA Y CONSERVARLA, ADEMÁS DE LOS CULTIVOS PARA EL ‘CLASTRIDIDIUM’ que es el germen o agente infeccioso de esta enfermedad ¿O sería una oportunidad realizarle un lavado o limpieza cada X minutos, sencillamente escuchando las peticiones de los familiares? ¿Acelerarle la postura del

antibiótico, así el resultado fuera un hombre muerto, pero sin infección, para llevarse la única satisfacción de que no perdió ninguna parte de su cuerpo? ¿No es permitirle la OPORTUNIDAD a una persona con más de 60 años, que llega con el pie totalmente aplastado, macerado, es visto por cuatro especialistas diferentes (uno de la clínica Bucaramanga y tres del H.U.R.G.V.) y donde en el mismo día se concluye debe ser operado (no amputado), para tratar de salvarle su pie, sale satisfactoriamente de esta operación, pues evolucionó normalmente y que sencillamente por el hecho de que los galenos de la Clínica La Merced no vieron otra salida que amputarlo inmediatamente, entonces, ignorar todo el trabajo humano y científico realizado a favor de la humanidad del señor NÉSTOR JOSÉ BUELVAS CHAMORRO precisamente actuando conforme los mandatos de '*lex artis*' y en base a la evolución que iba mostrando, pasando inadvertido que aunque difícil era salvar el pie del citado paciente, el Hospital tenía la esperanza de conservarlo." (fls. 686- 7 cuad. ppal)

2. Vencido el término para alegar, la Nación-Ministerio de Salud, presentó sus alegatos de conclusión.

2.1. En su escrito hizo un estudio histórico-normativo de las competencias y responsabilidades, para concluir que el Ministerio de Protección Social (en virtud de la fusión de las carteras de Salud y Trabajo, mediante la Ley 790 de 2002) es el ente rector de las políticas generales en materia de salud, trabajo y pensiones y riesgos profesionales, mas no es una entidad prestadora de servicios de salud. Por tales motivos, no puede imputársele responsabilidad alguna, pues de existir una falla, ésta debe rastrearse en las entidades que prestaron el servicio.

2.2. Las partes apelantes y el Ministerio Público guardaron silencio.

#### **IV. CONSIDERACIONES**

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y por los demandados, Departamento de Santander y el Hospital Universitario Ramón González Valencia, contra la sentencia del 17 de julio de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander.

La Sala es competente para conocer del asunto en segunda instancia, comoquiera que la pretensión mayor, individualmente considerada (\$25'000.000,00)<sup>1</sup>, supera la cuantía necesaria para que un proceso iniciado en 1995 tuviera esa vocación, esto es, \$9.610.000,00.

---

<sup>1</sup> Suma que corresponde a la deprecada a título de daño moral por el demandante.

Así las cosas, para adoptar la decisión en el asunto *sub examine*, será necesario reseñar los medios probatorios allegados al proceso, y luego de su análisis, establecer los hechos del caso, a fin de determinar si existe responsabilidad de la entidad demandada.

### 1. De los medios de prueba.

Al proceso, para el establecimiento de los hechos relevantes, se allegaron los siguientes medios probatorios:

1.1. Copia auténtica de la historia clínica del señor Néstor José Buelvas Chamorro, elaborada por el Hospital Universitario Ramón González Chamorro, de la cual se destacarán los siguientes apartes:

“Refiere pte que hace + - 1 ½ hora sufrió accidente automotor al ser atropellado por bus, con herida en cuello pie derecho y cara, sin pérdida de conocimiento visto en clínica particular remiten con DX FX cuello pie der GIII Lesión vascular (...)

“Ex físico: pte consciente, orientado, quejumbroso. Cabeza herida sin suturar región frontal 3cm y herida labio superior de 1.5 cm. (...) cuello pie con herida cara anterior lateral gran edema y deformidad y exposición de tendones no se palpa pulso pedio, abundante sangrado. DX: 1. Politraumatismo. 2. Herida frontal y labio sup. 3. Luxofractura cuello pie abierta GIII. 4. Lesión vascular. Hospitalizar. Penicilina cristalina 2 millones C/4h. (...) Lisalgil (...) Valoración por ortopedia (...) suturar heridas.

“(...) 26 abril 95. 12:15 hrs. Pte de 61 años agricultor procedente del Carmen, quien sufre politraumatismo al ser arrollado por automotor hace +- 3 hrs con trauma cráneo-cefálico y aplastamiento con llanta de pie derecho. Llevado a clínica particular y de ahí remitido a esta. (...) EF: Pálido, heridas faciales. (...) En MID: (...) No se encuentra A. pedia. No se palpa pulso d. distal ni de la A. tibial. Hay hipoestesia generalizada en pie, frío (...) No hay RX. FDX: 1. Trauma por aplastamiento severo de tejidos blandos del pie derecho. 2. Lesión vascular/pedia-tibial posterior (...) de pie. 3. TCE leve. 4. Fx abierta GIII cuello pie? Se considera definir pronóstico viabilidad del pie derecho.

“26 04 95 15:25 ORTOPEDIA

“Dx. 1. Trauma de tejidos blandos. 2. Lesión arteria pedia-tibial.

“P. 1. Valoración por cirugía. 2. Resto de órdenes igual.

“CIRUGÍA GENERAL. 26 IV 95. Paciente de 61 años agricultor quien sufrió lesión por machacamiento de pie derecho hace 6 horas. Actualmente con vendaje comprensivo el cual se retira apreciando avulsión de piel de dorso y cara lateral y medial de pie, avulsión de estructuras tendinosas (...) Este paciente debe ser manejado inicialmente por ortopedia. Lavado quirúrgico bajo

anestesia (...) definir posibilidad de recuperación del miembro o amputación según viabilidad del mismo.

“Diagnóstico pre quirúrgico: Trauma severo tejidos blandos pie derecho + lesión A tibial anterior y pos.

“Diagnóstico pos quirúrgico: Trauma severo tejidos blandos + lesión A pedia + luxación articulación mediotarsiana” Procedimiento: **Lavado + desbridamiento + fasciotomía + fijación con clavos Steimman articulación mediotarsiana.** Órdenes: traslado al 7 piso (...) Penicilina, Veracef, Gentamicina.

“(…) DESCRIPCIÓN QUIRÚRGICA. 26-04-95. 22:00 horas. (...) Previa asepsia antisepsia paciente en decúbito supino se observa laceración y compromiso piel (...) músculo pedio (...) arteria pedia, luxación articulación (...) **Se realiza lavado, desbridamiento de tejidos desvitalizados**, se palpa pulso tibial posterior. Se realiza fasciotomía anterior y medial. Se fija articulación calcáneo cuboidea con clavos de Steimman 2mm (...) Se dejan heridas abiertas (...) No complicaciones.

“27. abr. 95. 09:30 Hrs. ORTOPEDIA. IDX: Trauma tejs blandos y aplastamiento de pie. (...) 3. Laceración articulación mediotarsiano. Hay sensibilidad en pie derecho, dolor, sangrado moderado. Vendaje moderado impregnado de sangre. Hay perfusión distal aceptable.

“28. 04.95. Evolución médica. 2do. día hospitalización. Idx: 1.Trauma severo tejidos blandos + tensión pedia + luxación articulación mediotarsiana. Proced: Lavado+ debridamiento+ fasciotomía + fijación con clavos Steimman articulación mediotarsiana. Refiere dolor en pie derecho, diuresis + afebril. (...)”

“29.04.95. 3er día Hosp. Refiere dolor en pierna derecha. Pie derecho pérdida de piel todo dorso, edema, leve mov 1-2-3 dedo. Buen estado. (...) Bajo la responsabilidad que conlleva retirar del servicio de ortopedia, y asumiendo toda responsabilidad los aquí firmantes.

“EPICRISIS: Diagnóstico definitivo: Trauma severo tejidos blandos + lesión A. pedia + luxación mediotarsiana. PROCEDIMIENTOS QUIRÚRGICOS: Lavado + debridamiento + fasciotomía + OTS clavos Steimman. Paciente de 61 años agricultor. Sufre politraumatismo al ser arrollado por automotor hace +- 3 h con trauma cráneo y aplastamiento con llanta pie derecho. (...) En MID presencia de lesión extensa de tejidos blandos por cara dorsal (...) exposición amplia del tendón (...) no se encuentra A. pedia, no se palpa pulsos (...) no hay llenado capital distal (...) Se lleva a cirugía 26/95.” (fls. 161-8 cuad. 1) (Negrillas de la Sala)

En la misma historia clínica, aparece el documento de remisión de la Clínica de Bucaramanga, en el que se puede leer lo siguiente:

“Paciente que sufrió politraumatismo en accidente de tránsito hace 20 min. Glasgow 15/15, sin déficit neurológico, herida en la región frontal. Herida en cuello de pie derecho y región lateral del pie con exposición de tendones. No se encuentra pulso. Tratamientos Instaurados: Se canaliza vía IV, (...) estabilización hemodinámica, inmovilización.” (fl. 164 cuad. 1)



1.2. Informe rendido por la Directora Administrativa de la Clínica La Merced S.A., en los siguientes términos:

“NOMBRE: Néstor Buelvas Chamorro. FECHA DE INGRESO: Abril 29 de 1995.

“FECHA DE SALIDA: Mayo 04 de 1995. DIAGNÓSTICO: Gangrena gaseosa miembro inferior derecho. TRATAMIENTO: Amputación miembro inferior derecho.” (fl. 213 cuad. 1)

1.3. Declaración rendida por la médica Martha Lucía Pinto, así:

“Sí lo conocí, fue un paciente del hospital RAMÓN GONZÁLEZ VALENCIA. (...) Ese señor ingresó al servicio de urgencias, fue valorado por el ortopedista, él consultó por un lesión en el pie derecho por el aplastamiento al sufrir un trauma por una llanta de un bus, fue llevado a cirugía, yo lo vi en el post-operatorio, la impresión diagnóstica que se le hizo fue de una fractura abierta grado 3C. Después de la cirugía, él estuvo como dos días, pidió la salida en forma voluntaria. (...) PREGUNTADO: En la demanda se aduce que el señor NÉSTOR JOSÉ BUELVAS con posterioridad a su salida del hospital universitario Ramón González Valencia, solicitó los servicios médicos de la clínica La Merced de Bucaramanga, donde se le diagnóstico gangrena gaseosa, procediéndose a la amputación de su pierna qué nos puede decir al respecto. CONTESTÓ: Era un riesgo que muy posiblemente iba a ocurrir, el paciente tenía compromiso vascular que lo podía llevar a un isqueme (gangrena), en otras palabras, pudo presentar la gangrena posteriormente. PREGUNTADO: Pudiera decirnos en su criterio médico, con respecto a la gangrena gaseosa en cuanto tiempo puede presentarse dicha sintomatología. CONTESTÓ: La razón es por falta de irrigación, hay un compromiso vascular de las arterias, que es por donde circula la sangre y por ello no le llegaba sangre al pie por el trauma causado; dependiendo de la severidad del trauma, llevarlo a la gangrena puede durar de días a semanas, por ejemplo si es muy grande y compromete las arterias más grandes puede durar días y si es un compromiso menor puede durar semanas. (...) PREGUNTADO: Obra al expediente contentivo del presente proceso folio (60) la valoración del paciente BUELVAS CHAMORRO, por usted consignada en la hoja correspondiente a EPICRISIS del hospital universitario Ramón González Valencia, empresa social del Estado, diagnóstico que a su tenor literal reportó: (...) 3. Fractura abierta grado 3C. Sírvase manifestar qué implicaciones tiene una fractura abierta grado 3C. CONTESTÓ: Es una lesión extensa de tejidos blandos, con gran contaminación, asociada a fractura, con compromiso vasculonervioso, clínicamente casi amputar. (...) Es el más alto grado en la clasificación. (...) PREGUNTADO: Dando por establecido científicamente que la clasificación de una lesión como la sufrida por el paciente BUELVAS CHAMORRO de grado 3C, es la más alta por la gravedad del trauma, sírvase decir si se contempló la posibilidad de amputación de miembro o extremidad afectada del paciente. CONTESTÓ: Sí, es un trauma severo y generalmente lleva a una amputación. (...) PREGUNTADO: Sírvase explicar qué implica el no haberse palpado pulso pedio al ingreso del paciente BUELVAS CHAMORRO al hospital universitario Ramón González Valencia como quedó consignado en la historia clínica. CONTESTÓ: Que hay compromiso vascular, con riesgo de la extremidad.” (fls. 218-23 cuad 1)

1.4. El médico Gabriel Eduardo Ramírez Guerrero, quien trabajaba en el Hospital Universitario Ramón González, rindió la siguiente declaración:

“Ese paciente llegó si no estoy mal remitido de una clínica de Bucaramanga, seguramente por dificultades económicas no fue atendido allí y lo remitieron al hospital, ese día me encontraba yo de turno de un paciente del servicio de ortopedia de urgencias. De acuerdo con la disponibilidad de los turnos, el paciente fue solicitado para cirugía de urgencia más o menos a las 9 y media de la noche. Se pasó a la Sala número 3 del área quirúrgica que es la Sala que corresponde a procedimientos ortopédicos de cirugía de gran magnitud o complejidad. Ese paciente tenía una lesión severa de miembro inferior con gran pérdida de sustancia y el procedimiento que se iba a efectuar, **inicialmente era una limpieza quirúrgica ya que en las radiografías no presentaba ningún tipo de fractura pero sí tenía alguna lesión de tipo articular**. Debido a las condiciones generales en que se encontraba se le administró una anestesia regional raquídea y se le efectuó el procedimiento programado y le adicionó alguna otra cosa más que en este momento no recuerdo pero no fue en relación a ningún tipo de fractura. El paciente pasó a su área de recuperación, sin ninguna complicación tanto anestésica como quirúrgica quedando pendientes nuevas limpiezas quirúrgicas y posiblemente alguna amputación ya que tenía una lesión vascular que comprometía el pie y de acuerdo a la evolución, los cirujanos u ortopedistas determinan si hay o no necesidad de amputar. El paciente salió a recuperación para el piso y de ahí en adelante no sé más. PREGUNTADO: Afirma usted, en su respuesta anterior, que el paciente Néstor José Buevas no presentaba fractura, sírvase decir si conoce usted la historia clínica del paciente atinente a la referencia que hizo la clínica Bucaramanga donde fue inicialmente atendido el paciente y de donde fue remitido al Hospital González Valencia, a las 10 y 40 a.m. según obra a fl (164 del expediente contentivo de la presente demanda en la cual se consigna textualmente: cuello pie derecho grado 3. CONTESTÓ: De acuerdo al tiempo que pasó de este accidente casi más de dos años, no tengo muy claro muchos apartes de la historia clínica de este paciente en razón al tiempo que ha transcurrido desde su accidente, pero sí tengo muy claro que ese tipo de lesión no me llega a mí a los quirófanos todos los días, pues ya que era una lesión bastante severa para lo que alcanza uno a apreciar como médico especialista de un ramo diferente a la ortopedia, sin entrar a polemizar en un campo del cual yo tengo poco conocimiento. (...) PREGUNTADO: Sírvase decir si por el estado en que usted vio al paciente, se consideró que por la magnitud del trauma sufrido por el mismo existía la posibilidad de amputación del pie aplastado por la llanta trasera del bus que lo arrolló. CONTESTÓ: Como dije en la parte inicial del interrogatorio, él tenía una lesión de tipo vascular, esas lesiones si no hay posibilidad de solucionarlas, por medio de cirugía, terminan en el miembro u órgano afectado en una necrosis isquémica por falta de irrigación sanguínea. PREGUNTADO: (...) Sírvase decir qué implicaciones reporta el no poderse palpar pulso pedio en un paciente que ha sufrido un trauma como el de el señor NÉSTOR JOSÉ BUEVAS. CONTESTÓ: Esto es para ampliar la respuesta anterior pregunta, la ausencia de pulso pedio se refiere a que no hay paso de sangre ni tampoco hay onda de presión arterial palpable a nivel de la arteria pedia que está localizada en el dorso del pie. Al no haber pulso pedio hay deficiencia o falta de irrigación en la parte distal del pie, esto hace referencia a que hay deficiencia o ausencia de irrigación en la parte que corresponde a los dedos del pie, y a la parte dorsal del pie, lo que corresponde a los huesos metatarsianos. Al no haber irrigación

se produce una necrosis isquémica del pie. PREGUNTADO: Sírvase manifestar al Despacho si de acuerdo con la historia clínica, el paciente recibió oportuna y adecuadamente el tratamiento médico que aconsejan los protocolos clínicos. CONTESTÓ: **Me puedo referir a la parte del tratamiento oportuno, ya que el señor llegó al hospital a las 11 y 15 de la mañana y a las 10 de la noche él se encontraba en quirófanos, porque digo que es una atención oportuna, se le resolvió el caso de su urgencia en unas 12 horas**, donde tienen que ser visto, por diferentes especialistas, tales como cirujano general, cirujano plástico, el ortopedista, en algunas ocasiones un médico internista en donde las condiciones del paciente lo permiten, se le pueden pedir una gran serie de exámenes de laboratorio para ser llevado a cirugía en unas condiciones más óptimas en donde también hay que solicitar sangre que muchas veces respecto del tipo de sangre es difícil conseguir y a las que hay que hacerles una serie de pruebas que son algo demoradas pero que le van a garantizar un mejor servicio.” (fls. 303-07 cuad. 1) (Negrillas de la Sala)

1.5. Igualmente, se recepcionó el testimonio del médico Oscar Armando Celis, quien brindó atención médica al demandante, y sobre el particular, sostuvo lo siguiente:

“Sí atendí al mencionado señor, en la fecha en mención (26 de abril de 1995), pues fui llamado al servicio de urgencia para hacer la recepción del paciente. La asistencia básica como el inicio de tratamiento antibiótico, solicitud de exámenes de laboratorio, solicitud de radiografía, al igual que la solicitud de valoración por ortopedia que en un momento consideré que era la especialidad que debía atender al paciente. Posteriormente, el paciente quedó a cargo del servicio de ortopedia y no volví a tener conocimiento del caso. (...) Acá hay una inconsistencia, porque en el hecho 3 se dice que llegó entre las 9 y media y las diez de la mañana, lo cual no es cierto porque el paciente ingresó según la atención de urgencias a las 11 de la mañana, remitido de la clínica particular, en cuya nota de referencia, se menciona las 10 y 40 a.m., como hora de salida. Mi examen fue practicado a las 11 y 15 horas como figura en mi descripción, al final de la cual están definidas las conductas a tomar. Quisiera para que se demostrara que la atención fue oportuna y la que en el momento requería el paciente se adicione al expediente la fotocopia de la historia clínica total y las radiografías que le fueron tomadas en la institución, las cuales apporto. (...) PREGUNTADO: Qué posibilidad existe que a un paciente con las lesiones que presentaba el señor NÉSTOR JOSÉ BUELVAS CHAMORRO y con la atención que se le brindó en el hospital González Valencia se le pueda presentar un diagnóstico de gangrena gaseosa. CONTESTÓ: Por la severidad del trauma y su característica de ser por aplastamiento, un porcentaje alto de pacientes puede tener infección del sitio de la lesión, estos gérmenes pueden ser de diferentes clases aerobios o anaerobios (...)” (fls. 309-13 cuad. 1)

1.6. Declaración rendida por el médico ortopedista Carlos Orlando Díaz, quien valoró al demandante en su ingreso al hospital universitario. Manifestó lo siguiente:

“Me encontraba de turno en el hospital el día 26 de abril de 1995, por lo tanto hice la valoración del paciente NÉSTOR JOSÉ BUELVAS quien ingresó a esta institución con diagnóstico de un aplastamiento del pie derecho, producido por

el paso de una llanta de un bus por su miembro afectado, el paciente venía remitido de la clínica Bucaramanga donde recibió la primera atención, al ingreso al hospital se encontró una lesión severa de tejidos blandos a nivel de la parte dorso lateral del retropie o la parte posterior del pie, con exposición de tendones, masa muscular y articulaciones y compromiso vascular puesto que no se encontró pulso pedio ni pulso tibial posterior al momento de su ingreso, por lo tanto se clasificó la lesión como una fractura expuesta, grado 3C, según la clasificación de Anderson y Justino. Se procedió a hospitalizarlo, a solicitar los exámenes complementarios, radiografías y solicitar el turno para ser llevado a sala de operaciones para recibir tratamiento. En este momento se le informó al paciente el pronóstico reservado de la parte distal de su miembro debido a la lesión tan severa producida por el accidente que tuvo. **El pronóstico correspondía a que probablemente existía un porcentaje de 60 a 70% de posibilidades de que terminara en amputación.** (...) A él se le tomaron rayos X, que evidenciaban fracturas leves pero un compromiso de luxación a nivel de las articulaciones de chopar (carcaneo, cuboidea y talonavicular). (...) El paciente fue llevado a cirugía, cuando el turno fue dado en sala de operaciones y se procedió a hacer el tratamiento inicial de este tipo de lesión que consiste en hacer un lavado, más desbridamiento exhaustivo de su tejido maltratado y fijación de las luxaciones y fracturas correspondientes.” (fls. 323-30 cuad. 1) (Negrillas de la Sala)

1.7. También se recibió el testimonio del médico Jairo Alberto Mora Duarte, quien también examinó el estado del paciente. Sobre el particular, afirmó:

“Sí tuve la oportunidad de valorar al mencionado paciente a solicitud de los médicos de planta del servicio de urgencias del hospital. Básicamente para evaluar la magnitud de las lesiones de pie y tejidos blandos, estructuras óseas y especialmente para hacer una evaluación del trauma vascular y el tipo de tratamiento que debería instaurarse en ese momento. El tipo de lesión observada en el momento de la valoración, fue una avulsión de piel del cuello del pie y del dorso y de las caras medial y lateral del mismo. (...) Desde el ingreso del paciente al servicio de urgencias, a las once de la mañana se instaló el manejo médico tendiente a estabilizarlo hemodinámicamente (sic), estabilización y manejo primario de la extremidad lesionada y a realizar los estudios de laboratorio y radiológicos respectivos para una vez realizados solicitar las respectivas valoraciones del ortopedista y cirujano general.” (fls.332-4 cuad. 1)

1.8. Sobre la necesidad de la limpieza quirúrgica, el médico Mauricio Noriega Rueda aseveró:

“Ese paciente consultó en primera instancia a otra institución en donde le fue negada la atención alegando falta de camas, en segundo lugar, el paciente en ningún momento fue abandonado en el servicio de urgencias en el hospital desde su ingreso hasta que se llevó a cirugía. El trámite normal que debe seguir cualquier paciente que ingresa al servicio de urgencias implica varios pasos, la identificación del paciente y la adquisición de su registro, la valoración médica y la realización de los exámenes paramédicos y clínicos que incluyen la toma de radiografías. Eso también está íntimamente relacionado con la valoración por varios médicos que puedan o deban intervenir de

acuerdo a las lesiones del paciente. Ese trámite normalmente requiere de un tiempo. Desde su ingreso se identificó la gravedad de la lesión, y se determinó la necesidad de practicar una limpieza quirúrgica y una estabilización de su lesión articular previa valoración por el cirujano de turno general, en relación al estado vascular de la extremidad como consecuencia de la lesión. Una vez cumplidos los trámites el paciente se llevó a cirugía.” (fls. 341-6 cuad. 1)

1.9. Testimonio rendido por el médico Enrique Aguilar Quinche, quien practicó la amputación al demandante. Sus declaraciones se leen así:

“Es un paciente atendido por mí en abril del año 1995 sin que lo haya vuelto a ver desde esa época. Fue operado por mí y visto posteriormente en mi consultorio para el control pos operatorio. Se le practicó amputación de una pierna. PREGUNTADO: Teniendo en cuenta el conocimiento que usted tiene sobre la amputación de una de las piernas del señor NÉSTOR JOSÉ BUELVAS CHAMORRO díganos ¿qué sabe acerca de las circunstancias que dieron origen a la lesión sufrida por el señor en la pierna que se le amputó y de la atención médica que se le brindó hasta el momento en que usted lo valoró por primera vez? CONTESTÓ: El paciente llegó a la Clínica LA MERCED donde lo vi por primera vez y venía del Hospital González Valencia donde había ingresado unos días antes, según supe posteriormente, y donde le habían practicado algunos procedimientos quirúrgicos. Su ingreso se había producido por un aplastamiento que había sufrido al ser atropellado por un vehículo produciéndole gran lesión tanto en hueso como en partes blandas. De los tratamientos recibidos por el paciente en el hospital no sé. (...) Se hizo el diagnóstico de una gangrena posiblemente gaseosa, pues, presentaba olor fétido, crepitación por gas en su pierna, fiebre y estado general comprometido. (...) El paciente al ingresar a la Clínica la Merced, no llevaba ningún dato de historia, por lo tanto, lo único que supe por lo que habían pasado a cirugía era para practicar la limpieza quirúrgica, el que tanto se le practicó en esa cirugía no lo sé, qué tipo de antibióticos le aplicaron, tampoco sé, pero, como se decía antes, la contaminación sí se produjo en el momento del accidente, pero, las manifestaciones clínicas de la gangrena, como también se dijo anteriormente, se presenta horas o días después de esta contaminación, como parece que fue este el caso, que se presentó días después. (...) PREGUNTADO: La inmediatez de la atención científica tiene alguna importancia para reducir las posibilidades de que el paciente lesionado presente gangrena gaseosa. CONTESTÓ: **Como analizo este caso, la atención inicial de urgencia fue la adecuada, recalco, en que se practicó la limpieza quirúrgica, con este tipo de procedimiento lo que trata el médico es de eliminar la mayor cantidad de elementos y sustancias contaminantes. Ahora bien, el microorganismo productor de la gangrena gaseosa puede estar en el medio ambiente en una forma de espora, es decir, de reposo y que con los medios de cultivo que pudieran presentar como son los tejidos muertos y su falta de oxigenación favorecen el crecimiento de ese microorganismo produciéndose en ese momento el estallido de la enfermedad, por esto puede ser que aparezca en horas o días. (...) Cualquier herida, en cualquier parte del cuerpo, aún las producidas en una Sala de Cirugía pasando el tiempo presentan mayor morbilidad, es decir, una herida quirúrgica en que el paciente permanezca más de seis horas puede uno pensar en que puede presentar contaminación, con mayor razón, una herida producida en la calle, en el mismo momento de la lesión ya hay contaminación, lo que**

trata de hacer con las limpiezas quirúrgicas y con el tratamiento antibiótico es que esa contaminación no produzca infección ya que la infección si es la enfermedad y que puede ser por cualquier tipo de microorganismo algunos menos y algunos más virulentos. (...) Al llegar un paciente con una lesión abierta a una institución hospitalaria antes de iniciar un tratamiento se debe mejorar las condiciones hemodinámicas, es decir, controlar las hemorragias que pueda presentar y poner en orden su respiración y su tensión arterial para luego tomar radiografías y establecer las características de la lesión, esto lleva tiempo. Claro está, que lo ideal es hacer todas estas cosas con la mayor prontitud para comenzar el tratamiento lo más pronto posible, entre menos tiempo, más posibilidades tenemos de evitar la infección que produciría la contaminación, sin que pueda uno predecir que no se va a producir ésta. PREGUNTADO: Una infección nosocomial o intrahospitalaria podría ser causa generadora de una gangrena gaseosa? CONTESTÓ: No, definitivamente no. Podemos encontrar cualquier cantidad de infecciones intrahospitalarias por otra gran cantidad de microorganismos, pero, una infección por un agente de esta naturaleza no solamente afectaría a un paciente sino a muchísimos causando una epidemia escandalosa. (...) Entre más grande la lesión, con mayor compromiso de los tejidos, con maceración y muerte de los mismos hay mayores posibilidades de desarrollarse la infección, sin embargo, es bueno anotar que este paciente aún sin haber presentado la gangrena gaseosa había requerido la amputación, pues tenía grandes lesiones osteoarticulares, gran compromiso de músculos y tendones, y compromiso de la irrigación sanguínea por taponamiento o arrancamiento de sus arterias que iban hacia el pie, todo esto, llevaba a pensar, desde un inicio que el tratamiento sería la amputación. (...) Al examinar el paciente fuera de los hallazgos anotados de la fetidez y de la crepitación por aire alrededor de la herida, mostraba la falta de irrigación sanguínea hacia el pie, con frialdad del mismo, arrancamientos tendinosos que se apreciaban a través de la herida, lo mismo que los músculos del tobillo, esto nos mostraba la gravedad misma de la lesión aún sin infección.” (fls. 515-22 cuad. 1)

1.10. Dictamen médico laboral rendido el 15 de diciembre de 1997, por la Dirección Regional de Santander del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, que informa lo siguiente:

“Este caso se trata de un adulto mayor, de sexo masculino, con 62 años de edad, natural de Ovejas (Sucre), de ocupación agricultor, estado civil soltero y d escolaridad primaria; quien sufrió accidente de tránsito el 26 de abril de 1995, al ser arrollado por un bus de Unitransa en el barrio Los Robles de Bucaramanga. Inicialmente fue trasladado a la Clínica Bucaramanga y posteriormente remitido al Hospital Universitario Ramón González Valencia, donde estuvo hospitalizado por espacio de tres días al cabo de los cuales pidió el alta voluntaria, para ser trasladado a la Clínica La Merced, donde finalmente le fue amputado su miembro inferior derecho a nivel del tersio medio de la pierna, el 29 de abril de 1995.

“Al parecer durante la estadía en el Hospital Universitario el paciente evolucionó con un gangrena gaseosa, lo cual fue motivo de la amputación.

“Actualmente utiliza una prótesis de fabricación criolla, de no muy buena calidad lo cual le impide el correcto desempeño del muñón, el cual se encuentra funcional. El paciente presenta inseguridad para la marcha, dificultad para salvar desniveles, para correr y no puede permanecer largo tiempo de pie. En base a lo anterior y siguiendo la valoración de las variables de DEFICIENCIA, DISCAPACIDAD Y MINUSVALÍA, contempladas en el Decreto 692/95, este Despacho dictamina: Que el señor NÉSTOR JOSÉ BUELVAS CHAMORRO, **presenta una disminución de la capacidad laboral funcional global de 53.4%.**” (fl. 372 cuad. 1) (Destaca la Sala)

1.11. Respuesta de la Clínica Bucaramanga al oficio del Tribunal Administrativo de Santander, que se lee así:

“Se realizó atención inicial de urgencias y con la verificación de estabilidad hemodinámica se decidió traslado al Hospital Universitario Ramón González Valencia en ambulancia con el fin de continuar su manejo.” (fl. 430 cuad. 1)

1.12. Respuesta al oficio No. 11195 del Tribunal Administrativo de Santander, por parte del Jefe de la División de Salud y Seguridad Social de la Asociación Colombiana de Facultades de Medicina, que informa lo siguiente:

“ETIOLOGÍA: La gangrena gaseosa es una infección fulminante del tejido subcutáneo y del músculo por Clostridium (normalmente C. perfringens), que pone en peligro la vida del paciente. PATÓGENIA: Aparece después de traumatismos que se complican con la contaminación de la herida y también se asocia con la colecistectomía y otras intervenciones quirúrgicas, fracturas complicadas o insuficiencia vascular. La contaminación puede proceder de esporas de C. perfringens presentes en el suelo de la flora cutánea normal que contiene gran cantidad de microorganismos. (...) DIAGNÓSTICO: El inicio de la infección tiene lugar a las pocas horas o días del acontecimiento desencadenante. El dolor puede aumentar drásticamente después de una mejoría inicial y es desproporcionado a los primeros cambios que se observan en la herida. Pronto aparece un edema importante, el músculo puede herniarse a través de la herida y en la piel circundante se forman ampollas oscuras que se necrosan. (...) TRATAMIENTO: Para que el tratamiento sea eficaz, es necesario un desbridamiento quirúrgico inmediato y agresivo con eliminación de todo el tejido afectado. El fármaco de elección es la penicilina en dosis elevadas.” (fls. 174-5 cuad. 1)

1.13. Igualmente se recibieron los testimonios de Rafael Morales Ortiz, Jairo Morales Ortiz, Marina Morales de Hernández, Álvaro Morales Ortiz, Pedro Agustín Morales Ortiz y Esther Morales de Suárez, quienes declararon sobre la afectación moral padecida por la víctima con la amputación de su pierna derecha. (fls. 563-71 cuad. 1)

## **2. De los hechos probados**

De los anteriores medios probatorios, se da por acreditado que el 26 de abril de

1995, el señor Néstor José Buelvas, sufrió un accidente, una de las llantas de un bus de servicio público aplastó su pie derecho, causándole una luxofractura abierta en el cuello del pie, lesión vascular, herida frontal y politraumatismo; diagnóstico que luego sería definido como “trauma severo en tejidos blandos más lesión pedial y luxación mediotarsiana”. Luego del accidente, fue llevado a la Clínica Bucaramanga de la que fue remitido al Hospital Universitario Ramón González Valencia. En la clínica se le valoró y no se encontró pulso en la arteria pedia. Se le remitió al Hospital luego de canalizarlo vía intravenosa, se realizó una estabilización hemodinámica y se le inmovilizó el pie. El paciente ingresó al Hospital a las **11 y 15 minutos** de la mañana de aquel día, luego de la valoración, se le ordenó hospitalización, penicilina cristalina a dos millones vía intravenosa y remisión a Ortopedia, donde fue valorado a las **12 y 15 minutos de la tarde**, se consignó en la historia clínica la necesidad de definir la viabilidad del pie derecho y se le ordenó una valoración urgente por cirugía general.

A las **3 y 25 minutos del mismo día**, se le valoró nuevamente en Ortopedia, donde se le diagnosticó trauma de tejidos blandos y lesión de arteria pedia-tibial posterior. Se confirmaron las órdenes de la primera valoración ortopédica.

A las **4 y 15 minutos de la tarde**, el paciente fue valorado por cirugía general, se consignó en la historia clínica que en principio debía ser manejado por ortopedia y se ordenó un “lavado quirúrgico bajo anestesia y cauterización de las lesiones para definir posibilidad de recuperación del miembro o amputación según viabilidad del mismo”. La nota postoperatoria se realizó a las **10 P.M.** del 26 de abril de 1995, y en ella se consignó el procedimiento de lavado quirúrgico, desbridamiento y fijación con clavos Steimman en articulación mediotarsiana. El paciente se quedó hospitalizado los días 28 y 29 de abril, cuando fue retirado del servicio médico bajo su responsabilidad. Durante los días de hospitalización, el paciente presentó sensibilidad en el pie derecho y sangrado moderado, al tiempo que refirió dolor.

El 29 de abril de 1995, día en que el señor Buelvas fue retirado del Hospital Universitario y llevado a la Clínica La Merced, donde se le diagnosticó gangrena “posiblemente” gaseosa, a raíz del olor fétido, crepitación por gas en su pierna, fiebre y estado general comprometido. El tratamiento consecuente fue la amputación de su miembro inferior derecho.



### 3. De la falta de legitimación en la causa por pasiva

3.1. La legitimación en la causa hace referencia a la posibilidad de que la persona formule o controvierta las pretensiones de la demanda, por ser el sujeto activo o pasivo de la relación jurídica sustancial debatida en el proceso. Como se observa, las personas con legitimación en la causa, se encuentran en relación directa con la pretensión, ya sea desde la parte activa, como demandante, o desde la pasiva, como demandado. Un sector de la doctrina sostiene que la legitimación en la causa es la aptitud para ser parte en un proceso concreto<sup>2</sup>, otro sector usa la terminología de la legitimación desde la ley sustancial, así:

“Creemos que se precisa mejor la naturaleza de esa condición o calidad o idoneidad; así en los procesos contenciosos, la legitimación en la causa consiste, respecto del demandante, en ser la persona que de conformidad con la ley sustancial está legitimada para que por sentencia de fondo o mérito se resuelva si existe o no el derecho o la relación jurídica sustancial pretendida en la demanda, y respecto del demandado en ser la persona que conforme a la ley sustancial está legitimada para discutir u oponerse a dicha pretensión del demandante; y en los procesos de jurisdicción voluntaria consiste en estar legitimado por la ley sustancial para pedir que se hagan las declaraciones solicitadas en la demanda.”<sup>3</sup>

En relación con la legitimación en la causa, la Sala ha precisado lo siguiente:

“La legitimación en la causa *-legitimatío ad causam-* se refiere a la posición sustancial que tiene uno de los sujetos en la situación fáctica o relación jurídica de la que surge la controversia o litigio que se plantea en el proceso y de la cual según la ley se desprenden o no derechos u obligaciones o se les desconocen los primeros o se les exonera de las segundas. Es decir, tener legitimación en la causa consiste en ser la persona que, de conformidad con la ley sustancial, se encuentra autorizada para intervenir en el proceso y formular o contradecir las pretensiones contenidas en la demanda por ser sujeto activo o pasivo de la relación jurídica sustancial debatida objeto de la decisión del juez, en el supuesto de que aquella exista. Es un elemento de mérito de la litis y no un presupuesto procesal.”<sup>4</sup>

Asimismo, se advierte la utilidad de señalar las diferencias entre la *legitmatío ad processum* y la *legitimatío ad causam*. La legitimación en la causa está

---

<sup>2</sup> González Rodríguez, Miguel. *Derecho Procesal Administrativo*. Ed. Gustavo Ibáñez. Décima Edición, Bogotá-Colombia, 2002. p. 115.

<sup>3</sup> Devis Echandía, Hernando. *Teoría General del Proceso*, Tomo I. Biblioteca Jurídica Dike, 1994. Medellín-Colombia. p. 270.

<sup>4</sup> Sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, el 23 de abril de 2008, exp. 16.271.

directamente relacionada con el objeto de la *litis*, es decir, se trata de un elemento sustancial relacionado directamente con la pretensión, en ese sentido, no constituye un presupuesto procesal, como sí lo es la legitimación para el proceso, por el contrario, la legitimación en la causa ha sido entendida como un presupuesto para la sentencia de mérito o de fondo, en otras palabras, es un requisito para que exista un pronunciamiento de fondo sobre la relación jurídico- sustancial juzgada. En ese orden de ideas, la ausencia de legitimación en la causa no genera la nulidad del proceso, lo que enerva es la posibilidad de obtener una decisión sobre el fondo del asunto.<sup>5</sup>

Ahora bien, según se hable de la legitimación del demandante o del demandado, estamos en presencia de la falta de legitimación en la causa por activa o por pasiva, respectivamente. La legitimación en la causa por pasiva, en el proceso contencioso administrativo, necesariamente debe entenderse a la luz del concepto de capacidad para ser parte. En otros términos, la falta de legitimación por pasiva sólo puede predicarse de las personas que tienen capacidad para ser parte en el proceso, y no de los órganos o de los representantes de éstos que acuden a él en nombre de la persona jurídica de derecho público. Desde esta perspectiva, estamos ante un problema de falta de legitimación en la causa, cuando se demanda a una persona de derecho público en particular, verbigracia la Nación, y quién debió ser demandado era otra persona, entiéndase un Municipio, un Departamento u otra entidad pública con personería jurídica.

En el fallo impugnado, el *a quo* declaró solidariamente responsables a la Nación, al Departamento de Santander y al Hospital Universitario Ramón González Valencia, al considerar que la estructura orgánica del sistema general de salud les concede competencias extraídas de la ley 10 de 1990 que los hace responsables de los daños infligidos en la prestación del servicio.

Sobre el particular, la Sala desestimaré el argumento del Tribunal, toda vez que al margen de cualquier consideración sobre la estructura orgánica del sistema general de salud y las competencias asignadas a la Nación y los entes territoriales, en el caso, existe un hecho claro, y es que la imputación, tal como se planteó en la

---

<sup>5</sup> "Con ella [se refiere a la legitimación en la causa] se expresa que, para que un juez estime la demanda, no basta con que considere existente el derecho, sino que es necesario que considere que éste corresponde precisamente a aquel que lo hace valer y contra aquel contra quien es hecho valer, o sea, considere la identidad de la persona del demandado con la persona contra quien se dirige la voluntad de la ley (legitimación pasiva)." CHIOVENDA, Giussepe "Curso de derecho procesal civil", Ed. Oxford, pág. 68.

demanda, está dirigida al ente que prestó el servicio médico, esto es, el Hospital Universitario. En lo que concierne a la falla del servicio alegada, se observa que no es posible hacer una imputación fáctica o jurídica a la Nación o al Departamento de Santander. Adicionalmente, el Hospital Universitario Ramón González Valencia se transformó en empresa social del estado, entendida como una categoría especial de entidad pública descentralizada del orden departamental, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, en virtud del Decreto 96 de 1995, expedido por la Gobernación de Santander.

Así las cosas, el ente prestador del servicio en el asunto *sub examine* es una persona jurídica distinta de la Nación y del Departamento de Santander, y en virtud de ese rasgo (personería jurídica) tiene capacidad para acudir al proceso como parte y ser sujeto de relaciones jurídicas, de forma activa, como un acreedor, o como en el *sub iudice*, en la parte pasiva de la relación –no sólo procesal, sino sustancial-. Es, pues, la personería jurídica el elemento del cual emana la capacidad para ser sujeto de derechos y obligaciones.

Finalmente, para la Sala es evidente que de los hechos narrados no es posible dirigir imputación alguna a la Nación o al Departamento de Santander, comoquiera que la falla del servicio está fundamentada en la tardanza del Hospital en la práctica del lavado quirúrgico y la desbridación, como causa principal del resultado dañoso. En ese orden, éste es un hecho, que al margen del análisis de la falla del servicio, sólo le es imputable al ente nosocomial, por tanto, la sentencia de primera instancia será revocada en cuanto a la condena solidaria impuesta en contra de la Nación y el Departamento de Santander, y en consecuencia, el análisis de responsabilidad se circunscribirá sólo en relación al Hospital como parte pasiva de la relación procesal.

#### **4. De la pérdida de oportunidad**

El *a quo*, en relación a la responsabilidad del ente demandado, consideró que el tratamiento dispensado fue adecuado mas no oportuno, pues hubo un retardo injustificado. Sin embargo, señaló que ante la gravedad de la lesión, no se tiene certeza de que la falta de atención oportuna haya sido la causa de la amputación del miembro inferior derecho del paciente, no obstante, se le quitó la oportunidad de

recuperarse.

Como se observa, el fallo de primera instancia apeló al concepto de pérdida de oportunidad. Sobre esta categoría, es innegable indicar que se pueden llegar a presentar 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.”*<sup>6</sup>

4.1. 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*<sup>7</sup>, 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 compensación, no en la totalidad del valor del premio, sino en el

---

<sup>6</sup> LUNA Yerga, Álvaro “Oportunidades Perdidas”, artículo publicado en Revista para el análisis del Derecho “INDRET”, mayo de 2005, No. 288.

<sup>7</sup> *Chaplin v Hicks* [1911] 2 KB 786, 792-793 (CA) [“*Chaplin v Hicks*”]. (Reino Unido).

porcentaje que tenía de ganar. La indemnización se estimó en un 25% del valor final.<sup>8</sup>

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 situación<sup>9</sup>. Así las cosas, ya no habrá posibilidad de

---

<sup>8</sup> 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=>

<sup>9</sup> 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 multipara; 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 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 aquélla, 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.

verificar si el resultado favorable se habría obtenido, porque la intervención del actuar de un tercero (falla en la prestación del servicio) cercenó 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.”<sup>10</sup>

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.”<sup>11</sup>

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

---

“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...”

<sup>10</sup> Tamayo Jaramillo, Javier. De la responsabilidad civil, tomo IV: de los perjuicios y su indemnización.

<sup>11</sup> 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.

no posibilita concluir con precisión científica, pero que si 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 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.)<sup>12</sup>

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.

#### 4.2. Enfoques de la pérdida de oportunidad

---

<sup>12</sup> Tomado de Trigo Represas, Felix. *Reparación de daños por mala praxis médica*. Ed. Hammurabi. Buenos Aires, 1995. p. 247-8.



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.<sup>13</sup> 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.<sup>14</sup> 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).

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 defiende la necesidad de imponer alguna clase de responsabilidad a la parte demandada, cuanto menos en los casos en que la oportunidad perdida fuera

---

<sup>13</sup> *Ibíd.* p. 355-6.

<sup>14</sup> *Ibíd.* p. 380.

significativa, para prevenir la repetición de comportamientos similares en el futuro.”<sup>15</sup>

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, aplicada por algunos Tribunales norteamericanos, ha sido estudiada por la doctrina civil española.<sup>16</sup> (Destaca la Sala)

#### 4.3. Estado actual de la jurisprudencia

---

<sup>15</sup> Luna Yerga, Álvaro. Op. Cit. p. 3-4.

<sup>16</sup> Medina Alcoz. Op. Cit. p. 106-7.

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*”<sup>17</sup>

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.

---

<sup>17</sup> 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.

“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 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.”<sup>18</sup> (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.”

---

<sup>18</sup> *Ibíd.*

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 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.”<sup>19</sup>

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**

---

<sup>19</sup> 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.

**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 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 suceso 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.”<sup>20</sup>

Los dos fallos reseñados están fundamentados en la sentencia del 11 de agosto de 2010<sup>21</sup>, 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:

“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”<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 26 de marzo de 2008. C.P.: Ruth Stella Correa.

<sup>21</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 18593.

<sup>22</sup> 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*

**(...) 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 truncada. Esa probabilidad tenía un determinado valor, aunque difícil de justipreciar, que debe ser reparado”*<sup>23</sup>.  
“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”*<sup>24</sup> de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido la expectativa de obtener la ganancia o de evitar el detrimento correspondientes<sup>25</sup>;

---

TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance. Presupuestos. Determinación. Cuantificación*, Astrea, Buenos Aires, 2008, pp. 25-26.

<sup>23</sup> 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.

<sup>24</sup> *Idem*, pp. 38-39.

<sup>25</sup> 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.



**(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 indebida<sup>26</sup>; 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.

“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 tenían<sup>27</sup>—;

**(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”*<sup>28</sup>.

---

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.

<sup>26</sup> 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.

<sup>27</sup> 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.

<sup>28</sup> ZANNONI, Eduardo, *El daño en la responsabilidad civil*, cit., pp. 110-111.

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”*<sup>29</sup>, 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”*<sup>30</sup>. (Destaca la Sala).

“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

<sup>29</sup> Ejusdem, p. 88.

<sup>30</sup> 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).

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.”<sup>31</sup>

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**

---

<sup>31</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 13 de julio de 2005. C.P.: Ramiro Saavedra Becerra. Exp. 13542.

**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 comercial, 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*, *causalità 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 arrêt 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 responsabilità 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).”<sup>32</sup>**  
(Destaca la Sala)

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.**

---

<sup>32</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de Casación del 28 de junio de 2010, exp. 2005-00103 M.P.: William Namén Vargas.



“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 perdida, que debe ser cuantificada económicamente de acuerdo con los medios probatorios y circunstancias propias de los hechos<sup>33</sup>. En ese orden, la forma cómo se indemniza,

---

<sup>33</sup> 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

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.

#### 4.4. Algunos pronunciamientos del derecho extranjero

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 perdido<sup>34</sup>. 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.<sup>35</sup>

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

---

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.

<sup>34</sup> Véase, por ejemplo, *Thompson v Sun City Community Hospital.*, 141 Ariz. 597 (1984)

<sup>35</sup> Véase: *Falcon v. Memorial Hospital.*, 436 Mich. 443 (1990)

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 antes<sup>36</sup>. 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 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

---

<sup>36</sup> King, Joseph. *Causation, Valuation And Chance In Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions And Future Consequences*, 90 Yale LJ 1353 (1981)

como “sustancial” (*substantial*), concepto que no necesariamente atiende al *quatum* de la probabilidad.<sup>37</sup>

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 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 anestésista, 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

---

<sup>37</sup> 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>.

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."<sup>38</sup>

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 perdida, 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.<sup>39</sup> Según el libro anual del derecho de daños europeo<sup>40</sup>, 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.

4.5. 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

---

<sup>38</sup> 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.

<sup>39</sup> Cour de cassation/Hof van Cassatie, 12 October 2005, P.05.0262.F.

<sup>40</sup> Koziol Helmut y Steininger Barbara. *Tort and Insurance Law: Yearbook*. SpringerWienNewyork. European Tort Law 2005. p. 176-7.

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,<sup>41</sup> –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 resultados<sup>42</sup>, 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*<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> 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.

<sup>42</sup> "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.

<sup>43</sup> "...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*<sup>44</sup>, 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 confianza<sup>45</sup>, ii) el riesgo permitido<sup>46</sup>, y iii) la posición de garante<sup>47</sup>, son algunos de los instrumentos

---

<sup>44</sup> 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.

<sup>45</sup> "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.

<sup>46</sup> "De esta manera, todo aquel riesgo que permanece aun 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.

<sup>47</sup> "Por posición de garante debe entenderse aquélla 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.

jurídicos con los que se dota, en la actualidad, al juez para que pueda abordar un análisis riguroso en materia de imputación.

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–<sup>48</sup>, la función del operador judicial en estos eventos, es la de

---

<sup>48</sup> "(...) 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



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<sup>49</sup>.

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 1998<sup>50</sup>, 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

---

hubiera producido igualmente de haber actuado aquel diligentemente." LUNA Yerga, Álvaro Ob. Cit. Pág. 2.

<sup>49</sup> "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.

<sup>50</sup> "Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales."

suministro del tratamiento, intervención quirúrgica, procedimiento o medicamento omitido<sup>51</sup>.

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

---

<sup>51</sup> "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 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.

persona frente a un determinado procedimiento u obligación médica que fue omitida o ejecutada tardíamente.

4.6. En el caso *sub examine*, la Sala comparte el razonamiento desarrollado por el *a quo*, pues está demostrado que el tratamiento era el adecuado, sin embargo, transcurrieron más de 10 horas entre el ingreso del paciente al Hospital y la realización del lavado quirúrgico y desbridamiento. En efecto, de los testimonios recepcionados y demás pruebas obrantes en el proceso, es claro que la conducta a seguir era el lavado quirúrgico y el desbridamiento, consistente, este último, en el retiro de los tejidos muertos. De conformidad con el testimonio del médico que practicó la amputación, ante una herida abierta, ocasionada en la calle, el tratamiento de preferencia es, previa una estabilización hemodinámica, la limpieza quirúrgica, debido a la contaminación que trae el paciente, y lo que se busca con ello es que no se produzca infección. Según su dicho, entre el momento de la herida y este procedimiento, no deberían pasar más de seis horas.

Lo expuesto por el galeno es corroborado por el informe rendido por la Asociación Colombiana de Facultades de Medicina, que a través de su Jefe de la División de Salud y Seguridad Social, conceptuó que “para que el tratamiento sea eficaz, es necesario un desbridamiento quirúrgico **inmediato y agresivo** con eliminación de todo el tejido afectado”.

Asimismo, la literatura médica, que puede ser usada como una herramienta para que el juez interprete el acervo probatorio, señala que los traumas por lesiones vasculares, como el del demandante, deben ser atendidos de forma inmediata, con el tratamiento reseñado. Veamos<sup>52</sup>:

“TRATAMIENTO INICIAL. La prioridad inicial es el control del sangrado, el cual se debe realizar con presión externa con apósitos y no con torniquetes, a menos que sea un sangrado masivo por lesión de una arteria principal el cual es muy difícil de controlar con presión externa. Por ninguna razón se debe dejar un paciente con posibilidad de lesión vascular en observación.”

Sobre los factores de amputación y la inmediatez del tratamiento, se lee lo siguiente:

---

<sup>52</sup> Jaime Alberto Sierra. *Revista Médica Estudiantil No.5*. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 1991. pp. 33-7.

“Existen factores específicos que guardan relación con la disminución de la supervivencia de la extremidad y son: Traumatismo en rodilla o pierna, demoras de más de 6 horas en el tratamiento, daño considerable de tejidos músculo- esquelético y cutáneo, traumatismo por aplastamiento y fracturas abiertas de tibia segmentarias o distales. (...) La lesión vascular por fractura y/o luxación no es muy frecuente, pero es de mal pronóstico, ya que puede terminar en pérdida de la extremidad, incapacidad funcional grave o incluso en la muerte. Por lo tanto el diagnóstico debe ser rápido, correcto, completo y exacto; para así poder iniciar un tratamiento precoz y efectivo.”<sup>53</sup>

De otro lado, con respecto a la gangrena gaseosa, diagnóstico por el cual le fue amputado el pie derecho al demandante, la doctrina médica sobre el tema afirma:

“Infecciones clostridiales de heridas. Estas pueden producirse como celulitis local, miositis local o diseminada, o, lo que es más grave, mionecrosis progresiva (gangrena gaseosa). La infección se desarrolla horas o días después de producirse la herida, generalmente en una extremidad, después de un trauma grave por aplastamiento o penetrante que origine gran cantidad de tejido desvitalizado. Una miositis o una mionecrosis que se extienden de modo particular en pacientes con una vasculopatía oclusiva subyacente. (...) El tratamiento apropiado requiere desbridamiento completo de la herida, con inclusión de la eliminación del material extraño y de todo tejido desvitalizado. Debe administrarse penicilina G 10 a 20 millones u/día IV (intravenosa) tan pronto como se sospeche clínicamente de una enfermedad.”<sup>54</sup>

Así las cosas, es claro, se itera, que el tratamiento recibido por el demandante fue el adecuado de conformidad con los protocolos médicos. De igual manera, su pronóstico no era bueno y la posibilidad de amputación se contempló desde el primer momento, pues el tipo de herida que presentaba tiene alta probabilidad que ésta sea necesaria. Sin embargo, no es menos cierto que el manejo de urgencia inicial (el desbridamiento practicado en el quirófano) tuvo una demora injustificada, precisamente por la gravedad del paciente. En la historia clínica se observa que el paciente fue valorado por diferentes especialistas, quienes pusieron a disposición todos los medios del Hospital para el tratamiento adecuado, pero si se tiene en cuenta el transcurrir cronológico de los actos médicos, se hace evidente que se diluyeron en un lapso de aproximadamente 10 horas, esto es, transcurrieron algo más de 12 horas entre el momento del accidente y el lavado quirúrgico y desbridamiento. Si bien, los protocolos sostienen que la atención a pacientes con esta clase de heridas debe ser inmediata, la Sala comprende que también se hacen necesarias las valoraciones y diagnósticos que el Hospital realizó, y por eso, se habla de términos prudenciales, como el de seis horas, período en el cual la

---

<sup>53</sup> *Ibíd.*

<sup>54</sup> Robert Berkow y Jonh H. Talbort (ed). *El Manual Merck de Diagnóstico y Terapéutica*. Sexta Edición en español. E.U.A. 1978. p. 122-3.

institución hospitalaria debía ser capaz de desplegar los medios diagnósticos y de valoración -si se quiere interdisciplinarios- que sean necesarios. En efecto, la atención del Hospital fue adecuada pero tardía, lo que también constituye una falla en el servicio. De otro lado, la afirmación hecha por el demandado en el recurso de apelación, según la cual se le había practicado un lavado quirúrgico en la Clínica Bucaramanga y por ende no era necesario practicarlo de nuevo porque éste se hace cada 24 horas, no encuentra asidero en las pruebas allegadas, toda vez que ese procedimiento no aparece registrado en la nota remisoría que fue anexada a la historia clínica. Y si hubiera sido así, no se le habría realizado dicho procedimiento a las 10 p.m del 26 de abril, sino a las 10 a.m. del día siguiente.

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 (la pérdida del miembro inferior derecho), comoquiera que su diagnóstico no era bueno, y la posibilidad de amputación siempre estuvo presente debido a la gravedad de la herida, empero la tardanza en el lavado quirúrgico le restó probabilidad de mantener la integridad de su miembro inferior derecho. Y es la pérdida de ese chance lo que será indemnizado en el caso. Por esta razón, en punto de la responsabilidad del Hospital Universitario Ramón González Valencia, el fallo de primera instancia será confirmado.

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 integralidad<sup>55</sup>, ii) la inmediatez u oportunidad<sup>56</sup>, iii) disponibilidad y

---

<sup>55</sup> "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 Sierra Porto), T- 421 de 2007 (MP Nilson Pinilla Pinilla)

<sup>56</sup> "-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.<sup>56</sup> 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.

diagnóstico<sup>57</sup>, iv) discrecionalidad técnica<sup>58</sup>, v) consentimiento informado<sup>59</sup>, y vi) actualidad del conocimiento<sup>60</sup>.

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.

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.

---

<sup>57</sup> 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.

<sup>58</sup> 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.

<sup>59</sup> 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.

<sup>60</sup> 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.

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...”<sup>61</sup>

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

---

<sup>61</sup> PUFENDORF, Samuel “*De jure naturae et gentium*”, citado por WELZEL, Hans “Introducción a la Filosofía del Derecho”, Ed. Aguilar, pág. 145.

momento no puede ser entendida como una ciencia exacta.”<sup>62</sup>

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 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

---

<sup>62</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 8 de julio de 2009, exp. 16639, M.P. Enrique Gil Botero.



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.

## **5. De los 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 pierna derecha 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:

“PREGUNTADO: Cuando se hace alusión del pronóstico de la enfermedad como malo se contempla la posibilidad de amputación de la extremidad.  
CONTESTÓ: Una de las posibles complicaciones cuando se habla de

pronóstico malo es la amputación, la cual en estos casos se puede presentar en más del 50% de los pacientes.” (Testimonio del médico Oscar Armando Celis. Fl. 310 cuad. ppal)

Ante la misma pregunta, el médico Carlos Orlando Díaz manifestó:

“El pronóstico correspondía a que probablemente existía un porcentaje de 60 a 70% de posibilidades de que terminara en amputación” (fl. 324 cuad. 1)

Y finalmente, Ricardo Gúzman, médico especialista en ortopedia y traumatología, y que como los dos anteriores, trataron al paciente, señaló:

“Desde el punto de vista de nuestra especialidad era una herida severa, clasificada como grado 3C. El C significa la ausencia del pulso. Eso significa que el riesgo de amputación es altísimo es decir entre un 50 y un 80%.” (fl. 337 cuad. 1)

La Sala apelará a los porcentajes conceptuados por los declarantes, puesto que se trata de profesionales de la medicina y, más importante, médicos que intervinieron en la atención brindada al paciente. Ahora bien, haciendo un ponderado de los porcentajes de recuperación que los médicos sugirieron, la Sala determina que, en virtud de la gravedad de la lesión, el porcentaje de pérdida de oportunidad en este caso es de 35%, cifra que será el criterio para la cuantificación de los montos a indemnizar.

#### *5.1 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 en el proceso. En cuanto al lucro cesante, se encuentra demostrado que el señor Néstor José Buelvas sufrió una pérdida de capacidad laboral del 53.4%, según el dictamen de la Dirección Regional de Santander del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Se tiene demostrada la actividad económica del demandante, pues se dedicaba a la agricultura, condición visible en la historia clínica y que es corroborada por los testimonios que obran a folios 495 y 499 del cuaderno 1, quienes sostienen que era jornalero en diferentes fincas y que se ganaba el salario mínimo.

Así las cosas, para determinar lo que dejará de percibir por la disminución de su capacidad laboral, y por el resto de la vida probable, se usará el salario mínimo vigente como base de liquidación y a esa suma se adicionará el 25% por prestaciones sociales.

El salario mínimo para el año de 1995 era de \$118.170,00, actualizado a valor presente equivalen a \$457.317,00, comoquiera que es una cifra inferior al salario mensual vigente para este año, se tendrá como base de liquidación dicha suma, que equivale a \$589.500,00, y será incrementada en un 25%, por concepto de prestaciones sociales, para un total de \$736.875,00.

#### **- Lucro cesante consolidado**

Comprende el período transcurrido desde la fecha de los hechos, 29 de abril de 1995, hasta la fecha de esta sentencia, para un total de 222 meses.

Aplicando la fórmula, se tiene lo siguiente:

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

$$S = \$736.875,00 \frac{(1+0.004867)^{222} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$293'472.860,00$$

#### **- Lucro cesante futuro**

Comprende el período transcurrido desde el día siguiente de esta sentencia, hasta el máximo de vida probable de Néstor Buelvas. De conformidad con las tablas de supervivencia se estimó la vida probable del lesionado en 18,99 años, para un total de 12,88 meses, teniendo en cuenta que tenía 60 años de edad cuando ocurrió el accidente, pues su nacimiento se registró el 13 de julio de 1934. A los 227,88 meses deberá restársele 222 meses, los cuales ya fueron indemnizados, para un total de 5,88 meses.

Aplicando la fórmula, se tiene:

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

$$S = \$736.875,00 \frac{(1+0.004867)^{5,88} - 1}{0.004867(1+0.004867)^{5,88}}$$

$$S = \$4'261.232,51$$

Sumados los valores de la indemnización debida y futura se obtiene un valor total de \$ 297'734.092.

De conformidad con lo ya expuesto, el 35% de esta suma será el valor a indemnizar: **\$104.206.932.**

### 5.2. Perjuicios morales

En relación con los perjuicios morales, la lógica a aplicar es la misma: se concederán 35 SMLMV en virtud de la pérdida de oportunidad que sufrió el paciente en torno a la probabilidad de recuperación de su pie. Así pues, no se indemniza el sufrimiento que generó la amputación, sino la congoja producida por haber perdido la oportunidad de que el tratamiento le conservara su miembro inferior derecho.

5.3. En relación con el perjuicio fisiológico, hoy denominado daño a la salud, derivado de una lesión a la integridad psicofísica de Néstor Buelvas Chamorro, solicitado en la demanda, la Sala reitera la posición acogida en las sentencias 19.031 y 38.222, ambas del 14 de septiembre 2011, en las que se señaló:

“De modo que, el ‘daño a la salud’ –esto es el que se reconoce como proveniente de una afectación a la integridad psicofísica– ha permitido solucionar o aliviar la discusión, toda vez reduce a una categoría los ámbitos físico, psicológico, sexual, etc., de tal forma que siempre que el daño consista en una lesión a la salud, será procedente determinar el grado de afectación del derecho constitucional y fundamental (artículo 49 C.P.) para determinar una indemnización por ese aspecto, sin que sea procedente el reconocimiento de otro tipo de daños (v.gr. la alteración de las condiciones de existencia), en esta clase o naturaleza de supuestos.

“Se reconoce de este modo una valoración del daño a la persona estructurado sobre la idea del daño corporal, sin tener en cuenta categorías abiertas que distorsionen el modelo de reparación integral. Es decir, cuando la víctima sufra un daño a la integridad psicofísica sólo podrá reclamar los daños materiales que se generen de esa situación y que estén probados, los perjuicios morales de conformidad con los parámetros jurisprudenciales de la Sala y, por último, el daño a la salud por la afectación de este derecho constitucional.

“Lo anterior, refuerza aún más la necesidad de readoptar la noción de daño a la salud, fisiológico o biológico, como lo hace ahora la Sala, pero con su contenido y alcance primigenio, esto es, referido a la afectación o limitación a la integridad psicofísica de la persona, como quiera que al haberlo subsumido en unas categorías o denominaciones que sirven para identificar perjuicios autónomos y que han sido reconocidos en diferentes latitudes, como por ejemplo la alteración a las condiciones de existencia (v.gr. Francia), se modificó su propósito que era delimitar un daño común (lesión a la integridad corporal) que pudiera ser tasado, en mayor o menor medida, a partir de parámetros objetivos y equitativos, con apego irrestricto a los principios constitucionales de dignidad humana e igualdad<sup>63</sup>.

“En otros términos, un daño a la salud desplaza por completo a las demás categorías de daño inmaterial como lo son la alteración grave a las condiciones de existencia -antes denominado daño a la vida de relación- precisamente porque cuando la lesión antijurídica tiene su génesis en una afectación negativa del estado de salud, los únicos perjuicios inmateriales que hay lugar a reconocer son el daño moral y el daño a la salud.

“Es así como la doctrina, sobre el particular señala:

**“Hecha esta identificación, entre el daño corporal y el daño a la salud, vemos que también se identifica con el perjuicio fisiológico; terminología que impera en la doctrina francesa para referirse al daño en la esfera funcional, como sinónimo del daño a la integridad física y psíquica de la persona; se denomina así porque afecta, como decimos, la esfera funcional con independencia de la pérdida de rentas que pueda ocasionar.**

“Pero esta terminología es peligrosa porque se desliza hacia una realidad diferente. Como se ha precisado por la doctrina italiana, hay que matizar que, si bien a veces se utiliza como sinónimo del llamado daño biológico, la doctrina italiana más especializada, ha señalado que este último, es un concepto médico - legal, mientras que **el daño a la salud es un concepto jurídico, normativo, que se encuentra**

---

<sup>63</sup> “El daño subjetivo o daño a la persona es aquél cuyos efectos recaen en el ser humano, considerado en sí mismo, en cuanto sujeto de derecho, desde la concepción hasta el final de la vida. Por la complejidad del ser humano, los daños pueden afectar alguna o algunas de sus múltiples manifestaciones o “maneras de ser”. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos “El daño a la persona”, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, pág. 71 y s.s.

**consagrado en el artículo 32 de la Constitución...**<sup>64</sup> (Se destaca).

“En esa perspectiva, se insiste, la noción de daño a la vida de relación que sirvió al Consejo de Estado para indemnizar los perjuicios inmateriales sufridos por el sujeto, diferentes al moral, no es más que un concepto que ya no es utilizado por la doctrina y jurisprudencia italianas, en la medida en que se ha reconocido independencia entre el perjuicio biológico o fisiológico –relacionado con la órbita psicofísica del individuo– y otros perjuicios que afectan valores, derechos o intereses de la persona que, en la actualidad, en Italia, serían indemnizados bajo la panorámica del daño existencial (v.gr. la tranquilidad del ser humano, la seguridad, las condiciones de existencia, entre otros)<sup>65</sup>, sin que esta última categoría se encuentre lo suficientemente decantada en otras latitudes, razón para rechazar en esta instancia su adopción en el derecho colombiano, máxime si de manera reciente fueron proferidas cuatro sentencias de la Sección Unida (Sala Plena) de la Corte de Casación Italiana, en la que se recoge el daño existencial dado, precisamente, de la amplitud y falta de delimitación conceptual que implicaba (imposibilidad de objetivización)<sup>66</sup>.

**“Desde esa panorámica, los daños a la vida de relación o a la alteración de las condiciones de existencia, no podrán servir de instrumento para obtener la reparación del daño a la salud, es decir, son improcedentes para reparar las lesiones a la integridad psicofísica** puesto que parten de confrontar, o mejor de un parangón entre la esfera individual y la externa o social; el primero en la carga relacional del sujeto (relaciones sociales) lo que llevó a que fuera considerado en Italia como un daño subjetivo, inequitativo y desigualitario –dado que una persona puede tener una vida social o relacional más activa que otra, sin que eso suponga que deba indemnizarse diferente el daño–, y el segundo, por referirse a una alteración grave y significativa del proyecto de vida, es decir, a los planes y objetivos de la persona hacia el futuro.

“Entonces, como se aprecia, el daño a la salud gana claridad, exactitud y equidad donde los precisados perjuicios la pierden, puesto que siempre está referido a la afectación de la integridad psicofísica del sujeto, y está encaminado a cubrir no sólo la modificación de la unidad corporal sino las consecuencias que las mismas generan, razón por la que, sería comprensivo de otros daños como el estético, el sexual, el psicológico, entre otros, sin que existiera la necesidad de ampliar en demasía la gama o haz de daños indemnizables, con lo que se conseguiría una

---

<sup>64</sup> VICENTE Domingo, Elena “Los daños corporales: tipología y valoración”, Ed. Bosch, Barcelona, 1994, Pág. 139.

<sup>65</sup> “Allí se define el daño existencial [se refiere a la sentencia de la Sala Plena de la Corte de Casación Italiana No. 6572 del 24 de marzo de 2006] como todo perjuicio causado en el hacer no redituable del sujeto, susceptible de ser constatado de manera objetiva, que altera sus hábitos y su modo de relacionarse, induciéndolo a alternativas de vida distintas, que inciden en el despliegue y realización de su personalidad en el mundo exterior.” KOTEICH Khatib, Milagros “El daño extrapatrimonial”, en “Diritto Romano Comune e America Latina”, Universidad Externado de Colombia, Pág. 259.

<sup>66</sup> Ver: Corte de Casación Italiana, sentencia del 24 de junio de 2008, publicada el 11 de noviembre de 2008, No. 26972.

sistematización del daño no patrimonial<sup>67</sup>. En otros términos, se insiste, en Colombia el sistema indemnizatorio está limitado y no puede dar lugar a que se abra una multiplicidad de categorías resarcitorias que afecten la estructura del derecho de daños y la estabilidad presupuestal que soporta un efectivo sistema de responsabilidad patrimonial del Estado, motivo por el que, se itera, cuando el daño se origine en una lesión psíquica o física de la persona el único perjuicio inmaterial, diferente al moral que será viable reconocer por parte del operador judicial será el denominado “daño a la salud o fisiológico”, sin que sea posible admitir otras categorías de perjuicios en este tipo de supuestos y, mucho menos, la alteración a las condiciones de existencia, categoría que bajo la égida del daño a la salud pierde relevancia, concreción y pertinencia para indemnizar este tipo de afectaciones.

“En ese orden de ideas, el concepto de salud comprende diversas esferas de la persona, razón por la que no sólo está circunscrito a la interna, sino que comprende aspectos físicos y psíquicos, por lo que su evaluación será mucho más sencilla puesto que ante lesiones iguales corresponderá una indemnización idéntica<sup>68</sup>. Por lo tanto, no es posible desagregar o subdividir el daño a la salud o perjuicio fisiológico en diversas expresiones corporales o relacionales (v.gr. daño estético, daño sexual, daño relacional familiar, daño relacional social), pues este tipo o clase de perjuicio es posible tasarlo o evaluarlo, de forma más o menos objetiva, con base en el porcentaje de invalidez decretado por el médico legista.

“De allí que no sea procedente indemnizar de forma individual cada afectación corporal o social que se deriva del daño a la salud, como lo hizo el tribunal de primera instancia, sino que el daño a la salud se repara con base en dos componentes: i) uno objetivo determinado con base en el porcentaje de invalidez decretado y ii) uno subjetivo, que permitirá incrementar en una determinada proporción el primer valor, de conformidad con las consecuencias particulares y específicas de cada persona lesionada.

“Así las cosas, el daño a la salud permite estructurar un criterio de resarcimiento fundamentado en bases de igualdad y objetividad, de tal forma que se satisfaga la máxima “a igual daño, igual indemnización”<sup>69</sup>.

---

<sup>67</sup> Fruto del trabajo jurisprudencial en Italia, se llegó a establecer dentro de este orden que el concepto daño biológico agrupa entre otros: el daño a la vida de relación, el daño estético, el daño a la esfera sexual y el daño a la incapacidad laboral genérica, todo lo cual ha sido recogido y reconocido por la Corte Suprema de Casación de ese país. Ver entre otras, las sentencias: No. 2761 de 1990, 1341 de 1991, 11133 de 1990, 9170 de 1994, y 7262 de 1991.

<sup>68</sup> “Este estado de cosas no sólo deja la sensación de desorden, sino que también crea desigualdades entre víctimas, cuyos intereses aparecen, en igual medida, dignos de protección; así pues, el problema de fondo es el de establecer los límites, que deben ser “límites razonables”, determinados sí, en términos jurídicos.” CORTÉS, Edgar Ob. Cit. Pág. 57.

<sup>69</sup> “En el histórico fallo 184 de 1986 la Corte Constitucional italiana afirmó que el criterio de liquidación que debe adoptarse para el resarcimiento del daño biológico “debe, de un lado, responder a una uniformidad pecuniaria de base (el mismo tipo de lesión no puede valorarse de manera diferente para cada sujeto) y, de otro, debe ser suficientemente elástico y flexible para adecuar la liquidación del caso concreto a la incidencia efectiva de la lesión sobre las actividades de la vida cotidiana, por medio de las cuales se manifiesta concretamente la eficiencia sicofísica del

“En consecuencia, se adopta el concepto de daño a la salud, como perjuicio inmaterial diferente al moral que puede ser solicitado y decretado en los casos en que el daño provenga de una lesión corporal, puesto que el mismo no está encaminado al restablecimiento de la pérdida patrimonial, ni a la compensación por la aflicción o el padecimiento que se genera con aquél, sino que está dirigido a resarcir económicamente –como quiera que empíricamente es imposible– una lesión o alteración a la unidad corporal de la persona, esto es, la afectación del derecho a la salud del individuo.

**“Por lo tanto, cuando el daño tenga origen en una lesión corporal (daño corporal), sólo se podrán reclamar y eventualmente reconocer los siguientes tipos de perjuicios – siempre que estén acreditados en el proceso –:**

“i) los materiales de daño emergente y lucro cesante;

“ii) y los inmateriales, correspondientes al moral y a la salud o fisiológico, el primero tendiente a compensar la aflicción o padecimiento desencadenado por el daño, mientras que el último encaminado a resarcir la pérdida o alteración anatómica o funcional del derecho a la salud y a la integridad corporal<sup>70</sup>.

“Desde esa perspectiva, se insiste, el daño a la salud comprende toda la órbita psicofísica del sujeto. En consecuencia, la tipología del perjuicio inmaterial se puede sistematizar de la siguiente manera: i) perjuicio moral; ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico); iii) cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de “daño corporal o afectación a la integridad psicofísica” y que merezca una valoración e indemnización a través de las tipologías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño (v.gr. el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros), siempre que esté acreditada en el proceso su concreción y sea preciso su resarcimiento, de conformidad con los lineamientos que fije en su momento esta Corporación.

“Es decir, cuando el daño antijurídico radica en una afectación psicofísica de la persona, el daño a la salud surge como categoría autónoma y, por lo tanto, desplaza por completo denominaciones o tipos de perjuicios abiertos que han sido empleados en otras latitudes, pero que, al igual que en esta ocasión, han cedido paso al

---

sujeto perjudicado.” ROZO Sordini, Paolo “El daño biológico”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pág. 209 y 210.

<sup>70</sup> “Se está en presencia de un nuevo sistema clasificatorio del daño que acepta la existencia de tres modalidades del mismo: los patrimoniales, los morales y el biológico. Diferenciándose el biológico en cuanto al moral en la medida en que el primero es la lesión en sí misma considerada, y otra diferente, son los sufrimientos, el dolor y los afectos que de dicha lesión se pueden derivar, lo que constituiría el efecto o daño moral; sin embargo, ambos hacen parte del daño no patrimonial, esto es, no susceptible de contenido económico.” GIL Botero, Enrique “Daño Corporal – Daño Biológico – Daño a la vida de relación”, pág. 10.



daño corporal como un avance jurídico que permite la reparación efectiva y objetiva del perjuicio proveniente de la lesión al derecho constitucional y fundamental a la salud.

“Ahora bien, el hecho de sistematizar el daño a la salud (integridad corporal, psicológica, sexual, estética), mientras se deja abierta la estructura de los demás bienes o derechos jurídicos, garantiza un esquema coherente con los lineamientos conceptuales, teóricos y prácticos del resarcimiento del daño, como quiera que no se presta para generar una tipología paralela al daño a la salud que produzca los mismos efectos perjudiciales que acarrearán las nociones abiertas e indefinidas del daño a la vida de relación y de alteración a las condiciones de existencia.

“En consecuencia, el daño moral satisface la indemnización de la órbita interna y aflictiva del ser humano; el daño a la salud garantiza un resarcimiento más o menos equitativo y objetivo en relación con los efectos que produce un daño que afecta la integridad psicofísica de la persona; y, por último, será oportuno que se analice la posibilidad por parte de esta Corporación –siempre que los supuestos de cada caso lo permitan– de que se reparen los demás bienes, derechos o intereses jurídicos de la víctima directa o de los perjudicados que logren acreditar efectivamente que padecieron ese daño autónomo e independiente, sin que quede cobijado por la tipología antes delimitada (v.gr. el derecho al buen nombre). La aplicación de esta tipología del daño garantiza la reparación estática y dinámica del perjuicio, esto es los efectos internos y externos, subjetivos y objetivos, individuales y colectivos que la lesión antijurídica o injusta desencadena en el sujeto y las personas que constituyen su entorno.

“No obstante lo anterior, es preciso recalcar que en nuestro país no existe un sistema abierto y asistemático del perjuicio inmaterial, puesto que estos esquemas atentan contra el entendimiento del derecho de la responsabilidad, motivo por el cual, será la jurisprudencia de esta Corporación la encargada de definir la posibilidad de reconocer otras categorías o tipos de daños distintos al daño a la salud, pero siempre que el caso concreto permita la discusión y se afronte la misma a través de la búsqueda de una metodología coherente que contenga el abanico resarcitorio a sus justas proporciones sin que se desdibuje el contenido y alcance de la teoría del daño resarcible.

“Esta es, precisamente, la importancia del daño a la salud, ya que como se ha explicado permite reconducir a una misma categoría resarcitoria todas las expresiones del ser humano relacionadas con la integridad psicofísica, como por ejemplo las esferas cognoscitivas, psicológicas, sexuales, hedonísticas, etc., lo que evita o impide que se dispersen estos conceptos en rubros indemnizatorios autónomos.

“Así las cosas, el daño a la salud posibilita su reparación considerado en sí mismo, sin concentrarse de manera exclusiva y principal en las manifestaciones externas, relacionales o sociales que desencadene, circunstancia por la cual este daño, se itera,

gana concreción y objetividad en donde las categorías abiertas la pierden y, por lo tanto, permite garantizar los principios constitucionales de dignidad humana y de igualdad material.”

Así mismo, la Sala en sentencia del 28 de marzo de 2012, expediente: 22.163, determinó, los parámetros de liquidación y valoración del daño a la salud, en cuanto a su contenidos objetivo (estático) y subjetivo (dinámico); en la providencia se estableció:

“El *arbitrio iuris* siempre será necesario en cualquier ordenamiento jurídico puesto que el legislador no puede contemplar todas y cada una de las hipótesis y variables que se pueden presentar en el proceso judicial, razón por la cual queda un margen de maniobra a cargo del operador judicial que, lejos de ser catalogado como arbitrariedad, constituye un campo de discreción racional en el que con fundamento en las reglas de la experiencia y la sana crítica traza derroteros para colmar esas lagunas o vacíos que están contenidos en la ley.

De allí que sí existen criterios de valoración del daño a la salud, de manera concreta, de la siguiente forma:

1. El ámbito o espectro objetivo o estático del daño a la salud se determinará a través del *arbitrio iuris*, para lo cual se tendrá en cuenta la edad de la víctima y la gravedad de la lesión, lo cual permitirá emplear la regla de tres, al tener en cuenta que a la mayor incapacidad corresponde un valor máximo de cuatrocientos salarios mínimos mensuales vigentes, como lo ha hecho la jurisprudencia de tiempo atrás.

2. En cuanto al contenido dinámico del daño a la salud, esto es, las particularidades o especificidades que ese perjuicio significa para cada víctima en particular (v.gr. no es lo mismo la pérdida de una mano para alguien que tiene como “hobbie” ir a cine, frente a alguien cuyo esparcimiento lo obtiene de tocar el piano o pintar cuadros). En este tipo de eventos, en los que la persona logre acreditar unas consecuencias particulares que harían más gravosa su condición al resultar afectado en su integridad psicofísica, el juez podrá incrementar, con base en el *arbitrio iuris*, la indemnización correspondiente al factor objetivo del daño a la salud. No obstante, se itera, en principio no se podrá reconocer una suma superior a 400 SMMLV, pues este es el tope –sumado el ámbito estático y dinámico– del daño a la salud.

Por consiguiente, el daño a la salud reviste una connotación bifronte, una estática u objetiva que garantiza la máxima “a igual afectación a la integridad psicofísica debe corresponder una idéntica o similar compensación del perjuicio”, y una perspectiva dinámica o subjetiva –que permite hacer realidad la igualdad material– debido a que en este componente se permite que el juez eleve en un preciso

porcentaje la reparación por cuenta de las condiciones particulares de la víctima.

No se trata de reparar la vida relacional o social de quien sufre el daño (en el espectro dinámico), sino de reconocer un porcentaje adicional debido a situaciones particulares que hacen que para ese sujeto específico la afectación correspondiente sea más grave”.

Por último, en sentencias del 24 de julio de 2013, la Subsección C, de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en una novedosa propuesta para garantizar una liquidación más objetiva del daño a la salud, indicó<sup>71</sup>:

“Definidos los criterios para calificar la invalidez, el dictamen debe otorgar unos porcentajes a cada uno de los componentes antes mencionados, cuya sumatoria equivale al 100% del total de la pérdida de la capacidad laboral, porcentaje al que necesariamente debe responder la indemnización que dentro del componente objetivo del daño a la salud se reconozca, para cuyo efecto se considera que en los casos en que la disminución de la capacidad laboral alcance el 100%, su valor indemnizatorio puede fijarse en la suma equivalente a 300 salarios mínimos legales mensuales.

“(…) Es pertinente precisar, que en los eventos que no repose en el material probatorio el dictamen emanado por la Junta de Calificación, en el que se especifique los tres criterios de clasificación de invalidez, el porcentaje que tal dictamen determine se imputará al rubro de Deficiencia, es decir, 150 SMLMV, en forma proporcional.

“Y por último, el segundo componente, esto es, el elemento subjetivo del daño a la salud, permitirá incrementar, con fundamento en el material probatorio, la sana crítica y las reglas de la experiencia, el quantum determinado en el aspecto objetivo, de manera que se atiendan las consecuencias particulares y específicas de cada persona lesionada<sup>72</sup>, en cuyo efecto se sugiere como límite para los casos de mayor intensidad el equivalente a 100 SMLMV.

“En conclusión, se estima oportuno destacar que el daño a la salud, está compuesto de dos elementos, el primero de ellos (objetivo) con una valoración de 75% como máximo reconocible, esto es, hasta 300 salarios mínimos legales, de conformidad con lo señalado en párrafos precedentes y el segundo (subjetivo o dinámico), correspondiente hasta el 25%, el cual se reconocerá cuando las pruebas den lugar a ello, ascendiendo al monto de 100 salarios mínimos.”

---

<sup>71</sup> Consejo de Estado, sentencias del 24 de julio de 2013, exps. 36295 y 28792, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>72</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 14 de septiembre de 2011, expediente: 19031.

Conforme a lo anterior, debe señalarse que en los casos en que las lesiones revisten mayor gravedad, esto es, una incapacidad del 100%, se debe conceder por daño a la salud el equivalente a 300 salarios mínimos mensuales vigentes. Por lo tanto, aplicando el sistema y metodología antes descrito, y teniendo por establecido que el porcentaje de incapacidad del demandante, es del 53.4%, en un escenario de falla del servicio plena y directa se le reconocerían 160,2 salarios por concepto de daño a la salud (en su dimensión objetiva), por lo cual, el monto de la indemnización resultaría proporcional con la lesión sufrida, esto de conformidad con los parámetros jurisprudenciales que han sido trazados sobre la materia, teniendo en cuenta la gravedad de la lesión y, por lo tanto, la magnitud del perjuicio que supone una significativa variación en el estado de salud del demandante principal.

Sin embargo, en el *sub examine*, el monto real de la indemnización es de 57 SMLMV, comoquiera que corresponde al 35% de la oportunidad perdida, y es la cifra por la que se indemnizará en este caso.

Ahora bien, como no se demostró una afectación particular y específica en la órbita o dimensión subjetiva del daño a la salud, no se incrementará la indemnización por este concepto.

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

#### **FALLA:**

**Modifícase** la sentencia del 17 de julio del 2003, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, la cual quedará así:

**Primero. Declárase** patrimonialmente responsable al Hospital Universitario Ramón González Valencia E.S.E., de los perjuicios sufridos por Néstor José

Buelvas Chamorro, con ocasión de la pérdida de oportunidad que se le restó en aras de conservar su pierna derecha.

**Segundo. Condénase** al Hospital Universitario Ramón González Valencia E.S.E., a pagar, por perjuicios morales a Néstor José Buelvas Chamorro, la suma equivalente en pesos a treinta y cinco (35) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

**Tercero. Condénase** al Hospital Universitario Ramón González Valencia E.S.E., a pagar, por perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, a Néstor José Buelvas Chamorro, la suma de ciento cuatro millones doscientos seis mil novecientos treinta y dos pesos **(\$104.206.932.00)**.

**Cuarto. Condénase** al Hospital Universitario Ramón González Valencia E.S.E., a pagar, por concepto de daño a la salud, a Néstor José Buelvas Chamorro, la suma equivalente en pesos a cincuenta y siete (57) salarios mínimos legales mensuales.

**Quinto. Deniéganse** las demás pretensiones de las demandas.

**Sexto.** Sin costas.

**Séptimo. Dése** 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.

**Octavo.** Por cumplir con los requisitos de los artículos 65 y 67 del C.P.C., reconócese personería jurídica a la abogada, Luz Marina Reyes Breton, titular de la tarjeta profesional No. 70.958 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderado de la parte demandada, Nación-Ministerio de Salud, en los términos del poder que obra a folio 799 del cuaderno principal.

Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría, **devuélvase** el expediente al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**  
Presidente

**ENRIQUE GIL BOTERO**

**OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ**