



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META

Villavicencio, treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 4

MAGISTRADA PONENTE: CLAUDIA PATRICIA ALONSO PÉREZ

RADICACIÓN:	50 001 33 31 005 2009 00269 01
1° INSTANCIA:	JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO
ACCIÓN:	REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE:	GRACIELA PÉREZ MOLANO Y OTROS
DEMANDADO:	HOSPITAL DEPARTAMENTAL DE VILLAVICENCIO
LL. EN GARANTÍA:	LA PREVISORA SA COMPAÑÍA DE SEGUROS

Revisado el proceso de la referencia, advierte la sala que no ha ocurrido causal de nulidad que invalide la actuación procesal surtida, razón por la cual procede a decidir los RECURSOS DE APELACIÓN, formulados por la parte actora¹, el demandado² y el llamado en garantía³, contra la sentencia del 17 de septiembre de 2019⁴, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo de Villavicencio, por medio de la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

A N T E C E D E N T E S

1. SÍNTESIS DE LA DEMANDA⁵:

Ante esta jurisdicción, en ejercicio de la acción de Reparación Directa consagrada en el artículo 86 del CCA., concurren GRACIELA PÉREZ MOLANO, MYRIAM MILENA MÉNDEZ PÉREZ quien actúa en nombre propio y en representación de sus menores hijos CARLOS SERGIO CASTILLO MÉNDEZ y JUAN SEBASTIÁN PÉREZ MÉNDEZ, contra el HOSPITAL DEPARTAMENTAL DE VILLAVICENCIO ESE.

Pretenden los demandantes que se declare extracontractual, administrativa y patrimonialmente responsable a la demandada por los perjuicios morales, materiales y de daño de la vida de relación causados por las lesiones sufridas por GRACIELA PÉREZ MOLANO, derivadas de la falla médico asistencial el día 12 de agosto de 2007.

¹ Páginas 110-119 Archivo digital (02). 356-365 físico

² Páginas 120-125 Archivo digital (02). 366-371 físico

³ Páginas 96-109 Archivo digital (02). 244-355 físico

⁴ Páginas 64-94 Archivo digital (02). 327-242 físico

⁵ Páginas 6-13 Archivo digital (01). 3-10 físico

Como reparación del daño piden por concepto de *perjuicios materiales* en la modalidad de lucro cesante consolidado la suma de \$16.587.074, actualizada al momento de la sentencia y por lucro cesante futuro \$85.698.815.

De igual forma pidieron reconocer el valor que ha de sufragar por los servicios de una enfermera durante el tiempo que le quede de vida para que la atienda.

En cuanto a lo que denominó "*perjuicio fisiológico o daño a la vida de relación*", pidió la suma equivalente a 100 SMLMV, para la víctima, por cuanto la pérdida de la pierna derecha le impide disfrutar de los placeres de la vida, como caminar, ser autosuficiente en sus desplazamientos, bailar, pérdida de la estética y autoestima.

Finalmente, por *perjuicios morales* pide la suma equivalente a 100 SMLMV para cada uno de los demandantes.

El sustento fáctico, lo narra el apoderado de la parte actora, expresando que el 12 de agosto de 2007, la señora GRACIELA PÉREZ MOLANO sufrió una caída desde su propia altura, ocasionándole un golpe en la rodilla derecha, razón por la que fue llevada por urgencias al HOSPITAL DEPARTAMENTAL DE VILLAVICENCIO a las 6:30 am, donde se evidenció la necesidad de una posible cirugía, pero el ortopedista no estaba.

Seguidamente, comenta que le practicaron un examen denominado DOPPLER, porque al parecer había poco paso sanguíneo, sin recibir más atención ese día.

El día 13 de agosto, a las 11:00 am, su hija MYRIAM MILENA MÉNDEZ encontró que la pierna de su progenitora estaba cubierta con una venda desde la rodilla hasta el tobillo, notando que el pie tenía un color rojizo y "*brillaba de la hinchazón*". El 14 de agosto, fue valorada por el cirujano BOHÓRQUEZ quien "*ingresa a la habitación y al observar el pie le dice que ya no hay nada que hacer, que debían amputarle el pie o que la vida de ella corría peligro, sin embargo, el cirujano indagaba que QUIEN HABÍA DADO LA ORDEN DE COLOCARLE ESA VENDA*".

Aduce que, ante la renuencia de autorizar la amputación de la pierna, se les informó que podría realizarse un injerto, intervención que se practicó el 15 de agosto, pero era demasiado tarde, pues la infección y la necrosis llevaron a la amputación de la pierna el 27 de agosto del año en comento.

Explica que el examen de DOPPLER realizado arrojó "*insuficiencia vascular periférica distal derecha- insuficiencia periférica arterial severa a nivel distal*", colocándose por ortopedia una venda que ayudó a que no llegara irrigación sanguínea al pie.

Por lo anterior, se concluye que hubo una falla médica en la lectura del DOPPLER y una falla asistencial en la colocación del vendaje que le obstruyó aún más la irrigación sanguínea.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA⁶:

El HOSPITAL DEPARTAMENTAL DE VILLAVICENCIO ESE, a través de su apoderada judicial explicó que la paciente llegó el 12 de agosto de 2007 a las 7:11 am con trauma de rodilla derivado de una caída, teniendo como antecedente artritis reumatoidea, encontrando ausencia de pulso distal en miembro inferior derecho, por lo que se ordenó radiografía, laboratorio y valoración por ortopedia.

Aduce que ante la situación se solicitó valoración por cirugía general, quien encontró pulso disminuido y alteraciones neurológicas, por lo que solicitó ECO DOPPLER ARTERIAL cuyo reporte se transcribe como insuficiencia vascular periférica severa a nivel distal que compromete pulsos pedio y tibial secundario a arterioesclerosis y edema.

Indica que después de comentar el caso con cirugía, el doctor Gutiérrez anota *"cirugía considera que se trata de un cuadro obstructivo vascular antiguo E INMOVILIZA EN VENDA DE Robert Jones."*. Al día siguiente en la valoración por cirugía general persistía la ausencia de pulso pedio con disminución del llenado capilar, además el DOPPLER descartaba cuadro agudo dejando ver un evento obstructivo *"por lo que considera que no hay indicación quirúrgica y da salida por cirugía"*.

Sin embargo, el 14 de agosto el área de ortopedia solicitó un nuevo Doppler y valoración por cirugía vascular. Por su parte, el Dr. MIGUEL BOHÓRQUEZ anotó que había isquemia a nivel de pie sin motilidad ni sensibilidad, por lo que explica sobre la pérdida del pie y la pierna.

Aduce que como quiera que no se autorizó la amputación del miembro inferior, se procedió a realizar el 15 de agosto un injerto vascular de safena, resecano un segmento de la arteria, trombectomía, fasciotomías y desbridamiento, siendo trasladada a UCI por el riesgo de reperfusión. Estando allí se realizaron una arteriografía de control observando estenosis del 50% a nivel de la anastomosis, empero, en la valoración del 22 de agosto el Dr. Rene Covelli recomienda junta médica de ortopedia, cirugía general y fisiatra para definir el futuro y funcionalidad de la extremidad para considerar amputación.

Después de ello, se habló con la familia sobre la necesidad de amputación supracondilea.

⁶ Páginas 54-61 Archivo digital (01). 45-52 físico

Todo ello, muestra que la atención médica fue oportuna y eficiente realizándose los estudios de la *lex artis*, prescribiéndose los medicamentos necesarios, además, siempre estuvo a disposición de la paciente un equipo interdisciplinario especializado y experimentado.

Trajo a colación el concepto del COORDINADOR DE ORTOPEDIA DEL HOSPITAL DEPARTAMENTAL DE VILLAVICENCIO, quien indicó que lo ocurrido fue una trombosis arterial por trauma en un vaso sanguíneo ya muy lesionado por arterioesclerosis. Además, señaló que el actuar de los ortopedistas fue adecuado, valorándose rápidamente a la paciente solicitando el concepto del cirujano.

3. CONTESTACIÓN DE LA LLAMADA EN GARANTÍA:

Mediante auto del 14 de septiembre de 2010⁷, se admitió el llamamiento en garantía efectuado por el demandado frente a la PREVISORA SA COMPAÑÍA DE SEGUROS.

La llamada en garantía contestó⁸, expresando que la póliza fundamento de la citación no cubre el evento materia del proceso, además, si bien es cierto la póliza se encuentra vigente para periodo comprendido entre el 28 de febrero de 2010 al 28 de febrero de 2011, este contrato de seguro no ha sido renovado anualmente de manera ininterrumpida.

En cuanto a las pretensiones de la demanda adujo que carecen de sustento probatorio.

Finalmente, propone a las excepciones de *NO COBERTURA DEL CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL PARA INSTITUCIONES MEDICAS FUNDAMENTO DE LA CITACIÓN, POR CONSTITUIR UN EVENTO QUE NO FUE RECLAMADO Y NOTIFICADO DURANTE LA VIGENCIA DE LA PÓLIZA-CLAUSULA CLAIMS MADE; LIMITE DE LA EVENTUAL OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA A CARGO DE LA MI REPRESENTADA Y A FAVOR DE LA DEMANDANTE POR CUENTA DE LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL FUNDAMENTO DE LA CITACIÓN- LIMITE ASEGURADO PACTADO PARA LOS DIFERENTES AMPAROS; DISPONIBILIDAD DEL VALOR ASEGURADO, LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LA PREVISORA SA COMPAÑÍA DE SEGUROS AL MONTO DE LA SUMA ASEGURADA POR CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD CIVIL ARTÍCULOS 1079 Y 1111 DEL CÓDIGO DE COMERCIO; LAS EXCLUSIONES DE AMPARO EXPRESAMENTE PREVISTAS EN LAS CONDICIONES GENERALES DE LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL No. 1001370 INVOCADA COMO FUNDAMENTO DE LA CITACIÓN; INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE EL DAÑO Y LA FALLA DEL SERVICIO.*

⁷ Páginas 87-89 Archivo digital (01). 73-74 físico

⁸ Páginas 23-36 Archivo digital (03). 14-24 físico de Cdo Llamado en Garantía

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁹:

El Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Villavicencio, en sentencia del 17 de septiembre de 2019, accedió a las pretensiones de la demanda.

Para tal efecto, analizó el régimen de responsabilidad aplicable, concluyendo que en el caso se encontraba plenamente acreditado el daño, consistente en la amputación infracondilea del miembro inferior derecho de la señora GRACIELA PÉREZ MOLANO el 27 de agosto de 2007.

En cuanto a la falla en el servicio, adujo que la misma se evidenciaba en la mora en la realización del procedimiento requerido por la paciente para tratar la lesión vascular y evitar la amputación de su pierna, para lo cual trajo a colación el dictamen pericial rendido por el especialista del Hospital La Samaritana, quien adujo que el tiempo de reacción en este caso es de 6 a 8 horas y la intervención se realizó pasadas 48 desde la lesión.

Sin embargo, como la paciente tenía unos antecedentes clínicos, arterioesclerosis y obesidad mórbida, lo cuales se convirtieron en factores de riesgo para el daño que hoy se reclama *"se infiere que es posible que en el resultado final hubiere influido la condición anterior que ya traía instaurada la paciente. En consecuencia, se disminuirá el valor de la condena en un cincuenta por ciento (50%)*.

Frente a LA PREVISORA SA COMPAÑÍA DE SEGUROS adujo que entre la demandada y la llamada en garantía se suscribió la póliza de seguro No. 1001370 para la vigencia 01/02/2007-01/01/2008, *"cuyo (sic) amparos contratados consistieron en la cobertura de la responsabilidad civil del hospital, daños morales, gastos médicos derivada de la prestación del servicio de salud, tal y como se advierte a folios 25 al 06 del c. de llamamiento en garantía"*, luego como quiera que el evento ocurrió el 27 de agosto de 2007, se entiende que el riesgo estaba cubierto y por ende, la primera instancia condenó solidariamente a la aseguradora a pagar hasta la concurrencia del valor asegurado con la mencionada póliza.

En la liquidación de los perjuicios morales, como quiera que no se probó el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, se condenó en abstracto, para que se determine dicho porcentaje por la Junta de Calificación de Invalidez, además, recalcó que el monto de la indemnización debía ser reducido en un 50%.

En el perjuicio fisiológico o daño a la vida de relación, condenó al pago de este en favor de la víctima, atendiendo a los criterios ya mencionados, estos son, el

⁹ Páginas 64-94 Archivo digital (02). 327-242 físico

porcentaje de pérdida de capacidad laboral que determine la Junta de Calificación de Invalidez y la reducción del monto en 50%.

Los perjuicios materiales, fueron negados. Explicó el *a quo* que no se probó en el expediente que la demandante realizara alguna actividad productiva y tampoco que hubiera requerido de asistencia de una enfermera o la requiera hacia futuro.

5. RECURSO DE APELACIÓN:

La apoderada judicial de la parte actora¹⁰, presentó recurso de apelación en cuanto al monto de los perjuicios.

Sobre la reducción de los perjuicios morales y de daño a la vida de relación en un 50%, adujo que independientemente de la enfermedad de base que tenía la demandante y su obesidad, quedó acreditado del proceso disciplinario, los dictámenes y los testimonios, que la paciente acudió oportunamente al servicio de urgencias para recibir un diagnóstico oportuno y tratamiento adecuado a su lesión, lo que no sucedió, por ende, disminuir la condena al 50% *"equivale a censurar su estado de salud como si fuera una culpa compartida, cuando lo cierto es que si (sic) la deficiente atención médica que recibió fue la causante de la amputación que hubo de soportarla la paciente"*.

Frente al lucro cesante, indicó que la afectada derivaba sus ingresos de la venta de víveres y verduras en una tienda que tenía en su lugar de residencia, y para la liquidación pide tener en cuenta la presunción que esta actividad laboral generaba como ganancia un salario mínimo legal mensual vigente.

En la modalidad de daño emergente, pidió *"para el pago de una enfermera durante el tiempo que le quede de vida, reconocimiento que solicito se realice partiendo de un salario mínimo legal mensual vigente con su respectiva carga prestacional desde la época en que ocurrieron los hechos – 27 de agosto de 2007 – y hasta la edad probable de vida de la señora Graciela Pérez Molano"*.

La apoderada de la entidad demandada HOSPITAL DEPARTAMENTAL DE VILLAVICENCIO ESE¹¹ en el recurso de alzada expuso que la entidad cumplió oportuna y eficientemente con las funciones a su cargo por intermedio de sus especialistas en ortopedia, cirugía general, cirugía vascular y radiología.

En cuanto a las pruebas del proceso, indicó que las mismas no fueron valoradas, pues el dictamen de Medicina Legal no tuvo en cuenta la artritis reumatoidea que estaba siendo tratada con metrotexate. Seguidamente recalca los testimonios de los galenos

¹⁰ Páginas 110-119 Archivo digital (02). 356-365 físico

¹¹ Páginas 120-125 Archivo digital (02). 366-371 físico

ARTURO MEJÍA FLORIÁN, OSCAR ALBERTO ANDRADE OTALIZ y MIGUEL ÁNGEL BOHÓRQUEZ MOLINA, para concluir en la ausencia de responsabilidad de la demandada en el caso de marras.

Finalmente, la llamada en garantía PREVISORA SA COMPAÑÍA DE SEGUROS¹², en el recurso de apelación adujo que en efecto la póliza No. 1001370 tiene una vigencia comprendida entre el 01 de febrero de 2007 al 01 de enero de 2008 y prorrogada hasta el 1 de marzo de 2008; sin embargo, la misma no fue renovada ininterrumpidamente posterior a esta vigencia, como lo exigen sus condiciones particulares.

De igual forma, recalca sobre las cláusulas claims made "a través de las cuales se vincula la cobertura del seguro a la reclamación formulada por la víctima al asegurado, dentro de su vigencia".

Así pues "debe tenerse en cuenta que lo relevante en las pólizas que presentan la modalidad CLAIMS MADE, no es si el hecho generador de la responsabilidad se dio durante la vigencia del contrato de seguro, sino que la RECLAMACIÓN del mismo se formule al asegurado durante la vigencia de la póliza contratada, según lo acordado por las partes, teniendo como fin esta modalidad cubrir los perjuicios que se hubiesen ocasionado por hechos acontecidos en un periodo anterior o en vigencia de la póliza pero en todo caso su RECLAMACIÓN se de en vigencia del seguro."

De manera que, no debe tenerse en cuenta la fecha del siniestro, sino de la reclamación, lo que en este caso ocurrió el 10 de agosto de 2009, fecha en la que se presentó la conciliación prejudicial, sin embargo, para esa fecha la póliza no estaba vigente, por ende, dicho contrato de seguro no tiene cobertura.

De otro lado, frente a los hechos de la demanda aduce que lo ocurrido fue una trombosis arterial por trauma en un vaso sanguíneo ya muy lesionado por arteriosclerosis como lo confirma el informe de patología.

De igual forma, existe prueba pericial y testimonial técnica suficiente para demostrar que la institución demandada desplegó toda su capacidad médica para atender a la paciente.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA:

Mediante auto de fecha 19 de febrero de 2020¹³, se admitió el recurso de apelación y se dispuso que una vez quedara en firme la providencia se corriera traslado

¹² Páginas 96-109 Archivo digital (02). 244-355 físico

¹³ Páginas 6 Archivo digital (07). 5 físico.

a las partes para alegar de conclusión, de no presentarse solicitudes de pruebas en esta instancia.

La demandante y la llamada en garantía presentaron sus alegatos de conclusión reiterando en esencia lo expuesto en la primera instancia. La demandada y el Ministerio Público guardaron silencio en esta etapa.

CONSIDERACIONES

I. Competencia:

La Sala observa que en aplicación de lo dispuesto por el numeral 1 del artículo 133 del C.C.A., modificado por el artículo 41 de la Ley 446 de 1998, es competente este Tribunal para conocer del presente asunto.

II. Problema Jurídico:

El problema jurídico se contrae a determinar si le asiste responsabilidad administrativa a la demandada, por los perjuicios causados a los demandantes con ocasión de las lesiones sufridas por la señora GRACIELA PÉREZ MOLANO derivadas de la atención médica brindada entre el 12 y el 27 de agosto de 2007, y, si como consecuencia de esta situación, estos tienen derecho al reconocimiento y pago de una indemnización, y en tal caso, determinar su monto.

Advierte la sala la necesidad de recordar el tema de *La falla del servicio médico, la pérdida de oportunidad en el servicio de salud* y posteriormente realizar el análisis de subsunción en el *caso concreto* de acuerdo con los elementos probatorios allegados en debida forma al proceso, en el que de ser necesario se abordará la responsabilidad del llamado en garantía.

III. La Falla del Servicio Médico:

Desde la propia demanda se aborda el tema de la responsabilidad bajo la teoría conocida como la Falla del Servicio o Falla Probada del Servicio, en la que deben probarse los tres conocidos elementos de la responsabilidad, por ende, se entra a explicar en el ámbito de la prestación del servicio médico cómo opera dicho fundamento, toda vez que por vía jurisprudencial se han desarrollado en este campo algunos matices que deben tenerse en cuenta al momento de resolver casos referidos a este tema.

Ello por cuanto la evolución jurisprudencial frente al servicio médico, luego de la falla del servicio en la que debían probarse los tres elementos de la responsabilidad extracontractual del estado (falla del servicio, daño y nexo causal), ha pasado desde la

falla presunta acogida mediante sentencia del 30 de junio de 1992 en la que se invirtió la carga de la prueba imponiendo al demandado la carga de aportar la prueba de la diligencia y cuidado en la prestación del servicio, acogiendo prácticamente una responsabilidad objetiva, hasta la carga dinámica de la prueba en la que ésta se pedía a quien estaba en mejores condiciones de aportarla; sin embargo, finalmente se retornó nuevamente la Falla del Servicio en la que la carga probatoria se rige por el postulado del artículo 177 del CPC, y que se entiende como aquella fuente de responsabilidad patrimonial del Estado que comprende los casos en los que la administración causa un daño antijurídico porque el servicio que presta no funciona, o funciona mal o de manera deficiente, bien sea por hechos, omisiones u operaciones administrativas.

Bajo este régimen, como atrás se anunció, los elementos axiológicos que deben demostrarse por el demandante son: (i) *La Falla o Falta de la Administración*, bien por la omisión en la prestación del servicio, ora por su retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio; (ii) *El Daño*, consistente en la lesión de un bien jurídicamente protegido, el cual debe ser cierto y determinado o al menos determinable; y (iii) *La Relación de Causalidad* entre la falla y el daño, esto es, que ese daño se haya producido como consecuencia de la falla de la administración o lo que es lo mismo que la falla haya sido determinante y relevante en la producción del daño.

No obstante, cabe aclarar que en el cambio jurisprudencial al pasar de la carga dinámica de la prueba a la falla del servicio, se admitió en materia probatoria una especial importancia a la prueba indirecta, fundamentalmente los indicios, así como a las reglas de la experiencia como aquella según la cual en condiciones normales de atención sólo es posible explicarse la ocurrencia de un daño cuando quiera que se cometen actuaciones negligentes, por ello la prueba indiciaria resulta de gran relevancia en este asunto, así como también lo es en torno a la demostración del vínculo causal, en relación con el cual la misma jurisprudencia ha considerado que cuando no sea posible obtener certeza sobre la relación causal entre la falla y el daño, debido a la complejidad de los conocimientos científicos o tecnológicos o por la carencia de material probatorio, el juez puede acudir al denominado "*grado suficiente de probabilidad de su existencia*", es decir, esa relación causal queda demostrada, de manera indirecta mediante indicios, al llevar al juez a la convicción que los elementos de juicio aportados son suficientes para tener el vínculo causal por establecido, esto no significa en manera alguna que el demandante quede exonerado del deber de demostrar ese nexo causal, lo que ocurre es que según esta regla de prueba, ese elemento puede ser acreditado indirectamente con indicios¹⁴.

¹⁴ Consejo de Estado. Sección tercera. Subsección A. CP: María Adriana Marín. Sentencia del 7 de mayo de 2021. Rad: 41001-23-31-000-2008-00309-01(52751). Actor: Martha Lucía Lozano Sánchez. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 19 de agosto de 2009. C.P. ENRIQUE GIL BOTERO. Rad. 76001-23-31-000-1997-03225-01(18364). Actor: Glueimar Echeverry Alegría y Otros. Demandado: ISS.

También agregó la postura actual del Consejo de Estado que el actor no debe demostrar que si se hubiera prestado de manera adecuada y oportuna el servicio médico asistencial el daño no se habría producido, en este punto basta con establecer en el proceso, que al menos la falla que ocurrió le restó al paciente oportunidades de sobrevivir o de curarse, que es lo que se conoce como la pérdida de una oportunidad, cuya determinación no puede aceptarse con una mera especulación. Dice la Alta Corporación que *"es necesario que de **manera científica** quede establecido cuál era la posibilidad real del paciente de recuperar su salud o preservar su vida, y que esa expectativa real haya sido frustrada por omisiones o erradas acciones en la actuación médica. En este aspecto hay que prestar la máxima atención y no resolver como pérdida de oportunidad eventos en los cuales lo que se presentan son dificultades al establecer el nexo causal."*¹⁵

Para un mejor entendimiento, se pasa a explicar este tema de la pérdida de oportunidad en materia de salud.

IV. La pérdida de la oportunidad en el servicio de salud:

En términos generales, la pérdida de chance u oportunidad ha sido definida por el Consejo de Estado como los *"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."*¹⁶

Es decir, que dicha pérdida de chance responde a la frustración de una esperanza dirigida a obtener un resultado que pone a la persona en una situación más favorable a la previa o incluso a la evitación de un perjuicio, por ello, en esta figura coexisten dos elementos que son: i) *"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"*¹⁷ y ii) la incertidumbre de que de haber *"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."*¹⁸

Debe advertirse que la indemnización por la pérdida de la oportunidad comprende unos límites, que consisten, de un lado, en que aquella no procede cuando se esté frente

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 31 de agosto de 2006. C.P. RUTH STELLA CORREA PALACIO. Rad. 68001-23-31-000-2000-09610-01(15772). Actor: María Olga Sepúlveda Ramírez. Demandado: Hospital Ramón González Valencia.

¹⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 11 de agosto de 2010. CP: Mauricio Fajardo Gómez. Rad: 05001 23 31 000 1995 00082-01 (18593). Actor: Pedro Emilio Valencio.

¹⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 11 de agosto de 2010. CP: Mauricio Fajardo Gómez. Rad: 05001 23 31 000 1995 00082-01 (18593). Actor: Pedro Emilio Valencio.

¹⁸ ibidem

a daños hipotéticos o eventuales, y del otro, que lo frustrado sea la oportunidad y no el beneficio que se esperara lograr o la pérdida que se pretendía evitar, ya que estos constituyen elementos distintos del daño.

Ahora bien, el Consejo de Estado en la citada providencia respecto de la demostración de la relación causal existente entre el acontecimiento o la conducta dañosa y la desaparición de la posibilidad de obtener el beneficio o evitar un perjuicio, ha señalado que: *"la pérdida de oportunidad no representa, por tanto, una especie de daño subsidiario en defecto de prueba respecto de la relación causal entre el hecho o conducta censurados y el beneficio definitivamente perdido, sino una clase autónoma de daño respecto del cual no puede presentarse la tantas veces mencionada incertidumbre causal, toda vez que tal falta de certeza debería conducir, directa e indudablemente, a la exoneración de responsabilidad por el anotado concepto; de allí que resulte atinado aseverar que "cuando hablamos de la pérdida de una oportunidad, no podemos incluir allí la simple imposibilidad de saber cuál es la causa de un daño"*.

De este modo, la pérdida de oportunidad, ha expuesto la jurisprudencia que, se encuentra dentro del contexto del daño, tratándose de un perjuicio de carácter autónomo: *"(...) la Sala considera que la pérdida de oportunidad se ubica en el campo del daño, sin desconocer que por elementales razones guarda estrecho vínculo con la relación de causalidad, -la causalidad existente entre el hecho imputable y el daño para estructurar la responsabilidad- y por lo mismo, **resulta ser un perjuicio autónomo** que, no obstante, es indemnizable, diferente al daño final padecido por el paciente"^{19, 20}*

Así las cosas, se ha entendido que el daño no siempre refiere una vulneración de un derecho subjetivo, dado que la pérdida de oportunidad es un perjuicio autónomo de este, y en esa medida, 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"*²¹.

Por último, para que exista pérdida de oportunidad como daño indemnizable, deben concurrir tres requisitos, a saber: **i)** la certeza de la existencia de una oportunidad que se pierde, es decir, de que si no hubiere ocurrido el hecho dañoso, la víctima hubiere sostenido su expectativa de obtener una ganancia o evitar un detrimento; **ii)** la

¹⁹ SENTENCIA DE 27 DE ABRIL DE 2011, EXP. 18.714. M.P. GLADYS AGUDELO ORDÓÑEZ; EN ESE MISMO SENTIDO, PUEDE CONSULTARSE LA SENTENCIA DICTADA EL PASADO 8 DE JUNIO DEL PRESENTE AÑO, EXP. 19.360.

²⁰ SENTENCIA DEL 12 DE MARZO DE 2015. C.P.: HERNAN ANDRADE RINCON. RAD. 88001233100020030007301.

²¹ SENTENCIA DEL 25 DE AGOSTO DE 2011, RAD. 25000-23-26-000-1997-03994-01(19718). DEMANDANTE: CARMEN ELISA FORERO Y OTROS. C.P. MAURICIO FAJARDO GÓMEZ.

imposibilidad de forma definitiva de obtener tal ganancia o evitar el detrimento, es decir, que los resultados que esperaba la víctima no podrán ser recuperados nunca; **iii)** El afectado debe para el momento del hecho dañino, encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender obtener el provecho perdido; los anteriores fueron definidos en sentencia del 25 de agosto de 2011²², así:

"(i) Certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde, aunque la misma envuelva un componente aleatorio, lo cual significa que esta modalidad de daño da lugar a un resarcimiento a pesar de que el bien lesionado no tiene la entidad de un derecho subjetivo —pues se trata de un mero interés legítimo, de la frustración de una expectativa, sin que ello suponga que se trata de un daño puramente eventual—, siempre y cuando se acredite inequívocamente la existencia de "una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente"²³ de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido la expectativa de obtener la ganancia o de evitar el detrimento correspondientes²⁴;

(ii) Imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento, vale decir, la probabilidad de obtener la ventaja debe haberse convertido en inexistente, pues si la consolidación del daño dependiera aún del futuro, se trataría de un perjuicio eventual e hipotético, no susceptible del reconocimiento de una indemnización que el porvenir podría convertir en indebida²⁵; 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.

²² RAD. 25000-23-26-000-1997-03994-01(19718), POSICIÓN REITERADA DE MANERA RECIENTE EN SENTENCIA DEL 31 DE MAYO DE 2016, RADICADO NO. 63001233100020030026101 (38267). C.P. DANILO ROJAS BETANCOURTH. ACTOR: EDILBERTO PIEDRAHITA TENORIO.

²³ IDEM, PP. 38-39.

²⁴ 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 EXTRA CONTRACTUAL, 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 VALORARSE 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.

²⁵ HENAO, JUAN CARLOS, EL DAÑO. ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO EN DERECHO COLOMBIANO Y FRANCÉS, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, BOGOTÁ, 1998, PP. 159-160.

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 tenían²⁶—;

(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"²⁷.

Ahora bien, esta modalidad de daño tiene mayor presencia en los eventos de responsabilidad médica, en que se omite un actuar más diligente por parte de los galenos que tienen a cargo el tratamiento de la enfermedad del paciente, de tal manera que este último hubiere conservado las oportunidades de recuperarse. Por ello, en tales eventos no existe certeza que la mala prestación del servicio médico sea el causante directo del daño (muerte, amputación de un miembro, etc.), pues allí se estaría ante una falla del servicio médico que conllevaría a una indemnización plena, sino certeza de la pérdida de las probabilidades del paciente de estar en una mejor situación o de evitar un perjuicio, cuya indemnización se presenta en menor proporción.

En efecto, cuando se verifica si se configuró este tipo de daño, se debe determinar que al momento de prestar los servicios médicos, se excluyó la diligencia y cuidado con que se debió actuar para hablar de una eficaz prestación del servicio de salud y pese a que no existe certeza de que si la administración hubiere actuado con la mencionada diligencia, el paciente habría recuperado su salud, lo cierto es que si la entidad hospitalaria hubiere actuado de esa manera, no le habría hecho perder al paciente el chance u oportunidad de recuperarse, lo que debe quedar demostrado en el proceso.

El papel del intérprete judicial en estos casos consiste en apoyarse en las pruebas de carácter técnico y/o científico, a fin de determinar el porcentaje de probabilidad sobre

²⁶ 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.

²⁷ ZANNONI, EDUARDO, EL DAÑO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL, CIT., PP. 110-111.

el que se funda el porcentaje de la pérdida de oportunidad, y conforme a ello, llegar al monto de la indemnización. Es decir, *"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"*²⁸.

V. Caso Concreto:

Pues bien, en el particular lo primero que debe decirse es que la señora GRACIELA PÉREZ MOLANO acudió a urgencias del HOSPITAL DEPARTAMENTAL DE VILLAVICENCIO ESE el **día 12 de agosto de 2007 a las 6:30 am**, siendo clasificada en TRIAGE II, siendo valorada por el médico cirujano FREDY HERNÁN RODRÍGUEZ, quien en el examen físico evidenció *"pulsos pedial y tibial Post negativa, llenado capilar pie der 4 seg (...) imposibilidad para la movilización de dedo de pie der"*²⁹.

En el diagnóstico expuso *"fractura rodilla derecha caída?"*, *"lesión vascular"*, por lo que ordenó **RX en rodilla derecha urgente** y valoración por ortopedia, entre otras.

A las 7+40³⁰, fue valorada por el médico general MAURICIO ALBERTO POVEDA quien describió una ligera pérdida de las relaciones articulares. **A las 8:00 am**³¹, el área de ortopedia describe como antecedentes de la paciente artritis reumatoidea que ha sido tratada con metrotexate, así mismo describió *"MID con edema leve en rodilla intenso dolor en área poplíteo que imposibilita el examen de estabilidad de la rodilla. No deformidades frialdad y cianosis distal. Perfusión de 6 seg. Saturación distal 0%"*. En el diagnóstico estableció *"secuela esguince rodilla derecha"*, *"trauma vascular poplíteo"*, *"hipoperfusión MID"*.

Seguidamente, se indicó como plan de manejo *"En el momento la articulación esta reducida y no requiere manejo quirúrgico por ello. Antes de realizar inmovilización solicito val x cirugía general y manejo por ellos"*³², a esta área se le avisó **a las 9+30 am**, según se observa en la siguiente nota de la misma página, además se indica que *"por orden verbal del ortopedista no se inmoviliza"*.

A las 10:30 am³³, el médico cirujano MARTÍN FERNANDO DUARTE GÓMEZ, describió *"Extremidades en MID con férula cartón, se observa edema, en rodilla derecha, pierna Der, intenso dolor a la palpación no pulsos poplíteo, ni pedial, ni tibial, perfusión 6 segundos, frialdad y cianosis distal, no sensibilidad ni movimiento dedos pie Derecho"*

²⁸ CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA. SENTENCIA DEL 24 DE OCTUBRE DE 2013. C.P. ENRIQUE GIL BOTERO. RAD. 68001-23-15-000-1995-11195-01 (25869). ACTOR: NÉSTOR JOSÉ BUELVAS CHAMORRO. DEMANDADO: NACION-MINISTERIO DE SALUD Y OTROS

²⁹ Páginas 3 y 50 Archivo digital (04). 1 y 3 físico Anexo 1.

³⁰ Páginas 6 Archivo digital (04). 3 físico Anexo 1.

³¹ Páginas 6 Archivo digital (04). 3 físico Anexo 1.

³² Páginas 7 Archivo digital (04). 3 físico Anexo 1.

³³ Páginas 8 Archivo digital (04). 4 físico Anexo 1.

(...) VALORADA ORTOPEDIA Rx Rodilla Derecha: mínima avulsión en espinuis, rodilla reducida, no requiere manejo quirúrgico por este servicio solicita concepto y manejo por cirugía”.

En el diagnóstico estableció "Secuela Esguince Rodilla Derecha", "Trauma vascular poplíteo" e "Hipoperfusión MID". En esa consulta, entre otras cosas se ordenó **Ecodoppler Arterial MID**³⁴.

En la nota de valoración por cirugía general se indicó "se valora paciente encontrándose muy álgica historia clínica anotada al momento estable hemo dinámicamente. Se encuentra pulso pedio disminuido en miembro inferior derecho y ligera disminución de temperatura en mismo miembro. Llenado capilar lento en miembro inferior derecho presente"³⁵.

A la 1:20³⁶ se registra lectura del **RX RODILLA DERECHA PORTATIL** que indica "INCIPIENTO GONARTROSIS DERECHA", "OSTEOPENIA MODERADA", "RELACIONES ARTICULARES CONSERVADAS" y "PARTES BLANDAS SIN ALTERACIONES".

A las 16+23³⁷, se describió frente a la extremidad inferior "dolor a la palpación en pie edema y frialdad distal pulso poplíteo (+) pedio y tibial posterior negativos llenado capilar de 3 segundos sensibilidad disminuida". En el reporte del **Doppler arterial de miembro inferior derecho** se leyó así: "Insuficiencia vascular periférica severa a nivel distal que comprende pedio y tibiales, secundario a arterioesclerosis y edema"³⁸, ordenándose continuar con igual manejo y nueva valoración con cirugía general.

En la valoración por cirugía general **a las 16+30**³⁹ se describió a la "paciente en buenas condiciones generales, estables hemodinamicamente, no SDR. Se valora miembro inferior derecho, encontrándose edematizado de coloración adecuada. Pulso poplíteo presente, pulso pedio ausente a nivel de miembro inferior derecho. Sensibilidad: disminución de la sensibilidad superficial a nivel miembro inferior derecho en porción distal. Frialdad distal en miembro inferior derecho. **Reporte de Doppler arterial miembro inferior:** Insuficiencia periférica arterial severa a nivel distal (Arteria tibial y pedial) secundario a edema y arterioesclerosis". Allí se solicitó nueva valoración por ortopedia.

A las 19:20⁴⁰, se reportó " edema y leve cianosis, pulso medio y tibial perfusión negativa, perfusión distal 4 seg. Pendiente valoración cirugía con reporte de Ecodopler arterial MED. mejoría leve del dolor y de la temperatura", seguidamente, se observa una

³⁴ Páginas 9 Archivo digital (04). 4 físico Anexo 1.

³⁵ Páginas 9 Archivo digital (04). 4 físico Anexo 1.

³⁶ Páginas 344 Archivo digital (04). 241 físico Anexo 1.

³⁷ Páginas 12 Archivo digital (04). 6 físico Anexo 1.

³⁸ Páginas 350 Archivo digital (04). 247 físico Anexo 1.

³⁹ Páginas 13 Archivo digital (04). 6 físico Anexo 1.

⁴⁰ Páginas 14 Archivo digital (04). 7 físico Anexo 1.

nota de ortopedia que dice "se comenta con cirugía quienes consideran cuadro obstructivo vascular antiguo. Se coloca vendaje blando de Rober Jones para inmovilización de rodilla". Las siguientes horas de la noche no hubo novedades.

El día 13 de agosto de 2007, a las 8:00 am⁴¹ fue valorada por cirugía general. En la nota de enfermería de **las 8:30 am**⁴², se indicó que la paciente fue valorada por cirugía general "quien da de alta porque en el momento no está con patología Qx por lo tanto la deja x ortopedia". En el examen físico a la paciente frente a la extremidad inferior derecha mostró "inmovilización rodilla con vendaje bultoso, presentó edema, dolor a la palpación, pulsos pedial y tibial posterior no palpable, disminución de perfusión llenado capilar 5 segundos, no movilidad de dedos pie derecho no sensibilidad"⁴³, ordenándose hospitalizar por ortopedia y vigilar perfusión.

El día 14 de agosto de 2007 a las 00+45⁴⁴, la paciente ingresó a piso y se ordenó nuevamente vigilar signos de hipoperfusión. **A las 6:40**⁴⁵, se indicó "paciente con cuadro clínico de esguince de rodilla, con disminución de pulsos distales, descuento de tiempo de llenado capilar. Se solicita Doppler Dx se realiza que muestra arterioesclerosis. Presenta imposibilidad para movimientos podo distales que progresa a incapacidad para realizar movimientos de pie derecho. Continua manejo de dolor". Allí el área de ortopedia ordenó valoración urgente por cirugía vascular y **Doppler arterial en región poplítea.**

De este día obra valoración del Dr. BOHÓRQUEZ que indica que la paciente presenta "isquemia establecida del pie, sin movilidad ni sensibilidad. No hay llenado capilar pulsos distales (-). Se explica la situación de la muy segura pérdida del pie - pierna y el intento de reconstrucción vascular se asocia a una gran mortalidad por la perfusión". Se indicó igualmente que se haría "Exploración vascular trombectomía Anastomosis - Injerto Fasciotomias. Conociendo el pésimo pronóstico"⁴⁶.

A las 15+45⁴⁷, llega el reporte del **Doppler arterial en miembro inferior derecho** que mostraba "lesión vascular", "no hay lesión venosa clara x edema". En el estudio se describió lo siguiente:

"ESTUDIO: DOPPLER ARTERIAL MIEMBRO INFERIOR DERECHO. MEDIANTE ANÁLISIS ESPECTRAL DOPPLER A COLOR Y ECOGRAFÍA MODO B SE EXPLORA EL SISTEMA ARTERIAL DEL MIEMBRO INFERIOR DERECHO, EVALUÁNDOSE ADECUADAMENTE LA ARTERIA FEMORAL COMÚN, ARTERIA FEMORAL SUPERFICIAL, ARTERIA FEMORAL PROFUNDA, LAS CUALES SON DE PAREDES NORMALES, SIN EVIDENCIA DE TROMBOS EN SU INTERIOR, IDENTIFICÁNDOSE ONDAS DOPPLER TIPO BIFÁSICOS, SIN ELEVACIÓN DE LAS VELOCIDADES PICOSISTOLICAS.

⁴¹ Páginas 15 Archivo digital (04). 7 físico Anexo 1.

⁴² Páginas 17 Archivo digital (04). 8 físico Anexo 1.

⁴³ Páginas 20 Archivo digital (04). 9 físico Anexo 1.

⁴⁴ Páginas 21 Archivo digital (04). 10 físico Anexo 1.

⁴⁵ Páginas 22 Archivo digital (04). 10 físico Anexo 1.

⁴⁶ Páginas 23-24 Archivo digital (04). 11 físico Anexo 1.

⁴⁷ Páginas 31 Archivo digital (04). 15 físico Anexo 1.

A NIVEL POPLÍTEO HAY DISMINUCIÓN DEL FLUJO A NIVEL DEL TERCIO PROXIMAL DE LA ARTERIA POPLÍTEA, SIN VISUALIZAR ADECUADAMENTE SU TERCIO DISTAL POR EL MARCADO EDEMA DE TEJIDOS BLANDOS A ESTE NIVEL, NO SE EVIDENCIO FLUJO EN TRONCO TIBIOPERONERO, EN ARTERIA TIBIAL ANTERIOR NI EN LA POSTERIOR.

CONCLUSIÓN: 1. HALLAZGOS ANTERIORES SUGIEREN LA PRESENCIA DE LESIÓN VASCULAR A NIVEL DE LA ARTERIA POPLÍTEA.”⁴⁸

A las 5:15 pm⁴⁹, el área de cirugía general describió a la paciente con *“disminución marcada de la perfusión distal frialdad y cianosis, movimientos levemente conservados. Alta posibilidad de lesión irreversible de miembro inferior derecho (...) se explica a la pct posibilidad de amputación”.*

A las 18+30⁵⁰, cirugía general describió que paciente tenía *“orden de Cx urgente hoy para intentar revascularizar con riesgo de amputación cirujano habla con familiar y explica los riesgos altos la hija manifiesta que desea llevar a la mama se habla con ella y se le explican los riesgos graves (Paseo de la muerte) y se le explica a la paciente y ella entiende.”*

A las 20:40⁵¹, el doctor BOHÓRQUEZ señaló que *“Se propone nuevamente la exploración y demás procedimientos a realizar de acuerdo a los hallazgos, pero la paciente y la hija no autorizan el procedimiento y por lo tanto ante la pérdida inminente de la extremidad propongo pasar a salas, como urgencia vital”.* **A las 21:00**, se describió que por el momento no se había podido llevar a cabo la cirugía por cuanto se estaba realizando una histerectomía.

Finalmente, la cirugía dio inició a **las 21:50** y finalizó **a la 1:40 am** del 15 de agosto de 2007. Allí se describe que se toma pieza del tejido para patología⁵².

Conforme a la epicrisis se tiene que ese día⁵³, se le practicó *“Exploración vascular + resección art poplítea + injerto safena invertida + fasciotomía + trombectomía arterial”.* Allí se describió como motivo de consulta que *“me caí y me golpee la rodilla”* también se describió: *“paciente 58 años quien consulta por cuadro de evolución 1 hora (6:30) caída desde su propia altura recibiendo trauma en rodilla y pierna derecha con posterior dolor intenso, refiere que en el lugar del trauma le hicieron reducción rodilla”.* Finalmente, se describe que ante el estado clínico de la paciente se traslada a UCI.

A la UCI ingresó **el día 15 de agosto de 2007 a las 04:16 am⁵⁴**, describiéndose lo siguiente:

⁴⁸ Páginas 349 Archivo digital (04). 246 físico Anexo 1.

⁴⁹ Páginas 32 Archivo digital (04). 15 físico Anexo 1.

⁵⁰ Páginas 25 Archivo digital (04). 12 físico Anexo 1.

⁵¹ Páginas 26 Archivo digital (04). 12 físico Anexo 1.

⁵² Páginas 41-42 Archivo digital (04). 22 físico Anexo 1.

⁵³ Páginas 4 Archivo digital (04). 2 físico Anexo 1.

⁵⁴ Páginas 35 Archivo digital (04).18 físico Anexo 1.

"PACIENTE DE 58 AÑOS, OBESA QUIEN HACE 3 DÍAS PRESENTO CAÍDA DE SU PROPIA ALTURA REALIZÁNDOSE TRAUMA DE RODILLA Y ESGUINCE SEVERO CON LESIÓN LIGAMENTARIA, EDEMA IMPORTANTE. VALORADA POR ORTOPEDIA NOTA ISQUEMIA DISTAL Y SOLICITA VALORACIÓN A CIRUGÍA. ESTE SERVICIO SOLICITA DOPPLER ARTERIAL EL CUAL SE REALIZA Y REPORTA LESIÓN VASCULAR DEL TRONCO TIBIO PERONEO Y ARTERIA TIBIAL ANTERIOR POR URGENCIA DE FLUJO DISTAL. ADEMÁS ARTERIOESCLEROSIS GENERALIZADA. ANTE ISQUEMIA DEL PIE, CIRUGÍA DECIDE REALIZAR EXPLORACIÓN VASCULAR EN INTENTO DE EVITAR AMPUTACIÓN. INICIA CX A LAS 11 PM Y SE REALIZA FASCIOTOMIAS DE LOS COMPARTIMENTOS, SE ENCUENTRA PÉSIMA VITALIDAD DE LOS TEJIDOS MUSCULARES DISTALES Y POSTEROLATERALES, PIEL VIABLE, SE DESECA ARTERIA POPLÍTEA Y SE ENCUENTRA GRAN CONTUSIÓN DE (ILEGIBLE) LO QUE SE DECIDE REALIZAR INJERTO CON SAFENA INJERTADA. LA REPERFUSIÓN EVIDENTE ES TRASLADADO A UCI EN EL POP AL INGRESO PACIENTE EXTUBADA, CONCIENTE MUY ALGICA. AL E. FÍSICO SOLO SE EVIDENCIA OBESIDAD Y LA EXTREMIDAD DERECHA CON PERFUSIÓN, MANEJO HIDRO ELECTROLÍTICO, ANTIBIÓTICO. SE SOLICITAN EXÁMENES".

A las 10:13⁵⁵, se indicó que, ante los antecedentes de arterioesclerosis, obesidad mórbida y el procedimiento realizado tenía una alta probabilidad de complicaciones. Igualmente, se indicó que "HAY DISMINUCIÓN DE LA SENSIBILIDAD EN REGIOS (sic) DISTAL DE MID ADEMÁS EN EL MOMENTO IMPOSIBILIDAD PARA, MOVILIZACIÓN DE DEDOS"⁵⁶.

A las 6:16 pm⁵⁷, se indicó "MI DERECHO INMOVILIZADO CON VENDAJE SIN EVIDENCIA DE SANGRADO, LLENADO DISTAL LENTO, NO SE PALPA PULSO PEDIO. DISESTESIAS DISTAL NO MOVIMIENTOS DE DEDOS. NEUORO GLASGOW 15/15 NO DÉFICIT MOTOR NO SIGNOS MENÍNGEOS NI DE FOCALIZACIÓN. SE CONTINUA MANEJO EN UCI POR ALTO RIESGO DE TEP, ETROMBOEMBOLISMO CEREBRAL Y CORONARIO. SE CONTINUA VIGILANCIA HEMODINÁMICA ESTRICTA Y ANTICOAGULACIÓN PLENA."

A la unidad de cuidados intermedios fue trasladada la paciente **el 16 de agosto de 2007 a las 02:11 pm⁵⁸. A las 8:38 pm⁵⁹**, se describió "INGRESA PACIENTE HACE APROX 8 HORAS A LA UNIDAD PROVENIENTE DE UCI, CON ANTECEDENTE QUIRÚRGICO RECIENTE DE REEMPLAZO VASCULAR POR CONTUSIÓN IMPORTANTE DE ARTERIA POPLÍTEA DERECHA SECUNDARIO A TRAUMA, PRESENTA SECRECIÓN MODERADA SANGUINOLENTA EN SITIO QUIRÚRGICO, MUY BUENA PERFUSIÓN DISTAL, Y CALOR DE LA EXTREMIDAD NORMAL. REFIERE DOLOR A LA PALPACIÓN Y SE EVIDENCIA PRESENCIA DE PEQUEÑAS FLICTENAS EN CARA ANTERIOR DE PIERNA DERECHA, BUEN GASTO URINARIO PACIENTE ESTABLE HEMODINÁMICAMENTE NO HAY DISNEA NI DOLOR TORÁCICO, LEVE PALIDEZ MUCOTANEA GENERALIZADA NO TAQUICARDICA".

⁵⁵ Páginas 36 Archivo digital (04). 18 físico Anexo 1.

⁵⁶ Páginas 105 Archivo digital (04). 70 físico Anexo 1.

⁵⁷ Página 103 Archivo digital (04). 68 físico Anexo 1.

⁵⁸ Páginas 240 Archivo digital (04). 160 físico Anexo 1.

⁵⁹ Páginas 241 Archivo digital (04). 160 físico Anexo 1.

El INFORME DE ANATOMÍA PATOLÓGICA del 15 de agosto de 2007⁶⁰, en el que se analiza un SEGMENTO ARTERIAL Y TROMBOS, arrojó como diagnóstico "PARED ARTERIAL (BIOPSIA)", "ARTERIOSCLEROSIS DE MONCKBERG" y "TROMBOSIS ARTERIAL".

El día 17 de agosto de 2007, a las 6:08 pm⁶¹, se indicó que "EXTREMIDADES MID INMOVILIZADO CON FÉRULA, PIEL ROSADA. CON MOTILIDAD DISTAL AUSENTE, SESIBILIDAD CONSERVADA, TEMPERATURA DISTAL ADECUADA (PIE CALIENTE). PULSO PEDIO DISMINUIDO, SE OBSERVAN PEQUEÑAS FLICTENAS EN EI DORSO DEL PIE LLENADO DISTAL 4 SEGUNDOS. NEUROLÓGICO. SIN DÉFICIT. PACIENTE A QUIEN SE LE REALIZA ARTERIOGRAFÍA DE CONTROL QUE REPORTA INGERTO DE VENA SAFENA INVERTIDO DEL SEGMENTO INFERIOR DE LA ARTERIA FEMORAL SUPERFICIAL Y TERCIO DISTAL DE LA POPLÍTEA PERMEABLE. CON ESTENOSIS DEL 50% A NIVEL DE LAS ANASTOMOSIS. PERO CON EXCELENTE FLUJO DISTAL CONSIDERA PACIENTE CON ADECUADA EVOLUCIÓN POST QUIRÚRGICA. SE DECIDE CONTINUAR CON EL MANEJO MEDICO PREVIAMENTE ESTABLECIDO".

A las 10:44 pm, se indicó que "PIERNA DERECHA CON VENDAJE Y ESTIGMAS DE SANGRADO PERFUSIÓN MÚLTIPLES EQUIMOSIS EN EXTREMIDADES PIERNA DERECHA CON VENDAJE Y ESTIGMAS DE SANGRADO PERFUSIÓN DISTAL ADECUADA, LLENADO CAPILAR MENOR DE 3 SEG, EDEMA Y FLICTENAS EN DORSO DE PIE PULSO PEDIO DISMINUIDO EN INTENSIDAD, SENSIBILIDAD CONSERVADA SIN RECUPERACIÓN DE MOVILIDAD DE LOS DEDOS DEL PIE (...) SE REINICIA ANTICOAGULACIÓN PLENA POR ALTO RIESGO DE EVENTO TROMBOEMBOLICO SE HARÁ VIGILANCIA ESTRUCTA DEL SANGRADO".

El día 18 de agosto de 2007 a las 6:31 pm⁶², se indicó que en horas de la tarde se había realizado un lavado quirúrgico con desbridamiento a nivel del MID, encontrando piel de aspecto necrótico, considerando mal pronóstico por mionecrosis y neuropatía por isquemia.

En el INFORME DE ANATOMÍA PATOLÓGICA del 18 de agosto de 2007⁶³, se evidenció "musculo estriado con necrosis de coagulación".

El día 19 de agosto a las 2:05 pm⁶⁴, se describió "PIERNA DERECHA CON VENDAJE Y ESTIGMAS DE SANGRADO, PERFUSIÓN DISTAL, TEMPERATURA Y SENSIBILIDAD CONSERVADAS PERSISTE CON IMPOSIBILIDAD PARA MOVILIZAR DEDOS DEL PIE NO FIEBRE".

⁶⁰ Páginas 224-225 Archivo digital (04). 165 físico Anexo 1.

⁶¹ Páginas 241 Archivo digital (04). 160 físico Anexo 1.

⁶² Páginas 242 Archivo digital (04). 161 físico Anexo 1.

⁶³ Páginas 93 Archivo digital (04). 60 físico Anexo 1.

⁶⁴ Páginas 242 Archivo digital (04). 161 físico Anexo 1.

El **día 20 de agosto de 2007**⁶⁵, se realizó lavado quirúrgico y desbridamiento, encontrando necrosis muscular. **A las 9:22 pm**⁶⁶, se indicó que *"A LA INSPECCIÓN DE MIEMBRO INFERIOR DERECHO SE EVIDENCIA PERFUSIÓN CONSERVADA NO HAY MOVILIDAD DEL MISMO SECRECIÓN SEROSANGUINOLENTA POR HERIDAS QUIRÚRGICAS"*.

En el INFORME DE ANATOMÍA PATOLÓGICA del 20 de agosto de 2007⁶⁷, se indicó que se *"reciben múltiples fragmentos de tejido laminar de color grisáceo que en conjunto miden 14x11x4cm, de aspecto necrótico"*, diagnosticándose *"DEBRIDAMIENTO DE TEJIDOS NECROSTICOS EN MIEMBRO INFERIOR DERECHO"*.

El 21 de agosto de 2007, a las 9:57 am⁶⁸, se indicó que la paciente estaba en posoperatorio de lavado quirúrgico, sin embargo, es valorada por el cirujano de turno que decide pasarla a nuevo lavado en la noche.

El día 22 de agosto de 2007⁶⁹, también se realizó un lavado quirúrgico, hallando necrosis. **A las 1:56 am**⁷⁰ se describió que *"PACIENTE QUIEN PERSISTE CON IMPOSIBILIDAD PARA MOVER LOS DEDOS DEL PIE, AUNQUE PERFUSION TEMPERATURA Y SENSIBILIDAD A NIVEL DISTAL SO ADECUADAS"*. **A las 12:51 pm**⁷¹, se señaló que *"PTT PERSISTE CON AUSENCIA DE MOVIMIENTOS DISTAL A NIVEL DE MID, CONSENSIBILIDAD Y PERFUSIÓN ADECUADAS"*.

Para ese día se recomendó realizar una junta con ortopedia, cirugía general y fisioterapia para definir sobre la amputación del miembro inferior derecho⁷².

El 23 de agosto de 2007 a las 2:20 pm⁷³, se anotó que *"MOVIMIENTO ESCASO DISTAL A NIVEL DEL MID CON SENSIBILIDAD Y PERFUSIÓN ADECUADAS, EN MANEJO POR EL SERVICIO DE CIRUGÍA GENERAL CON LAVADO QUIRÚRGICO EL CUAL FUE REALIZADO ANOCHE SIN COMPLICACIONES POR OPTIMA EVOLUCIÓN SE DECIDE TRASLADO A PISO CONTINUA EN MANEJO CON SERVICIO DE CIRUGÍA"*.

En efecto, a esta área hospitalaria llegó **a las 21+30**⁷⁴ consiente, hidratada, afebril, sin ninguna novedad, pasando la noche estable.

El 24 de agosto de 2007⁷⁵, nuevamente se realizó lavado quirúrgico, haciendo desbridamiento de tejidos blandos necrosados superficiales y profundos, sin que se

⁶⁵ Páginas 218-219 Archivo digital (04). 149 físico Anexo 1.

⁶⁶ Páginas 243 Archivo digital (04). 161 físico Anexo 1.

⁶⁷ Páginas 92 Archivo digital (04). 59 físico Anexo 1.

⁶⁸ Páginas 243 Archivo digital (04). 161 físico Anexo 1.

⁶⁹ Páginas 199; 244 Archivo digital (04). 139; 162 físico Anexo 1.

⁷⁰ Páginas 244 Archivo digital (04). 162 físico Anexo 1.

⁷¹ Páginas 244 Archivo digital (04). 162 físico Anexo 1.

⁷² Páginas 496 Archivo digital (04). 365 físico Anexo 1.

⁷³ Páginas 244 Archivo digital (04). 162 físico Anexo 1.

⁷⁴ Páginas 498 Archivo digital (04). 366 físico Anexo 1.

⁷⁵ Páginas 216-217 Archivo digital (04). 148 físico Anexo 1.

observara sangrado o perfusión que garantice vitalidad, "se valora miembro inferior no viable por lo que se plantea amputación supracondílea". En la nota del cirujano se indicó "citar a familiares mañana en horas de la mañana para plantearle la conducta y solicitarles la autorización de la amputación", "una vez autorizada comunicar a ortopedia"⁷⁶.

El día 25 de agosto de 2007⁷⁷ se reseñó en la nota de cirugía general que la extremidad inferior derecha se encontraba con "vendaje y férula q ´ cubre el pie y hasta la región posteriomédial del muslo derecho. Pulso pedio (+) con llenado capilar mayor a asegurados sin movimientos de los dedos, sensibilidad ausente. Caliente al tacto (...) pto consiente, a quien se le han realizado múltiples procedimientos Qx y lavados en pro de mejorar la perfusión del miembro Inf. Derecho los cuales muestran éxito en la perfusión pero a pesar de las intervenciones siempre se llega a la conclusión que esta extremidad no es viable, en el último lavado Qx y desbridamiento Qx se planteó de nuevo la amputación supracondilea de carácter prioritario para evitar el riesgo de sepsis generalizada".

A las 9+30⁷⁸, ortopedia explicó a la paciente "el riesgo de SIRS y que corre su vida si no se realiza la amputación debido al proceso infeccioso que puede generarse por la necrosis de la extremidad, se espera autorización del pte y familiares". La autorización fue dada ese mismo día⁷⁹.

El día 26 de agosto de 2007⁸⁰, cirugía general expresó que la paciente estaba clínicamente estable y que la amputación había sido autorizada por la paciente y familiares, quedando pendiente "definir amputación por ortopedia".

El día 27 de agosto de agosto de 2007 el área de ortopedia explicó que "paciente con patología de cirugía general en manejo por ellos. Se considera que requiere amputación. **Por reglas hospitalarias incoherentes el paciente pasara a ser amputado por el servicio de ortopedia, pese a que la patología de base es de manejo por cirugía general**".⁸¹

En el INFORME DE ANATOMÍA PATOLÓGICA del 27 de agosto de 2007⁸², se indicó que se recibía "producto de amputación del miembro inferior derecho a nivel del tercio inferior del muslo que mide 48 cm, de longitud, con una longitud plantar de 23 cm, hay severo edema de tejido celular subcutáneo y ulcera lateroexterna que mide 26x6cm de diámetro con necrosis extensa de tejidos blandos, en la región lateral interna existe otra ulcera de 16x8cm de longitud de bordes bien definidos al parecer quirúrgica con bordes

⁷⁶ Páginas 510 Archivo digital (04). 372 físico Anexo 1.

⁷⁷ Páginas 512 Archivo digital (04). 373 físico Anexo 1.

⁷⁸ Páginas 513 Archivo digital (04). 373 físico Anexo 1.

⁷⁹ Páginas 523 Archivo digital (04). 378 físico Anexo 1.

⁸⁰ Páginas 514-515 Archivo digital (04). 374 físico Anexo 1.

⁸¹ Páginas 520 Archivo digital (04). 377 físico Anexo 1.

⁸² Páginas 91 Archivo digital (04). 58 físico Anexo 1.

necróticos y exposición de tejidos blandos necróticos. Se procesan cortes: A) bordes de sección B) vasos popliteos c) lesión ulcerada". Después de analizar el producto brindó como diagnóstico "ARTERIOESCLEROSIS, NECROSIS DISTAL SECUNDARIA".

A las 10:40⁸³, se realizó el procedimiento de amputación de muslo derecho, el cual terminó a las 12:00 sin complicaciones. En el preoperatorio se describió *"POP injerto vascular Popliteo MID fallido Necrosis- Infección en pierna"*.

En los siguientes días mostró buena evolución⁸⁴ hasta el **día 31 de agosto de 2007⁸⁵** que se hizo lavado quirúrgico del muñón. El 3⁸⁶, 5⁸⁷, 11⁸⁸ de septiembre de 2007, también se realizó lavado quirúrgico.

Finalmente, el **14 de septiembre de 2007⁸⁹** se registró la salida de la paciente *"con recomendaciones hechas de fórmulas de medicamentos curaciones controles médicos se baja a urgencias y se la llevan en carro particular"*.

Obra en el expediente, dictamen pericial rendido por el INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES⁹⁰ en el que después de analizar la historia clínica de la paciente y, los conceptos emitidos por los especialistas en ortopedia y cirugía vascular y angiología del HOSPITAL UNIVERSITARIO DE LA SAMARITANA⁹¹, llegó a la siguiente conclusión:

"CON LA INFORMACIÓN APORTADA EN LOS DICTÁMENES EMITIDOS POR LOS ESPECIALISTAS CONSULTADOS Y LA COPIA DE LA HISTORIA CLÍNICA, SE CONCLUYE QUE GRACIELA PÉREZ DE MOLANO PRESENTA SECUELAS PERMANENTES DE CARÁCTER FUNCIONAL, ANATÓMICO Y PSÍQUICAS, EN RELACIÓN A UNA AMPUTACIÓN SUPRACONDILEA DE MIEMBRO INFERIOR DERECHO; LA CUAL SE PRESENTA COMO UNA COMPLICACIÓN MULTIFACTORIAL SECUNDARIA A UNA ENFERMEDAD DE BASE (ARTERIOESCLEROSIS), A UN EVENTO TRAUMÁTICO SOBRE LA RODILLA Y LA **INSTAURACIÓN TARDÍA DEL MANEJO DEFINITIVO DE LA LESIÓN VASCULAR."**

La anterior conclusión sobre la instauración tardía del manejo definitivo de la lesión vascular se extrajo del concepto emitido por el área de cirugía vascular y angiología del HOSPITAL UNIVERSITARIO LA SAMARITANA⁹², del que se resalta lo siguiente:

"La literatura es clara al concluir

El factor CLAVE en el manejo de TRAUMA VASCULAR es su IDENTIFICACIÓN y MANEJO A TIEMPO

⁸³ Páginas 207-208; 529 Archivo digital (04). 143; 382 Anexo 1.

⁸⁴ Páginas 214-215; 530-538 Archivo digital (04). 147 Anexo 1.

⁸⁵ Páginas 224-225; 541 Archivo digital (04). 165; 388 Anexo 1.

⁸⁶ Páginas 228-229 Archivo digital (04). 154 Anexo 1.

⁸⁷ Páginas 509 Archivo digital (04). 371 físico Anexo 1.

⁸⁸ Páginas 232-233 Archivo digital (04). 156 físico Anexo 1.

⁸⁹ Páginas 581 Archivo digital (04). 409 físico Anexo 1.

⁹⁰ Páginas 33-38 Archivo digital (02.) 299-301 físico.

⁹¹ Páginas 14-17 Archivo digital (02.) 281-285 físico.

⁹² Páginas 16-17 Archivo digital (02.) 283-284 físico.

Como cualquier entidad patológica en medicina, el trauma vascular también requiere de un DIAGNOSTICO

A este respecto el EXAMEN FÍSICO cobra la mayor importancia.

Existe suficiente evidencia en la literatura de una serie de signos clínicos que si están presentes deben llevar a AUMENTAR la sospecha de LESIÓN VASCULAR, ellos conocidos como SIGNOS DUROS DE TRAUMA VASCULAR (15)

Estos son los siguientes

1. Hematoma (pulsatil o expansivo)

2. Hemorragia activa

3. Ausencia de pulso distal

4. Soplo o fremito

5. Manifestaciones de isquemia distal (6 "p" pulseless, pain, parcsiesia, panilisis. palidez, peiquiloterminia (**frialdad**))

El considerar los SIGNOS DUROS como una UNIDAD o BLOQUE, la presencia de UNO solo o más es indicativo de la presencia de un LESIÓN VASCULAR que requiere REPARO, con una EXACTITUD de Casi el 100%.

El pasar por alto estos signos de trauma vascular es la razón más común de errores en el diagnóstico y manejo de trauma vascular.

Por lo tanto, solicitar exámenes adicionales se vuelve COSTOSO y RETARDA el manejo. Dichos estudios adicionales estarían justificados si están disponibles INMEDIATAMENTE y realizados por profesionales calificados para su adecuada interpretación como mapeo pre quirúrgico.

En todo trauma vascular existen una serie de **factores pronósticos** identificados que determinan los resultados en relación con el salvamento de la extremidad o muerte del paciente

1. Intervalo de tiempo entre la lesión y su tratamiento

2. Mecanismo de lesión

3. Localización anatómica

4. Lesiones asociadas

5. Edad de paciente

6. Comorbilidad

7. Presentación clínica

De todos los anteriores el INTERVALO de tiempo entre la presentación de la lesión y su CORRECCIÓN es el más importante, determinando los resultados.

Este factor que genera dos variables - HEMORRAGIA -ISQUEMIA

Hay múltiples estudios en la literatura tanto de ensayos experimentales y estudios clínicos en civiles y experiencia militar en donde se establece contundentemente que existe una relación lineal ente TIEMPO y PERDIDA de la EXTREMIDAD, de hecho desde la Segunda Guerra Mundial (5), y en conflictos posteriores (10)(11)(12) **se han establecido correlaciones temporales en donde se establece y demuestra que reparos arteriales realizados entre las 6 y 12 horas posterior a la lesiones generan tasa de amputaciones entre el 3% al 22% . Pero si el reparo se realiza después de las 12 horas la tasa de amputación alcanza el 93%.** Las series en civiles también confirman esta relación (5) (6) (7) (8) (9) (10) (13) (14).

Para empeorar el pronóstico de un tratamiento instaurado tardíamente, esta extremidad Re perfundida tardíamente está sujeta a severa discapacidad funcional originada por daño irreversible a tejido neurológico y muscular que genera parálisis, mionecrosis, infección de tejidos blandos, posteriormente desbridamientos extensos, facisits (síndrome de reperfusión) sepsis, en último instancia posibilidad de amputación o en los casos menos severos discapacidad severa

Por lo anterior se establece que el TIEMPO CRÍTICO para efectuar un reparo de lesión vascular y disminuir las complicaciones y aumentar las posibilidades de salvamento de la extremidad esta entre 6 a 8 HORAS.

Adicionalmente es necesario establecer el territorio anatómico afectado con especial mención a la ARTERIA POPLÍTEA la cual es una arteria TERMINAL y con pocas colaterales. lo cual ante el escenario de una OCLUSIÓN AGUDA genera las

TASAS MAS ALTAS DE AMPUTACIÓN de cualquier otra arterial periférica (72.5%) (3)."

En este orden de ideas, del material probatorio recaudado en este proceso, tenemos claro que se trata de la amputación supracondílea de miembro inferior derecho de la señora GRACIELA PÉREZ MOLANO el día 27 de agosto de 2007, quien sufrió una caída desde su propia altura el 12 de agosto de 2007.

Inmediatamente después del accidente, la señora GRACIELA fue llevada al HOSPITAL DEPARTAMENTAL DE VILLAVICENCIO ESE, siendo valorada a las 6:30 am por el cirujano FREDY HERNÁN RODRÍGUEZ quien evidenció ausencia de pulso pedial y tibial y llenado capilar de 4 segundos, además no podía mover un dedo del pie derecho. Por ende, el diagnóstico inmediatamente fue lesión vascular, ordenándose un RX en rodilla por sospecha de fractura.

A las 7:40 am, fue valorada por medicina general, quien detectó una ligera pérdida de las relaciones articulares. A las 8:00 am fue valorada por ortopedia, mencionando que la paciente padece artritis reumatoide tratada con metotexate. Al examinar la zona de la lesión observó edema, dolor, frialdad y cianosis distal. Además, la perfusión era de 6 segundos y la saturación distal del 0%, concluyendo que había hipoperfusión y trauma vascular poplíteo. Ante lo cual, ordenó valoración por cirugía general.

Esta orden se cumplió a las 10:30 am, siendo valorada por el médico cirujano MARTIN FERNANDO DUARTE GÓMEZ, quien también evidenció edema, ausencia de pulso poplíteo, pedial y tibial, perfusión de 6 segundos, frialdad y cianosis distal. La paciente no mostraba sensibilidad o movimiento en los dedos del pie, razón por la que ordenó un DOPPLER ARTERIAL MID. En la siguiente nota de cirugía general, se indicó que el pulso pedio estaba disminuido, además, había una ligera disminución de temperatura con un llenado capilar lento.

A las 1:20 pm, se leyó el Rx de rodilla que no mostró fracturas. A las 4:23 pm, la paciente continuaba mostrando edemas, frialdad llenado capilar de 3 segundos y sensibilidad disminuida, en ese momento el resultado del DOPPLER mostró "*Insuficiencia vascular periférica severa a nivel distal que comprende pedio y tibiales, secundario a arterioesclerosis y edema*", sin embargo, se ordenó continuar el mismo manejo y nueva valoración por cirugía general, lo que ocurrió a las 4:30 pm, encontrando pulso poplíteo más no el pulso pedio, además continuaba disminuida la sensibilidad en la porción distal.

Allí se ordenó valoración por ortopedia, lo cual ocurrió a las 7:20 pm, la paciente seguía mostrando edema, cianosis, perfusión distal de 4 segundos. Según se describe, ortopedia comentó con el área de cirugía, quienes consideraron un cuadro obstructivo

vascular antiguo y por ende se coloca vendaje blando de Rober Jones para inmovilizar la rodilla.

Al día siguiente, 13 de agosto de 2007, a las 8:00 am, GRACIELA PÉREZ fue valorada por cirugía general, siendo dada de alta, a pesar de que tenía un llenado capilar de 5 segundos y sin mostrar movilidad de los dedos del pie derecho, por el contrario, ortopedia ordenó la hospitalización para continuar tratamiento y vigilar perfusión.

El 14 de agosto a las 6:40 am ante la disminución de pulsos distales y descuento de tiempo de llenado capilar el ortopedista ordenó nuevamente un DOPPLER ARTERIAL EN REGIÓN POPLÍTEA y valoración por cirugía vascular. El resultado del examen mostró a las 3:45 pm una lesión vascular a nivel de arteria poplítea.

En la valoración efectuada por el Dr. BOHÓRQUEZ se evidenció isquemia en pie sin movilidad ni sensibilidad, tampoco había llenado capilar, lo que mostraba una segura pérdida del pie y la pierna por ende debía hacerse una "*Exploración vascular trombectomía Anastomosis – Injerto Fasciotomias*". A las 6:30 pm cirugía general dio la orden urgente para intentar revascularizar con riesgo de amputación. Dicha cirugía ("*Exploración vascular + resección art poplítea + injerto safena invertida + fasciotomía + trombectomía arterial*") se llevó a cabo a las 9:50 pm.

Posteriormente, fue llevada a la UCI y luego a cuidados intermedios por los siguientes días sin que mostrara una reacción positiva al procedimiento realizado a pesar de efectuarse varios lavados quirúrgicos y desbridamientos.

Finalmente, el día 27 de agosto de 2007, se llevó a cabo la cirugía de amputación del miembro inferior derecho a nivel del tercio inferior del muslo. De ahí en adelante la recuperación fue exitosa.

Así las cosas, analizada la cronología de los hechos de cara a lo expuesto en el dictamen pericial que a su vez contiene el concepto del especialista en cirugía vascular del HOSPITAL UNIVERSITARIO LA SAMARITANA, resulta evidente que el HOSPITAL DEPARTAMENTAL DE VILLAVICENCIO incurrió en falla en el servicio médico por mora en el diagnóstico y tratamiento que debía recibir GRACIELA PÉREZ MOLANO.

Nótese que en el concepto del cirujano vascular tenido en cuenta en el dictamen pericial⁹³, se indicó que el factor clave para el manejo de un trauma vascular es su identificación y manejo oportuno. En cuanto a la identificación, mencionó que el examen físico tenía gran importancia, pues existen una serie de signos clínicos "*que si están presentes deben llevar a AUMENTAR la sospecha de LESIÓN VASCULAR*", conocidos como signos duros, entre los que se encuentra ausencia de pulso distal y frialdad. La

⁹³ Páginas 16-17 Archivo digital (02.) 283-284 físico.

presencia de uno solo o más es indicativo de una lesión vascular que requiere reparo con exactitud de casi el 100%.

Siendo ello así, desde el momento en que la paciente llegó al centro hospitalario fue posible evidenciar la lesión vascular, pues no presentaba pulsos pedial y tibial y además mostraba frialdad, sin contar que también mostraba cianosis, llenado capilar lento y edema. Los síntomas eran tan claros que en la misma atención de las 6:30 del 12 de agosto se consignó como diagnóstico la lesión vascular.

Por manera que, siguiendo el concepto del cirujano vascular, se concluye que los signos duros de la paciente desde su llegada al centro hospitalario permitían identificar plenamente la lesión vascular, pero como los mismos se pasaron por alto dado que la paciente presentaba un esguince de rodilla y artritis reumatoidea, no se dio manejo al trauma vascular que presentaba la paciente.

En cuanto al manejo oportuno del trauma vascular, el concepto indica que existen unos factores pronósticos que determinan los resultados (salvar o perder el miembro o muerte del paciente), encontrando entre ellos el intervalo de tiempo entre la lesión y su tratamiento, la edad del paciente y la comorbilidad. Explica el cirujano vascular que *"el TIEMPO CRÍTICO para efectuar un reparo de lesión vascular y disminuir las complicaciones y aumentar las posibilidades de salvamento de la extremidad esta entre 6 a 8 HORAS."*, siendo precisamente este en el que se finca la conclusión del dictamen de Medicina Legal esto es, *"INSTAURACIÓN TARDÍA DEL MANEJO DEFINITIVO DE LA LESIÓN VASCULAR"*.

A esta conclusión arriba el dictamen, porque la paciente llegó el 12 de agosto a las 6:30 am al HOSPITAL DEPARTAMENTAL DE VILLAVICENCIO mostrando signos duros de trauma vascular, los cuales fueron evidenciados desde la primera atención, y continuaron mostrándose, sin que se recibiera el manejo definitivo y oportuno de la lesión, con lo que hubiera aumentados las posibilidades de salvar su extremidad.

Tan solo a las 6:30 pm del 14 de agosto (60 horas después del ingreso), se indicó que la paciente debía ser intervenida para intentar revascularizar, sin embargo, existía riesgo de amputación, realizándose la cirugía a las 9:50 pm; luego, el tratamiento a la paciente se dio de manera tardía, lo que disminuyó considerablemente las posibilidades de salvar su pierna, pues conforme el especialista en la materia, la corrección debió intentarse dentro de las 8 horas siguientes a la lesión, lo que no ocurrió.

Por el contrario, quedó visto que el área de cirugía a pesar de la sintomatología de la paciente dio el alta, siendo gracias al área de ortopedia que GRACIELA PÉREZ continuó recibiendo atención hospitalaria y vigilancia a la perfusión hasta la cirugía de corrección.

En el recurso de apelación la demandada aduce que la demandante tenía otras patologías que contribuyeron al desenlace, como lo es la obesidad y artritis, las cuales conforme al concepto que se viene describiendo forman parte de los factores que determinan el resultado, por ende, ante estos antecedentes los galenos del Hospital demandado debieron asumir el caso de la paciente con suma diligencia y cuidado, pues no solo mostraba signos duros de lesión vascular, sino que también, tenía una avanzada edad (58 años) y comorbilidades que podrían complicar el proceso de recuperación, debiendo entonces ser rigurosos en establecer de manera pronta y oportuna (dentro de las siguientes 8 horas) si existía o no una lesión vascular actual que debiera ser reparada, lo que es claro no ocurrió como claramente lo muestra el dictamen pericial.

En cuanto a las testimoniales obrantes en el proceso, ninguna de ellas tiene virtualidad suficiente para desvirtuar la conclusión a la que arribó el INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL basado en el concepto emitido por el especialista en cirugía vascular del HOSPITAL UNIVERSITARIO LA SAMARITANA, pues a pesar que se describe la atención brindada a la paciente en la entidad hospitalaria y el tratamiento recibido, es evidente que la atención sobrepasó el tiempo establecido por la literatura médica para la identificación y tratamiento de una lesión vascular, la cual estaba acompañada de comorbilidades y edad avanzada de la paciente.

Dentro de los testimonios, se encuentra el del médico MIGUEL ÁNGEL BOHÓRQUEZ MOLINA quien atendió a la paciente e indicó lo siguiente:

*"dado los antecedentes y los hallazgos clínicos iniciales generaba duda de alguna posible lesión neurovascular por lo que se realizó el estudio vascular no invasivo con el reporte de una enfermedad arterial oclusiva (arteriosclerosis), por lo que no se decide procedimiento quirúrgico inicialmente, aparentemente la lesión progresa llegando pues a los hallazgos clínicos que se encontraron en el momento que la revisé. Por lo que, pienso que se trata de un trauma con lesión parcial vascular sin síntomas evidentes asociándose a la arteriosclerosis y a su obesidad mórbida, que finalmente da los signos ya relatados de la valoración inicial mía. PREGUNTADO: En declaración juramentada rendida por usted, ante la subgerencia administrativa con facultades de control interno disciplinario del Hospital Departamental de Villavicencio, el 15 de mayo de 2008, manifestó usted que de acuerdo con los hallazgos se requerían la realización de estudios dentro de sus primeras ocho (8) horas para determinar la posible lesión vascular (fl. 49 del anexo 2). Podría indicarle al Despacho a qué clase de estudios se refiere. CONTESTO: Los exámenes a realizar en estos pacientes cuando existen las dudas clínicas de lesiones vasculares son examen doppler vascular en este caso arterial, de ser posible otro examen angiografía. En el caso de la paciente se le llevó a realizar el doppler arterial."*⁹⁴.

Afirmación que refuerza la conclusión de la sala, pues si bien pudo existir la duda acerca de una nueva lesión vascular o se trataba de una antigua, no se observa en el expediente las acciones realizadas por el personal de salud para establecer dentro de las 8 horas siguientes a la lesión para determinar con claridad la patología de la paciente y brindar el tratamiento adecuado, por el contrario, dejaron que la paciente evolucionara y mostrara los síntomas con más claridad, que confirmaron la reciente lesión cuando ya

⁹⁴ Página 133 Archivo digital (01.) 103 físico.

la situación era irreversible. Luego el tratamiento si bien era el adecuado, no fue oportuno.

Ahora, como se explicó en el marco teórico de esta providencia, para que exista responsabilidad por parte de la demandada, no solo debe estar demostrado el daño y la falla o falta de aquella, sino también la relación de causalidad entre la falla y el daño.

Al respecto, el Consejo de Estado, en providencia del 10 de abril de 2019⁹⁵, trajo a colación una providencia del 23 de junio de 2010, para decir lo siguiente:

"iii) el nexo causal, sin los cuales se hace improcedente la condena del Estado por esta vía, tal y como lo ha entendido esta Corporación:

*"Al margen de las discusiones que se presentan en la jurisprudencia y en la doctrina en relación con el régimen probatorio de los elementos de la responsabilidad patrimonial por los daños que se deriven de la actuación médica del Estado, **lo cierto es que existe consenso en cuanto a que la sola intervención -actuación u omisión- de la prestación médica no es suficiente para imputar al Estado los daños que sufran quienes requieran esa prestación, sino que es necesario que se encuentre acreditado que la misma fue constitutiva de una falla del servicios y que dicha falla fue causa eficiente del daño**"⁹⁶ (énfasis añadido)."*

De igual forma, en providencia del 28 de octubre de 2019⁹⁷, la alta corporación dándole suficiente relevancia al nexo causal, expuso lo siguiente:

*"De conformidad con lo expuesto, para la Sala, bajo el panorama probatorio antes descrito, el daño padecido por el demandante, consistente en la pérdida total de la agudeza visual del ojo derecho, no puede imputarse a la demandada, pues **si bien esta incurrió en demoras en la práctica de la cirugía, no se acreditó con certeza o al menos con algún grado de probabilidad, si esta tuvo incidencia o fue relevante en el desenlace final de la enfermedad.**" (negrilla fuera del texto)*

Y eso es precisamente, lo que no se encuentra acreditado en el *sub judice*. Recuérdese que el concepto rendido por el experto en cirugía vascular indica que "se han establecido correlaciones temporales en donde se establece y demuestra que reparos arteriales realizados entre las 6 y 12 horas posterior a la lesiones **generan tasa de amputaciones entre el 3% al 22%. Pero si el reparo se realiza después de las 12 horas la tasa de amputación alcanza el 93%.**" (Resaltado fuera del texto).

De ello, se advierte que no es posible tener certeza que si GRACIELA PÉREZ hubiera recibido la cirugía de reparación vascular a tiempo hubiera recuperado su salud, o no hubiese sufrido la amputación de su pierna derecho (daño), pues no puede dejarse

⁹⁵ Sección Tercera. Subsección B. CP: Alberto Montaña Plata. Rad. 25000-23-26-000-2006-01800-01(41890). Actor: Aura Cecilia Pérez Baquero.

⁹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 23 de junio de 2010, exp. 19.101.

⁹⁷ Sección Tercera. Subsección B. CP: Ramiro Pazos Guerrero. Rad: 19001-23-31-000-2004-01442-1(47917). Actor: JAIME ORDOÑEZ MUÑOZ

de lado que ella, además de una avanzada edad, presentaba otras patologías (artritis reumatoide, arterioesclerosis, obesidad) que hubiesen podido incidir en el resultado, además, nótese que el porcentaje de amputaciones cuando la cirugía se realiza a tiempo es de 3% a 22%, dentro del cual pudo estar la demandante dadas sus patologías de base.

No es el juez el experto en la materia para determinar clínicamente si esa demora fue o no determinante en la amputación de parte del miembro inferior derecho de la demandante o si aun cuando se hubiere realizado la cirugía revascularizadora a tiempo, hubiere igualmente obtenido el mismo resultado, razón por la cual correspondía a la parte actora demostrar con evidencia científica tal aspecto relevante para concluir en la responsabilidad de la demandada por la falla en el servicio. Por el contrario, lo que se evidencia es que existía una probabilidad de aun recibiendo el tratamiento oportuno, el desenlace fuera el mismo que conocemos.

De tal manera que, aunque está demostrado que existió una falla en la prestación del servicio médico (mora en el diagnóstico y tratamiento oportuno a la lesión vascular que presentaba la paciente), y un daño (amputación de un tercio de miembro inferior derecho), no existe prueba del nexo causal entre los dos elementos, por lo cual la responsabilidad a título de falla del servicio en la atención médica no puede configurarse por no haber quedado demostrados todos los elementos para llegar a tal conclusión, es decir, no puede establecerse que la lesión sufrida por la demandante ocurrió por no haberse identificado y tratado a tiempo la lesión vascular, porque conforme a la literatura médica y los antecedentes de la paciente, aunque recibiera el tratamiento oportuno el resultado pudo haber sido el mismo.

Ahora bien, en aplicación del principio *Iura Novit Curia*, se analizará si con la falla demostrada en este caso, se restó el chance u oportunidad de GRACIELA PÉREZ de recibir la atención médica que requería para eventualmente haber restablecido su salud, lo que merecería una indemnización aunque en grado menor, motivo por el cual se analizará si están acreditados en el plenario, los tres requisitos exigidos por la jurisprudencia para hablarse de pérdida de oportunidad como perjuicio autónomo indemnizable.

En atención al **primer requisito**, se tiene que sí existe certeza de que había una oportunidad que GRACIELA PÉREZ conservara completa su extremidad inferior derecha de haberse diagnosticado y brindado oportunamente el tratamiento a lesión vascular que presentaba, pues según el concepto tantas veces mencionado del galeno especialista en cirugía vascular las personas que reciben dentro de las 6 y 12 horas posteriores a la lesión, el tratamiento adecuado a una lesión vascular diferente a la arteria poplítea, generan tasa de amputaciones entre el 3% al 22%, es decir, que existen entre el 78% y 97% de probabilidades de conservar la extremidad.

De igual forma, se observa que "si el reparo se realiza después de las 12 horas la tasa de amputación alcanza el 93%.", es decir, que aun así conserva la posibilidad de conservar su extremidad pero en tan solo un 7%.

No obstante, para el caso particular debe tenerse presente que en este concepto, también se advierte que "la ARTERIA POPLÍTEA la cual es una arteria TERMINAL y con pocas colaterales. Lo cual ante el escenario de una OCLUSIÓN AGUDA genera las TASAS MAS ALTAS DE AMPUTACIÓN de cualquier otra arterial periférica (72.5%)", es decir, que si la lesión es en esta arteria, la probabilidad de recuperar la salud es del 27.5%.

Revisado el reporte del Doppler arterial en miembro inferior derecho del 14 agosto de 2007 se advierte que los "HALLAZGOS ANTERIORES SUGIEREN LA PRESENCIA DE **LESIÓN VASCULAR A NIVEL DE LA ARTERIA POPLÍTEA.**"⁹⁸. Además, en la epicrisis se tiene que la cirugía practicada a GRACIELA PÉREZ correspondió a "Exploración vascular + **resección art poplítea** + injerto safena invertida + fasciotomía + trombectomía arterial"⁹⁹.

En ese orden de ideas, para la sala en este caso está plenamente acreditado que la probabilidad que tenía GRACIELA PÉREZ MOLANO de recuperar su salud era del **27.5%**.

Esto quiere decir, que aunque no existe certeza de que si hubiera recibido a tiempo el tratamiento para la lesión vascular habría evitado la amputación, sí la hay en cuanto a que el retardo en el diagnóstico y la intervención le restó oportunidades de mejorar su estado y salvar su extremidad, pues si la corrección vascular se hubiera realizado dentro de las primeras 8 horas siguientes a la lesión (TIEMPO CRÍTICO para efectuar el reparo, según lo indicó el perito), la paciente hubiera tenido al menos el 27.5% de probabilidad de recuperar la movilidad de pierna y que esta no fuese amputada.

Respecto del **segundo requisito**, también se constata en el *sub judice*, puesto que resulta imposible la recuperación de salud de la paciente, ya que la amputación de su extremidad es irreversible, lo que sucedió el 27 de agosto de 2007.

Finalmente, en relación con el **tercer requisito**, se constata que la paciente llegó al HOSPITAL DEPARTAMENTAL DE VILLAVICENCIO ESE, a las 6:30 am del 12 de agosto de 2007, con "un cuadro clínico de 60 min de evolución consistente en caída de su propia altura con posterior trauma – nivel de rodilla, es trasladada en taxi "¹⁰⁰, es decir, que acudió a recibir ayuda médica en la hora siguiente a la ocurrencia del accidente, por

⁹⁸ Páginas 349 Archivo digital (04). 246 físico Anexo 1.

⁹⁹ Páginas 4 Archivo digital (04). 2 físico Anexo 1.

¹⁰⁰ Páginas 49 Archivo digital (04). 3 físico Anexo 1.

tanto era apta y contaba con posibilidades de recuperar su salud en el porcentaje aludido, recibiendo el tratamiento para la patología que desarrollaba.

En consecuencia, teniendo en cuenta que la actuación de la entidad demandada mermó oportunidades de salvar la pierna derecha de GRACIELA PÉREZ MOLANO, la Sala MODIFICARÁ el fallo de primera instancia, declarando la responsabilidad del HOSPITAL DEPARTAMENTAL DE VILLAVICENCIO, pero por la pérdida de la oportunidad.

Establecida la responsabilidad de la entidad demandada en los hechos que dieron origen al presente asunto, se ocupará la Sala de establecer la tasación de los perjuicios derivados de la pérdida de oportunidad.

En este punto es importante señalar que atendiendo que el perjuicio por pérdida de oportunidad tiene un carácter autónomo, ya que este no se deriva directamente de lesiones permanentes sufridas por GRACIELA PÉREZ MOLANO, sino de la pérdida de oportunidad por no haber recibido a tiempo el tratamiento para la lesión vascular que padecía, la Sala no hará pronunciamiento alguno frente a los perjuicios materiales pretendidos en la demanda y reclamados nuevamente en el recurso de apelación, ya que estos emanan precisamente de la lesión de la víctima.

Como sustento de lo anterior, vale la pena traer a colación la sentencia del 7 de octubre de 2020¹⁰¹, en la que se indica que la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado en un caso en el que también se reclaman perjuicios materiales indicó lo siguiente:

*"Frente al reconocimiento de perjuicios por pérdida de oportunidad como daño autónomo, es importante resaltar, que se acogerán los criterios jurisprudenciales¹⁰² para elaborar la liquidación correspondiente, pues no existe una norma que determine la forma en que se debe indemnizar esta modalidad de daño, y la Corte Suprema de Justicia ha señalado también que acoge el criterio del Consejo de Estado, **en atención a que el daño no deviene en este caso, de la muerte del señor Bonilla Ceballos, sino en la pérdida de oportunidad en sí misma.***

Así las cosas, se realizará una tasación de perjuicios, atendiendo al principio de equidad, previsto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, así:

"5.- Indemnización de perjuicios.

Toda vez que no obran en el expediente más elementos probatorios que puedan ser valorados con miras a establecer, con fundamento en criterios técnicos, estadísticos y apoyándose en información objetiva y contrastada, la cuantía del daño que por concepto de pérdida de oportunidad le fue irrogado a la parte demandante, la Sala acudirá al criterio de la equidad como principio que el ordenamiento jurídico –artículo 16 de la Ley 446 de 1998¹⁰³– impone tener en cuenta para efectos de reparar de forma integral el daño causado por la acción o la omisión de las autoridades públicas, a cuyo auxilio debe acudir, además, por virtud del denominado principio pro damnato, propio del derecho de daños y que sin duda ha de hacer sentir su vigor en escenarios

¹⁰¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. CP: Jaime Enrique Rodríguez Navas. Rad: 19001-23-31-000-2006-00719-01(50288). Actor: Fanny Dolores Montoya Franky.

¹⁰² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias del 13 de marzo de 2013, rad. 25569 y del 21 de marzo de 2012, rad. 22017.

¹⁰³ "Precepto cuyo tenor literal es el siguiente: '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'".

como el del presente caso, en el cual se encuentran acreditados todos los elementos necesarios para imponer al Estado la obligación de reparar el daño antijurídico que causó, pero resulta altamente improbable —por no decir que materialmente imposible— recaudar elementos demostrativos que permitan cuantificar de forma técnica, con apoyo en elementos matemáticos y/o estadísticos, el monto del perjuicio a indemnizar.

5.1.- Perjuicios derivados de la pérdida de la oportunidad de la víctima directa.

(...), la Sala no se pronunciará respecto de los perjuicios materiales solicitados en la demanda, comoquiera que ellos derivan de la muerte de la víctima directa, motivo por el cual se reconocerá, con fundamento en el principio de equidad antes mencionado, una suma genérica para cada demandante, habida cuenta que cada uno de ellos demostró su interés para demandar dentro de este proceso y su consiguiente legitimación en la causa por activa dentro del mismo¹⁰⁴ (Negrilla fuera del texto)

En igual sentido, se pronunció la Subsección A en sentencia del 5 de julio de 2018¹⁰⁵, en la que se indicó que “no se reconocerán los perjuicios materiales a título de lucro cesante pretendidos por los demandantes, pues, se reitera, no es consecuencia de la muerte del señor Armando Quijano Santamaría de donde surge la indemnización, sino como un perjuicio autónomo consistente en la pérdida de la oportunidad de haber continuado con vida.”.

De manera que en este caso al encontrarse probado el daño derivado de la pérdida de oportunidad se procederá a la liquidación del perjuicio así:

- **Perjuicios derivados de la pérdida oportunidad**

Ahora, como se adujo en el marco teórico, la pérdida de oportunidad es un perjuicio autónomo indemnizable, el cual se tasa de acuerdo con las probabilidades que tenía la víctima de conservar su salud, lo cual en este caso quedó demostrado con el concepto del especialista en cirugía vascular del HOSPITAL UNIVERSITARIO LA SAMARITANA, que sirvió de sustento al dictamen de medicina legal¹⁰⁶, en el que se describe que “la **ARTERIA POPLÍTEA** la cual es una arteria **TERMINAL** y con pocas colaterales. Lo cual ante el escenario de una **OCLUSIÓN AGUDA** genera las **TASAS MAS ALTAS DE AMPUTACIÓN de cualquier otra arterial periférica (72.5%)**”, luego, siendo ésta la arteria lesionada, la probabilidad de recuperar la salud de GRACIELA PÉREZ era de **27.5%**, como atrás se evidenció.

De manera que, sobre este porcentaje deberán tasarse los perjuicios, siendo necesario aclarar que en la pericia traída al proceso no se advierte sobre la incidencia que puedan tener las patologías preexistentes en un paciente, sobre el porcentaje de amputaciones, por lo que la sala tampoco abordará el tema.

Así las cosas, en este asunto, quedó demostrada la legitimación material en la causa por activa, en la medida que frente a quien sufrió directamente la lesión y posterior disminución en su capacidad laboral, fue la señora GRACIELA PÉREZ MOLANO.

¹⁰⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, rad. 18593.

¹⁰⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. CP: Marta Nubia Velásquez Rico. Rad: 68001-23-31-000-2004-02444-01(44740). Actor: Sara Orejarena de Quijano

¹⁰⁶ Páginas 16-17 Archivo digital (02.) 283-284 físico.

De igual forma, está acreditada la calidad de hija de MYRIAM MILENA MÉNDEZ PÉREZ y de nietos de la víctima de CARLOS SERGIO CASTILLO MÉNDEZ y JUAN SEBASTIÁN PÉREZ MÉNDEZ conforme a los registros civiles obrantes en el expediente¹⁰⁷.

Por consiguiente, acreditada la calidad con las que los demandantes comparecen al proceso, se condenará al pago de las siguientes cantidades equivalentes en Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes, por concepto del daño consistente en la pérdida de la oportunidad.

Graciela Pérez Molano (víctima directa)	27.5 SMMLV
Myriam Milena Méndez (hija)	27.5 SMMLV
Carlos Sergio Castillo Méndez (nieto)	13.8 SMMLV
Juan Sebastián Pérez Méndez (nieto)	13.8 SMMLV

Esta forma de resarcir el perjuicio aplicando el porcentaje del chance perdido a la base de 100 y traducirlo a salarios mínimos, fue utilizada en la sentencia del 7 de octubre de 2020 atrás citada¹⁰⁸.

- **Perjuicios Morales**

Ha entendido la jurisprudencia que este tipo de perjuicio puede reconocerse además del derivado de la pérdida de oportunidad en sí misma, es decir, que no son incompatibles, pues los perjuicios morales devienen de la aflicción, angustia y congoja que generó a los interesados, la pérdida de oportunidad de la víctima directa, en los siguientes términos se ha precisado:

"La procedencia del reconocimiento de este tipo de perjuicio fue materia de pronunciamiento por la Sección Tercera del Consejo de Estado en el plurimencionado fallo de agosto 11 de 2010 y también por la Subsección A de dicha Sección en decisión del 7 de julio de 2011¹⁰⁹, en los siguientes términos:

"En cuanto corresponde a esta clase perjuicios, dado que ninguna incompatibilidad existe entre el reconocimiento de los perjuicios ocasionados por el daño autónomo consistente en la pérdida de oportunidad que aquí se ha detallado y la aflicción, angustia y congoja que en el plano puramente moral o inmaterial les generó la mencionada pérdida de oportunidad – que no los perjuicios morales por la muerte de la víctima directa– se hará un reconocimiento por este específico concepto (...)".¹¹⁰

¹⁰⁷ Páginas 14, 16 y 17 Archivo digital (01). 11, 12 y 13 físico.

¹⁰⁸ Ya había sido aplicada con anterioridad. Ver sentencias del 13 de mayo de 2015, radicado 660012331000200200201501. MP. Hernan Andrade Rincón (E), y la del 5 de julio de 2018, radicado 68001233100020040244401, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

¹⁰⁹ Consultar sentencia de 11 de agosto de 2010, Exp. No. 050012326000199500082 – 01 (18.593); sentencia de 25 de agosto de 2011, Exp. No. 250002326000199703994 – 01 (19.718); sentencia de 7 de julio de 2011, Exp. No. 520012331000199708974 – 01 (20.139). Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, reiterado en sentencia del 21 de marzo de 2012, expediente: 22.017, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹¹⁰ Sentencia del 12 de marzo de 2015, proferida por el Consejero HERNÁN ANDRADE RINCÓN, dentro del Radicado No. 880012331000200300073 01 (32297), demandante: ALIDA ELINOR POMARE WILSON Y OTROS.

Así las cosas, en cuanto a los perjuicios morales debe recordarse que el Consejo de Estado en Sala Plena de la Sección Tercera, en providencia de fecha 25 de septiembre de 2013, expediente 36460, unificó los criterios para determinar la cuantificación de aquellos, estableciéndose que su valoración debe ser hecha por el juzgador en cada caso según su prudente juicio, pero se sugirió la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado.

Así mismo, el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en pronunciamiento del 28 de agosto de 2014¹¹¹, estableció una tabla de unificación jurisprudencial en la que determinó el monto a tener en cuenta para indemnizar el daño moral en caso de lesiones, determinándolo por nivel, esto es, nivel de relación con el lesionado y gravedad de la lesión.

REPARACION DEL DAÑO MORAL EN CASO DE LESIONES					
GRAVEDAD DE LA LESIÓN	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
	Víctima directa y relaciones afectivas conyugales y paterno-filiales	Relación afectiva del 2º de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3º de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4º de consanguinidad o civil.	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.
Igual o superior al 50%	100	50	35	25	15
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80	40	28	20	12
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60	30	21	15	9
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40	20	14	10	6
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20	10	7	5	3
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10	5	3,5	2,5	1,5

Así las cosas, está demostrado que la lesión causada a la señora GRACIELA PÉREZ MOLANO le provocó una deformidad permanente y una perturbación funcional, sin embargo, advierte la Sala, que no es posible establecer el monto de salarios a reconocer, por perjuicios morales, como quiera que no se cuenta con un dictamen pericial que nos indique de manera eficiente el porcentaje de la pérdida de la capacidad laboral sufrida por la demandante, requisito este indispensable para la tasación de tales perjuicios, conforme a la Jurisprudencia más reciente del Consejo de Estado, aludida en precedencia.

Pese a lo anterior, el daño irrogado a los demandantes quedó demostrado conforme se explicó en precedencia, razón por la cual como en este momento no se puede cuantificar el perjuicio, su tasación se establecerá mediante incidente de

¹¹¹ CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 31172, M.P: OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ.

liquidación de perjuicios, por ende se emitirá una condena en abstracto, por así permitirlo el artículo 172 del C.C.A.

Para tal efecto, se deberá aportar al proceso el dictamen pericial realizado por la autoridad competente, en el que se determine el porcentaje de pérdida de capacidad laboral de GRACIELA PÉREZ MOLANO, en razón a la amputación de un tercio de la extremidad inferior derecha realizada el 27 de agosto de 2007.

No obstante, como la Sala lo que encontró acreditado fue la pérdida de oportunidad, esos perjuicios deberán reducirse en un 72.5%, porcentaje que corresponde a la probabilidad de amputación que sufren las personas que son tratadas de manera oportuna por la patología padecida por la demandante.

- **Daño a la Salud, denominado por el actor como "perjuicio fisiológico o daño a la vida de relación".**

El Consejo de Estado en Sala Plena de la Sección Tercera en sentencias del 14 de septiembre de 2011¹¹², unificó criterios con relación a los perjuicios inmateriales, determinando que sólo hay lugar a reconocer los perjuicios al daño a la salud entendido como la afectación a la integridad psicofísica de una persona, cuya reparación se debe establecer con base en dos componentes:

- (i) Un componente objetivo, que se determina con fundamento en el porcentaje de invalidez decretado, y
- (ii) Un componente subjetivo, que permitirá incrementar en una determinada proporción el componente objetivo, de acuerdo con las consecuencias particulares y específicas de cada persona lesionada.

En la sentencia del 28 de agosto de 2014, anteriormente referida¹¹³, el órgano de cierre de esta Jurisdicción reiteró los criterios contenidos en la sentencia de unificación ya citada, e indicó que la indemnización, en los términos del fallo referido está sujeta a lo probado en el proceso, única y exclusivamente para la víctima directa, en cuantía que no podrá exceder de 100 S.M.L.M.V, de acuerdo con la gravedad de la lesión, debidamente motivada y razonada, conforme a la siguiente tabla:

¹¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 14 de septiembre de 2011, expedientes Nos: 19.031 y 38.222, MP: Enrique Gil Botero

¹¹³ CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 28804, M.P: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO.

REPARACION DEL DAÑO A LA SALUD REGLA GENERAL	
Gravedad de la lesión	Víctima directa
	S.M.L.M.V.
Igual o superior al 50%	100
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10

Indicó que es el juez quien debe determinar el porcentaje de la gravedad o levedad de la afectación corporal o psicofísica, que tendrá que estar debidamente probada dentro del proceso, relativa a los aspectos o componentes funcionales, biológicos y psíquicos del ser humano.

Para lo anterior, el administrador de justicia deberá considerar las consecuencias de la enfermedad o accidente que reflejen alteraciones al nivel del comportamiento y desempeño de la persona dentro de su entorno social y cultural que agraven la condición de la víctima.

Adujo que, en casos excepcionales, esto es, cuando existan circunstancias debidamente probadas de una mayor intensidad y gravedad del daño a la salud, podrá otorgarse una indemnización mayor a la señalada en la tabla anterior, sin que en tales casos el monto total de la indemnización por este concepto pueda superar la cuantía equivalente a 400 S.M.L.M.V, para lo cual deben tenerse en cuenta las siguientes variables:

- "- La pérdida o anormalidad de la estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica (temporal o permanente)*
- La anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura corporal o mental.*
- La exteriorización de un estado patológico que refleje perturbaciones al nivel de un órgano.*
- La reversibilidad o irreversibilidad de la patología.*
- La restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria.*
- Excesos en el desempeño y comportamiento dentro de una actividad normal o rutinaria.*
- Las limitaciones o impedimentos para el desempeño de un rol determinado.*
- Los factores sociales, culturales u ocupacionales.*
- La edad.*

- *El sexo.*
- *Las que tengan relación con la afectación de bienes placenteros, lúdicos y agradables de la víctima.*
- *Las demás que se acrediten dentro del proceso.”*

En el presente asunto la señora GRACIELA, como víctima directa del daño sufrido por pérdida de oportunidad, es la única beneficiaria de la indemnización de acuerdo a la gravedad de su lesión, sin embargo, para la tasación de este perjuicio se predica la misma situación que con el perjuicio moral, por cuanto si bien está demostrado que sufrió una lesión en su miembro inferior derecho que le generó una incapacidad médico legal definitiva de 150 días¹¹⁴, además de dejar unas secuelas de carácter permanente, no es posible establecer el monto de salarios a reconocer por este concepto, toda vez que no se cuenta con el dictamen pericial que demuestre el porcentaje de pérdida de capacidad laboral.

En consecuencia, dicha cuantía habrá de ser tasada en el incidente de regulación de perjuicios, en los términos descritos en precedencia, aplicando de igual forma el porcentaje de reducción de la condena que es correlativo al porcentaje probabilidad de amputación por la lesión vascular con la que llegó al Hospital demandado.

Finalmente, frente a los perjuicios inmateriales aquí reconocidos (morales y daño a la salud) siendo el caso particular de unas lesiones en la víctima, debe precisar la sala que si bien es cierto, podría pensarse que la tasación de aquellos debe ser similar al daño autónomo por pérdida de oportunidad determinado atrás, lo que en este caso se traduciría en ordenar tanto para la víctima como para su hija la suma equivalente a 27.5 SMMLV y para cada uno de los nietos 13.8 SMMLV por perjuicios morales, y 27.5 SMMLV por daño a la salud para la víctima sin tener en cuenta el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, pues con ello sería coherente la indemnización con el daño autónomo que constituye en sí el chance perdido, tal como lo planteó en sala el magistrado disidente; se considera por la mayoría que ello podría conllevar a una indemnización mayor incluso a la que se hubiese generado de haberse demostrado la falla del servicio, contrariando así la regla pacífica expuesta en la parte teórica de esta providencia, en cuanto a que la indemnización por pérdida de oportunidad debe ser menor¹¹⁵.

En efecto, con la tesis que no comparte la mayoría de integrantes de la sala, el porcentaje de ese chance perdido que resulte demostrado científicamente en el proceso, para los perjuicios inmateriales se aplicaría en salarios mínimos sobre la base del 100%, cuestión que en el daño por falla del servicio procede únicamente en casos de fallecimiento o pérdida de capacidad laboral del 100%, entonces en los casos de lesiones

¹¹⁴ Conforme al dictamen pericial de Medicina Legal. Ver página 37 archivo digital 02, folio 301

¹¹⁵ Ver cita 21 de esta decisión. Sentencia del 25 de agosto de 2011, rad. 25000-23-26-000-1997-03994-01(19718). demandante: Carmen Elisa Forero y otros. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

necesariamente debe consultarse cuál fue la pérdida de capacidad laboral, no para resarcir esta como tal, sino para tomarla de base a fin de aplicar el porcentaje del chance perdido como consecuencia de la conducta de la administración, logrando así una proporcionalidad indemnizatoria frente al daño por el cual se profiere la condena.

Así, a modo de ejemplo sobre el caso particular, para demostrar porqué no se compartió la tesis propuesta por el magistrado que salva voto en este punto, puede decirse que si se hubiese hipotéticamente demostrado la falla del servicio y la pérdida de capacidad laboral hubiese sido de un 10% al 20%, los perjuicios morales para la víctima tendrían que haberse tasado en 20 SMMLV, de acuerdo con la tabla indemnizatoria atrás citada, mientras que con pérdida de oportunidad el resarcimiento de los perjuicios morales serían de 27.5 SMMLV, lo que evidentemente resultaría contradictorio con la regla indemnizatoria general para los casos en que lo demostrado es el chance perdido. *Contrario censu*, con la decisión adoptada en sala mayoritaria, los perjuicios inmateriales se resarcirán aplicando el porcentaje de ese chance que se perdió sobre los salarios mínimos que según la tabla hubiesen correspondido si se hubiera presentado la falla médica, con lo cual queda disminuida la indemnización a la proporción pertinente de acuerdo con el daño demostrado en el proceso.

Ahora bien, esto no quiere decir que al resarcirse los perjuicios por el daño autónomo de la pérdida de oportunidad traduciendo el porcentaje de chance perdido debidamente probado a salarios mínimos, como se dispuso al inicio de los perjuicios en esta providencia, se incurre en una contradicción con la forma de tasar los inmateriales porque se estaría aplicando sobre una base del 100 el perjuicio por la pérdida. Ello no es así, porque debe tenerse presente de un lado que la base del 100 es la totalidad de la oportunidad que tendría la persona de obtener el beneficio esperado y por ende lo que se resarce es el porcentaje de ese 100 (chance total) que se perdió; y del otro, no puede incurriarse en una confusión con la tasación de los perjuicios materiales que según la tesis acogida de tiempo atrás por este tribunal¹¹⁶, no procede en tratándose de pérdida de oportunidad. Además, la forma de tasar ese perjuicio ha sido aplicada por el Consejo de Estado en las providencias citadas en el punto ***Perjuicios derivados de la pérdida oportunidad*** de esta providencia.

- **Llamamiento en garantía:**

Finalmente, en este caso tenemos que el HOSPITAL DEPARTAMENTAL DE VILLAVICENCIO ESE llamó en garantía a LA PREVISORA SA COMPAÑÍA DE SEGUROS, por cuanto *"existía para la época de los hechos Contrato de Seguro respaldado por la póliza de Responsabilidad Civil de fecha 1 de febrero de 2007 que ampara la*

¹¹⁶ Entre otras ver sentencia del 19 de abril de 2018, radicado 50001333100520110029501 y sentencia del 06 de diciembre de 2016, radicado 50001333100620070019801

responsabilidad civil profesional medica derivada de la prestación del servicio de salud.¹¹⁷.

Dicha póliza de responsabilidad civil profesional corresponde a No. 1001370 del 2 de febrero de 2007¹¹⁸, cuya vigencia va desde el **1 de febrero de 2007 hasta el 1 de enero de 2008**. Allí se describe que "SE AMPARA LA RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL MEDICA DERIVADA DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD", siendo esto suficiente para que la primera instancia condenara "solidariamente a la mencionada aseguradora hasta la concurrencia del valor asegurado con la mencionada póliza".

Condena esta que reprocha la aseguradora, como quiera que la reclamación por los hechos acá debatidos se realizó por fuera la de vigencia de la referida póliza, pues conforme a la LEY 389 de 1997 "debe tenerse en cuenta que lo relevante en las pólizas que presentan la modalidad CLAIMS MADE, no es si el hecho generador de la responsabilidad se dio durante la vigencia del contrato de seguro, sino que la RECLAMACIÓN del mismo se formule al asegurado durante la vigencia de la póliza contratada, según lo acordado por las partes, teniendo como fin esta modalidad **cubrir los perjuicios que se hubiesen ocasionado por hechos acontecidos en un periodo anterior o en vigencia de la póliza pero en todo caso su RECLAMACIÓN se de en vigencia del seguro.**".

Al respecto se observa que en el literal a) del numeral 1.1 de capítulo de "AMPAROS CUBIERTOS", se pactó entre las partes que "EL ASEGURADOR SE OBLIGA A INDEMNIZAR AL ASEGURADO POR CUALQUIER SUMA DE DINERO QUE ESTE DEBA PAGAR A UN TERCERO EN RAZÓN A LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN QUE INCURRA, CONSECUENCIA DE CUALQUIER "ACTO MEDICO" DERIVADO DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES DE ATENCIÓN EN LA SALUD DE LAS PERSONAS, **DE EVENTOS QUE SEAN RECLAMADOS Y NOTIFICADOS POR PRIMERA VEZ DURANTE LA VIGENCIA DE LA PÓLIZA** Y HASTA EL LIMITE DE COBERTURA ESPECIFICADO EN LAS CONDICIONES PARTICULARES (SALVO LOS ACTOS MÉDICOS QUE QUEDEN EXPRESAMENTE EXCLUIDOS)"¹¹⁹ (Resaltado fuera del texto).

Ante esto, la aseguradora indica que la fecha de la reclamación se dio el **10 de agosto de 2009**¹²⁰, la cual corresponde a la presentación de la solicitud de conciliación prejudicial por la parte demandante contra el asegurado HOSPITAL DEPARTAMENTAL DE VILLAVICENCIO ESE, por lo que resulta claro que la póliza no estaba vigente.

¹¹⁷ Páginas 4 Archivo digital (03). 2 físico

¹¹⁸ Páginas 7, 37 Archivo digital (03). 4, 25 físico

¹¹⁹ Páginas 41 Archivo digital (03). 29 físico

¹²⁰ Páginas 41 Archivo digital (01). 35 físico

Pues bien, sobre este tema, es importante referirse a las denominadas cláusulas "claims made" o reclamación hecha, las cuales se encuentran reguladas en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 4 de la Ley 389 de 1997 así:

"En el seguro de manejo y riesgos financieros y en el de responsabilidad la cobertura podrá circunscribirse al descubrimiento de pérdidas durante la vigencia, en el primero, y a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia, en el segundo, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación.

Así mismo, se podrá definir como cubiertos los hechos que acaezcan durante la vigencia del seguro de responsabilidad siempre que la reclamación del damnificado al asegurado o al asegurador se efectúe dentro del término estipulado en el contrato, el cual no será inferior a dos años".

Como se desprende de su lectura, la denominada cláusula "claims made", permiten que la cobertura del contrato de seguro se ciña a las reclamaciones formuladas por el damnificado durante la vigencia de la póliza, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación, inclusive, es decir, que lo importante, más allá del momento en que sucedió el hecho generador de responsabilidad, que puede ser anterior a la vigencia del seguro, es que la reclamación se realice en vigencia de la póliza o en el periodo adicional que las partes hayan pactado.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre tales cláusulas así¹²¹:

"Por su parte, las cláusulas «claims made» o «reclamo hecho» constituyen una limitación temporal al cubrimiento, porque no basta que los sucesos generadores de responsabilidad civil ocurran, sino que también es menester que la reclamación por parte del damnificado se materialice durante la vigencia de la póliza o en el periodo adicional y específico estipulado, de tal suerte que si esta no se presenta oportunamente, se excluye el referido débito a cargo del asegurador, a pesar de presentarse el hecho dañoso".

En esa medida, las cláusulas "claims made" difieren del sistema tradicional en el cual el hecho generador del daño solo puede ocurrir durante la vigencia de la póliza para que se cubra el riesgo asegurado, pues por el contrario, si se ha pactado tal cláusula, adicionalmente al acaecimiento del siniestro, es menester que la reclamación judicial o extrajudicial se realice en el término de la vigencia, incluso de sucesos anteriores a ésta y desconocidos por el asegurado.

El Consejo de Estado en providencia del 28 de marzo de 2019¹²² en sede de tutela, se refirió a este tipo de cláusulas en los siguientes términos:

¹²¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Providencia del 18 de julio de 2017. Mp. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. Radicación: 76001 31 03 001 2001 00192 01 (SC10300-2017).

¹²² Sección Tercera- Subsección A. CP: María Adriana Marín. Radicación número: 11001-03-15-000-2018-02290-01(AC). Actor: LA PREVISORA S.A. Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO, SALA TRANSITORIA, CON SEDE EN BOGOTÁ

"Conviene señalar que, en atención a lo previsto en el artículo 4 de la Ley 389 de 1997¹²³, las cláusulas "claims made o reclamación hecha" constituyen una limitación temporal al cubrimiento de la póliza, toda vez que no basta que los sucesos generadores de responsabilidad civil ocurran, sino que también resulta necesario que la reclamación por parte de la víctima se materialice durante la vigencia de aquella o, en su defecto, en el período adicional estipulado en el contrato de seguro, que, en todo caso, no puede ser inferior a dos años, de tal suerte que si esta no se presenta oportunamente, se excluye el referido débito a cargo del asegurador, a pesar de presentarse el hecho dañoso.

Ahora bien, en el sub lite se encuentra probado que La Previsora S.A. expidió la póliza de responsabilidad civil extracontractual No. 1001336, a favor del Hospital Universitario San José de Popayán, la cual tuvo vigencia entre el 2 de mayo de 2003 y el 1° de enero de 2005[sic], lo que da cuenta del vínculo contractual que existía entre las mismas para esa época (fl. 31 - 32 del cuaderno del llamamiento en garantía).

No obstante, se observa que en la cláusula primera del contrato de seguro se pactó que <<el asegurador se obliga a indemnizar al asegurado por cualquier suma que esta deba pagar a un tercero en razón a la responsabilidad civil en que incurra, exclusivamente como consecuencia de cualquier acto médico derivado a la prestación de servicios profesionales de atención en salud de las personas, de eventos que sean reclamados y notificados por primera vez durante la vigencia de la póliza y hasta el límite de cobertura en las condiciones particulares>>.

En ese orden de ideas, es claro que la póliza de seguro que sirvió de base para el llamamiento en garantía efectuado por el Hospital Universitario San José de Popayán a La Previsora S.A. es de la modalidad "claims made o reclamación hecha", tal como lo sostuvo el a quo. **Así pues, para que surgiera para el asegurador la obligación de indemnizar, el siniestro y la reclamación debían presentarse durante la vigencia de la póliza, mas no en el período adicional, porque en el expediente no obra prueba de que la póliza se hubiera renovado.**

Siendo así, como la póliza de responsabilidad civil extracontractual No. 1001336 estuvo vigente hasta el 1° de enero de 2004, y la reclamación se presentó el 16 de abril de 2007 (fl. 11 del cuaderno del llamamiento en garantía), fecha en la que se notificó el auto que admitió el llamamiento en garantía del Hospital Universitario San José de Popayán a La Previsora S.A., no era procedente que el Tribunal Administrativo, Sala Transitoria, con sede en Bogotá, ordenara el reembolso del pago de la condena. En todo caso, si se tuviera en cuenta la fecha de la demanda -31 de mayo de 2005-, se llegaría a la misma conclusión, tal como lo mencionó la parte actora.

Por último, se precisa que **no es de recibo el argumento del impugnante respecto de la existencia de la nueva póliza No. 1001598 que adquirió el Hospital Universitario de Popayán, con vigencia entre el 2 de agosto de 2005 y el 31 de enero de 2008, para justificar el reembolso de la condena impuesta a dicha entidad en el proceso ordinario, por la sencilla razón de que esta no fue la póliza que sirvió de fundamento para llamar en garantía a La Previsora S.A., sino la póliza No. 1001336, como antes se vio.**

En ese estado de cosas, la Sala concluye que le asiste la razón al a quo, al señalar que en la sentencia objeto de tutela se incurrió en defecto sustantivo, por falta de aplicación de la normativa que rige el contrato de seguro en la modalidad "claims made o reclamación hecha", esto es, el artículo 4 de la Ley 389 de 1997, cuando resolvió el llamamiento en garantía efectuado por el Hospital Universitario San José de Popayán a

¹²³ A cuyo tenor: "en el seguro de manejo y riesgos financieros y en el de responsabilidad la cobertura podrá circunscribirse al descubrimiento de pérdidas durante la vigencia, en el primero, y a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia, en el segundo, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación.

"Así mismo, se podrá definir como cubiertos los hechos que acaezcan durante la vigencia del seguro de responsabilidad siempre que la reclamación del damnificado al asegurado o al asegurador se efectúe dentro del término estipulado en el contrato, el cual no será inferior a dos años".

la aquí demandante, razón por la cual confirmará la sentencia del 28 de noviembre de 2018, dictada por la Sección Cuarta del Consejo de Estado.” (Negrilla fuera del texto)

Así las cosas, tenemos que en la póliza No. 1001370 del 2 de febrero de 2007 que dio origen al llamamiento en garantía se pactó en el literal a) del numeral 1.1 de capítulo de "AMPAROS CUBIERTOS", la cláusula claims made, tal como se resaltó en el aparte atrás transcrito, la cual conforme a la jurisprudencia en cita implica una limitación temporal en el cubrimiento de la póliza, pues se requiere que la reclamación por parte de la víctima se materialice durante la vigencia de aquella.

Para el caso particular, la aludida póliza tuvo una vigencia comprendida entre el **1 de febrero de 2007 hasta el 1 de enero de 2008**¹²⁴.

Ahora bien, conforme al contenido del artículo 4 de la Ley 389 de 1997 las reclamaciones pueden ser formuladas por el damnificado ante el asegurado o a la compañía de seguros. Ello aplicado a nuestro caso, permite concluir que la víctima, presentó reclamación por medio de la solicitud de conciliación prejudicial el **10 de agosto de 2009**¹²⁵ contra el asegurado HOSPITAL DEPARTAMENTAL DE VILLAVICENCIO ESE, la cual se llevó a cabo el **20 de octubre de 2009**.

Por manera que, para el momento de la reclamación, la póliza No. 100370 no se encontraba vigente y por ende, la aseguradora no tiene obligación contractual con el Hospital demandado por los hechos objeto de litigio.

Resulta necesario aclarar que en este caso no se tendrá como fecha de la reclamación, la de notificación del auto que admitió el llamado en garantía (como se observa en la sentencia que se trae a colación), pues en este caso particular, está plenamente acreditado que el HOSPITAL DEPARTAMENTAL DE VILLAVICENCIO ESE, como asegurado tuvo conocimiento de la reclamación con el trámite de conciliación prejudicial, luego para la siguiente fecha, ya era clara la reclamación por parte de los demandantes por los perjuicios derivados de la atención médica brindada por la institución.

Ahora, si bien con el llamamiento en garantía se aportó la póliza No. 1001655 del 26 de febrero de 2010, la cual tiene una vigencia del 28 de febrero de 2010 al 2 de febrero de 2011, la misma tampoco estaba vigente para el momento de la reclamación.

En consecuencia, la sentencia de primera instancia será MODIFICADA en el sentido de negar las pretensiones formuladas contra la llamada en garantía LA PREVISORA SA COMPAÑÍA DE SEGUROS.

¹²⁴ Páginas 7, 37 Archivo digital (03). 4, 25 físico

¹²⁵ Páginas 41 Archivo digital (01). 35 físico

Por último, de conformidad con lo reglado en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998, no habrá lugar a condenar en costas, por cuanto no se evidencia que la parte demandada haya actuado con temeridad o mala fe.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: **MODIFICAR** el fallo de primera instancia proferido el 17 de septiembre de 2019 por el Juzgado Noveno Administrativo de Villavicencio, que accedió a las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas.

SEGUNDO: **DECLARAR** patrimonialmente responsable al HOSPITAL DEPARTAMENTAL DE VILLAVICENCIO ESE por los perjuicios causados a las demandantes, con la lesión sufrida por la señora GRACIELA PÉREZ MOLANO, de conformidad con lo explicado en esta sentencia.

TERCERO: **CONDENAR** al HOSPITAL DEPARTAMENTAL DE VILLAVICENCIO ESE a pagar, a título de pérdida de la oportunidad sufrida por GRACIELA PÉREZ MOLANO, las siguientes cantidades:

- a. Para **GRACIELA PÉREZ MOLANO**, en calidad de víctima, la suma equivalente a **VEINTISIETE PUNTO CINCO (27.5) SMMLV**.
- b. Para **MYRIAM MILENA MÉNDEZ** en calidad de hija de la víctima, la suma equivalente a **VEINTISIETE PUNTO CINCO (27.5) SMMLV**.
- c. Para **CARLOS SERGIO CASTILLO MÉNDEZ y JUAN SEBASTIÁN PÉREZ MÉNDEZ**, en calidad de nietos de la víctima, la suma equivalente a **TRECE PUNTO OCHO (13.8) SMMLV, para cada uno**.

CUARTO: **CONDENAR** en abstracto al HOSPITAL DEPARTAMENTAL DE VILLAVICENCIO ESE, a pagar por concepto de perjuicios morales en favor de GRACIELA PÉREZ MOLANO, MYRIAM MILENA MÉNDEZ PÉREZ, CARLOS SERGIO CASTILLO MÉNDEZ Y JUAN SEBASTIÁN PÉREZ MÉNDEZ, así como daño a la salud a favor de la víctima directa GRACIELA PÉREZ MOLANO, las sumas que resulten liquidadas en el respectivo incidente que deberá proponer la parte actora en la forma y dentro de la oportunidad legal (art.172,

C.C.A.), teniendo en cuenta los parámetros establecidos en esta sentencia.

QUINTO: **NEGAR** las demás pretensiones de la demanda.

SEXO: El HOSPITAL DEPARTAMENTAL DE VILLAVICENCIO ESE, dará cumplimiento a esta sentencia en el término previsto en el artículo 176 del C.C.A. y se reconocerá los intereses en las condiciones previstas en el artículo 177 ídem., adicionado por el artículo 60 de la ley 446 de 1998.

SÉPTIMO: Sin condena en costas.

OCTAVO: En firme esta providencia, remítase el proceso al Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Villavicencio, para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

Esta providencia fue discutida y aprobada en Sala de Decisión Escritural No. 4 celebrada el día 30 de septiembre de 2021 según Acta No. 058, y se firma de forma electrónica.

Firmado Por:

Claudia Patricia Alonso Perez

Magistrado

Mixto 005

Tribunal Administrativo De Villavicencio - Meta

Teresa De Jesus Herrera Andrade

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Contencioso 001 Administrativa

Tribunal Administrativo De Villavicencio - Meta

Carlos Enrique Ardila Obando

Magistrado

Mixto 002

Tribunal Administrativo De Villavicencio - Meta

Firma Con Salvamento Parcial De Voto

Reparación Directa
Rad. 50001 33 31 005 2009 00269 01
Dte: Graciela Pérez Molano y otros
Ddo: Hospital Departamental de Villavicencio ESE

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

f47bdf1068de7565447eaa6e6127f156db1d180c1e223ab7d7792069abf1588e

Documento generado en 01/10/2021 05:32:07 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>