

DAÑO ANTIJURIDICO - Concepto. Definición. Noción / DAÑO ANTIJURIDICO - Perjuicio provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo

El concepto del daño antijurídico cuya definición no se encuentra en la Constitución ni en la ley, sino en la doctrina española, particularmente en la del profesor Eduardo García de Enterría, ha sido reseñado en múltiples sentencias desde 1991 hasta épocas más recientes, como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo.

NOTA DE RELATORIA: En relación con el daño antijurídico, ver sentencias del Consejo de Estado, de junio 27 de 1991, M.P. Julio César Uribe Acosta, exp. 6454; de junio 6 de 2007, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, exp. 16460.

IMPUTABILIDAD - Concepto. Definición. Noción

La Imputabilidad es la atribución jurídica que se le hace a la entidad pública del daño antijurídico padecido y que por el que en principio estaría en la obligación de responder, bajo cualquiera de los títulos de imputación de los regímenes de responsabilidad, esto es, del subjetivo (falla en el servicio) u objetivo (riesgo excepcional y daño especial).

FALLA EN LA PRESTACION DEL SERVICIO MEDICO - Demora en intervención quirúrgica / TITULO JURIDICO DE IMPUTACION - Falla probada del servicio / FALLA PROBADA DEL SERVICIO - Título jurídico de imputación / RESPONSABILIDAD DE LOS ESTABLECIMIENTOS PRESTADORES DEL SERVICIO DE SALUD - Falla del servicio / FALLA DEL SERVICIO - Falta de diligencia / PERDIDA DE OPORTUNIDAD - Falla del servicio médico

Según la demanda se imputa al Instituto de Seguro Social la falla en la prestación del servicio médico al señor Otoniel Porras, al demorar su re intervención, situación que le complicó su estado de salud y lo condujo finalmente a la muerte. En casos como el presente en donde se discute la responsabilidad de los establecimientos prestadores del servicio de salud la Sección ha establecido que el régimen aplicable es el de falla del servicio, realizando una transición entre los conceptos de falla presunta y falla probada, constituyendo en la actualidad posición consolidada de la Sala en esta materia aquella según la cual es la falla probada del servicio el título de imputación bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria. Así las cosas y teniendo en cuenta que la atribución de responsabilidad reside en la falta de diligencia de la entidad demandada, la cual al parecer no le permitió al paciente el acceso a una nueva intervención quirúrgica en forma oportuna, la Sala estudiará el asunto bajo la óptica de la pérdida de oportunidad, generada en este caso por una falla en el servicio.

NOTA DE RELATORIA: Respecto de la falla probada del servicio, ver sentencias del Consejo de Estado, de agosto 31 de 2006, exp. 15772, M.P. Ruth Stella Correa; de octubre 3 de 2007, exp. 16402, M.P. Mauricio Fajardo Gómez; de abril 23 de 2008, exp. 15750; de octubre 1 de 2008, exps.16843 y 16933; de octubre 15 de 2008, exp. 16270, M.P. Myriam Guerrero de Escobar; de enero 28 de 2009, exp. 16700, M.P. Mauricio Fajardo Gómez; de febrero 19 de 2009, exp. 16080, M.P. Mauricio Fajardo Gómez; de febrero 18 de 2010, exp. 20536, M.P. Mauricio Fajardo Gómez; de junio 9 de 2010, exp. 18683, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

RESPONSABILIDAD MEDICA - Tesis de la pérdida de un chance u oportunidad / PERDIDA DE UN CHANCE U OPORTUNIDAD - Concepto. Definición. Noción

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

NOTA DE RELATORIA: Sobre pérdida de oportunidad, ver sentencias del Consejo de Estado, Sección Tercera, exp. 11878, de febrero 10 de 2000; exp. 12548, de junio 15 de 2000; exp. 15772, de agosto 31 de 2006; exp. 13542 de julio 13 de 2005 y exp. 17725 de abril 28 de 2010.

HISTORIA CLINICA - Naturaleza jurídica / HISTORIA CLINICA - Valor probatorio

La jurisprudencia de esta Sección, se ha ocupado de estudiar el tema concerniente a las características y exigencias de la historia clínica dentro de los procesos en los cuales se discute la responsabilidad extracontractual del Estado derivada del despliegue de actividades médico-asistenciales y ha precisado la naturaleza jurídica de documento público que corresponde a tales historias y, por ende, su valor probatorio, en los siguientes términos: “Es de resaltarse que la historia clínica asentada en entidades públicas es un documento público, que da fe, desde el punto de vista de su contenido expreso, de la fecha y de las anotaciones que en ella hizo quien la elaboró (art. 264 del C. P. C.), y desde el punto de vista negativo, también da fe de lo que no ocurrió, que para este caso revela que al paciente no se le practicó arteriografía” (subraya la Sala).

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 264

NOTA DE RELATORIA: Acerca de la historia clínica, ver sentencias del Consejo de Estado, de febrero 9 de 2011, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, exp. 18793; de agosto 10 de 2007, M.P. María Elena Giraldo Gómez, exp. 15178.

PERDIDA DE OBTENER UNA ATENCION OPORTUNA - Demora en la reintervención del paciente / FALLA DEL SERVICIO - Pérdida de oportunidad / FALLA DEL SERVICIO MEDICO - Omisión en la prestación del servicio médico o prestación deficiente

Del estudio de la historia clínica, del dictamen pericial y de los testimonios recaudados, se deduce que se presentó efectivamente una señalada demora en la reintervención del paciente Otoniel Porras, quien pese a que presentaba un alto grado de sepsis y que necesitaba una atención inmediata, no la obtuvo, circunstancia que configuró una pérdida de obtener una atención oportuna a las complicaciones de salud que padecía, situación que sin duda implicó la afectación de su dignidad como paciente y la de su núcleo familiar. En relación con esta forma de imputación de responsabilidad, la Sala ha señalado que el Estado puede ser declarado patrimonialmente responsable de los daños que se deriven de la omisión en la prestación del servicio médico o de su prestación deficiente, cuando tales daños se producen como consecuencia de esa omisión o deficiencia, cuando

por causa de tales deficiencias el paciente pierde la oportunidad que tenía de mejorar o recuperar su salud, o sencillamente cuando la prestación asistencial no se brinda como es debido, o cuando se vulneran otros derechos o intereses protegidos por el ordenamiento jurídico, aún en eventos en los que dichas prestaciones resulten convenientes a la salud del paciente, pero se oponían a sus propias opciones vitales.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la falla del servicio médico, ver sentencia del Consejo de Estado, de abril 28 de 2010, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, exp. 17725.

PERJUICIOS MATERIALES - Improcedencia / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EXTRACONTRACTUAL DEL ISS - Pérdida de oportunidad de recuperar la salud

Se indicó en la demanda indemnización por esta clase de perjuicios, en favor de la señora Evangelina Morales de Porras, en calidad de cónyuge supérstite, sin embargo la Sala no accederá a su reconocimiento, puesto que las responsabilidades del Instituto de Seguros Sociales como demandada, se concretó en la pérdida de oportunidad de lograr sobrevivir o recuperar la salud del señor Otoniel Porras, mas no por el desenlace fatal de éste, resultando evidente que no fue la frustración de esa posibilidad de recuperarse lo que determinó que la demandante dejara de percibir el aporte económico que le suministraba el fallecido, sino que, fue la muerte la que truncó la situación.

NOTA DE RELATORIA: Sobre perjuicios materiales, ver sentencia del Consejo de Estado, de abril 27 de 2011, M.P. Gladys Agudelo Ordóñez, exp. 18714.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON

Bogotá, D. C, ocho (8) de junio de dos mil once (2011)

Radicación: 19001-23-31-000-1997-03715-01(19360)

Actor: EVANGELINA MORALES DE PORRAS Y OTROS

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

Decide la Sala el recurso de apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia de 17 de enero de 2000 proferida por el Tribunal

Administrativo del Valle del Cauca, en la que se negaron las pretensiones de la demanda.

I. Antecedentes

1. Mediante demanda presentada el 24 de junio de 1997, los señores Evangelina Morales de Porras, quien actuó en nombre propio y en el de sus hijos menores, Diana Jimena, Sergio Otoniel y Edwin Leonardo Porras Morales, y Sandra Patricia Porras Morales, en sus calidades de cónyuge supérstite la primera de las nombradas y de hijos los demás por intermedio de apoderado solicitaron se declarara administrativamente responsable al Instituto de Seguros Sociales por falla del servicio de la administración que condujo a la muerte del señor Otoniel Porras el día 28 de junio de 1995, en la Clínica Rafael Uribe Uribe, de la ciudad de Cali, que pertenecía a ese instituto y que como consecuencia de tal declaración se condenara a la entidad demandada al pago de la indemnización de los perjuicios de orden material y moral en favor de los demandantes.

2. Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señalaron que el señor Otoniel Porras fue intervenido quirúrgicamente en la Clínica Rafael Uribe Uribe en la ciudad de Cali por una herida de bala y habiendo salido airoso de dicha intervención lo trasladaron a cuidados intensivos por un término de ocho días, posteriormente lo llevaron a un cuarto en donde permaneció bien hasta el quinto día, más o menos a los ocho días se empezó a complicar por lo que su cónyuge Evangelina Morales informó al personal de enfermería y a los médicos que esporádicamente aparecían por la sala porque el personal del Seguro Social se encontraba en “operación tortuga” solicitando aumentos salariales, circunstancia en la que trascurrieron varios días y, al darse cuenta que el señor Porras se encontraba en mal estado de salud, decidieron volverlo a intervenir pero no encontraron salas de operación desocupadas por efectos de los mismos retrasos ya mencionados, pudiéndolo, finalmente, intervenir por segunda vez el 20 de junio de 1995, y pasó a cuidados intensivos en donde falleció el 28 del mismo mes y año (fol. 14 a 21 C.1)

3. El libelo demandatorio fue admitido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca mediante providencia de 7 de julio de 1997 (fol. 22 y 23 C.1), providencia

que fue notificada al Ministerio Público el 11 de julio de 1997 (fol. 23 vto. C.1) y a la entidad demandada el 19 de agosto del mismo año (fol. 24 C.1).

3.1. Dentro de la oportunidad legal el Instituto de los Seguros Sociales _ Seccional Valle del Cauca contestó la demanda para oponerse a todas las pretensiones y señaló que no existió la falla del servicio que se le atribuyó en la demanda por cuanto dicha entidad prestó la atención debida dentro de las posibilidades reales del paciente, en consideración al estado crítico al que ingresó, y que se prestó el servicio que correspondía a la patología que en el momento presentaba (fol. 39 a 44 C.1).

4. Concluida la etapa probatoria iniciada por auto de 20 de octubre de 1997 (fol. 46 A 48 C.1) y fracasada la etapa de conciliación que se ordenó por auto de 4 de noviembre de 1998 (fol. 72 C.1), se dio traslado a las partes para alegar de conclusión por auto de 15 de junio de 1999 (fol.91 C.1), término durante el cual las partes presentaron sus respectivos memoriales, en los que reiteraron los argumentos que plantearon tanto en la demanda como en su contestación (fol. 92 a 97 C.1).El Ministerio Público guardó silencio.

II. Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca mediante la sentencia de 17 de enero de 2000 negó las pretensiones de la demanda al considerar que la Clínica del Instituto de Seguros Sociales, su personal médico y paramédico desarrollaron un actuar acorde con los postulados de la ciencia y el arte de la medicina, e indicó que la sepsis que presentaba el paciente ofrecía un alto grado de complicación que determinó su muerte a pesar de los idóneos cuidados del centro hospitalario (fol. 110 a 121 C.2)

III. Recurso de apelación

La parte demandante impugnó la sentencia al considerar que se presentó retardo en la atención del paciente Otoniel Porras debido al paro de actividades que para la época de los hechos se presentó en el Seguro Social y que, además, si bien el perito dictaminó que las lesiones sufridas por el paciente se consideraban graves y con alta probabilidad de complicación y aún de mortalidad, cuando indicó probabilidad, tal expresión y criterio no significaban seguridad de su muerte.

Solicitó revocar la sentencia y acceder a las pretensiones de la demanda (fol. 123 a 127 C. 2).

IV. Trámite de la segunda instancia

Por auto de 25 de septiembre de 2000, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca concedió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (fol. 128 a 129 C. 2), siendo admitido por el Consejo de Estado por auto del 2 de marzo de 2001 (fol. 133 C.2), por auto de 11 de mayo de 2001 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión (fol. 135), término durante el cual la parte demandada después de hacer un relato de los hechos, manifestó que tanto los médicos paramédicos y auxiliares de la Clínica Uribe Uribe, sí le prestaron la mejor asistencia y atención al señor Otoniel Porras y que no hubo falla en la prestación del servicio como lo quiere ver la demandante, que las causas de la muerte del paciente no fueron propiamente el descuido del personal o una práctica quirúrgica inadecuada o de una “operación tortuga” sino la gravedad de las lesiones causadas a órganos abdominales por arma de fuego (fol. 136 a 138 C.2).

V. Consideraciones:

1. Competencia

Corresponde a esta Sala decidir el recurso de apelación dado que la providencia recurrida fue proferida en un proceso de doble instancia, pues la pretensión mayor correspondiente al perjuicio material en la modalidad de lucro cesante reclamado en favor de la cónyuge supérstite demandante se estimó en \$ 69.063.842, mientras que el monto exigido para el año 1997 para que un proceso adelantado en ejercicio de la acción de reparación directa tuviera vocación de segunda instancia era de \$ 13.460.000¹.

2. El ejercicio oportuno de la acción

¹ Decreto 597 de 1988.

De conformidad con lo previsto en el artículo 136 del C.C.A., la acción de reparación directa debía instaurarse dentro de los dos años contados –decía la norma en la época de presentación de la demanda- a partir del acaecimiento del hecho, omisión, operación administrativa u ocupación temporal o permanente de inmuebles por causa de trabajos públicos.

En el sub examine la responsabilidad administrativa que se impetra en la demanda se originó en los daños sufridos por los demandantes por la muerte del señor Otoniel Porras, en la Clínica Rafael Uribe Uribe de la Ciudad de Cali que pertenecía al Instituto de Seguros Sociales, el 28 de junio de 1995, lo que significa que la parte demandante tenía hasta el día 28 de junio de 1997 para presentar oportunamente su demanda, y como ello se hizo el 24 de junio de 1997, resulta evidente que el ejercicio de la acción fue dentro del término previsto por la ley.

3. El asunto materia de debate

Teniendo en cuenta que la sentencia de primera instancia negó las pretensiones de la demanda porque consideró que la entidad demandada obró en forma adecuada en la atención médica quirúrgica b que le brindó al paciente Otoniel Porras, situación que es cuestionada por la parte apelante, la Sala entrará a analizar si se reúnen los elementos para derivar la responsabilidad extracontractual de la entidad pública demandada, previstos en el artículo 90 de la Constitución Política, como son el daño antijurídico y la imputación.:

3.1. El hecho generador del daño

El concepto del daño antijurídico cuya definición no se encuentra en la Constitución ni en la ley, sino en la doctrina española, particularmente en la del profesor Eduardo García de Enterría, ha sido reseñado en múltiples sentencias desde 1991² hasta épocas más recientes³, como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 27 de junio de 1991, C. P. Dr. Julio César Uribe Acosta, expediente 6454.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 6 de junio de 2007, C. P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio, expediente N° 16460.

En relación con el hecho constitutivo del daño que se predica en este caso, ha de decirse que se tendrá acreditado con el Certificado Individual de Defunción del señor Otoniel Porras, ocurrida el 28 de junio de 1995, en la Clínicas Rafael Uribe Uribe, de la ciudad de Cali (fol. 11).

El fallecimiento de un ser querido constituye una afectación negativa para sus seres queridos, que es personal y cierta.

3.2. La imputabilidad

La Imputabilidad es la atribución jurídica que se le hace a la entidad pública del daño antijurídico padecido y que por el que en principio estaría en la obligación de responder, bajo cualquiera de los títulos de imputación de los regímenes de responsabilidad, esto es, del subjetivo (falla en el servicio) u objetivo (riesgo excepcional y daño especial).

Según la demanda se imputa al Instituto de Seguro Social la falla en la prestación del servicio médico al señor Otoniel Porras, al demorar su re intervención, situación que le complicó su estado de salud y lo condujo finalmente a la muerte

En casos como el presente en donde se discute la responsabilidad de los establecimientos prestadores del servicio de salud la Sección ha establecido que el régimen aplicable es el de falla del servicio, realizando una transición entre los conceptos de falla presunta y falla probada, constituyendo en la actualidad posición consolidada de la Sala en esta materia aquella según la cual es la **falla probada del servicio** el título de imputación bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria.⁴

Así las cosas y teniendo en cuenta que la atribución de responsabilidad reside en la falta de diligencia de la entidad demandada, la cual al parecer no le permitió al paciente el acceso a una nueva intervención quirúrgica en forma oportuna, la Sala

⁴ Sentencia de agosto 31 de 2006, expediente 15772, M.P. Ruth Stella Correa. Sentencia de octubre 3 de 2007, expediente 16.402, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 23 de abril de 2008, expediente 15.750; del 1 de octubre de 2008, expedientes 16843 y 16933. Sentencia del 15 de octubre de 2008, expediente 16270. M.P. Myriam Guerrero de Escobar. Sentencia del 28 de enero de 2009, expediente 16700. M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 19 de febrero de 2009, expediente 16080, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 18 de febrero de 2010, expediente 20536, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 9 de junio de 2010, expediente 18.683, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

estudiará el asunto bajo la óptica de la **pérdida de oportunidad**, generada en este caso por una falla en el servicio, describiendo en primer lugar los precedentes jurisprudenciales de la Corporación, para luego pasar al análisis del material probatorio que obra en el plenario que permitirá dilucidar si el daño antijurídico sufrido por los demandantes le es imputable al ente público demandado o si por el contrario, nos encontramos frente a una causa de ausencia de responsabilidad.

3.2.1 Pérdida de Oportunidad.

La Corporación en materia de responsabilidad médica acogió en su jurisprudencia, la tesis de la **“pérdida de un chance u oportunidad”**⁵, consistente

⁵ Tomado de la doctrina francesa **“perte d'une chance”**. En sentencia de la Sección Tercera. Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 10.755. Actora Elizabeth Bandera Pinzón. Demandado: I.S.S. dictada el día 26 de abril de 1999 se dijo: *“Si bien es cierto que no existe certeza en cuanto a que de haberse realizado un tratamiento oportuno el paciente no hubiera muerto pues nunca se tuvo un diagnóstico definitivo de la enfermedad que padecía, sí lo es en cuanto a que el retardo de la entidad le restó oportunidades de sobrevivir. Se trata en este caso de lo que la doctrina ha considerado como una ‘pérdida de una oportunidad’.* Al respecto dice Ricardo de Angel Yaguez:

*‘Es particularmente interesante el caso sobre el que tanto ha trabajado la doctrina francesa, esto es, el denominado la **perte d'une chance**, que se podría traducir como ‘pérdida de una oportunidad’.*

‘CHABAS ha hecho una reciente recapitulación del estado de la cuestión en este punto, poniendo, junto a ejemplos extraídos de la responsabilidad médica (donde esta figura encuentra su más frecuente manifestación), otros como los siguientes: un abogado, por negligencia no comparece en un recurso y pierde para su cliente las oportunidades que éste tenía de ganar el juicio; un automovilista, al causar lesiones por su culpa a una joven, le hace perder la ocasión que ésta tenía de participar en unas pruebas para la selección de azafatas.

*‘Este autor señala que en estos casos los rasgos comunes del problema son los siguientes: **1.** Una culpa del agente. **2.** Una ocasión perdida (ganar el juicio, obtención del puesto de azafata), que podía ser el perjuicio. **3.** Una ausencia de prueba de la relación de causalidad entre la pérdida de la ocasión y la culpa, porque por definición la ocasión era aleatoria. La desaparición de esa oportunidad puede ser debida a causas naturales o favorecidas por terceros, si bien no se sabrá nunca si es la culpa del causante del daño la que ha hecho perderla: sin esa culpa, la ocasión podría haberse perdido también. Por tanto, la culpa del agente no es una condición sine qua non de la frustración del resultado esperado.*

‘En el terreno de la Medicina el autor cita el caso de una sentencia francesa. Una mujer sufría hemorragia de matriz. El médico consultado no diagnostica un cáncer, a pesar de datos clínicos bastante claros. Cuando la paciente, por fin, consulta a un especialista, es demasiado tarde; el cáncer de útero ha llegado a su estado final y la enferma muere. No se puede decir que el primer médico haya matado a la enferma. Podría, incluso tratada a tiempo, haber muerto igualmente. Si se considera que el perjuicio es la muerte, no se puede decir que la culpa del médico haya sido una condición sine qua non de la muerte. Pero si se observa que la paciente ha perdido ocasiones de sobrevivir, la culpa médica ha hecho perder esas ocasiones. El mismo razonamiento se puede aplicar a un individuo herido, al que una buena terapia habría impedido quedar inválido. El médico no aplica o aplica mal aquella terapéutica, por lo que la invalidez no puede evitarse. El médico no ha hecho que el paciente se invalide, sólo le ha hecho perder ocasiones de no serlo’. (RICARDO DE ANGEL YAGUEZ. Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño). Madrid, Ed. Civitas S.A., 1995, págs. 83-84).

En conclusión la falla del servicio de la entidad demandada que consistió en la falta de diligencia para realizar un diagnóstico oportuno de la enfermedad sufrida por el paciente e iniciar de manera temprana el tratamiento adecuado, implicó para éste la pérdida de la oportunidad de curación y de

en que la falla en la prestación del servicio de salud configura responsabilidad, por el sólo hecho de no brindar acceso a un tratamiento, incluso si desde el punto de vista médico la valoración de la efectividad del mismo, muestra que pese a su eventual práctica(es decir si se hubiera practicado y no se hubiera incurrido en la falla en la prestación del servicio), el paciente no tenía expectativas positivas de mejoría.

En el fallo del 10 de febrero de 2000, la Corporación señaló:

*“En otras palabras, si bien no puede considerarse probada la relación de causalidad entre la actitud omisiva de la entidad demandante y la muerte del paciente, sí está claramente acreditada aquella que existe entre dicha actitud y la frustración de su chance sobrevenida (sic). Esta distinción es fundamental para enervar cualquier observación relativa a la laxitud en la prueba de la causalidad. Esta se encuentra totalmente acreditada respecto de un daño cierto y actual, que no es la muerte, sino la disminución de la probabilidad de sanar”.*⁶

De igual manera en la sentencia del 15 de junio del mismo año se indicó que cuando se presenta dificultad en establecer el nexo de causalidad para determinar la responsabilidad médica, es necesario entrar a realizar el estudio de lo que la jurisprudencia y la doctrina ha establecido como la “pérdida de oportunidad” y ello con el fin de entrar a establecer si la acción u omisión de la entidad demandada restó al paciente oportunidad de recuperar su salud.

Ha dicho la Corporación que en estos casos no se trata de especular, sino determinar de manera científica cual era la posibilidad de sobrevivir. Razonó sobre el particular de la siguiente forma:

“En cuanto al otro punto: ¿la negligencia administrativa fue causa de la pérdida de “chance” u oportunidad para la recuperación del paciente? Para la Sala no es claro que aún si la Administración hubiese actuado con diligencia el señor Franklin habría recuperado su salud; pero sí le es claro, con criterio de justicia, que si el demandado hubiese obrado con diligencia y cuidado no le habría hecho perder al paciente el chance u oportunidad de recuperarse. La jurisprudencia ya trató antes ese punto. En sentencia dictada el día 26 de abril de 1999 en el expediente 10755,

sobrevivir” [Énfasis del texto]. Reiterada en la Sentencia 12548 del quince (15) de junio de dos mil (2000).
Consejera Ponente MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ.

⁶ Exp. 11.878, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo.

se dijo: *“Si bien es cierto que no existe certeza en cuanto a que de haberse realizado un tratamiento oportuno el paciente no hubiera muerto pues nunca se tuvo un diagnóstico definitivo de la enfermedad que padecía, sí lo es en cuanto a que el retardo de la entidad le restó oportunidades de sobrevivir. Se trata en este caso de lo que la doctrina ha considerado como una “pérdida de oportunidad”*⁷.

Posteriormente en decisiones proferidas el 13 de julio de 2005 y el 31 de agosto de 2006, se manifestó por parte de la Sección:

*“En consecuencia, la pérdida de la oportunidad debe ser estudiada y definida desde la causalidad, como el elemento que permite imputar daños, a partir de la aplicación concreta de estadísticas y probabilidades en cuanto a las potencialidades de mejoramiento que tenía la persona frente a un determinado procedimiento u obligación médica que fue omitida o ejecutada tardíamente.”*⁸

En la misma línea, en sentencia de veintiocho (28) de abril de dos mil diez (2010), se expresó:

“Se destaca que la determinación de la pérdida de la oportunidad no puede ser una mera especulación, es necesario que de manera científica quede establecido cuál era la posibilidad real del paciente de recuperar su salud o preservar su vida, y que esa expectativa haya sido frustrada por omisiones o erradas acciones en la actuación médica. En este aspecto hay que prestar la máxima atención y no resolver como pérdida de oportunidad eventos en los cuales lo que realmente se presentan son dificultades al establecer el nexo causal. Pero, si bien se requiere que se encuentre demostrado que la prestación del servicio médico constituía una oportunidad real y no meramente hipotética para el paciente de recuperar su salud o prolongar su vida, también debe quedar claro que esa ventaja debe ser una posibilidad, cuya materialización dependa también de otros factores, como las propias condiciones del paciente, porque en aquéllos eventos en los cuales no se trate de una oportunidad sino que se cuenta con la prueba cierta de la existencia de nexo causal entre la actuación deficiente u omisión de la prestación del servicio

⁷ Sentencia de 15 de junio de 2000. C.P. Dra. MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ, Radicación 12548

⁸ Ver sentencias de 31 de agosto de 2006, exp. 15772, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, y de 13 de julio de 2005, exp. 13542, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

médico, no se estaría ante un caso de responsabilidad patrimonial del Estado por pérdida de oportunidad sino por falla del servicio médico”⁹

3.2.2. Las pruebas que fundamentan la imputación del daño antijurídico a la entidad demandada.

El Tribunal de instancia, estando el proceso a Despacho para fallo, solicitó al Hospital Universitario del Valle “ Evaristo García”, que, a través de la Unidad Médico- Científica pertinente, según la patología que presentaba y presentó el señor Otoniel Porras al momento de su ingreso a la Clínica Rafael Uribe Uribe del Instituto de Seguros Sociales y con base en la historia clínica, se dictaminara si los actos médicos realizados en el señor Porras fueron los oportunos, adecuados, convenientes y científicamente recomendados para la patología presentada por éste, así como también que indicaran si la Clínica y su personal médico y paramédico, según la cronología de la historia clínica, desplegaron un actuar diligente y eficaz para evitar el resultado dañoso y si finalmente existió cualquier anomalía, omisión u olvido en la atención médica prestada al paciente (fol. 98 a 100 C.1). Frente a lo solicitado por el Tribunal a quo el Médico Cirujano General Diego Rivera Arbeláez, del mencionado entre asistencial, rindió dictamen en el que consignó:

“Luego de leer y analizar la historia clínica del paciente OTONIEL PORRAS quien estuvo hospitalizado en la Clínica del I.S.S. entre el 4 de junio de 1995 y el 28 de junio de 1995 fecha en la cual fallece.

Hago las siguientes precisiones: la herida por arma de fuego del paciente fue atendida inicialmente de manera adecuada y oportuna. En la primera intervención quirúrgica efectuada el 4 de junio de 1995 se encontraron hemoperitoneo de 3.500 cc, heridas del ángulo esplénico del colon con contaminación moderada, herida del diafragma izquierdo, lesión de la cola del páncreas y polo superior del riñón izquierdo y destrucción de la glándula suprarrenal izquierda. El

⁹ Exp. 17.725, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo.

procedimiento quirúrgico que consistió en rafia de páncreas, sutura del riñón izquierdo, y resección de un segmento del colon y colostomía, fue adecuado.

En el posquirúrgico se trasladó a la unidad de cuidados intensivos, donde presenta buena evolución. El 8 de junio se traslada al séptimo piso donde el paciente permanece con evolución satisfactoria hasta el 12 de junio de 1995 cuando inicia dolor abdominal, distensión abdominal, no produce la colostomía, disnea, oliguria. En la fotocopia de la historia clínica no aparecen evoluciones médicas de los días 14 y 15 de junio de 1995. El día 16 de junio de 1995 lo encuentran en malas condiciones, Ictérico, distendido el abdomen y piensan en sepsis y solicitan exámenes. El 17 de junio de 1995 sigue en malas condiciones y el doctor Núñez a las 11:30 has decide pasar el turno para reintervenir. El 17 de junio de 1995 solicitan escanografía abdominal. El 18 de junio de 1995 manifiestan que está pendiente la escanografía, presenta sangrado por colostomía y le produce anemia que hace necesario transfundir glóbulos rojos. En el folio 18 con fecha 19 de junio de 1995 hay una nota que dice: "Este paciente tiene el turno de cirugía desde el 17VI pero no lo han solicitado. Se insiste con el jefe de sala de operaciones que cree que se podrá efectuar más tarde". El 20 de junio de 1995 se reinterviene, encontrando abscesos en espacios subfrénico y subhepático derecho, hematoma infectado perirrenal izquierdo. Se drenaron las colecciones, se lava y deja el abdomen abierto con malla. En el registro anestésico figura el paciente entre las 10 am y la 1pm del 20 de junio de 1995, todo el tiempo con tensión arterial normal.

La hoja de control post-anestésico hasta los 210 minutos describen al paciente conectado a respirador, tensión arterial normal, mueve las extremidades voluntariamente, respiración deprimida, no responde órdenes y color pálido. En el folio 21 hay una anotación del médico interno JIMMY MONTOYA de las 8:30 del 21 de junio de 1995 que dice que el paciente tuvo dos paros cardio respiratorios de los cuales salió; pero en el resto de la historia no figura que se le haya presentado dicha situación. Luego de la cirugía del 20 de junio de 1995 el Glasgow permanece entre 3 y 5/15. El 23 de junio de 1995 se hace nuevo lavado peritoneal encontrando líquido sanguino purulento en espacios subfrénicos. El 25 de junio de 1995 lo valora medicina interna y solicita escanografía y valoración por neuro (sic) por neurocirugía. El paciente presenta franco deterioro, requiere de inotrópicos. El 27 de junio de 1995 lo valora neurocirugía que solicita escanografía de cerebro y electro encefalograma, No ha recibido ningún tipo de alimentación desde el 20 de junio de 1995. El 28 de junio de 1995 se hace lavado de cavidad

abdominal encontrando 1.500 cc de sangre oscura mal oliente. Se lavó con solución salina. Presentó paro cardio respiratorio y fallece.

Las lesiones que el paciente presentaba se consideran graves y con alta probabilidad de complicación y aun de mortalidad.

El paciente tuvo tres días de espera para la reintervención quirúrgica. Se pasa el turno el día 17 de junio de 1995 a las 11:30 horas y se opera el 20 de junio de 1995 a las 10:00 horas; Pero al mismo tiempo tenía solicitada una escanografía abdominal que según la historia, no se realizó: Se desconoce la programación y otras urgencias quirúrgicas de la institución en ese momento.

No encuentro explicación en la historia clínica para que el estado de conciencia del paciente se deteriorara de manera permanente luego de la reintervención del 20 de junio de 1995.

No hay evoluciones médicas de los días 14 y 15 de junio de 1995 que explique lo sucedido durante esos días.

En resumen puedo concluir que dada la gravedad de las lesiones causadas a órganos abdominales, la complicación que presentó no se podía evitar y el manejo en la primera cirugía y durante la hospitalización en la unidad de cuidados intensivos y sala de hospitalización fue el adecuado. Hubo demora para la reintervención que pudo empeorar la condición general del paciente. No está claro la causa de la alteración permanente en el estado de conciencia del paciente luego de la segunda intervención” (fol. 105 a 106 C.1). Se resalta.

Efectivamente, en la copia de la historia clínica remitida por la Clínica del Instituto de Seguro Social Rafael Uribe Uribe perteneciente al señor Otoniel Porras, se consignó la atención que se le brindó desde su ingreso el 4 de junio de 1995 (fol. 2 del C. de P.), hasta el 28 de junio de 1996, fecha en la que falleció (fol. 30vto. Del C. de P.).

En relación con la omisión de consignación en la historia clínica de la evolución del paciente durante los días 14 y 15 de junio de 1995, debe advertirse que para el

día 14 únicamente existe anotación de valoración por psicología, en donde se consignó:

“VI-14-95- Psicología. Paciente ansioso ante el conocimiento de una posible cirugía. Se tranquiliza y se le aclara lo que está sucediendo según los médicos, para ayudarlo a centrarlo. Fdo. Jorge Iván García Psicólogo Clínico” (Fol. 16 del C. de P.).

De igual manera, en las órdenes médicas registradas obra la siguiente anotación para la misma fecha:

“JUNIO 14/95

- 1) Pasar sonda vesical*
- 2) Pasar turno para cirugía.*
- 3) Hablar Urólogo de turno.*
- 4) Lex Hartam (sic) - 1000 cc*
- 5) Keplin Amp x 1g 2 amp. Ahora*

Fdo. Paola Díaz. (fol. 43 del C. de P.)

Para el día siguiente 15 de junio de 1995, no aparece reseñada ninguna nota de evolución médica, porque la anotación siguiente tiene fecha de junio 16 de 1995 (fol. 16vto. del C. de P.), no obstante lo cual, en la anotación de órdenes médicas (que constituye un formato diferente), aparece consignada lo siguiente:

“15.VI-95. Transfundir sangre 1000 cc

Retirar sonda gástrica

Demás órdenes igual

Katrol 5cc C7 frasco de 500 al líquido.

Dar líquidos v. oral” (fol. 42 vto. del C. de P.)

Esta orden médica se cumplió conforme lo pone de presente la tarjeta de seguimiento de la transfusión de la misma fecha (fol.153 del C. de P.)

En relación con el argumento formulado por la parte apelante respecto a que se presentó retardo en la atención del paciente Otoniel Porras para la reintervención, está acreditado con la historia clínica y con el resumen que de ésta realizó el galeno que rindió el dictamen, que el paciente en el posquirúrgico presentaba buena evolución, que el 8 de junio se trasladó al séptimo piso donde permaneció con evolución satisfactoria hasta el 12 de junio de 1995, *cuando inició dolor abdominal, distensión abdominal, no produce la colostomía, disnea, oliguria, que en la fotocopia de la historia clínica no aparecen evoluciones médicas de los días 14 y 15 de junio de 1995. El día 16 de junio de 1995 lo encuentran en malas condiciones, Ictérico, distendido el abdomen y piensan en sepsis y solicitan exámenes. El 17 de junio de 1995 sigue en malas condiciones y el doctor Núñez a las 11:30 has decide pasar el turno para reintervenir, la cual tan solo se realizó el día 20 de ese mes y año a las diez de la mañana, sin que exista una explicación por parte de la entidad demandada de la causa de esta mora, puesto que en la historia clínica no se encuentra registro o explicación a esta situación (fol. 105 a 106 C.1).*

La jurisprudencia de esta Sección¹⁰, se ha ocupado de estudiar el tema concerniente a las características y exigencias de la historia clínica dentro de los procesos en los cuales se discute la responsabilidad extracontractual del Estado derivada del despliegue de actividades médico-asistenciales y ha precisado la naturaleza jurídica de documento público que corresponde a tales historias y, por ende, su valor probatorio, en los siguientes términos:

*“Es de resaltarse que la historia clínica asentada en entidades públicas es un documento público, que da fe, desde el punto de vista de su contenido expreso, de la fecha y de las anotaciones que en ella hizo quien la elaboró (art. 264 del C. P. C.), y desde el punto de vista negativo, también da fe de lo que no ocurrió, que para este caso revela que al paciente no se le practicó arteriografía” (subraya la Sala)*¹¹.

¹⁰ Sentencia del 9 de febrero de 2011, C. P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez, Radicación número: 73001-23-31-000-1998-00298-01(18793).Actor: Nancy Ducuara y otro.

¹¹ Nota original de la sentencia citada: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 10 de agosto de 2007, Expediente No. 15178, Consejero Ponente: María Elena Giraldo Gómez.

Unidas a las anteriores pruebas obran en el plenario los testimonios de personas que se encontraban bien como pacientes o como acompañantes de los mismos en la Clínica Rafael Uribe Uribe, para la misma época en que estuvo recluido el señor Otoniel Porras y que dan cuenta de la falta de atención médica oportuna por parte de la entidad hoy demandada, así:

La señora Dora Alicia Ríos Rodríguez, quien acompañaba a su esposo Hernán Esparza Paz, también herido y recluido en el séptimo piso de la Clínica, en relación con la atención que brindaba el Seguro Social a los pacientes señaló:

“Realmente en ese momento la atención en el Seguro Social era bastante restringida, ya que se encontraba en huelga, tanto es así que mi esposo solicitó la posibilidad de un traslado, ya que su estado era bastante delicado, en el momento en que a mi esposo le hacen el traslado al Hospital Departamental, unos días antes el señor Otoniel Porras, lo trasladaron a cuidados intensivos, tiempo después es que nos enteramos de la muerte de él”

Al preguntársele si se dio cuenta de la evolución del señor Porras, señaló:

“Cuando nosotros llegamos al Seguro Social con mi esposo y conocemos al señor Otoniel Porras, este estaba bastante mal, lo cual se fue intensificando, ya que constantemente lo veía vomitar como agua sangre, expedía un olor fétido, no podía comer y se veía bastante hinchado en las partes del abdomen y miembros inferiores, pareciera que no durmiera, la atención médica era malísima, ni siquiera se veían por ningún lado” (fol.63 a 65 C.1)

Así mismo el señor Hernán Esparza Paz, quien ingresó como paciente a la Clínica Rafael Uribe Uribe para la misma época de atención del señor Otoniel Porras refirió:

“ Yo ingresé al seguro Social por una herida de bala de que fui víctima, cuando yo llego el señor Otoniel Porras acababa de salir de cuidados intensivos por un disparo de arma de fuego a la altura del abdomen, en ese momento la situación interna del Seguro Social era precaria, esto en cuanto a la atención médica, el

señor Otoniel fue trasladado de cuidados intensivos al sexto piso y estuvo varios días prácticamente sin que nadie lo atendiera y la herida empezó a podrirse y cogió (sic) un olor fétido y de color verdoso, hasta que a unos 6 ó 7 días más o menos fue de nuevo llevado a cirugía, de donde fue devuelto por falta de anestesiólogo, complicándose más su situación, luego es nuevamente operado, creo yo que muy tarde y tan fuerte era su gravedad quedando en cuidados intensivos donde posteriormente fallece”.

Más adelante agregó:

“El señor Porras es atendido por las súplicas y ruegos de la señora Evangelina, que andaba de oficina en oficina, clamando la atención de su esposo que cada día empeoraba y cuando ya lo atendieron era demasiado tarde”

Al ser interrogado sobre la atención brindada de manera genérica a los pacientes en la Clínica del Seguro Social, indicó:

“El seguro atravesaba en ese momento, según se decía por las mismas enfermeras, por una crisis de salarios y de escalafones del personal médico, es decir, estaban en un estado de huelga, puedo agregar al lado mío estaba un señor Espitia a quien le iban a hacer una operación de ligamentos, estuvo cerca de ocho días y fue devuelto sin tocarlo”(fol. 66 a 68 C.1)

De otra parte, la señora Stella Cifuentes Escobar , vecina y amiga de la familia Porras Morales, quien los acompañó en la estadía del señor Porras en la Clínica, sobre los mismos hechos relató:

“...El Seguro en ese entonces estaba en huelga, fue atendido por el médico dos horas después, donde lo operaron, lo pasaron a sala de cuidados intensivos, de allí salió como a los dos días, aclaro a los diez días, lo pasaron a pieza en compañía de más personas y allí sin atención y sin nada , entonces estuvo allí los diez días, a los diez días fue el médico, lo vio y dijo que se estaba recuperando y entonces lo pasaron a la pieza y, transcurrieron otros días y nosotros empezamos a notar que el señor se estaba hinchando los pies, decía que se sentía maluco a toda hora con ganas de trasbocar y doña Evangelina corría a buscar médicos y enfermeras y nadie prestaba atención, los días pasaban y ya empezamos a notarle que por el drenaje salía algo amarillo y se sentía un olor que

transpiraba hasta que ella (sic) de tanto suba y baja apareció otro médico y éste fue el que dijo hay que operarlo porque tiene peritonitis y antes de que el médico dijera eso votaba cuajulos de sangre (sic) , expedía mal olor, volvieron otra vez a operarlo y a los veintitrés días de habersele hospitalizado murió él y sin atención médica, yo dijo (sic) que fue negligencia porque estando con esa herida que él tenía no se le prestó la colaboración necesaria ya que en repetidas ocasiones buscábamos enfermeras y médicos para que lo atendieran pero como estaban en paro nadie paraba bolas (sic), aclaro que antes de la operación y cuando dijo el médico que tenía peritonitis lo llevaron a la sala de cirugía , estaba llena de pacientes y no tenían anestesiólogo, de allí lo devolvieron y lo metieron a un cuarto solo porque el olor era muy fuerte , tan es así que a doña Eva su esposa de él (sic) que era la que lo atendía en una ocasión que una persona enfermera pasó y la vio cambiándole o vaciando la bolsa que él tenía para evacuación le dijo que no lo hiciera sin guantes que él estaba muy infectado y después fue que lo operaron” (fol. 175 a 176 del C.P.)

El artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos señala que toda persona tiene derecho a la asistencia médica; así mismo el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de la Naciones Unidas y ratificado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968, reconoce el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y del goce de los beneficios del progreso científico.

La Constitución de 1991 en el artículo 49, determinó que la atención a la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado y que se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Simultáneamente con los grandes avances de la medicina surgen hoy movimientos encaminados a lograr una creciente humanización de los derechos de los pacientes que se traduzca en atención de mayor calidad, respeto a su intimidad, creencias y costumbres y el derecho de escoger el médico libremente.

En desarrollo de tales previsiones, la Resolución 13.437 del 1° de noviembre de 1991 expedida por el Ministerio de Salud, además de crear los Comités de Ética Hospitalaria, adoptó el “Decálogo de los Derechos de los Pacientes”.

Entre los derechos que la resolución reconoce a todo paciente, figuran expresamente:

“(...)

“3. Su derecho a recibir un trato digno...”

(...)

“5. Su derecho a que se le preste durante todo el proceso de la enfermedad, la mejor asistencia médica disponible...”

Los profesionales de las diversas especialidades médicas son hoy más conscientes que nunca de que la promoción, recuperación y conservación de la salud son razones de ética de la medicina y que cualquier acción que las contraríe riñe abiertamente con ella.

Además, el enfermo tiene derecho a que se le prodiguen cuidados compatibles con su casación de ser humano, vale decir, un buen trato y diálogo permanente con su médico acerca de la naturaleza, evolución y terapia de sus dolencias.

Dentro de ese contexto, una de las mayores responsabilidades profesionales es proteger el bienestar de su paciente y minimizar los riesgos globales de sus terapias¹².

La Sala ha querido hacer referencia a todo lo anterior, porque allí se encuadra el contenido obligacional de las prestadoras de servicios médicos, contenido obligacional que no fue observado por la entidad demandada, por cuanto del estudio de la historia clínica, del dictamen pericial y de los testimonios recaudados, se deduce que se presentó efectivamente una señalada demora en la reintervención del paciente Otoniel Porras, quien pese a que presentaba un alto grado de sepsis y que necesitaba una atención inmediata, no la obtuvo, circunstancia que configuró una pérdida de obtener una atención oportuna a las complicaciones de salud que padecía, situación que sin duda implicó la afectación de su dignidad como paciente y la de su núcleo familiar.

En relación con esta forma de imputación de responsabilidad, la Sala ha señalado que el Estado puede ser declarado patrimonialmente responsable de los daños que se deriven de la omisión en la prestación del servicio médico o de su

¹² Sentencia T-548/92. M.P. Dr. Ciro Angarita Barón

prestación deficiente, cuando tales daños se producen como consecuencia de esa omisión o deficiencia, cuando por causa de tales deficiencias el paciente pierde la oportunidad que tenía de mejorar o recuperar su salud, o sencillamente cuando la prestación asistencial no se brinda como es debido, o cuando se vulneran otros derechos o intereses protegidos por el ordenamiento jurídico, aún en eventos en los que dichas prestaciones resulten convenientes a la salud del paciente, pero se oponían a sus propias opciones vitales¹³.

De igual manera, consideró la Sala que son imputables al Estado los daños sufridos por los pacientes a quienes no se brinde un servicio médico eficiente y oportuno, aunque no se acredite que esas fallas hubieran generado la agravación de las condiciones de su salud, es decir, que la falla en la prestación del servicio se confunde con el daño mismo¹⁴.

De conformidad con los anteriores argumentos, encuentra la Sala que le asiste razón al apelante y por lo tanto hay lugar a revocar la sentencia de primera instancia.

7. Los perjuicios

Comparecieron al proceso a reclamar indemnización por perjuicios el cónyuge y los hijos del fallecido, solicitando indemnización por concepto de perjuicios morales en la cantidad de 1.000 gramos oro para cada uno de ellos y la suma de \$69.063.842, por concepto de perjuicios materiales, para su cónyuge Evangelina Morales de Porras.

Teniendo en cuenta que se trata de una falla en el servicio por pérdida de oportunidad, conforme a la jurisprudencia de la Sección la indemnización no puede ser plena, sino que debe tener relación con la pérdida del chance que se debe valorar en cada caso concreto analizando las pruebas arrimadas al proceso¹⁵.

Tal como se consignó en acápites anteriores en el dictamen se concluyó que ***“dada la gravedad de las lesiones causadas a órganos abdominales, la***

¹³ Sentencia del 28 de abril de 2010. C. P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Radicación número: 25000-23-26-000-1995-01040-01(17725)Actor: PEDRO ANTONIO QUINTERO BONILLA

¹⁴ Sentencia de 7 de octubre de 2009, exp. 35.656

¹⁵ Sentencia del 27 de abril de 2011. C.P. Dra. Gladys Agudelo Ordóñez. Expediente No:18.714

complicación que presentó no se podía evitar y el manejo en la primera cirugía y durante la hospitalización en la unidad de cuidados intensivos y sala de hospitalización fue el adecuado. **Hubo demora para la reintervención que pudo empeorar la condición general del paciente. No está claro la causa de la alteración permanente en el estado de conciencia del paciente luego de la segunda intervención**" (fol. 105 a 106 C.1), unido a que era una persona relativamente joven- había nacido el 24 de diciembre de 1955 por lo que a la fecha de su fallecimiento tenía 39 años de edad- (fol. 10 del C.1), por lo que la pérdida de oportunidad se estima en un veinte por ciento (20%)

6.1. Los perjuicios morales

En relación con el perjuicio moral ha reiterado la Sección que la indemnización que se reconoce a quienes sufren un daño moral calificado como antijurídico tiene una función básicamente satisfactoria¹⁶ y no reparatoria del daño causado y que los medios de prueba que para el efecto se alleguen al proceso pueden demostrar su existencia pero no una medida patrimonial exacta frente al dolor, por lo tanto, corresponde al juez tasar discrecionalmente la cuantía de su reparación, teniendo en cuenta la gravedad del daño causado al demandante¹⁷.

Para efectos de cuantificar la indemnización por la pérdida de oportunidad como perjuicio autónomo, se debe tener en cuenta la situación patológica que presentaba el paciente internado en la clínica de la entidad demandada cuya demora en la reintervención frustró la legítima expectativa de sobrevivir, situación que naturalmente produjo dolor, sufrimiento, aflicción en el grupo familiar demandante, el cual debe resarcirse económicamente¹⁸.

En este caso, se presentó a reclamar indemnización por perjuicios morales Evangelina Morales de Porras, en su condición de cónyuge supérstite, para lo cual aporta copia auténtica de la partida eclesiástica de matrimonio (fol. 13 del C.1), documento que si bien es cierto no supe el Registro civil de matrimonio que es la prueba idónea para acreditar tal calidad, unido a los testimonios de Dora Alicia Ríos Rodríguez, (fol.63 a 65 del C.1), Hernán Esparza Paz(fol. 66 a 68 C.1) y

¹⁶ RENATO SCOGNAMIGLIO. *El daño moral. Contribución a la teoría del daño extracontractual.* traducción de Fernando Hinestroza, Bogotá, Edit. Antares, 1962, pág. 46.

¹⁷ Ver, por ejemplo, sentencia de 2 de junio de 2004, exp: 14.950.

¹⁸ Sentencia del 27 de abril de 2011. C.P. Dra. Gladys Agudelo Ordóñez. Expediente No:18.714

Alba Stella Cifuentes Escobar (fol. 175 a 176 vto.), se concluye que efectivamente era su cónyuge; así mismo comparecen sus hijos Sergio Otoniel, Edwin Leonardo, Diana Jimena y Sandra Patricia Porras Morales, calidades que demuestran con los respectivos Registros Civiles de Nacimiento (fol. 6 a 9 del C. 1), grupo familiar que padeció angustia, dolor y aflicción frente al deceso de un ser querido como es el cónyuge y su padre, razón por la cual se reconocerá en su favor la suma de veinte (20) salarios mínimos mensuales legales vigentes para cada uno de ellos.

6.2. Los perjuicios materiales

Se indicó en la demanda indemnización por esta clase de perjuicios, en favor de la señora Evangelina Morales de Porras, en calidad de cónyuge supérstite, sin embargo la Sala no accederá a su reconocimiento, puesto que las responsabilidades del Instituto de Seguros Sociales como demandada, se concretó en la pérdida de oportunidad de lograr sobrevivir o recuperar la salud del señor Otoniel Porras, mas no por el desenlace fatal de éste, resultando evidente que no fue la frustración de esa posibilidad de recuperarse lo que determinó que la demandante dejara de percibir el aporte económico que le suministraba el fallecido, sino que, fue la muerte la que truncó la situación¹⁹.

7. No hay lugar a condena en costas.

Finalmente, toda vez que para el momento en que se profiere este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, en el *sub lite*, debido a que ninguna procedió de esa forma, no habrá lugar a imponerlas.

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

¹⁹ En el mismo sentido se pronunció la Sala en la Sentencia del 27 de abril de 2011. C.P. Dra. Gladys Agudelo Ordóñez. Expediente No:18.714

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de 17 de enero de 2000 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y, en su lugar, se dispone:

SEGUNDO: DECLARAR administrativamente responsable al Instituto de Seguros Sociales, por la falla en la prestación del servicio médico del señor Otoniel Torres, que implicó una pérdida de oportunidad por mora en la reintervención quirúrgica, falleciendo el 28 de abril de 1995, en la Clínica Rafael Uribe Uribe de la ciudad de Cali.

TERCERO: En consecuencia de lo anterior y a título de reparación, **CONDENAR** al Instituto de Seguros Sociales, a pagar las siguientes sumas de dinero:

- A.** Por concepto de **perjuicios morales**, páguese a Evangelina Morales de Porras, en su condición de cónyuge supérstite, a Sandra Patricia, Diana Jimena, Sergio Otoniel y Edwin Leonardo Porras Morales, en sus calidades de hijos del fallecido Otoniel Torres, la suma de veinte (20) salarios mínimos mensuales legales para cada uno de ellos.

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO Las condenas se cumplirán en los términos de los Arts. 176 a 178 del C.C.A.

SEXTO: No hay lugar a condena en costas

Una vez en firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y PUBLIQUESE

HERNAN ANDRADE RINCON

MAURICIO FAJARDO GOMEZ

GLADYS AGUDELO ORDOÑEZ (E)