

REPÚBLICA DE COLOMBIA



Yopal, quince (15) de julio de dos mil quince (2015).

Ref.: RD (CCA). FALLO. MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA. FALLA MÉDICO ASISTENCIAL. ACCIDENTE OFÍDICO. PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD DE TRATAMIENTO INTEGRAL ADECUADO AL CUADRO CLÍNICO. INCUMPLIMIENTO DE PROTOCOLOS DEL MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL RESPECTO DEL TRATAMIENTO. AUSENCIA DE MEDIDAS PREVISIBLES (TENER SUERO DISPONIBLE SUFICIENTE Y SERVICIOS DE BACTERIOLOGÍA PERMANENTES). TARDANZA EN ATENCIÓN ESPECIALIZADA.

Demandante: LIBARDO DURÁN TUMAY y otros
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL hoy MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, RED SALUD CASANARE E.S.E, HOSPITAL DE PAZ DE ARIPORO, HOSPITAL DE PORE, HOSPITAL DE YOPAL E.S.E, CLÍNICA DEL ROSARIO Y CAPRESOCA E.P.S
Radicado: 850013331701-2010-00021-02
Juzgado de Origen: Juzgado Administrativo de Descongestión de Yopal
Fecha decisión: 27-V-2014
Registro interno: 2014-00219

Magistrado ponente: NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ

ASUNTO POR RESOLVER

Se profiere sentencia de segunda instancia en el ordinario de reparación directa de la referencia en el cual se controvierte la responsabilidad extracontractual de las entidades demandadas como consecuencia de la presunta falla derivada de la deficiente prestación del servicio médico por la falta de diagnóstico y tratamiento a tiempo de un accidente ofídico¹.

HECHOS RELEVANTES

De conformidad con lo expuesto en la demanda, el día 11 de septiembre de 2008 hacia las 10:40 am, estando el señor Libardo Durán Tumay en la vereda *La Argentina* (Hato Corozal – Casanare), recibió una mordedura en su pierna derecha de una serpiente venenosa popularmente llamada *cuatro narices*, por lo que al parecer acudió a sus vecinos quienes le colocaron un torniquete y lo trasladaron inmediatamente al centro hospitalario de Paz de Ariporo, siendo atendido hacia las 11:50 am.

¹ “El accidente ofídico es una intoxicación producida por la inoculación de veneno a través de la mordedura de una serpiente”. *Protocolo de Vigilancia en Salud Pública. Accidente Ofídico. Instituto Nacional de Salud. Ministerio de Salud.* Consultado en:

www.ins.gov.co/lineas-de-accion/Subdireccionvigilancia/sivigila/Protocolos%20SIVIGILA/PRO%20Accidente%20Ofidico.pdf

En dicho centro asistencial le fueron suministrados una serie de medicamentos para el dolor y quedó a la espera de la llegada del bacteriólogo para que lo atendiera, quien ingresaba a las 2:00 pm.

Se requirió telefónicamente y se gestionó traslado del paciente al Hospital de Yopal, entidad que no aceptó brindarle la atención médica del caso, al parecer por carecer de disponibilidad de camas, por lo que en su lugar fue remitido de Paz de Ariporo al Hospital de Pore hacia las 2:30 pm, lugar en el que le aplicaron tan solo tres (3) ampollas antiofídicas por no contar con más suero del que se requería.

Finalmente el señor Libardo Durán fue trasladado al Hospital de Yopal, ingresó por urgencias hacia las 3:43 pm con dolor intenso y sangrado por la boca. En dicho centro asistencial le fueron suministradas siete (7) ampollas antiofídicas de 500 cc SSN y allí permaneció hasta el 14 de septiembre fecha en la que fue intervenido quirúrgicamente en *fasciotomía* soportando fuertes dolores con presencia de edemas en el pene, testículos y en distintas partes del cuerpo.

Ante la gravedad de su salud, al día siguiente (15 de septiembre de 2008) fue trasladado a la Clínica del Rosario en la ciudad de Bogotá. Ingresó el 16 de dicho mes a la 1:50 am, registrando la epicrisis *"enema de miembro inferior derecho por pierna cubierta con compresas sucias las cuales se retiran (se dejan compresas internas en sitio de incisión)"*.

Hasta el 22 de septiembre de 2008 el paciente presentó síntomas consistentes en dolor general, fiebre y taquicardia que fueron tratados con antibióticos. El día 23 de septiembre de del mismo año se remitió a cirugía, se amputó su pierna derecha y fue dado de alta el 6 de octubre de 2008.

ASUNTO LITIGIOSO

Se discute la responsabilidad extracontractual de las entidades demandadas como consecuencia de la presunta falla derivada de la deficiente prestación del servicio médico por la falta de diagnóstico y tratamiento a tiempo del accidente ofídico padecido por el señor Libardo Durán Tumay a quien finalmente se le amputó su pierna derecha. La parte actora atribuye el hecho de la amputación a la negligencia de los centros hospitalarios en los que estuvo internado.

Por la pasiva el **Ministerio de la Protección Social** adujo que sus funciones no comprenden la atención de los servicios médico asistenciales; el **Hospital de Yopal E.S.E** indicó que se atendió de manera oportuna al paciente una vez ingresó a urgencias aplicándose el protocolo del caso; **Red Salud Casanare E.S.E** manifestó que se brindó la atención debida pero el paciente ingresó pasada más de una hora del accidente; acudió a remedios caseros agravando el problema y por sus medios elaboró un torniquete generando una posible necrosis interna; y **Capresoca E.P.S.** expuso que se han brindado los servicios médicos requeridos, advirtiendo que en estos eventos los *torniquetes* están prohibidos por agravar la lesión².

² La demanda fue admitida el 11 de marzo de 2010 (fl.109 c. 1) contra la Nación – Ministerio de la Protección Social, Red Salud Casanare E.S.E, Capresoca E.P.S, Hospital de Yopal E.S.E y Clínica del Rosario. A través de auto del 10 de octubre de 2011 (fol. 290 c. 1) se tuvo por no contestada la demanda por parte de la Clínica del Rosario.

DECISIÓN RECURRIDA

El Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión de Yopal profirió el 27 de mayo de 2014 sentencia (fol. 405 c. 1 tomo II) en la que: i) declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva formulada por el Ministerio de la Protección Social hoy Ministerio de Salud y Protección Social; ii) declaró no probadas las demás excepciones propuestas por el Hospital de Yopal E.S.E, Red Salud Casanare E.S.E y EPS Capresoca; iii) declaró responsables por la pérdida de oportunidad de atención médica para Libardo Durán Tumay a Red Salud Casanare y al Hospital de Yopal E.S.E, y iv) condenó a dichas entidades al pago de **20 SMLMV por pérdida de oportunidad** a favor de Libardo Durán Tumay y por concepto de perjuicios morales a su favor, de sus padres, hija y hermanos³.

Los principales argumentos de la sentencia se extractan a continuación:

- De la falta de legitimación por pasiva de la Nación – Ministerio de Protección Social: La excepción propuesta en tal sentido prosperó teniendo en cuenta que dentro de sus funciones no se encuentra la prestación directa del servicio de salud y menos aún la de velar por la existencia de suero antiofídico en los distintos centros de salud o en los hospitales que brinden atención al paciente.
- Testigo sospechoso: Están dados los elementos de juicio para tener como testigo sospechoso a *Adolfo Marrugo*⁴ considerando que no presenció los hechos y declaró a partir de la relación laboral que manifestó tener desde hace varios años con Red Salud Casanare. No puede dársele credibilidad dado el vínculo existente con la entidad.
- La amputación del miembro inferior derecho del señor Libardo Durán Tumay no puede considerarse como un daño antijurídico imputable a las demandadas. No se demostró que tal procedimiento hubiese sido errado; se acreditó que el cuadro clínico del paciente fue complicado de tal forma que el avance de la necrosis hizo necesaria la amputación.
- Pese a lo anterior, se evidenciaron fallas en la atención de primer y segundo nivel consistentes en dilación del servicio esencial de salud que retrasaron los diagnósticos y, por ende, el tratamiento temprano de las consecuencias del accidente ofídico. El diagnóstico no puede limitarse a “mordedura de serpiente venenosa”, pues se deben tomar pruebas de laboratorio (coagulación) para establecer los alcances del accidente y enfocar el tratamiento idóneo con el fin de lograr mayor eficiencia.
- Aunque el Centro de Salud de Paz de Ariporo contaba con el servicio de laboratorio, primó la *hora del almuerzo* sobre el deber profesional y ético del bacteriólogo a cargo; no se le suministró al paciente dosis alguna de suero antiofídico, allí solo contaban con una *ampolla*, por lo que se trató de una falta de previsión de la IPS pues en la Circular 092 de 2004 el Ministerio de Protección Social señaló que el accidente

³ En los siguientes montos: *victima directa*: 20 SMLMV, *hija*: 10 SMLMV, *madre*: 10 SMLMV, *padre*: 10 SMLMV, y *para cada uno de sus seis (6) hermanos*: 5 SMLMV. Se negó el reconocimiento de perjuicios a favor de Luz Dary Silva Comayán (compañera permanente del lesionado) porque solo se allegó con la demanda declaración extrajuicio del 7 de abril de 2009 en la que el señor Durán manifiesta tener sociedad marital de hecho con la también demandante; se calificó como prueba sumaria, aunado a que en el interrogatorio formulado al lesionado se evidenció que convivía con sus hermanos y padre y que su relación con la señora Silva se había terminado.

⁴ Médico de Red Salud Casanare E.S.E.

ofídico es considerado como un evento de salud pública, luego es reprochable que no se cuente, por lo menos, con la dosis mínima indicada para un caso de mediana gravedad. A esto habrá que sumarse que en el Centro de Salud de Pore tampoco contaban con el SAO suficiente (solo dos ampollas).

- En el Hospital de Yopal hubo un notable retraso en la valoración por ortopedia, situación que implicó dilación en el monitoreo del caso a través de la disciplina idónea. Dadas las características propias del paciente y el desarrollo del episodio, los galenos estaban en la posibilidad de predecir el manejo y prever las complicaciones.
- La sumatoria de los anteriores acontecimientos disminuyó las posibilidades de recuperación que tenía el lesionado, por lo que todos estos elementos contribuyeron a la *pérdida de oportunidad* de por lo menos intentar restablecer su estado de salud. Si de entrada hubiera recibido la dosis correcta de SAO y se hubiesen llevado a cabo las pruebas de coagulación necesarias, se habría ganado tiempo valioso en la lucha por contrarrestar los efectos del veneno (necrosante, coagulante y hemorrágico); además, si el paciente hubiera recibido a tiempo valoración por ortopedia (tal como lo evidencian las notas de enfermería), las probabilidades de diagnóstico temprano del síndrome compartimental se hubiesen incrementado y el proceso infeccioso y necrosante tal vez no hubiese estado tan avanzado como se encontró una vez practicada la *fasciotomía*.
- Teniendo en cuenta que el servicio médico es de medios y no de resultados y que no se pusieron a disposición del cuadro clínico del paciente todos los recursos necesarios para evitar complicaciones, se llega a la conclusión de que se le restó injustificadamente oportunidad de recuperación.
- El acervo probatorio permitió dar cuenta de que el servicio de primer nivel de atención en salud no estaba preparado para atender en debida forma el accidente ofídico sufrido por el demandante, ni cualquiera otro de esa índole, lo cual generó dilación en el inicio del tratamiento específico señalado en las guías de manejo y en la *lex artis*. En el segundo nivel la atención por ortopedia y traumatología fue notablemente tardía.
- Se advierte que las bacterias que produjeron la infección son de origen común, por lo que no hay certeza si fue el propio reptil el transmisor o el contagio se adquirió por las medidas pre – hospitalarias llevadas a cabo por la víctima o con ocasión de la fasciotomía practicada (infección intra – hospitalaria). Así las cosas, solo habrá lugar a imputar la pérdida de oportunidad de recuperación del paciente ante las deficiencias y dilaciones injustificadas del servicio.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

La parte actora y la pasiva (Red Salud Casanare y Hospital de Yopal) interpusieron recurso de apelación en contra del fallo estimatorio. Sus argumentos se extractan a continuación:

Parte actora (fol. 436 c. 1 tomo II): En primer lugar, solicitó se confirmen los numerales primero, segundo y tercero de la sentencia recurrida y se modifique parcialmente el numeral cuarto de la providencia relativo al monto de la condena (perjuicios morales), en el sentido de

reconocer al lesionado la suma de 60 SMLMV, para su hija 30 SMLMV, para cada uno de los padres 30 SMLMV y para cada uno de los hermanos 15 SMLMV, aunque resaltó que existen los medios probatorios y jurisprudenciales para reconocer el monto máximo de 50 S.M.L.M.V para los padres y hermanos del señor Libardo Durán Tumay.

De otro lado, solicitó el reconocimiento del perjuicio moral reclamado para la señora Luz Dary Silva Comayán en su condición de *damnificada* y que se acceda a las pretensiones relacionadas con el perjuicio material ocasionado al directo afectado.

Adujo que los testimonios de los señores *Camilo Burgos, Bladimir Peñalosa Carreño y Luis Ariel Eregua Carvajal* son claros en afirmar que el señor Durán Tumay se dedicaba a las actividades del campo devengando un ingreso mensual de \$650.000 a \$750.000, vivía con su madre y compartía con su compañera e hija dentro del hogar que tenía conformado; además se dictaminó la pérdida de su capacidad laboral en un 40.15%, por lo que solicita le sean reconocidos los perjuicios materiales de acuerdo con lo indicado en la demanda.

Por último, insistió en que la prestación del servicio médico por parte de Red Salud Casanare E.S.E y Hospital de Yopal E.S.E fue inadecuada, inoportuna y negligente.

Hospital de Yopal E.S.E (fol. 441 c. 1 tomo II): Manifestó su oposición a la integridad de la sentencia objeto de alzada; adujo que sus intervenciones se realizaron oportunamente como lo demuestran los registros clínicos, las fechas y horas de atención, por lo que la demora en aplicar la cantidad adecuada de suero antiofídico recae en las instituciones que atendieron la urgencia del paciente (centros prestadores de salud de Pore y Paz de Ariporo).

Señaló que tal como quedó consignado en el dictamen médico legal, el Hospital de Yopal E.S.E actuó de acuerdo con las guías y protocolos de salud para este tipo de accidentes de conformidad con lo preceptuado por el Ministerio de Salud y Protección Social. Resaltó lo indicado por el profesional designado para rendir su experticia dentro del proceso, en cuanto a que la *medida salvadora* en pacientes con ofidiotoxicosis es la aplicación del antiveneno, por lo que la atención médica es prioritaria para no retrasar su administración.

Por último, expuso que no debe pasarse por alto que el paciente aplicó *chimú* en la herida y usó vendajes caseros, medidas contraindicadas por la ciencia médica pues incrementan los riesgos de isquemia y necrosis.

Red Salud Casanare (fol. 425 c. 1 tomo II): En primer lugar, señaló que la historia clínica del señor Durán Tumay permite determinar que una vez ingresó al Centro de Salud de Paz de Ariporo se le suministró *ringer bolo de 1500 cc, metaclopiamida de 10 mg, ranitidina de 50 mg y tramadol 100 mg* y luego se trasladó al Centro de Salud de Pore donde se le administraron 3 ampollas de suero antiofídico como lo recomendaba su estado clínico.

Desde su atención en el municipio de Paz de Ariporo los funcionarios de Red Salud Casanare E.S.E se dedicaron a la tarea de ubicar un centro de salud de segundo nivel que atendiera la complejidad de este tipo de eventos, por lo que finalmente se logró que el paciente ingresara al Hospital de Yopal E.S.E el 11 de septiembre de 2011 a las 3:43 pm; además, cuando el paciente se retira del centro de salud, no presentaba síntomas del desarrollo de un proceso infeccioso y mucho menos de gangrenación de los tejidos de su pierna derecha.

Durante el tiempo que el señor Durán Tumay permaneció en los centros de salud de primer nivel (un lapso mayor a tres horas), no desarrolló ninguno de los síntomas que provocaron la infección de una de sus extremidades, pues la atención prestada se enfocó en tratar el hecho dañoso de la mordedura de una serpiente de la especie *brothrops asper*, suministrando tres (3) ampollas de suero antiofídico de acuerdo con su grado de envenenamiento. En este sentido se actuó con diligencia, cuidado y responsabilidad; no puede pedírsele lo imposible a un centro de atención de primer nivel, en virtud de que las funciones de Red Salud Casanare E.S.E están determinadas en el Decreto 0091 de 2004.

Por otro lado, señaló que es importante tener en cuenta la declaración del médico *Adolfo Marrugo*, cuyo testimonio no fue valorado por el a – quo violando las reglas de la sana crítica, pues el solo hecho de ser o haber sido contratista de la entidad no puede restarle importancia a su criterio profesional. En su declaración aludió a la dificultad de atender en el menor tiempo posible pacientes que padecen accidentes ofídicos, pues proceden de áreas muy lejanas; sin embargo, cuando se logra atenderlos dentro de las seis (6) horas siguientes son suficientes tres (3) ampollas de suero disueltas en 250 centímetros cúbicos de agua con el fin de dar tiempo para hacer las pruebas necesarias y trasladar al paciente a un nivel de mayor complejidad.

Debe resaltarse además la conducta del paciente, quien con la falsa creencia de evitar la irrigación del veneno en el torrente sanguíneo utilizó un *torniquete* que ocasionó el efecto contrario, por lo que es muy probable que de no haberse llevado a cabo tal procedimiento, no se hubiera ocasionado la infección. Esto es concordante con la literatura médica la cual ha sido clara en señalar que en estos eventos no se deben aplicar ligaduras, hacer incisiones, cauterizar o realizar cortes en la zona de la mordedura; tampoco se deben aplicar emplastos de hierbas, piedras negras o partes de animales.

La inutilidad del torniquete también fue claramente manifestada por el médico *Adolfo Marrugo*, quien además se refirió a las consecuencias negativas de la aplicación de *chimú* en la zona de la mordedura pues provoca una *vasoconstricción* que equivale a disminuir el flujo sanguíneo en el área aplicada, lo cual acelera el proceso de muerte celular.

Así las cosas, no puede endilgarse responsabilidad a Red Salud Casanare E.S.E, pues: **i)** se brindaron los primeros auxilios clínicos y medicamentos necesarios para el accidente ofídico; **ii)** se suministró en el momento oportuno la dosis de suero antiofídico requerida de acuerdo con la gravedad de la mordedura; **iv)** se efectuó la remisión del paciente a otras instituciones de nivel superior para obtener atención especializada; y **v)** el paciente contribuyó en gran medida al resultado dañoso al colocar un torniquete y aplicar *chimú* en la herida, pues afectó su circulación sanguínea, destruyó el tejido muscular y propagó la infección.

ACTUACIÓN PROCESAL SEGUNDA INSTANCIA

El expediente arribó al despacho del sustanciador por segunda vez, previo saneamiento, el 07 de abril de 2015 y los recursos fueron admitidos el 08 del mismo mes y año (fol. 3 c. segunda instancia). En ese auto se prescindió de tener como pruebas los documentos aportados por el Hospital de Yopal E.S.E.⁵ pues no se cumplieron los requisitos establecidos en el art. 214 del C.C.A para ser decretadas en segunda instancia.

⁵ Remite copia íntegra de la historia clínica del demandante (fs. 445-501 c.1 tomo II) y del protocolo de vigilancia en salud pública de accidente ofídico (fs. 502-528 c. 1 tomo II). Lo primero era su *obligación procesal* aportarlo con la contestación de la demanda.

Una vez en firme el auto admisorio en los términos y para los fines indicados en el inciso 5 del art. 212 del CCA, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al agente del Ministerio Público para que emitiera concepto (fol. 5 c. segunda instancia).

El proceso quedó en estado de fallo a partir del 29 de mayo de 2015 (fol. 32 c. segunda instancia).

Resumen de los alegatos

Parte actora (fol. 6 c. segunda instancia): Insistió en la existencia de un daño antijurídico imputable a las autoridades demandadas a título de *falla en el servicio*. No debe importar el hecho de que el paciente hubiese aplicado *chimú* en la herida y demás medidas de urgencia, pues con el inmediato suministro de mínimo ocho (8) ampolletas de suero antiofídico se habría repelido esta afección venenosa según el protocolo de vigilancia de accidente ofídico definido por el Instituto Nacional de Salud con base en los lineamientos del Ministerio de Protección Social.

Expuso que la ausencia de análisis bacteriano, de sueros antiofídicos y la demora en las remisiones a los centros de mayor categoría agravaron la situación del paciente. Al Hospital de Yopal se le reprocha que solo pasadas 5 horas desde la ocurrencia del accidente se le asignó una cama y hubo tardanza en la valoración por ortopedia; además, se le practicó una *fasciotomía*, procedimiento quirúrgico en desuso, dado que aumenta la movilidad (sic) y las complicaciones infecciosas.

Señaló que la señora Luz Dary Silva Tumay, compañera permanente del señor Libardo Durán, tiene legitimación en la causa por activa pues tuvo más de 6 años de convivencia con el lesionado, lo acompañó y cuidó en todos los padecimientos a causa del accidente, por lo que ostenta la calidad de *damnificada*.

Ministerio de Salud y Protección Social (fol. 16 c. segunda instancia): Solicitó se confirme la decisión adoptada por el juez de primera instancia en el sentido de declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la entidad toda vez que entre el Ministerio y el demandante no existió vínculo alguno; además, sus funciones tienen que ver con diseñar políticas en materia de salud y establecer las normas técnicas de calidad, pero no es responsable de las actuaciones administrativas de los entes descentralizados con personería jurídica y patrimonio propio.

Así las cosas, el control tutelar que le corresponde no puede incidir en la autonomía administrativa y presupuestal de las instituciones prestadoras de tal servicio. No ha existido una conducta dañosa que le sea reprochable directa o indirectamente.

Hospital de Yopal E.S.E. (fol. 13 c. segunda instancia): Además de reiterar los argumentos expuestos en su escrito de apelación, insistió en que el concepto médico legal rendido y recaudado oportunamente fue claro en establecer que el Hospital de Yopal actuó de acuerdo con las guías y protocolos de salud, además de resultar acreditado dentro del proceso que la entidad brindó la atención adecuada y oportuna para este tipo de afecciones, prestándole la totalidad de los servicios que se requerían.

Red Salud Casanare E.S.E. (fol. 19 c. segunda instancia): Resaltó que se deben declarar probadas las excepciones de *culpa exclusiva de la víctima e inexistencia del daño (sic) causal*. Insistió en tener presente el actuar imprudente de la víctima, de haber puesto un torniquete en la herida y aplicar *chimú*, reiterando los argumentos expuestos en su escrito de apelación.

Reprochó nuevamente que el a quo hubiese desestimado el testimonio del médico *Adolfo Marrugo*, pues ya se había tomado una decisión de fondo cuando se propuso la tacha del testigo; además, su posición coincide con lo expuesto por la literatura médica existente al respecto.

Por último, aludió a la inexistencia de nexo causal como elemento de responsabilidad pues se prestó la atención médica debida, suministrando el suero antiofídico necesario y se dispuso el traslado del paciente al centro de salud de mayor nivel de complejidad.

CONSIDERACIONES DE FONDO

1ª Examen procesal. Verificado el ritual según lo ordenado en el art. 132 del C. G. del P., en armonía con el art. 29 de la Constitución, se ha encontrado acorde al ordenamiento procesal. No hay reparos instrumentales de los sujetos procesales ni de oficio se vislumbra necesidad de saneamiento. La competencia es privativa del Tribunal para desatar la segunda instancia de un fallo que proviene de un juzgado de su Distrito.

2ª Alcance de la apelación. Puesto que la sentencia de primer grado estimó parcialmente las pretensiones de la parte actora, su censura tiene que ver con el monto de la condena (perjuicios morales para todos y materiales para la víctima directa) y la negativa del reconocimiento de perjuicios a favor de la compañera permanente de la víctima directa; el Hospital de Yopal E.S.E y Red Salud Casanare E.S.E., como integrantes de la pasiva, abogan por la revocatoria total de la sentencia de primera instancia dado que sus intervenciones se ajustaron a los protocolos médicos para atender el accidente ofídico.

Acerca de esos aspectos la Sala decide con el pleno control del litigio. Por el contrario, la exclusión expresa del Ministerio de Salud y Protección Social y la implícita absolución de la Clínica del Rosario (resolutiva, ordinal 5º) no fueron objeto de debate.

3ª Medios y hechos probados

3.1 De la existencia del daño: La historia clínica aportada por la Clínica del Rosario da cuenta de la intervención quirúrgica al paciente Durán Tumay, relativa a la amputación de su miembro inferior derecho el 23 de septiembre de 2008 (fol. 98 c. ppal.).

De otra parte, obra informe técnico rendido por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses (fol. 45-53 c. 1 tomo II) en el que se señala: "1. *El examinado presenta amputación de miembro inferior derecho a nivel de tercio medio de muslo...2. (...) presenta una deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente, pérdida*

anatómica de miembro inferior derecho y perturbación funcional del órgano de la locomoción y la marcha de carácter permanente (...).”

Igualmente dictamen emitido por la Junta Médica de Calificación de Invalidez – Regional Meta (fol. 151 c. pruebas) en el que se concluyó que el demandante sufrió una pérdida de capacidad laboral del 40.15%. *Diagnóstico: amputación traumática de miembro inferior – nivel no especificado.*

3.2 Historias clínicas:

Red Salud Casanare E.S.E. – Centro de Salud de Paz de Ariporo y Pore:

3.2.1 El señor Libardo Durán Tumay ingresó el **11 de septiembre de 2008 a las 12:05 pm** al Centro de Salud de Paz de Ariporo por urgencias con un cuadro de una hora y media por mordedura de serpiente *cuatro narices* en pierna derecha asociado a sangrado de encías; se llevó a cabo examen físico, se percibió edema de pierna y pie y se observó tumefacción e intenso dolor. Dentro de los antecedentes referidos por el paciente se anota aplicación de chimú (fol. 61 c. 1 tomo I).

3.2.2 Se aplicaron medicamentos (*ringer bolo, motoclopramida, ratininina, tramadol*) y se ordenaron pruebas de laboratorio que no se practicaron. Se anotó en la historia clínica: *“no hay bacteriólogo disponible”. “No disponibilidad de laboratorio desde las 12:00 a las 14:00, se llama a la bacterióloga quien no asiste (fol. 60 vta. c. 1 tomo I)”*. No se registra aplicación de suero.

3.2.3 Se intentó traslado al Hospital de Yopal en dos ocasiones, fallidas por falta de cama; se requirió al Centro de Salud de Pore, en donde se podía contar con 2 ampolletas de suero; se gestionó su traslado y se procesaron paraclínicos mientras se ubicaba al paciente en un nivel II de asistencia. Se registró remisión del paciente a dicho centro asistencial hacia las 13:20 pm (fls. 60-63 vta., c. 1 tomo I). En el formato denominado *remisión de pacientes – solicitud*, se clasificó el accidente como *moderado* (fol. 63 c. 1 tomo I).

3.2.4 Siendo las **2:30 pm** (transcurridas 4 horas desde el accidente), en el Centro de Salud de Pore le administraron 3 ampolletas de suero antiofídico polivalente, previo suministro de hidrocortisona 200 mg; se observó edema en proyección tercio superior de muslo y se realizaron exámenes de laboratorio en hematología, coagulación, inmunología, química sanguínea y parcial de orina. El accidente ofídico fue clasificado como *moderado – severo* (fls. 63-64 vta. c. 1 tomo I).

Hospital de Yopal E.S.E. (arribó transcurridas aproximadamente 5 horas desde el accidente).

3.2.5 El mismo 11 de septiembre de 2008 a las **3:43 horas** el paciente ingresó por el servicio de urgencias donde fue asistido por médico general quien realizó valoración física y registró: *“es valorado y remitido, se colocaron solo 3 ampollas de suero antiofídico por inexistencia de más medicamento”*. Respecto de su examen físico se anotó: *“presenta palidez, estigmas de sangrado en labios. Se apreció gingivorragia...miembro derecho presenta edema que se extiende hasta área inguinal derecha con adenopatías móviles...presenta perfusión distal levemente disminuida de 4 a 5 seg”* (fol. 70 c. 1 tomo I).

3.2.6 Se mantuvo diagnóstico de *"mordedura o aplastamiento por otros reptiles. Accidente ofídico SEVERO"*. Se ordenó administrar **10 ampolletas** de suero antiofídico y aplicación de medicamentos (clindamicina y dipirona); se ordenaron además nuevos exámenes de laboratorio (fol. 70 c. 1 tomo I).

3.2.7 Dentro de las notas de enfermería de esa misma hora se registró: *"ingresa paciente al servicio de urgencias consiente (sic), orientado, afebril, palidez generalizada, con edema marcado + equimosis en MID, traído en camilla remitido por Paz de Ariporo"*. A las **4: 30 pm** se le administran 7 ampolletas de suero y se deja en observación; a las **5:15 pm** se registra paciente *"consiente, orientado, afebril y sin signos de dificultad respiratoria"* (sic) y a las **7:00 pm** se anota *paciente álgido, piel pálida con edema en MID edematizado. Pendiente valoración por ortopedia* (fol. 91 c. 1 tomo I).

3.2.8 Al día siguiente (12 de septiembre de 2008), a las **7:00 am** se registró: *paciente con edema, pendiente valoración por ortopedia*; a las **10:20** fue valorado por medicina interna y a las **12:30 pm** se da inicio a *goteo de suero antiofídico en 500 SSN+12*; sin embargo, a la **1:00 pm** se queja de dolor en la pierna afectada y es valorado nuevamente. Las notas siguientes hasta finalizar ese día registran *"pendiente valoración por medicina interna"* (fol. 91 vta. y 90 vta. c. 1 tomo I).

3.2.9 El día 13 de septiembre de 2008 a las **7:00 am** se evidenció edema en MID y **área de testículos** y se registró: *pendiente nueva valoración por medicina interna*; a las **12:00 pm** se colocaron SSN + 4 ampollas de suero antiofídico y a las **7:00 pm** se evidenció rubor, calor y flictenias (fol. 90 vta. y 89 vta.).

3.2.10 El 14 de septiembre de 2009 a las **00:00 am** el paciente, quien se encontraba en observación en el área de urgencias, fue trasladado a la sala general. Hacia las **2:21 pm** fue valorado por medicina interna describiendo: *"extremidades con edema grado III, rubor, y calor en área rodeante de herida (por mordedura) en cara lateral de tercio proximal de pierna; se observan flictenias sobre región lateral de pie derecho"*. El paciente presentó trombocitopenia y se solicitó *valoración por ortopedia* (fol. 67 y 68 c. 1 tomo I).

3.2.11 A las **3:04 pm** de ese día es valorado por **primera vez** por el servicio de **ortopedia** y traumatología el cual registró: *"paciente quien se encuentra con síndrome compartimental de miembro inferior derecho; debe ser llevado a cirugía para realización de fasciotomía descompresiva de pierna"*. Diagnóstico: *síndrome compartimental pierna derecha* (fol. 68 c. 1 tomo I).

3.2.12 A las **9:40 pm** se practicó procedimiento quirúrgico de fasciotomía con los siguientes hallazgos: *músculos de los compartimentos anterior, tibial anterior y extensor de los dedos de muy mal aspecto sin contractibilidad; abundante líquido intracompartimental fétido. Se hace liberación en pie, superficial y profunda, se toma material para laboratorio (...)"* (fls. 78 y 88 vta. c. 1 tomo I). Hacia las **11: 50 pm** se registró edema en pene y testículos.

3.2.16 La nota de evolución por ortopedia y traumatología del **15 de septiembre de 2008** a las **10:51 am** señaló: *paciente con músculos de los compartimentos anterior, tibial anterior y extensor de los dedos de muy mal aspecto sin contractibilidad, abundante líquido intracompartimental fétido y se da cuenta de la necesidad de iniciar trámites de remisión a institución de mayor complejidad para continuar manejo integral. Se inicia trámite de remisión* (fol. 68 c. 1 tomo I). Medicina general reportó que el paciente fue aceptado en la Clínica del Rosario de Bogotá (fol. 69 c. 1 tomo I) y figura remisión en ambulancia hacia las **6:30 pm** (fol. 86 c. 1 tomo I).

3.2.17 En el control de medicinas por enfermería, se registró la aplicación de suero antiofídico en las siguientes fechas y cantidades: 11 de septiembre de 2008 (7 ampolletas en 500 cc SSN pasar en 1 hora); 12 de septiembre de 2008 (12 ampolletas diluidas en 500 cc SSN pasar en 30 minutos); 13 de septiembre de 2008 (4 ampolletas pasar en 4 horas) (fl.79 c. 1 tomo I).

Clínica del Rosario:

3.2.18 El **16 de septiembre de 2008** a la 1:50 am ingresó por remisión; se indicó: *paciente con antecedente de accidente ofídico severo quien recibió manejo con suero antiofídico, presentó elevación de tiempos de coagulación asociado a gingivorragia. Se realizó fisiotomía con retorno de circulación y desaparición de parestesias, actualmente con anemia secundaria. Paciente debe continuar con soporte médico estricto, con vigilancia de parámetros vitales. Se solicita valoración por ortopedia – cirugía general, continuar manejo antibiótico*” (fol. 95 y 96 c. 1 tomo I).

3.2.19 El 17 de septiembre de 2008 se reportó probabilidad de complicación por coagulación local; se programó para cirugía por ortopedia y se continuó con manejo de antibióticos y control de paraclínicos incluyendo gases arteriales (fol. 96 c. 1 tomo I).

3.2.20 El 18 de septiembre de 2008 se registró infección del sitio operado, se hizo lavado y limpieza, se dejó vendaje y se enviaron muestras de tejido muscular a patología (fl.96 c. 1 tomo I).

3.2.21 Al día siguiente fue valorado y se cambiaron los antibióticos. El **20 de septiembre de 2008** se llevó a cabo lavado quirúrgico y se encontró tejido necrótico y áreas mal perfundidas (fol. 97 c. 1 tomo I); el **21 de septiembre** se continuó con el esquema de tratamiento antibiótico con programación para nuevo lavado quirúrgico o definir la necesidad de intervención adicional (amputación) de acuerdo con evolución (fol. 98 c. 1 tomo I).

3.2.21 Para el día **22 de septiembre de 2008** el paciente se encontraba estable pero con compromiso muscular necrótico que se evidenció en lavado quirúrgico por lo que se ordenó amputación de acuerdo al concepto de *ortopedia* (fol. 98 c. 1 tomo I). Al día siguiente se evidenció *fetidez* y pérdida de pulsos distales dado el severo compromiso osteomuscular y se llevó a cabo la amputación **a las 5: 00 pm** (fol. 98 c. 1 tomo I).

3.2.22 Del **26 de septiembre al 6 de octubre de 2008** se continuó manejo con antibióticos y cuidados de muñón; se emitió salida con orden de curación diaria y terapia física por ortopedia (fol. 99-100 c. 1 tomo I).

3.3 Protocolo de vigilancia de accidente ofídico definido por el Instituto Nacional de Salud con base en los lineamientos del Ministerio de Protección Social (25 de septiembre de 2009). (fol. 13-33 pruebas)

Del mismo se puede extractar lo siguiente:

- ✓ “(...) 8.6 *Orientación de la acción: Manejo de caso. El tratamiento en todos los casos de accidente ofídico debe ser realizado por un médico e idealmente en condiciones hospitalarias. Se fundamenta de forma específica en la administración de suero antiofídico para neutralizar el veneno circulante y el que se está liberando en el sitio de la inoculación (...). La cantidad de suero antiofídico inicial que debe*

aplicarse depende de la clasificación del accidente ofídico y de la valoración médica realizada al paciente”.

Clasificación	Tipo de suero	Leve	Moderado	Grave
Botrópico	Polivalente INS disueltas en 300 ml de SSN. Infundir en 30 minutos.	4 ampollas de suero	6 a 8 ampollas de suero	10 a 12 ampollas de suero

- ✓ “Las IPS deben administrar el tratamiento (...) y corregir las anormalidades que se puedan presentar durante la atención, principalmente con el suministro oportuno de insumos: antivenenos y medicamentos complementarios”.
- ✓ “Anexo 2 clasificación clínica del accidente ofídico. (...) Accidente botrópico: corresponde al accidente ofídico de mayor importancia epidemiológica en el país, pues corresponde al 90 a 95% de todos los accidentes ofídicos.

Cuadro clínico

- *Manifestaciones locales: aparición precoz y de carácter progresivo de los síntomas. Dolor intenso e inmediato proporcional al edema, linfadenomegalia regional, induración, equimosis y sangrado en el sitio de la mordida por consumo de fibrinógeno con daño del endotelio capilar. Flictenas que pueden ser hemorrágicas por la acción necrótica del veneno, siendo esto último lo que deja más secuelas en las víctimas de este tipo de accidente.*
- *Manifestaciones sistémicas: sangrado gingival, digestivo o de cualquier otra parte del organismo. Hipotensión arterial secundaria. Síntomas neurológicos a causa de hemorragia intracraneana; oliguria o anuria por insuficiencia renal aguda o pre-renal y en mujeres embarazadas, aborto.*
- ✓ **Clasificación del accidente botrópico.** Con base en las manifestaciones clínicas **y la prueba de coagulación**, y a manera de orientación terapéutica, el accidente botrópico se clasifica en

(...)

Moderado: caracterizado por dolor y edema evidente que sobrepasa el segmento anatómico mordido, acompañado o no de alteraciones hemorrágicas locales o sistémicas como **gingivorragia**, epistaxis y hematuria, con alteración en la coagulación. Pueden presentarse **flictenas** sin necrosis.

Grave: caracterizado por edema local duro, intenso y extensivo, pudiendo alcanzar todo el miembro en forma ascendente hasta comprometer incluso el tronco, generalmente acompañado de dolor intenso y eventualmente con presencia de ampollas. Con la evolución del edema, pueden aparecer signos de isquemia local debido a la compresión del sistema vasculo-venoso y de forma tardía, necrosis. Manifestaciones sistémicas como hipotensión arterial, choque, oligo-anuria o hemorragia intensa definen el caso como grave, independientemente del cuadro local.

3.4 Dictamen del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (fol. 45-53 c. pruebas):

“TRATAMIENTO GENERAL

El manejo general del paciente está encaminado a mantener y mejorar el estado del paciente y evitar las complicaciones. Consiste en:

- Restablecimiento del volumen circulatorio
- (...)
- Vigilar la coagulación al iniciar el tratamiento y a las 6, 12 y 48 horas. Corregir repitiendo la dosis de suero antiofídico
- (...)
- Evitar la infección secundaria en el área de la mordedura
- Cubrir con apósito estéril **sin vendaje**
- Mantener la extremidad al mismo nivel de la cama
- Desbridar las áreas necróticas, drenar los abscesos y cultivar la secreción obtenida para enfocar la terapia antibiótica.
- El uso profiláctico de antibióticos no está recomendado en esta guía. Solo iniciar terapia antibiótica cuando se diagnostique infección (...).
- Evitar necrosis en el sitio de mordedura
- Vigilar edema y la perfusión distal para **diagnosticar tempranamente un síndrome compartimental**
- Realizar **fasciotomía** en caso de síndrome compartimental y siempre que los tiempos de coagulación estén controlados.
- (...)

TRATAMIENTO ESPECÍFICO: para este tipo de mordedura, el suero antiofídico constituye la única modalidad de manejo efectivo.

(...) Por lo anterior, según lo establecido en los protocolos y lo registrado en la historia, se realizaron por parte del equipo médico los procedimientos adecuados para el MENOR DE ESTOS.

*En general, el veneno de serpientes del genero Bothrops tiene tres efectos principales ... **necrosante:** el edema puede causar necrosis del tejido al elevar la presión compartimental y su efecto inicia a los pocos minutos de inoculado el veneno; **coagulante (...); hemorrágico (...).***

*Según las guías de manejo y manuales, **para obtener mejor respuesta al tratamiento con el antiveneno, se debe iniciar la colocación de este en las primeras tres (3) horas posteriores a la mordedura, y repetir cuantas veces sea necesario** para controlar el efecto del veneno; sin embargo, nunca es tarde para aplicar el antiveneno cuando hay envenenamiento sistémico, así haya transcurrido una semana después de la mordedura.*

Es importante tener en cuenta que el edema y la necrosis solo se neutralizaron parcialmente por lo que en estos casos son las causas principales del síndrome compartimental.

La colocación del suero antiofídico, dependiendo de la severidad **se puede iniciar con la colocación de 4 ampollas**; sin embargo, la cantidad de antiveneno a utilizar dependerá de la capacidad de neutralización del suero y la cantidad de veneno inoculado.

En términos generales, la serpiente del género *bothros* (talla x) y *brothrocophitas* (cuatro narices) inocular un promedio de 100 a 150 mg de veneno, por lo tanto **la cantidad de antiveneno suministrada en las primeras 24 horas debe ser la necesaria para neutralizar esa cantidad de veneno.**

En todo, el esquema terapéutico dependerá del tipo de mordedura, la clínica y **los resultados de los análisis de laboratorio** (cuadro hemático con conteo plaquetaria y examen de orina).

Una de las principales complicaciones del accidente ofídico, son las infecciones bacterianas locales las cuales pueden originar por los diferentes patógenos presentes en la boca de la serpiente que pueden ser inoculados al momento de la mordedura". (Sic).

3.5 Dictamen Universidad de Antioquia – Programa Ofidismo y Escorpionismo (fol. 68 c. pruebas):

A continuación se aludirá a las principales conclusiones allí referidas:

- La mordedura fue causada por una serpiente mayor a un metro, lo cual es considerado como un factor de riesgo para el desarrollo de necrosis en mayor proporción que cuando es ocasionada por animales de menos tamaño.
- (...) En las medidas pre – hospitalarias se utilizó torniquete o vendaje probablemente compresivo, **generando riesgo del aumento de isquemia y necrosis** por limitación de la circulación lo cual puede llevar a concentraciones más altas de veneno y potenciar los efectos tóxicos de este en el área de la mordedura.
- Los efectos locales presentes en los accidentes de este tipo, como el edema, la hemorragia y la mionecrosis son efectos de rápida instalación y de difícil neutralización por los antivenenos (...). **Por esta razón es fundamental la administración en forma temprana del tratamiento específico y en las dosis adecuadas. En el caso en mención, el paciente recibió el antiveneno cuatro horas después de ocurrida la mordedura y la dosis, de acuerdo con la clasificación que el personal médico le dio al accidente, fue insuficiente (3 frascos); además en la historia clínica no se menciona cual es el fabricante del antiveneno y la dosis puede variar dependiendo del fabricante⁶ (Sic).**
- Las infecciones de tejidos blandos son complicaciones frecuentes en las mordeduras de serpientes, particularmente en envenenamientos moderados o severos, debido a la biota presente en la boca de la serpiente y que puede ser transferida al sitio de la mordedura. En estos casos, el daño del tejido dérmico y muscular favorece la multiplicación y la aparición del proceso infeccioso; **sin**

⁶ El antiveneno polivalente del Instituto Nacional de Salud (INS) en presentación líquida, neutraliza 70 mg de veneno de *Bothrops*; el antiveneno polivalente de Laboratorios Probiol Ltda. de Colombia, neutraliza 25 mg de veneno de *Bothrops*; el antiveneno polivalente de Laboratorios Antivipmyin – tri de Bioclón México, neutraliza 30 mg de veneno de *Bothrops*"

embargo, no se encuentra evidencia en la historia clínica del origen de la infección, pues no hay cultivos iniciales.

- *No se evidencia en la historia clínica manejo con manitol del síndrome compartimental previa fasciotomía. La recomendación en el manejo de dicho síndrome en accidente ofídico es iniciar con manitol (...). Los procedimientos quirúrgicos son una opción ante el fracaso de este primer paso, pues estos pueden presentar complicaciones tales como infección o sangrado ...”.*
- *La medida salvadora en pacientes con ofidiotoxicosis es la aplicación del antiveneno, es por esto que la atención médica es prioritaria para no retrasar su administración.*

3.6 Prueba oral:

<p>Libardo Durán Tumay (fol. 40 c. pruebas)</p>	<p>Declaración de parte. Indicó que una vez llegó al Centro de Salud de Paz de Ariporo no había suero antiofídico y tampoco se encontraba la bacterióloga porque era la hora de descanso. Hacia las 2:30 pm ingresó al Centro de Salud de Pore y le suministraron tres ampolletas de antiveneno; luego fue trasladado al Hospital de Yopal. Expuso que pasaron 4 días sin que hubiese sido valorado por un ortopedista; allí le practicaron una fasciotomía en la zona de la mordedura, a 4 cm de la rodilla derecha. Posteriormente fue remitido a la Clínica del Rosario donde se llevó a cabo la amputación.</p> <p>De otro lado, expuso que luego de la amputación no ha podido trabajar; vive con sus hermanos y sus padres y su relación afectiva se terminó. Antes laboraba de forma independiente en trabajos de agricultura devengando \$700.000 mensuales.</p> <p>Adujo que el día del accidente utilizó una venda porque estaba sangrando bastante y se dirigió a Paz de Ariporo en una buseta escolar; sin embargo, al llegar, le comunicaron que no había suero antiofídico.</p>
<p>Adolfo Marrugo Orozco⁷ (fol. 57 c. pruebas)</p>	<p>Médico de Red Salud Casanare E.S.E. Expuso que en los accidentes ofídicos no es recomendable la aplicación de torniquetes, pues impide la oxigenación de los tejidos, lo cual se suma a la anticoagulación causada por el veneno acelerando el proceso de necrosis y deformación. Respecto de la aplicación de la sustancia denominada chimú, adujo que es comúnmente utilizada para detener hemorragias, por lo que genera vasoconstricción que equivale a disminuir el flujo sanguíneo acelerando el proceso de muerte celular.</p> <p>En su criterio, cuando es posible atender al paciente dentro de las seis horas siguientes a la mordedura, el suministro de tres ampolletas de antiveneno es suficiente mientras se hacen las</p>

⁷ Su testimonio fue tachado de “falso” (sic) por la parte actora después de responder el interrogatorio de la demandada que lo convocó (Red Salud Casanare); sin embargo, la jueza festinadamente la desestimó porque consideró que el interrogatorio corresponde a circunstancias que giran al entorno profesional del médico, sin que se encuentre involucrada la entidad en la que labora (fol. 60 c. pruebas).

	<p>pruebas necesarias; sin embargo, habrá que determinarse la gravedad del edema y las manifestaciones sistémicas que presenta el paciente. Cuando se tiene certeza de la gravedad, se administra el suero antiofídico dentro de las siguientes 6 horas. La gravedad se mide a través de pruebas de laboratorio, por lo que estas resultan ser fundamentales y se deben llevar a cabo cada 6 horas igualmente.</p> <p>Por último, mencionó que es común que se presente síndrome compartimental, que consiste en la acumulación de líquido y en el aislamiento funcional de una parte del cuerpo, por lo que se requiere llevar a cabo una fasciotomía que consiste en realizar una incisión a lo largo del miembro para descomprimirlo.</p>
Camilo Burgos (fol. 108 c. pruebas)	Vecino de la víctima. Le consta que el señor Durán Tumay vive con su compañera permanente y antes del accidente se dedicaba a trabajar de forma independiente en labores de agricultura; de otra parte, manifestó que tuvo conocimiento que en Paz de Ariporo no había la droga suficiente para atender la mordedura de la que fue víctima.
Heber Rodríguez Romero (fol. 111 c. pruebas)	Amigo de la víctima. Manifestó que el señor Durán luego de la amputación de su pierna se ha visto afectado y no ha podido laborar, sus padres lo ayudan económicamente y han tenido que sufragar cerca de \$40.000.000 en asuntos médicos y transporte. Su compañera permanente ya no vive con él.
Luis Ariel Eregua Carvajal (fol. 132 c. pruebas)	Amigo de la víctima. Adujo que la familia del señor Durán se ha visto bastante afectada, moral y económicamente, pues actualmente dado su estado físico no ha encontrado trabajo alguno. Le consta que han tenido que sufragar cerca de \$35.000.000 como consecuencia del accidente padecido.
Bladimir Peñalosa Carreño (fl.135 c. pruebas)	Amigo de la víctima. Mencionó que su compañera permanente, hija, padres y hermanos dependían económicamente de la labor del señor Durán Tumay; además se le ocasionaron varios perjuicios como a su familia, pues era el sustento de su hogar.

4ª **Conclusiones probatorias.** Respecto de lo que se ha sometido a discusión en la alzada son pertinentes y se obtienen las siguientes:

4.1 El accidente ofídico ocurrió en zona rural de Paz de Ariporo; el lesionado utilizó dos procedimientos rudimentarios inadecuados: torniquete y aplicación de *chimú*. Su combinación es nociva, por concentración del veneno en el área directa de mordedura de serpiente y disminuir la irrigación de los tejidos. Esos mecanismos empíricos se mantuvieron durante 1 hora y 10 minutos, desde el hecho hasta el arribo al centro asistencial de Paz de Ariporo.

4.2 El paciente llegó a la IPS de Paz de Ariporo a las 11:50 am del día del accidente, 1 hora + 10 minutos después. Allí *nada se hizo específico para el cuadro ofídico: no había bacteriólogo, quien llamado no se presentó por estar en hora de descanso; no se practicaron exámenes inmediatos de coagulación; no se administró suero por no estar disponible.* Mantuvo al paciente en sus instalaciones durante 1 hora + 30 minutos, mientras gestionó

admisión en el Hospital de Yopal, infructuosa por falta de *camas* y luego la obtuvo en la IPS de Pore, hacia donde lo remitió a las 13:20 horas.

4.3 Ingresó a la IPS de Pore a las 2:30 pm, día 1 del accidente. Allí permaneció durante 1 hora + 13 minutos. Se le administraron las tres (3) únicas ampolletas de suero antiofídico disponibles y se realizaron otros procedimientos asistenciales; vista la complicación progresiva del cuadro, fue remitido al Hospital de Yopal.

4.4 Al Hospital de Yopal llegó a las 3:43 pm del 11 de septiembre, día 1 del accidente; fue admitido por *urgencias*. El médico que lo valoró inicialmente ordenó de inmediato 10 ampollas adicionales de suero antiofídico, de las cuales se le administraron 7 a las 16:30 horas. Se requirieron valoraciones especializadas de medicina interna y de ortopedia. *Ambas fueron demoradas; la segunda en extremo*, según la reseña de la historia clínica, pese a las repetidas anotaciones de la pertinencia de intervención de dicha especialidad.

El Hospital de Yopal finalmente realizó procedimientos de ortopedia (*fasciotomía*), tratamientos de medicina interna, sostenimiento médico y farmacológico, incluidas **23 ampolletas** de suero antiofídico y cuidados de enfermería. Pese a ello, el cuadro se complicó aún más y dispuso remisión a tercer nivel de complejidad, la que se ejecutó en ambulancia a partir de las 18:30 horas del 15 de septiembre, día 5 del episodio asistencial.

4.5 El paciente arribó a la Clínica del Rosario en Bogotá a las 1:50 horas del 16 de septiembre. Allí siguieron los procedimientos y manejos terapéuticos, los cuales incluyeron amputación de miembro inferior derecho el 23 de septiembre, siguió tratamiento antibiótico y otros cuidados hasta alta hospitalaria el 6 de octubre.

4.6 Las premisas que anteceden permiten distribuir imputaciones de la siguiente manera:

4.6.1 Red Salud Casanare, responsable institucional de las IPS de Paz de Ariporo y Pore: omisión de mínimos de atención médica y paramédica en Paz de Ariporo e inexistencia de suero antiofídico en el primer nivel asistencial en zona endémica expuesta a frecuentes accidentes de ese tipo; además, insuficiencia de medicamento esencial en el centro de salud de Pore.

Le correspondía atender la emergencia y tuvo al paciente a su cuidado durante las tres (3) primeras horas de asistencia hospitalaria, críticas para contener el envenenamiento y sus secuelas tisulares y neurológicas conforme a protocolos de manejo conocidos y obligatorios, a los que se refirieron el testigo técnico, Medicina Legal y la Universidad de Antioquia. No fueron adecuada, completa y oportunamente observados.

4.6.2 Hospital de Yopal: se negó inicialmente a recibir al paciente, cuando se *pidió* desde Paz de Ariporo la admisión de rigor; contrasta esa negativa con haberlo tenido que admitir *por el servicio de urgencias* casi cuatro (4) horas después, con un cuadro clínico ya complicado.

Pese a que instauró de inmediato manejo de medicamento específico (suero antiofídico) en la dosis indicada por el médico (7 ampollas en primera administración y 16 más en los días subsiguientes), *demoró notoriamente sin dar explicación ni justificación alguna las valoraciones de las especialidades de medicina interna y ortopedia*; en especial la segunda, lo que retrasó manejo de edema y perfusión de fluidos para corregir la complicación

compartimental; además omitió administración de medicamentos previos a la intervención quirúrgica (fasciotomía), como lo destaca el dictamen de la Universidad de Antioquia.

4.6.3 No subsisten ante esta instancia glosas contra la Clínica del Rosario. De su participación asistencial es pertinente destacar que los médicos encontraron indispensable amputar MID para contener la necrosis y la extrema complicación del paciente.

4.7 Se advierte que la Sala no avala los razonamientos de la jueza que recaudó el testimonio del médico Marrugo, acerca de la exótica "tacha de falsedad" de su dicho. La *sospecha* que pudiera derivarse de sus vínculos laborales o contractuales con la demandada Red Salud Casanare E.S.E, no hace *falso* el testimonio; tampoco puede excluirse aquella porque se haya referido a su "entorno profesional" o porque sirva a la Red en IPS o en áreas misionales diferentes a los centros de atención de Paz de Ariporo y Pore.

Tampoco concuerda con la valoración que, en sentido contrario, la misma funcionaria consignó en la sentencia⁸; el testigo no dijo haber presenciado los hechos ni intervino en la asistencia médica. Es un galeno versado, su relato simplemente ofrece información técnica fundada en su *conocimiento* profesional, sin dejar de ser fuente oral testimonial; pese a que se revelaron vínculos con Red Salud Casanare E.S.E., en términos generales describió aspectos que concuerdan con los dictámenes de Medicina Legal y de la Universidad de Antioquia, los cuales se acogen en las premisas fácticas del juzgamiento.

Es palmario que el testigo quiso magnificar las consecuencias de los procedimientos rudimentarios que se auto aplicó el lesionado y atenuar las falencias del servicio en Paz de Ariporo y Pore; esos matices se *acogen* para lo primero, pues los expertos claramente señalaron la agravación del cuadro ofídico de similar manera a la expuesta por el médico Marrugo. Y se tiene presente la *información*, aunque no se acogen las *conclusiones* en cuanto a lo segundo. La Sala identifica así referencias útiles y concordantes con la prueba documental (historia clínica y protocolos) y técnica (pericias), que contribuyen a la claridad.

Es así como se valora y aprecia en fallo un testimonio *sospechoso*; no mediante la exótica y festinada calificación de la "tacha de falsedad" en audiencia, ni su entero desconocimiento sin crítica ni argumentos sólidos en la sentencia.

4.8 El análisis relativo a la calidad de perjudicada de la demandante LUZ DARY SILVA COMAYÁN se insertará posteriormente, al concretar las inferencias de imputación fáctica y determinación de parámetros indemnizatorios.

PROBLEMAS JURÍDICOS DE FONDO

5ª Marco teórico. Pérdida de oportunidad: daño autónomo en eventos médico asistenciales

5.1 *PJ1. ¿Procede imputar responsabilidad administrativa a los centros asistenciales que atendieron a un paciente quien padeció un accidente ofídico en zona de alta morbilidad endémica, por pérdida de oportunidad de tratamiento integral adecuado al*

⁸ Aparte 8.5 página 12 folio 410 vuelta.

cuadro clínico derivada de falta de respuesta institucional inmediata, insuficiencia de atención farmacológica y tardanza de la atención especializada?

5.1.1 Tesis. Sí. Dado que el tratamiento para el accidente ofídico era conocido por los servicios médico asistenciales de conformidad con los protocolos del Ministerio de Salud y Protección Social, de carácter vinculante; el hecho accidental era previsible para los centros de salud que asistieron médicamente al paciente por tratarse de una zona de alta morbilidad endémica, de manera que era obligatorio *tener suero disponible* suficiente y servicios de bacteriología *permanentes* en las IPS de primer nivel llamadas a atender la fase inicial del suceso, además de la obligación en el nivel de complejidad de brindar la atención especializada de forma oportuna. Dichas insuficiencias privaron al lesionado de la *oportunidad* de ser tratado integralmente y de haber mejorado sus condiciones de salud.

5.1.2 En fallos recientes esta Corporación ha tendido hacia la sistematización de una teoría de la **pérdida de oportunidad** tanto como título de imputación en sede causal, como de **daño autónomo** derivado de la omisión de oportuna remisión al servicio de referencia que corresponda. Al respecto se ha dicho:

“4.3.3 La **pérdida de oportunidad** tiene la doble connotación anunciada: **daño autónomo**, pero también técnica de imputación, como una variante de la *falla del servicio* que se pondera en sede de nexo causal, cuando no exista certeza en torno a la relación entre la actividad médico asistencial y el *daño a la salud* – para el caso – o respecto de la probabilidad razonable de haberse logrado el resultado esperado desde la arista positiva – curación sin secuelas –. El **Consejo de Estado** ha precisado la segunda opción así:

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

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

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

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

c) Comoquiera que el análisis de la pérdida de la oportunidad se efectúa en la instancia del estudio del nexo causal –como presupuesto de la imputación fáctica u objetiva del daño–⁹, la función del operador judicial en estos eventos, es la de apoyarse en las pruebas científicas y técnicas aportadas al proceso para aproximarse al porcentaje de probabilidad sobre el cual se debe establecer el grado de la pérdida de la oportunidad de recuperación y, consecuentemente, el impacto de tal valor en el monto a indemnizar, pues que como ya se analizó, el perjuicio no puede ser total ante la falta de certeza¹⁰.

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

De otro lado, ante la ausencia de elementos y criterios técnicos o científicos en la determinación del porcentaje que representa la oportunidad perdida frente al daño padecido, el juez deberá recurrir a la equidad, en los términos del artículo 16 de la ley 446 de 1998¹¹, para sopesar los medios de convicción que obren en el proceso y, a partir de allí, establecer el valor aproximado a que asciende el costo de aquélla, valor este que servirá para adoptar la liquidación de perjuicios correspondiente¹².

4.3.4 Los lineamientos que preceden responden una discusión en torno a la *imputación fáctica*, únicamente por ahora; el enfoque dogmático propuesto para el tercer problema jurídico interroga si la demora en la ejecución de una orden de remisión a centro asistencial de mayor nivel de complejidad (servicio de *referencia*) puede comprometer la responsabilidad de la administración sanitaria. Y la respuesta es **Sí**, cuando se establezca que haber actuado con presteza habría podido mejorar el pronóstico clínico¹³.

5.1.3 Así las cosas, *“no se trata de suponer simplemente, ni de exigir certeza de nexo causal entre daño y demoras. Lo primero no pasaría de conjeturar cuando nada se sabe; lo segundo, daría lugar a la plena atribución del resultado lesivo indeseado (“pérdida de la ganancia” y reparación integral)”*¹⁴. La evidencia y el conocimiento científico disponibles hacen *probable* que pudiera evitarse el desenlace desfavorable, de haberse actuado por parte de las entidades asistenciales acorde con los protocolos del Ministerio de Salud y Protección Social en eventos de accidentes ofídicos y de

⁹ “(...) En este trabajo la doctrina de la pérdida de la oportunidad se entiende como una teoría de causalidad probabilística (probabilistic causation), conforme a la cual, en los casos de incerteza causal mencionados, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación o de supervivencia, consideradas a la luz de la ciencia médica, que deben ser indemnizadas. En tal caso, es posible condenar al facultativo por el daño sufrido por el paciente pero se reduce el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido igualmente de haber actuado aquel diligentemente.” LUNA Yerga, Álvaro Ob. Cit. Pág. 2.

¹⁰ “La Chance es la posibilidad de un beneficio probable futuro que integra facultades de actuación del sujeto, conlleva un daño aun cuando pueda resultar dificultosa la estimación de su medida. En esta concurrencia de factores pasados y futuros, necesarios y contingentes existe una consecuencia actual y cierta. A raíz del acto imputable se ha perdido una chance por la que debe reconocerse el derecho a exigir su reparación. La doctrina aconseja efectuar un balance de las perspectivas a favor y en contra. Del saldo resultante se obtendrá la proporción del resarcimiento (...). La indemnización deberá ser de la chance y no de la ganancia perdida” TANZI, Silvia. La reparación de la pérdida de la chance. En obra colectiva La Responsabilidad, libro homenaje al Profesor Isidoro Goldember. Ed. Arboleda. Pág. 222. Obra citada por VÁSQUEZ Ferreira, Roberto A. La pérdida de una chance como daño indemnizable en la Mala Praxis Médica. Derecho Médico. I Simposio Iberoamericano. IV Jornadas Uruguayas de Responsabilidad Médica. Ed. B de F. Montevideo – Buenos Aires. 2001 Pág. 536 y s.s.

¹¹ “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.”

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera (C), sentencia 25.869 del 24 de octubre de 2013, ponente Enrique Gil Botero, radicación 68001-23-15-000-1995-11195-01, en la que se recoge e identifica la línea.

¹³ TAC, sentencia del 25 de junio de 2015, radicado 850013333002-2013-00262-01, ponente Néstor Trujillo González. (Pérdida de oportunidad – caso virus de influenza H1N1). En el mismo sentido, sentencia del 9 de octubre de 2014, radicación: 850013331002-2010-00462-01 (meningitis viral - neonato); sentencia del 28 de agosto de 2014, radicación 850013331702-2012-00065-01 y sentencia del 22 de mayo de 2014, radicado 850013331002-2012-00096-01. Todas del mismo ponente, entre otras.

¹⁴ TAC, sentencia del 9 de octubre de 2014, ponente Néstor Trujillo González, radicación: 850013331002-2010-00462-01.

haberse brindado oportunamente la asistencia especializada que se requería.

5.1.4 En otra ocasión reciente esta Corporación estudió un evento en el que se controvertió la responsabilidad institucional del Hospital de Yopal E.S.E por la muerte de un neonato como consecuencia de la presunta falla médica derivada de la deficiente prestación del servicio asistencial durante el parto; se hizo alusión *al daño autónomo por pérdida de oportunidad*¹⁵, así¹⁶:

“Así las cosas, no es imputable a la demandada el daño final en sí mismo, esto es, el resultado que se habría podido evitar, sino únicamente la merma de oportunidad de tratamiento que razonablemente habría podido ofrecer un mejor pronóstico. Se trata, entonces, de un evento que se califica como **daño autónomo por pérdida de oportunidad**.”

4.2.4 De acuerdo con lo expuesto, debe tenerse presente que así esté determinado que existe daño autónomo por pérdida de oportunidad, pues hubo tardanza en trasladar a un nivel de referencia superior al neonato con un cuadro clínico crítico como consecuencia de la atención de un parto de alta complejidad, no es suficiente para deducir responsabilidad al centro asistencial que lo atendió; si este diagnosticó tempranamente la existencia de la complicación, hizo las pertinentes evoluciones clínicas, asistió frecuentemente al menor y evidenció la necesidad de su traslado a un nivel de mayor complejidad librando las órdenes de remisión al servicio de referencia, no puede conjeturarse por el solo resultado lesivo final que la falla institucional fue, precisamente, de la IPS que ha dejado detallado registro en la historia clínica de todas las actuaciones surtidas para brindarle la atención adecuada al menor.

4.2.5 A lo anterior habrá que sumarse que si la E.P.S a cargo del aseguramiento del servicio asistencial no hace parte de la pasiva, si hubiere algún reproche respecto de las eventuales omisiones de dicha entidad el daño autónomo por pérdida de oportunidad no le puede ser imputado en ausencia.

Si se evidenció la necesidad de efectuar un traslado a un centro de referencia de mayor nivel de complejidad por las condiciones especiales del paciente, resulta necesario evaluar las gestiones desarrolladas por parte de la EPS, con el fin de determinar si hubo negligencia o tardanza en su ejecución; sin embargo, las circunstancias procesales concretas impiden evaluar si le es o no imputable la demora en el traslado del menor que posiblemente le hubiese salvado la vida, por no haberse demandado¹⁷.

5.1.5 La *pérdida de oportunidad* que ahora se discute no se limita a la tardanza en la remisión del paciente a un centro asistencial de mayor complejidad; se trata de tres circunstancias concretas que conllevaron a un deficiente tratamiento integral del cuadro clínico derivado del accidente ofídico y que finalmente confluyen en la configuración de un *daño autónomo*: i) incumplimiento de las directrices vinculantes contenidas en los protocolos del Ministerio de Salud y Protección Social respecto del

¹⁵ En aquella ocasión solo se discutió la tardanza en la remisión del paciente a un nivel de mayor complejidad.

¹⁶ Aunque el caso se ubicó dentro de un evento de pérdida de oportunidad, el daño no pudo imputarse a la entidad asistencial demandada por la demora en la remisión de un neonato a nivel de mayor complejidad (referencia), quien falleció horas después de habersele practicado a su madre una cesárea por presentar complicaciones intra – parto (ruptura uterina), pues no se obtuvo conocimiento de la evolución de las gestiones a cargo de la respectiva EPS que no hizo parte de la pasiva.

¹⁷ TAC, sentencia del 18 de junio de 2015, ponente Néstor Trujillo González, radicado: 850013333002-2013-00169-01

tratamiento del accidente ofídico; ii) ausencia de medidas previsibles (tener suero disponible suficiente y servicios de bacteriología permanentes) en consideración a los niveles de morbilidad endémica de la región y, iii) tardanza en la atención especializada de *medicina interna y ortopedia*.

5.2 PJ2: **Parámetros indemnizatorios**. ¿Cómo se repara el *daño autónomo* denominado pérdida de la oportunidad?

5.2.1 **Tesis:** No existen parámetros legislados o de mecanismos objetivos que permitan establecer una especie de *matriz de puntos*; obedece a una lógica relativamente discrecional (arbitrio judicial). Uno de esos factores lo ha sido la ***probabilidad de sobrevida o de éxito del tratamiento o intervención médica***, calculada conforme a estudios técnicos (ponderación médico pericial, datos estadísticos o epidemiológicos confiables, entre otros); cuando esa evidencia no está disponible no queda más remedio que acudir a criterios similares a los que ha utilizado la jurisprudencia para regular la indemnización por perjuicios morales, esto es, mediante la asignación de montos equivalentes a salarios mínimos legales mensuales, en virtud del principio de equidad (art. 16 Ley 446).

5.2.2 En ocasiones precedentes, este Tribunal ha hecho referencia a la forma de reparar el *daño autónomo* por pérdida de oportunidad así:

4.4.4 **¿Cómo se repara?** El superior funcional ha hecho esa precisión en torno al núcleo del *daño* resarcible que determina las indemnizaciones viables, así:

d) Toda vez que no existe una explicación de la causalidad absoluta, en estos eventos, la forma de indemnizar la pérdida de la oportunidad, **deberá ser proporcional al porcentaje que se le restó al paciente con la falta o retardo de suministro del tratamiento, intervención quirúrgica, procedimiento o medicamento omitido**¹⁸.

¹⁸ "El *daño* viene así constituido por la oportunidad de curación o supervivencia perdida a consecuencia de la actividad médico-sanitaria establecida en función de la experiencia común (*daño intermedio*) y no por los totales perjuicios sufridos por el paciente (*daño final*), con los cuales resulta en todo punto imposible establecer un nexo de causalidad debido a los umbrales de certeza determinados en cada caso.

"Con todo, la evolución jurisprudencial y doctrinal comparada del principio de la pérdida de oportunidad ha transformado este instrumento procesal, que nació para aligerar la prueba de la causalidad, en una teoría sobre la calificación o determinación del perjuicio que permite tener por acreditado un *daño* puramente hipotético. Es frecuente, por tanto, el estudio de este principio en sede de *daño* y no en sede de causalidad. No obstante, parece evidente que si la noción de pérdida de oportunidad se vincula con el perjuicio, entonces se vuelve inseparable de la condición de nexo de causalidad, pues la relación de causalidad entre el acto u omisión médico – sanitaria y el perjuicio hipotético en que consiste la oportunidad perdida será, asimismo, una causalidad hipotética, ya que participa de su misma aleatoriedad o virtualidad." LUNA Yerga, Álvaro Ob. Cit. Pág. 4.

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

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

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

En consecuencia, la pérdida de la oportunidad, además de constituir un perjuicio independiente, se estudia y se define desde la imputación fáctica, como el elemento que permite imputar daños, a partir de la aplicación concreta de estadísticas y probabilidades en cuanto a las **potencialidades de mejoramiento** que tenía la persona frente a un determinado procedimiento u obligación médica que fue omitida o ejecutada tardíamente¹⁹.

(...)

4.4.6 En uno de los fallos de la serie citada se intentó trazar un parámetro teórico que pueda abarcar diversas hipótesis, así:

4.2.3 La **regulación del daño autónomo por pérdida de oportunidad** carece de parámetros legislados o de mecanismos objetivos que permitan establecer una especie de **matriz de puntos**; obedece a una lógica relativamente discrecional (arbitrio judicial) pero debe igualmente permitir la identificación de criterios que garanticen homogeneidad de trato a los perjudicados que se encuentren en condiciones comparables, esto es, excluir el voluntarismo de los jueces.

Uno de esos factores ofrecidos en la jurisprudencia reseñada lo ha sido la **probabilidad de sobrevida**, calculada conforme a estudios técnicos (ponderación médico pericial, datos estadísticos o epidemiológicos confiables, entre otros); cuando esa evidencia no está disponible no queda más remedio que acudir a criterios similares a los que ha utilizado la jurisprudencia para regular la indemnización por perjuicios morales, esto es, mediante la asignación de montos equivalentes a salarios mínimos legales mensuales, no porque pretenda confundirse la naturaleza del daño autónomo con estos, sino a título de orientación para seguir una senda relativamente segura, predecible, que honre el principio de igualdad^{20, 21} [Se agregan negrillas].

5.2.3 De acuerdo con lo anterior, esta Corporación construyó algunas **subreglas** a tener en cuenta en los parámetros indemnizatorios al momento de reparar por **daño autónomo** de pérdida de oportunidad, así:

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera (C), sentencia 25.869 del 24 de octubre de 2013, ponente Enrique Gil Botero, radicación 68001-23-15-000-1995-11195-01, en la que se recoge e identifica la línea.

²⁰ TAC, sentencia del 28 de agosto de 2014, ponente Néstor Trujillo González, radicación 850013331702-2012-00065-01. En igual sentido, sentencias del 22 de mayo y del 31 de julio de 2014, ponente Néstor Trujillo González, radicados 850013331002-2012-00096-01y 850013331002-2012-00003-01, respectivamente. Sentencias del 8 y del 22 de mayo de 2014, ponente Héctor Alonso Ángel Ángel, radicaciones 850013331002-2010-00002-02 y 850013331002-2011-00541-01, respectivamente.

²¹TAC, sentencia del 9 de octubre de 2014 ponente Néstor Trujillo González, radicación: 850013331002-2010-00462-01 (meningitis viral - neonato).

4.4.8 **Subregla horizontal. Carga de transparencia. Exclusión de baremos.** Expuesto en los anteriores términos el marco abstracto que adopta la Sala para precisar la línea que trae en esta problemática conceptual y práctica, anuncio que se hace conforme al art. 103 de la Ley 1437, se introducen las siguientes subreglas dogmáticas:

4.4.8.1 La corporación prescindirá para los eventos de imputación de daño antijurídico por *pérdida de oportunidad* de la construcción de una *matriz de puntos* (baremos) en la que pudiera encasillarse indeterminada gama de supuestos fácticos, de una manera similar a la que adoptó el Consejo de Estado en las conocidas sentencias de unificación del 28 de agosto de 2014; algo así: *columna 1 - fila 1 = 100; columna 1 - fila 2 = 90* y así sucesivamente (...).

4.4.8.2 Se tiene presente que el *daño antijurídico* que se imputa a la administración sanitaria en estos casos de defectuoso funcionamiento de los servicios médico asistenciales no es el *resultado final adverso* previsible, resistible y no deseado, por ejemplo una muerte, sino la privación de la oportunidad de obtener la *ganancia* (curación, alivio paliativo) por no haberse prestado la debida atención integral oportunamente. De ahí que, por regla general, no haya lugar a reparación de perjuicios materiales derivados de ese resultado.

4.4.8.3 Puesto que la configuración de la *pérdida de oportunidad como daño autónomo reparable* y como *técnica de imputación* se valora en sede de nexo causal, debe establecerse con los medios de prueba recaudados, apreciados con apoyo en las pericias si las hubiere o directamente en la literatura científica comprensible para el juez, **la razonable probabilidad de haberse evitado el resultado final adverso, en un rango teórico mayor que cero (1%) y menor que cien (99%)**. Los dos extremos (0% y 100%), excluyen la imputación por ausencia de nexo causal; o conllevan imputación plena del resultado adverso, respectivamente. Nótese que se trata de *ponderar hechos probados en un espectro de probabilidades; pero no de suplir carencia de prueba*. Aquí no se trata de una regla que sustituya *cargas probatorias*, sino de la imposibilidad de declarar con certeza científica algo diferente al extenso rango probabilístico anunciado.

4.4.8.4 Dado que se repara la *pérdida de oportunidad* por sí misma, la *apreciación judicial prudente y razonada* de la indemnización debe diferenciar dos aspectos, cuya verificación ha de hacerse caso por caso: i) qué magnitud en el curso causal entre hecho lesivo y daño antijurídico aporta la aludida privación de oportunidad, de evitar el resultado final adverso o de *obtener la ganancia* esperada y si existe alguna manera técnica de fijarle un *valor proporcional*, en SMLM, de una manera *similar* a la que se utiliza para los otros daños inmateriales; y ii) la valoración de pruebas indiciaria incluida, *res ipsa loquitur* y las presunciones judiciales en torno a la aflicción o afectación íntima espiritual o emocional, tanto de la víctima directa como de las reflejas o indirectas, de idéntica forma a la que se utiliza en el espectro de los *perjuicios morales*. Luego ni siempre lo primero excluirá a lo segundo, ni tampoco han de concurrir automáticamente las reparaciones de las dos especies de daños inmateriales.

4.8.5 Puesto que lo último no podrá depender del voluntarismo judicial, del azar ni de la vehemencia de argumentos de las partes o de los fallos, ha de retomarse como *criterio orientador* la misma técnica de ponderación del **DAÑO A LA SALUD**, esto es, como *referente* y límite máximo para introducir las pertinentes reducciones pero no como equivalente a la *pérdida de oportunidad*; acorde con la línea de unificación del Consejo de Estado (...)²².

5.2.4 Así las cosas, la línea horizontal ha advertido que un evento de *máxima privación de oportunidad* (evitabilidad que tiende al 100%) puede recibir una reparación muy pequeña, porque el *resultado adverso final* es de mínima relevancia²³;

²² *Ibidem*.

²³ Por ejemplo, enteramente imaginario, la tardanza en retirar el *uñaero* a un paciente provoca infección, la cual cede a terapia antibiótica tóxica, sin complicación alguna. El daño (inflamación e infección) tenía probabilidad del 99% de evitarse. Indemnización mínima.

y lo contrario, frente a un *resultado adverso final grave*²⁴, con un grado de evitabilidad por debajo del 50%, podría darse una satisfacción más onerosa. Luego se trata de combinar los dos extremos: el grado de probabilidad de evitar el daño antijurídico, así como el daño final evitable por sí mismo. Solo así tendrá el juez un norte relativo para no reducir la reparación a un ejercicio aritmético, pero sin caer en subjetivismo que pueda desconocer los postulados de Justicia material e igualdad.

6ª Conclusiones generales caso concreto

6.1 En la perspectiva analítica de esta Corporación, acorde con la reseña de medios y hallazgos probatorios, se trata de un *evento de pérdida de oportunidad de tratamiento integral adecuado al cuadro clínico*, enteramente conocido por los servicios médico asistenciales; prescrito en los protocolos del Ministerio de Salud y Protección Social, de carácter vinculante; el hecho accidental (mordedura de serpiente género *bothrops asper*) era enteramente previsible en la zona de Paz de Ariporo, Pore y Yopal, por ser una especie de alta morbilidad endémica en la Orinoquia²⁵, de manera que era obligatorio *tener suero disponible* suficiente y servicios de bacteriología *permanentes* en las IPS de primer nivel llamadas a atender la fase inicial y crítica de esos hechos.

6.2 El *daño imputable* no es la amputación del miembro inferior derecho, ni todas las consecuencias funcionales y psicológicas que de ello se derivan, pues ese procedimiento médico fue necesario para salvar la vida del paciente y no está glosado el criterio profesional que lo determinó ni la forma en que se ejecutó.

Además, es **pluricausal**: a ello contribuyeron factores inherentes al proceso infeccioso (contenible) por los patógenos que alberga la boca del ofidio; los procedimientos rudimentarios indebidos que se auto aplicó el paciente durante la primera hora siguiente al accidente; la falta de respuesta institucional inmediata en la IPS de Paz de Ariporo, la insuficiencia de la atención farmacológica en Pore y la tardanza de la admisión y de la intervención especializada en el Hospital de Yopal.

6.3 No es factible identificar en qué grado cada causa haya contribuido al desenlace; tampoco si de haberse actuado oportuna, adecuada e integralmente por las tres primeras IPS, se habría podido evitar la amputación y demás complicaciones.

Aquí concurren varios elementos fácticos que bordean típica falla probada del servicio; sin embargo dicha imposibilidad de determinar científicamente la probabilidad de sanación que la intervención completa y oportuna de los servicios asistenciales y los cuidados médicos habrían podido brindar al paciente excluye la opción de atribuir como *daño resarcible* el desenlace traumático de la amputación, que a su vez daría lugar a reparación plena de perjuicios extrapatrimoniales y materiales, considerando además la incidencia de la causa concurrente aportada por el lesionado.

²⁴ En el mismo espectro fáctico, el *uñero* en un dedo del pie genera una infección que se complica, por ejemplo en un paciente diabético; desencadena en necrosis y amputación. Supóngase un bailarín de ballet, exitoso y reconocido en el mundo artístico, forzado al abandono de su proyecto profesional. Reparación muy alta.

²⁵ Amplia documentación en: <http://www.virtual.unal.edu.co/cursos/medicina/ofidico/html/epidemiologia.html> y en <http://www.serpientesdecolombia.com/old/serpientes-venenosas-de-colombia/> Consultas 8/07/2015, 10:00 horas.

Se destaca que los agentes patógenos de la boca de la serpiente generan infecciones cuya contención en el caso concreto tuvo un pronóstico desconocido; igualmente, que la aplicación de torniquete y de sustancias empíricas de origen orgánico, según el criterio de los expertos (testigo técnico y pericias) concentra el efecto nocivo en la zona de mordedura y empeora significativamente el cuadro clínico por la acción del veneno.

Esa conjunción de factores, no todos imputables a los entes demandados, impide la atribución del resultado lesivo final; no porque la opción pretoriana de ubicar los hechos en sede de imputación y de daño por pérdida de oportunidad constituya o pueda ser una atenuante del rigor probatorio, que no lo es según las prolijas explicaciones del marco abstracto, sino porque superar la barrera aludida presupone *plena demostración de haber sido la probabilidad de sanación igual al 100%*: valga decir, que si el servicio hubiera actuado integral y oportunamente, no se habría consumado la lesión definitiva.

Como no fue así, efectuado el estudio probatorio en sede causal subsisten las conjeturas identificadas en el mapa fáctico; ello impone la pertinencia de prescindir de la atribución de *falla probada* para quedarse en el plano del daño autónomo por pérdida de oportunidad, con imputación solidaria a Red Salud Casanare E.S.E. y al Hospital de Yopal E.S.E, con responsabilidades equivalentes (50% cada centro de imputación), sin reducción por la actividad de la víctima, pues sus hechos no son los que disminuyeron la *oportunidad* de atención integral, sino que gravitan sobre el *resultado adverso final*²⁶, el cual, se enfatiza, no es lo que se imputa y repara.

Las dos premisas que preceden responden a los reparos de los recursos de las dos entidades integrantes de la pasiva que fueron vencidas.

6.4 **Parámetros indemnizatorios**. Conforme al marco abstracto y a la valoración de caso concreto, la reparación del daño autónomo por **pérdida de oportunidad** procede así:

6.4.1.1 Para la **víctima directa**, **40 SMLMV** acorde con la tabla de baremos adoptada por el Consejo de Estado y los precedentes horizontales ya referenciados²⁷; esto es, partiendo de un *máximo* de 80 SMLMV que correspondería al *resultado adverso evitable* (amputación), puesto que no se acreditó si de haberse actuado oportuna, adecuada e integralmente por las tres primeras IPS, se habría podido evitar la amputación y demás complicaciones y en qué medida, por pérdida de oportunidad opera la reducción al 50%.

6.4.1.2 Se excluyen perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante) que pudieran derivarse de la disminución de capacidad psicofísica en virtud de la amputación, pues no se imputa *daño a la salud*. Quedan así resueltas las glosas de la parte demandante respecto de esa especie de daño y reparación.

6.4.1.3 **Morales**. Sin embargo, *también la víctima directa tiene derecho a reparación por daño extrapatrimonial por la aflicción* y las consecuencias adversas que tendrá que sobrellevar por el resto de su vida; esto es, sin menoscabo de lo que atañe al *daño a la salud*, que se

²⁶ Para retomar el pedagógico y conocido ejemplo de la literatura jurídica francesa, retomado por don Fernando Vélez en su valioso tratado, *perder la pierna (amputación)* es equivalente a *perder el premio de la competencia ecuestre*; y la *privación de oportuno tratamiento o asistencia especializada*, equivalente a *perder la oportunidad de competir por el premio*. Se indemniza aquí lo segundo; no lo primero. Ver marco teórico extenso que precede.

²⁷ Según los baremos establecidos por el Consejo de Estado para eventos de **daño a la salud**, respecto de la gravedad de la lesión padecida por la víctima directa (40.15% fol. 151 c. pruebas), corresponde una indemnización de **80 SMLMV**.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, exp. 05001233100019970117201 (31170), ponente Enrique Gil Botero. Actor: Luis Ferney Isaza Córdoba y otros. Demandada: Nación, Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.

concreta específicamente en sí mismo (amputación, limitación funcional y perturbación de locomoción), no puede excluirse lo relativo a la angustia, sufrimiento prolongado y demás afectaciones del plano emocional. Se trata de típica reparación del *perjuicio moral subjetivo*, con técnicas de equidad, referidas a la *tabla de baremos* ya citada. Por dicho concepto se le reconocerán otros **40 SMLMV**.

6.4.2 Para las **víctimas indirectas** integrantes de la familia nuclear, según los *baremos* establecidos por el Consejo de Estado²⁸ como referente indemnizatorio para el *daño máximo* (resultado adverso evitable), se reconocerán, previa reducción del 50% acorde a los lineamientos aludidos en el marco dogmático por pérdida de oportunidad, los siguientes montos:

Demandante	Calidad	Monto a indemnizar
Máfer Janeth Durán Silva	Hija	40 SMLMV
Vitermina Tumay Gualdrón	Madre	40 SMLMV
Fernando Durán Sanabria	Padre	40 SMLMV
Lix Katherine Durán Tumay	Hermana	20 SMLMV
Magdy Juliet Durán Tumay	Hermana	20 SMLMV
Gloria Isabel Durán Tumay	Hermana	20 SMLMV
Hildebrando Durán Tumay	Hermano	20 SMLMV
Deisy Astrid Durán Tumay	Hermana	20 SMLMV

6.5.3 En cuanto a la demandante Luz Dary Silva Comayán, quien dijo ser compañera permanente del lesionado, los registros de prueba testimonial indican que en la época del accidente (11 de septiembre de 2008) ostentaba dicha condición; se sabe también, por el propio afectado, que la terminación de esa relación afectiva y convivencia ocurrió tiempo después, al parecer como consecuencia de la nueva condición psicofísica del paciente derivada del accidente ofídico. Así lo relató el señor Libardo Durán Tumay en interrogatorio de parte (fol. 40 c. pruebas), quien adujo que desde el momento en que le amputaron la pierna no ha logrado conseguir trabajo alguno, por lo que la relación con la señora Silva Comayán terminó, siendo esta la causa de su separación.

La calidad de perjudicada se deriva de la *existencia probada* de vínculos afectivos y de convivencia permanente *cuando ocurrieron los hechos relevantes* que se imputan a los demandados condenados; esto es, entre el 11 y el 15 de septiembre de 2008 y su desenlace final en esa misma época. Es la consecuencia directa de ellos lo que pudo ocasionar perturbación a la compañera y causarle la aflicción que se repara. Una separación posterior, que pudiera imputarse a las sobrevenidas limitaciones físicas del lesionado o a su cambio de actitudes y comportamiento, es una expresión de efectos del daño; no el título para desconocerle la calidad de perjudicada *ya ocurrida*. En consecuencia, según los precedentes dogmáticos y los aludidos *baremos*, se le reconocerán **40 SMLMV**.

Conclusión: Se configuró un *evento de pérdida de oportunidad de tratamiento integral adecuado al cuadro clínico* del señor Libardo Durán Tumay que finalmente concluyó en un *daño autónomo* debido a: i) incumplimiento de las directrices vinculantes contenidas en los protocolos del Ministerio de Salud y Protección Social respecto del tratamiento del accidente

²⁸ Para resultado adverso con disminución de capacidad psicofísica superior al 40%, el baremo es de 80 SMLMV para grupo 1 (víctima directa y familia nuclear); para el grupo 2, 40 SMLMV. De ella se parte para *reducción proporcional en pérdida de oportunidad*. Ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, exp. 50001-23-15-000-1999-00326-01(31172), ponente: Olga Mérida Valle de la Hoz.

ofídico; ii) ausencia de medidas previsibles (tener suero disponible suficiente y servicios de bacteriología permanentes) en consideración a los niveles de morbilidad endémica de la región y, iii) tardanza en la atención especializada de *medicina interna y ortopedia*.

Así las cosas, habrá lugar a modificar la sentencia proferida en primera instancia de acuerdo a los parámetros indemnizatorios aludidos en precedencia.

7. Costas: No se impondrán; el debate ha sido serio, las partes ofrecieron pruebas y argumentos conforme al derecho procesal que les asistía, sin que se vislumbren conductas dilatorias, temeridad u otra reprochable. Ponderación que se hace en los términos del art. 55 de la Ley 446 de 1998 que subrogó al art. 171 del C.C.A.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Casanare, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1º MODIFICAR el numeral cuarto de la parte resolutive de la sentencia del 27 de mayo de 2014 proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión de Yopal dentro de la acción de reparación directa de la referencia, el cual quedará así:

4º CONDENAR a Red Salud Casanare y al Hospital de Yopal a título de reparación del daño autónomo por pérdida de oportunidad, a indemnizar solidariamente a los demandantes como se indica en la tabla que sigue:

Demandante	Calidad	Monto a indemnizar
Libardo Durán Tumay	Víctima directa	80 SMLMV
Máfer Janeth Durán Silva	Hija	40 SMLMV
Vitermina Tumay Gualdrón	Madre	40 SMLMV
Fernando Durán Sanabria	Padre	40 SMLMV
Lix Katherine Durán Tumay	Hermana	20 SMLMV
Magdy Juliet Durán Tumay	Hermana	20 SMLMV
Gloria Isabel Durán Tumay	Hermana	20 SMLMV
Hildebrando Durán Tumay	Hermano	20 SMLMV
Deisy Astrid Durán Tumay	Hermana	20 SMLMV
Luz Dary Silva Comayán	Compañera permanente	40 SMLMV
TOTAL		340 SMLMV

2º CONFIRMAR el fallo de primer grado en lo restante, en lo que fue objeto de apelación.

3º Sin costas en la instancia.

4º En firme, actualícese registro, remítanse por Secretaría las copias a que se refiere el art. 173 del C.C.A.; déjese copia de la sentencia y devuélvase el expediente al Juzgado Primero Administrativo de Yopal, donde se inició la actuación²⁹.

NOTIFÍQUESE.

(Aprobado en Sala de la fecha, Acta . Libardo Durán Tumay Vs. Hospital de Yopal E.S.E y otros; modifica estimatoria y condena solidariamente a Red Salud Casanare E.S.E. y Hospital de Yopal E.S.E. Radicación. 850013331702-2010-00021-02. Firmas hoja 29 de 29).

Los magistrados,


NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ


HÉCTOR ALONSO ÁNGEL ÁNGEL

NTG/Eliana


JOSÉ ANTONIO FIGUEROA BURBANO

con salvamento parcial de voto.

²⁹ Ver auto admisorio, 11 de marzo de 2010, folio 109. Están suprimidos el de origen y el que produjo la sentencia recurrida.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CASANARE
CARRERA 20 N° 8-90 PISO 2, INTERIOR 2
TELEFAX 6356688

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO A LA SENTENCIA PROFERIDA EL 15 DE JULIO DE 2015 DENTRO DEL SIGUIENTE PROCESO

Referencia	Radicación No. 850013331701-2010-00021-02
Acción	REPARACIÓN DIRECTA
Accionante	LIBARDO DURÁN TUMAY y otros
Accionado	NACIÓN – MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL hoy MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, RED SALUD CASANARE E.S.E, HOSPITAL DE PAZ DE ARIPORO, HOSPITAL DE PORE, HOSPITAL DE YOPAL E.S.E, CLÍNICA DEL ROSARIO Y CAPRESOCA E.P.S
Magistrado ponente	NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ

Con el debido respeto expongo a continuación las razones para salvar parcialmente voto respecto de la decisión adoptada por la Sala mayoritaria dentro del proceso referenciado. Ellas son las siguientes:

1.- La acción impetrada es la de reparación directa en donde se persigue la indemnización de daños derivada de una falla médica, por no haber atendido en debida forma ni oportunamente a la víctima directa.

2.- Dentro de este tipo de acciones le basta al actor señalar los hechos que fundamentan sus pretensiones y probarlos; a los jueces, en virtud del principio *iure novit curia* les corresponde verificarlos, declararlos probados o no, encajarlos dentro de las teorías existentes, en este caso de la responsabilidad, y decidir.

3.- En el evento que nos ocupa, el a-quo declaró la responsabilidad a título de pérdida de oportunidad. En el fallo mayoritario se aplicó la misma teoría, aduciendo que la inexistencia de suero en los Centros de Salud de Hato Corozal y Pore, y las demoras en la práctica de algunas valoraciones en el Hospital de Yopal son insuficientes para predicar la falla probada del servicio, porque no existe prueba técnica que haya separado adecuadamente en qué medida incidieron esas causas en el resultado adverso final, cuando media desde el origen del accidente el agente bacteriano de la boca de la serpiente, así como los efectos adversos del torniquete y de la aplicación de *chimú* por parte de la víctima directa.

4.- Nuestro ordenamiento jurídico, salvo las excepciones previstas taxativamente en la ley, no exige prueba *ad substantiam actus* para demostrar los hechos en que se fundamentan las pretensiones.

5.- Al proceso se arrimaron pruebas de variada índole, entre ellas, la confesión contenida en los alegatos de conclusión de la parte demandante donde reconoce que la víctima directa, inmediatamente después de la mordedura de la serpiente se hizo un torniquete en la pierna y que además se aplicó *chimú*; las historias clínicas donde aparecen reflejadas la hora de ingreso del paciente al Centro de Salud de Hato Corozal, las dificultades para la práctica de exámenes de laboratorio allí, el tiempo transcurrido desde la llegada del paciente al Centro hasta la práctica de los exámenes de laboratorio, la actividad realizada en ese Centro y su traslado al

Centro de Salud de Pore, la actividad realizada en este y su traslado posterior al Hospital de Yopal, así como los tratamientos efectuados en este y la demora en realizar algunas valoraciones; dos dictámenes periciales, uno practicado por El Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses y otro por la Universidad de Antioquia – Programa Ofidismo y Escorpionismo, en los cuales se analizan los efectos del torniquete y la aplicación del *chimú*; y prueba testimonial que corrobora y complementa la información de las historias clínicas.

Pues bien, a juicio del suscrito, el análisis de esas probanzas permite concluir que la responsabilidad se da no a título de pérdida de oportunidad, como lo señala la sentencia de primera instancia y la de la Sala mayoritaria en segunda instancia, sino por falla probada del servicio que se concreta en incumplimiento de protocolos del ministerio de salud y protección social respecto del tratamiento a seguir, ausencia de medidas previsibles, reflejada en la insuficiencia de suero ofídico para atender a pacientes, a pesar de que Hato Corozal y Pore son zonas de común ocurrencia de mordeduras de serpiente; falta de prestación inmediata de los servicios de laboratorio que permitieran adoptar medidas urgentes tendientes a minimizar o contrarrestar el veneno ofídico.

Pero igualmente en mi criterio existe prueba sobre concurrencia de causas en cabeza de la víctima directa pues según su relato, corroborado con la historia clínica, no acudió en forma inmediata al centro de salud o a la IPS más cercana; se hizo un torniquete en la pierna y se aplicó *chimú*, procedimientos que de acuerdo con los dictámenes obrantes en el expediente contribuyeron a empeorar la situación.

Conforme con las pruebas, el resultado final fue la pérdida parcial del miembro inferior derecho, que debió amputarse.

Así las cosas, a mi juicio, debió declararse la responsabilidad administrativa de las demandadas, no a título de pérdida de oportunidad sino por falla probada del servicio, en concurrencia con culpa de la víctima directa.

6.- Ahora bien, como la condena de la Sala mayoritaria fue a título de pérdida de oportunidad, no comparto que esta figura jurídica sea a la vez una modalidad de responsabilidad y además un criterio para valorar los demás perjuicios.

No, el Superior funcional ha dicho sobre la pérdida de oportunidad:

“La pérdida de oportunidad, como daño resarcible de carácter autónomo, ha sido analizada en repetidas ocasiones por la jurisprudencia de esta Corporación, particularmente en casos relativos a la responsabilidad patrimonial del Estado por actividades médico-asistenciales. Recientemente¹, la Sala reiteró los criterios expuestos en sentencias del 11 de agosto de 2010² y del 7 de julio de 2011³, así (se transcribe textualmente):

“2.- La ‘pérdida de oportunidad’ o ‘pérdida de chance’ como modalidad del daño a reparar.

“Se ha señalado que las expresiones ‘chance’ u ‘oportunidad’ resultan próximas a otras como ‘ocasión’, ‘probabilidad’ o ‘expectativa’ y que todas comparten el común elemento consistente en remitir al cálculo de probabilidades, en la medida en que se refieren a un territorio ubicable entre lo actual y lo futuro, entre lo hipotético y lo seguro o entre lo cierto y lo incierto (...) Es decir que para un determinado sujeto había probabilidades a favor y

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de abril de 2013, expediente 26.437.

² Expediente 18.593.

³ Expediente 20.139.

probabilidades en contra de obtener o no cierta ventaja patrimonial, pero un hecho cometido por un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades.

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

“La pérdida de oportunidad constituye, entonces, una particular modalidad de daño caracterizada porque en ella coexisten un elemento de certeza y otro de incertidumbre: la certeza de que en caso de no haber mediado el hecho dañino el damnificado habría conservado la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de evitar una pérdida para su patrimonio y la incertidumbre, definitiva ya, en torno de si habiéndose mantenido la situación fáctica y/o jurídica que constituía presupuesto de la oportunidad, realmente la ganancia se habría obtenido o la pérdida se hubiere evitado; expuesto de otro modo, a pesar de la situación de incertidumbre, hay en este tipo de daño algo actual, cierto e indiscutible consistente en la efectiva pérdida de la probabilidad de lograr un beneficio o de evitar un detrimento (...).

“Por otra parte, con el fin de precisar los alcances de la noción de ‘pérdida de oportunidad’ conviene identificar con la mayor claridad posible sus límites: así, de un lado, en caso de que el ‘chance’ constituya en realidad una posibilidad muy vaga y genérica, se estará en presencia de un daño meramente hipotético o eventual que no resulta indemnizable y, de otro lado, no puede perderse de vista que lo perdido o frustrado es la oportunidad en sí misma y no el beneficio que se esperaba lograr o la pérdida que se pretendía eludir, los cuales constituyen rubros distintos del daño. En consecuencia, la oportunidad difuminada como resultado del hecho dañoso no equivale a la pérdida de lo que estaba en juego, sino a la frustración de las probabilidades que se tenían de alcanzar el resultado anhelado, probabilidades que resultan sustantivas en sí mismas y, por contera, representativas de un valor económico incuestionable que será mayor, cuanto mayores hayan sido las probabilidades de conseguir el beneficio que se pretendía, habida consideración de las circunstancias fácticas de cada caso.

“La pérdida de oportunidad como rubro autónomo del daño demuestra que éste no siempre comporta la transgresión de un derecho subjetivo, pues la sola esperanza probable de obtener un beneficio o de evitar una pérdida constituye un bien jurídicamente protegido cuya afectación confiere derecho a una reparación que debe limitarse a la extensión del ‘chance’ en sí mismo, con prescindencia del resultado final incierto, frente a lo cual resulta lógico que dicha oportunidad perdida ‘tiene un precio por sí misma, que no puede identificarse con el importe total de lo que estaba en juego, sino que ha de ser, necesariamente, inferior a él’, para su determinación (...).”

En relación con el daño indemnizable en los eventos en los que se encuentra acreditada la pérdida de oportunidad, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado:

“Tratándose de eventos en los cuales se accede a la reparación de la pérdida de un chance, lo indicado no puede ser el reconocimiento, en favor de la víctima, del valor total de la ventaja de la cual fue privado o del deterioro patrimonial que no pudo evitar a raíz del hecho del demandado, sino tener en cuenta que la oportunidad desaparecida tenía un valor y que es éste el que debe ser restablecido; ese valor, según antes se indicó, ha de resultar indiscutiblemente inferior a aquél que hubiere correspondido en caso de haberse demostrado el vínculo causal entre la pérdida del beneficio esperado por la víctima y el hecho de aquel a quien se imputa la correspondiente responsabilidad resarcitoria; es más, como también precedentemente se indicó, el monto de la indemnización por la pérdida de la oportunidad habrá de establecerse proporcionalmente respecto del provecho que finalmente anhelaba el afectado, en función de las mayores o menores probabilidades que tuviere de haber alcanzado ese resultado en el evento de no haber mediado el hecho dañino”⁴.

La sola incertidumbre sobre las causa del daño no conlleva automáticamente a condenar por la pérdida de la oportunidad, pues si ello fuera así, en todos los casos en los que la falla no se lograra acreditar, derivarían consecuentemente en una condena por este concepto. No, la pérdida de la oportunidad debe ser cierta y requiere demostrar el nexo causal entre los hechos constitutivos del daño (actuación médica) y la oportunidad (de vivir, prolongar su existencia o mejorar).

La misma Corporación ha establecido los criterios para determinar este tipo de daño⁵:

“(i) Certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde, aunque la misma envuelva un componente aleatorio, lo cual significa que esta modalidad de daño da lugar a un resarcimiento a pesar de que el bien lesionado no tiene la entidad de un derecho subjetivo —pues se trata de un mero interés legítimo, de la frustración de una expectativa, sin que ello suponga que se trata de un daño puramente eventual—, siempre y cuando se acredite inequívocamente la existencia de ‘una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente’⁶ de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido la expectativa de obtener la ganancia o de evitar el detrimento correspondientes⁷;

(ii) Imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento, vale decir, la probabilidad de obtener la ventaja debe haberse convertido en inexistente, pues si la consolidación del daño dependiera aún del futuro, se trataría de un perjuicio eventual e hipotético, no susceptible del reconocimiento de una indemnización

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, expediente 18.593.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. M.P. Mauricio Fajardo. **Sentencia de 21 de marzo de 2012. Radicado 88001233100019980000301 (19755).**

⁶ TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance Presupuestos. Determinación. Cuantificación*, Astrea, Buenos Aires, 2008, pp. 38-39.

⁷ A este respecto se ha sostenido que *“... la chance u oportunidad, es una posibilidad concreta que existe para obtener un beneficio. El incierto es el beneficio pero la posibilidad de intervenir es concreta, pues existe de forma indiscutible. Por eso sostenemos que existe daño jurídicamente indemnizable cuando se impide esa oportunidad o esa chance: se presenta el daño... Las dificultades pueden presentarse en la evaluación, porque lógicamente ésa no puede ser la del beneficio que posiblemente se habría obtenido sino otra muy distinta”* (énfasis añadido). Cfr. MARTÍNEZ RAVÉ, Gilberto y MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina, *Responsabilidad civil extracontractual*, Temis, Bogotá, 2003, p. 260.

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

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

que el porvenir podría convertir en indebida⁸; lo expuesto se antoja lógico en la medida en que si el resultado todavía puede ser alcanzado, el “chance” aún no estaría perdido y nada habría por indemnizar; por tanto, si bien se mantiene la incertidumbre respecto de si dicho resultado se iba a producir, o no, la probabilidad de percibir la ganancia o de evitar el perjuicio sí debe haber desaparecido definitivamente del patrimonio —material o inmaterial— del individuo porque dichos resultados ya no podrán ser alcanzados jamás.

Tal circunstancia es la que permite diferenciar la ‘pérdida de oportunidad’ del ‘lucro cesante’ como rubros diversos del daño, pues mientras que la primera constituye una pérdida de ganancia probable —dado que, según se ha visto, por su virtud habrán de indemnizarse las expectativas legítimas y fundadas de obtener unos beneficios o de evitar una pérdida que por razón del hecho dañoso nunca se sabrá si habrían de conseguirse, o no—, el segundo implica una pérdida de ganancia cierta —se dejan de percibir unos ingresos que ya se tenían⁹—;

(iii) La víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado, es decir que debe analizarse si el afectado realmente se hallaba, para el momento en el cual ocurre el hecho dañino, en una situación tanto fáctica como jurídicamente idónea para alcanzar el provecho por el cual propugnaba, posición jurídica que ‘no existe cuando quien se pretende damnificado, no llegó a emplazarse en la situación idónea para hacer la ganancia o evitar la pérdida’¹⁰.

Así mismo se ha pronunciado el Consejo de Estado respecto de la cuantía de la pérdida de la oportunidad, en los siguientes términos:

“Tratándose de eventos en los cuales se accede a la reparación de la pérdida de un chance, lo indicado no puede ser el reconocimiento, en favor de la víctima, del valor total de la ventaja de la cual fue privado o del deterioro patrimonial que no pudo evitar a raíz del hecho del demandado, sino tener en cuenta que la oportunidad desaparecida tenía un valor y que es éste el que debe ser restablecido; ese valor, según antes se indicó, ha de resultar indiscutiblemente inferior a aquél que hubiere correspondido en caso de haberse demostrado el vínculo causal entre la pérdida del beneficio esperado por la víctima y el hecho de aquel a quien se imputa la correspondiente responsabilidad resarcitoria; es más, como también precedentemente se indicó, el monto de la indemnización por la pérdida de la oportunidad habrá de establecerse proporcionalmente respecto del provecho que finalmente anhelaba el afectado, en función de las mayores o menores probabilidades que tuviere de haber alcanzado ese resultado en el evento de no haber mediado el hecho dañino”¹¹

Por lo tanto, si la pérdida de oportunidad es un perjuicio autónomo que debe reconocerse, ello implica que no es un criterio disminuyente de los demás perjuicios

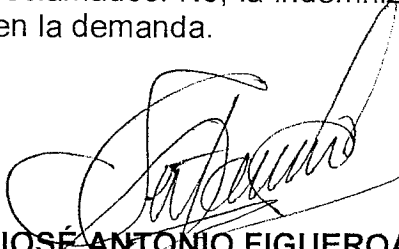
⁸ HENAO, Juan Carlos, *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pp. 159-160.

⁹ Al respecto la doctrina afirma que “...en el lucro cesante está ‘la convicción digamos más o menos absoluta de que determinada ganancia se produzca’, mientras que en la pérdida de chance hay ‘un álea que disminuye las posibilidades de obtenerla’, diríase que en el lucro cesante el reclamo se basa en una mayor intensidad en las probabilidades de haber obtenido esa ganancia que se da por descontado que de no haberse producido el hecho frustrante se habría alcanzado. Desde el prisma de lo cualitativo cabe señalar que el lucro cesante invariablemente habrá de consistir en una ganancia dejada de percibir, en tanto que la pérdida de chance puede estar configurada por una ganancia frustrada y además por la frustración de una posibilidad de evitar un perjuicio”. Cfr. VERGARA, Leandro, *Pérdida de chance. Noción conceptual. Algunas precisiones*, LL, 1995-D-78, N° 3, apud TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance*, cit., p. 262.

¹⁰ ZANNONI, Eduardo, *El daño en la responsabilidad civil*, Astrea, Buenos Aires, 1987, pp. 110-111.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, expediente 18.593.

reclamados. No, la indemnización es única pero menor que los perjuicios pedidos en la demanda.



JOSÉ ANTONIO FIGUEROA BURBANO

Magistrado

Fecha ut supra.

GZ



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CASANARE
CARRERA 20 N° 8-90 PISO 2, INTERIOR 2
TELEFAX 6356688

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO A LA SENTENCIA PROFERIDA EL 15 DE JULIO DE 2015 DENTRO DEL SIGUIENTE PROCESO

Referencia	Radicación No. 850013331701-2010-00021-02
Acción	REPARACIÓN DIRECTA
Accionante	LIBARDO DURÁN TUMAY y otros
Accionado	NACIÓN – MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL hoy MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, RED SALUD CASANARE E.S.E, HOSPITAL DE PAZ DE ARIPORO, HOSPITAL DE PORE, HOSPITAL DE YOPAL E.S.E, CLÍNICA DEL ROSARIO Y CAPRESOCA E.P.S
Magistrado ponente	NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ

Con el debido respeto expongo a continuación las razones para salvar parcialmente voto respecto de la decisión adoptada por la Sala mayoritaria dentro del proceso referenciado. Ellas son las siguientes:

- 1.- La acción impetrada es la de reparación directa en donde se persigue la indemnización de daños derivada de una falla médica, por no haber atendido en debida forma ni oportunamente a la víctima directa.
- 2.- Dentro de este tipo de acciones le basta al actor señalar los hechos que fundamentan sus pretensiones y probarlos; a los jueces, en virtud del principio *iure novit curia* les corresponde verificarlos, declararlos probados o no, encajarlos dentro de las teorías existentes, en este caso de la responsabilidad, y decidir.
- 3.- En el evento que nos ocupa, el a-quo declaró la responsabilidad a título de pérdida de oportunidad. En el fallo mayoritario se aplicó la misma teoría, aduciendo que la inexistencia de suero en los Centros de Salud de Hato Corozal y Pore, y las demoras en la práctica de algunas valoraciones en el Hospital de Yopal son insuficientes para predicar la falla probada del servicio, porque no existe prueba técnica que haya separado adecuadamente en qué medida incidieron esas causas en el resultado adverso final, cuando media desde el origen del accidente el agente bacteriano de la boca de la serpiente, así como los efectos adversos del torniquete y de la aplicación de *chimú* por parte de la víctima directa.
- 4.- Nuestro ordenamiento jurídico, salvo las excepciones previstas taxativamente en la ley, no exige prueba *ad substantiam actus* para demostrar los hechos en que se fundamentan las pretensiones.
- 5.- Al proceso se arrimaron pruebas de variada índole, entre ellas, la confesión contenida en los alegatos de conclusión de la parte demandante donde reconoce que la víctima directa, inmediatamente después de la mordedura de la serpiente se hizo un torniquete en la pierna y que además se aplicó *chimú*; las historias clínicas donde aparecen reflejadas la hora de ingreso del paciente al Centro de Salud de Hato Corozal, las dificultades para la práctica de exámenes de laboratorio allí, el tiempo transcurrido desde la llegada del paciente al Centro hasta la práctica de los exámenes de laboratorio, la actividad realizada en ese Centro y su traslado al

Centro de Salud de Pore, la actividad realizada en este y su traslado posterior al Hospital de Yopal, así como los tratamientos efectuados en este y la demora en realizar algunas valoraciones; dos dictámenes periciales, uno practicado por El Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses y otro por la Universidad de Antioquia – Programa Ofidismo y Escorpionismo, en los cuales se analizan los efectos del torniquete y la aplicación del *chimú*; y prueba testimonial que corrobora y complementa la información de las historias clínicas.

Pues bien, a juicio del suscrito, el análisis de esas probanzas permite concluir que la responsabilidad se da no a título de pérdida de oportunidad, como lo señala la sentencia de primera instancia y la de la Sala mayoritaria en segunda instancia, sino por falla probada del servicio que se concreta en incumplimiento de protocolos del ministerio de salud y protección social respecto del tratamiento a seguir, ausencia de medidas previsibles, reflejada en la insuficiencia de suero ofídico para atender a pacientes, a pesar de que Hato Corozal y Pore son zonas de común ocurrencia de mordeduras de serpiente; falta de prestación inmediata de los servicios de laboratorio que permitieran adoptar medidas urgentes tendientes a minimizar o contrarrestar el veneno ofídico.

Pero igualmente en mi criterio existe prueba sobre concurrencia de causas en cabeza de la víctima directa pues según su relato, corroborado con la historia clínica, no acudió en forma inmediata al centro de salud o a la IPS más cercana; se hizo un torniquete en la pierna y se aplicó *chimú*, procedimientos que de acuerdo con los dictámenes obrantes en el expediente contribuyeron a empeorar la situación.

Conforme con las pruebas, el resultado final fue la pérdida parcial del miembro inferior derecho, que debió amputarse.

Así las cosas, a mi juicio, debió declararse la responsabilidad administrativa de las demandadas, no a título de pérdida de oportunidad sino por falla probada del servicio, en concurrencia con culpa de la víctima directa.

6.- Ahora bien, como la condena de la Sala mayoritaria fue a título de pérdida de oportunidad, no comparto que esta figura jurídica sea a la vez una modalidad de responsabilidad y además un criterio para valorar los demás perjuicios.

No, el Superior funcional ha dicho sobre la pérdida de oportunidad:

“La pérdida de oportunidad, como daño resarcible de carácter autónomo, ha sido analizada en repetidas ocasiones por la jurisprudencia de esta Corporación, particularmente en casos relativos a la responsabilidad patrimonial del Estado por actividades médico-asistenciales. Recientemente¹, la Sala reiteró los criterios expuestos en sentencias del 11 de agosto de 2010² y del 7 de julio de 2011³, así (se transcribe textualmente):

“2.- La ‘pérdida de oportunidad’ o ‘pérdida de chance’ como modalidad del daño a reparar.

“Se ha señalado que las expresiones ‘chance’ u ‘oportunidad’ resultan próximas a otras como ‘ocasión’, ‘probabilidad’ o ‘expectativa’ y que todas comparten el común elemento consistente en remitir al cálculo de probabilidades, en la medida en que se refieren a un territorio ubicable entre lo actual y lo futuro, entre lo hipotético y lo seguro o entre lo cierto y lo incierto (...) Es decir que para un determinado sujeto había probabilidades a favor y

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de abril de 2013, expediente 26.437.

² Expediente 18.593.

³ Expediente 20.139.

probabilidades en contra de obtener o no cierta ventaja patrimonial, pero un hecho cometido por un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades.

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

“La pérdida de oportunidad constituye, entonces, una particular modalidad de daño caracterizada porque en ella coexisten un elemento de certeza y otro de incertidumbre: la certeza de que en caso de no haber mediado el hecho dañino el damnificado habría conservado la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de evitar una pérdida para su patrimonio y la incertidumbre, definitiva ya, en torno de si habiéndose mantenido la situación fáctica y/o jurídica que constituía presupuesto de la oportunidad, realmente la ganancia se habría obtenido o la pérdida se hubiere evitado; expuesto de otro modo, a pesar de la situación de incertidumbre, hay en este tipo de daño algo actual, cierto e indiscutible consistente en la efectiva pérdida de la probabilidad de lograr un beneficio o de evitar un detrimento (...).

“Por otra parte, con el fin de precisar los alcances de la noción de ‘pérdida de oportunidad’ conviene identificar con la mayor claridad posible sus límites: así, de un lado, en caso de que el ‘chance’ constituya en realidad una posibilidad muy vaga y genérica, se estará en presencia de un daño meramente hipotético o eventual que no resulta indemnizable y, de otro lado, no puede perderse de vista que lo perdido o frustrado es la oportunidad en sí misma y no el beneficio que se esperaba lograr o la pérdida que se pretendía eludir, los cuales constituyen rubros distintos del daño. En consecuencia, la oportunidad difuminada como resultado del hecho dañoso no equivale a la pérdida de lo que estaba en juego, sino a la frustración de las probabilidades que se tenían de alcanzar el resultado anhelado, probabilidades que resultan sustantivas en sí mismas y, por contera, representativas de un valor económico incuestionable que será mayor, cuanto mayores hayan sido las probabilidades de conseguir el beneficio que se pretendía, habida consideración de las circunstancias fácticas de cada caso.

“La pérdida de oportunidad como rubro autónomo del daño demuestra que éste no siempre comporta la transgresión de un derecho subjetivo, pues la sola esperanza probable de obtener un beneficio o de evitar una pérdida constituye un bien jurídicamente protegido cuya afectación confiere derecho a una reparación que debe limitarse a la extensión del ‘chance’ en sí mismo, con prescindencia del resultado final incierto, frente a lo cual resulta lógico que dicha oportunidad perdida ‘tiene un precio por sí misma, que no puede identificarse con el importe total de lo que estaba en juego, sino que ha de ser, necesariamente, inferior a él’, para su determinación (...).”

En relación con el daño indemnizable en los eventos en los que se encuentra acreditada la pérdida de oportunidad, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado:

“Tratándose de eventos en los cuales se accede a la reparación de la pérdida de un chance, lo indicado no puede ser el reconocimiento, en favor de la víctima, del valor total de la ventaja de la cual fue privado o del deterioro patrimonial que no pudo evitar a raíz del hecho del demandado, sino tener en cuenta que la oportunidad desaparecida tenía un valor y que es éste el que debe ser restablecido; ese valor, según antes se indicó, ha de resultar indiscutiblemente inferior a aquél que hubiere correspondido en caso de haberse demostrado el vínculo causal entre la pérdida del beneficio esperado por la víctima y el hecho de aquel a quien se imputa la correspondiente responsabilidad resarcitoria; es más, como también precedentemente se indicó, el monto de la indemnización por la pérdida de la oportunidad habrá de establecerse proporcionalmente respecto del provecho que finalmente anhelaba el afectado, en función de las mayores o menores probabilidades que tuviere de haber alcanzado ese resultado en el evento de no haber mediado el hecho dañino”⁴.

La sola incertidumbre sobre las causa del daño no conlleva automáticamente a condenar por la pérdida de la oportunidad, pues si ello fuera así, en todos los casos en los que la falla no se lograra acreditar, derivarían consecuentemente en una condena por este concepto. No, la pérdida de la oportunidad debe ser cierta y requiere demostrar el nexo causal entre los hechos constitutivos del daño (actuación médica) y la oportunidad (de vivir, prolongar su existencia o mejorar).

La misma Corporación ha establecido los criterios para determinar este tipo de daño⁵:

“(i) Certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde, aunque la misma envuelva un componente aleatorio, lo cual significa que esta modalidad de daño da lugar a un resarcimiento a pesar de que el bien lesionado no tiene la entidad de un derecho subjetivo —pues se trata de un mero interés legítimo, de la frustración de una expectativa, sin que ello suponga que se trata de un daño puramente eventual—, siempre y cuando se acredite inequívocamente la existencia de ‘una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente’⁶ de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido la expectativa de obtener la ganancia o de evitar el detrimento correspondientes⁷;

(ii) Imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento, vale decir, la probabilidad de obtener la ventaja debe haberse convertido en inexistente, pues si la consolidación del daño dependiera aún del futuro, se trataría de un perjuicio eventual e hipotético, no susceptible del reconocimiento de una indemnización

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, expediente 18.593.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. M.P. Mauricio Fajardo. Sentencia de 21 de marzo de 2012. Radicado 88001233100019980000301 (19755).

⁶ TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance Presupuestos. Determinación. Cuantificación*, Astrea, Buenos Aires, 2008, pp. 38-39.

⁷ A este respecto se ha sostenido que *“... la chance u oportunidad, es una posibilidad concreta que existe para obtener un beneficio. El incierto es el beneficio pero la posibilidad de intervenir es concreta, pues existe de forma indiscutible. Por eso sostenemos que existe daño jurídicamente indemnizable cuando se impide esa oportunidad o esa chance: se presenta el daño... Las dificultades pueden presentarse en la evaluación, porque lógicamente ésa no puede ser la del beneficio que posiblemente se habría obtenido sino otra muy distinta”* (énfasis añadido). Cfr. MARTÍNEZ RAVÉ, Gilberto y MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina, *Responsabilidad civil extracontractual*, Temis, Bogotá, 2003, p. 260.

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

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

que el porvenir podría convertir en indebida⁸; lo expuesto se antoja lógico en la medida en que si el resultado todavía puede ser alcanzado, el "chance" aún no estaría perdido y nada habría por indemnizar; por tanto, si bien se mantiene la incertidumbre respecto de si dicho resultado se iba a producir, o no, la probabilidad de percibir la ganancia o de evitar el perjuicio sí debe haber desaparecido definitivamente del patrimonio —material o inmaterial— del individuo porque dichos resultados ya no podrán ser alcanzados jamás.

Tal circunstancia es la que permite diferenciar la 'pérdida de oportunidad' del 'lucro cesante' como rubros diversos del daño, pues mientras que la primera constituye una pérdida de ganancia probable —dado que, según se ha visto, por su virtud habrán de indemnizarse las expectativas legítimas y fundadas de obtener unos beneficios o de evitar una pérdida que por razón del hecho dañoso nunca se sabrá si habrían de conseguirse, o no—, el segundo implica una pérdida de ganancia cierta —se dejan de percibir unos ingresos que ya se tenían⁹—;

(iii) La víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado, es decir que debe analizarse si el afectado realmente se hallaba, para el momento en el cual ocurre el hecho dañino, en una situación tanto fáctica como jurídicamente idónea para alcanzar el provecho por el cual propugnaba, posición jurídica que 'no existe cuando quien se pretende damnificado, no llegó a emplazarse en la situación idónea para hacer la ganancia o evitar la pérdida'¹⁰.

Así mismo se ha pronunciado el Consejo de Estado respecto de la cuantía de la pérdida de la oportunidad, en los siguientes términos:

"Tratándose de eventos en los cuales se accede a la reparación de la pérdida de un chance, lo indicado no puede ser el reconocimiento, en favor de la víctima, del valor total de la ventaja de la cual fue privado o del deterioro patrimonial que no pudo evitar a raíz del hecho del demandado, sino tener en cuenta que la oportunidad desaparecida tenía un valor y que es éste el que debe ser restablecido; ese valor, según antes se indicó, ha de resultar indiscutiblemente inferior a aquél que hubiere correspondido en caso de haberse demostrado el vínculo causal entre la pérdida del beneficio esperado por la víctima y el hecho de aquel a quien se imputa la correspondiente responsabilidad resarcitoria; es más, como también precedentemente se indicó, el monto de la indemnización por la pérdida de la oportunidad habrá de establecerse proporcionalmente respecto del provecho que finalmente anhelaba el afectado, en función de las mayores o menores probabilidades que tuviere de haber alcanzado ese resultado en el evento de no haber mediado el hecho dañino"¹¹

Por lo tanto, si la pérdida de oportunidad es un perjuicio autónomo que debe reconocerse, ello implica que no es un criterio disminuyente de los demás perjuicios

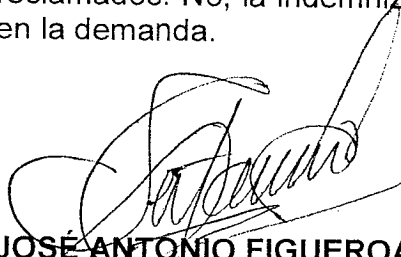
⁸ HENAO, Juan Carlos, *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pp. 159-160.

⁹ Al respecto la doctrina afirma que "...en el lucro cesante está 'la convicción digamos más o menos absoluta de que determinada ganancia se produzca', mientras que en la pérdida de chance hay 'un álea que disminuye las posibilidades de obtenerla', diríase que en el lucro cesante el reclamo se basa en una mayor intensidad en las probabilidades de haber obtenido esa ganancia que se da por descontado que de no haberse producido el hecho frustrante se habría alcanzado. Desde el prisma de lo cualitativo cabe señalar que el lucro cesante invariablemente habrá de consistir en una ganancia dejada de percibir, en tanto que la pérdida de chance puede estar configurada por una ganancia frustrada y además por la frustración de una posibilidad de evitar un perjuicio". Cfr. VERGARA, Leandro, *Pérdida de chance. Noción conceptual. Algunas precisiones*, LL, 1995-D-78, N° 3, apud TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance*, cit., p. 262.

¹⁰ ZANNONI, Eduardo, *El daño en la responsabilidad civil*, Astrea, Buenos Aires, 1987, pp. 110-111.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, expediente 18.593.

reclamados. No, la indemnización es única pero menor que los perjuicios pedidos en la demanda.



JOSÉ ANTONIO FIGUEROA BURBANO
Magistrado
Fecha ut supra.
GZ