

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR FALLA DEL SERVICIO MÉDICO / FALLA EN EL SERVICIO MÉDICO

En los términos del artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, la acción procedente para deprecar en sede judicial la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado y la correspondiente reparación de perjuicios derivada de una falla en la prestación del servicio médico es la de reparación directa, tal como fue promovida por los demandantes.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 86

EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO / EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO ESCINDIDA DEL ISS / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA / LIQUIDACIÓN DE LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO / LIQUIDACIÓN DE LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO / SUPRESIÓN DE LA ENTIDAD PÚBLICA / LIQUIDACIÓN DE LA ENTIDAD PÚBLICA / RÉGIMEN DE LIQUIDACIÓN DE LA ENTIDAD PÚBLICA / PROCEDENCIA DE LA SUCESIÓN PROCESAL / MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL / REPRESENTACIÓN JURÍDICA DE LA NACIÓN / DERECHO DE ACCIÓN / EJERCICIO DEL DERECHO DE ACCIÓN

[A]unque la demandada E.S.E. Antonio Nariño no había sido creada en la época de la atención que se cuestiona, no es menos cierto que la norma que escindió la IPS de Popayán del ISS y la asignó a la recién creada empresa social del Estado como parte de su patrimonio, también le transfirió los pasivos de la mencionada clínica, lo que incluye los contingentes de los procesos judiciales derivados de la actividad de la IPS, que no le pueden ser exigidos directamente en tanto carece de personalidad jurídica y, tampoco al ISS, del que dejó de hacer parte por razón de la escisión. En tales condiciones, era la E.S.E. Antonio Nariño la llamada a comparecer al proceso y a responder por las contingencias de los litigios derivados de la actuación de la Clínica del ISS de Popayán, inclusive respecto de las actuaciones anteriores a la escisión. (...) [M]ediante el Decreto 3870 de 2008, se suprimió la E.S.E. Antonio Nariño y se ordenó su liquidación, sin que se hubiera dispuesto en ese acto cuál sería la entidad llamada a asumir el pasivo contingente de los litigios en los que era o estaba llamada a ser parte, contrario a la obligación legal que en tal sentido prevé el artículo 52 de la Ley 489 de 1998 (...) Sin duda, la ausencia de dicha precisión no podría limitar el derecho de acción de los demandantes y, menos aún, su eventual derecho a ser reparados, por lo que la Nación, a través del Ministerio de Salud y Protección Social, que dispuso la supresión sin señalar la entidad que sucedería a la extinta E.S.E., será la llamada a asumir como sucesora procesal de la demandada y a responder por las posibles condenas que se profieran.

FUENTE FORMAL: DECRETO 3870 DE 2008 / LEY 489 DE 1998 - ARTÍCULO 52

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO / FALLA EN EL SERVICIO MÉDICO / SERVICIO DE SALUD / FALLA EN EL SERVICIO DE SALUD / FALLA PROBADA DEL SERVICIO / ACTIVIDAD MÉDICA / DAÑO DERIVADO DE LA ACTIVIDAD MÉDICA / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ERRORES EN LA ACTIVIDAD MÉDICA / DEFICIENCIA EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD / DERECHO A LA SALUD / LEX ARTIS / ATENCIÓN AL PACIENTE

La responsabilidad estatal derivada de la prestación de servicios de salud. Esta Corporación ha consolidado una posición en materia de responsabilidad del Estado por la prestación del servicio de salud, en virtud de la cual aquella es de naturaleza subjetiva; es la falla probada del servicio la que hace posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica y hospitalaria, de suerte que, en términos generales, es carga del demandante acreditar la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquella y este. (...) La Sala interpreta ese derecho social no solo como la posibilidad formal de acceder a esa clase de servicios, sino a que estos se presten de manera eficiente, digna, responsable, diligente y de acuerdo con la *lex artis*; debe traducirse por tanto, en que a quien en evidentes condiciones de debilidad, derivadas de la enfermedad que lo aqueja, acude en procura del servicio, se le brinde una atención de calidad que le permita tener las mejores expectativas de recuperar la salud. Esa interpretación no supone una obligación de resultado para el prestador del servicio, sino que debe concebirse como la garantía del paciente a obtener la atención en las mejores condiciones disponibles, bajo el entendido de que quien acude en busca de un servicio médico confía en que será tratado de manera adecuada.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO / FALLA EN EL SERVICIO MÉDICO / SERVICIO DE SALUD / FALLA EN EL SERVICIO DE SALUD / FALLA PROBADA DEL SERVICIO / ACTIVIDAD MÉDICA / DAÑO DERIVADO DE LA ACTIVIDAD MÉDICA / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ERRORES EN LA ACTIVIDAD MÉDICA / DEFICIENCIA EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD / DERECHO A LA SALUD / LEX ARTIS / ATENCIÓN AL PACIENTE / CARGA DE LA PRUEBA / CARGA DE LA PRUEBA POR EL ACCIONANTE / PRUEBA INDIRECTA / INDICIO

[E]n relación con la carga de la prueba, se ha dicho que corresponde, en principio, al demandante, pero dicha exigencia se modera mediante la aceptación de la prueba indirecta de estos elementos de la responsabilidad a través de indicios.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la carga de la prueba, en responsabilidad del Estado por falla en la prestación del servicio médico, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de: septiembre 13 de 1991, exp. 6253, C.P. Carlos Betancur Jaramillo; del 22 de marzo de 2001, exp. 13166, C.P. Ricardo Hoyos Duque; del 14 de junio de 2001, exp. 11901; de octubre 3 de 2007, exp. 12270, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; de marzo 26 de 2008, exp. 16085, C.P. Ruth Stella Correa y de junio 4 de 2008, exp. 16646, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, Subsección B, sentencia de marzo 22 de 2012, exp. 23132, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. sentencia de 3 de mayo de 1999, exp. 11169, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

DEFICIENCIA EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD / DAÑO / CONCEPTO DE DAÑO / DAÑO A LA SALUD / RECUPERACIÓN DEL PACIENTE / PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD / TIPOS DE PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD / TRATAMIENTO MÉDICO / DAÑO ANTIJURÍDICO / REQUISITOS DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

Tratándose de la defectuosa prestación del servicio médico, el daño no siempre consiste en la afectación física o de las condiciones de salud del paciente, las que en no pocos eventos ya resultan afectadas o en riesgo con ocasión de la patología que determina al paciente a acudir en procura de atención médica o como consecuencia inherente al tratamiento indicado. En tales eventos, lo que se reprocha a título de daño no es la pérdida de la salud o eventualmente de la vida del afectado, sino la pérdida de la oportunidad de recuperación, esto es, que se

prive al paciente del tratamiento idóneo que en condiciones acordes con la lex artis le hubiera generado una mayor probabilidad de éxito frente a su enfermedad. En la pérdida de oportunidad el daño antijurídico no deriva del hecho mismo de la lesión física, de la secuela fisiológica o la muerte, sino del hecho consistente en que se prive al paciente del suministro del tratamiento o cuidado disponible que mayor beneficio le pueda reportar o que traiga aparejadas las mayores posibilidades de recuperación. Para la Sala, para que se configure la pérdida de oportunidad es necesario verificar la concurrencia de tres elementos: i) falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado, es decir, la incertidumbre respecto a si el beneficio o perjuicio se iba a recibir o evitar; ii) certeza de la existencia de una oportunidad; iii) certeza de que la posibilidad de adquirir el beneficio o evitar el perjuicio se extinguió de manera irreversible para la víctima.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el tema, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 5 de abril de 2017, exp. 25706, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

PREEXISTENCIA DE ENFERMEDAD DEL PACIENTE / PACIENTE / APRECIACIÓN DEL TESTIMONIO / VALORACIÓN DEL TESTIMONIO / PROCEDIMIENTO QUIRÚRGICO / RIESGOS DEL PROCEDIMIENTO QUIRÚRGICO / SERVICIO MÉDICO QUIRÚRGICO / MÉDICO ESPECIALISTA / DIAGNÓSTICO DEL PACIENTE / RECUPERACIÓN DEL PACIENTE / ALCANCE DE LA ATENCIÓN EN SALUD / ATENCIÓN EN SALUD / ATENCIÓN AL PACIENTE / DAÑO POR PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD / INFECCIÓN DEL PACIENTE / AUSENCIA DE PRUEBA / AUSENCIA DE LA PRUEBA DOCUMENTAL / ENTIDAD PRESTADORA DEL SERVICIO DE SALUD / OBLIGACIONES DE LA ENTIDAD PRESTADORA DEL SERVICIO DE SALUD / RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD PRESTADORA DEL SERVICIO DE SALUD / CONSENTIMIENTO INFORMADO / AUSENCIA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO / CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE / DAÑO POR FALTA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO / PRUEBA DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO / RESPONSABILIDAD MÉDICA POR FALTA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO

[A]unque los testigos, desde su percepción personal, consideraron que [la víctima menor de edad] no padecía ninguna disminución en su agudeza visual antes de la aspiración de la catarata en su ojo derecho, sus dichos no le generan certeza a la Sala sobre esa situación; por el contrario, es claro que existía una patología de base [catarata congénita] que impuso la práctica del procedimiento quirúrgico. Si bien algunos de ellos tienen relación con el área de la salud, al fungir como auxiliares de enfermería, lo declarado no tuvo relación con un examen particular del caso del afectado respecto de su agudeza visual, máxime cuando no contaban con la experticia para ello ni se apoyaron en criterio científico o diagnóstico alguno. Por el contrario, para la Sala es claro que la afectación del menor era de gravedad, lo que se evidencia con la anotación de urgencia del oftalmólogo en la primera valoración del paciente y con el hecho de que hubiera sido intervenido de manera inmediata. En todo caso, aunque el padecimiento visual del paciente tenía la potencialidad de afectar en forma definitiva su salud, también es claro que existía alguna probabilidad de recuperación, si se sumaban a la cirugía las estrategias de rehabilitación necesarias. En consecuencia, estima la Sala que el daño padecido por el menor era propio de la patología congénita que presentaba; empero, aunque mínimas, el paciente sí contaba con probabilidades de recuperación, cuya frustración es el daño que para el caso concreto resulta relevante para la decisión del sub lite. [P]ara la Sala es claro que en este caso la víctima perdió una oportunidad de recuperación, bajo el entendido de que existía un chance, aunque mínimo, de recuperación, que

podía materializarse o no y que se extinguió en tanto está probado que el paciente perdió la agudeza visual del ojo derecho. Ese daño es imputable al prestador de los servicios de salud, pues aunque ninguna de las evidencias aportadas permite señalar que el diagnóstico fue errado o que el tratamiento quirúrgico no estaba indicado, sí hay prueba de graves fallas en la atención, relevantes respecto de los resultados finales del procedimiento. El desarrollo de un proceso infeccioso era una de las posibles complicaciones del procedimiento de acuerdo con la evidencia científica de la época y las medidas de prevención aceptadas incluían: la asepsia del campo quirúrgico y la esterilización del instrumental, medidas insoslayables en ese tipo de eventos. Aunque en este caso la historia clínica acredita que se realizó la asepsia del campo quirúrgico, no hay evidencia del seguimiento de protocolos de esterilización de los materiales a utilizar en la intervención. Aunque la demandada afirmó haber adelantado las medidas preventivas propias de dicho proceso de esterilización, al ser requerida para allegar las actas de los procedimientos de desinfección, dijo no contar con ellas. Para la Sala es claro que la sola afirmación de la demandada no constituye prueba del adelantamiento idóneo de este tipo de actuación, en tanto estas debían llevarse a cabo bajo protocolos previamente definidos, con la constancia del adelantamiento de cada una de sus fases por parte de un responsable, encargado de dar testimonio sobre el estricto cumplimiento del manejo. La ausencia de documentación del proceso de esterilización es prueba, cuando menos, de la impericia y negligencia en el control de dicho proceso en la prestadora de los servicios de salud accionada. La demandada allegó el manual contentivo del protocolo de esterilización que dijo utilizar en sus procedimientos, mismo que imponía la necesidad de identificar y rotular los materiales desinfectados (...), con identificación del nombre del elemento o equipo, lista del contenido del paquete, fecha de la esterilización, hora, turno, fecha de vencimiento, e identificación de la técnica de esterilización. Como se aprecia, ello obligaba a dejar constancia escrita sobre el procedimiento y, por ende, era carga de la demandada acreditar que lo surtió en legal forma. Sin embargo, requerido para que allegara dicha documentación, el hospital demandado dijo no tenerla en su poder, hecho indicativo de que a pesar de que se tenían establecidos dichos protocolos, no fueron seguidos en forma estricta. Se insiste en que los mismos protocolos imponían dejar testimonio escrito de los materiales desinfectados y las condiciones de tiempo y modo en que ello tuvo lugar. De otro lado, como lo resaltan los apelantes, la historia también revela preocupantes omisiones respecto del consentimiento informado, en tanto no se aportó prueba alguna de que el paciente y sus familiares hubieran sido puesto al tanto sobre los riesgos y complicaciones inherentes al procedimiento y, menos aún, sobre los signos de alerta temprana que imponían la necesidad de acudir en procura de atención. Ello constituye, sin duda, una falencia en la atención determinante en la pérdida de posibilidades de recuperación del paciente, quien solo acudió en busca de atención 7 días después, con claros signos de infección y solo hasta ese momento recibió tratamiento antibiótico. La demora en acudir al médico tratante está causalmente ligada con la omisión de la demandada en explicar los signos de alerta y la necesidad de atender a estos en forma inmediata, siendo la infección una complicación frecuente en procedimientos como el practicado al paciente. Por otra parte, resulta llamativa la ausencia de análisis alguno por parte del prestador del servicio respecto de las condiciones previas del menor y su agudeza visual, pues nada de ello se anotó en la historia en forma anterior al procedimiento, ni se refirió a los antecedentes del paciente, ni a las especiales condiciones de edad, que imponían un análisis más cauteloso de la relación costo – beneficio de la intervención y de la indicación o no de la utilización del LIO, aspectos que también debieron darse a conocer en forma oportuna a los familiares del paciente, lo que, según lo revelan las pruebas aportadas, nunca ocurrió. También resulta de la mayor relevancia el hecho de que, según lo hizo constar la Dirección Departamental de Salud Pública del Cauca (...) – Sección Calidad de los

Servicios, para abril de 2003, los servicios de la demandada no estaban habilitados por carecer de las condiciones de capacidad tecnológica o científica necesarias para ello; sin que mediara posterior constancia sobre la habilitación de dichos servicios, el menor fue intervenido el 24 de junio del mismo año. Esas falencias en la atención permiten inferir que el paciente no recibió el servicio de salud en las condiciones de idoneidad a las que tenía derecho, lo que incidió en la pérdida de su posibilidad de recuperación exitosa. Así las cosas, se impone imputarle responsabilidad a la demandada, en tanto fueron relevantes en la pérdida de la oportunidad de recuperación del paciente, con la que contaba en caso de haber sido atendido conforme a las condiciones de idoneidad a las que tenía derecho.

DAÑO / DAÑO INDEMNIZABLE / DAÑO POR PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD / RECUPERACIÓN DEL PACIENTE / INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO / RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD PRESTADORA DEL SERVICIO DE SALUD / TASACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD / PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

[E]l daño resarcible en este particular evento no corresponde al daño final, entendido como la pérdida de la agudeza visual del paciente, lo que devino de la patología congénita que lo aquejaba, sino la pérdida de oportunidad de recuperación. Como aquello que se imputa en este particular evento a la demandada no es la pérdida de la agudeza visual, sino la pérdida de posibilidad de salvarla, lo preciso sería atender a la proporción de dicha privación para efectos de la indemnización. Como en el caso concreto no hay evidencia científica del porcentaje de probabilidad de recuperación de la agudeza visual del paciente de conformidad con sus particulares circunstancias, prueba que por demás no pudo ser recaudada pese al esfuerzo probatorio de la Sala al decretar de oficio un dictamen pericial para tal efecto, se precisa acudir a la sub regla que para este tipo de eventos se estableció (...) ante la ausencia de evidencia científica de la real probabilidad de recuperación, la reparación de los perjuicios se reconocerá en un 50% de aquello que correspondería a la reparación del daño final.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el tema, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 5 de abril de 2017, exp. 25706, M.P. Ramiro Pazos Guerrero. Consejo de Estado, Sala Plena de Sección Tercera, sentencia de 12 de julio de 2012, rad. 15,024, M.P. Danilo Rojas Betancourth. Sentencia del 31 de mayo de 2016, rad. 38047, M.P. Danilo Rojas Betancourth. la sentencia de la Subsección B del 31 de mayo de 2016, rad. 38267, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

DAÑO MORAL / CONCEPTO DE DAÑO MORAL / PRESUNCIÓN DE DAÑO MORAL / SALUD / ALTERACIÓN DE LA SALUD / PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL

El daño moral, entendido como el dolor y aflicción que una situación nociva genera, se presume en relación con los sus familiares cercanos de quien ha sufrido una grave afectación en sus condiciones de salud o ha perdido la vida. Ante la imposibilidad de cuantificar el daño moral, la jurisprudencia ha establecido un tope monetario para la indemnización de dicho perjuicio, que se ha tasado, como regla general, en el equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales cuando el daño cobra su mayor intensidad, caso correspondiente al padecimiento sufrido por las propias víctimas o por quienes acrediten relaciones afectivas propias de las relaciones conyugales y paterno-filiales (primer grado de consanguinidad) con la víctima que ha perdido la vida o sufrido una pérdida de capacidad laboral superior al 50%. En casos de lesiones, se unificó la jurisprudencia en el sentido de establecer topes indemnizatorios de acuerdo con la gravedad de las lesiones y del

nivel de las relaciones afectivas o de parentesco (...) Dicho esfuerzo jurisprudencial tendiente a hacer equitativas las indemnizaciones reconocidas a los distintos afectados no puede considerarse como una restricción que imposibilite el reconocimiento de este tipo de perjuicios en el entendido de que solo procedan bajo la evidencia de una pérdida de capacidad laboral. Por ello, debe partirse de la certeza de que existen afectaciones que no comprometan las capacidades o fuerza de trabajo del afectado y, de todos modos, generan padecimiento moral a quien las sufre. En el caso concreto, es evidente el padecimiento que genera para el propio afectado y sus familiares el hecho de la pérdida de la agudeza visual de uno de sus ojos, con evidentes repercusiones en la capacidad laboral del afectado.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el daño moral por lesiones, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de agosto de 2014, ex. 31172, M.P. Olga Mérida Valle de De la Hoz.

DAÑO A LA SALUD / INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO A LA SALUD / MONTO DE INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO A LA SALUD / DAÑO FISIOLÓGICO / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / APLICACIÓN DEL PRECEDENTE JUDICIAL

Daño a la salud. En reciente pronunciamiento de unificación la Sección Tercera de la Corporación, luego de abordar el estudio del origen de las diversas denominaciones del perjuicio inmaterial, estableció que además del daño moral causado por las lesiones físicas que afectan el normal desenvolvimiento de una persona, también puede configurarse un daño a la salud, que es independiente de la afectación anímica de la víctima y que, en consecuencia, también amerita ser indemnizado para efectos de la reparación integral del daño. (...) En aplicación de ese precedente de unificación se indemnizará el daño a la salud, reclamado en la demanda como “perjuicios fisiológicos”, en el 50% de aquello que correspondería conforme al porcentaje de pérdida de capacidad laboral, esto es 10 SMLMV a favor del directo afectado. No se reconocen sumas adicionales a favor de los demás demandantes.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el tema, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 14 de septiembre de 2011. Exp. 19031

DAÑO MATERIAL / LUCRO CESANTE / PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL / LUCRO CESANTE FUTURO / INCAPACIDAD FÍSICA PERMANENTE

Daño material. Para la Sala es patente que la pérdida de la agudeza visual del [menor víctima] está llamada a generarle un lucro cesante, entendido como la disminución de los ingresos esperados a partir de su mayoría de edad y hasta la vida probable. Dicha pérdida de agudeza visual le generó una pérdida de capacidad laboral del 16,50% que debe ser reparada. Para resarcir dicho perjuicio, se tendrá en cuenta el porcentaje de la pérdida de capacidad laboral antes referido, el salario mínimo legal mensual vigente para la época del presente fallo (\$828.116) - incrementado en un 25% correspondiente al factor prestacional (\$1.035.145). De dicha suma se tomará el 16,50% (\$170.798) y a esta se le deducirá el 50%, conforme a lo explicado en relación con el daño que se indemniza (\$85.399). (...) Aunque en este caso no hay prueba de que la víctima fuera económicamente productivo para la época del daño, es evidente que ello obedece a que era un menor de edad cuando lo sufrió, lo que no implica que permanecería sin laborar el resto de su vida; por el contrario, es claro que la pérdida de capacidad laboral acreditada le genera una disminución en sus capacidades de trabajo y, con ello, una disminución

de sus ingresos futuros que debe ser resarcida hasta la expectativa de vida, en tanto la incapacidad es permanente según consta en el dictamen practicado para el efecto

NOTA DE RELATORÍA: Con salvamento de voto del consejero Martín Bermúdez Muñoz

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO

Bogotá D.C., tres (03) de abril de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 19001-23-31-000-2005-00998-01(43034)

Actor: ADRIANA MORENO TORRES

Demandado: E.S.E. ANTONIO NARIÑO

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA (APELACIÓN SENTENCIA)

Sin que se advierta causal de nulidad que invalide la actuación, decide la Sala el recurso de apelación promovido por la parte actora contra la sentencia de 27 de septiembre de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, por medio de la cual negó las pretensiones de la demanda.

SÍNTESIS DEL CASO

Los actores afirman que durante la atención médica brindada al menor Jhon Harold Solarte Moreno fue afectado por una infección en su ojo derecho, lo que le generó daños cuya indemnización se reclama.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Pretensiones

Mediante escrito presentado el 24 de junio de 2005 (fl. 84, c. 1) ante el Tribunal Administrativo del Cauca, los señores Adriana Moreno Torres, Jaro Solarte Torres, Angélica María Solarte Moreno y Jhon Harold Solarte Moreno, promovieron demanda de reparación directa en contra del Instituto de Seguros Sociales E.I.C.E. y la E.S.E. Antonio Nariño, con el fin de obtener a su favor las siguientes declaraciones y condenas:

PRIMERA. Declárese al Instituto de Seguros Sociales E.I.C.E. Seccional Cauca y a la E.S.E. Antonio Nariño, (...) responsables solidarios administrativa y civilmente de todos los daños y perjuicios, tanto de índole patrimonial como extrapatrimonial ocasionados a los demandantes, señores: ADRIANA MORENO TORRES, JARO SOLARTE TORRES, ANGÉLICAS MARÍA SOLARTE MORENO Y JHON HAROLD SOLARTE MORENO, con motivo de la intervención quirúrgica practicada en la CLÍNICA DE SEGUROS SOCIALES DE POPAYÁN hoy E.S.E. ANTONIO NARIÑO al menor JHON HAROLD SOLARTE MORENO consistente en una FAQUECTOMÍA MÁS VITRECTOMÍA ANTERIOR EN OJO DERECHO debido a la falta de pericia, diligencia y cuidado en el manejo del paciente menor de edad y con ello la existencia de una inadecuada profilaxis que debe observarse para dicho procedimiento quirúrgico, más la ausencia de parámetros específicos requeridos para abordar esta clase de procedimientos, que trajo como consecuencia un grave proceso infeccioso secundario a dicha cirugía – enfermedad o patología nosocomial, COMPROMETIENDO ASÍ SU RETINA, agravando notablemente su problema de visión, cuyo diagnóstico posterior a dicha intervención quirúrgica fue FIBRINA ORGANIZADA EN MEMBRANAS QUE TRACCIONAN LA RETINA y de paso constituyendo de manera ostensible y probada la falla del servicio, sin dejar de lado, como punto de mayor relevancia dentro de la presente demanda, que las entidades demandadas INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES E.I.C.E. y a la E.S.E. ANTONIO NARIÑO no estaba habilitada para llevar a cabo una faquectomía más vitrectomía anterior, pues este tipo de procedimientos quirúrgicos corresponden a un nivel de complejidad NIVEL III O IV (3 o 4), es decir a un NIVEL DE COMPLEJIDAD ALTO y NO A UN NIVEL DE COMPLEJIDAD MEDIO (NIVEL II) como lo es la E.S.E. ANTONIO NARIÑO ANTERIORMENTE CLÍNICA DE LOS SEGUROS SOCIALES, según resolución 5261 de 1994 del Ministerio de Salud – Clasificación de Niveles de Complejidad Médico Quirúrgicos; teniendo aún más en cuenta que se trataba de un menor de edad de tan solo once años, sin que se le haya obtenido su consentimiento ni mucho menos brindado la información requerida como acto obligatorio del médico tratante hacia el paciente menor, en este caso a sus padres como representantes de aquel.

SEGUNDA. Como consecuencia de la declaración anterior, condénese al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES E.I.C.E. y a la E.S.E. ANTONIO NARIÑO por conducto de sus representantes legales o por quien hagan sus veces a pagar los daños y perjuicios tanto de índole patrimonial como extrapatrimonial a favor de los actores conforme a la siguiente liquidación o a la que se demuestre en el desarrollo del proceso así:

1. PERJUICIOS MORALES

Páguese a cada uno de los demandantes, señores ADRIANA MORENO TORRES, JARO SOLARTE TORRES, ANGÉLICA MARÍA SOLARTE MORENO y

JHON HAROLD SOLARTE MORENO, las sumas de dinero equivalentes a cien (100) salarios mínimos legales mensuales, al valor que tengan ellos a la fecha de ejecutoria de la sentencia, de conformidad con lo estipulado en la jurisprudencia del Consejo de Estado.

En su defecto, páguese por este perjuicio el valor máximo que reconozca la jurisprudencia (...).

2. PERJUICIOS FISIOLÓGICOS O A LA VIDA DE RELACIÓN

Páguese a cada uno de los demandantes, señores ADRIANA MORENO TORRES, JARO SOLARTE TORRES, ANGÉLICA MARÍA SOLARTE MORENO Y JHON HAROLD SOLARTE MORENO, las sumas de dinero equivalentes a cien (100) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES, al valor que tengan ellos a la fecha de ejecutoria de la sentencia, de conformidad con lo estipulado en la jurisprudencia del Consejo de Estado. En su defecto, páguese por este perjuicio el valor máximo que reconozca la jurisprudencia (...).

3. POR PERJUICIOS MATERIALES

La jurisprudencia y la doctrina han aceptado que el perjuicio material comprende lo que se ha denominado daño emergente y lucro cesante.

3.1. Daño emergente. Equivale al valor que mis representados en su calidad de víctimas y perjudicados (actual) y deben (futuro) seguir disponiendo para atender los gastos y emolumentos con ocasión de la recuperación de la salud del menor de edad JHON HAROLD SOLARTE MORENO (...) representados en los gastos de asistencia médica, quirúrgica, hospitalaria, medicamentos, gastos de transporte y movilización, alojamiento, alimentación.

3.2. Lucro cesante. Se entiende por lucro cesante, la pérdida del beneficio o de utilidad que sufre la víctima o el perjudicado como consecuencia del daño antijurídico, o más claramente significa lo que deja de ingresar al patrimonio económico de la víctima o perjudicado como consecuencia del daño. Por las lesiones sufridas por JHON HAROLD SOLARTE MORENO, páguese la suma de TRESCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$300.000.000) M/CTE, correspondiente a la disminución de la capacidad laboral, como consecuencia de las secuelas que le aquejan con carácter permanente a raíz del daño a su salud ocasionado por los efectos de la mala praxis médica (...).

4. Por pérdida de chance una oportunidad. Páguese a cada uno de los demandantes (...) las sumas de dinero equivalentes a cien (100) salarios mínimos legales mensuales, al valor que tengan a la fecha de ejecutoria de la sentencia, de conformidad con lo estipulado en la jurisprudencia del Consejo de Estado. En su defecto, páguese por este perjuicio el valor máximo que reconozca la jurisprudencia (...).

TERCERA. Condénese al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES E.I.C.E. y a la E.S.E. ANTONIO NARIÑO antes CLÍNICA DE LOS SEGUROS SOCIALES DE POPAYÁN para que los tratamientos especializados, terapéuticos que requiera JHON HAROLD SOLARTE MORENO con ocasión de los perjuicios ocasionados, deben correr y seguir corriendo por su cuenta conforme lo ha señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado.

CUARTA. Las sumas reconocidas en las condenas anteriores deberán ser indexadas conforme al incremento del índice de precios al consumidor desde su causación hasta la fecha de la sentencia.

QUINTA. Sírvase condenar a las entidades demandadas al pago de las costas procesales y agencias en derecho derivadas de este proceso, en los términos del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil y de conformidad con la sentencia de nuestra honorable Corte Constitucional.

SEXTA. Las sumas reconocidas en las condenas anteriores devengarán los intereses moratorios señalados en el artículo 177 del C.C.A., desde la fecha de ejecutoria del fallo.

SÉPTIMA. Las entidades demandadas darán cumplimiento a la sentencia dentro de los treinta (30) días siguientes a su ejecutoria.

OCTAVA. Sírvanse reconocer personería al tenor de los memoriales de poder que con esta demanda se acompañan.

1.2. Sustento fáctico

Como fundamentos de hecho de la demanda narraron los que la Sala sintetiza así:

El 20 de noviembre de 2002, el menor de edad¹ Jhon Harold Solarte Moreno, afiliado al Instituto de Seguros Sociales en calidad de beneficiario, fue valorado por un optómetra² quien le diagnosticó hipermetropía. El 6 de junio de 2003, el oftalmólogo Carlos Eduardo Solarte de la Clínica de los Seguros Sociales de Popayán le diagnosticó catarata congénita y decidió realizarle una intervención quirúrgica de extracción de catarata más implante intraocular derecho, la que consideró de carácter muy urgente.

El 12 de junio de 2003 se anotó en la historia del paciente que bajo valoración preanestésica se le intervino mediante el procedimiento denominado “faquectomía ojo derecho más vitrectomía anterior”. Al día siguiente se le practicó una tomografía axial computarizada (TAC) con reporte normal, que fue necesaria por un padecimiento previo de neurosistecercosis.

El 24 de junio de 2003 se realizó el procedimiento de faquectomía más vitrectomía anterior en forma ambulatoria en la E.S.E Antonio Nariño, a la que quedó adscrita la antigua Clínica de los Seguros Sociales de Popayán; con

¹ Para ese momento tenía 10 años de edad.

² La demanda no refiere si el profesional estaba adscrito a alguna E.P.S. o I.P.S.

ocasión del procedimiento y debido al inadecuado manejo y falencias en la profilaxis, el paciente desarrolló un proceso infeccioso que comprometió de manera grave su retina.

El 30 de junio de 2003, seis días después de la intervención, el menor ingreso a la E.S.E. Antonio Nariño con un cuadro clínico severo por el cual se le diagnosticó endoftalmitis posquirúrgica y se le brindó tratamiento antibiótico, se le valoró por el servicio de urgencias y, al día siguiente, mediante imagen ecográfica se detectó “fibrina organizada en membranas que traccionan la retina pero no la desprenden”.

El 2 de julio de 2003 el menor fue remitido a la Clínica del Seguro Social de Cali y, de allí a la Clínica Oftalmológica de Cali, donde se realizó vitrectomía de urgencia y se tomaron cultivos para examen diagnóstico, cuyos resultados nunca fueron entregados a los familiares.

Para los actores, el proceso infeccioso que desarrolló el menor Jhon Harold Solarte Moreno correspondió a una patología adquirida en el medio hospitalario, al tiempo que antes de esta no tenía afecciones en su retina y solo padecía hipermetropía. Los médicos de la E.S.E. demandada no entregaron la información que le permitiera al paciente y sus familiares tomar libremente la decisión de someterse al procedimiento.

Indicaron que, aunque la labor médica es de medio, los prestadores de servicios de salud adquieren la obligación de preservar la salud física del paciente y evitar que contraiga enfermedades distintas a las que determinaron su ingreso a una institución de salud, denominadas nosocomiales. Ello imponía una profilaxis adecuada antes de la intervención para evitar procesos infecciosos, lo que no tuvo en cuenta la demandada.

De otro lado, conforme al nivel de atención de la E.S.E. Antonio Nariño, esta no estaba habilitada para practicar el procedimiento adelantado al menor Solarte Moreno, en tanto esta era propia de un grado mayor de complejidad, al tiempo que es evidente que sus quirófanos “no se encontraban en debida

forma, pues de tal manera el mencionado menor NO hubiese contraído una patología nosocomial”.

Dice la demanda:

En el caso que nos ocupa el hecho generador del daño, es la falla médico – quirúrgica realizada por parte del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES E.I.C.E y la E.S.E. ANTONIO NARIÑO antes CLÍNICA DE LOS SEGUROS SOCIALES POPAYÁN, servicio que realizó a través del oftalmólogo CARLOS EDUARDO SOLARTE THOM, en cuya intervención de una FAQUECTOMÍA MÁS VITRECTOMÍA ANTERIOR, se actuó de manera imprudente y con falta de pericia y diligencia suficiente como se muestra en la narración de los hechos básicos de la acción, como por ejemplo NO HABER OBSERVADO UNA PROFILAXIS ADECUADA EN EL MANEJO DEL PACIENTE, contrario sensu, se hubiera podido evitar que el paciente menor de edad resultara con un proceso infeccioso que desencadenara en una FIBROSIS ORGANIZADA EN MEMBRANAS QUE TRACCIONAN LA RETINA PERO NO LA DESPRENDEN (...).

2. Posición de la demandada

En la oportunidad procesal prevista para el efecto, la E.S.E. Antonio Nariño (fl. 100, c. 1) se opuso a la prosperidad de las pretensiones e indicó que nació a la vida jurídica en virtud de lo ordenado en el Decreto Ley 1750 de 26 de junio de 2003, único momento a partir del cual asumió la prestación de servicios de salud, de donde coligó que el ISS no se transformó en empresa social del Estado, sino que con motivo de la escisión ordenada en la norma en cita dejó de prestar directamente los servicios de salud y estos pasaron a las empresas sociales del Estado allí creadas.

Indicó que, conforme a la información acopiada en la historia clínica, el paciente no padecía infección en la retina, ni desprendimiento de esta al egreso de las instituciones que le prestaron los servicios médicos, respecto de lo cual destacó la anotación que en tal sentido fue incorporada en dicho documento el 6 de octubre de 2003. Aunado a ello, la cirugía se practicó en forma ambulatoria, precisamente para impedir alguna colonización bacteriana.

Adujo que todas las intervenciones quirúrgicas tienen complicaciones que les son inherentes y sus riesgos son consecuencia de las enfermedades con las

que acude el paciente en procura de atención. En el caso del menor Solarte Moreno, la práctica médica fue adecuada y se le prestaron los tratamientos requeridos respecto de la complicación que presentó. El tratamiento de cataratas requería la cirugía, pues es la única vía para evitar la pérdida total de la visión, máxime cuando también está probado que ya la agudeza visual del paciente estaba comprometida.

Indicó que tanto los quirófanos como el servicio de cirugía oftalmológica estaban habilitados para el día del procedimiento en la Clínica ISS de Popayán. Cuando el paciente acudió seis días después se advirtió la endoftalmitis posquirúrgica, complicación propia de la cirugía, y se la administraron los antibióticos necesarios y se le realizó ecografía ocular y valoración por retinología, lo que permitió evidenciar que padecía fibrina organizada en membrana que tracciona la retina pero no la desprende, por lo que fue remitido a un mayor nivel de atención. Luego del tratamiento en la clínica oftalmológica de Cali se verificó que la retina se encontraba adherida y sin signos de infección, por lo que las pretensiones carecen de sustento.

Formuló las siguientes excepciones:

Culpa exclusiva de la víctima. Se trató de un paciente cuyo cuadro clínico imponía la intervención y los deberes del prestador del servicio de salud eran de medio y no de resultado, al tiempo que esa enfermedad requería controles desde el primer año de edad.

Hecho de un tercero. El paciente fue operado en la Clínica ISS de Popayán y la E.S.E. Antonio Nariño no existía para la época del procedimiento.

Falta de legitimación en la causa por pasiva. La Clínica ISS de Popayán contaba con personalidad jurídica para la fecha del procedimiento y esa demandada solo fue creada en forma posterior, por lo que no tiene interés para ser llamada como demandada.

Inexistencia de responsabilidad por carencia de nexo causal que comprometa

a la Empresa Social del Estado Antonio Nariño con los presuntos perjuicios percibidos por el actor. No hay conexión entre la actuación de esa demandada y la intervención quirúrgica.

3. La sentencia apelada

El 27 de septiembre de 2011 (fl. 222, c. ppal), el Tribunal Administrativo del Cauca, dictó fallo adverso a las pretensiones de la demanda.

Con sustento en literatura médica indicó que la endoftalmitis es la inflamación severa del segmento anterior y posterior del globo ocular, secundaria a un proceso infeccioso, siendo la más frecuente la posterior a cirugía de cataratas y con mayores compromisos anatómicos y funcionales. Su principal causal son bacterias propias de la superficie ocular, los párpados y el saco lagrimal, sin que existan criterios unificados en la doctrina respecto de las medidas idóneas para minimizar las posibilidades de su ocurrencia; sin embargo, entre los métodos más aceptados se encuentra la realización de una técnica depurada realizada por manos experimentadas y con la menor manipulación posible.

Respecto del caso concreto está probado que la cirugía practicada al menor estaba indicada, que se realizó previa asepsia del área quirúrgica, esto es, con la adopción de las medidas necesarias para evitar la materialización de infecciones, al tiempo que se certificó el protocolo de desinfección de las salas de cirugía, asepsia y esterilización de la instrumentación.

El tratamiento brindado al paciente fue idóneo y adecuado respecto de las circunstancias de hecho en las que se administró y su resultado fue satisfactorio. La complicación fue advertida tan pronto el paciente acudió con los primeros síntomas y fue tratada con agilidad, de donde no puede inferirse que el daño sufrido por el paciente esté causalmente ligado a la conducta de la demandada.

4. La apelación

En el término legal (fl. 242, c. ppal)³, la parte actora propuso y sustentó el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia. Los siguientes aspectos fueron materia de cuestionamiento:

(i) La sentencia apelada se fundó en conceptos de literatura científica relativos a la frecuencia e imprevisibilidad de las infecciones nosocomiales, sin embargo, no analizó el cargo de la demanda relativo a que el nivel de complejidad de atención autorizado a la demandada no le permitía adelantar el procedimiento quirúrgico. El expediente acredita que ese tipo de intervención correspondía a un tercer o cuarto nivel de complejidad de atención, a la luz de la Resolución 5261 de 1994 que fue desconocida, de donde deriva una patente falla del servicio derivada de la prestación de un servicio sin la correspondiente habilitación, tal como consta a folio 55 y siguientes del expediente.

(ii) Aunado a lo anterior, consideró acreditado que la demandada no adelantó el protocolo que le era exigible en la práctica de la intervención quirúrgica. De acuerdo con las Guías de Atención de la E.S.E. Metrosalud de Antioquia, la corrección de la catarata congénita requiere aplicación de antibiótico local durante 24 horas antes del procedimiento y manejo antibiótico y esteroideo durante los 20 días posteriores, lo que no cumplió la demandada, situación que desencadenó el proceso infeccioso posterior.

(iii) Las condiciones de asepsia durante el procedimiento no fueron las mejores, lo que determinó que el paciente adquiriera una infección bacteriana, pues solo se adelantaron las labores tendientes a la desinfección de las instalaciones durante los meses de marzo y abril de 2003, según lo hicieron constar las demandadas, lo que incrementó el riesgo de infección del paciente que fue intervenido en julio del mismo año.

(iv) Cuestionó que la sentencia impugnada no se hubiera pronunciado sobre la falta de consentimiento e información entregada al paciente y su familia

³ El recurso fue promovido el 6 de marzo de 2013.

sobre los eventuales riesgos de la cirugía y su pronóstico, lo que también comprometió la responsabilidad de las demandadas.

Con fundamento en lo expuesto pidieron que se revoque la decisión apelada y en su lugar se concedan las pretensiones de la demanda.

5. Oposición

La demandada se pronunció dentro del término de traslado del recurso (fl. 252, c. ppal) e insistió en que el menor presentaba una grave falla visual consistente en un problema de ambliopía que ya existía antes de la intervención quirúrgica y que hacía que su pronóstico no fuera bueno, lo que determinó, luego de que se recuperó de la infección, que los especialistas recomendaran no realizar un implante secundario del ente, ya que no tendría ninguna utilidad para el paciente.

Insistió que la historia del paciente daba cuenta de un antecedente de enfermedad parasitaria del sistema nervioso central y leucopenia clínica, que lo hacía más susceptible a las infecciones.

De otro lado, refirió que sus procedimientos se adelantan bajo estrictos protocolos de asepsia y esterilización de la instrumentación, al tiempo que la historia clínica da cuenta de los procesos de asepsia adelantados durante el procedimiento. La institución ha adelantado múltiples procedimientos sin que los pacientes hayan sufrido infección; el mismo día que se intervino al demandante también fueron operados otros pacientes que no sufrieron complicación alguna.

Cuestionó que el recurrente no precisó en qué consiste el inadecuado manejo que le endilga a la prestadora del servicio de salud y refirió que las dificultades de la familia demandante para acceder a los controles médicos, en razón de la ubicación de su domicilio, no puede imputarse a esa entidad, esto por cuanto hay prueba de que solo seis días después del procedimiento acudieron a control.

La endoftalmitis posquirúrgica como complicación inherente al tratamiento podía generarse por distintas causas, entre ellas el mal manejo del paciente en su caso por la presencia de flora bacteriana en los párpados.

Conforme a lo expuesto, pidió que se mantenga la sentencia impugnada que la absolvió.

6. Alegatos de conclusión

En la oportunidad procesal para presentar alegaciones finales solo se pronunció la demandada (fl. 265, c. ppal) e insistió en que la endoftalmitis era un riesgo imprevisible y asociado a la cirugía y que el paciente tenía alterados los neutrófilos, que constituyen su sistema de defensa celular contra bacterias y hongos.

También reiteró lo expuesto a lo largo del proceso en lo relativo a las condiciones de prestación del servicio, de las que concluyó que no incurrió en falla y que le brindó al paciente la atención adecuada conforme a la *lex artis ad hoc*.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Presupuestos procesales de la acción

1.1. Jurisdicción y competencia

Es esta jurisdicción la llamada a resolver la controversia, en atención al carácter público de la demandada⁴.

⁴ Código Contencioso Administrativo, “Artículo 82. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la constitución y la ley”.

La Sala es competente para conocer del recurso⁵ en razón de la cuantía del asunto, de la que deriva su vocación de doble instancia, en consideración a que solo la pretensión mayor se estimó en más de \$300.000.000 (fl. 33, c. 1), suma ampliamente superior a 500 salarios mínimos mensuales del año 2005, en el que se presentó la demanda.

1.2. Acción procedente

En los términos del artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, la acción procedente para deprecar en sede judicial la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado y la correspondiente reparación de perjuicios derivada de una falla en la prestación del servicio médico es la de reparación directa, tal como fue promovida por los demandantes.

1.3. Legitimación en la causa

El menor Jhon Harold Solarte Moreno fue el directo afectado y, en tal calidad tiene interés legítimo para acudir al proceso.

Adriana Moreno Torres y Jaro Solarte Torres probaron que son los padres del directo afectado (fl. 8, c. 1), así como de Angélica María Solarte Moreno, vínculos de parentesco que los legitiman para integrar el extremo activo.

En lo referente al extremo pasivo se tiene que la Clínica del Instituto de Seguros Sociales de Popayán, al igual que las demás que hacían parte del ISS, se escindieron⁶ de este junto con la Vicepresidencia de Prestación de Servicios de Salud y centros de atención ambulatoria, por disposición del Decreto 1750 de 2003, que además asignó la mencionada IPS a la E.S.E. Antonio Nariño⁷, creada y dotada de personalidad jurídica en virtud de la

⁵ Promovido el 6 de marzo de 2013 (fl. 244, c. 1).

⁶ "ARTÍCULO 1o. ESCISIÓN. Escíndese del Instituto de Seguros Sociales la Vicepresidencia de Prestación de Servicios de Salud, todas las Clínicas y todos los Centros de Atención Ambulatoria."

⁷ *Ibíd*em, artículo 22. "CLÍNICAS Y CENTROS DE ATENCIÓN AMBULATORIA DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO. Las Empresas Sociales del Estado creadas en el presente decreto, para

misma norma⁸.

Como se aprecia, aunque la demandada E.S.E. Antonio Nariño no había sido creada en la época de la atención que se cuestiona, no es menos cierto que la norma que escindió la IPS de Popayán del ISS y la asignó a la recién creada empresa social del Estado como parte de su patrimonio, también le transfirió los pasivos de la mencionada clínica⁹, lo que incluye los contingentes de los procesos judiciales derivados de la actividad de la IPS, que no le pueden ser exigidos directamente en tanto carece de personalidad jurídica y, tampoco al ISS, del que dejó de hacer parte por razón de la escisión.

En tales condiciones, era la E.S.E. Antonio Nariño la llamada a comparecer al proceso y a responder por las contingencias de los litigios derivados de la actuación de la Clínica del ISS de Popayán, inclusive respecto de las actuaciones anteriores a la escisión.

Ahora bien, mediante el Decreto 3870 de 2008, se suprimió la E.S.E. Antonio

el cumplimiento de sus funciones, contarán con Clínicas y Centros de Atención Ambulatoria distribuidos así: (...)

*“3. La Empresa Social del Estado Antonio Nariño, contará con las siguientes Clínicas: Clínica Rafael Uribe Uribe, Clínica Bellavista, Clínica Santa Isabel de Hungría, Clínica Santa Ana de los Caballeros, Clínica Nuestra Señora de la Paz, Clínica Nuestra Señora del Carmen, **Clínica ISS - Popayán**, Clínica Norte de Puerto Tejada y Clínica Maridíaz; y contará con los siguientes Centros de Atención Ambulatoria: Alfonso López, Andalucía, Bugalagrande, Los Cámbulos, Candelaria, Cartago, Cerrito, Florida, Ginebra, Guacarí, Jamundí, La Flora, La Selva, Libertadores, Oasis de Paso Ancho, Pradera, Salomía, El Tabor, Tuluá, Villa Colombia, Villa del Sur, Yumbo, Zarzal, Corinto, El Bordo - Patía, Miranda, Popayán, Santander de Quilichao, Ipiales, La Unión, Norte, Barrios Sur Orientales, Tumaco, Túquerres y Mocoa. –Se resalta–*

⁸ *Ibídem, “ARTÍCULO 2o. CREACIÓN DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO. Créanse las siguientes Empresas Sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada del nivel nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, adscritas al Ministerio de la Protección Social, y cuyas denominaciones son: (...)*

“3. Empresa Social del Estado Antonio Nariño”.

⁹ *Ibídem, “ARTÍCULO 27. CUENTAS POR PAGAR. A partir de la entrada en vigencia del presente decreto, las Empresas Sociales del Estado aquí creadas, asumen las cuentas por pagar que tengan pendientes la Vicepresidencia de Prestación de Servicios de Salud, las Clínicas y los Centros de Atención Ambulatoria que hacen parte de la misma, de acuerdo con el levantamiento patrimonial efectuado por el Instituto de Seguros Sociales”.*

Nariño y se ordenó su liquidación, sin que se hubiera dispuesto en ese acto cuál sería la entidad llamada a asumir el pasivo contingente de los litigios en los que era o estaba llamada a ser parte, contrario a la obligación legal que en tal sentido prevé el artículo 52 de la Ley 489 de 1998:

ARTÍCULO 52.- De la supresión, disolución y liquidación de entidades u organismos administrativos nacionales.

(...)

PARÁGRAFO 1.- El acto que ordene la supresión, disolución y liquidación, dispondrá sobre la subrogación de obligaciones y derechos de los organismos o entidades suprimidas o disueltas, la titularidad y destinación de bienes o rentas, los ajustes presupuestales necesarios, el régimen aplicable a la liquidación y, de conformidad con las normas que rigen la materia, la situación de los servidores públicos. -Se destaca-

Sin duda, la ausencia de dicha precisión no podría limitar el derecho de acción de los demandantes y, menos aún, su eventual derecho a ser reparados, por lo que la Nación, a través del Ministerio de Salud y Protección Social, que dispuso la supresión sin señalar la entidad que sucedería a la extinta E.S.E., será la llamada a asumir como sucesora procesal de la demandada y a responder por las posibles condenas que se profieran.

1.4. La caducidad de la acción

En cuanto a las pretensiones que se ventilan a través de la acción de reparación directa, el numeral 8 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, dispone que esta debe promoverse en un término máximo de dos años contados a partir del día siguiente a la ocurrencia de la causa del daño (hecho, omisión, operación administrativa u ocupación temporal o permanente).

En este caso, como consta en la historia clínica (fl. 158 y s.s., c. 2), los signos de infección del paciente se manifestaron durante el posoperatorio, e impusieron que una vez advertida la complicación acudiera en procura de atención, lo que ocurrió el 30 de junio de 2003, mientras que la demanda fue promovida el 24 de junio de 2005 (fl. 84, c. 1), esto es, dentro del término legal.

2. Análisis probatorio

2.1. En marzo de 2003 (ilegible el día), se diligenció un formato de remisión del menor Jhon Harold Solarte Torres al servicio de oftalmología, con “*antecedentes de catarata OD*” para ser valorado y tratado por la referida especialidad (fl. 41, c. 1).

2.2. El 6 de junio de 2003, el paciente Jhon Solarte fue valorado por el oftalmólogo cirujano Carlos Eduardo Solarte Thomas quien indicó como conducta a seguir: “*extracción catarata + LIO OD (aspiración) GENERAL*. En la misma hoja se lee: “*Alba Rosa esta paciente es muy urgente*”.

2.2. El 24 de junio de 2003 se documentó la llegada del referido paciente a la Clínica del Instituto de Seguros Sociales de Popayán, donde se indicó que el paciente debía programarse para “*faquectomía del ojo derecho*” y se le adelantó valoración preanestésica. El mismo día se practicó el procedimiento (fl. 40, c. 1) sobre el cual se documentó: “*15+10 El Dr. López inicia anestesia general así? Atropina 1cc de la dilución + pentotal 10cc (...) 15+15 el Dr. Solarte inicia pto qco previa asepsia del área qca. 15+55 termina procedimiento Qco (...) 16+05 termina se traslada pte a recuperación bajo efectos de anestesia gral (ilegible)*”.

La hoja de descripción del procedimiento refiere:

Cirujano: C. Solarte

Diagnóstico pre operatorio: catarata desarrollo + polar post OD

Diagnóstico post operatorio: Idem

Nombre de la intervención: aspiración catarata + vitrectomía ant

Hallazgos: catarata polar post + severas adherencias posteriores a capsula.

Descripción: 1. bajo (ilegible) aspiración catarata + capsulectomía posterior.

2. Vitrectomía anterior con esponja.

3. Cierra planos Nylon 10/0.

2.4. El 30 de junio de 2002 (fl. 21, c. 1) el menor Jhon Harold Solarte Moreno fue atendido en la E.S.E. Antonio Nariño donde se anotó: “Qx (...) OD hace 7 días remitido por endoftalmitis tiene dolor inflamación y desde ayer ojo blanco. Tx (ilegible) hoy fue valorado nuevamente encuentro proceso infeccioso. Recibió x dosis (ilegible) se solicita evaluación por oftalmología. Dx previo de catarata operado hace 8 días (...)”. Se dejó constancia del inicio de tratamiento antibiótico (Ceftriazone).

2.5. En las notas de enfermería de la misma fecha se lee:

Ingresa niño de 11 años de edad conciente (sic) caminando en compañía de su fliar., pte. que se observa calmado afebril con ojo derecho cubierto, fue valorado por el oftalmólogo el cual ordenó hospitalizar al pate. Fue valorado por la Dr. Romero la cual ordena hospitalizar en el 5 piso de ped. Llega con catéter (...) remitido de Popayán con Dx. Endoftalmitis, se le toma CH + VES (...).

2.6. La ecografía del ojo derecho (sin fecha) reveló: “en cavidad vítrea con proceso infeccioso “fibrina organizada en membranas que traccionan retina y la desprende.” (fl. 31, c. 2).

2.7. El 2 de julio de 2003 (fl. 12, c. 2), Jhon Harold Solarte fue atendido por primera vez en la Clínica Oftalmológica de Cali, luego de su intervención en la Clínica ISS de Popayán, de donde fue remitido. Dice la historia: “remitido de Popayán a quien se le realizó cirugía de catarata hace 8 días, posteriormente presenta endoftalmitis, se le realizó vitrectomía posterior encontrándose bastante material purulento”.

2.8. En efecto, consta que el 2 de julio de 2003 se le adelantó, de urgencia, el procedimiento denominado vitrectomía y se le administraron antibióticos (fl. 15, c. 2). Se anotó:

Se le explica a la madre del paciente sobre el pobre pronóstico visual debido a la generalización del proceso infeccioso e igualmente se explica sobre los riesgos de la VITRECTOMÍA como: desprendimiento de retina, descompensación corncana (sic), atrofia ocular. No se garantizan resultados anatómicos o funcionales de la visión. El paciente ya tiene exámenes de laboratorio y valoración por pediatría. (...) Agudeza Visual OD lejos SC 20/PL CC 20. OS SC 20/20 CC 20/.

ENFERMEDAD ACTUAL. CAUSA ENFERMEDAD. Urgencia pte. operado hace 8 días OD en la Clínica del ISS posteriormente le DX endoftalmitis se le realiza

ecografía que muestra fibrina organizada sin DR, se inicia tto. con ciprofloxacina cada hora y endovenosa ceftriazona y amikacina. (...)

Biomicroscopia de segmento anterior

OD: material purulento con deshicencia de sutura en incisión esclerocorneal, CA con abundante material fibrinopurulento que dificulta la visualización de segmento posterior.

El mismo día se le dio salida “*en buenas condiciones*” (fl. 26 ,c. 2).

2.9. El 3 de julio de 2003, Jhon Harold fue atendido en la Clínica Oftalmológica de Cali donde se anotó en su historia:

Remitido de Popayán a quien se le realizó cirugía de catarata hace 8 días, posteriormente presenta endoftalmitis, se realizó vitrectomía posterior encontrándose bastante material purulento (...) disminución del edema corneal, sutura en región superior con buena tensión (...) turbidez vítrea, se observa polo posterior adherido sin detalle”.

Las siguientes atenciones en la misma Clínica están descritas en la historia así (fl. 12 vto, c. 1):

Julio 14 de 2003. Bio: Cámara anterior formada Tyndall + fdo: turbidez del vítreo + se observa retina aherrida OD. Cx. Suspende atropina, pred. f igual, vancomician (sic) y fortum valdia OD.

Agosto 04 de 2003. Bio. OD: Cámara anterior formada. Tio; 10 OD. Cx. Cita en un mes.

Octubre 06 de 2003 control. Bio OD; cámara formada, afaquia. FDO; retina adherida, sin señales de infección. NOTA: se considera que se trata de un ojo ambliope por catarata congénita solo operada hace 4 meses, por lo que no se recomienda implante secundario de lente. Se envía para valoración por optometría para posible manejo de lentes de contacto. Control por retina en 8 meses.

2.10. Con fecha 2 de julio de 2003 reposa en la historia el consentimiento informado suscrito ante la Clínica Oftalmológica de Cali; empero, en la historia de la atención ante el ISS no se halla dicho documento ni la E.S.E. Antonio Nariño aportó la historia cuando le fue requerida (fl. 165, c. 2) por cuanto “*en el archivo del CAA Popayán no se encuentra la historia clínica de él, ni la de su familia*”.

2.11. La Dirección Departamental de Salud Pública del Cauca (fl. 47, c. 1) – Sección Calidad de los Servicios, remitió al proceso el documento de 21 de abril de 2003 denominado “Formulario de inscripción en el registro especial

de prestadores de salud”, en el que la Clínica ISS de Popayán cuenta con el servicio de cirugía oftalmológica ambulatoria y con hospitalización de media complejidad. Sin embargo, también consta en dicho documento que la institución no cumplía para esa fecha con las condiciones de capacidad tecnológica o científica necesarias para habilitar la prestación de esos servicios. Dice el documento:

IV. Condiciones de capacidad tecnológica y científica

20h. Cumple con los requisitos establecidos en el manual de estándares que establece las condiciones de capacidad tecnológica y científica para la habilitación de prestadores de servicios de salud: si ___ no ___^x___

17. Condiciones de capacidad tecnológica y científica

17A. Cumple con los requisitos establecidos en el manual de estándares que establece las condiciones de capacidad tecnológica y científica para para la habilitación de prestadores de servicios de salud: si _____ no ___^x___

Conforme a la prueba aportada, el 21 de enero de 2004 (fl. 170, c. 2), la demandada obtuvo la habilitación de los referidos servicios.

2.12. El 21 de febrero de 2007 (fl. 33, c. 2), la coordinadora de enfermería de la E.S.E. Antonio Nariño de Popayán suscribió un documento en respuesta al director de la Unidad Hospitalaria de la Clínica Popayán, en el que señaló:

- 1. Solicitan relación de las actividades de asepsia, como tal no se lleva registro, pero es condición imprescindible para iniciar los procedimientos en las alas que el personal de aseo realice la desinfección, este procedimiento es supervisado por el profesional de enfermería. Adjunto remito el protocolo de limpieza y desinfección de las salas.*
- 2. Protocolos de asepsia y esterilización de instrumentación, adjunto se encuentran los que se han adoptado en la Institución.*
- 3. Actividades de fumigación. Empresa contratada FUMIGAR. Contratadas fumigaciones en las áreas de quirófanos, hospitalización, urgencias servicios generales, áreas administrativas durante los meses de marzo y abril de 2003. Se cumplieron estas fumigaciones de acuerdo a los recibos adjuntos.*

También hizo constar que la referida E.S.E. practicó 200 procedimientos de fauquectomía en el año 2003.

2.13. La señora Idalia Romero López, auxiliar de enfermería, amiga de los demandantes, declaró sobre las buenas relaciones entre los integrantes del núcleo familiar actor y declaró que luego de las intervenciones cuestionadas

en el presente proceso el menor perdió la visión por el ojo derecho, al tiempo que antes de estas realizadas sus actividades normales que incluían la asistencia a clases y la práctica del ciclismo. Luego del padecimiento en su ojo, se vio afectado así:

No rinde bien en el Colegio. Igual él también se ha aislado de los amigos, ya no realiza las actividades que él estaba acostumbrado a realizar. (...) Yo siempre miro que JHON HAROLD está como muy preocupado uno lo mira aislado pues no se uno (sic) a los amigos igual en el colegio yo le escucho decir a él que no le gusta hacer trabajos en grupo porque esa es una de las cosas que a raíz de eso él quiere estar siempre solo (...) (los demás demandantes) han vivido muy preocupados por el problema de Jhon Harold pues porque ellos antes de practicarle la cirugía tenían un hijo normal y después de la cirugía el niño quedó con discapacidad. ADRIANA llegaba al trabajo y yo la miraba muy preocupada, muchas veces llorando y yo me ponía a hablar con ella y ella siempre me decía del problema de JHON HAROLD me decía que el dolor que ella sentía es que el niño antes de la cirugía podía ver bien y después de ella no (...).

La testigo Sandra Lucía Mesa Solís (fl. 119, c. 2), auxiliar de enfermería, compañera trabajo de la demandante Adriana Moreno y amiga del núcleo familiar actor, también declaró sobre la afectación del menor, la que tuvo lugar en forma posterior a la cirugía de corrección de catarata, lo que le ha generado problemas de visión que lo afectan en sus actividades diarias, así como la afectación anímica que ello ha generado en los demandantes. También indicó que la afectación física del menor es evidente, pues tiene un ojo más caído “y cuando lo mira uno de frente trata de cambiar la mirada para otro lado”.

El señor Harold Hernán Vásquez (fl. 124, c. 2), amigo de la familia demandante, dijo saber, por información recibida del propio afectado, que el menor Jhon Harold ya no ve por el ojo derecho y que ello le ha generado afectaciones morales. También afirmó haberle prestado dinero a la familia actora, el que le fue pagado casi en su totalidad.

En similares términos declararon los testigos Holmes Iván Guerrero Arturo y Jairo James David Zamora (fl. 133, c. 2). Este último fungió como profesor de Jhon Harold y narró que era un niño muy alegre y sociable y nunca percibió dificultades en su salud. Cuando cursaba quinto grado, la madre del menor manifestó que sería sometido a una intervención quirúrgica y luego de la

intervención la señora Adriana Moreno le contó que el niño salió mal de la cirugía. *“Sí recuerdo que él tenía un rostro y una mirada normal siempre manifestaba alegría ahora la diferencia es muy notoria su mirada no es la misma físicamente ha sufrido cambio en especial en su mirada, la sensación de que tiene dificultades cuando mira un objetivo directo”*.

La testigo Mildred López Ordoñez también fue profesora de Jhon Harold en el Colegio Juan XXIII y lo calificó como un niño normal, quien luego tuvo un descenso notable en su rendimiento académico que la madre atribuyó a la afectación en su ojo derecho. *“Respecto a mi materia en el aprendizaje sí se vio afectado ya que él finalmente perdió la materia”*.

3. La responsabilidad estatal derivada de la prestación de servicios de salud

Esta Corporación ha consolidado una posición en materia de responsabilidad del Estado por la prestación del servicio de salud¹⁰, en virtud de la cual aquella es de naturaleza subjetiva; es la falla probada del servicio la que hace posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica y hospitalaria, de suerte que, en términos generales, es carga del demandante acreditar la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquella y este¹¹.

¹⁰ Es pertinente poner de presente que en reciente pronunciamiento, la Sección Tercera del Consejo de Estado en pleno señaló que, así como la Constitución Política de 1991 no privilegió ningún régimen de responsabilidad extracontractual en particular, tampoco podía la jurisprudencia establecer un único título de imputación a aplicar a eventos que guarden ciertas semejanzas fácticas entre sí, ya que este puede variar en consideración a las circunstancias particulares acreditadas dentro del proceso y a los parámetros o criterios jurídicos que el juez estime relevantes dentro del marco de su argumentación. Es decir, no todos los casos en los que se discuta la responsabilidad del Estado por daños derivados de un supuesto de hecho que guarde semejanzas deberán resolverse de la misma forma pues, se insiste, el juez puede –en cada caso concreto- válidamente considerar que existen razones, tanto jurídicas como fácticas, que justifican la aplicación de un título o una motivación diferente. Ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de 19 de abril de 2012, exp. 21515, C.P. Hernán Andrade Rincón, reiterada en la sentencia de 23 de agosto de 2012, exp. 23219, del mismo ponente.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de: agosto 31 de 2006, exp. 15772, C.P. Ruth Stella Correa; de octubre 3 de 2007, exp. 16402, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; del 23 de abril de 2008, exp. 15750; del 1 de octubre de 2008, exp. 16843 y 16933; del 15 de octubre de 2008, exp. 16270. C.P. Myriam Guerrero de Escobar; del 28 de enero de 2009, exp. 16700, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; del 19 de febrero de 2009, exp. 16080, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; del 18 de febrero de 2010, exp. 20536, C.P. Mauricio Fajardo Gómez y del 9 de junio de 2010, exp. 18683, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, entre otras.

Por virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, ratificado por Colombia¹², los estados signatarios reconocen “*el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*”, garantía que la Carta Política de 1991 tradujo en el deber estatal de garantizar el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

La Sala interpreta ese derecho social no solo como la posibilidad formal de acceder a esa clase de servicios, sino a que estos se presten de manera eficiente, digna, responsable, diligente y de acuerdo con la *lex artis*; debe traducirse por tanto, en que a quien en evidentes condiciones de debilidad, derivadas de la enfermedad que lo aqueja, acude en procura del servicio, se le brinde una atención de calidad que le permita tener las mejores expectativas de recuperar la salud.

Esa interpretación no supone una obligación de resultado para el prestador del servicio, sino que debe concebirse como la garantía del paciente a obtener la atención en las mejores condiciones disponibles, bajo el entendido de que quien acude en busca de un servicio médico confía en que será tratado de manera adecuada.

Por otra parte, en relación con la carga de la prueba, se ha dicho que corresponde, en principio, al demandante, pero dicha exigencia se modera mediante la aceptación de la prueba indirecta de estos elementos de la responsabilidad a través de indicios¹³. En palabras de la Sala¹⁴:

La responsabilidad estatal por fallas en la prestación del servicio médico asistencial no se deriva simplemente a partir de la sola constatación de la

¹² Ley 74 de 1968.

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de: septiembre 13 de 1991, exp. 6253, C.P. Carlos Betancur Jaramillo; del 22 de marzo de 2001, exp. 13166, C.P. Ricardo Hoyos Duque; del 14 de junio de 2001, exp. 11901; de octubre 3 de 2007, exp. 12270, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; de marzo 26 de 2008, exp. 16085, C.P. Ruth Stella Correa y de junio 4 de 2008, exp. 16646, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, entre otras.

¹⁴ Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, Subsección B, sentencia de marzo 22 de 2012, exp. 23132, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

intervención de la actuación médica, sino que debe acreditarse que en dicha actuación no se observó la lex artis y que esa inobservancia fue la causa eficiente del daño. Esa afirmación resulta relevante porque de conformidad con lo previsto en el artículo 90 de la Constitución, el derecho a la reparación se fundamenta en la antijuridicidad del daño, sin que sea suficiente verificar que la víctima o sus beneficiarios no estaban en el deber jurídico de soportarlo para que surja el derecho a la indemnización, dado que se requiere que dicho daño sea imputable a la administración, y sólo lo será cuando su intervención hubiera sido la causa eficiente del mismo (subrayado no original).

La prueba de la relación causal entre la intervención médica y el daño sufrido por el paciente reviste un grado de complejidad a veces considerable, no sólo por tratarse de un dato empírico producido durante una práctica científica o técnica, comúnmente ajena a los conocimientos del propio paciente, sino porque, además, por lo regular, no queda huella de esa prestación, diferente al registro que el médico o el personal paramédico consigne en la historia clínica, la que, además, permanece bajo el control de la misma entidad que prestó el servicio¹⁵.

Las dificultades a las que se enfrenta el afectado cuando pretende acreditar el nexo causal, no han sido soslayadas por la jurisprudencia; por el contrario, para resolver los casos concretos, en los cuales no se cuente con el dictamen serio y bien fundamentado de un experto, que establezca o niegue esa relación, se ha buscado apoyo en las reglas de prueba desarrolladas por la doctrina nacional y foránea.

Así, se ha acudido a reglas como res ipsa loquitur, desarrollada en el derecho anglosajón; o de la culpa virtual elaborada por la doctrina francesa, o la versión alemana e italiana de la prueba prima facie o probabilidad estadística¹⁶, que tienen como referente común el deducir la relación causal y/o la culpa en la prestación del servicio médico a partir de la verificación del daño y de la aplicación de una regla de experiencia, conforme a la cual existe nexo causal entre un evento dañoso y una prestación médica cuando, según las reglas de la experiencia (científica, objetiva, estadística), dicho daño, por su anormalidad o excepcionalidad, sólo puede explicarse por la conducta negligente del médico y no cuando dicha negligencia pueda ser una entre varias posibilidades, como la reacción orgánica frente al procedimiento suministrado o, inclusive, el comportamiento culposo de la propia víctima.

Cabe destacar que la aplicación de esas reglas probatorias, basadas en reglas de experiencia guardan armonía con el criterio adoptado por la Sala en relación con la teoría de la causalidad adecuada o causa normalmente generadora del resultado, conforme a la cual, de todos los hechos que anteceden la producción de un daño sólo tiene relevancia aquel que, según el curso normal de los acontecimientos, ha sido su causa directa e inmediata¹⁷. La elección de esa teoría se ha hecho por considerar insatisfactoria la aplicación de otras, en particular, la de la equivalencia de las condiciones, según la cual basta con que la culpa de una persona haya sido uno de los antecedentes del daño para que dicha persona sea responsable de él, sin importar que entre la conducta culposa y el daño hubieran mediado otros acontecimientos numerosos y de gran entidad.

¹⁵ “[3] Sobre el tema, ver por ejemplo, RICARDO DE ÁNGEL YAGÜEZ. Responsabilidad Civil por actos médicos. Problemas de pruebas. Ed. Civitas S.A., Madrid, 1999, pág. 111”.

¹⁶ “[4] Sobre el tema: ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO. Derecho sanitario y responsabilidad médica. Valladolid, Ed. Lex Nova, 2ª.ed. 2007”.

¹⁷ “[5] Sobre el tema ver, por ejemplo, Ricardo de Ángel Yagüez. Responsabilidad Civil por actos médicos. Problemas de pruebas. Civitas, 1ª. ed., 1999, pág. 112”.

En varias providencias proferidas por la Sala se consideró que cuando fuera imposible demostrar con certeza o exactitud la existencia del nexo causal, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que probaran dicha relación, el juez podía “contentarse con la probabilidad de su existencia”¹⁸, es decir, que la relación de causalidad quedaba probada cuando los elementos de juicio que obraran en el expediente conducían a “un grado suficiente de probabilidad”¹⁹, que permitían tenerla por establecida.

De manera más reciente se precisó que la exigencia de “un grado suficiente de probabilidad”, no implica la exoneración del deber de demostrar la existencia del vínculo causal entre el daño y la actuación médica, que haga posible imputar responsabilidad a la entidad que presta el servicio, sino que esta es una regla de prueba, con fundamento en la cual el vínculo causal puede ser acreditado de manera indirecta, mediante indicios²⁰.

Así la Sala ha acogido el criterio según el cual para demostrar el nexo de causalidad entre el daño y la intervención médica, los indicios se erigen en la prueba por excelencia, dada la dificultad que en la mayoría de los casos se presenta de obtener la prueba directa. Indicios para cuya construcción resulta de utilidad la aplicación de reglas de la experiencia de carácter científico, objetivo o estadístico, debidamente documentadas y controvertidas dentro del proceso.

Tratándose de la defectuosa prestación del servicio médico, el daño no siempre consiste en la afectación física o de las condiciones de salud del paciente, las que en no pocos eventos ya resultan afectadas o en riesgo con ocasión de la patología que determina al paciente a acudir en procura de atención médica o como consecuencia inherente al tratamiento indicado.

En tales eventos, lo que se reprocha a título de daño no es la pérdida de la salud o eventualmente de la vida del afectado, sino la pérdida de la oportunidad de recuperación, esto es, que se prive al paciente del tratamiento idóneo que en condiciones acordes con la *lex artis* le hubiera generado una mayor probabilidad de éxito frente a su enfermedad.

¹⁸ “[6] Cfr. Ricardo de Ángel Yagüez. Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño), Ed. Civitas S.A., Madrid, 1995, p. 42”.

¹⁹ “[7] Ibídem, págs. 77. La Sala acogió este criterio al resolver la demanda formulada contra el Instituto Nacional de Cancerología con el objeto de obtener la reparación de los perjuicios causados con la práctica de una biopsia. Se dijo en esa oportunidad que si bien no existía certeza “en el sentido de que la paraplejía sufrida...haya tenido por causa la práctica de la biopsia”, debía tenerse en cuenta que “aunque la menor presentaba problemas sensitivos en sus extremidades inferiores antes de ingresar al Instituto de Cancerología, se movilizaba por sí misma y que después de dicha intervención no volvió a caminar”. Por lo cual existía una alta probabilidad de que la causa de la invalidez de la menor hubiera sido la falla de la entidad demandada, probabilidad que además fue reconocida por los médicos que laboraban en la misma. Ver sentencia de 3 de mayo de 1999, exp. 11169, C.P. Ricardo Hoyos Duque”.

²⁰ “[8] Ver, por ejemplo, sentencias de 14 de julio de 2005, exps. 15276 y 15332, [C.P. Ruth Stella Correa Palacio]”.

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

Para la Sala, para que se configure la pérdida de oportunidad es necesario verificar la concurrencia de tres elementos: i) falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado, es decir, la incertidumbre respecto a si el beneficio o perjuicio se iba a recibir o evitar; ii) certeza de la existencia de una oportunidad; iii) certeza de que la posibilidad de adquirir el beneficio o evitar el perjuicio se extinguió de manera irreversible para la víctima. Sobre el alcance de cada uno ha dicho la Sala²¹:

Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado. *En primer lugar, para determinar si se está en presencia de un daño de pérdida de oportunidad, es necesario establecer que, en efecto, el titular de la expectativa legítima se encontraba, para el momento en que ocurre el hecho dañino, en una situación de incertidumbre de recibir un beneficio o una ventaja esperada, o de evitar un perjuicio indeseado. La oportunidad debe encontrarse en un espacio caracterizado por no existir certeza de que su resultado habría beneficiado a su titular, pero tampoco en el que sólo exista la conjetura de una mera expectativa de realización o evitación. Si se tiene certeza sobre la materialización del resultado final, no es posible hablar del daño consistente en la pérdida de oportunidad sino de la privación de un beneficio cierto, o si se trata de una mera conjetura o ilusión, tampoco habría lugar a la configuración de una oportunidad por no tener la intensidad suficiente para convertirse en una probabilidad razonable de alcanzarse o evitarse. Así, el requisito de la “aleatoriedad” del resultado esperado tiene enormes incidencias en el plano de la indemnización, ya que si se trata de la infracción a un derecho cierto que iba a ingresar al patrimonio de la víctima o frente al cual se debía evitar un menoscabo, su indemnización sería total, mientras que si el truncamiento es solo respecto de la expectativa cierta y razonable de alcanzar o evitar un resultado final, la posibilidad truncada sería indemnizada en menor proporción.*

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

Certeza de la existencia de una oportunidad. *En segundo lugar se debe constatar que, en efecto, existía una oportunidad que se perdió. La expectativa legítima debe acreditar inequívocamente la existencia de “una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente” de que de no haber ocurrido el evento*

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 5 de abril de 2017, exp. 25706, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

dañoso, la víctima habría mantenido incólume la expectativa de obtener el beneficio o de evitar el detrimento correspondiente.

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

4. Elementos de la responsabilidad estatal en el caso concreto

La Sala encuentra configurado el daño padecido por el menor Jhon Harold Solarte, consistente en la pérdida de funcionalidad de su ojo derecho, que fue calificado como ambliope en forma posterior a la intervención cuestionada²². Ahora bien, está probado que el paciente padecía catarata polar posterior²³ en su ojo derecho, situación que le generaba una opacidad del cristalino que afectaba su visión e imponía la corrección quirúrgica como lo determinó el especialista en oftalmología.

Así las cosas, aunque los testigos, desde su percepción personal, consideraron que Jhon Harold no padecía ninguna disminución en su

²² Ante la ausencia de dictamen científico sobre la patología padecida por el menor, la Sala tendrá en cuenta algunos conceptos científicos del Instituto Nacional del Ojo (NEI por sus siglas en inglés “National Eye Institute) de los Estados Unidos de América, organismo del gobierno federal adscrito al National Institutes of Health (NIH) encargado de adelantar y apoyar investigaciones, capacitación y difundir información sobre enfermedades oculares. De acuerdo con la información de dicho organismo sobre ambliopía: “El cerebro y el ojo trabajan juntos para producir la visión. La luz entra en el ojo y se transforma en signos nerviosos que viajan a través del nervio óptico al cerebro. Ambliopía es el término médico usado para describir cuando la visión de uno de los ojos disminuye porque el ojo y el cerebro no están trabajando juntos en la forma correcta. El ojo se ve normal, pero no se está usando normalmente porque el cerebro está favoreciendo al otro ojo. Esta condición también es conocida como ojo perezoso u ojo vago”. Ver en: <https://nei.nih.gov/health/espanol/amblyopia/amblyopia>.

²³ Sobre la catarata congénita, el Instituto de Microcirugía Ocular con sede en Barcelona (España) destaca: “Hablamos de catarata congénita cuando un niño nace con catarata, es decir, que nace con el cristalino opaco y por lo tanto no le permite ver. La cataratas comprometen la visión si son totales, o centrales y de tamaño importante como para cubrir el área pupilar (área central del ojo a través de la cual entra la luz)”. Ver en: <https://www.imo.es/es/atarata-congenita>. La catarata polar posterior corresponde a Un catarata polar posterior es una opacidad central en la parte posterior del lente. Ver en: <http://infogen.org.mx/ataratas-congenitas-ataratas-del-recien-nacido/>.

agudeza visual antes de la aspiración de la catarata en su ojo derecho, sus dichos no le generan certeza a la Sala sobre esa situación; por el contrario, es claro que existía una patología de base que impuso la práctica del procedimiento quirúrgico. Si bien algunos de ellos tienen relación con el área de la salud, al fungir como auxiliares de enfermería, lo declarado no tuvo relación con un examen particular del caso del afectado respecto de su agudeza visual, máxime cuando no contaban con la experticia para ello ni se apoyaron en criterio científico o diagnóstico alguno.

Por el contrario, para la Sala es claro que la afectación del menor era de gravedad, lo que se evidencia con la anotación de urgencia del oftalmólogo en la primera valoración del paciente y con el hecho de que hubiera sido intervenido de manera inmediata. En todo caso, aunque el padecimiento visual del paciente tenía la potencialidad de afectar en forma definitiva su salud, también es claro que existía alguna probabilidad de recuperación²⁴, si se sumaban a la cirugía las estrategias de rehabilitación necesarias²⁵.

En consecuencia, estima la Sala que el daño padecido por el menor era propio de la patología congénita que presentaba; empero, aunque mínimas, el paciente sí contaba con probabilidades de recuperación, cuya frustración es el daño que para el caso concreto resulta relevante para la decisión del *sub lite*.

²⁴ La cirugía es el primer paso para solucionar la falta de visión del ojo con catarata, pero no es suficiente. Después se debe iniciar el *proceso de rehabilitación y recuperación visual*. Generalmente se realiza mediante corrección óptica y parches. Se trata de recuperar el ojo vago del niño, este proceso durará años, normalmente toda su infancia.

La probabilidad de éxito (conseguir mejorar la visión) depende tanto de los tratamientos pautados por el oftalmólogo pediátrico como de la correcta implicación de los familiares y el niño. Ante un paciente no cumplidor (que rechaza el parche y no realiza estimulación) no se obtendrá un buen resultado. En: <https://www.estrabologia.org/patologias/atarata-congenita/>.

²⁵ MARTÍNEZ, Joaquín, *Estado actual de la catarata congénita*. Hospital Nacional de Niños, San José de Costa Rica, en: <http://www.binasss.sa.cr/revistas/apc/v7supl/art75.pdf>

“Un ojo con catarata unilateral tienen un pronóstico visual mucho más reservado. A pesar de los avances en su tratamiento y rehabilitación incluso con los mejores esfuerzos del médico y de los padres, la probabilidad de éxito es tan baja, que algunos oftalmólogos pediatras consideran los riesgos de la cirugía, el trauma emocional y financiero al niño y a la familia, mayor que los beneficios potenciales”.

En efecto, para la Sala es claro que en este caso la víctima perdió una oportunidad de recuperación, bajo el entendido de que existía un chance, aunque mínimo, de recuperación, que podía materializarse o no y que se extinguió en tanto está probado que el paciente perdió la agudeza visual del ojo derecho.

Ese daño es imputable al prestador de los servicios de salud, pues aunque ninguna de las evidencias aportadas permite señalar que el diagnóstico fue errado o que el tratamiento quirúrgico no estaba indicado, sí hay prueba de graves fallas en la atención, relevantes respecto de los resultados finales del procedimiento.

El desarrollo de un proceso infeccioso era una de las posibles complicaciones del procedimiento²⁶ de acuerdo con la evidencia científica de la época²⁷ y las

²⁶ FERRO MONTIUIJ J, Endoftalmitis postcirugía de catarata: prevención y tratamiento, Archivos de la Sociedad Española de Oftalmología, Vol. 78, No. 8, agosto de 2003:

“Con una prevalencia aproximada de 1,3 casos por cada 1.000 intervenciones (1), la endoftalmitis es para la cirugía de catarata tan antigua como sus comienzos y tan actual como la más pequeña de las incisiones. Su origen en el 80% de los casos proviene de la propia flora del paciente, siendo de causa exógena el resto, incluidos posibles brotes epidémicos.

La vía de contaminación es la propia incisión quirúrgica, sin embargo contaminación no significa infección. Estudios de cultivos con y sin antibióticos demuestran que al terminar la intervención, cerca del 15% presentan gérmenes en cámara anterior. La gran diferencia entre este porcentaje y la prevalencia de endoftalmitis se explica por la capacidad del ojo de aclarar ciertos inóculos sin que se genere una infección”.

²⁷ *Ibidem.* “A pesar de su larga y triste historia los estudios realizados hasta la fecha no resultan concluyentes en cuanto a la mejor forma de prevenir la endoftalmitis. Esto tiene su confirmación reciente en el único estudio basado en la evidencia sobre prevención de endoftalmitis postquirúrgica que se ha publicado. No es infrecuente que este tipo de estudios de revisión exhaustiva de las publicaciones sobre un tema nos demuestren lo lejos que estamos de donde queremos o creemos estar. En sus resultados se concluye que de todos los métodos analizados, únicamente la aplicación conjuntival de povidona-iodada preoperatoria alcanza el rango de «moderadamente importante para el resultado clínico». El resto de los estudiados, a saber: inyección de antibióticos subconjuntivales; recorte de pestañas; irrigación salina preoperatoria lagrimal; antibióticos tópicos preoperatorios; soluciones irrigadoras con antibióticos; o el uso de heparina intraoperatoria, recibieron la más baja de las tres consideraciones posibles, es decir: «posiblemente relevantes pero no definitivamente asociadas al resultado quirúrgico». Así, este estudio de evaluación nos deja casi como estábamos. Quizás nos pueda valer, eso sí, como cobertura jurídica en determinadas situaciones pero poco más. Conviene aclarar sin embargo que la conclusión de este estudio no es que los métodos evaluados no puedan ser efectivos, sino que no hay indicios científicos publicados con calidad suficiente para avalar el empleo de los métodos mencionados. Estudios mejores podrían confirmar la supuesta efectividad que concluyen algunos autores. Sin la demostración de que el empleo de antibióticos antes, durante o después de la cirugía sean efectivos, casi nada podemos añadir a lo que desde hace más de 100 años se conoce como fundamentos de la profilaxis: la asepsia del campo quirúrgico (o sea la povidona, por ejemplo), y la esterilización de todos los materiales que al mismo se acerquen. Poco avance para tan millonaria cuenta de pacientes intervenidos”.

medidas de prevención aceptadas incluían: la asepsia del campo quirúrgico y la esterilización del instrumental, medidas insoslayables en ese tipo de eventos.

Aunque en este caso la historia clínica acredita que se realizó la asepsia del campo quirúrgico, no hay evidencia del seguimiento de protocolos de esterilización de los materiales a utilizar en la intervención. Aunque la demandada afirmó haber adelantado las medidas preventivas propias de dicho proceso de esterilización, al ser requerida para allegar las actas de los procedimientos de desinfección, dijo no contar con ellas. Para la Sala es claro que la sola afirmación de la demandada no constituye prueba del adelantamiento idóneo de este tipo de actuación, en tanto estas debían llevarse a cabo bajo protocolos previamente definidos, con la constancia del adelantamiento de cada una de sus fases por parte de un responsable, encargado de dar testimonio sobre el estricto cumplimiento del manejo. La ausencia de documentación del proceso de esterilización es prueba, cuando menos, de la impericia y negligencia en el control de dicho proceso en la prestadora de los servicios de salud accionada.

La demandada allegó el manual contentivo del protocolo de esterilización que dijo utilizar en sus procedimientos, mismo que imponía la necesidad de identificar y rotular los materiales desinfectados (fl. 39, c. 2), con identificación del nombre del elemento o equipo, lista del contenido del paquete, fecha de la esterilización, hora, turno, fecha de vencimiento, e identificación de la técnica de esterilización. Como se aprecia, ello obligaba a dejar constancia

El artículo previamente citado está basado en el siguiente estudio del año 2002: Ciulla TA, Starr MB, Masket S. Bacterial endophthalmitis prophylaxis for cataract surgery. An evidence-based update. *Ophthalmology*, 2002. De acuerdo con dicha investigación, ninguna de las medidas profilácticas analizadas para la época fue considerada como altamente recomendada para prevención de la endofthalmitis.

No prophylactic technique received the highest of three possible clinical recommendations (A, crucial to clinical outcome). Preoperative povidone-iodine preparation received the intermediate clinical recommendation (B, moderately important to clinical outcome). All other reported prophylactic interventions, including postoperative subconjunctival antibiotic injection, preoperative lash trimming, preoperative saline irrigation, preoperative topical antibiotics, antibiotic-containing irrigating solutions, and the use of intraoperative heparin, received the lowest clinical recommendation (C, possibly relevant but not definitely related to clinical outcome) based on weak and often conflicting evidence justifying their use.

escrita sobre el procedimiento y, por ende, era carga de la demandada acreditar que lo surtió en legal forma. Sin embargo, requerido para que allegara dicha documentación, el hospital demandado dijo no tenerla en su poder, hecho indicativo de que a pesar de que se tenían establecidos dichos protocolos, no fueron seguidos en forma estricta. Se insiste en que los mismos protocolos imponían dejar testimonio escrito de los materiales desinfectados y las condiciones de tiempo y modo en que ello tuvo lugar.

De otro lado, como lo resaltan los apelantes, la historia también revela preocupantes omisiones respecto del consentimiento informado, en tanto no se aportó prueba alguna de que el paciente y sus familiares hubieran sido puesto al tanto sobre los riesgos y complicaciones inherentes al procedimiento y, menos aún, sobre los signos de alerta temprana que imponían la necesidad de acudir en procura de atención. Ello constituye, sin duda, una falencia en la atención determinante en la pérdida de posibilidades de recuperación del paciente, quien solo acudió en busca de atención 7 días después, con claros signos de infección y solo hasta ese momento recibió tratamiento antibiótico. La demora en acudir al médico tratante está causalmente ligada con la omisión de la demandada en explicar los signos de alerta y la necesidad de atender a estos en forma inmediata, siendo la infección una complicación frecuente en procedimientos como el practicado al paciente.

Por otra parte, resulta llamativa la ausencia de análisis alguno por parte del prestador del servicio respecto de las condiciones previas del menor y su agudeza visual, pues nada de ello se anotó en la historia en forma anterior al procedimiento, ni se refirió a los antecedentes del paciente, ni a las especiales condiciones de edad, que imponían un análisis más cauteloso de la relación costo – beneficio de la intervención y de la indicación o no de la utilización del LIO, aspectos que también debieron darse a conocer en forma oportuna a los familiares del paciente, lo que, según lo revelan las pruebas aportadas, nunca ocurrió.

También resulta de la mayor relevancia el hecho de que, según lo hizo constar la Dirección Departamental de Salud Pública del Cauca (fl. 43, c. 2) – Sección Calidad de los Servicios, para abril de 2003, los servicios de la demandada no estaban habilitados por carecer de las condiciones de capacidad tecnológica o científica necesarias para ello; sin que mediara posterior constancia sobre la habilitación de dichos servicios²⁸, el menor fue intervenido el 24 de junio del mismo año.

Esas falencias en la atención permiten inferir que el paciente no recibió el servicio de salud en las condiciones de idoneidad a las que tenía derecho, lo que incidió en la pérdida de sus posibilidad de recuperación exitosa.

Así las cosas, se impone imputarle responsabilidad a la demandada, en tanto fueron relevantes en la pérdida de la oportunidad de recuperación del paciente, con la que contaba en caso de haber sido atendido conforme a las condiciones de idoneidad a las que tenía derecho.

5. Indemnización de perjuicios

Como se ha advertido a lo largo de la providencia, el daño resarcible en este particular evento no corresponde al daño final, entendido como la pérdida de la agudeza visual del paciente, lo que devino de la patología congénita que lo aquejaba, sino la pérdida de oportunidad de recuperación.

Como aquello que se imputa en este particular evento a la demandada no es la pérdida de la agudeza visual, sino la pérdida de posibilidad de salvarla, lo preciso sería atender a la proporción de dicha privación para efectos de la indemnización. Así lo precisó la Sala en reciente decisión²⁹:

²⁸ La demandada allegó formulario de habilitación de enero de 2003 (fl. 169, c. 2); empero, el allegado en forma posterior da cuenta de que en abril del mismo año existían falencias que impidieron la habilitación de los servicios.

²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 5 de abril de 2017, exp. 25706, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

[L]a Sala considera que la pérdida de oportunidad es un fundamento de daño, que si bien no tiene todas las características de un derecho subjetivo³⁰, autoriza a quien ha sido objeto de una lesión a su patrimonio -material o inmaterial- a demandar la respectiva reparación, **la cual será proporcional al coeficiente de oportunidad que tenía y que injustificadamente perdió**. Aquí el objeto de reparación no es, en sí, la ventaja esperada o el menoscabo no evitado sino, únicamente, la extinción de una expectativa legítima, esto es, la frustración de la oportunidad en sí misma, pues si el beneficio o el mal que se quería eludir estuvieran revestidos de certeza no se podría hablar del daño consistente en la pérdida de una oportunidad, sino del daño frente a un resultado cierto cuya reparación es total y no proporcional: se repara la pérdida del chance, no la pérdida del alea.

(...)

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

ii) **El porcentaje de probabilidades de la expectativa legítima truncada debe establecerse a través de los diferentes medios de prueba que obran en el proceso -regla general-**. Ahora, si no se puede determinar dicho porcentaje de la pérdida de oportunidad -perspectiva cuantitativa-, pese a encontrarse acreditado el daño antijurídico cierto y personal -perspectiva cualitativa-, deberá el juez de la responsabilidad, tal como lo ha señalado la doctrina³¹, bien sea a) declarar en abstracto la condena y fijar los criterios necesarios para que, mediante un trámite incidental, se realice la cuantificación del perjuicio, o bien b) acudir a criterios de equidad³², eje rector del sistema de reparación estatal, -artículo 230 de la Constitución Política y 16 de la Ley 446 de 1998³³-, a fin de reparar en forma integral el daño imputable a los demandados³⁴.

³⁰ Para Foulquier “un administrado es titular de un derecho subjetivo cuando cumple las condiciones que le permiten ser considerado como beneficiario del poder de exigir –reconocido por una norma general o individual, sin estar obligado a utilizar ese poder en un objetivo personal socialmente legítimo-, un cierto comportamiento de parte de la persona pública –lo que constituye el objeto de su obligación- a fin de alcanzar una ventaja moral o material que el orden jurídico ha expresamente o implícitamente considerado como lícito”: FOULQUIER, Norbert, *Les droits publics subjectifs des administrés. Émergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XXe siècle*, Dalloz, París, 2003, p. 689.

³¹ TAMAYO JARAMILLO, *Tratado de Responsabilidad Civil*, 2007, p. 338 y 341; Martínez Rave, *La Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia*, 1986, p. 126; HENAO, Juan Carlos. *El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 42 y 43.

³² Esta Sala ha aplicado a otros casos la equidad como fundamento para cuantificar el perjuicio por la pérdida de oportunidad: Ver. Consejo de Estado, Sala Plena de Sección Tercera, sentencia de 12 de julio de 2012, rad. 15,024, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

³³ “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”.

³⁴ En casos de pérdida de oportunidad en materia de acceso a la administración de justicia, la Sala ha acogido igualmente criterios de equidad para calcular el porcentaje de la probabilidad pérdida. Al respecto, la Sala en sentencia del 31 de mayo de 2016, rad. 38047, M.P. Danilo Rojas Betancourth conoció de la pérdida de oportunidad con ocasión de una declaratoria de prescripción de la acción civil y consideró de acuerdo con las pruebas que obraban en el proceso que la expectativa que tenía la parte civil de que se le resarciera pecuniariamente en el proceso judicial estaban calculadas en un 75%. En similar sentido se puede consultar la sentencia de la Subsección B del 31 de mayo de 2016, rad. 38267, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

Como en el caso concreto no hay evidencia científica del porcentaje de probabilidad de recuperación de la agudeza visual del paciente de conformidad con sus particulares circunstancias, prueba que por demás no pudo ser recaudada pese al esfuerzo probatorio de la Sala al decretar de oficio un dictamen pericial para tal efecto, se precisa acudir a la sub regla que para este tipo de eventos se estableció, en los siguientes términos:

iii) Ahora, si no es posible fijar científica y técnicamente el porcentaje de probabilidades, la cuantificación del porcentaje de posibilidades truncadas se determinará excepcionalmente, como sucede en otros ordenamientos jurídicos³⁵, en un 50%, el cual se aplicará para la liquidación de los perjuicios materiales e inmateriales, de manera que, en virtud de la equidad y la igualdad procesal que debe prohijarse entre las partes, no importa si el porcentaje de posibilidades frustradas haya podido fluctuar entre el 0.1 y el 99%, habida cuenta de que, sin haber podido aplicar la regla general, bastará que se hayan acreditado los elementos de la pérdida de oportunidad, es decir que se constate cualitativamente un truncamiento de la oportunidad que afecte el patrimonio de los demandantes para que proceda la reparación por excepción. Dicha excepción se justifica porque aunque haya ausencia cuantitativa del porcentaje de probabilidad de la expectativa legítima truncada, dicha expectativa sigue de todas maneras representado un menoscabo a un bien material o inmaterial que fue arrancado del patrimonio de la víctima y, por ello, debe ser reparada.

De acuerdo con lo expuesto, ante la ausencia de evidencia científica de la real probabilidad de recuperación, la reparación de los perjuicios se reconocerá en un 50% de aquello que correspondería a la reparación del daño final.

6.1. Daño moral

El daño moral, entendido como el dolor y aflicción que una situación nociva genera, se presume en relación con los sus familiares cercanos de quien ha sufrido una grave afectación en sus condiciones de salud o ha perdido la vida.

Ante la imposibilidad de cuantificar el daño moral, la jurisprudencia ha establecido un tope monetario para la indemnización de dicho perjuicio, que

³⁵ La sentencia n.º 948 del 16 de enero de 2011 proferida por la Sala Civil del Tribunal Supremo de España, M.P. Seijas Quintana, considera que, ante la ausencia del porcentaje de probabilidades truncadas, para casos de defecto de información médica, se debe fijar la cuantía en un factor de corrección aproximado del 50% a la cuantía resultante, esto es, reducir a la mitad la indemnización resultante del total del perjuicio valorado. Cfr. SAIGÍ-ULLASTRE, AAVV, "Cuantificación de la Pérdida de Oportunidad en Responsabilidad Profesional Médica", *Revista Española de Medicina Legal*, Órgano de la Asociación Nacional de Médicos Forenses, vol. 39, 2013, p. 159.

se ha tasado, como regla general, en el equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales cuando el daño cobra su mayor intensidad, caso correspondiente al padecimiento sufrido por las propias víctimas o por quienes acrediten relaciones afectivas propias de las relaciones conyugales y paterno-filiales (primer grado de consanguinidad) con la víctima que ha perdido la vida o sufrido una pérdida de capacidad laboral superior al 50%.

En casos de lesiones, se unificó la jurisprudencia en el sentido de establecer topes indemnizatorios de acuerdo con la gravedad de las lesiones y del nivel de las relaciones afectivas o de parentesco, así³⁶:

Nivel No. 1. Comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno- filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (1er. Grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes). Tendrán derecho al reconocimiento de 100 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 80 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 60 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 40 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 20 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 10 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%.

Nivel No. 2. Donde se ubica la relación afectiva, propia del segundo grado de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos). obtendrán el 50% del valor adjudicado al lesionado o víctima directa, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se describe: tendrán derecho al reconocimiento de 50 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 40 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 30 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 20 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 10 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 5 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%.

Nivel No. 3. Está comprendido por la relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil. Adquirirán el 35% de lo correspondiente a la víctima, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se indica: tendrán derecho al reconocimiento de 35 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 28 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 21 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 14 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 7 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 3,5 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%.

Nivel No. 4. Aquí se ubica la relación afectiva propia del cuarto grado de consanguinidad o civil. Se reconocerá el 25% de la indemnización tasada para el

³⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de agosto de 2014, ex. 31172, M.P. Olga Mérida Valle de De la Hoz.

lesionado, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se señala: tendrán derecho al reconocimiento de 25 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 20 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 15 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 10 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 5 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 2,5 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%.

Nivel No. 5. Comprende las relaciones afectivas no familiares (terceros damnificados). Se concederá el 15% del valor adjudicado al lesionado, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se presenta: tendrán derecho al reconocimiento de 15 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 12 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 9 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 6 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 3 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 1,5 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 1% e inferior al 10%.

Dicho esfuerzo jurisprudencial tendiente a hacer equitativas las indemnizaciones reconocidas a los distintos afectados no puede considerarse como una restricción que imposibilite el reconocimiento de este tipo de perjuicios en el entendido de que solo procedan bajo la evidencia de una pérdida de capacidad laboral. Por ello, debe partirse de la certeza de que existen afectaciones que no comprometan las capacidades o fuerza de trabajo del afectado y, de todos modos, generan padecimiento moral a quien las sufre.

En el caso concreto, es evidente el padecimiento que genera para el propio afectado y sus familiares el hecho de la pérdida de la agudeza visual de uno de sus ojos, con evidentes repercusiones en la capacidad laboral del afectado. En efecto, en dictamen rendido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca se valoró al paciente, quien a la fecha del dictamen tenía 27 años de edad y se calculó su pérdida de capacidad laboral producto de la disminución de la agudeza visual que presenta, equivalente al 16,50% (fl. 463, c. ppal), dictamen que no fue cuestionado por las partes.

Así las cosas, conforme a los parámetros unificados, habría lugar a reconocer indemnización por daño moral en el equivalente a 20 SMLMV para el directo

afectado y sus padres y 10 SMLMV a su hermana. Con todo, dicha cifra se reducirá a 10 SMLMV para cada uno de los primeros y 5 SMLMV para la segunda, en tanto solo se indemniza la pérdida de oportunidad, conforme a los parámetros señalados atrás.

5.2. Daño a la salud

En reciente pronunciamiento de unificación la Sección Tercera de la Corporación, luego de abordar el estudio del origen de las diversas denominaciones del perjuicio inmaterial, estableció que además del daño moral causado por las lesiones físicas que afectan el normal desenvolvimiento de una persona, también puede configurarse un daño a la salud, que es independiente de la afectación anímica de la víctima y que, en consecuencia, también amerita ser indemnizado para efectos de la reparación integral del daño. Así se afirmó³⁷:

“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 corporal³⁸.

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

³⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 14 de septiembre de 2011. Exp. 19031

³⁸ “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.

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 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 acarrearón 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 afflictiva 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”.

Para la reparación de ese tipo de perjuicios, la Sección ha establecido los siguientes parámetros³⁹:

De modo que, una vez desarrollado el panorama conceptual del daño a la salud, la Sala Plena de la Sección Tercera unifica su jurisprudencia en torno al contenido y alcance de este tipo de perjuicio inmaterial, en los términos que se desarrollan a continuación:

Para la reparación del daño a la salud se reiteran los Criterios contenidos en las sentencias de unificación del 14 de septiembre de 2011, Exps. 19031 y 38222, proferidas por esta misma Sala, en el sentido de que la regla en materia indemnizatoria, es de 10 a 100 smmlv, sin embargo en casos de extrema gravedad y excepcionales se podrá aumentar hasta 400 smmlv, siempre que esté debidamente motivado.

Lo anterior, con empleo del arbitrio iudice, para lo cual se tendrá en cuenta la gravedad y naturaleza de la lesión padecida, para lo que se emplearán –a modo de parangón– los siguientes parámetros o baremos:

GRAVEDAD DE LA LESIÓN	Víctima
-----------------------	---------

³⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014, exp. 31172, M.P. Olga Mélida Valle de De la Hoz.

<i>Igual o superior al 50%</i>	<i>100 smmlv</i>
<i>Igual o superior al 40% e inferior al 50%</i>	<i>80 smmlv</i>
<i>Igual o superior al 30% e inferior al 40%</i>	<i>60 smmlv</i>
<i>Igual o superior al 20% e inferior al 30%</i>	<i>40 smmlv</i>
<i>Igual o superior al 10% e inferior al 20%</i>	<i>20 smmlv</i>
<i>Igual o superior al 1% e inferior al 10%</i>	<i>10 smmlv</i>

En aplicación de ese precedente de unificación se indemnizará el daño a la salud, reclamado en la demanda como “perjuicios fisiológicos”, en el 50% de aquello que correspondería conforme al porcentaje de pérdida de capacidad laboral, esto es 10 SMLMV a favor del directo afectado. No se reconocen sumas adicionales a favor de los demás demandantes.

5.3. Daño material

Para la Sala es patente que la pérdida de la agudeza visual del Jhon Harold está llamada a generarle un lucro cesante, entendido como la disminución de los ingresos esperados a partir de su mayoría de edad y hasta la vida probable. Dicha pérdida de agudeza visual le generó una pérdida de capacidad laboral del 16,50% que debe ser reparada. Para resarcir dicho perjuicio, se tendrá en cuenta el porcentaje de la pérdida de capacidad laboral antes referido, el salario mínimo legal mensual vigente para la época del presente fallo (\$828.116) -incrementado en un 25% correspondiente al factor prestacional (\$1.035.145). De dicha suma se tomará el 16,50% (\$170.798) y a esta se le deducirá el 50%, conforme a lo explicado en relación con el daño que se indemniza (\$85.399).

Aunque en este caso no hay prueba de que la víctima fuera económicamente productivo para la época del daño, es evidente que ello obedece a que era un menor de edad cuando lo sufrió, lo que no implica que permanecería sin laborar el resto de su vida; por el contrario, es claro que la pérdida de capacidad laboral acreditada le genera una disminución en sus capacidades de trabajo y, con ello, una disminución de sus ingresos futuros que debe ser resarcida hasta la expectativa de vida, en tanto la incapacidad es permanente según consta en el dictamen practicado para el efecto (fl. 463, c. ppal).

Para la época del daño la víctima tenía 11 años. Con todo, mientras alcanzaba la mayoría de edad, no se indemnizará lucro cesante bajo la presunción de que para esa época dependía económicamente de sus padres. Así las cosas, desde los 18 años de edad, su expectativa de vida era de 57,82 años (693,84), de los cuales, el período consolidado es el que se causó desde que alcanzó la mayoría de edad (abril de 2009) hasta la época de la presente sentencia (125 meses). El periodo restante será el futuro, desde la sentencia hasta la vida probable (568,84 meses).

Lucro cesante consolidado:

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

En la que:

- Ra = Base de liquidación actualizada
- I = Interés legal anual expresado en tasa mensual
- n = Período a indemnizar
- 1 = Constante

Entonces:

$$S = \$85.399 \frac{(1+0.004867)^{125} - 1}{0,004867}$$

$$S = \$14.646.685$$

Por su parte, el lucro cesante futuro corresponde a:

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

$$i (1+i)^n$$

Donde:

S = Indemnización futura

Ra = Renta actualizada

n = Número de meses comprendidos entre la sentencia y la vida probable

i= Interés legal

Entonces:

$$S = \frac{\$85.399(1+0,004867)^{568,84} - 1}{0,004867 (1+0,004867)^{568,84}}$$

$$S = \$16.438.015$$

$$\text{Total lucro cesante} = \$31.084.700$$

El daño emergente reclamado se negará por cuanto no hay prueba respecto de que con ocasión del daño los actores hayan incurrido en erogaciones que deban ser resarcidas, carga que les correspondía en los términos del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil.

6. Costas

No hay lugar a la imposición de costas, debido a que no se evidencia en el caso concreto actuación temeraria o de mala fe atribuible a los extremos procesales, como lo exige el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 para que se proceda de esta forma.

III. DECISIÓN

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

FALLA

REVOCAR la sentencia de 27 de septiembre de 2011 por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca negó las pretensiones de la demanda. En su lugar se dispone:

PRIMERO. DECLARAR administrativa y extracontractualmente responsable a la Nación – Ministerio de Salud y Protección Social, de la pérdida de oportunidad de recuperación de Jhon Harold Solarte Moreno derivada de la falla en la prestación de los servicios médicos que le fueron brindados en la extinta E.S.E. Antonio Nariño.

SEGUNDO. CONDENAR, a la Nación – Ministerio de Salud y Protección Social, a indemnizar a los demandantes el daño moral padecido. En tal virtud, pagará a los demandantes las siguientes sumas:

A Jhon Harold Solarte Moreno, Adriana Moreno Torres y Jaro Solarte Torres por ellos, el equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes en la fecha de ejecutoria de esta sentencia, para cada uno.

A Angélica María Solarte Moreno, el equivalente a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes en la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

TERCERO. CONDENAR, en abstracto, a la Nación – Ministerio de Salud y Protección Social, a indemnizar Jhon Harold Solarte Moreno el daño a la salud, en el equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes en la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

CUARTO. CONDENAR a la Nación – Ministerio de Salud y Protección Social, a pagar a Jhon Harold Solarte Moreno la suma de TREINA Y UN

MILLONES OCHENTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS PESOS (\$31.084.700), como indemnización por lucro cesante.

QUINTO. La sentencia se cumplirá en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

SEXTO. NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO. Sin costas.

OCTAVO. Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

RAMIRO PAZOS GUERRERO

Presidente de la Subsección

ALBERTO MONTAÑA PLATA

Magistrado

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Magistrado

(Salva voto)