

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / FALLA EN ATENCIÓN MÉDICA - Negligencia y demora / FALLA MÉDICA POR ERROR DE DIAGNÓSTICO / PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD DE SOBREVIVENCIA / FALLAS EN EL SERVICIO MÉDICO QUE INTERVINIERON EN LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD / IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD POR PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD DE SOBREVIVENCIA

La señora María Sened Campiño Agudelo, afiliada a la Caja Nacional de Previsión Social (CAJANAL), fue atendida en la Clínica Manizales S.A. desde 1998 por enfermedad coronaria. El 14 de agosto de 1999 a las 22:00 horas ingresó al servicio de urgencias de dicha Clínica por presentar mareos, desvanecimiento y pérdida de conocimiento. En la valoración, el médico de turno le diagn[osticó] síndrome vertiginoso por problemas en el sistema vestibular -oído-, le prescribió un medicamento para ello y la envió de regreso a su domicilio. Horas más tarde, la paciente fue conducida por sus familiares al servicio de urgencias del Hospital de Caldas E.S.E., por continuar con los episodios de desvanecimiento, pérdida de la conciencia, co[n]vulsiones, palidez y dolor precordial. La paciente ingresó según diagnóstico de los médicos de urgencias del referido Hospital, con: i) paro cardiorrespiratorio; ii) Killip IV (infarto agudo de miocardio con choque cardiogénico) por lo que fue remitida, horas más tarde, a la Unidad de Cuidados Intensivos donde su estado de salud se empeoró progresivamente hasta su deceso el día 16 de agosto de 1999 a las 19:30 horas. La causa de la muerte regist[r]ada en la historia clínica fue aterosclerosis, infarto agudo de miocardio y shock cardiogénico (...) Para resolver el fondo de las pretensiones elevadas por la parte actora (...) la Sala estudi[ó], en primer lugar, si la muerte de la señora Campiño Agudelo resulta[ba] imputable a las entidades demandadas por haber prestado los días 14 y 15 de agosto de 1999 un servicio médico y hospitalario presuntamente negligente, deficiente o tardío, o por otra causa que les sea atribuible y, en segundo lugar, en caso de no acreditarse lo anterior, si [era] posible predicar la existencia de una falla del servicio consistente en un error de diagnóstico que despojó a la señora Campiño Agudelo de una oportunidad de sobrevivencia, cuando, finalmente, en la unidad de cuidados intensivos del Hospital de Caldas, falleció el día 16 de agosto de 1999 por isquemia mesentérica, shock cardiogénico, infarto agudo de miocardio y artero esclerosis (...) [L]a Sala encuentra debidamente demostradas fallas en el servicio que intervinieron en la pérdida de oportunidad consistentes en: i) ausencia de identificación exacta de la paciente; espacios en blanco correspondientes al número de historia y teléfono; ii) tachaduras en la hora de admisión e ingreso al servicio de urgencias de la Clínica de Manizales S.A; iii) ausencia del motivo de consulta de la paciente y del cuadro clínico; iv) falta de evaluación y consideración del antecedente de IAM (infarto agudo de miocardio previo), y de la patología previa de hipercolesterolemia (niveles sanguíneos elevados de colesterol); v) examen físico (EF) incompleto, pues se anotó únicamente los datos de la toma de presión arterial (TA:120/80) y de la frecuencia cardíaca (FC:80) seguidos de varias palabras ilegibles; vi) no se consignó ningún hallazgo o examen que apoyara el diagnóstico presuntivo de síndrome vertiginoso. Por lo anterior, como la atención médica dispensada a la paciente horas antes en el servicio de urgencias de la Clínica de Manizales fue deficiente, esta situación es constitutiva de falla del servicio (...) [L]a falla del servicio de la entidad demandada que consistió en la falta de diligencia para realizar un diagnóstico correcto de la enfermedad sufrida por la paciente e iniciar de manera temprana el tratamiento adecuado, implicó para esta la pérdida de la oportunidad de sobrevivir (...) Si bien la pérdida de oportunidad reclamada por los demandantes fue consecuencia de una falla en la prestación del servicio de urgencias de la Clínica de Manizales S.A., CAJANAL debe ser declarada responsable en el presente proceso al recaer en ella la obligación jurídica de la

prestación del referido servicio y al haber autorizado su atención en la precitada clínica (...), por lo cual está llamada a reparar a los demandantes, en la medida que la pérdida de oportunidad de sobrevida de dicha paciente le es imputable jurídicamente. CAJANAL, al prestar el servicio de salud a través de una persona de derecho privado, no se desprendió de su obligación positiva de prestar el servicio de salud sino que se constituyó frente al usuario en una prolongación de la entidad pública obligada a prestar dicho servicio (...) Así las cosas, la pérdida de oportunidad de sobrevida de la señora Campiño Agudelo comporta un daño antijurídico imputable a las entidades demandadas, toda vez que no se hallaba en la obligación de que se extinga su posibilidad de evitar el evento fatal, circunstancia que, necesariamente, conduce a revocar la sentencia de primer grado y a declarar su responsabilidad.

TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD - Derecho comparado / POSTURAS JURISPRUDENCIALES SOBRE PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD / TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN EL DERECHO DE DAÑOS / VARIANTES EN LA INDEMNIZACIÓN POR PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

La doctrina francesa define a la pérdida de oportunidad como “un perjuicio actual acreditado por el hecho de la desaparición de un chance”; “una variedad de perjuicio consistente en la pérdida cierta de una posibilidad de realización de un evento deseado”, o un “perjuicio cierto (...) susceptible de ser objeto de una indemnización, cuando la perspectiva de realización probable de un acontecimiento, que habría beneficiado al recurrente por su favorabilidad, desaparece por razones que le son exteriores” Por lo anterior, la oportunidad que se pierde es la consecuencia del hecho o conducta de un tercero que ha cercenado un interés jurídico representado en una expectativa legítima de poder alcanzar un beneficio, de obtener una ganancia o de evitar una pérdida, y que si bien existe incertidumbre de saber si el beneficio se habría producido o el perjuicio se habría evitado, existe certeza en que se ha cercenado de modo definitivo un interés legítimo, lo que da acceso al débito resarcitorio. La jurisprudencia administrativa en Colombia ha oscilado entre diferentes posturas que admiten tanto la aplicación de una teoría jurídica de la pérdida de oportunidad en el derecho de daños -posición mayoritaria-, como aquellas que la rechazan de plano y, por ende, niegan la posibilidad de que ante supuestos donde se presentan oportunidades cercenadas surja el débito resarcitorio -posición minoritaria y en desuso (...) Si bien la posición mayoritaria -que se puede denominar moderada- acepta que no se debe exonerar de responsabilidad al agente -probablemente dañoso- por las dificultades de orden probatorio, también está de acuerdo en que no se le puede imponer el débito resarcitorio de la totalidad del daño que pudo muy probablemente no haber causado; no obstante, subsisten serias diferencias respecto a la manera como se debe solventar el problema causal, lo que repercute directamente en la tasación de la indemnización. Así, en unas ocasiones la pérdida de oportunidad se indemniza como un rubro independiente y acompañado del reconocimiento de perjuicio moral; en otras, únicamente en el perjuicio moral, y finalmente, en otras, se reconoce proporcionalmente respecto del daño final, incluyendo daño emergente, lucro cesante y perjuicio moral (...) Así las cosas, existen dos variantes jurisprudenciales que han sido adoptadas por la posición mayoritaria de la Sección Tercera del Consejo de Estado y replicadas por la doctrina: la primera, con fundamento en la causalidad probabilística, afirma que la responsabilidad es proporcional en función de la probabilidad de la causa, esto es, que se imputa al actor una fracción o porcentaje del perjuicio final, en virtud de la posibilidad de que con su conducta haya incidido en la producción del daño -teoría relacionada con la imputación; la segunda, considera que la pérdida de oportunidad representa un fundamento de daño, cuya reparación se efectúa no en

función de la probabilidad de existencia del vínculo de causalidad entre el hecho dañoso y el daño final, sino en función de la frustración de la expectativa legítima - teoría relacionada con el daño-.

PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD COMO DAÑO AUTÓNOMO - Requisitos / PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD COMO FUNDAMENTO DE DAÑO - Jurisprudencia vigente

Esta postura jurisprudencial al interior de la Sección Tercera del Consejo de Estado precisa que la pérdida de oportunidad es un daño en sí mismo con identidad y características propias, diferente de la ventaja final esperada o del perjuicio que se busca eludir y cuyo colofón es la vulneración a una expectativa legítima, la cual debe ser reparada de acuerdo al porcentaje de probabilidad de realización de la oportunidad que se perdió. Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 11 de agosto de 2010 [exp. 18593] (...) señaló los requisitos que estructuran la pérdida de oportunidad como daño autónomo indemnizable, así: (i) la certeza de la oportunidad que se pierde; (ii) la imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento; y (iii) la víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la obtención del resultado esperado, es decir que debe analizarse si el afectado se encontraba en condiciones fácticas y jurídicas idóneas para alcanzar el provecho por el cual propugnaba o evitar el mal del cual buscaba escapar. Después de haber revisado las dos posturas sobre el fundamento de la pérdida de oportunidad, la Sala considera que la postura que mejor solventa los dilemas suscitados es aquella que concibe a la pérdida de oportunidad como un fundamento de daño derivado de la lesión a una expectativa legítima, diferente de los demás daños que se le pueden infligir a una persona, como lo son, entre otros, la muerte (vida) o afectación a la integridad física, por lo que así como se estructura el proceso de atribución de estos últimos en un caso determinado, también se debe analizar la imputación de un daño derivado de una vulneración a una expectativa legítima en todos los perjuicios que de ella se puedan colegir, cuya naturaleza y magnitud varía en función del interés amputado y reclamado (...) Para la Sala, el alcance adecuado de la pérdida de oportunidad es aquel que la concibe como fundamento de daño, proveniente de la violación a una expectativa legítima; es natural que en muchos casos se susciten eventos de incertidumbre causal, pero esto no justifica que se instrumentalice a la pérdida de oportunidad como una herramienta para resolver este dilema, no solo porque exonera al demandante de la carga de probar la relación existente entre el hecho dañoso y el perjuicio final, sino porque rompe la igualdad entre las partes al beneficiar a una de ellas con una presunción de causalidad que, en todo caso, será siempre improcedente

COMPONENTES DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD COMO DAÑO AUTÓNOMO / COMPONENTE DE CERTEZA – Características / COMPONENTE DE INCERTIDUMBRE EN LA GANANCIA ESPERADA

[E]l fundamento de la pérdida de oportunidad como daño autónomo, cuenta con dos componentes, uno de certeza y otro de incertidumbre: el primero, se predica respecto de la existencia de la expectativa, toda vez que esta debe ser cierta y razonable, al igual que respecto a la privación de la misma, pues en caso de no haber intervenido el hecho dañino infligido por el tercero, la víctima habría conservado incólume la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de evitar un menoscabo; y, el segundo, respecto a la ganancia esperada o el perjuicio que se busca evitar, pues no se sabe a ciencia cierta si se hubiera alcanzado o evitado de no haberse extinguido la oportunidad. Y es frente al primer componente

que la pérdida de oportunidad cimienta no solo el carácter cierto y actual del daño sino que es el eje sobre el que rota la reparación proveniente de la lesión antijurídica a una expectativa legítima. Por todo lo anterior, la Sala le ha atribuido, en varias decisiones, a ese primer componente las siguientes características: i) el bien lesionado no es propiamente un derecho subjetivo sino un interés jurídico representado en una expectativa legítima, la cual debe ser cierta, razonable y debidamente fundada, sobre la que se afirme claramente la certeza del daño; ii) lo perdido o frustrado es la oportunidad en sí misma y no el beneficio que se esperaba lograr o el perjuicio que se pretendía evitar; iii) la cuantificación del daño será proporcional al grado de probabilidad que se tenía de alcanzar el beneficio pretendido o de evitar el perjuicio final; iv) no existe pérdida de oportunidad cuando desaparece la posibilidad de la ganancia esperada, esto es, cuando se comprueba que esta se encuentra condicionada todavía a la ocurrencia de situaciones futuras, lo que se traduciría en un perjuicio hipotético, ajeno al daño autónomo de pérdida de oportunidad; si el beneficio final o el perjuicio eludido aún puede ser logrado o evitado, la oportunidad no estaría perdida y, por tanto, se trataría de pretensiones resarcitorias diferentes de la pérdida de oportunidad (...)

COMPONENTES DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD COMO DAÑO AUTÓNOMO – Reordenación / FALTA DE CERTEZA O ALEATORIEDAD DEL RESULTADO ESPERADO – Nuevo componente o requisito

[L]a Sala considera necesario realizar las siguientes precisiones a efectos de reordenar los elementos constitutivos del daño de pérdida de oportunidad (...) En primer lugar, para determinar si se está en presencia de un daño de pérdida de oportunidad, es necesario establecer que, en efecto, el titular de la expectativa legítima se encontraba, para el momento en que ocurre el hecho dañino, en una situación de incertidumbre de recibir un beneficio o una ventaja esperada, o de evitar un perjuicio indeseado. La oportunidad debe encontrarse en un espacio caracterizado por no existir certeza de que su resultado habría beneficiado a su titular, pero tampoco en el que sólo exista la conjetura de una mera expectativa de realización o evitación. Si se tiene certeza sobre la materialización del resultado final, no es posible hablar del daño consistente en la pérdida de oportunidad sino de la privación de un beneficio cierto, o si se trata de una mera conjetura o ilusión, tampoco habría lugar a la configuración de una oportunidad por no tener la intensidad suficiente para convertirse en una probabilidad razonable de alcanzarse o evitarse. Así, el requisito de la “aleatoriedad” del resultado esperado tiene enormes incidencias en el plano de la indemnización, ya que si se trata de la infracción a un derecho cierto que iba a ingresar al patrimonio de la víctima o frente al cual se debía evitar un menoscabo, su indemnización sería total, mientras que si el truncamiento es solo respecto de la expectativa cierta y razonable de alcanzar o evitar un resultado final, la posibilidad truncada sería indemnizada en menor proporción (...) En ese orden de cosas, la falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado consistente en la obtención de un beneficio o la evitación de un perjuicio que se busca evitar es el primer elemento para proceder a estudiar los otros que se exigen para la configuración de la pérdida de oportunidad [(certeza de la existencia de una oportunidad e incertidumbre en la ganancia esperada)]

SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD POR PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN MATERIA MÉDICA - Positivo y negativo / IMPUTACIÓN DEL DAÑO DE PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD - Demostración

Respecto a los supuestos del daño por pérdida de oportunidad, la Sala precisa que pueden presentarse de dos maneras, uno positivo -chance de gain- y otro

negativo -chance d'éviter une perte-. Positiva, cuando la víctima tiene la expectativa legítima de recibir un beneficio o adquirir un derecho, pero por la conducta de un tercero se frustra definitivamente la esperanza de concreción. Negativa, cuando la víctima está sumergida en un curso causal desfavorable y tiene la expectativa que por la intervención de un tercero se evite o eluda un perjuicio, pero que en razón de la omisión o de la intervención defectuosa de dicho tercero, el resultado dañoso se produce y la víctima padece el perjuicio indeseado. En materia médica los supuestos de daño por pérdida de oportunidad en su perspectiva negativa se suelen presentar, de un lado, por la privación de las expectativas de sobrevivir y, del otro, por la privación de la esperanza de curarse, restablecerse o mejorar su estado de salud (...) En conclusión, cuando se considera la pérdida de oportunidad como un supuesto en el que la secuencia fáctica podría conducir a la víctima a recibir un beneficio, pero su proceso de concreción es paralizado como consecuencia de la acción de un tercero, el juicio de responsabilidad depende de la prueba de la relación causal, es decir, un vínculo fáctico entre la conducta del agente y la frustración de las posibilidades, pues para la Sala sería absurdo proferir un juicio de imputación en su contra cuando este no ha causado la privación de la oportunidad; pero, en eventos en los que la pérdida de oportunidad de evitar un perjuicio se manifiesta como una omisión absoluta, es innecesario el estudio de la causalidad, ya que este no participó desde un punto de vista fáctico en el despojo de la oportunidad; sin embargo, esto no significa que se descarte de plano una atribución de responsabilidad por la pérdida de la oportunidad, ya que este es un problema que deberá ser resuelto necesariamente no mediante el vínculo causal entre la omisión y la pérdida de probabilidades de evitar el menoscabo de un derecho, sino mediante el juicio de imputación por infracción a sus obligaciones que incidieron en el truncamiento de la oportunidad.

DEMOSTRACIÓN DE LOS TRES COMPONENTES DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD / ERROR DE DIAGNÓSTICO - Configuración / IMPUTACIÓN DEL DAÑO DE PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD / LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

La Sala encuentra que, valoradas las pruebas que obran en el expediente y tal como lo reconoce la misma actora en el recurso de alzada, el primer componente de la pérdida de oportunidad se encuentra acreditado en el caso de autos, ya que no es posible determinar con certeza que de haber mediado un correcto y oportuno diagnóstico el día 14 de agosto de 1999 por la Clínica de Manizales se habría superado el daño final, esto es, el fallecimiento de la paciente. No es posible afirmar, entonces, con certeza que la muerte de la paciente pueda ser atribuida a las fallas de las entidades y no a la patología que padecía desde tiempo atrás (...) La señora Campiño Agudelo pese a tener una enfermedad coronaria conservaba una expectativa cierta y razonable de sobrevivir al momento en que ingresó al servicio de urgencias de la Clínica Manizales (...) Sin embargo, dicha posibilidad desapareció de modo irreversible por causa del diagnóstico incorrecto elaborado por el profesional de la medicina que la atendió, con lo cual no se garantizó una atención adecuada, y en consecuencia, el chance de sobrevivir se extinguió (...) La probabilidad que tenía la señora Campiño de sobrevivir se tornó en inexistente cuando la Clínica de Manizales no le ofreció la atención adecuada, es decir, cuando incurrió en error de diagnóstico, no le practicó los exámenes físicos y clínicos pertinentes, no la mantuvo en observación ni la remitió a un centro asistencial especializado del nivel que requería para su adecuada atención (...) [E]n lo concerniente a la prestación del servicio, el reproche que se formula específicamente a la Clínica de Manizales es el haber incurrido en graves yerros e imprecisiones al momento de establecer el diagnóstico, pues bien, al margen de no haber sido valorada por un especialista,

se extraña que no se hubieren ordenado o realizado en la consulta médica de urgencias, por decir lo menos, los exámenes básicos para emitir un diagnóstico juicioso y más acertado (...) En lo que concierne a la atención suministrada por el Hospital de Caldas, [d]el dictamen pericial aportado al presente proceso (...) no se evidenció ninguna deficiencia relevante en la atención médica brindada por el Hospital de Caldas a la señora María Sened Campiño que pueda ser tenida como falla del servicio para la producción del daño de la pérdida de oportunidad; por ende, la conducta desplegada por dicha entidad no constituye la causa que cercenó de modo definitivo a la paciente la posibilidad cierta y razonable de sobrevivir, razón por la que será absuelta de responsabilidad en el presente proceso (...) Si bien la pérdida de oportunidad reclamada por los demandantes fue consecuencia de una falla en la prestación del servicio de urgencias de la Clínica de Manizales S.A., CAJANAL debe ser declarada responsable en el presente proceso al recaer en ella la obligación jurídica de la prestación del referido servicio y al haber autorizado su atención en la precitada clínica (...), por lo cual está llamada a reparar a los demandantes, en la medida que la pérdida de oportunidad de sobrevivida de dicha paciente le es imputable jurídicamente (...) CAJANAL solicitó, en virtud del artículo 217 del Código Contencioso Administrativo, el llamamiento en garantía de la Clínica de Manizales S.A., figura jurídica que reconoce el derecho legal o contractual de la parte demandada -llamante- a convocar, en el marco de disputas contractuales y de reparación directa, a terceros -llamados- mediante la denuncia del pleito o llamamiento en garantía a fin de exigirles que concurren frente a la indemnización del perjuicio que eventualmente se le pueda atribuir al llamador a causa de la sentencia, con la condición que se compruebe un vínculo legal o contractual entre el llamante y el llamado. En ese orden, con fundamento en el contrato n.º 125 de prestación de servicios de salud celebrado el 24 de septiembre de 1997 por CAJANAL E.P.S. con la Clínica Manizales S.A., el cual se encontraba vigente para la época de los hechos (...), la Clínica de Manizales deberá responder por la totalidad de la condena fijada en esta sentencia en contra de CAJANAL.

LIQUIDACIÓN DE PERJUICIOS POR PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD - Reglas / CUANTIFICACIÓN DE LOS PERJUICIOS POR PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD - Proporcional al porcentaje de posibilidades perdidas / EQUIDAD COMO CRITERIO DE CUANTIFICACIÓN DEL PERJUICIO

De acuerdo con los anteriores parámetros, en el caso concreto no hay fundamentos científicos y técnicos que permitan cuantificar el porcentaje de probabilidad que tenía la paciente de escapar del evento fatal, es decir, hay certeza sobre la pérdida de oportunidad de sobrevivida -comprobación de los elementos de la pérdida de oportunidad-, pero no acerca de la cuantía del perjuicio -falta de certeza cuantitativa-; no obstante, la Sala considera que sería inequitativo e injusto que no se profiriera condena a favor de los demandantes a sabiendas que está probado el daño. En ese orden, la equidad como fundamento para cuantificar el perjuicio por la pérdida de oportunidad de sobrevivida que sufrió la señora Campiño, debe, sin duda, contar con elementos objetivos que sustenten la condena, puesto que lo equitativo no debe ser confundido con lo arbitrario. En este caso, tales elementos objetivos existen en el presente proceso y están representados en la certeza que tiene la Sala, según lo dicho claramente por la experticia científica, acerca de que si el acto médico se hubiera prestado con integralidad, se habría brindado opciones terapéuticas mejores a la señora Campiño que habrían disminuido la contingencia de complicaciones letales y reducido la incertidumbre entre lo que hizo el galeno de la Clínica de Manizales y lo que debió hacerse en el servicio de urgencias, de conformidad con la *lex artis*. Así las cosas, la Sala concluye que la expectativa de sobrevivida que tenía la

señora Campiño de escapar al evento fatal de muerte estaba cifrada alrededor de un 50% de posibilidades, índice que se aplicará a la liquidación de los perjuicios de orden material e inmaterial.

LIQUIDACIÓN DE PERJUICIOS MATERIALES Y MORALES - Cuantificación con base en el porcentaje de pérdida de oportunidad / PERJUICIOS MORALES - Tasación / PERJUICIOS MATERIALES / LUCRO CESANTE - Reconocimiento

Para la reparación del daño moral, en caso de muerte, la Corporación en sentencia de unificación ha diseñado cinco niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa y aquellos que acuden a la justicia en calidad de perjudicados o víctimas indirectas (...) De conformidad con lo señalado en la sentencia de unificación y en atención a que en el caso concreto a la señora Campiño Agudelo se le truncó una expectativa legítima de sobrevivida, la Sala procederá a reducir en un 50% el monto de lo reconocido en casos de muerte (...) [S]e pidió en la demanda el reconocimiento de lucro cesante consolidado y futuro a favor de Catalina Valencia Campiño y Juliana Valencia Campiño, en atención a que la fallecida era la progenitora de las niñas y contribuía y ayudaba económicamente en su manutención y los gastos del hogar (...) Renta: en el proceso se demostró que la señora María Sened Campiño Agudelo contribuía económicamente al hogar en razón de su trabajo en el servicio doméstico. Sin embargo, por no encontrarse acreditado el monto de sus ingresos, se tomará en cuenta para la liquidación del lucro cesante el valor de un salario mínimo legal mensual vigente, es decir \$737.717 pesos m/cte, suma que se incrementará en un 25%, por concepto de prestaciones sociales, para un monto total de 922.147 pesos m/cte. De este último valor se deduce el 25%, que se presume para la propia subsistencia de la víctima (\$691.610). Finalmente, de esta renta base para la liquidación del perjuicio padecido por las dos hijas menores de la víctima se sustraerá el 50%, por ser la fracción correspondiente a la probabilidad de sobrevivida despojada, cuyo resultado es \$345.805. Este valor será dividido en partes iguales para cada una de las hijas, es decir, \$172.903 pesos m/cte.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO

Bogotá, D.C., cinco (05) de abril de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 17001-23-31-000-2000-00645-01(25706)

Actor: ÁNGELA MARÍA GUTIÉRREZ CAMPIÑO Y OTROS

Demandado: CAJANAL Y OTRO

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

Temas: - *La pérdida de oportunidad en el derecho comparado (v. párr. 11) La pérdida de oportunidad en la jurisprudencia administrativa colombiana (v. párr. 12). Las posturas de la pérdida de oportunidad: a) criterio alternativo de imputación basado en la causalidad probabilística. b) La pérdida de oportunidad como daño autónomo. Definición (v. párr. 14.6). La reordenación de los elementos de configuración del daño de pérdida de oportunidad fijados en la sentencia del 11 de agosto de 2010 (rad. 18593) (v. párr.15). Adición de un nuevo requisito: falta de certeza o “aleatoriedad” del resultado esperado (v. párr. 15.3). Los supuestos de responsabilidad en la pérdida de oportunidad (positivo y negativo) (v. párr. 16). Reglas para cuantificar la indemnización del daño de pérdida de oportunidad en casos de responsabilidad médica: el porcentaje de probabilidades de la expectativa legítima truncada (regla general); la equidad como fundamento para cuantificar el perjuicio (excepción) (v. párr. 26).*

Corresponde a la Sala resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 31 de julio de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, por medio de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda. La sentencia recurrida será revocada.

SÍNTESIS DEL CASO

La señora María Sened Campiño Agudelo¹, afiliada a la Caja Nacional de Previsión Social (CAJANAL), fue atendida en la Clínica Manizales S.A. desde 1998 por enfermedad coronaria. El 14 de agosto de 1999 a las 22:00 horas ingresó al servicio de urgencias de dicha Clínica por presentar mareos, desvanecimiento y pérdida de conocimiento. En la valoración, el médico de turno le diagnosticó síndrome vertiginoso por problemas en el sistema vestibular -oído-, le prescribió un medicamento para ello y la envió de regreso a su domicilio. Horas más tarde, la paciente fue conducida por sus familiares al servicio de urgencias del Hospital de Caldas E.S.E., por continuar con los episodios de desvanecimiento, pérdida de la conciencia, colvulsiones, palidez y dolor precordial. La paciente ingresó según diagnóstico de los médicos de urgencias del referido Hospital, con: *i) paro cardiorrespiratorio; ii) Killip IV (infarto agudo de miocardio con choque cardiogénico)* por lo que fue remitida, horas más tarde, a la Unidad de Cuidados

¹ En la partida de bautismo que obra a folio 19 del cuaderno 1 la paciente figura como María Sened Campiño Agudelo mientras que en la demanda y en otras piezas procesales aparece como María Cened Campiño Agudelo, por lo que para los efectos de la presente sentencia la Sala tendrá el primero como cierto.

Intensivos donde su estado de salud se empeoró progresivamente hasta su deceso el día 16 de agosto de 1999 a las 19:30 horas. La causa de la muerte registrada en la historia clínica fue aterosclerosis, infarto agudo de miocardio y shock cardiogénico.

ANTECEDENTES

I. Lo que se demanda

1. En escrito presentado el 22 de mayo de 2000 ante el Tribunal Administrativo de Caldas (fl. 68 a 88, c.1), la señora Ángela María Gutiérrez Campiño, mayor de edad, con domicilio en la ciudad de Manizales, obrando a nombre propio y en representación de las menores Catalina y Juliana Valencia Campiño, mediante apoderado debidamente constituido (fl. 1, c.1), interpusieron demanda de **reparación directa** contra el Hospital de Caldas E.S.E., y la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL E.P.S., con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

1. Declárese al **HOSPITAL DE CALDAS E.S.E. y a la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL, CAJANAL E.P.S.**, administrativamente responsable por la muerte de **MARIA SENED CAMPIÑO AGUDELO**, ocurrida el 16 de agosto de 1999, por la tardía, deficiente, equívoca e inexistente atención médica; y por consiguiente de la totalidad de los daños y perjuicios ocasionados a **ANGELA MARÍA GUTIERREZ CAMPIÑO, A JULIANA Y CATALINA VALENCIA CAMPIÑO**, sus hijas.

Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se hagan las siguientes o similares condenas en contra del HOSPITAL DE CALDAS E.S.E. y CAJANAL E.S.P.:

1. PERJUICIOS MORALES

a. Pagar a favor de la menor **JULIANA VALENCIA CAMPIÑO**, o a quienes sus derechos representen al momento del fallo, indemnización por los **DAÑOS Y PERJUICIOS MORALES** ocasionados por la pérdida de su madre, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar determinadas en los hechos de la presente demanda, el equivalente de **TRES MIL GRAMOS (3.000) ORO**.

b. Pagar a favor de la menor **CATALINA VALENCIA CAMPIÑO**, o a quienes sus derechos representen al momento del fallo, indemnización por los **DAÑOS Y PERJUICIOS MORALES** a causa de la muerte de su madre, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar determinadas en los hechos de la presente demanda, el equivalente a **TRES MIL GRAMOS (3.000) ORO**.

c. Pagar a favor de **ANGELA MARÍA GUTIERREZ CAMPIÑO**, o a quien sus derechos representen al momento del fallo, indemnización por los

DAÑOS Y PERJUICIOS MORALES por la muerte de MARÍA SENED CAMPIÑO AGUDELO, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar determinadas en los hechos de esta demanda, el equivalente a DOS MIL GRAMOS (2.000) ORO.

2. PERJUICIOS MATERIALES

Para ANGELA MARÍA GUTIÉRREZ, JULIANA Y CATALINA VALENCIA CAMPIÑO, se pide sean reconocidos la totalidad de los perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante), que se les ha ocasionado con la muerte de MARÍA SENED CAMPIÑO, así:

a. DAÑO EMERGENTE

-Se reclama se cancele (sic) a favor de los señores ANGELA MARÍA GUTIÉRREZ, JULIANA Y CATALINA VALENCIA CAMPIÑO, la totalidad de los perjuicios materiales (**DAÑO EMERGENTE**), que se les ha ocasionado con la muerte de MARÍA SENED CAMPIÑO, los cuales estimo en la suma de TREINTA MILLONES DE PESOS M/TE (\$30.000.000), como producto de los gastos funerarios, médicos, jurídicos, de transporte, manutención de las menores, entre otros.

b. LUCRO CESANTE

- Se reclama se cancele (sic), a favor de JULIANA Y CATALINA VALENCIA CAMPIÑO la suma que se determine por concepto de **LUCRO CESANTE**, para efectos de determinar el lucro cesante se tendrá en cuenta, el salario que se probare o en su defecto el salario mínimo legal vigente a la fecha de la ocurrencia del deceso de MARÍA SENED CAMPIÑO, la vida probable de JULIANA Y CATALINA VALENCIA CAMPIÑO hasta el momento de cumplir veinticinco años de edad cada una; suma que se incrementará en un veinticinco por ciento por concepto de prestaciones sociales. (...)

1.1. Los **hechos** en los que se fundaron las pretensiones de la demanda se resumen así: *i)* El sábado 14 de agosto de 1999 la señora Campiño Agudelo presentó desvanecimiento con pérdida de conocimiento y convulsiones durante unos segundos, razón por la que fue conducida al servicio de urgencias de la Clínica Manizales S.A. donde fue atendida por el médico de turno, quien luego de examinarla le indicó que tenía un problema de oído, sin tener en cuenta los antecedentes registrados en su historia clínica, por lo que le prescribió un medicamento paliativo y la envió de regreso a su domicilio; *ii)* la noche del 15 de agosto de 1999, la señora Campiño recayó y presentó de nuevo desvanecimiento con pérdida de conocimiento, razón por la que fue llevada al Hospital de Caldas E.S.E.; *iii)* los médicos le diagnosticaron infarto seguido de un paro respiratorio, razón por la que fue internada en cuidados intensivos y hacia las 9:30 p.m. comenzó a convulsionar; *iv)* el 16 de agosto de 1999 a las 7:30 p.m. la señora Campiño falleció según consta en el certificado de defunción; *v)* las causas de su muerte fueron: estrechamiento de las arterias que suministran sangre a los intestinos (isquemia mesentérica); deficiencia del corazón para bombear sangre

de manera adecuada y satisfacer las necesidades del cuerpo (shock cardiogénico); infarto agudo de miocardio; y endurecimiento, aumento del grosor y pérdida de elasticidad de las paredes arteriales (arteriosclerosis).

II. Trámite procesal

2. Surtida la etapa de notificación del auto admisorio de la demanda, las entidades demandadas presentaron **escrito de contestación**, así:

2.1. El Hospital de Caldas E.S.E., se opuso a las pretensiones de la demanda y señaló que, *i*) en la historia clínica de la paciente Campiño Agudelo se demostró la oportuna, diligente y humana atención brindada durante su ingreso por urgencias el 15 de agosto de 1999, teniendo en cuenta el cuadro clínico que presentaba, paro cardiaco y respiratorio, signos vitales inexistentes y midriasis parálitica (signos de grave afectación cerebral) por hipoxia (falta de oxígeno en el cerebro); *ii*) la señora Campiño contó con el apoyo y monitoreo permanente de un grupo interdisciplinario de profesionales de la salud, cirujanos y especialistas, así como de los procedimientos diagnósticos y terapéuticos necesarios, el suministro de todos los medicamentos que requería y la atención del personal asistencial en las áreas de urgencias y cuidados intensivos; *iii*) la paciente falleció a causa de la patología cardiaca grave, la cual fue diagnosticada y atendida adecuadamente en el año 1998 por profesionales de la salud del Hospital de Caldas E.S.E., lo que demuestra que la paciente tenía un alto riesgo de padecer un nuevo infarto; *iv*) el porcentaje de muerte en pacientes que ingresan en paro cardiorrespiratorio por eventos isquémicos, miocardios (infarto del corazón) como el presentado por la señora Campiño es del 85 al 95%, por lo que la paciente desde su ingreso tenía pocas o ninguna posibilidad de recuperación, no obstante, el Hospital de Caldas E.S.E. dispuso todos los recursos a su alcance para la atención adecuada y oportuna de la referida paciente. Propuso como excepciones de mérito, la excepción innominada y la inexistencia de responsabilidad administrativa por ausencia de culpa y nexo causal entre la conducta del hospital y el daño (fl. 183 a 199, c.1).

2.2. La Caja Nacional de Previsión Social (CAJANAL) E.P.S. se opuso a las pretensiones y condenas solicitadas en la misma, con base en los siguientes argumentos: *i*) la paciente estuvo clínicamente protegida y correctamente tratada, pues se le suministraron los medicamentos adecuados a su patología a fin de

mejorar su estado de salud y prevenir un nuevo infarto, por lo que resulta aventurado afirmar que la muerte de la referida paciente fue consecuencia de una práctica médica errada, un tratamiento contraindicado o una falla en la prestación del servicio; *ii*) propuso como excepción de fondo la responsabilidad directa de un tercero, dado que según los hechos de la demanda la señora Campiño Agudelo fue atendida por los médicos del Hospital de Caldas E.S.E., entidad que no tiene ninguna relación contractual con CAJANAL E.P.S. (fl. 222 a 232, c.1).

2.2.1. La Caja Nacional de Previsión Social E.P.S. llamó en garantía a la Clínica Manizales S.A., en atención a que para la fecha de los hechos, es decir, el 16 de agosto de 1999, existía entre ellos un contrato de prestación de servicios en salud para la atención de los usuarios de CAJANAL E.P.S.; en consecuencia, solicitó que en el evento de que resultara condenada, lo fuera solidariamente con la Clínica Manizales S.A., a fin de responder por los perjuicios que se llegaren a cuantificar en contra de esta (fl. 267 a 271, c.1).

2.2.2. La Clínica de Manizales S.A. se opuso a las pretensiones del llamamiento en garantía por las siguientes razones: *i*) según el contrato de prestación de servicios de salud suscrito entre CAJANAL E.P.S. y La Clínica Manizales, esta última no estaba obligada a atender los usuarios del cuarto nivel, donde se situaba la paciente Campiño Agudelo por su patología cardíaca, razón por la que fue conducida al Hospital de Caldas; *ii*) los niveles a los que estaba obligada a atender la clínica eran los n.º 1, 2 y 3; no obstante la señora Campiño fue atendida correctamente en consulta ambulatoria y externa; *iii*) la remisión de los afiliados de CAJANAL E.P.S. que requerían atención de cuarto nivel se realizaba a condición de contar con una autorización de esta y, en ese orden, la clínica fungía como intermediaria entre la entidad que prestó los servicios de cuarto nivel, es decir, el Hospital de Caldas y la E.P.S. que en este caso era CAJANAL (fl. 290 a 293, c.1).

3. Vencido el término probatorio y dentro del plazo para presentar **alegatos de conclusión** las partes intervinieron, así:

3.1. La parte demandante afirmó que se configuró una falla del servicio por parte de las entidades demandadas consistente en la falta de diligencia, oportunidad, eficiencia y pericia para el manejo adecuado de la patología presentada por la señora Campiño, lo que le implicó la pérdida de la oportunidad de curación o sobrevida (fl. 350 a 361, c.1).

3.2. El Hospital de Caldas E.S.E. afirmó que, *i)* la señora Campiño Agudelo fue atendida de manera oportuna, de conformidad con los protocolos de la práctica médica utilizados en ese tipo de casos, puso a su disposición personal médico altamente calificado y se le practicaron todos los procedimientos y exámenes diagnósticos necesarios y adecuados, tal como lo prueba la historia clínica y en especial el dictamen pericial rendido por medicina legal; *ii)* no se configuró el elemento de falla del servicio, ni tampoco existió nexo de causalidad entre la atención brindada a la paciente en el centro hospitalario y la muerte de la misma (fl. 334 a 345, c.1).

3.3. El Ministerio Público señaló que se debía declarar la responsabilidad de las entidades demandadas y de la llamada en garantía, con fundamento en las siguientes razones: *i)* CAJANAL perjudicó a la víctima que requería atención inmediata, al no poseer el listado actualizado de usuarios del servicio, lo que constituye una infracción a la circular conjunta del Ministerio de Salud 74SSN/98; *ii)* la Clínica tampoco dio cumplimiento a sus obligaciones de atención al haber exigido un carnet de afiliación para la atención de urgencias, máxime cuando se trataba de una paciente que cursaba una dolencia cardíaca y por haberla despachado a su casa sin efectuarle un diagnóstico correcto, ni practicarle exámenes que confirmaran o descartaran alguna patología; *iii)* la clínica tampoco cumplió con lo dispuesto en la ley y el contrato sobre la referencia de pacientes, máxime cuando consideró, como lo expone su apoderado, que el nivel de atención que requería la paciente era superior al que había sido contratado con CAJANAL, argumento con el cual justificó la remisión de la paciente al Hospital para su tratamiento, desconociendo que ello obedeció única y exclusivamente a la negativa de la clínica de brindarle una atención oportuna y adecuada; por último, *iv)* señaló la responsabilidad del Hospital de Caldas E.S.E., por no haber suministrado oportunamente un medicamento requerido con urgencia por la paciente, lo que le generó daños neurológicos irreversibles (fl. 363 a 370, c.1).

3.4. Las demás partes guardaron silencio en esta oportunidad procesal (fl. 370, c.1)

4. Practicadas las pruebas decretadas, el Tribunal Administrativo de Caldas dictó **sentencia de primer grado** el 31 de julio de 2003, mediante la cual declaró probada la excepción de inexistencia de responsabilidad administrativa del

Hospital de Caldas E.S.E. y no acogió las suplicas de la demanda por las razones que se resumen a continuación: *i)* a pesar de evidenciarse que la paciente ingresó en pésimas condiciones de salud al Hospital de Caldas, la atención brindada por dicho centro asistencial fue oportuna y diligente; *ii)* no se acreditó que los percances y problemas de salud de la paciente que la condujeron hasta su deceso, ni los tratamientos que se le practicaron para contribuir a su mejoramiento, tuvieran origen en la falta de diligencia e idoneidad de los actos médicos desarrollados; *iii)* no se demostró la relación de causalidad entre el daño y la actividad médica, con lo que quedó desvirtuada la presunción de falla en el servicio deprecada en la demanda; *iv)* la atención prestada a la señora Campiño por la entidad demandada fue ágil, oportuna y cuidadosa, por lo que no hay lugar a declarar su responsabilidad (fl. 372 a 394, c.p).

5. El 14 de agosto de 2003, la parte actora interpuso **recurso de apelación** contra la anterior decisión con base en los siguientes argumentos: *i)* CAJANAL no suministró a la Clínica Manizales S.A. el listado actualizado de los usuarios del servicio; *ii)* la Clínica Manizales exigió un carnet de afiliación para la atención en urgencias e incumplió sus obligaciones al no haber valorado responsable y adecuadamente a la señora Campiño, omisión que repercutió en el deterioro de su salud y, finalmente, la privó de una oportunidad de sobrevivir; *iii)* la entidad prestadora del servicio de salud es la encargada de demostrar probatoriamente que actuó según las obligaciones que se desprenden de la ciencia médica y su correspondiente aplicación (fl. 398 a 416, c.p).

6. Dentro del término para alegar de conclusión en **segundo grado** las partes intervinieron, así:

6.1. La Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL, solicitó confirmar el fallo apelado, toda vez que la muerte de la señora Campiño Agudelo no es atribuible a la negligencia, impericia e inadecuado tratamiento de la Clínica de Manizales o del Hospital de Caldas, pues aunque estas instituciones prestaron un adecuado servicio de salud, la paciente falleció debido a las complicaciones irreversibles de su propia enfermedad (fl. 426 a 429, c.p).

6.2. Las demás partes y el Ministerio Público guardaron silencio en esta oportunidad procesal (fl. 437, c.p).

CONSIDERACIONES

I. Presupuestos procesales de la acción

7. Previo a analizar el fondo del presente asunto, resulta pertinente pronunciarse sobre la jurisdicción y competencia de la Sala, la legitimación en la causa, la procedencia de la acción y la caducidad.

7.1. Por ser las entidades demandadas entidades estatales, el presente asunto es de conocimiento de esta **jurisdicción** de acuerdo con el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo. Por lo anterior, se concluye que esta Corporación es la competente para pronunciarse respecto de la responsabilidad que les pudiere ser atribuida a las entidades demandadas en la presente *litis*.

7.1.1. Respecto al llamado en garantía, la Sala constata que para el momento de los hechos existía un vínculo contractual vigente entre la entidad llamante y la llamada, lo cual en virtud del artículo 57² del C.P.C., habilitaba a CAJANAL para llamar a la Clínica de Manizales S.A. al *sub judice* como tercero interviniente. En ese orden, y, teniendo en cuenta el criterio de esta Corporación sobre dicha figura³, la Sala encuentra plausible dicho llamamiento y se pronunciará de fondo respecto de esta en el presente asunto.

7.2. Por otra parte, la Corporación tiene **competencia** para conocer de este asunto en razón del recurso de apelación presentado por la parte actora, en un proceso con vocación de segunda instancia en los términos del Decreto 597 de 1988, dado que la cuantía de la demanda, determinada por el valor de la mayor de

² “Quien tenga derecho legal o contractual de exigir a un tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquél, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación. El llamamiento se sujetará a lo dispuesto en los dos artículos anteriores”.

³ “En materia de intervención de litisconsortes y terceros en procesos de controversias contractuales y de reparación directa, el Código Contencioso Administrativo en su artículo 146 remite expresamente a la regulación contenida en los artículos 50 a 57 del C.P.C. Igualmente, el artículo 217 del C.C.A. prevé que en los procesos referidos, el demandado puede efectuar el llamamiento en garantía, denuncia del pleito o presentar demanda de reconvenición, siempre que ello sea compatible con la naturaleza de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y dentro del término de fijación en lista de la demanda”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, auto de ponente del 20 de noviembre de 2012, exp. 410012331000201000388 01 (40920), actor: William Sánchez Lievano y otros, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

las pretensiones, que corresponde a la reparación por perjuicios inmateriales, supera la exigida por la norma para tal efecto⁴.

7.3. La **acción de reparación directa** establecida en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo es la **procedente** en este caso, por cuanto las súplicas de la demanda van encaminadas a la declaratoria de responsabilidad de la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL E.P.S., y al Hospital de Caldas E.S.E., por las acciones y omisiones atribuidas a estas y que, según la parte demandante, condujeron a la víctima no solo a una pérdida de oportunidad sino finalmente a la muerte.

7.4. En cuanto a la **legitimación en la causa** por activa, se demostró que las demandantes Catalina y Juliana Valencia Campiño⁵ fueron las directamente afectadas por el daño irrogado a su madre María Cened Campiño Agudelo. En cuanto a la señora Ángela María Gutiérrez Campiño, precisa la Sala que según la demanda la señora Ángela Gutiérrez Campiño es la sobrina de la señora María Sened Campiño Agudelo; sin embargo, no se aportó al plenario el registro civil de nacimiento de su progenitora, señora Gloria Inés Campiño Agudelo. Pese a lo anterior, obra partida de bautismo de la Arquidiócesis de Manizales de la señora Gloria Inés Campiño Agudelo que se celebró el día 27 de abril de 1952 donde consta que es hija de José Joaquín Campiño y Ángela María Agudelo⁶. Precisa también la Sala que si bien dichos documentos no son prueba plena del estado civil, puesto que dan fe de hechos producidos con posterioridad a la Ley 92 de 1938, valorados en su conjunto con las pruebas que obran en el proceso, en especial los testimonios⁷ y la sentencia proferida el 23 de marzo de 2000 por el

⁴ En la demanda presentada el 24 de mayo del 2000, la pretensión de mayor valor correspondiente a la solicitud de indemnización del daño moral fue estimada en 3000 gramos oro que equivalen a \$76.387.170. Por estar vigente al momento de presentación de la demanda, se aplicará el artículo 2° del Decreto 597 de 1988, que modificó el numeral 10° del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, y que dispone que la cuantía necesaria para que un proceso de reparación directa iniciado en el 2000 fuera de doble instancia, debía ser superior a \$26.390.000.

⁵ Está probado que Catalina y Juliana Valencia Campiño son hijas de la señora María Sened Campiño Agudelo (certificado de registro civil de nacimiento -fl. 16 y 17, c. 1-).

⁶ Véase con relación a la legitimación de Ángela María Gutiérrez Campiño la partida de bautismo de su madre señora Gloria Inés Campiño Agudelo (fl. 21, c.1).

⁷ En el testimonio vertido por la señora Diana María Castaño se dijo: "Preguntado: indíquenos si lo sabe cómo eran las relaciones familiares entre Ángela María Sened Campiño. Contestó: eran como una familia, todas eran muy unidas y Ángela se preocupaba mucho por el bienestar (...)" (fl. 8 a 12, c.3). En el testimonio rendido por la señora María Dora Loaiza Pineda, se dijo: "preguntado: sírvase decirnos como estaba formado el núcleo familiar de María Asceneht (sic) Campiño Agudelo. Contestó. Un tiempo vivió con la hermana la señora Gloria la mamá de Ángela, Amparo la hermana y Asceneth, nació Ángela y vivió 7 años con toda la familia, la mamá de Ángela se casó y se fue a vivir con ella hasta la edad de 12 años, luego regresó con Asceneth (sic) y vivió con ella y las niñas hasta los 21 años, porque Asceneth era la mamá de Ángela, ella siempre la tuvo como la mamá, las hijas de Asceneht (sic) se llaman Catalina y Juliana (...)" (fl. 13 a 15, c.3). En el testimonio

Juzgado Tercero de Familia de Manizales (fl. 37, c.1), donde se la reconoció a la señora Ángela Gutiérrez Campiño como la guardadora legítima de las niñas Valencia Campiño, se deduce la condición de damnificada, así como se acreditan los estrechos lazos afectivos, de solidaridad y cercanía con la víctima; en efecto, resulta relevante que los referidos testigos identifican a la señora Ángela María Gutiérrez Campiño como la sobrina de la víctima. En razón de lo anterior, la demandante precitada se encuentra legitimada en la causa por activa y, en consecuencia, se la tendrá en el presente proceso como tercera damnificada.

7.4.1. Finalmente, en cuanto a la **legitimación por pasiva**, se tiene que el daño invocado en la demanda proviene de acciones y omisiones imputables a la Caja Nacional de Previsión Social -CAJANAL E.P.S., y al Hospital de Caldas E.S.E., razón por la cual se acredita su legitimación por pasiva en la presente causa.

7.5. Finalmente, en lo atinente a la **caducidad** de la acción, la Sala constata que en el presente caso no opera tal fenómeno, pues el daño consistente en la muerte de la señora Campiño Agudelo tuvo lugar el 16 de agosto de 1999 y la demanda se interpuso el 24 de mayo del 2000, es decir, dentro del término previsto para tal efecto, de conformidad con el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

II. Hechos probados

8. De conformidad con las pruebas válidas y oportunamente allegadas al proceso, se tienen por acreditados los siguientes hechos relevantes:

8.1. La señora María Sened Campiño Agudelo nació el 16 de noviembre de 1947, era hija de los señores José Joaquín Campiño y Ángela María Agudelo⁸; hermana de Gloria Inés Campiño Agudelo⁹; y progenitora de las menores Catalina y Juliana Valencia Campiño¹⁰. Después de su fallecimiento, su sobrina Ángela María

rendido por Blanca Nubia Loaiza se dijo: “ella vivía con sus dos niñas y con Ángela María hasta que Ángela cumplió los 21 años, Asceneth velaba por las niñas, ella trabaja arreglando apartamentos, ya después Ángela María se independizó a los 21 años, la relación familiar entre ellas era de madre a hija, Asceneth (sic) siempre fue la mamá de Ángela María y sus dos niñas Catalina y Juliana, cuando ella se murió las niñas quedaron solas, abandonadas, eso fue una cosa terrible para ellas (fl. 16 a 18, c.2).

⁸ Así consta en la partida de bautismo que obra a folio 19 del cuaderno 1. Los padres de la difunta no son demandantes en el presente proceso por lo que no es menester que se haya aportado registro civil de nacimiento de la señora Campiño Agudelo.

⁹ Véase la partida de bautismo que obra a folio 20 del cuaderno 1 del expediente. La señora Gloria Inés Campiño Agudelo tampoco es demandante en el presente proceso.

¹⁰ Véase los registros civiles de nacimiento que obran a folios 16 y 17 del cuaderno 1 del expediente.

Gutiérrez Campiño, hija de Gloria Inés Campiño Agudelo¹¹, fue designada mediante decisión del 23 de marzo de 2000 del Juzgado Tercero de Familia de Manizales, guardadora legítima de las menores Catalina y Juliana Valencia Campiño¹².

8.2. La Caja Nacional de Previsión Social -CAJANAL- celebró el 24 de septiembre de 1997 con la Clínica Manizales S.A., el contrato n.º 125 de prestación de servicios de salud, con plazo de ejecución hasta el 31 de agosto de 1999¹³. Por ser relevantes para el presente proceso se citarán los principales acápites del referido contrato, así:

Entre los suscritos Ricardo León Parra Castro, (...) quien para los efectos del presente contrato se denominará CAJANAL –EPS-, por una parte y por otra parte Fernando Antonio Giraldo Mejía (...) obrando en nombre y representación de la Clínica Manizales S.A. sociedad anónima (...) y quien en adelante se denominará EL CONTRATISTA, hemos convenido celebrar el presente contrato de prestación de servicios de salud que se regirá por las Leyes 80 y 100 de 1993, sus decretos reglamentarios, la Resolución 005261 del 5 de agosto de 1994 del Ministerio de Salud por la cual se establece el Manual de actividades, intervenciones y procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud (...): PRIMERA. OBJETO DEL CONTRATO. – El contratista se obliga para con CAJANAL –E.P.S. a prestar salud en la siguiente forma: a) El primero, segundo y tercer niveles del Plan Obligatorio de Salud P.O.S. a las personas acreditadas e identificadas como afiliados (cotizantes y beneficiarios) de CAJANAL E.P.S. en la Seccional CALDAS, con los recursos humanos, físicos y tecnológicos de su institución y suficientes para mantener el equilibrio entre la oferta y la demanda del servicio; (...) Parágrafo: Con el objeto de complementar su nivel de complejidad y garantizar una atención integral, el CONTRATISTA podrá subcontratar servicios de salud con el cumplimiento de los requisitos establecidos por el Ministerio de Salud y previa autorización del supervisor del contrato con el Visto Bueno de la Subdirección General de Salud (...); SEGUNDA. POBLACIÓN.- El CONTRATISTA se obliga a prestar el servicio médico contratado a una población aproximada de quince mil cuatrocientos veintisiete (15.427) usuarios. Sin embargo y en virtud del principio de libre escogencia consagrado en la Ley 100 de 1993, la población a la que se le prestarán los servicios objeto del presente contrato, será la que CAJANAL -EPS- le comunique al CONTRATISTA a través de medios magnéticos, listados mensuales o autorizaciones en casos excepcionales. Con todo, CAJANAL EPS se obliga a asignar y cancelar al CONTRATISTA únicamente el número de usuarios que libremente lo elija y relacione en los listados mensuales. **Parágrafo** Primero: Los usuarios acreditarán su condición mediante la presentación de un carné vigente expedido por CAJANAL EPS, acompañado de su documento de identidad. CAJANAL-EPS enviará mensualmente al CONTRATISTA el reporte de novedades de sus afiliados, listas que en todos los casos deberán ser previamente consultadas por el

¹¹ Véase el registro civil de nacimiento que obra a folio 15 del cuaderno 1 del expediente.

¹² Véase la sentencia que obra a folios 37 del cuaderno 1 del expediente.

¹³ Véase contrato de prestación de servicios de salud que obra a folios 209 a 221, c.1.

CONTRATISTA. En caso de que no haya carné CAJANAL –EPS- autorizará los servicios y en tal virtud el CONTRATISTA los prestará.

PARÁGRAFO SEGUNDO: Con excepción del servicio de urgencias, el cual será prestado de manera inmediata y sin autorización previa, los servicios quirúrgicos y hospitalarios serán prestados por el CONTRATISTA previa autorización por parte del supervisor del contrato o del subdirector General de Salud en casos excepcionales o urgentes (...)

TERCERA: OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA. –El contratista se obliga a:

1. Prestar los Servicios Médicos de que trata el objeto del presente contrato a la Población usuaria de CAJANAL –EPS asignada;
2. Disponer de instalaciones y equipos adecuados, funcionales que cumplan con los requisitos señalados en las normas vigentes sobre la materia;
3. Prestar el servicio con eficacia, eficiencia, efectividad y oportunidad observando todas las normas sobre ética médica, de acuerdo con los parámetros del Sistema de Garantía de Calidad y de mejoramiento continuo del servicio, de conformidad con las normas vigentes (...)
5. Disponer de diferentes opciones para el acceso del paciente a los servicios tales como programas de consulta prioritaria diaria de atención inmediata, asignación de citas en forma telefónica y presencial, orientación médica telefónica y visita domiciliaria, entre otros. Así mismo, garantizará dentro del marco de los niveles de atención contratados, el otorgamiento de citas para interconsulta, exámenes, procedimientos, etc. en el mismo lugar y momento en que se atiende la consulta (...);
6. Llevar registros clínicos completos del estado de salud de los usuarios, de conformidad con las normas vigentes, para tal efecto; (...)
7. Orientar y asegurar una adecuada prestación de los servicios por parte de sus profesionales de planta o adscritos, de conformidad con los parámetros de calidad y lineamientos establecidos para tal fin; (...)
- 12- Cumplir con los requerimientos técnicos para la referencia y contrarreferencia de pacientes, incluidos los usuarios de los programas de promoción de la Salud y prevención de las enfermedades según lo establecido en el decreto 2759 de 1991 y su Manual Operativo (...)
- 30-. Prestar la atención sin condicionarla a la provisión por parte del usuario de suministros, dinero o firma de documentos en blanco o distintos a los necesarios para para la utilización del servicio (...)
- 32- El CONTRATISTA garantizará el medio de transporte adecuado para el traslado de pacientes que requieran atención de urgencias en centros hospitalarios; dicho servicio, correrá por cuenta de CAJANAL EPS.

PARAGRAFO: El CONTRATISTA asumirá los costos de transporte por remisiones para los niveles contratados, cuando el recurso humano y técnico, exista en el municipio donde preste el servicio (...)

38. Notificar a CAJANAL EPS dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al momento de ingreso, la identificación de los usuarios que requieran atención en salud que corresponda al IV nivel de complejidad del P.O.S. Así mismo presentar las cuentas que se generen por dichos servicios, soportadas en la forma en que lo establece la cláusula novena del presente contrato y dentro de los quince (15) días siguientes al momento en que se autorice la salida del paciente;

39- Cuando por causas ajenas a la voluntad del CONTRATISTA debidamente comprobadas, éste deba atender los servicios a través de una Institución diferente a las propuestas en su oferta inicial, deberá informar previamente la sustitución de servicios, la cual será estudiada por el supervisor del contrato, quién podrá aprobar o improbar el cambio propuesto, no obstante, el CONTRATISTA deberá atender oportunamente la población usuaria (...)

CUARTA: De conformidad con lo establecido en la Resolución n.º 3997 del 30 de octubre de 1996 del Ministerio de Salud por la cual se establecen las actividades y procedimientos para el desarrollo de las acciones de promoción y prevención en el Sistema General de Seguridad Social, CAJANAL EPS, la entidad podrá contratar con el CONTRATISTA la prestación de estos servicios. La celebración

del respectivo contrato estará sujeta al agotamiento de todos requisitos fiscales y presupuestales. Lo anterior, sin perjuicio de la obligación que tiene el CONTRATISTA de prestar los servicios de promoción de la salud y prevención de las enfermedades establecidos en el Plan Obligatorio de Salud P.O.S. (...) SEXTA: RESPONSABILIDAD: EL CONTRATISTA prestará los servicios de salud a los usuarios de CAJANAL EPS- con plena autonomía científica, técnica y administrativa suya y de sus profesionales y empleados. En consecuencia el CONTRATISTA asume en forma total y exclusiva, la responsabilidad que se derive por la calidad e idoneidad de los servicios que preste a los usuarios de CAJANAL EPS, así como la responsabilidad que pueda derivarse de los actos u omisiones tanto de los profesionales a los cuales encomiende la prestación de los servicios de salud, como de su personal administrativo. En el evento de que exista subcontratación, el subcontratista responderá solidariamente cuando ocasione daño a los usuarios por la deficiente prestación del servicio. Si CAJANAL – EPS es demandada judicialmente por cualquiera de los hechos omisiones u operaciones realizadas por el CONTRATISTA o el subcontratista, llamará en garantía a quien considere pertinente. Si por cualquiera de las circunstancias a que se refiere el contrato CAJANAL –EPS- llegare a ser condenada judicialmente a reconocer o pagar indemnizaciones, el CONTRATISTA expresamente acepta la condena como propia y autoriza para que se deduzca su monto de las sumas que le adeude CAJANAL –EPS- y si esto no fuere posible cancelará de inmediato los valores en la tesorería de CAJANAL –EPS-, sin perjuicio de que ésta instaure las demás acciones a que hubiere lugar. (...) SÉPTIMA: OBLIGACIONES DE CAJANAL.- Para el adecuado cumplimiento de los términos pactados en el contrato CAJANAL EPS se obliga para con el CONTRATISTA a: 1.-Mantener actualizado permanentemente el listado de usuarios que de acuerdo con las normas vigentes tienen derecho a los servicios; 2.- Dar la información suficiente al CONTRATISTA y a los usuarios sobre el servicio contratado 3. Asesorar al CONTRATISTA en el proceso ajuste (sic) del Sistema de Garantía de Calidad y atención al usuario, que presenté ante CAJANAL EPS (...) **DÉCIMA PRIMERA: DURACIÓN:** El presente contrato tendrá una duración desde su perfeccionamiento y hasta el 31 de agosto de 1999, será prorrogable antes de su vencimiento a voluntad de las partes y su ejecución empezará a partir del 1º de octubre de 1997 (...) **VIGÉSIMOQUINTA: DOCUMENTOS DEL CONTRATO:.-** Forman parte integrante del contrato los siguientes documentos: a) La Resolución de Cajanal n.º 707 de 1996 por la cual se establecen las normas básicas aplicables a la prestación del servicio de salud contratados por la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL EPS y las demás que la adicionen, modifiquen o complementen (...) -se subraya-

8.3. El 16 de marzo de 1998, la señora María Sened Campiño, afiliada a la Caja Nacional de Previsión Social¹⁴ -CAJANAL E.P.S., ingresó al servicio de urgencias del Hospital de Caldas E.S.E. por presentar, según el resumen de atención médica, *"isquemia¹⁵ subendocárdica"*. En su historia clínica se registró lo siguiente: *"paciente de cincuenta años, fumadora de diez cigarrillos al día, que*

¹⁴ En el expediente obra a folio 24 del cuaderno 2 información sobre la afiliación de la cotizante a la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL.

¹⁵ Isquemia: reducción del aporte de oxígeno al miocardio menor de 20 minutos. El daño es reversible <http://www.my-ekg.com/infarto-ekg/isquemia-lesion-necrosis.php> (15/01/16).

presentó precordialgia¹⁶ tres meses y medio atrás, precedido de sensación de calor en la cabeza y dolor en el cuello". El 25 de marzo de 1998 fue dada de alta con diagnóstico de egreso: "infarto de miocardio¹⁷ no Q, enfermedad microvascular y angina inestable"¹⁸ (fl. 115 a 116, c.1 -historia clínica)¹⁹.

8.4. El 4 de mayo de 1998 la señora Campiño fue atendida en la Clínica Manizales I.P.S. autorizada por CAJANAL²⁰. En la historia clínica se registró que dicha paciente presentaba dolor retroesternal ocasional, con irradiación al brazo luego de ejercicio normal. Como antecedentes familiares se consignó infarto agudo de miocardio (IAM) en los dos padres. El diagnóstico anotado fue defecto de refracción, espasmo muscular y "al parecer" enfermedad coronaria. Se dispuso la práctica de un examen de "citología vaginal, valoración por optometría, acetaminofén más metocarbamol y calor local" (fl. 24, c. 1 -historia clínica).

8.5. El 30 de junio de 1998, la Clínica Manizales registró en la hoja de evolución de la historia clínica de la referida paciente que refirió dolor precordial ocasional con ejercicio normal, luego de vómitos. Se anotó que se encontraba medicada con asa²¹, pravastatina, isordil y diltiazem²². El diagnóstico dado en esta oportunidad

¹⁶ Sobre la posibilidad de acudir a la literatura médica para efecto de comprender el significado de los términos ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 1º de abril del 2008, rad. 27268 y del 19 de agosto del 2009, rad. 18364, M.P. Enrique Gil Botero.

Precordialgia: dolor en el centro del pecho. Se aplica al dolor precordial, típico del infarto de miocardio o de la esofagitis, aunque también puede ser de origen psicógeno. <http://sitiosalud.com/diccionario.php?idpal=280&palabra=Precordialgia&seccion=P> (15/01/16)

¹⁷ El infarto de miocardio es el cuadro clínico producido por la muerte de una porción del músculo cardíaco que se produce cuando se obstruye completamente una arteria coronaria. Cuando se produce la obstrucción se suprime el aporte sanguíneo. Si el músculo cardíaco carece de oxígeno durante demasiado tiempo, el tejido de esa zona muere y no se regenera. <http://www.dmedicina.com/enfermedades/enfermedades-vasculares-y-del-corazon/infarto-miocardio> (15/01/16).

¹⁸ Angina inestable: es una afección en la cual el corazón no recibe suficiente flujo de sangre y oxígeno y puede llevar a un ataque cardíaco. La angina es un tipo de molestia en el pecho causada por el flujo deficiente de sangre a través de los vasos sanguíneos (vasos coronarios) del músculo cardíaco (miocardio). <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/000201.htm> (15/01/16).

¹⁹ "Nota de egreso 25/03/98, hora 13:20 paciente natural y procedente de Manizales ingresó el 16-03-98 consulta por episodio de precordialgia el día anterior, posterior a oficio casero, irradiada a MSI, el cual no desapareció hasta el momento de la consulta pero sí disminuyó de intensidad, sin otros concomitantes de importancia. En urgencias hallan paciente en aparentes buenas condiciones generales, afebril, hidratada, TA: 120/90 F.C 60x, FR: 16X, RsCsRs, MV. Limpio, reja costal indolora a la palpación, resto de EF normal. Al EKG FC 69 X, ritmo sinusal, eje en el I cuadrante PR: 0,16 mseg, ST normonivelada, no hipertrofia, ondas T de V2 a V4, simétricas y de alto voltaje DIII y avf "asimétricas negativas". Se hace IDX de Isquemia subendocárdica, angina estable (...) AP. Hace 3 meses y medio episodio de precordialgia irradiada a MSI. Hace 3 meses le encontraron glicemia elevada y una "hemoglobina" (...) 10 cigarrillos al día hasta la fecha" (historia clínica -fl. 131, c.1).

²⁰ Contrato de prestación de servicios de salud n.º 125, suscrito entre la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL y la Clínica Manizales (v. supra. párr. 8.2).

²¹ Asa: antiagregante plaquetario. Es coadyuvante en la prevención primaria o secundaria de eventos vasculares mayores, cardíacos o cerebrales, por trombosis en individuos con riesgo cardiovascular superior al basal.

fue angina inestable e infarto agudo de miocardio desde hace tres meses (fl. 25, c.1 -historia clínica).

8.6. El 13 de julio de 1998, por remisión de la Clínica Manizales, se le practicó a la señora María Sened Campiño prueba de esfuerzo, la cual arrojó resultados clínica y hemodinámicamente anormales y presentó alteraciones sugestivas de respuesta isquémica. Se constató que se trataba de una mujer adulta con historia reciente de infarto del miocardio y con opresión precordial en aumento, cronotropismo mal preservado e inotropismo normal (fl. 51, c.1 -historia clínica).

8.7. El 17 de julio de 1998 se remitió a la señora María Sened Campiño Agudelo al área de cardiología, allí se consignó la siguiente información en la historia clínica: “paciente que hace 3 meses tuvo infarto agudo al miocardio no Q (...), refiere dolor precordial con esfuerzo moderado. Se realizó prueba de esfuerzo, la cual fue anormal eléctrica y hemodinámicamente mostrando isquemia. Antecedentes: fumadora hace 6 meses (...), infarto agudo al miocardio en los padres (...), C.D: ruidos cardiacos rítmicos, sin soplos (...) Dx: enfermedad coronaria. Infarto agudo al miocardio no Q anterior” (fl. 2, c.4 -historia clínica).

8.8. El 24 de agosto de 1998, el médico cardiólogo de la Clínica Manizales indicó lo siguiente: “considero de utilidad hospitalización para decidir conveniencia o no de estudio coronariográfico” (fl. 2 verso, 8, c.4 -historia clínica) y señaló que la paciente refería opresión precordial. Como antecedentes se registró diabetes mellitus.

8.9. El 31 de agosto de 1998 la paciente María Sened ingresó a la Clínica Manizales y fue hospitalizada por el médico cardiólogo. En la orden de hospitalización se señaló como antecedentes infarto al miocardio el 16 de febrero de 1998²³, diabetes mellitus y colesterol bajo medicación (fl. 15, c.4 -historia clínica).

http://www.medicamentosplm.com/home/productos/asa_100_tabletas_de_liberacion_prolongada/103/101/33488/216 (15/01/16).

²² Diltiazem: se usa para tratar la presión arterial alta y controlar angina (dolor en el pecho). Actúa relajando los vasos sanguíneos, de modo que el corazón no tenga que bombear con tanta fuerza. También aumenta el flujo sanguíneo y la oxigenación del corazón. <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/druginfo/meds/a684027-es.html> (15/01/16)

²³ Parece que se trata de un error en la determinación de la fecha ya que si bien en el folio 15 del cuaderno 4 del expediente se señaló que el infarto agudo al miocardio tuvo lugar el 16 de febrero de 1998, en otros apartes de señala el 16 de marzo de 1998, aunque esto no es relevante en el presente proceso.

8.10. El 2 de septiembre de 1998 la paciente fue tratada por el médico cardiólogo de la Clínica Manizales por enfermedad coronaria (fl. 9, c.4 -historia clínica).

8.11. El 7 de septiembre de 1998 se anotó en el registro de pacientes de la Clínica Manizales que la señora Campiño estaba a la espera de que le practicaran las pruebas de perfusión con pirofosfatos, el test de esfuerzo y los rayos X de tórax, para decidir el diagnóstico (fl. 9, 10 y 14, c.4 -historia clínica).

8.12. El 9 de septiembre de 1998 se le dio orden de salida a la paciente, se le entregaron los exámenes practicados y se le impartieron indicaciones. En la hoja de identificación y resumen de atención se registró que la paciente padecía de una enfermedad coronaria (fl. 10 a 11 c.4 -historia clínica).

8.13. El 17 de septiembre de 1998, por remisión de la Clínica de Manizales, se le practicó a la paciente el examen de perfusión miocárdica en reposo y post ejercicio, cuyos resultados arrojaron: “déficits de perfusión importantes en septum, apex y cara inferior que reperfunden con el reposo. Al observar movimiento de pared encontramos déficit en septum y cara interior”. La conclusión del examen fue perfusión miocárdica compatible con isquemia coronaria en septum, cara inferior y apex (fl. 66, c.1 -historia clínica). El 27 de octubre de 1998, se registraron dichos resultados en la hoja de evolución de la historia clínica de la señora Campiño (fl. 25, c.1, verso -historia clínica).

8.14. El 20 de enero de 1999 se registró en la hoja de evolución de la historia clínica de la paciente Campiño: “Disminución del dolor. Solo presenta precordialgia al caminar. Diagnóstico: "angina de pecho (...) ingresa a programa”. En dicho programa se registraron las siguientes fechas de control: 16 de febrero de 1999, 16 de marzo de 1999, 14 de abril de 1999 y 13 de mayo de 1999 (fl. 28, c.1 -historia clínica).

8.15. El 27 de mayo de 1999 la señora Campiño presentó una caída súbita con pérdida instantánea de conocimiento como consecuencia de mareos y pérdidas de equilibrio, situación que fue registrada por los profesionales de la Clínica Manizales en la hoja de evolución de su historia clínica. Las pruebas de equilibrio fueron anormales. Le prescribieron diltiazem, asa y flunarizina (fl. 28, c.1, verso -historia clínica).

8.16. El 2 de junio de 1999 se registró en la hoja de evolución de la historia clínica de la Clínica Manizales que la paciente Campiño refirió continuar con mareos al escuchar ruido, por lo que se le expidió orden médica para la práctica de un electrocardiograma de control (fl. 28, c.1, verso -historia clínica).

8.17. El 14 de agosto de 1999 a las 22:00 horas, la señora María Sened Campiño consultó el servicio de urgencias de la Clínica Manizales S.A. por presentar mareo, desvanecimiento y palidez según consta en la declaración rendida el 15 de agosto del 2001 por la señora Diana María Castaño Campiño, familiar de la paciente -fl. 9, c.2²⁴, así:

[Eso] fue un sábado por la noche, estábamos en el hotel Carretero, porque estábamos celebrando el matrimonio de Ángela María, a mi tía [María Sened Campiño Agudelo] le dio un mareo casi se desmaya prácticamente y la tuvimos que sacar del salón donde nos encontrábamos porque ella decía que la bulla le hacía daño, estaba muy mareada, se puso muy pálida, como a las 11:00 p.m. la llevamos a la Clínica Manizales porque era donde siempre la atendían en una urgencia o algo, cuando llegamos no la quisieron atender ahí mismo porque no llevábamos el carné y la atendieron porque Ángela dijo que pagábamos en efectivo para que la atendieran, se suponía que tenían en toda clínica, un sistema o un computador para mirar si ella existía allí, y luego permitir que le lleváramos el carné, el médico la hizo pasar al consultorio y le preguntó que tenía, que cómo se sentía yo escuche porque la puerta estaba abierta y todos estábamos ahí presentes, ella le dijo que lo que tenía era un problema de oído y el médico no la examinó no le revisó si era el corazón, ni los antecedentes que tenía ni nada, él le mandó una inyección y la enfermera se la aplicó esa misma noche, cuando salieron del consultorio Ángela le preguntó al Médico que si era el corazón y él le dijo que sí, esa noche la llevamos a la casa y ella amaneció bien -se subraya- (...).

8.18. En la hoja de atención de urgencias se registró cuadro clínico consistente en síndrome vertiginoso e infarto agudo al miocardio previo. Se le prescribió como tratamiento dramamine²⁵ y se autorizó a las 22:00 horas remisión para su domicilio, según consta en la certificación de la atención de urgencias (historia clínica -fl. 4, c.4)²⁶.

²⁴ La señora Amparo Campiño Agudelo, tía de la fallecida, coincidió con el relato entregado por la señora Diana María Castaño Campiño y afirmó lo siguiente: "ese día se casó mi sobrina y ese día salimos de la iglesia para el hotel el carretero y desde que entramos al hotel el carretero, ella se desmayaba, le daban como unas maluqueras, pero le pasaban rapidito y entonces de verla así porque le dio en varias veces, nos vimos en la obligación de llevarla a la Clínica Manizales, ya que ella tenía carnet de CAJANAL y le tocaba en esa Clínica" (declaración rendida el 15 de agosto del 2001, fl. 4-7, c.2)

²⁵ "Antiemético, antinauseoso, antivertiginoso, anticinetósico (...) Prevención y tratamiento de la cinetosis y del vértigo. Tratamiento sintomático de náuseas y vértigo causados por enfermedad de Ménière y otros trastornos laberínticos" <http://www.doctoraliar.com/medicamento/dramamine-85100> (27/02/2017).

²⁶ "...cuadro similar previamente por este cuadro. "IAM previo" No HTA No DM (Siglas correspondientes a: Infarto agudo de miocardio previo, No Hipertensión arterial No Diabetes

8.19. El día 15 de agosto de 1999, la paciente fue conducida por sus familiares al servicio de urgencias del Hospital de Caldas E.S.E., por presentar desvanecimiento con pérdida de la conciencia, cianosis, dolor precordial, palidez y episodios convulsivos. Se estableció en este centro de salud cuadro de fibrilación ventricular (arritmia cardíaca) y se efectuaron maniobras avanzadas de reanimación cerebro-cardio-pulmonar con recuperación parcial de los signos vitales, pero no de la conciencia. Se reportaron sus antecedentes de enfermedad coronaria y episodios convulsivos precedentes. La paciente Campiño fue hospitalizada con el siguiente diagnóstico: *i)* paro cardiorrespiratorio; *ii)* Killip IV (infarto agudo de miocardio con choque cardiogénico) y se solicitó valoración por la Unidad de Cuidados Intensivos para soporte ventilatorio y hemodinámico (fl. 100 a 146, c.1).

8.20. La paciente Campiño fue ingresada a la Unidad de Cuidados intensivos del referido Hospital de Caldas, estaba inconsciente y con ventilación mecánica, se le prescribió sedación pentonal e infusión de dopamina. Durante la noche presentó episodios convulsivos y por ello le prescribieron diazepam, se aumentó los efectos de la sedación y se apagó nitroglicerina. No fue posible suministrar a la paciente el medicamento epamin²⁷ porque no fue posible instalar sonda nasogástrica (fl. 105 a 109, c.1).

8.21. El 16 de agosto de 1999 al intentar pasar la sonda nasogástrica se encontró que la paciente presentaba mal olor "fecaloide", abdomen distendido y peristaltismo²⁸; como consecuencia, se consideró la necesidad de practicar una endoscopia alta urgente (fl. 102, c.1-historia clínica). Según evaluación de cirugía, la paciente presentó un cuadro clínico de evento coronario agudo, alto riesgo de isquemia mesentérica agregada y signos de sepsis, Killip IV. A las 18:30 del mismo día se encontró a la paciente sangrado digestivo alto y, en consecuencia,

mellitus)". En el ítem correspondiente al Examen Físico -EF-: Se anotó: "TA:120/80 FC: 80 - (varias palabras ilegibles)" Se inscribió como Diagnóstico (DX): "Sx vertiginoso. (Síndrome vertiginoso)". Y como Tratamiento (Tto.): "Dramamine 1cc IM (1 - un -centímetro cúbico vía intramuscular)". En el aparte destino (parte inferior de la Historia Clínica) se marcó el recuadro correspondiente a "domicilio". En esa misma sección se evidencia que no fue remitida a consulta externa, a hospitalización, ni a otra institución.

²⁷ Fenitoína: está indicada para el control de crisis convulsivas tónico-clónicas generalizadas (gran mal) y de crisis parciales complejas (psicomotoras, lóbulo temporal), así como para la prevención y tratamiento de ataques ocurridos durante o posteriores a cirugía neurológica. Cfr. <http://www.salud180.com/salud-z/epamin> (15/01/2016).

²⁸ Peristaltismo: es una serie de contracciones musculares organizadas que ocurren en el tubo digestivo y que también se observan en algunos órganos que conectan los riñones a la vejiga. Cfr. <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/002282.htm> (15/01/6).

se le realizó procedimiento EGD²⁹. Como resultado del examen se le diagnosticó gastritis isquémica y duodenitis erosiva. Además, se destacó que durante el procedimiento se presentó arritmia ventricular (TV) sin pulso (fl. 110, c.1).

8.22. Durante su estancia hospitalaria su condición clínica fue empeorándose progresivamente (convulsiones, sangrado digestivo y pérdida de conciencia) hasta su deceso final a las 19:30 horas del día 16 de agosto de 1999 en el Hospital de Caldas (fl. 109, c. 1, verso) por isquemia mesentérica, shock cardiogénico, infarto agudo de miocardio y artero esclerosis (fl. 47, c.1 - certificado de defunción n.º A448584).

8.23. El Ministerio de Salud, en respuesta a la queja interpuesta por la señora Ángela Gutiérrez Campiño, adelantó averiguaciones contra el Hospital de Caldas E.S.E. por los hechos ocurridos el 16 de agosto de 1999 en los que falleció la señora Campiño Agudelo. El 19 de abril del 2002, a través de la Directora General para el Control del Sistema de Calidad ordenó el archivo de las diligencias preliminares adelantadas contra el Hospital de Caldas E.S.E., por cuanto no encontró mérito para ordenar la apertura de investigación administrativa, con fundamento en lo siguiente: (fl. 347, c.1 - resolución n.º 0638 del 19 de abril del 2002 del Ministerio de Salud)

De acuerdo con el material probatorio obrante en el expediente y con base en el concepto técnico de un profesional de esta Superintendencia, se encuentra que la atención brindada a la señora CAMPIÑO AGUDELO (Q.E.P.D.) por el Hospital de Caldas se brindó con las características que debía revestir, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 2 y 3 del Decreto 2174 de 1996; no obstante en torno a las presuntas irregularidades que en el manejo médico se le dieron a la paciente, esta Superintendencia se abstiene de pronunciarse sobre el acto médico desplegado por los profesionales de la salud de dicha institución, por cuanto la competencia sobre el particular corresponde al Tribunal de Ética Médica de Caldas, motivo por el cual a la fecha se ha efectuado por parte de esta Dirección el respectivo traslado para lo de su competencia. // No obstante lo anterior, al revisar el contenido de la Historia Clínica se encontró que esta, en algunos apartes es ilegible y registra siglas, por lo que se hace necesario que la entidad inicie un proceso de capacitación a todos sus funcionarios sobre el correcto diligenciamiento de las Historias Clínicas acorde con la Resolución 1995 de 1999, para lo cual deberá remitir copia de las actividades desarrolladas a la Dirección General para el Control del Sistema de Calidad de la Superintendencia Nacional de Salud. // Así las cosas, este despacho concluye, que en lo que se refiere a la calidad de la atención brindada a la paciente María Sened Campiño Agudelo (q.e.p.d.) esta

²⁹ Esofagogastroduodenoscopia (EGD): es un examen para inspeccionar el revestimiento del esófago, el estómago y la primera parte del intestino delgado. Cfr. <https://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/003888.htm> (15/10/16).

Superintendencia no encuentra mérito para ordenar la apertura de investigación administrativa contra el Hospital de Caldas, por lo que se procederá a dar por terminadas las diligencias adelantadas y en consecuencia ordenará su archivo -se subraya-.

III. Problema jurídico

9. Para resolver el fondo de las pretensiones elevadas por la parte actora, es menester que la Sala estudie, en primer lugar, si la muerte de la señora Campiño Agudelo resulta imputable a las entidades demandadas por haber prestado los días 14 y 15 de agosto de 1999 un servicio médico y hospitalario presuntamente negligente, deficiente o tardío, o por otra causa que les sea atribuible y, en segundo lugar, en caso de no acreditarse lo anterior, si es posible predicar la existencia de una falla del servicio consistente en un error de diagnóstico que despojó a la señora Campiño Agudelo de una oportunidad de sobrevivir, cuando, finalmente, en la unidad de cuidados intensivos del Hospital de Caldas, falleció el día 16 de agosto de 1999 por isquemia mesentérica, shock cardiogénico, infarto agudo de miocardio y artero esclerosis. De comprobarse la responsabilidad de las entidades demandadas por la pérdida de oportunidad, la Sala procederá a tasar la respectiva liquidación de los perjuicios que se deberán indemnizar.

IV. Análisis de la Sala

10. Antes de resolver el problema jurídico planteado, la Sala considera pertinente analizar el tratamiento que se le ha dado a la pérdida de oportunidad en el derecho comparado (a) y en la jurisprudencia administrativa colombiana (b), para luego pronunciarse de fondo sobre el caso que convoca el presente litigio (c).

a. De la pérdida de oportunidad en el derecho comparado

11. La pérdida de oportunidad, figura reconocida por la jurisprudencia civil francesa³⁰ (*perte d'une chance*) e inglesa (*loss of a chance of recovery*), cuya génesis data de finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX, consagrada especialmente a asuntos judiciales³¹ y a un certamen de belleza³², en la

³⁰ Uno de los estudios más recientes y completos que consagra una génesis y desarrollo del instituto de la pérdida de oportunidad es la obra de Alice Minet, *La perte de chance en droit administratif*, LGDJ, París, 2014

³¹ Esta figura fue reconocida por primera vez por la Sala de Casación Civil francesa en el fallo calendarado el 17 de julio de 1889, en cuya ocasión analizó si una persona habría perdido la oportunidad de que sus pretensiones judiciales sean falladas a su favor a causa del error judicial cometido por un funcionario que no solo impidió la tramitación de un recurso de apelación sino que,

actualidad sigue ganando mayor importancia, en varios países³³, sistemas judiciales europeos³⁴ y tribunales de derechos humanos³⁵, lo que permite concluir que es una figura netamente de raigambre judicial.

de modo irregular, declaró nulo un proceso, con lo que menoscabó los intereses de quien estaba interesado en las resultas del litigio (Cass, req, 17 de julio de 1889, D., 1890.1485); no obstante algunos autores, como Chabas, registran su verdadera paternidad en un fallo posterior que data del 26 de mayo de 1932 (Cass., req., 26 mai, 1932, C, 1932, I, 387), cuya situación fáctica consistió en la no realización de un proyecto inmobiliario a causa de un error cometido por un notario. Cfr. CHABAS, François, "Cent ans de responsabilité civile", *Gaz, Pal*, 23-24, agosto de 2000, n.º 236-237, p. 2, n.º 84. Sobre un estudio de este caso ver: BRUN, Philippe, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 2ª ed, Litec, coll. "Manuel", 2009, nota 54, p. 120; MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, Léon, TUNC, André, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 1, 6ª ed, Montchrestien, 1965, nota 7, p. 276; VINEY, Geneviève, JOURDAIN, Patrice, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, 3ª ed., L.G.D.J., 2006, nota n.º 280, p. 91; MEDINA ALCOZ, Luis, "Hacia una Nueva Teoría General de la Causalidad en la Responsabilidad Civil Contractual (y Extracontractual): La Doctrina de la Pérdida de Oportunidad", *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguros*, 2009.

³² La doctrina inglesa cita un fallo de 1911 que trata el caso de una participante en un concurso de belleza que fue privada de obtener el premio por una falta endilgada a su organizador. La señorita Chaplin fue una de las 50 finalistas de casi 6.000 mujeres que participaron en un concurso de belleza. Dentro del proceso se previó que las candidatas que llegaran a la etapa final del certamen serían entrevistadas por el organizador del concurso para escoger 12 que serían premiadas con contratos. La señorita Chaplin no pudo asistir a la entrevista por no habersele notificado la fecha en la que tendría lugar el evento y el demandado se negó a reprogramarla. Si bien es cierto que la señorita Chaplin no formuló cargo por el reconocimiento del premio, en la medida que no era posible demostrar que de haber sido entrevistada la habrían seleccionado, alegó que de no haber mediado la conducta del organizador del concurso habría conservado intacta su oportunidad de competir. La oportunidad frustrada fue compensada no por la totalidad del valor del premio sino por el 25% del valor final del mismo: cfr. Court of Appeal (Chaplin v. Hicks), 1911-1913, ALL. ER 224. <http://www.iclr.co.uk/assets/media/iclr-annual-lecture-transcript-2009.pdf>, consultado el 20/01/2017. Sobre un estudio de este caso: MULLER, Christoph, *La perte d'une chance. Etude comparative en vue de son indemnisation en droit suisse, notamment dans la responsabilité médicale*, Université de Neuchatel, 2002, n.º 38, p. 51 ; V. *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 55, n.º 2, 2003, p. 135. En 1987, este país aceptó en el marco de la responsabilidad médica la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad a casos de errores de diagnóstico: House of Lords (Hoston v. East Berkshire Health Authority), 1987, AC 750, citado por MULLER, *ibíd.*, n.º 186, p. 141.

³³ "[L]a teoría ha circulado horizontalmente, penetrando otros muchos ordenamientos nacionales (Australia, Bélgica, Holanda, Italia, Argentina, entre otros); y verticalmente, alcanzando a organizaciones europeas e internacionales de diverso signo (Consejo y Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; Tribunal Europeo y Corte Interamericana de Derechos Humanos; Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado -UNIDROIT-; Academia de Jusprivatistas Europeos; Grupo Europeo) que, después de identificarla a través del método comparado, la han recogido o aplicado en algunos de sus instrumentos (Art. 2.7 Directiva 92/13/CE y jurisprudencia comunitaria; sentencias en materia de derechos humanos; Art. 7.4.3 Principios UNIDROIT; Art. 163 Parte General del Código Europeo de Contratos; Art. 3:106 Principios del Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil)": MEDINA ALCOZ, Luis, *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado*, Civitas, Madrid, 2007, pp. 115 y 116. En los sistemas de *common law*, la pérdida de oportunidad se ha desarrollado prioritariamente en el marco de la responsabilidad contractual, en la que se permite que el contratista sea reparado por una pérdida de beneficio debido al incumplimiento del contratante en sus obligaciones. REISS, Lydie, *Le juge et le préjudice. Etude comparée des droits français et anglais*, PUAM, coll. "Institut de droit des affaires", 2003, note n.º 323, p. 246. Sin embargo, existe resistencia en otros países para reconocer el fenómeno. En Suiza ningún tribunal cantonal o federal aplica la teoría de la pérdida de oportunidad, lo que no obsta para decir que un proyecto de ley sobre responsabilidad civil propuesto en 1999 intentó introducir la indemnización por este concepto, pero fue finalmente archivado. Así mismo, el derecho alemán no ha acogido esta noción: "[Se] busca en vano en derecho alemán la figura de la pérdida de un chance, familiar al jurista francés": SONNENBERGER, Hans Jûrgen, "Le lien de causalité dans le système juridique allemand", en *Les distorsions du lien de causalité en droit de la responsabilité*, coloquio celebrado en la Universidad de Rennes, RLDC, n.º 2007, p. 92.

³⁴ Un tribunal de la Unión Europea reconoció por primera vez la pérdida de oportunidad en 1993 a propósito de un funcionario cuya oportunidad de promoción se frustró por una evaluación tardía:

11.1. En Francia, como resultado de la influencia de la Corte de Casación Civil³⁶, es a partir del fallo *Cts Telle et Ap-HP c/ M. Guilbot* del 5 de enero 2000³⁷,

Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (TPICE), 17 de marzo de 1993, *Moat c/ Commission*, aff. T-13/92, Rec. TPICE, II, & 44, p. 287 y 299: "La clasificación con retraso de un informe de calificación en el expediente personal de un funcionario constituye un comportamiento lesivo, si el funcionario no ha contribuido notablemente a este retraso (...) Tal retraso da derecho a la reparación del perjuicio moral irrogado al funcionario cuyas posibilidades de ser promovido o trasladado a distintas plazas vacantes se vieron afectadas debido a que el informe de calificación no figuraba en su expediente personal en el momento de examinarse su candidatura".

Luego siguieron los siguientes pronunciamientos: i) TPICE, 5 de octubre del 2004, *Sanders et a c/ Commission*, aff. T-45/01, Rec. TPICE, II, & 151, p. 3371. La Comisión Europea rechazó ilegalmente el reclutamiento de agentes temporales en el seno de una empresa de la comunidad europea cuyo objeto era el desarrollo de la energía nuclear. El Tribunal condenó al demandado en aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad e hizo uso para su tasación de diversos criterios como lo son la progresión media de las remuneraciones, las posibilidades de ascenso, montos de impuestos, entre otros. ii) CJCE, 21 de febrero del 2008, *Commission c/ Girardot*, aff. C-348/06, Rec, I, p. 833. El Tribunal aceptó la pérdida de oportunidad en el terreno específico del contencioso de la función pública y el cual constituye a la luz del artículo 270 TFUE un daño indemnizable real y cierto. Asimismo, aceptó que tal daño tiene carácter material. Se trataba de una trabajadora contratada como agente temporal, que fue excluida de un concurso por falta de cumplimiento de los requisitos. Con posterioridad la recurrente se presentó a varios puestos en la misma institución, de cuyos procedimientos de selección fue excluida por no formar parte del personal estatutario. El Tribunal consideró que se había privado injustificadamente a la recurrente de una oportunidad seria de haber obtenido uno de los referidos puestos de trabajo. Afirmó lo siguiente: "no cabe considerar como indudable que, al cabo de la primera fase del procedimiento de provisión de vacantes que prevé el artículo 29, apartado 1 del Estatuto, la Comisión (...) habría seleccionado alguna de las candidaturas de la Sra. Girardot ni, por consiguiente, que esta última tuviera todas las posibilidades de que se le atribuyera un contrato de agente temporal (...) Cabe considerar, sin embargo, que la Sra. Girardot tenía, en cualquier caso, una oportunidad seria al respecto, de la que se vio privada en razón del rechazo de sus diversas candidaturas por parte de la Comisión". A propósito de estos fallos se puede consultar: MATHIEU, Stéphanie, *Contentieux de l'Union Européenne. Questions choisies*, Larcier, Bruxelles, 2014; FAGNART, Jean-Luc, *Liber Amicorum*, Bruylant, Bruxelles, 2008. Igualmente, se ha aplicado la pérdida de oportunidad a casos de responsabilidad contractual: TPICE, 25 de abril de 2008, *Vakakis International c/ Commission*, aff. T-41/08, Rec. TPICE, II, & 67, p. 66.

³⁵ La Corte Europea de Derechos Humanos ha exigido la existencia de un vínculo de causalidad entre la violación de un derecho estipulado en la Convención y la demostración del daño. A propósito de un caso de violación del derecho a un juicio justo previsto en el artículo 6-1 de la Convención, se declaró la responsabilidad estatal y se reconoció que el recurrente tenía derecho a una solución justa: "la sola base a retener para el reconocimiento de una satisfacción justa reside (...) en el hecho de que el recurrente no pudo acceder a las garantías previstas por el artículo 6" y aunque "en absoluto no se podría especular sobre la solución del pleito (...) no es irracional pensar que el interesado sufrió una pérdida de oportunidades" (traducción libre): CEDH, 12 de febrero, 1985, *Colozza c/ Italie*, n.º 9024/80, Rec. CEDH, Serie A, n.º 89, esp. & 38. Ver otros pronunciamientos: CEDH, 19 de diciembre, 1990, *Delta c/France*, n.º 11444/85, Rec. CEDH, Serie A, n.º 191-A, esp. & 43; 25 de marzo de 1999, *Pélissier et Sassi c/ France*, n.º 25444/94, Rec. CEDH, 1999-II, p. 279, esp. & 80; 27 de mayo del 2003, *Crisan c/ Roumanie*, n.º 42930/98, esp. & 36; 6 de octubre del 2011, *Staszko c/ France*, n.º 52124/08, esp. & 54; 17 de abril del 2012, *Mélis c/ Grece*, n.º 30604/07, esp. & 20.

³⁶ El reconocimiento de la pérdida de oportunidad como daño autónomo e indemnizado proporcionalmente se produjo por la Corte de Casación Civil francesa en un fallo del 24 de junio de 1902 en un proceso en contra de un notario que, por su culpa, había impedido a su cliente recobrar la integralidad de un crédito. La Corte condenó al notario a una parte de la pérdida, ya que no se demostró que el crédito se hubiere reintegrado completamente, aun si el notario no hubiera incurrido en la falla (Cass., Appl., 24 de junio de 1902, D., 1902. 1.424). Más tarde, en 1975 aportó una definición: "el elemento del daño constituido por la pérdida de oportunidad puede presentar en sí mismo un carácter directo y cierto cada vez que se constata la eliminación (...) de la probabilidad de un evento favorable, incluso si la realización de la ganancia no reviste de certeza alguna": Corte de Casación, 18 de marzo de 1975, n.º 74-92.118, *Bulletin des arrêts de la chambre criminelle*, n.º 79, p. 223.

³⁷ En el derecho administrativo francés existen antecedentes más remotos de reconocimiento de pérdida de oportunidad, es así como en un fallo de 1928 que trató el caso de un funcionario que

consolidado por el fallo *Centre Hospitalier de Vienne* del 21 de diciembre de 2007³⁸ del Consejo de Estado francés, que se origina un importante avance en la jurisprudencia administrativa a propósito de la teoría de la pérdida de oportunidad; allí se afirmó que el truncamiento de una posibilidad de recibir un beneficio o evitar una pérdida puede ser considerado, a petición de parte o de oficio³⁹, un daño autónomo indemnizable de modo proporcional al perjuicio que representaba dicha pérdida -*tertium genus*-, con lo que se abandonó el criterio de reparar únicamente el perjuicio final⁴⁰. En efecto, es en el año 2000 cuando el Consejo de Estado francés declaró, por primera vez, en un caso de un paciente víctima de la realización de un procedimiento quirúrgico riesgoso, del cual no recibió alguna información, que sufrió un daño que resultó “de la pérdida de oportunidad de sustraerse al riesgo que finalmente se realizó” y cuya indemnización “se fijó en

fue privado de una ventaja de promoción en la carrera administrativa porque no fue inscrito como candidato por no ser titular de un certificado de conocimientos en idiomas. El Consejo de Estado consideró que se interpretó indebidamente el texto de convocatoria y se le truncó una oportunidad de ascenso. CE, 3 de agosto de 1928, *Sieur Bacon c/ Gouverneur général de l'Indochine*, Rec, p. 1035. Si bien es cierto que la consagración expresa de la pérdida de oportunidad se suscitó con este fallo, los antecedentes fundadores son el fallo *Sieur Rodiere* (CE, 26 de diciembre de 1925, Rec, p.1065; RDP, 1926, p.32) y *Sieur Guyon* (CE, 22 de abril de 1921, Rec, p. 388).

Si bien en un principio se aplicó la pérdida de oportunidad a casos específicos de función pública, es a comienzos de 1960 que dicha figura se introdujo en materia de responsabilidad médica. En 1964 se declaró la responsabilidad del hospital de Voiron que por error médico privó de una oportunidad a un paciente de evitar una amputación de una de sus extremidades inferiores, de tal modo que el perjuicio pudo ser evitado si se hubiere producido un tratamiento adecuado. CE, 24 de abril de 1964, *Hopital-Hospice de Voiron*, Rec, p. 259.

Igualmente, la Corte de Casación Civil francesa en 1965 profirió un fallo a propósito de la oportunidad de cura de un paciente: Cass., civ, 1ere, 14 de diciembre de 1965, n.º 64-13.851, *Bull. civ, I*, p. 541, n.º 707. Asimismo, la Sala de Casación Civil ha extendido el campo de aplicación de la pérdida de oportunidad a casos de consentimiento informado (Cass, civ, 1ere, 7 de febrero de 1990, n.º 88-14.797, *Bull. civ, I*, p. 30, n.º 39) y el Consejo de Estado, siguiendo esa línea jurisprudencial, hizo lo propio más tarde (C.E., 5 de enero del 2000, *Cts Telle et AP-HP c/ M. Guilbot*). También la pérdida de oportunidad se extendió en la jurisdicción administrativa a casos judiciales por rechazó indebido de una demanda. CE, 18 de noviembre de 1960, *Sieur Caladou*, Rec, p. 638.

³⁸ "En el caso donde la falta cometida durante el tratamiento de un paciente en un establecimiento público hospitalario comprometa las posibilidades de obtener una mejora de su estado de salud o de escapar de la agravación, el perjuicio resultante directamente de la falla cometida por el establecimiento y que debe ser reparado completamente no es el daño corporal encontrado, sino la pérdida de la oportunidad de evitar que el daño haya sucedido; reparación que es de la responsabilidad del hospital y debe ser evaluada como una fracción de la lesión determinada por la magnitud de la pérdida de oportunidad": C.E., 21 de diciembre de 2007, *Centre hospitalier de Vienne*, Rec, p. 546; *AJDA*, 2008, p. 135, chron. J Boucher et B. Bourgeois-Machureau -traducción libre-.

³⁹ El Consejo de Estado francés ha reprochado a los jueces de instancia cuando de oficio no se pronuncian sobre la pérdida de oportunidad. Entre los fallos más relevantes: 10 de noviembre de 1999, *Allain*, n.º 194184; 10 de noviembre de 1999, *Kerleguer*, n.º 195355; 10 de mayo de 2006, *Sebert*, Rec, tables, p.930 ; 13 de julio de 2010, *Mme Scaccia*, n.º 320853; 20 de marzo de 2013, *Mine V*, n.º 350608.

⁴⁰ CE, 6 de abril de 1973, *Min. de l'Education nationale c/ Delle Andrieu*, Rec., p. 287. En este caso se indemnizó a un funcionario en provisionalidad que fue ilegalmente privado de ingresar a la carrera administrativa. Se ordenó que se pagara la indemnización sobre la base de la diferencia de las remuneraciones que habría percibido y las que el efectivamente percibió durante el régimen provisional. En materia médica consultar: CE, 10 de octubre de 1980, *Hopital-Hospice de Chatillon-sur-Seine*, n.º 06471. En esta decisión se condenó a la entidad a reparar las consecuencias de la muerte del paciente, después de haberse constatado que fue la mora en la atención la que le privó de la oportunidad de ser reanimado.

una fracción de los diferentes rubros del perjuicio sufrido”⁴¹.

11.2. La postura reiterada⁴² en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés es la de emplear la regla de la reparación proporcional en materia de responsabilidad médica para indemnizar la esperanza frustrada, cuyo porcentaje se reconoce no sólo a la víctima directa sino también a su núcleo familiar cercano y, en caso de muerte de la víctima, los perjuicios materiales e inmateriales se transmiten y se reconocen proporcionalmente en función de la oportunidad perdida a sus familiares⁴³.

11.3. Después del año 2007, la reparación proporcional de la pérdida de oportunidad en materia médica se extendió al campo de la función pública y cuyo fallo más emblemático es el caso *Lafforgue* del 11 de marzo de 2009⁴⁴. En este caso, el Estado fue condenado por haber privado de un ascenso a un empleado en razón a la incorrecta aplicación de una norma. Es preciso aclarar que la reparación proporcional de la pérdida de oportunidad no ha sido empleada en todos los ámbitos de la responsabilidad estatal como, por ejemplo, en materia contractual, donde aún se sigue aplicando la regla del “todo o nada”⁴⁵ y cuya indemnización se calcula en función del beneficio neto que el contratista habría obtenido de la adjudicación del contrato⁴⁶. De esta manera, se puede afirmar que coexiste una dualidad de modos de reparación: una, del “todo o nada”, predominante en materia contractual; y otra, proporcional, aplicable a supuestos de responsabilidad en casos de pérdida de oportunidad. De hecho, por ejemplo, en la lógica del “todo o nada” es necesario el vínculo causal existente entre el hecho dañoso y el perjuicio final, mientras que en la proporcional, aplicada al ámbito médico-asistencial, función pública o casos de administración de justicia, la pérdida de oportunidad se erige como un daño autónomo -diferente del final-, es decir, no se repara el perjuicio final padecido por la víctima sino la proporción del despojo de probabilidades.

11.4. La doctrina francesa define a la pérdida de oportunidad como “un perjuicio

⁴¹ C.E, 5 de enero de 2000, *Cts. Tella et AP-HP c/M. Guilbot*, rec, p. 5. Concl. D. Chauvaux ; AJDA, 2000, p. 137.

⁴² CE, 25 de marzo de 2009, *Centre hospitalier de Versailles*, n° 313231; CE, 26 de mayo de 2010, *M. et Mme Pradeau*, Rec. tables, p. 976.

⁴³ CE, 21 de marzo de 2008, *Centre hospitalier universitaire de Bordeaux*, Rec tables, p. 924.

⁴⁴ CE, 11 de marzo de 2009, *Lafforgue*, Rec. tables, p. 923.

⁴⁵ Corte Administrativa de Instancia de Paris, 23 de junio de 2011, *Conseil supérieur de l’audiovisuel c/Soc. Vortex*, n.° 09PA05578.

⁴⁶ CE, 8 de febrero de 2010, *Cne de La Rochelle*, Rec., p. 14; AJDA, 2010, p. 240, obs. J.-M. Pastor.

actual acreditado por el hecho de la desaparición de un chance”⁴⁷; “una variedad de perjuicio consistente en la pérdida cierta de una posibilidad de realización de un evento deseado”⁴⁸, o un “perjuicio cierto (...) susceptible de ser objeto de una indemnización, cuando la perspectiva de realización probable de un acontecimiento, que habría beneficiado al recurrente por su favorabilidad, desaparece por razones que le son exteriores”⁴⁹⁻⁵⁰.

11.5. Por lo anterior, la oportunidad que se pierde es la consecuencia del hecho o conducta de un tercero que ha cercenado un interés jurídico representado en una expectativa legítima⁵¹ de poder alcanzar un beneficio, de obtener una ganancia o de evitar una pérdida, y que si bien existe incertidumbre de saber si el beneficio se habría producido o el perjuicio se habría evitado, existe certeza en que se ha cercenado de modo definitivo un interés legítimo, lo que da acceso al débito resarcitorio.

b. De la pérdida de la oportunidad en la jurisprudencia administrativa colombiana

12. La jurisprudencia administrativa en Colombia ha oscilado entre diferentes posturas que admiten tanto la aplicación de una teoría jurídica de la pérdida de

⁴⁷ DEGUERGUE, Maryse, "La perte de chance en droit administratif", in *L'égalité des chances. Analyses, évolutions, perspectives*, dir. G. Koubi y G-J Guglielmi, La Découverte, 2000, p.198.

⁴⁸ ROUQUETTE, Rémi, *Dictionnaire du droit administratif*, Le Moniteur, 2002, p. 129.

⁴⁹ CORMIER, Christine, *Le préjudice en droit administratif français. Etude sur la responsabilité extracontractuelle des personnes publiques*, LGDJ, coll, Bibliothèque de droit public, t. 228, 2002, p. 187. El español Medina Alcoz define la pérdida de oportunidad, así: “La palabra francesa chance, en singular, significa posibilidad o probabilidad, la manera favorable o desfavorable en que se desarrolla un determinado acontecimiento, pero en una segunda aceptación, significa suerte, fortuna, ocasión, oportunidad, posibilidad o probabilidad favorable. El lenguaje jurídico ha tomado este segundo sentido, concretamente en el ámbito del Derecho de la responsabilidad civil, para hacer referencia a un discutible -pero ampliamente admitido- concepto dañoso consistente en la pérdida de una ocasión favorable, de una posible ventaja o beneficio, de un concreto resultado apetecido y esperado. Pérdida de chance es, pues, la pérdida de la oportunidad de obtener algún tipo de provecho o utilidad”: MEDINA ALCOZ, Luis, *La teoría de la pérdida de una oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derechos de daños públicos y privado*, Thomson y Civitas, Navarra, 2007, p. 61.

⁵⁰ En el proyecto de reforma del Código Civil Francés, en relación con el derecho de las obligaciones y del derecho de la prescripción elaborado por Pierre Catala en 2005, se introdujo la siguiente definición: “la pérdida de una oportunidad constituye un perjuicio reparable distinto de la ventaja que se habría procurado esta oportunidad si se hubiere realizado” (traducción libre). CATALA, Pierre, Rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations (articles 1101 a 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (articles 2234 a 2281 du Code civil), Min. de la Justice, Doc. Fr., 2005, p. 174. Cfr. <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/054000622/>, (01/23/2017).

⁵¹ Zannoni afirma que esta modalidad de daño “lesiona un interés y, por ende, priva al sujeto de esa facultad de actuar, que aunque no constituyera el sustento de un derecho subjetivo, era una facultad que ciertamente, integraba la esfera de su actuar lícito -el acere licere, es decir de su actuar no reprobado por el derecho. La lesión de ese interés -cualquiera sea éste- produce en concreto un perjuicio”: ZANNONI, Eduardo, *El daño en la responsabilidad civil*, Asstrea de Alfredo y Ricardo de Palma S.R.L, 2ª edición actualizada y ampliada, Astrea, 1987, p. 36.

oportunidad en el derecho de daños -posición mayoritaria-, como aquellas que la rechazan de plano y, por ende, niegan la posibilidad de que ante supuestos donde se presentan oportunidades cercenadas surja el débito resarcitorio -posición minoritaria y en desuso-. Al margen de esta tensión, la Sección Tercera del Consejo de Estado⁵² se ha inclinado a declarar, después de haber abandonado la teoría del “todo o nada”, la responsabilidad del Estado cuando existe una probabilidad, seria, cierta y razonable de que el daño no se hubiera concretado de haberse presentado la conducta correspondiente.

12.1. Si bien la posición mayoritaria -que se puede denominar moderada- acepta que no se debe exonerar de responsabilidad al agente -probablemente dañoso- por las dificultades de orden probatorio, también está de acuerdo en que no se le puede imponer el débito resarcitorio de la totalidad del daño que pudo muy probablemente no haber causado; no obstante, subsisten serias diferencias respecto a la manera como se debe solventar el problema causal, lo que repercute directamente en la tasación de la indemnización⁵³. Así, en unas ocasiones la

⁵² Aquí no se abordará la pérdida de oportunidad aplicada a casos de responsabilidad precontractual y contractual del Estado, ya que por tener unas connotaciones y dificultades merece un tratamiento y atención diferente: “La responsabilidad por la actividad contractual relacionada con la no adjudicación o adjudicación indebida de un contrato ha merecido de la jurisprudencia y de la doctrina distintas posturas, no siempre decididas y, por el contrario, casi siempre oscilantes, dubitativas y en muchas ocasiones regresivas. En el presente artículo, se hace un rastreo sobre la jurisprudencial del máximo tribunal de lo contencioso administrativo, el Consejo de Estado, al respecto, para identificar tres posturas básicas sobre el tema, con períodos también exactos. La primera posición jurisprudencial data de 1988. Reconoce una indemnización del ciento por ciento de la utilidad esperada con la consecuente indemnización por el daño emergente. La segunda posición fue adoptada en 1999 y determina que la indemnización ya no corresponde al ciento por ciento de la utilidad esperada. La tercera posición es del año 2002, en ella, el Consejo de Estado vuelve a la posición inicial de reconocer la indemnización por el ciento por ciento de la utilidad esperada” (RICO PUERTA, Luis Alonso, “Responsabilidad por la actividad contractual estatal derivada de la no adjudicación de un contrato o de su adjudicación indebida. Evolución jurisprudencia”, *Revista Opinión Jurídica*, V. 6, n.º 11, 11 Medellín, 2007. En algunos ejemplos relativamente recientes se observa que la pérdida de oportunidad en materia contractual oscila entre diferentes posturas: en unos eventos, en asuntos precontractuales, donde ilegalmente se declaró desierto un proceso de selección de contratista, se precisó que el proponente perdió la oportunidad injustificadamente de la adjudicación del contrato y se condenó por daño emergente: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 3 de mayo de 2013, rad. 23734, M.P. Danilo Rojas Betancourth. En otro de similares características, se indemnizó de modo proporcional el lucro del que se lo privó al proponente. V. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de octubre de 2012, rad. 22760, M.P. Olga Mélida Valle de De la Hoz. Finalmente, en otro, donde se declaró la caducidad ilegal de un contrato, que le impidió al contratista contratar con el Estado por un determinado tiempo, se indemnizó por la totalidad del lucro cesante. V. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de julio de 2013, rad. 24464, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

⁵³ “En general en los procedimientos judiciales de responsabilidad civil constituye un elemento fundamental, no solo la clara determinación de la cuantía que se reclama, que obviamente también, sino sobre todo sistematizar los criterios que permitan establecer la cuantía más ajustada al caso. Dicha sistematización permitiría crear un marco de adecuada seguridad jurídica y con ello reducir los gastos de transacción (...) Del análisis de la jurisprudencia vigente resulta que, a día de hoy, constituye aún un importante reto establecer, o mejor dicho, sistematizar criterios para poder cuantificar de forma equitativa y justa los supuestos de pérdida de oportunidad. De lo contrario y en la situación actual, nos podemos encontrar que en función del juez (...) reconozcan en casos

pérdida de oportunidad se indemniza como un rubro independiente y acompañado del reconocimiento de perjuicio moral; en otras, únicamente en el perjuicio moral, y finalmente, en otras, se reconoce proporcionalmente respecto del daño final, incluyendo daño emergente, lucro cesante y perjuicio moral.

12.2. Así las cosas, existen dos variantes jurisprudenciales que han sido adoptadas por la posición mayoritaria de la Sección Tercera del Consejo de Estado y replicadas por la doctrina⁵⁴: la primera, con fundamento en la causalidad probabilística⁵⁵, afirma que la responsabilidad es proporcional en función de la probabilidad de la causa, esto es, que se imputa al actor una fracción o porcentaje del perjuicio final, en virtud de la posibilidad de que con su conducta haya incidido en la producción del daño⁵⁶ **-teoría relacionada con la imputación**; la segunda, considera que la pérdida de oportunidad representa un fundamento de daño, cuya reparación se efectúa no en función de la probabilidad de existencia del vínculo de causalidad entre el hecho dañoso y el daño final, sino en función de la frustración de la expectativa legítima **-teoría relacionada con el daño-**.

parecidos una indemnización sustancialmente diferente”: SAIGÍ-ULLASTRE, AAVV, “Cuantificación de la Pérdida de Oportunidad en Responsabilidad Profesional Médica”, *Revista Española de Medicina Legal*, Órgano de la Asociación Nacional de Médicos Forenses, vol. 39, 2013, p. 158.

⁵⁴ Medina Alcoz ha descrito las posturas existentes en la materia, así: “Al fundamentarse el derecho de daños en la existencia de una causalidad real e indivisible, la doctrina de la oportunidad perdida constituye una afrenta a la causalidad (...), pues entra en juego justamente, cuando no concurre el nexo etiológico natural entre el hecho ilícito y la pérdida de la ventaja. Por eso hay una teoría que partiendo de la concepción general de la causalidad, niega la corrección técnica de la doctrina de la oportunidad perdida (teoría del “todo o nada” o de la identificación total); y otras que, para justificarla, rechazan total o parcialmente la regla de la indivisibilidad causal (teoría de la causalidad probabilística o de la identificación parcial), o, la evitan conceptuando la chance como un bien en sí mismo cuya pérdida produce un daño de carácter emergente (teoría ontológica o autonomista)” -se subraya-: MEDINA ALCOZ, *La Teoría de la Pérdida de Oportunidad, Estudio Doctrinal y Jurisprudencial de Derecho de Daños Público y Privado*, 2007, p. 246 y 247.

⁵⁵ La causalidad probabilística recurre a elementos de la teoría de probabilidades para enlazar la relación entre la causa y su efecto: “Atrás ha quedado aquella vieja concepción que exigía certeza absoluta para tener por acreditado el nexo de causalidad entre la conducta del encartado y el evento lesivo. Según sus cultores, el presupuesto causal sólo se tenía por probado, si en la indagación retrospectiva de los hechos que efectuaba el intérprete (vía hipotética), surgía de manera irrefutable que el comportamiento del agente era la causa del menoscabo. No vamos a explayarnos aquí sobre los argumentos que esbozaban quienes defendían a ultranza esta tesis radical del “todo o nada”; dado que éstos han caído en desuso y, salvo contadas excepciones, asistimos a la consolidación de una nueva forma de apreciar el fenómeno causal, con importantes aportes interdisciplinarios y, por sobre todo, reconociendo una cierta dosis de incertidumbre, azar o aleatoriedad; a punto tal que hoy se habla, sin añadiduras, de causa probabilística (...) Queda claro que la certeza absoluta, como criterio de apreciación valorativo de la causalidad, ciñó en aras de la probabilidad. La causalidad se rediseñó, entonces, en términos de probabilidad. Por tanto, el juez puede fundar su decisión sobre los hechos que, aun sin estar establecidos de manera irrefutable, aparecen como más verosímiles; es decir, que presentan un grado de probabilidad predominante, suficiente, alta, cualificada, etcétera”. PREVOT, Juan Manuel, “El problema de la relación de causalidad en el derecho de la responsabilidad civil”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 15, p. 167.

⁵⁶ La doctrina francesa denomina a esta postura la falsa teoría de la pérdida de oportunidad ya que es difícil aceptar la declaratoria de la responsabilidad proporcional en función de la probabilidad de la causa. QUEZEL-AMBRUNAZ, Christophe, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Dalloz, Paris 2010, n.º 191.

12.3. Por no existir consenso unificado en cuanto al alcance de la pérdida de oportunidad, la Sala considera pertinente, desde un punto de vista meramente descriptivo, presentar las diferencias que subsisten al respecto en la Sección Tercera de esta Corporación. Por tanto, se revisará estas dos posturas jurisprudenciales (13-14), los elementos de configuración (15) y los supuestos de responsabilidad en la pérdida de oportunidad (16).

13. La pérdida de oportunidad: criterio alternativo de imputación basado en la causalidad probabilística

13.1. La teoría jurídica de la pérdida de oportunidad ha sido aplicada bajo esta postura para superar las dificultades probatorias de la relación causal entre la conducta del accionado y el daño final; dicho de otro modo, es un instrumento de facilitación probatoria aplicada a casos donde establecer la certeza del vínculo causal resulta una tarea imposible de alcanzar y, por ende, se imputa al actor de la conducta, el incremento de la probabilidad de haber ocasionado el daño -muerte, afectación a la integridad física o psíquica, etc.-, bajo el presupuesto de la causalidad probabilística⁵⁷.

13.2. En efecto, el nacimiento de esta postura en Consejo de Estado se originó en el salvamento de voto formulado por el consejero Gil Botero a la sentencia del 1º de octubre de 2008⁵⁸, en donde se declaró la responsabilidad de un hospital público por pérdida de oportunidad, al no contar con bolsas de sangre para

⁵⁷ Dentro de la doctrina hay autores que acompañan este enfoque, entre los cuales figura Luna Yerga, quien sostiene: “frente al problema de la incerteza causal (Uncertainty over Causation), los Tribunales han seguido tres aproximaciones diferentes: (...) 3. Recientemente, acuden a la doctrina de la pérdida de oportunidad (Loss of Chance Doctrine, Perte de Chance)”. // La doctrina de la pérdida de oportunidad es un instrumento de facilitación probatoria de creación jurisprudencial (...) [es] (...) una teoría de causalidad probabilística (Probabilistic Causation), conforme a la cual, en los casos de incerteza causal mencionados, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación o de supervivencia, consideradas a la luz de la ciencia médica, que deben ser indemnizadas. (...): LUNA Yerga, Álvaro “Oportunidades Perdidas”, en *Revista para el análisis del Derecho* INDRET, mayo de 2005, n.º 288, pp. 3-4. En la doctrina colombiana existen autores como Luis Carlos Plata Prince quien considera que la postura que mejor resuelve las problemáticas que presenta la teoría de la pérdida de oportunidad, de manera adecuada y coherente, es aquella que pretende introducir, para esa clase de situaciones, la aplicación de una causalidad probabilística que no reemplaza del todo la causalidad tradicional fundamentada en la regla del “todo o nada”. V. PLATA PRINCE, Luis Carlos, *La naturaleza de la pérdida de oportunidad y su teoría jurídica en el derecho de daños*, Universidad Externado de Colombia, Maestría en Responsabilidad Contractual y Extracontractual, Civil y del Estado, 2016.

⁵⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 1º de octubre de 2008, rad. 17001, M.P. Myriam Guerrero de Escobar. Gil Botero afirma: “La pérdida de la oportunidad no puede ser analizada desde la perspectiva del daño, puesto que no constituye un daño autónomo (las oportunidades restadas), sino que constituye un elemento para aligerar el curso causal”: GIL BOTERO, Enrique, *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, Editorial Ibáñez, Bogotá, 4ª edición, 2010, p. 503.

trasfundir a una paciente que sufría de una atonía uterina. La Sala condenó al cien (100%) por ciento de las pretensiones formuladas en la demanda, razón que motivó el salvamento en estos términos:

En el asunto concreto, desde mi perspectiva, la Sala se enfrentaba con un problema de certeza en relación con la determinación y amplitud exacta del nexo causal que servía de base para determinar la imputación fáctica, en el caso concreto. En otras palabras, así como no se podía aseverar con absoluta certeza que el daño se produjo a partir de las condiciones especiales de la paciente (mujer con múltiples partos previos que incrementaban la posibilidad de sufrir hemorragia uterina), tampoco era posible afirmar lo propio frente a la falta de sangre en el laboratorio del hospital, motivo por el cual se enfrentaba la Sala a un problema causal que debió ser solucionado a partir de los elementos de juicio que han sido puestos a consideración por la doctrina y jurisprudencia extranjera que, sobre el particular, han dado pasos ilustrativos que permiten orientar los esfuerzos en procura de solucionar incertidumbres aparentes como la de la pérdida de la oportunidad del paciente, es decir, la falta de concreción de un curso causal virtual que en términos de probabilidad hubiera podido impedir el resultado. En mi criterio, en tratándose de la pérdida de la oportunidad en materia médico - sanitaria, se deben precisar algunos aspectos sobre el tema, a efectos de garantizar su correcta aplicación. Tales precisiones son las siguientes:

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

b) La figura sólo tiene aplicación en aquellas situaciones en que existe duda o incertidumbre en el nexo causal, de tal forma que el grado de probabilidad oscile en un margen entre el 1% y el 99% de que un daño sea el producto de una causa específica (v.gr. la falta de existencia de bolsas de sangre que permitieran realizar una transfusión de emergencia). Si el juez no tiene inquietudes frente al nexo causal que sirve de soporte a la imputación fáctica y jurídica del resultado, no existe razón o justificación para hablar de pérdida de oportunidad, por cuanto como tal no se presentó tal circunstancia, sino que, lo que acaeció es una de dos hipótesis: i) que materialmente no se puede atribuir el resultado en un 100%, en cuyo caso habrá que absolver al demandado o, ii) que material y jurídicamente se atribuya el resultado al demandado de manera plena, en cuyo caso la imputación no estará basada en la probabilidad sino en la certeza, por ende, el daño será en un 100% endilgable a la conducta estatal. De otra parte, la oportunidad perdida debe revestir tal magnitud que ofrezca verdaderos motivos acerca de la posibilidad de recuperación o supervivencia de la persona; en otros términos, la pérdida de la oportunidad no puede servir en todos los casos.

c) En aquellos eventos en los cuales no exista prueba de la causalidad que materializa la imputación fáctica, no es posible hacer referencia a la figura de la pérdida de la oportunidad y, por lo tanto, habrá que absolver al demandado. En otros términos, si bien la pérdida de la oportunidad ayuda a solucionar problemas relativos a la dificultad para delimitar la amplitud o estrechez del nexo causal, lo cierto es que debe existir al menos prueba del vínculo existente entre la conducta activa u omisiva y

el resultado, así como la acreditación de que se privó al actor de una oportunidad de recuperación.

d) Como quiera que el análisis de la pérdida de la oportunidad, entendida como el instrumento para definir un curso de acontecimientos probable, se efectúa en la instancia del estudio del nexo causal -como presupuesto de la imputación fáctica u objetiva del daño-, la función del operador judicial en estos eventos, es la de apoyarse en las pruebas científicas y técnicas aportadas al proceso para aproximarse al porcentaje de probabilidad sobre el cual se debe establecer el grado de la pérdida de la oportunidad de recuperación y, consecuentemente, el impacto de tal valor en el monto a indemnizar, pues que como ya se analizó, el perjuicio no puede ser total ante la falta de certeza. Así las cosas, y dada la dificultad de determinar la cuantificación del perjuicio cuando se trata de una pérdida de oportunidad, para la Sala es claro que la valoración del mismo, dependerá de las circunstancias especiales que rodeen cada caso en concreto, teniendo en cuenta siempre las perspectivas que a futuro se tengan en relación con la obtención del beneficio, para lo cual se deberá emplear, en lo posible, los datos proporcionados por la estadística y observando siempre que lo indemnizable es la desventaja de no obtener un beneficio y no el daño mismo, se itera este aspecto que es fundamental, para efectos de cuantificación del perjuicio como tal. De otro lado, ante la ausencia de elementos y criterios técnicos o científicos en la determinación del porcentaje que representa la oportunidad perdida frente al daño padecido, el juez deberá recurrir a la equidad, en los términos del artículo 16 de la ley 446 de 1998, para sopesar los medios de convicción que obren en el proceso y, a partir de allí, establecer el valor aproximado a que asciende el costo de aquélla, valor éste que servirá para adoptar la liquidación de perjuicios correspondiente.

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

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

13.3. Posteriormente, en otro fallo, el mismo Consejero sostuvo que la pérdida de oportunidad es un instrumento que permite demostrar la existencia del nexo causal entre el hecho dañoso y el daño final⁵⁹:

⁵⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 24 de octubre de 2013, rad. 25869, M.P. Enrique Gil Botero. Igualmente se puede consultar esta postura en la sentencia de la Subsección C del 8 de abril del 2014, rad. 29809, M.P. Enrique Gil Botero: "Como quedó expuesto en el acápite anterior, la institución de la pérdida de oportunidad debe tener en consideración una dificultad intrínseca, que le es inherente a su naturaleza, esto es, la cuantificación del perjuicio, ya que en la mayoría de los casos no existe una forma de determinar con precisión cuáles eran las probabilidades que se tenían de evitar el daño o de obtener una ganancia. No obstante lo anterior, la forma más adecuada de hacer una aproximación a ese porcentaje de pérdida, es el análisis de las circunstancias fácticas presentadas y avaladas por el acervo probatorio, asimismo, los datos que la estadística pueda proporcionar en relación con la pérdida de la oportunidad. De forma

Se hace énfasis en que uno de los elementos definitivos, de la esencia del concepto de pérdida de oportunidad es un grado de incertidumbre razonable, que no posibilita concluir con precisión científica, pero que si permite razonar que ante la inexistencia de la conducta negligente, el paciente habría conservado unas probabilidades serias de recuperación (...) [Es entonces un] factor de imputación o instrumento de facilitación probatoria: de acuerdo con este enfoque, la pérdida de oportunidad tiene aplicación cuando no fue posible demostrar un nexo causal directo entre una falla del servicio médico y el daño final que sufrió el paciente, sin embargo, existía una probabilidad significativa de que el resultado dañoso no se hubiera presentado de haber mediado una atención médica oportuna y adecuada (...). Este enfoque busca dar una garantía de reparación a la víctima quien se encuentra en una posición de dificultad probatoria, en especial en los eventos médicos, al carecer de los conocimientos de la ciencia médica para demostrar que la negligencia ha sido la causa del daño. -se subraya-

13.4. En este orden, la diferencia de esta postura frente a otros casos de responsabilidad civil extracontractual del Estado donde se acredita el vínculo causal entre la falla y el resultado final, es que ante la incerteza de que la conducta negligente fue la causa del daño final, la pérdida de oportunidad figura como una *técnica de facilitación probatoria* que interviene como criterio alternativo de imputación del daño final en el porcentaje de probabilidades ciertas. Al respecto, Medina Alcoz afirma:

Es, pues, un remedio con que auxiliar a la víctima que está materialmente incapacitada para demostrar la causalidad en hipótesis en que no puede descartarse con toda certeza que el agente no propició el menoscabo. (...) El único daño que, en su caso, puede ser indemnizado es el perjuicio final, es decir, la pérdida de la ventaja apetecida. (...) Ahora bien, mientras que la teoría de la identificación total afirma o niega enteramente la relación de causalidad entre el hecho ilícito y el perjuicio final, según que la probabilidad causal supere o no el umbral de certeza, la otra parecía causalidades parciales en la medida de su probabilidad. Según ésta, la regla de responsabilidad probabilística contenida en la doctrina de la chance constituye un sistema alternativo de imputación que, en hipótesis de incertidumbre causal estricta, afirma causalidades parciales o probabilísticas para reconocer indemnizaciones que computan la posibilidad de que el agente dañoso no fuera autor material del menoscabo (...) De modo que los jueces están llamados a fijar certidumbres razonables (relativas) y no metafísicas (absolutas) (...) ⁶⁰ -se subraya-

subsidiaria, el juez deberá valerse de la equidad y el principio de reparación integral como lo ordena el artículo 16 de la ley 446 de 1998. // En consideración a que la pérdida de oportunidad permite hacer una proyección porcentual del daño, la indemnización de todos los perjuicios reconocidos por la ley y la jurisprudencia se tasarán en función de la probabilidad perdida, que para efectos prácticos y de indemnización, es el mismo criterio usado cuando concurren culpas en un daño antijurídico”.

⁶⁰ MEDINA ALCOZ, Luis, *op.cit.*, pp. 413 y 414.

13.5. Según esta teoría, en cuanto al monto de la indemnización, opera en función de la porción de la oportunidad pérdida comparada con la ventaja pretendida. En palabras de Medina Alcoz:

Sentado el límite, para concretar la indemnización, la inmensa mayoría de los especialistas que se han ocupado del tema señalan que hay que proyectar el nivel de probabilidad de que la víctima hubiera obtenido la ventaja apetecida sobre el valor del daño final. Se adopta como parámetro de referencia el valor económico de la utilidad pretendida y, a tal efecto, se fija el quantum mediante un coeficiente de reducción que depende del grado de probabilidad con que se contaba para obtener la ventaja, si no se hubiera privado al sujeto considerado de la oportunidad de que gozaba. Así pues, indemnizar la oportunidad perdida no es más que restar de la estimación pecuniaria del daño final el margen de incertidumbre respecto a su enlace causal con la conducta del agente dañoso. Por eso se dice que 'la incertidumbre del resultado se refleja en el valor económico de la posibilidad perdida'. La doctrina de la pérdida de oportunidad es, pues, esencialmente, un cálculo de probabilidad. La teoría se basa en él, tanto para determinar la existencia del daño como para cuantificarlo. Establece, en resumen, una especie de regla de indemnización o responsabilidad proporcional, fraccional, parcial o probabilística que, desde luego, no es ajena al sistema español de responsabilidad civil, que, en otros ámbitos, acude a ella para resolver problemas igualmente ligados al nexo de causalidad⁶¹ -se subraya-.

14. La pérdida de oportunidad como daño autónomo

14.1. Esta postura jurisprudencial al interior de la Sección Tercera del Consejo de Estado precisa que la pérdida de oportunidad es un daño en sí mismo con identidad y características propias, diferente de la ventaja final esperada o del perjuicio que se busca eludir y cuyo colofón es la vulneración a una expectativa legítima, la cual debe ser reparada de acuerdo al porcentaje de probabilidad de realización de la oportunidad que se perdió⁶². Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 11 de agosto de 2010⁶³, señaló:

⁶¹ MEDINA ALCOZ, Luis, *op.cit.*, p. 106. Ese autor señala los supuestos donde se debe aplicar la pérdida de oportunidad: "Cuando la probabilidad no es insignificante, pero tampoco es alta, es decir, cuando las posibilidades de que la víctima hubiera conseguido la ventaja son serias y reales, pero insuficientes para tener por cierto el hecho causal, la víctima puede tener derecho a un resarcimiento (parcial) en concepto de chance irreversiblemente sacrificada", p. 89.

⁶² En la doctrina colombiana existen autores como Luis Felipe Giraldo Gómez que en su libro *La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil. Su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, consideran que la pérdida de oportunidad es un daño autónomo. La Subsección B de la Sección Tercera en sus diferentes pronunciamientos ha adscrito su postura a este enfoque de la pérdida de oportunidad.

⁶³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, rad. 18593, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Otras sentencias recientes que hacen alusión a la pérdida de oportunidad como daño autónomo son: sentencia del 14 de marzo de 2013, rad. 23632, M.P. Hernán Andrade Rincón; sentencia del 16 de julio de 2015, rad. 36634, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

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

La pérdida de oportunidad como rubro autónomo del daño demuestra que éste no siempre comporta la transgresión de un derecho subjetivo, pues la sola esperanza probable de obtener un beneficio o de evitar una pérdida constituye un bien jurídicamente protegido cuya afectación confiere derecho a una reparación que debe limitarse a la extensión del “chance” en sí mismo, con prescindencia del resultado final incierto, frente a lo cual resulta lógico que dicha oportunidad perdida “tiene un precio por sí misma, que no puede identificarse con el importe total de lo que estaba en juego, sino que ha de ser, necesariamente, inferior a él”, para su determinación (...). En consecuencia, tratándose de eventos en los cuales se accede a la reparación de la pérdida de un chance, lo indicado no puede ser el reconocimiento, en favor de la víctima, del valor total de la ventaja de la cual fue privado o del deterioro patrimonial que no pudo evitar a raíz del hecho del demandado, sino tener en cuenta que la oportunidad desaparecida tenía un valor y que es éste el que debe ser restablecido; ese valor, según antes se indicó, ha de resultar indiscutiblemente inferior a aquél que hubiere correspondido en caso de haberse demostrado el vínculo causal entre la pérdida del beneficio esperado por la víctima y el hecho de aquel a quien se imputa la correspondiente responsabilidad resarcitoria; es más, como también precedentemente se indicó, el monto de la indemnización por la pérdida de la oportunidad habrá de establecerse proporcionalmente respecto del provecho que finalmente anhelaba el afectado, en función de las mayores o menores probabilidades que tuviere de haber alcanzado ese resultado en el evento de no haber mediado el hecho dañino.(...) 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 -se subraya-

14.2. Por otra parte, esta decisión señaló los requisitos que estructuran la pérdida de oportunidad como daño autónomo indemnizable, así: (i) la certeza de la oportunidad que se pierde; (ii) la imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento; y (iii) la víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la obtención del resultado esperado, es decir

que debe analizarse si el afectado se encontraba en condiciones fácticas y jurídicas idóneas para alcanzar el provecho por el cual propugnaba o evitar el mal del cual buscaba escapar .

14.3. Después de haber revisado las dos posturas sobre el fundamento de la pérdida de oportunidad, la Sala considera que la postura que mejor solventa los dilemas suscitados es aquella que concibe a la pérdida de oportunidad como un fundamento de daño derivado de la lesión a una expectativa legítima⁶⁴, diferente de los demás daños que se le pueden infligir a una persona, como lo son, entre otros, la muerte (vida) o afectación a la integridad física, por lo que así como se estructura el proceso de atribución de estos últimos en un caso determinado, también se debe analizar la imputación de un daño derivado de una vulneración a una expectativa legítima en todos los perjuicios que de ella se puedan colegir, cuya naturaleza y magnitud varía en función del interés amputado y reclamado.

14.4. Esto conduce a la Sala a sostener que no es posible aceptar que la pérdida de oportunidad sea un criterio auxiliar de imputación de responsabilidad, habida cuenta de que no será dable, desde un punto de vista jurídico, acceder a declarar la responsabilidad sin que exista certeza del vínculo entre el daño sufrido por la víctima -ej. muerte- y el hecho dañino, ni tampoco es viable construir una presunción artificial y parcial de responsabilidad, y condenar -haciendo uso de esta técnica de facilitación probatoria- a reparar una fracción de la totalidad del daño final sin tener ni siquiera certeza de que el demandado es en realidad el autor del daño final. Al derecho de daños no le interesa atribuir daños parciales sin prueba total de responsabilidad; es necesario que exista certeza y que se determine con claridad por qué en razón de la conducta del autor que desconoce obligaciones se atribuye jurídicamente el daño. Por tanto, la pérdida de

⁶⁴ Esta Subsección en decisión reciente señaló que es posible aplicar la teoría de la pérdida de oportunidad a casos donde se vulneren expectativas legítimas: “El modo de reparación de daños antijurídicos derivados de vulneraciones a expectativas legítimas se debe enmarcar dentro de los parámetros de la oportunidad pérdida, siguiendo la premisa conocida del derecho de daños que circunscribe la indemnización de los perjuicios al daño, “solo el daño y nada más que el daño” a fin de evitar un enriquecimiento sin justa causa a favor de la víctima y no contrariar las reglas de la institución jurídica de la responsabilidad estatal: “el daño es la medida del resarcimiento”(…). //10.2.8.2.1. Teniendo en consideración que el daño se origina por la amputación de una expectativa legítima a la consolidación de un derecho, bien sea, en tratándose de una aspiración de obtener un beneficio o una ganancia -polo positivo-, o bien cuando la víctima tenía la aspiración de evitar o mitigar un perjuicio y, como consecuencia de la abstención de un tercero, dicho curso causal dañoso no fue interrumpido -polo negativo-, se debe declarar la responsabilidad del Estado y reparar dicha frustración de la expectativa legítima dentro de los presupuestos de la teoría de la pérdida de oportunidad cuyo monto dependerá de la mayor o menor probabilidad y cercanía de su ocurrencia”: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 31 de agosto de 2015, rad. 22637, con ponencia de quien proyecta el presente fallo.

oportunidad no es una técnica alternativa y flexible para resolver casos de incertidumbre causal entre la intervención del tercero y el beneficio perdido o el detrimento no evitado, pues se incurriría claramente en una contradicción de los cimientos mismos del sistema de responsabilidad o en una elusión de los presupuestos de responsabilidad, tal como lo advierte Giraldo Gómez:

Si bien se reconoce que en algunos casos el tema de la incertidumbre causal está muy presente, ello no es razón suficiente para echar mano de una teoría [como lo es la pérdida de oportunidad] que se refiere, exclusivamente, a la naturaleza y extensión del daño y, por supuesto, no fue creada para resolver el problema de la incertidumbre causal.

Aceptar la postura que se comenta implicaría ir en contravía de los presupuestos tradicionales establecidos por la institución de la responsabilidad civil, buscando una nueva forma de hacerle frente a los problemas que se generan en la sociedad, y así, en vez de hacer justicia, se generaría una inseguridad jurídica que produciría un daño más grave para la convivencia en comunidad, en cuanto daría lugar a resultados tan injustos como sería el hecho de que una de las partes en conflicto se viera indemnizada, pero de manera parcial, a pesar de tener derecho a una reparación integral de su daño, de haberse demostrado la causa del mismo. Y, como contrapartida, que la otra parte, fuese condenada sin que existiera certeza sobre si fue ella quien en definitiva originó el daño que se le imputa⁶⁵.

14.5. Para la Sala, el alcance adecuado de la pérdida de oportunidad es aquel que la concibe como fundamento de daño, proveniente de la violación a una expectativa legítima; es natural que en muchos casos se susciten eventos de incertidumbre causal, pero esto no justifica que se instrumentalice a la pérdida de oportunidad como una herramienta para resolver este dilema, no solo porque exonera al demandante de la carga de probar la relación existente entre el hecho dañoso y el perjuicio final, sino porque rompe la igualdad entre las partes al beneficiar a una de ellas con una presunción de causalidad que, en todo caso, será siempre improcedente⁶⁶.

⁶⁵ GIRALDO GÓMEZ, Luis Felipe, *La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil. Su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, pp. 143 y 144.

⁶⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 15 de agosto de 2002, rad. 11605, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez: "Y debe insistirse en que la presunción de la causalidad será siempre improcedente; aceptarla implicaría incurrir en una evidente contradicción, en la medida en que supondría la aplicación, tratándose de la responsabilidad por la prestación del servicio médico asistencial, de un régimen más gravoso para el demandado inclusive que el objetivo, dado que si bien en éste la falla del servicio no constituye un elemento estructural de la obligación de indemnizar, el nexo causal está siempre presente y la carga de su demostración corresponde al demandante, en todos los casos."

"Nótese pues, que en punto de la prueba de la causalidad, por lo menos recientemente, esta Corporación ha aludido a "un cierto aligeramiento de la carga probatoria del demandante" respecto de los supuestos del artículo 90 de la Carta Política -dentro de los que se encuentra la causalidad-, pero no ha aludido a una presunción de causalidad, o si se quiere de responsabilidad, en virtud de la cual pudiera corresponder al demandado y no al demandante, la carga probatoria en cuestión":

14.6. Así las cosas, la Sala considera que la pérdida de oportunidad es un fundamento de daño, que si bien no tiene todas las características de un derecho subjetivo⁶⁷, autoriza a quien ha sido objeto de una lesión a su patrimonio -material o inmaterial- a demandar la respectiva reparación, la cual será proporcional al coeficiente de oportunidad que tenía y que injustificadamente perdió. Aquí el objeto de reparación no es, en sí, la ventaja esperada o el menoscabo no evitado sino, únicamente, la extinción de una expectativa legítima, esto es, la frustración de la oportunidad en sí misma, pues si el beneficio o el mal que se quería eludir estuvieran revestidos de certeza no se podría hablar del daño consistente en la pérdida de una oportunidad, sino del daño frente a un resultado cierto cuya reparación es total y no proporcional: *se repara la pérdida del chance, no la pérdida del alea.*

14.7. Por lo anterior, la Sala considera que el fundamento de la pérdida de oportunidad como daño autónomo, cuenta con dos componentes, uno de certeza y otro de incertidumbre: el primero, se predica respecto de la existencia de la expectativa, toda vez que esta debe ser cierta y razonable, al igual que respecto a la privación de la misma, pues en caso de no haber intervenido el hecho dañino infligido por el tercero, la víctima habría conservado incólume la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de evitar un menoscabo; y, el segundo, respecto a la ganancia esperada o el perjuicio que se busca evitar, pues no se sabe a ciencia cierta si se hubiera alcanzado o evitado de no haberse extinguido la oportunidad. Y es frente al primer componente que la pérdida de oportunidad cimienta no solo el carácter cierto y actual del daño sino que es el eje sobre el que rota la reparación proveniente de la lesión antijurídica a una expectativa legítima.

14.8. Por todo lo anterior, la Sala⁶⁸ le ha atribuido, en varias decisiones, a ese primer componente las siguientes características: *i)* el bien lesionado no es propiamente un derecho subjetivo sino un interés jurídico representado en una

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 16 de agosto de 2006. M.P. Mauricio Fajardo Gómez. rad. 14.957.

⁶⁷ Para Foulquier “un administrado es titular de un derecho subjetivo cuando cumple las condiciones que le permiten ser considerado como beneficiario del poder de exigir –reconocido por una norma general o individual, sin estar obligado a utilizar ese poder en un objetivo personal socialmente legítimo-, un cierto comportamiento de parte de la persona pública –lo que constituye el objeto de su obligación- a fin de alcanzar una ventaja moral o material que el orden jurídico ha expresamente o implícitamente considerado como lícito”: FOULQUIER, Norbert, *Les droits publics subjectifs des administrés. Émergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XXe siècle*, Dalloz, París, 2003, p. 689.

⁶⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 9 de octubre de 2014, rad. 29720, con ponencia de quien proyecta el presente fallo.

expectativa legítima, la cual debe ser cierta, razonable y debidamente fundada, sobre la que se afirme claramente la certeza del daño; *ii*) lo perdido o frustrado es la oportunidad en sí misma y no el beneficio que se esperaba lograr o el perjuicio que se pretendía evitar; *iii*) la cuantificación del daño será proporcional al grado de probabilidad que se tenía de alcanzar el beneficio pretendido o de evitar el perjuicio final; *iv*) no existe pérdida de oportunidad cuando desaparece la posibilidad de la ganancia esperada, esto es, cuando se comprueba que esta se encuentra condicionada todavía a la ocurrencia de situaciones futuras, lo que se traduciría en un perjuicio hipotético, ajeno al daño autónomo de pérdida de oportunidad; si el beneficio final o el perjuicio eludido aún puede ser logrado o evitado, la oportunidad no estaría perdida y, por tanto, se trataría de pretensiones resarcitorias diferentes de la pérdida de oportunidad.

15. Elementos del daño de pérdida de oportunidad

15.1. En la decisión de la Sección Tercera del Consejo de Estado proferida el 11 de agosto de 2010⁶⁹ se trajo a colación los requisitos para estructurar el daño de pérdida de oportunidad, a saber: *i*) certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde; *ii*) imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento; y *iii*) la víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado.

15.2. En atención al precedente antes citado, la Sala considera necesario realizar las siguientes precisiones a efectos de reordenar los elementos constitutivos del daño de pérdida de oportunidad:

15.3. Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado. En primer lugar, para determinar si se está en presencia de un daño de pérdida de oportunidad, es necesario establecer que, en efecto, el titular de la expectativa legítima se encontraba, para el momento en que ocurre el hecho dañino, en una situación de incertidumbre de recibir un beneficio o una ventaja esperada, o de evitar un perjuicio indeseado. La oportunidad debe encontrarse en un espacio caracterizado por no existir certeza de que su resultado habría beneficiado a su titular, pero tampoco en el que sólo exista la conjetura de una mera expectativa de realización o evitación. Si se tiene certeza sobre la materialización del resultado final, no es

⁶⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, rad. 18593. Reiteración en sentencia del 30 de enero de 2013, rad. 23769, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

posible hablar del daño consistente en la pérdida de oportunidad sino de la privación de un beneficio cierto, o si se trata de una mera conjetura o ilusión, tampoco habría lugar a la configuración de una oportunidad por no tener la intensidad suficiente para convertirse en una probabilidad razonable de alcanzarse o evitarse. Así, el requisito de la “aleatoriedad” del resultado esperado tiene enormes incidencias en el plano de la indemnización, ya que si se trata de la infracción a un derecho cierto que iba a ingresar al patrimonio de la víctima o frente al cual se debía evitar un menoscabo, su indemnización sería total, mientras que si el truncamiento es solo respecto de la expectativa cierta y razonable de alcanzar o evitar un resultado final, la posibilidad truncada sería indemnizada en menor proporción⁷⁰.

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

15.4. Certeza de la existencia de una oportunidad. En segundo lugar se debe constatar que, en efecto, existía una oportunidad que se perdió. La expectativa legítima debe acreditar inequívocamente la existencia de “*una esperanza en grado*

⁷⁰ A propósito de la pertinencia de este elemento, la doctrina nacional ha señalado: “El requisito de la “aleatoriedad” del resultado esperado es el primer elemento que debe establecerse cuando se estudia un evento de pérdida de la oportunidad. Este requisito constituye un elemento *sine qua non* frente a este tipo de eventos, lo que explica que sea, tal vez, la única característica estudiada con cierta profundidad por la doctrina. // Para comenzar el estudio de este requisito es prudente comprender el significado del concepto “aleatorio”, el cual, según la definición dada en el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, se utiliza para referirse a algo que depende de un evento fortuito (...) Esta condición de la ocurrencia de eventos futuros es trasladada al campo de la pérdida de la oportunidad, campo en el que, como se ha indicado, la materialización del beneficio esperado es siempre incierta debido a que la misma pende para su configuración del acaecimiento de situaciones fortuitas, de un alea, que, como tal, no permite saber si lo esperado se va a producir o no. Es por ello que la persona efectivamente sólo tiene una esperanza en que dicha situación se produzca, para obtener así ese beneficio o evitar la pérdida. Incluso, para algunos autores, el alea es una característica de hecho de la noción de la pérdida de la oportunidad, de tal manera que la víctima debe estar en una posición donde sólo tiene unas esperanzas para obtener lo que buscaba. // Ahora bien, ese alea o evento fortuito del cual depende la ventaja esperada está representado en la verificación de múltiples factores que pueden llevar a la realización de esa esperanza. Así sucede en el caso de un enfermo que tiene una mera expectativa de recuperar su salud, lo cual no sólo va a depender de un tratamiento adecuado sino también de su respuesta al mismo, de su idiosincrasia, de un evento de la naturaleza, etc., motivo por el cual, y a pesar de que reciba un tratamiento adecuado, no se podrá afirmar con certeza si el resultado se habría o no conseguido (...). Debe, entonces, verificarse, en todos los eventos que se pretenda estudiar como supuestos de pérdida de pérdida de la oportunidad, si la ventaja esperada dependía de un evento fortuito, esto es, si pendía de un alea, pues en caso contrario no podrá seguirse con el estudio de los otros elementos de la figura, en atención a que no se tratará de un caso de pérdida de la oportunidad”: GIRALDO GÓMEZ, Luis Felipe *La Pérdida de la Oportunidad en la Responsabilidad Civil. Su Aplicación en el Campo de la Responsabilidad Civil Médica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, pp. 55 y 60.

de probabilidad con certeza suficiente”⁷¹ de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido incólume la expectativa de obtener el beneficio o de evitar el detrimento correspondientes⁷².

15.5. Pérdida definitiva de la oportunidad. En tercer lugar se debe acreditar la imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento. Es indispensable que se tenga la certeza de que la posibilidad de acceder al beneficio o evitar el perjuicio fue arrancada definitivamente del patrimonio -material o inmaterial- del individuo tornándola en inexistente, porque si el beneficio final o el perjuicio eludido aún pendiera de la realización de una condición futura que conduzca a obtenerlo o a evitarlo, no sería posible afirmar que la oportunidad se perdió, ya que dicha ventaja podría ser aún lograda o evitada y, por ende, se trataría de un daño hipotético o eventual⁷³; dicho de otro modo, si bien se mantiene incólume la incertidumbre respecto de si dicho resultado se iba a producir, o no, la probabilidad de percibir el beneficio o de evitar el perjuicio sí debe haber desaparecido de modo irreversible, en la medida en que si el resultado

⁷¹ TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance. Presupuestos. Determinación. Cuantificación*, Astrea, Buenos Aires, 2008, pp. 38-39. Citado por la sentencia del 11 de agosto de 2010 de la Sección Tercera de esta Corporación, rad. 18593, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁷² “[L]a 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”: MARTÍNEZ RAVÉ, Gilberto y MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina, *Responsabilidad civil extracontractual*, Temis, Bogotá, 2003, p. 260. Por otra parte Trigo Represas señala que “[E]n efecto, si la chance aparece no sólo como posible, sino como de muy probable y de efectiva ocurrencia, de no darse el hecho dañoso, entonces sí constituye un supuesto de daño resarcible, debiendo ser cuantificada en cuanto a la posibilidad de su realización y no al monto total reclamado. // La pérdida de chance es, pues, un daño cierto en grado de probabilidad; tal probabilidad es cierta y es lo que, por lo tanto, se indemniza (...) cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que resulta frustrada por el responsable, pudiendo valorársela en sí misma con prescindencia del resultado final incierto, en su intrínseco valor económico de probabilidad”: TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance*, cit., p. 263. Citado por la sentencia del 11 de agosto de 2010 de la Sección Tercera de esta Corporación, rad. 18593, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁷³ A este respecto, la doctrina colombiana presenta este supuesto en los siguientes términos: “La imposibilidad de obtener la ventaja esperada es un (sic) característica sin la cual no puede solicitarse una indemnización por “pérdida de la oportunidad”, por lo cual tanto la jurisprudencia y (sic) como la doctrina acogen esta exigencia sin ningún tipo de discusión. // Ello es así por cuanto si todavía el resultado esperado puede ser alcanzado, la oportunidad no estaría perdida y, en consecuencia, no habría nada que indemnizar. (...) Pensar de manera diferente sería tanto como admitir que una persona que sigue viva y puede aún ser curada por su médico pudiese demandar a un profesional sobre el supuesto de haber perdido la posibilidad de sobrevivir; o el cliente que todavía tiene la posibilidad de que su abogado presente un recurso judicial para hacer efectivos sus derechos, solicitara la indemnización por la pérdida del proceso judicial. Estas situaciones contrastan con el sentido final de la aplicación de esta figura e irían en contravía del principio que exige la existencia de un daño para poder reclamar una reparación.//No hay necesidad de hacer mayores elucubraciones para dar por sentado que la característica analizada debe ser corroborada en todos los procesos en los que se solicita la reparación de la pérdida de una oportunidad”: GIRALDO GÓMEZ, Luis Felipe *La Pérdida de la Oportunidad en la Responsabilidad Civil. Su Aplicación en el Campo de la Responsabilidad Civil Médica*, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 71 y 72.

todavía puede ser alcanzado, el “chance” aún no estaría perdido y, entonces, no habría nada por indemnizar.

15.6. Finalmente, si bien en la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado proferida el 11 de agosto de 2010⁷⁴, se dijo que uno de los requisitos para que pueda considerarse existente la pérdida de oportunidad como daño indemnizable es que “la víctima [se] encuentre en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado”, la Sala considera que este elemento debe ser replanteado por las siguientes razones:

15.7. El análisis de si el afectado se hallaba, para el momento en el cual ocurre el hecho dañino, en una situación tanto fáctica como jurídicamente idónea para alcanzar el provecho o evitar el perjuicio por el cual propugnaba o pretendía escapar no es un elemento del daño de pérdida de oportunidad sino que constituye un criterio para definir la imputación de la entidad demandada. Lo anterior por cuanto probatoriamente puede llegar a concluirse que la víctima no se encontraba en una posición idónea a partir de la cual pueda reclamar la existencia de una pérdida de oportunidad, lo que conllevaría a configurar una causal eximente de responsabilidad estatal. Así las cosas, dicha causal exonerativa puede liberar de responsabilidad al demandado en forma total cuando la víctima con su actuación contribuyó de modo definitivo al truncamiento de la oportunidad y, por ende, debe asumir las consecuencias de su actuación, o puede demostrarse que su actuación, en asocio con el proceder del demandado, incidió de modo relevante en la pérdida de oportunidad, lo que conduciría a afirmar que se presenta un fenómeno de concausalidad, circunstancia en la cual el resultado no será, en principio, la exoneración total de responsabilidad, sino que se aplicará una reducción a la indemnización.

15.8. De esta manera la postura de la Sala apunta a sostener que el estado de idoneidad de la víctima no es un elemento del daño de la pérdida de oportunidad sino un criterio de análisis de la imputabilidad y, por ende, su estudio se aborda al momento de dilucidar la atribución del daño de pérdida de oportunidad.

15.9. Recapitulando lo anterior, la Sala precisa que los elementos del daño de pérdida de oportunidad son: i) Falta de certeza o aleatoriedad del resultado

⁷⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, rad. 18593. Reiteración en sentencia del 30 de enero de 2013, rad. 23769, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

esperado, es decir, la incertidumbre respecto a si el beneficio o perjuicio se iba a recibir o evitar; *ii*) Certeza de la existencia de una oportunidad; *iii*) Certeza de que la posibilidad de adquirir el beneficio o evitar el perjuicio se extinguió de manera irreversible del patrimonio de la víctima.

16. Los supuestos de responsabilidad en la pérdida de oportunidad

16.1. Respecto a los supuestos del daño por pérdida de oportunidad, la Sala precisa que pueden presentarse de dos maneras, uno positivo *-chance de gain-* y otro negativo *-chance d'éviter une perte-*⁷⁵. *Positiva*, cuando la víctima tiene la expectativa legítima de *recibir* un beneficio o *adquirir* un derecho, pero por la conducta de un tercero se frustra definitivamente la esperanza de concreción. *Negativa*, cuando la víctima está sumergida en un curso causal desfavorable y tiene la expectativa que por la intervención de un tercero se *evite o eluda* un perjuicio, pero que en razón de la omisión o de la intervención defectuosa de dicho tercero, el resultado dañoso se produce y la víctima padece el perjuicio indeseado⁷⁶.

16.2. En materia médica los supuestos de daño por pérdida de oportunidad en su perspectiva negativa se suelen presentar, de un lado, por la privación de las expectativas de sobrevivir y, del otro, por la privación de la esperanza de curarse, restablecerse o mejorar su estado de salud⁷⁷.

⁷⁵ DEGUERGUE comenta que la pérdida de oportunidad se representa como una especie de *ion* con un polo positivo y negativo: DEGUERGUE, Maryse, "La perte de chance en droit administratif", in *L'égalité des chances. Analyses, évolutions, perspectives*, dir. G. Koubi y G-J Guglielmi, La Découverte, 2000, p.198.

⁷⁶ Giraldo Gómez precisa que en el ámbito de la responsabilidad del Estado por actividades médicas, la vertiente negativa es la más común, ya que el paciente no tiene en sí la esperanza de obtener un beneficio real, todo lo contrario, al estar involucrado dentro de una ruta patológica y clínicamente adversa a sus intereses que lo puede conducir a sufrir los efectos de un perjuicio cierto y definitivo, tiene la esperanza de que un profesional de la medicina interrumpa el curso causal irreversible; sin embargo, la oportunidad del paciente se extingue por la omisión o la defectuosa atención de la entidad prestadora del servicio de salud, con lo que se produce indefectiblemente la muerte o la lesión. Cfr. GIRALDO GÓMEZ, Luis Felipe, *La pérdida de la oportunidad en la representación civil. Su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, p. 178 a 187.

⁷⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de mayo de 1999, rad. 11943, M.P. Jesús María Carrillo Ballesteros: "La Sala al resolver el caso sub-exámene, tiene en cuenta que en la doctrina y en la jurisprudencia francesa, existe una corriente, según la cual, procede la pretensión indemnizatoria cuando la muerte o el desmejoramiento de la salud ocurre por la pérdida de una oportunidad de sobrevivir o de curación *-perte d' une chance, de survie, de guérison-*. En estos eventos, la actuación del servicio, estructuralmente concebido, se reputa fallido y como consecuencia de ello se frustran las posibilidades de curación. En el caso bajo estudio, bien puede afirmarse que la inactividad en la consecución de la escanografía, creó un riesgo injustificado, es decir, generó un estado de peligro - *creación fautive d'un état dangereux-* que el paciente no estaba obligado a soportar. En armonía con lo hasta aquí expuesto, en el caso sub-exámene el daño resarcible se concreta en la disminución de las probabilidades de sobrevivir o de sanar". Sección

16.3. En lo concerniente a la imputación del daño de pérdida de oportunidad, bien sea de un beneficio que se iba recibir o un perjuicio que se buscaba evitar, se presentan obstáculos frente a cuestiones de omisión. Si bien en casos de acción, esto es, participación activa del agente dañoso, se debe acreditar certeza causal entre la conducta generadora de daño y la desaparición de las probabilidades del beneficio o de evitación del perjuicio, en la medida que la ausencia de dicho vínculo conduce ineludiblemente a exonerar de responsabilidad al demandado, en casos de omisión absoluta se presentan dificultades de orden teórico y práctico para hablar de causalidad entre una omisión y un daño⁷⁸, razón por la cual, la Sala ha propuesto recientemente la adopción de criterios normativos de atribución que, de una manera más coherente y lógica, explican conceptualmente la posibilidad de imputar responsabilidad por un daño en cuya producción fáctica no hubo un componente volitivo del agente dañoso -caso típico de las omisiones-⁷⁹. De modo que en estos casos no es posible aceptar que la omisión causó la pérdida de oportunidad, ya que como fenómeno natural la omisión nada produce -*ex nihilo*

Tercera, sentencia del 10 de junio del 2014, rad. 25416, M.P. Ricardo Hoyos Duque: “Debe advertirse que para que haya lugar a la reparación no es necesario acreditar que una adecuada prestación del servicio médico asistencial hubiera impedido el daño, pues basta con establecer que la falla del servicio le restó al paciente oportunidades de sobrevivir o de curarse”. Sección Tercera, sentencia del 26 de abril de 1999, rad. 10755, M.P. Ricardo Hoyos Duque: “Si bien es cierto que no existe certeza en cuanto a que de haberse realizado un tratamiento oportuno el paciente no hubiera muerto pues nunca se tuvo un diagnóstico definitivo de la enfermedad que padecía, sí lo es en cuanto a que el retardo de la entidad le restó oportunidades de sobrevivir. Se trata en este caso de lo que la doctrina ha considerado como una “pérdida de una oportunidad”. Sección Tercera, sentencia del 14 de junio del 2011, rad. 13006, M.P. María Elena Giraldo Gómez: “La Sala desconoce el grado de dolencia cardíaca de la paciente y por lo mismo ignora, por la falta de conocimiento científico médico, si en el evento de que se le hubiese hospitalizado aquella hubiese sobrevivido; pero lo que sí conoce es que está probado que la omisión administrativa, en hospitalizar la paciente, le frustró la oportunidad de intentar recuperarse”.

⁷⁸ En la sentencia de 29 de mayo de 2014, rad. 30108, se sostuvo: “el juicio de imputación de responsabilidad por omisión no depende ni se debe confundir con la causalidad, ya que esta última vincula de manera fenomenológica la causa con su efecto, mientras que el juicio de imputación vincula ciertas condiciones que interesan al ordenamiento jurídico con los efectos dispuestos por la norma (...) para que opere el juicio de imputación por falla del servicio por omisión, no es imperativo probar el nexo causal entre el daño y el hecho dañino, pues buscar el vínculo causal, como presupuesto del juicio de responsabilidad para acceder al débito resarcitorio, conduciría inevitablemente a un estadio de exoneración de la responsabilidad o a un *regressus ad infinitum* de la equivalencia de condiciones...”.

⁷⁹ En sentencia de 29 de agosto de 2013, rad. 29133, con ponencia de quien proyecta el presente fallo, se indicó: “Los problemas de imputación de responsabilidad frente a eventos de omisión ha llevado a la doctrina a proponer fórmulas de solución más coherentes, como lo son los criterios normativos de atribución, los cuales han tenido desarrollo en la teoría de la imputación objetiva, que ha sido acogida en algunos eventos por la jurisprudencia de la Corporación, fundamentalmente en aquellos en los que se predica del Estado su posición de garante. // Las entidades obligadas a prestar el servicio de salud tienen la posición de garante frente a los pacientes que soliciten esos servicios. Por lo tanto, ven comprometida su responsabilidad cuando se abstengan de ofrecer al paciente los tratamientos que estos requieran, de acuerdo con los desarrollos científicos y tecnológicos y el nivel de atención de la institución de que se trate, o en su defecto de la remisión oportuna del paciente a una entidad de mayor nivel, y esa omisión implique para el paciente la pérdida de oportunidad de recuperar su salud, preservar su vida o al menos mantener condiciones estables en su afección”.

nihil fit-, lo que exige determinar, en términos de imputabilidad jurídica y no de causalidad fenomenológica⁸⁰, si es posible o no atribuir la pérdida de oportunidad en razón de una infracción del contenido obligacional, esto es, en otras palabras, una falla probada.

16.5. En conclusión, cuando se considera la pérdida de oportunidad como un supuesto en el que la secuencia fáctica podría conducir a la víctima a recibir un beneficio, pero su proceso de concreción es paralizado como consecuencia de *la acción* de un tercero, el juicio de responsabilidad depende de la prueba de la relación causal, es decir, un vínculo fáctico entre la conducta del agente y la frustración de las posibilidades, pues para la Sala sería absurdo proferir un juicio de imputación en su contra cuando este no ha causado la privación de la oportunidad; pero, en eventos en los que la pérdida de oportunidad de evitar un perjuicio se manifiesta como *una omisión absoluta*, es innecesario el estudio de la causalidad, ya que este no participó desde un punto de vista fáctico en el despojo de la oportunidad; sin embargo, esto no significa que se descarte de plano una atribución de responsabilidad por la pérdida de la oportunidad, ya que este es un problema que deberá ser resuelto necesariamente no mediante el vínculo causal entre la omisión y la pérdida de probabilidades de evitar el menoscabo de un derecho, sino mediante el juicio de imputación por infracción a sus obligaciones que incidieron en el truncamiento de la oportunidad.

c. El caso concreto

17. A la luz de las anteriores consideraciones teóricas, la Sala debe estudiar el primer elemento del daño de pérdida de oportunidad consistente en determinar si en el caso concreto, como consecuencia de las fallas en la prestación del servicio médico brindado a la paciente Campiño Agudelo, las entidades demandadas incidieron o no en su muerte (a). Habiéndose constatado que la muerte de la señora Campiño no les es imputable, se estudiarán los otros elementos del daño de pérdida de oportunidad (b) y si se acreditaron irregularidades en la prestación del servicio médico consistentes en un error de diagnóstico *-análisis de la falla del servicio por error de diagnóstico (obligaciones)-* (c), por lo que de llegar a

⁸⁰ “En los fenómenos de omisión, no es relevante para el instituto de la responsabilidad establecer las causas, sino definir por qué un determinado resultado dañoso, como el que se presenta en este caso, debe ser atribuido a persona distinta de la que lo ha padecido o causado, lo cual se determina con arreglo a criterios jurídicos y no naturales”. Sentencia de 29 de mayo de 2014, rad. 30108, op. cit.

demostrarse que por dichas fallas se truncó la oportunidad de sobrevivir de la paciente, las entidades demandadas serán llamadas a responder *-análisis de imputabilidad del daño pérdida de oportunidad debido a un error de diagnóstico-* (d).

17.1. Lo anterior se justifica en atención a que la jurisprudencia de la Corporación⁸¹ ha señalado reiteradamente en muchas decisiones que para que se configure una falla en materia médica es preciso que se pruebe que la atención fue deficiente o defectuosa, esto es, no se puso al servicio del paciente, de acuerdo a las posibilidades fácticas y jurídicas, todos los recursos humanos, científicos y técnicos, o no se garantizaron los estándares de calidad establecidos por el estado del arte exigibles para recuperar o preservar la salud al momento en que ocurrió el hecho dañoso.

17.2. La Sala precisa que el apelante sustentó su recurso con base en los siguientes argumentos: *i)* la señora María Sened Campiño Agudelo no fue atendida oportunamente en el servicio de urgencias de la Clínica Manizales por no portar el carné que la acreditaba como afiliada de CAJANAL; *ii)* el médico de turno que la atendió en urgencias de la Clínica Manizales incurrió en error de diagnóstico al haber dictaminado síndrome vertiginoso por traumatismos en el sistema vestibular cuando en realidad los mareos y palidez que presentaba se relacionaban más con la enfermedad cardíaca que padecía y que no era desconocida por dicha institución; *iii)* no se le practicó ningún examen físico o clínico detallado para confirmar el diagnóstico estimado ni se la dejó en observación para examinar su evolución, sino que fue remitida a su residencia con medicamentos para el tratamiento del oído; *iv)* el Hospital de Caldas no le suministró a la paciente Campiño la medicina que requería con urgencia a fin de evitarle un daño irreversible; *v)* la paciente fue despojada de manera definitiva de la posibilidad de sobrevivir.

18. Análisis del primer elemento del daño de pérdida de oportunidad: falta de certeza respecto a si la señora Campiño no habría fallecido de haberse presentado un diagnóstico conforme a la *Lex artis*

18.1. Este presupuesto consiste en el carácter aleatorio del daño final, esto es,

⁸¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 27 de abril de 2011, rad. 20315, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

que se desconozca a ciencia cierta si la señora Campiño Agudelo no habría fallecido de haber mediado una correcta y oportuna intervención del servicio médico. En el expediente se constata que la víctima padecía de enfermedad coronaria desde 1998, la cual fue tratada por el Hospital de Caldas E.S.E. y la Clínica de Manizales I.P.S. Según se consigna en la historia clínica la señora Campiño presentaba la siguiente patología: *i)* isquemia subendocárdica -reducción del aporte de oxígeno al miocardio-; *ii)* infartos agudos al miocardio; *iii)* enfermedad microvascular y angina inestable; *iv)* enfermedad coronaria; y *iv)* opresión precordial.

18.2. Es preciso anotar que en el presente proceso obra un dictamen pericial ordenado por la Sala y practicado por el médico Francisco Alejandro González López, especialista en Medicina Interna y Geriatria, al cual la Sala le confiere un alto valor probatorio por las calidades científico-técnicas del perito y su grado de fundamentación. Sobre el interrogante de si las fallas de las entidades demandadas le produjeron la muerte a la señora Campiño Agudelo, precisa la experticia:

Con base en la Historia Clínica realizada el día de los hechos (14 de agosto de 1999 - según fotocopia presentada en la documentación aportada-) es posible determinar que, en primer lugar, dicho documento no registró adecuadamente las condiciones de salud de la paciente, ni cumplió con las exigencias de elaboración cuidadosa, racionalidad científica, legibilidad, integralidad y secuencialidad demandadas en la atención a un paciente en el territorio colombiano⁸²; y en segundo lugar, constituye en sí, un reflejo del acto médico no ajustado a la característica de Ejecución Típica conforme la LEX ARTIS AD HOC, debido a que la medicina siempre se ejerce conforme a las normas de excelencia de ese momento, a pesar de las limitaciones de tiempo, lugar y entorno⁸³.

Es así, como en el documento denominado "Atención de Urgencias" de la Clínica Manizales S.A, que representa para todos los efectos la historia clínica, se observa el incumplimiento de la norma en la cual se afirma que todo paciente ingresado a una institución de prestación de servicios de salud, así sea de urgencias u hospitalaria, debe tener una historia completa⁸⁴.

Se hace evidente, así mismo, y por lo consignado en la historia clínica, que el profesional de la medicina que prestó la atención a la paciente **MARÍA [S]ENED CAMPIÑO AGUDELO**, no le practicó la evaluación necesaria en relación con su cuadro de "mareos, desvanecimiento y palidez", con el fin de diagnosticar una enfermedad, considerando sus características individuales, ambientales, y adoptar las medidas curativas y de rehabilitación correspondientes, tal como lo expresa el

⁸² "1. Resolución 1995 de 1999 del Ministerio de Salud. Artículo 3.- Características de la historia clínica".

⁸³ "2. GUZMÁN, F; FRANCO, E; SAAVEDRA E, Derecho Médico Colombiano. Elementos Básicos. Responsabilidad Médica Disciplinaria, Universidad Libre, Tomo1, Bogotá, 2006, pp.90 y 679".

⁸⁴ "3. Resolución 1995 de 1999 del Ministerio de Salud. De la obligatoriedad del registro".

artículo 2° de de los principios generales de la Ley 23 de 1981⁸⁵.

Se hallan inconsistencias graves en los datos de la historia clínica, en donde no se consignó el análisis de antecedentes personales y familiares. Y sólo se anotó: "**IAM previo**" Más aún, cuando en esa misma institución se había realizado meses antes, el diagnóstico de "**Enfermedad coronaria**".

(...) Acerca de si un correcto diagnóstico pudiera haber evitado un deceso resulta difícil de probar. Lo que si no deja duda es que un acto médico prestado con integralidad en la mayoría de los casos, brinda opciones terapéuticas, disminuye la contingencia de complicaciones y reduce la incertidumbre entre lo que se hizo y lo que debió hacerse en un servicio de urgencias. Y en el supuesto caso de presentarse una complicación fatal, el ceñirse a la Lex Artis será garante de la Norma de Cuidado (fl. 503, c.p) -se subraya-.

18.3. La Sala encuentra que, valoradas las pruebas que obran en el expediente y tal como lo reconoce la misma actora en el recurso de alzada, el primer componente de la pérdida de oportunidad se encuentra acreditado en el caso de autos, ya que no es posible determinar con certeza que de haber mediado un correcto y oportuno diagnóstico el día 14 de agosto de 1999 por la Clínica de Manizales se habría superado el daño final, esto es, el fallecimiento de la paciente. No es posible afirmar, entonces, con certeza que la muerte de la paciente pueda ser atribuida a las fallas de las entidades y no a la patología que padecía desde tiempo atrás. En efecto, al margen de que la alteración de salud requiriera una atención oportuna, inmediata, eficaz y de calidad, lo que se ha probado es que la paciente estaba involucrada en un curso patológico desfavorable, esto es, con antecedentes de infarto agudo al miocardio meses atrás, por lo que la Sala no tiene razones objetivas suficientes para concluir que el daño cuya indemnización se solicita en la demanda consistente en la muerte de la señora Campiño Agudelo resulta imputable a las entidades demandadas por las irregularidades cometidas.

18.4. Si bien del anterior dictamen se extraen irregularidades en que incurrió la Clínica de Manizales S.A como lo son que no se registró adecuadamente las condiciones de salud de la paciente *i*); no se cumplió con las exigencias preceptuadas por la Resolución 1995 de 1999 del Ministerio de Salud concerniente a la racionalidad científica, legibilidad, integralidad y secuencialidad de la historia clínica *ii*); no se realizó la evaluación mínima necesaria en relación con el motivo de consulta de "mareos, desvanecimiento y palidez" *iii*), no es posible afirmar que debido a las fallas médicas se produjo la muerte de la paciente

⁸⁵ "4. Ley 23 de 1981. Título 1: Disposiciones generales. Capítulo 1: Declaración de Principios. Artículo 2°".

(i); o que si la Clínica de Manizales S.A. hubiera actuado con diligencia, la señora Campiño Agudelo habría logrado evitar el evento fatal (ii).

18.5. Ahora, puede ocurrir que, dados los elementos acreditados en el expediente, aparezca que el daño imputable a la falla en la prestación del servicio médico no sea necesariamente la muerte -que es aquel invocado de forma expresa en el *petitum* de la demanda-, sino el que resulta de la pérdida de oportunidad de sobrevivida, aspecto que fue desarrollado también en la *causa petendi* de la demanda-.

18.6. Así las cosas, corresponde al juez, en ejercicio del deber que le asiste de interpretar armónicamente la demanda que le es sometida a su juicio y teniendo en cuenta los límites que le impone la prohibición de alterar su *causa petendi* y la garantía del derecho de defensa de la contraparte⁸⁶, precisar el daño que, de acuerdo con los hechos acreditados en el expediente, es imputable a la entidad demandada y, por lo tanto, compromete su responsabilidad.

18.7. El actor pretende la reparación de la pérdida de oportunidad de sobrevivida de la paciente Campiño Agudelo como consecuencia de un error de diagnóstico. De acuerdo con este razonamiento y teniendo en cuenta las circunstancias que envuelven el presente caso, para que pueda configurarse la existencia del daño de pérdida de oportunidad por error de diagnóstico, es menester proseguir con los otros elementos del daño de pérdida de oportunidad planteados en esta esta demanda.

19. Estudio del segundo elemento del daño de pérdida de oportunidad: certeza de la existencia de una oportunidad

19.1. La señora Campiño Agudelo pese a tener una enfermedad coronaria conservaba una expectativa cierta y razonable de sobrevivir al momento en que ingresó al servicio de urgencias de la Clínica Manizales con síntomas de mareo,

⁸⁶ En ese sentido, en la sentencia de la Sección Tercera de 31 de agosto de 2006, rad. 15772, M.P. Ruth Stella Correa, se afirmó: "Reitera la Sala la jurisprudencia que ha sostenido en decisiones anteriores, en las cuales se ha considerado que es deber del juez interpretar la demanda como un todo armónico, deber que no constituye una mera liberalidad sino el cumplimiento de los artículos 228 y 229 de la Constitución, que consagran como principios de la administración de justicia la prevalencia del derecho sustancial y la garantía a su acceso. La falta de técnica en la demanda no es óbice para que el juzgador desentrañe su sentido; aunque, claro está, teniendo buen cuidado de no alterar el propósito expresado por el actor y siempre que no se contravenga el derecho de defensa de la otra parte"

desvanecimiento y pérdida de conciencia, ya que no presentó, en ningún momento, padecimientos de infarto agudo al miocardio que la clasificara incluso en nivel más leve de *Killip Class*, lo que habría permitido realizar oportunamente un pronóstico de la evolución de la afección y contrarrestar las probabilidades de muerte. Sin embargo, dicha posibilidad desapareció de modo irreversible por causa del diagnóstico incorrecto elaborado por el profesional de la medicina que la atendió, con lo cual no se garantizó una atención adecuada, y en consecuencia, el chance de sobrevivir se extinguió. En cuanto al grado de probabilidad de la expectativa legítima de sobrevivir, se encuentra plenamente demostrado en el expediente que la paciente cuyo cuadro clínico era enfermedad coronaria, hipercolesterolemia y manifestaciones tangibles de “palidez, desmayos y pérdida de la conciencia” podría haber disminuido la contingencia de las complicaciones de riesgo fatal si hubiera existido un diagnóstico oportuno y correcto y una atención médica fundada en un análisis clínico apropiado, lo que, sin duda, habría permitido seleccionar rutas terapéuticas más agresivas para evitar el evento fatal de la muerte. Al respecto, la prueba pericial aportada al proceso sostiene lo siguiente:

En el análisis de la atención médica de la paciente que nos ocupa y en consideración del cuadro clínico que la llevó a consultar en la noche del 14 de agosto de 1999 al servicio de urgencias de la Clínica Manizales S.A., se hacía obligatorio descartar una serie de eventos causales de sus síntomas. Por su antecedente de Enfermedad Coronaria con un infarto del miocardio que requirió su hospitalización meses antes, era necesario realizar mínimamente, un electrocardiograma y una medición en sangre de las enzimas de integridad coronaria (enzimas cardíacas) para su comprobación o descarte. Se da por entendido que unos resultados negativos hubiesen apuntado, entre muchos otros, en dirección a la impresión diagnóstica de SINDROME VERTIGINOSO, anotado en la historia clínica. (fl. 489, c.p).

No obstante, se hacía también obligatorio por parte del médico, el aporte de pruebas, ya desde el interrogatorio y de la evaluación física, para mantener la presunción de Síndrome Vertiginoso registrada al inicio de la atención en el aparte de Enfermedad Actual (EA) como consta en la historia clínica (...).

Y una vez identificado el problema y sus posibles causas, se establece una aproximación diagnóstica mediante la consideración de varias hipótesis cuya principal condición se fundamenta en su comprobación para confirmar o descartar la sospecha diagnóstica. "Dentro del proceso diagnóstico entra con frecuencia el fenómeno de toma de decisiones, la cual se basa en la elaboración de premisas (sustentada racionalmente, entendiendo las alternativas y con el franco deseo de llegar a soluciones)" (fl. 490, c.p) (...).

Con plena certeza, una atención médica adecuada, con un diagnóstico basado en un juicioso análisis clínico y basado en decisiones prudentes, habría conducido en cualquier escenario, a la mitigación y superación de los factores de riesgo en una paciente con antecedentes de enfermedad

coronaria, hipercolesterolemia y manifestaciones de "palidez, desmayos y pérdida de la conciencia." (...) (fl. 503, c.p) (...).

El incremento del riesgo en una paciente con enfermedad coronaria diagnosticada desde mayo de 1998, se dio en la no consideración de un diagnóstico diferente al síndrome vertiginoso, en la no realización de un interrogatorio adecuado, en la negación de realizar un examen físico completo, en la no consideración de efectuar exámenes de laboratorio, en la negativa de observar su evolución durante algunas horas y su registro correspondiente en la historia clínica; en la negativa de solicitar el concurso de un médico especialista y en negarle la oportunidad de remisión a otra institución u especialidad (fl. 507, c.p) (se subraya).

19.2. Una de las bases científicas sobre las que se fundó el dictamen pericial lo fue el texto de "Medicina Interna" vigente para la fecha de los hechos (13^o edición, 1994), específicamente el capítulo referente a los "*Desórdenes del sistema cardiovascular. Abordaje del paciente con enfermedad cardíaca*", donde se dice que los síntomas causados por esta patología son contrarrestados con un correcto abordaje diagnóstico, los cuales se pueden detectar a través de un electrocardiograma que provee datos ciertos esenciales y señala la ruta terapéutica a seguir para superar las consecuencias fatales. Al respecto, en la experticia, se consignó:

Los síntomas causados por enfermedad cardíaca resultan más comúnmente originados en la isquemia miocárdica, en las alteraciones en la contracción y/o relajación del miocardio, en la obstrucción al flujo sanguíneo, o en un ritmo cardíaco anormal o en la frecuencia. La isquemia se manifiesta más frecuentemente como una molestia torácica, mientras que la reducción de la alteración de la habilidad de la bomba cardíaca lleva comúnmente a debilidad, fatigabilidad o, cuando es severa, produce cianosis, hipotensión, síncope y una elevación de la presión intravascular develando una falla ventricular... Diagnóstico: En cada rama de la medicina el desarrollo de un plan racional de manejo y evaluación del pronóstico se basan en un correcto abordaje diagnóstico... El establecimiento de un completo y correcto diagnóstico frecuentemente requiere el uso de diferentes métodos de examen: (1) Historia clínica, (2) examen físico (3) electrocardiograma (4) radiografía de tórax (5) exámenes no invasivos (ecocardiograma) (6) exámenes invasivos especializados, ejemplo: cateterismo cardíaco, coronariografía... Para una mayor efectividad, los resultados obtenidos de cada uno de estas seis modalidades deben ser analizadas en forma independiente... Por ejemplo, el electrocardiograma debe ser obtenido en todos los pacientes en quienes se sospeche enfermedad cardíaca... cuando se combina inteligentemente con los resultados de otros exámenes el electrocardiograma provee datos confirmatorios esenciales... (fl. 492, c.p) -se subraya-

19.3. Precisa el dictamen que el conjunto de técnicas médicas generalmente aceptadas entre los profesionales de la salud para superar esta dolencia recomiendan la realización de un electrocardiograma, cuyo respaldado está en *Lex Artis*, ya que ofrece un grado de certeza para la determinación del diagnóstico

del paciente:

De haberse realizado un electrocardiograma, tal como lo demandaba la LEX ARTIS en el caso particular de la paciente **MARIA SENED CAMPIÑO AGUDELO** se habrían allegado elementos que hubieran brindado certezas en la búsqueda diagnóstica de la paciente, ya para confirmar un nuevo evento de su ENFERMEDAD CORONARIA previa, o para descartarlo. Y una vez descartado, continuar con el análisis de las demás causas probables de su sintomatología. Resulta por demás significativo, que la paciente en mención acudía de manera regular a la consulta especializada de cardiología, según agenda programada de su EPS (Cajanal) por solicitud de interconsulta de la Clínica Manizales S.A. desde mayo de 1998 (fl. 493, c.p) (se subraya).

19.4. Por otra parte, en el dictamen pericial se hace referencia al Código Internacional de Ética Médica en donde se resaltan las consecuencias irreversibles que se generan cuando se presentan yerros en el diagnóstico de un paciente con padecimientos coronarios. Al respecto, se consignó:

La omisión, dilación y negligencia en el diagnóstico de una enfermedad puede desencadenar consecuencias irreversibles en la salud de las personas... puede agravar el padecimiento y, eventualmente llevar la enfermedad a límites inmanejables donde la recuperación podría resultar más gravosa o incierta, comprometiendo la integridad personal e, incluso la vida del afectado (fl. 493, c.p) (...).

En la evaluación del acto médico propiamente dicho, en lo concerniente a los denominados deberes secundarios de conducta como son los relacionados a la elaboración del diagnóstico, de información y de elaboración de la historia clínica, a la práctica adecuada y cuidadosa de los correspondientes interrogatorios y la constancia escrita de los datos expresados por la paciente, se puede concluir que hubo desconocimiento total del proceso adecuado de atención en el caso que nos ocupa (fl. 494, c.p) -se subraya-.

19.5. En cuanto al punto de si el diagnóstico de dolor en el oído era el más probable de conformidad con lo aportado en la historia clínica, se señaló por la experticia científica que no obran datos del abordaje semiológico de tal patología y que no existe registro clínico de alteración a nivel del sistema vestibular que hubiese justificado la prescripción de dramamine, utilizado para casos radicales de vértigo agudo:

De acuerdo con la información contenida en la historia clínica aparece el diagnóstico de síndrome vertiginoso sin que se hubieran aportado datos del abordaje semiológico de tal patología. No existe registro en el documento, acerca de síntomas de alteración del equilibrio, ni de trastornos de la audición o sensación dolorosa en los oídos; y la queja de desvanecimiento, de aparición abrupta, que motivó el traslado al servicio de urgencias la noche del 14 de agosto de 1999, pudo ser tomada en cuenta por el facultativo para considerar el trastorno del sistema vestibular (relacionado con los oídos y el equilibrio), sin que se hubiera comprobado su causalidad.

De nuevo, al revisar el texto de medicina interna vigente para la época

de los sucesos, se puede concluir:

El vértigo es un síntoma frecuente y molesto. Los pacientes emplean dicho término para referirse a una variedad de sensaciones que incluyen: aturdimiento, debilidad, mareo, vueltas en la cabeza, etc. Se hace necesario realizar una historia cuidadosa para determinar con exactitud la queja del paciente y sus causas. La relación del vértigo con episodios de pérdida de la conciencia puede ser secundaria a una isquemia de algún segmento del tallo cerebral. El vértigo propiamente dicho, corresponde a una sensación de rotación percibida con relación al ambiente o a la misma persona, usualmente debido a una alteración del sistema vestibular... En la evaluación del paciente con vértigo se hace necesaria una adecuada evaluación neurológica que permita determinar el nivel de alteración y el sistema alterado... Las pruebas de función vestibular se emplean para: (1) establecer la anormalidad orgánica y diferenciarla del vértigo de origen psicogénico, (2) establecer el lado de la anormalidad y (3) distinguir la causa central o periférica.

Es evidente que tampoco se registró en la historia, la anamnesis (interrogatorio) o pruebas clínicas que hubieran permitido al médico de urgencias confirmar o descartar la presencia de una alteración del sistema vestibular (test de equilibrio, examen de conductos auditivos, entre otros) durante la atención brindada a la paciente MARIA SENED CAMPIÑO AGUDELO. No obstante lo anterior, se continuó con la presunción diagnóstica de Síndrome Vertiginoso, anotado desde el inicio de la consulta, llegando incluso a la prescripción de Dimenhidranato, un medicamento empleado para el control de los casos de vértigo agudo, bajo el nombre comercial de Dramamine (1 CC IM - un centímetro cúbico - vía intramuscular) (...)(fl. 496 y 497, c.p).

El ejercicio semiológico comprende un exhaustivo razonamiento de los síntomas y los signos de un enfermo para encuadrarlos dentro de un complejo sindromático o en la definición de una enfermedad. En una paciente de 52 años con las dolencias señaladas, obligaba, bajo cualquier circunstancia, a un cuidadoso proceso de atención (fl. 504, c.p).

La prudencia mínimamente exigida en el acto médico debe acompañarse del conocimiento para prever las complicaciones. Para disminuir la brecha entre la sospecha diagnóstica (o presunción) y el diagnóstico definitivo, se cuenta con la destreza del facultativo y con las herramientas en el ejercicio como son los exámenes paraclínicos y los tiempos de observación (u hospitalización) en los servicios de urgencias que permitan realizar un seguimiento al cambiante espectro de las enfermedades que afectan a los individuos.

El trabajo diagnóstico culmina con la comprobación o descarte de las hipótesis formuladas a partir del interrogatorio. Un proceso basado en el conocimiento médico, en la experiencia profesional, en la interpretación de los resultados de las pruebas de laboratorio a la luz de los signos y síntomas, y sobre todo, en el seguimiento prudente de la evolución del cortejo sintomático, que permitirán al profesional mantener o cambiar las impresiones diagnósticas elaboradas al inicio de la atención.

En la correlación clínico-patológica de las enfermedades que afectan a los individuos, intervienen, de un lado, la técnica semiológica que brinda al médico la posibilidad del raciocinio, soportado en la evidencia científica y del otro, la prudente experiencia de su ejercicio, que al combinarse, integran el denominado árbol diagnóstico; un proceso que comprende las manifestaciones más comunes de una enfermedad

determinada o de un síndrome dado; a modo de ejemplo y para no alejarnos del caso que nos ocupa, el síntoma más frecuente en un paciente con infarto de miocardio es el dolor de carácter opresivo en el lado izquierdo del tórax. Empero, en la construcción de ese árbol diagnóstico, es mandatorio también considerar los síntomas atípicos (o poco frecuentes) de las enfermedades, y en su consideración, radica la destreza y conciencia en la estructuración del diagnóstico definitivo (fl.504 y 505, c.p) (...) -se subraya-

19.6. De acuerdo con lo anterior, se encuentra claramente probado, tal como lo sostuvo la parte actora a lo largo del trámite procesal, que la paciente Campiño Agudelo tenía una expectativa seria y razonable de sobreponerse a su dolencia; sin embargo, la deficiente atención brindada en el servicio de urgencias de la Clínica de Manizales S.A. le truncó dicha posibilidad de sobrevida.

20. Estudio del tercer elemento: pérdida definitiva de la oportunidad

20.1. La probabilidad que tenía la señora Campiño de sobrevivir se tornó en inexistente cuando la Clínica de Manizales no le ofreció la atención adecuada, es decir, cuando incurrió en error de diagnóstico, no le practicó los exámenes físicos y clínicos pertinentes, no la mantuvo en observación ni la remitió a un centro asistencial especializado del nivel que requería para su adecuada atención. En efecto, veinte horas después fue conducida por sus familiares al servicio de urgencias del Hospital de Caldas E.S.E., por presentar síntomas de *“muerte súbita con pérdida de la conciencia, cianosis y al parecer dolor precordial, ingresó en paro cardiorespiratorio, con TA: 0/0 (Tensión arterial 0/0. - sin presión arterial), con pupilas midriáticas (dilatadas)”*. Se estableció un cuadro de fibrilación ventricular (arritmia cardíaca) y se procedió a efectuar maniobras de reanimación cerebro-cardio-pulmonar. Se le diagnosticó en el Hospital de Caldas: *i) paro cardiorrespiratorio e ii) infarto agudo de miocardio - Killip IV⁸⁷ - escala más alta de infarto agudo de miocardio- con choque cardiogénico-*. Durante su estadía en la Unidad de Cuidados Intensivos de dicho hospital, su estado de salud fue empeorándose irreversiblemente hasta el día 16 de agosto de 1999 a las 19:30 horas en que falleció.

20.2. Respecto a la imposibilidad en que se encontraba la paciente de evitar el

⁸⁷ Según el dictamen pericial obrante en el proceso, la denominación Killip Class corresponde a un sistema de clasificación internacional de los individuos con infarto agudo del miocardio para determinar el riesgo de muerte. Las personas con Killip bajo tienen menor probabilidad de morir dentro de los 30 días siguientes al infarto de miocardio en contraposición a aquellos clasificados en rangos altos. La clase Killip IV describe individuos en estado de shock cardiogénico o hipotensión (presión arterial sistólica inferior a 90 mmHG) y evidencia de vasoconstricción periférica, con riesgo alto de morir.

perjuicio por haber sido frustrada de la oportunidad de un tratamiento oportuno y adecuado, cuando ingresó por primera vez al servicio de urgencias de la Clínica de Manizales S.A., la declaración rendida por el médico del Hospital de Caldas, doctor José Ignacio Arango, es elocuente al afirmar:

[E]n mi opinión el evento final antes de ingresar esta paciente al servicio de urgencias fue una ACV⁸⁸ con compromiso vascular sistémico (obstrucción múltiples vasos arteriales) (fl. 10, c.3).

20.3. En la declaración vertida al proceso por el doctor José Fernando López Mejía, médico del servicio de urgencias del Hospital de Caldas, se dijo:

[D]e acuerdo a lo establecido y consignado por mí en la historia clínica, la paciente ingresó en paro cardiorrespiratorio en ningún momento convulsionó, pero dentro de los antecedentes que yo mismo indagué encuentro que la noche anterior había presentado dos convulsiones que habían sido manejadas en la Clínica Manizales (fl. 7, c.3).

20.4. Respecto al estado agonizante en que ingresó la paciente al servicio de urgencias del Hospital de Caldas, es preciso ampliar lo referido en la declaración rendida por el citado médico:

Preguntado: de acuerdo a lo consignado en la historia clínica por usted nos puede narrar el estado en que la paciente llegó al servicio de urgencias del Hospital de Caldas. Contestó: Tal cual aparece consignado en la Historia la paciente ingresa en estado crítico de gravedad extrema con cesación total de signos vitales y con una evidencia cardioscópica de fibrilación ventricular en paro cardiorrespiratorio para lo cual se debían adelantar las acciones inmediatas para garantizarle una oportunidad de vida a la paciente. Preguntado: Nos puede explicar qué significa cesación Total de Signos Vitales. Contestó: Es la Ausencia de Frecuencia Cardíaca, Tensión Arterial, Frecuencia Respiratoria como se presentó en la paciente es decir en paro cardiorrespiratorio, no muerta y reitero que al ser llevada a la Sala de Reanimación y conectarse al cardioscopio se encontró en fibrilación ventricular (Es un ritmo Cardíaco caótico ocasionado por cualquier alteración de la función eléctrica que impide la función del corazón como bomba y por tanto la presencia de tensión arterial y frecuencia cardíaca). Preguntado: nos puede indicar con base en la historia clínica cuál era el diagnóstico de la paciente cuando fue llevada al servicio de recuperación. Contestó: infarto agudo de miocardio con paro cardiorrespiratorio (...) de acuerdo a lo que reposa y está escrito en la historia al servicio de urgencias ingresa una paciente en camilla proveniente de su casa, la cual según los familiares y testigos 20 minutos antes presentó sensación de dolor precordial con posterior

⁸⁸ Accidente cerebro vascular. Un accidente cerebrovascular sucede cuando el flujo de sangre a una parte del cerebro se detiene. Algunas veces, se denomina "ataque cerebral". Si el flujo sanguíneo se detiene por pocos segundos, el cerebro no puede recibir nutrientes y oxígeno. Las células cerebrales pueden morir, lo que causa un daño permanente.<http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/000726.htm>.

pérdida de la conciencia y de inmediato y en la institución procedo a hacer el reconocimiento de la paciente encontrando que esta se encuentra en paro cardiorrespiratorio e inicia las acciones convencionales y protocolarias que de acuerdo a estándares internacionales de manejo y reanimación se aplican en todo el mundo como es la activación de la clave azul que consiste en el traslado inmediato del paciente a la sala de reanimación que está dispuesta el servicio de urgencias del hospital y el inicio de todas las maniobras de reanimación cardiopulmonar básica y avanzada para el sostenimiento de la vida, estas maniobras consisten en el aseguramiento de una vía aérea, una adecuada circulación, una adecuada oxigenación del cerebro garantizando también un adecuado ritmo cardiaco, para todo esto tanto yo como el personal paramédico de urgencias estamos plenamente capacitados y con la experiencia necesaria para prestar una adecuada atención en el caso de una urgencia de este tipo que es lo más crítico que puede llegar a un servicio de estos (fl. 6-8, c.3) –se subraya-.

20.5. El anterior testimonio fue confirmado por el médico Mario Santacoloma Osorio, profesional de la salud que labora en el Hospital de Caldas, en cuya declaración vertida al presente proceso, afirmó:

[C]onsultada la historia de ingreso, se ingresó con los diagnósticos de: 1. Paro cardiorrespiratorio; 2. Infarto agudo miocardio (...) Pregunta: en su experiencia como médico puede indicarnos cuáles podrían ser los síntomas o signos presentados en una paciente con el diagnóstico por usted acabado de señalar. Contestó: La pregunta es muy compleja, un enfermo con paro cardiorrespiratorio se presenta sin signos vitales frente al infarto agudo, los síntomas pueden ser muy variados entre ellos puedo mencionar: dolor precordial, asfixia, sudoración, palidez y pérdida del conocimiento (...) el día 15 de agosto de 1999 ingresó por el servicio de urgencias en pésimas condiciones generales en paro cardiorrespiratorio y sin signos vitales (sin tensión arterial, sin respiración y sin latidos cardíacos), en este centro hospitalario se prestaron las maniobras de reanimación, no obstante la paciente permaneció durante su hospitalización en malas condiciones generales, el día 16 de agosto se solicitó por parte de la Unidad de Cuidados Intensivos una interconsulta al servicio de gastroenterología para practicar un endoscopia digestiva alta, pues la enferma presentaba signos de sangrado digestivo alto (retorno de sangre oscura por la sonda naso gástrica) (fl. 2-5, c.3) -se subraya-.

21. Imputación del daño de pérdida de oportunidad -análisis de la falla del servicio

21.1. Para los demandantes la falla del servicio imputable a las demandadas consiste en que pese a haber acudido la señora Campiño Agudelo al servicio de urgencias de la Clínica de Manizales y, posteriormente, al Hospital de Caldas por presentar serios quebrantos de salud no fue atendida adecuadamente al habersele diagnosticado de manera inexacta síndrome vertiginoso; en otras palabras, se invoca principalmente la **falla por error de diagnóstico** como factor determinante del despojo de la pérdida de oportunidad. En ese orden,

independientemente de que la Clínica de Manizales haya sido llamada en garantía por CAJANAL, lo cual será objeto de análisis más adelante, la Sala entrará a estudiar, en primer lugar, las **obligaciones** que para el momento de los hechos, esto es, 1999, tenía la entidad prestadora del servicio médico de urgencias y, en segundo lugar, si se configuraron **fallas en el diagnóstico y/o en el tratamiento** de la paciente María Sened Campiño Agudelo, pues bien pudo ocurrir que la pérdida de oportunidad de sobrevida se haya truncado en razón de los yerros y desaciertos nacidos de la imprudencia, impericia, negligencia o equivocación ostensible del galeno de la Clínica de Manizales al desconocer claramente todas las previsiones que la *lex artis* sugiere de cara a superar, atenuar o mitigar el mal que, finalmente, padeció la paciente.

22. Las obligaciones de las entidades demandadas relacionadas con el servicio de urgencias

22.1. Según lo dicho por la Sala⁸⁹, el elemento esencial de la responsabilidad en materia médica es la obligación que rige la praxis médica -deber funcional-, de la cual surge el contenido prestacional al que están sometidas las entidades demandadas⁹⁰. Sobre este aspecto, la Sala no puede pasar por alto que, siguiendo lo dicho tanto por la doctrina⁹¹ como por la Corporación⁹² y teniendo en

⁸⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 27 de abril de 2011, rad. 20315, M.P. Danilo Rojas Betancourth: “A propósito de la falla en la prestación del servicio médico, la Sala ha precisado que: es necesario que se demuestre que la atención médica no cumplió con estándares de calidad fijados por el estado del arte de la ciencia médica, vigente en el momento de la ocurrencia del hecho dañoso”.

⁹⁰ DOMÍNGUEZ ÁNGULO, Juan Pablo Rodríguez, *El concepto normativo del daño*, Ediciones Nueva Jurídica, 2016, p. 572 y 573: “una condena por responsabilidad civil o de Derecho de Daños, no es un nexo de causalidad, sino un nexo jurídico llamado obligación, obligación, por supuesto, que deber haber sido incumplida (...) Es decir, debemos distinguir dos relaciones obligatorias que podrían confundir nuestro análisis, que son propias del Derecho de Daños. Por un lado, está la comúnmente aceptada obligación de reparar, que surge cuando ya se ha presentado un daño, en cabeza del victimario y a favor de la víctima. Pero, la relación obligacional que queremos resaltar aquí, y que ha sido ignorada mayormente durante toda la historia del análisis del Derecho de Daños, es la obligación que tienen las personas respecto de los derechos ajenos, obligación que, como ya explicamos, es la razón por la cual podemos considerar que se tiene en verdad un derecho, debido a que solamente cuando podemos exigir de alguien, un tercero, algo o un mero respeto, estamos en presencia de derechos (...) La relación, el nexo que ata al "daño" con un autor y su conducta, es un nexo jurídico, una obligación, que fue incumplida. Con ello, de una manera mucho más clara, simple, pero sobre todo estrictamente jurídica, se puede explicar todo el Derecho de Daños y a la misma imputación”.

⁹¹ En este sentido, los profesores López Mesa y Trigo Represas explican que “sólo se responde por error de diagnóstico cuando el mismo ha sido grave e inexcusable; como, por ejemplo, si se aplica el tratamiento de una enfermedad que el paciente no tenía, sin antes esforzarse el médico por descubrir su verdadero mal, o si se efectúa un diagnóstico superficial o inexacto, en presencia de síntomas clínicos y pese a la enérgica protesta del enfermo. Para determinar si existió error en el diagnóstico médico en la etapa de revisión y examen del paciente, deben valorarse cuáles son los medios que un buen profesional hubiera utilizado para determinar la patología como paso previo a la elección del tratamiento”: LÓPEZ DE MESA, Marcelo y TRIGO REPRESAS, Félix,

cuenta que la actividad médica no es una actividad infalible sino una ciencia probabilística basada en hipótesis, cuyo ejercicio está sorteado por factores aleatorios, a los profesionales de la salud no se les puede exigir el deber de acertar matemáticamente en el diagnóstico o tratamiento adecuado, por lo que la falla en el servicio, objeto de censura, no es el hecho de que el personal médico no acierte en la ruta terapéutica en orden a mitigar o superar la patología, sino el que por su negligencia e impericia no agote todas las previsiones que la *lex artis* sugiere a efectos de atemperar los males sufridos por los pacientes⁹³.

22.2. La definición de urgencia ha sido contemplada por el Decreto 412 de 1992, reglamentario de la Ley 10 de 1990⁹⁴, que en su artículo 3º la puntualizó como *“la alteración de la integridad física y/o mental de una persona, causada por un trauma o por una enfermedad de cualquier etiología que genere una demanda de atención médica inmediata y efectiva tendiente a disminuir los riesgos de invalidez y muerte”*. Y la atención inicial de urgencias, es entendida por el mismo artículo como *“todas las acciones realizadas a una persona con patología de urgencia y que tiendan a estabilizarla en sus signos vitales, realizar un diagnóstico de impresión y definirle el destino inmediato, tomando como base el nivel de atención y el grado de complejidad de la entidad que realiza la atención inicial de urgencia, al tenor de los principios éticos y las normas que determinan las acciones y el comportamiento del personal de salud”*.

22.3. A propósito de la organización del servicio de urgencia, el Decreto 412 de

Responsabilidad civil de los profesionales, Ed. Lexis Nexis, Bs. As., 2005, p. 478 citado por JARAMILLO, Carlos Ignacio, *La culpa y la carga de la prueba en el campo de la responsabilidad médica*, Ibáñez, Bogotá, 2015, p.155.

La profesora Macía Morilo pone de presente que “El error por tanto, es un riesgo inseparable de la ciencia médica y puede producir en el contexto de una diligencia profesional, que, como hemos señalado, no genera responsabilidad. Así pues, en un contexto en que la responsabilidad se imputa a partir de un criterio de culpa, lo que motiva la responsabilidad del sanitario es su negligencia, no el error médico en sí; dicho de otra forma: una cosa es la negligencia médica y otra el error médico, si entendemos éste como el que resulta de la ausencia de saberes de la medicina -y no del médico- sobre un determinado proceso corporal, dolencia, enfermedad, sobre su cura. El error, por tanto, en sí mismo, sólo es causa de responsabilidad cuando sea ocasionado por un comportamiento negligente”: MACÍA MORILLO, Andrea, “La responsabilidad civil del médico en el ejercicio individual de la medicina”, *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*, Tomo IV, Derecho privado, Vol. 2, 2010 (Volumen 2), pp. 164-188, citado por *Ibidem*.

⁹² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 10 de febrero de 2000, rad. 11878, M.P. Alier Eduardo Hernández.

⁹³ Sobre este punto puede consultarse con interés: Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 9 de octubre de 2014, rad. 32348, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

⁹⁴ El artículo 2º de esta ley estableció: “Todas las instituciones o entidades que presten servicios de salud están obligadas a prestar la atención inicial de urgencias, con independencia de la capacidad socio-económica de los demandantes de estos servicios, en los términos que determine el Ministerio de Salud”. Cabe anotar que dichas obligaciones fueron reiteradas por el artículo 168 de la Ley 100 de 1993.

1992 estableció que se trataba de “*la unidad que en forma independiente o dentro de una entidad que preste servicios de salud, cuenta con los recursos adecuados tanto humanos como físicos y de dotación que permitan la atención de personas con patología de urgencia, acorde con el nivel de atención y grado de complejidad previamente definidos por el Ministerio de Salud para esa unidad*”. Si bien las unidades de urgencias se constituyen en función del nivel de atención y el grado de complejidad clínica, no quiere decir que están desarticuladas y que su acción llega hasta donde su estructura orgánica lo determine, ya que, según lo previsto por el mencionado Decreto (artículo 3º), su modo de ejecución y operación está organizado a través de un sistema de red⁹⁵ que garantiza la coordinación de todas las unidades prestatarias de atención de urgencias, con capacidad de resolución para la atención de las personas con diversas patologías de urgencias, de tal suerte que la red hospitalaria debe actuar de manera coordinada bajo una estructura armónica conformada por subsistemas de información, comunicaciones, transporte, insumos, educación, capacitación y de laboratorios, es decir, se trata de un sistema de atención integral en la organización del servicio de salud.

22.4. Además, en cuanto a las responsabilidades de las entidades de salud con respecto a la atención inicial de urgencia, el artículo 5º del Decreto 2759 de 1991, dispuso en cuanto a la remisión en urgencias que: “Las entidades públicas o privadas del sector salud, que hayan prestado la atención inicial de urgencias, deben garantizar la remisión adecuada de estos usuarios hacia la institución del grado de complejidad requerida, que se responsabilice de su atención” (se subraya). En similar sentido, el artículo 4º del Decreto 412 de 1992, reglamentario de la Ley 10 de 1990⁹⁶, precisó que “La entidad que haya prestado la atención inicial de urgencias tiene responsabilidad sobre el paciente hasta el momento en que el mismo haya sido dado de alta, si no ha sido objeto de una remisión. Si el paciente ha sido remitido, su responsabilidad llega hasta el momento en que el

⁹⁵ Según el artículo 3º de esta norma la red de urgencias “Es un conjunto articulado de unidades prestatarias de atención de urgencias, según niveles de atención y grados de complejidad, ubicado cada uno en un espacio poblacional concreto, con capacidad de resolución para la atención de las personas con patologías de urgencia, apoyado en normas operativas, técnicas y administrativas expedidas por el Ministerio de Salud. // La red actuará coordinadamente bajo una estructura conformada por subsistemas de información comunicaciones, transporte, insumos, educación, capacitación y de laboratorios”.

⁹⁶ El artículo 2 de la Ley 10 de 1990 prescribe: “todas las instituciones o entidades que presten servicios de salud están obligadas a prestar la atención inicial de urgencias, con independencia de la capacidad socio-económica de los demandantes de estos servicios, en los términos que determine el Ministerio de Salud”. Estas obligaciones fueron también incorporadas en el artículo 168 de la Ley 100 de 1993.

mismo ingrese a la entidad receptora”.

22.5. Por otra parte, la Ley 23 de 1981 en su artículo 10º prescribe: “El médico dedicará a su paciente el tiempo necesario para hacer una evaluación adecuada de su salud e indicar los exámenes indispensables para precisar el diagnóstico y prescribir la terapéutica correspondiente”. Asimismo, el artículo 12 de esta misma ley establece que “el médico solamente empleará medios diagnósticos o terapéuticos debidamente aceptados por las instituciones científicas legalmente reconocidas”.

22.6. Aparte de estas obligaciones, la Resolución 707 del 3 de abril de 1996 de la Caja Nacional de Previsión Social -CAJANAL-, la cual forma parte integrante del contrato de prestación de los servicios de salud n.º 125 de 1997, estableció las normas básicas aplicables a la prestación de servicios de salud contratados por CAJANAL⁹⁷, precisó que:

El contratista se compromete a disponer de servicios para la atención de urgencias médicas (...) durante las 24 horas del día. En caso de que el centro que atienda en primera instancia la urgencia, no pueda disponer de dicho apoyo tecnológico, el contratista debe garantizar el traslado inmediato a otro centro de mayor complejidad, en condiciones de seguridad clínica para el paciente, con cargo al contrato (...).

El usuario, familiares o la entidad nominadora informarán oportunamente a CAJANAL -EPS- de la urgencia presentada, según normatividad existente.

El contratista debe garantizar la atención oportuna y eficaz de la prestación de los servicios de urgencias o establecer un mecanismo que asegure la priorización de las urgencias, una vez solicitado el servicio respecto a patologías que así lo ameriten (...).

ARTÍCULO DECIMOSEXTO: MEDIOS DIAGNÓSTICOS.- Para el laboratorio clínico y patológico, se incluyen todas las pruebas de laboratorio clínico y los análisis histopatológicos de conformidad con el Plan Obligatorio de Salud, los cuales pueden ser realizados por el contratista con recurso propio o subcontratados con instituciones de reconocida idoneidad.

El contratista debe garantizar la prestación de todos los métodos diagnósticos de conformidad con el Plan Obligatorio de Salud y de acuerdo con las obligaciones contractuales.

Los estudios paraclínicos deben realizarse en los tres (3) primeros días hábiles siguientes a la fecha de la solicitud del servicio y sus resultados informados dentro del día siguiente hábil a la toma del examen, salvo consideraciones de orden técnico. Se exceptúan las solicitudes de

⁹⁷ Véase la Resolución n.º 707 del 3 de abril de 1996 que obra a folios 239 a 266 del cuaderno 1 del expediente.

exámenes de urgencias, cuyos resultados deberán ser informados inmediatamente.

El contratista debe contar con los servicios de diagnóstico en los municipios de residencia de los usuarios, o en su defecto en el más cercano que posea dicha infraestructura. Si por razón del volumen de usuarios o la no disponibilidad de oferta en dicho municipio, éstos no pudieran ser prestados allí, el contratista debe establecer los mecanismos necesarios para garantizar la remisión y oportunidad en la toma y el reporte de los resultados (...).

ARTÍCULO DÉCIMOSÉPTIMO: TRATAMIENTO.- Hacen parte del tratamiento de los usuarios, los siguientes (...):

B) HOSPITALIZACIÓN Y CIRUGIA: El paciente que amerite ser hospitalizado en forma electiva o por urgencias, debe ser atendido en una institución que cumpla con las exigencias de Ley, otorgada por autoridad competente, en donde se les garantice una adecuada atención, médico-asistencial (...)

El paciente debe estar bajo el cuidado de un médico especialista tratante y en ausencia de éste, asumirá otro médico especialista; solamente se delegará su cuidados intrahospitalario a un médico general, con experiencia en los casos de urgencia médica cuando sea imposible disponer de recurso especializado. En ningún caso se debe dejar bajo la responsabilidad de médicos internos o médicos en cumplimiento del servicio social obligatorio, exceptuando aquellos municipios que por sus características no exista otro recurso disponible (...)

ARTÍCULO VIGESIMOQUINTO: REMISIÓN O REFERENCIA. Quando las condiciones de salud del usuario ameriten una atención de mayor complejidad ésta se hará a través de la red de servicios asistenciales que establezca cada IPS contratada o Cajanal EPS, cuando sea de su responsabilidad, según contrato de prestación de servicios -se subraya-

22.7. Es preciso resaltar la importancia de las obligaciones descritas con anterioridad habida cuenta de que al presentarse al servicio de urgencias la paciente y su familia se encontraban forzosamente a disposición del personal de salud, de cuyo correcto ejercicio profesional dependía no solo que se ordenaran los procedimientos necesarios para identificar la patología padecida sino que se evitara o mitigara el despliegue de efectos letales no deseados, sin que esto quiera decir infalibilidad del ejercicio profesional de la medicina⁹⁸.

22.8. En ese orden, el médico a través del diagnóstico encauza la ruta terapéutica adecuada, descarta hipótesis y organiza racional y progresivamente las etapas de

⁹⁸ "Ser idóneo es poseer suficiencia o aptitud para desempeñar una función, sin que esto implique infalibilidad, es decir, no se posee la calidad de ausencia de falla, equivocación o engaño. El juicio del médico constituye aquella facultad del entendimiento por la cual se conoce y se compara un grupo de manifestaciones clínicas, con el objeto de seguir una conducta. En el ejercicio de la medicina se parte de la base de un principio general de cuidado, el cual implica un aspecto interno (conciencia de las propias limitaciones y capacidades antes de emprender un acto médico) y otro externo (evitar acciones peligrosas y ejercer dentro del riesgo previsto)". GUZMÁN, F; FRANCO, E; SAAVEDRA E, *Derecho Médico Colombiano. Elementos Básicos. Responsabilidad Ética Médica Disciplinaria*, Universidad Libre, Tomo 1, Bogotá, 2006, p. 846.

cuidado en orden a restablecer la salud o aliviar el mal que aflige a la paciente, califica y jerarquiza los recursos científicos y humanos a su alcance, de tal suerte que el diagnóstico constituye, aparte del tratamiento, una de las piezas centrales de lo que se conoce como *el actus galénico*⁹⁹ a partir del cual se pueden realizar pronósticos acertados¹⁰⁰.

23. Configuración de un error de diagnóstico

23.1. En el caso concreto se tiene que la complicación finalmente presentada por la paciente fue infarto agudo de miocardio y shock cardiogénico que, como lo indican varios estudios adelantados por el Ministerio de Salud y Protección Social, “constituye la principal causa de muerte en el mundo (...)”¹⁰¹ y “la demora en la consulta por parte del paciente ha sido [un] factor clave en las altas tasas de muerte súbita cardíaca”, razón por la cual exige la mayor diligencia y atención por parte de los galenos.

23.2. Ahora, si bien es cierto que, en los términos del contrato n.º 125 celebrado el 24 de septiembre de 1997 entre CAJANAL y la Clínica de Manizales, esta última no estaba obligada a atender a los usuarios del IV nivel de complejidad, donde posiblemente se ubicaba la paciente Campiño Agudelo en razón de su patología, según lo informado en la contestación de la demanda por la Clínica de Manizales S.A., también lo es que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 115 de la Resolución n.º 5261 de 1994¹⁰² -disposición que hace parte del contrato de prestación de servicios de salud suscrito entre CAJANAL y la Clínica de Manizales

⁹⁹ “Se han esbozado (...) múltiples teorías que identifican distintas etapas en el curso de la actividad del facultativo; para algunos autores (...) dicha actividad puede simplemente dividirse en dos grandes momentos: el de diagnóstico y el del tratamiento; para otros, por el contrario, admite tres fases –diagnóstico, tratamiento e intervención quirúrgica- (...)”: JARAMILLO, Carlos Ignacio, *La culpa y la carga de la prueba en el campo de la responsabilidad médica*, Ibáñez, Bogotá, 2015, p. 62.

¹⁰⁰ Al respecto, la doctrina ha señalado que “el acto médico negligente es una transgresión a normas comunes de sensatez a diferentes niveles. Es decir, constituye un descuido u omisión tal, que al comparar la conducta de un médico con la de otro que posea un conocimiento similar y el correspondiente sentido común de responsabilidad que les ha conferido la experiencia y el estudio respectivos, y de quienes se esperarí una conducta lógica, mesurada y acorde con el deber de cuidado y la *Lex Artis* que rigen el acto determinado que se analiza, se concluye que obró por fuera de los parámetros mínimos de cuidado”: GUZMÁN, F; FRANCO, E; SAAVEDRA E, *Ibidem*, p. 683.

¹⁰¹ Ministerio de Salud y Protección Social, *Guías Básicas de Atención Médica Prehospitalaria*, 2012, p. 523.

¹⁰² El tenor de la norma es el siguiente: “Otros procedimientos diagnósticos y/o terapéuticos. Se consideran para el nivel III los siguientes: (...) Cardiología Hemodinamia (...) - Ecocardiograma modo M - Ecocardiograma modo M y bidimensional - Ecocardiograma modo M, bidimensional y doppler (...) - Coronariografía más cateterismo derecho (...) - Electrocardiografía dinámica de 24 horas (Holter) - Angioplastia coronariografía (incluye colocación marcapasos y coronariografía post-angioplastia inmediata) - Angioplastia periférica (incluye arteriografía post angioplastia) (...) - Electrocardiografía de tres canales y/o con derivaciones especiales (...)”.

(v. supra, párr. 8.2)-, en las instituciones de salud cuya atención se enfoca en el nivel III, se tiene previsto que a los pacientes que padecen enfermedades coronarias con antecedentes de infarto del miocardio, se les debe practicar exámenes de diagnóstico de electrocardiograma y una medición en sangre de las enzimas de integridad coronaria (enzimas cardíacas). A parte de esto, la Clínica de Manizales S.A., quien se había comprometido a atender pacientes del nivel I, II y III del Plan Obligatorio de Salud, estaba en la obligación de garantizar que, ante la existencia de serias sospechas de riesgos de enfermedades cardíacas, la paciente fuera valorada de preferencia por un especialista, según lo dispuesto por el artículo 20 de dicha Resolución¹⁰³, y que fuera este, con ayuda de los estudios clínicos y paraclínicos mencionados anteriormente, el que adoptara la ruta terapéutica y el tratamiento más adecuado.

23.3. Si bien es cierto que por razón del volumen de usuarios o la no disponibilidad de recursos humanos o tecnológicos, las entidades prestadoras de salud no puedan garantizar absolutamente sus obligaciones, lo que es obvio y comprensible, no lo es menos que existe la obligación de la Clínica, al tenor de lo contemplado por la Resolución 707 del 3 de abril de 1996 de la Caja Nacional de Previsión Social -forma parte integrante del contrato de prestación de los servicios de salud n.º 125 de 1997 y obra en el expediente-, de trasladar de inmediato al paciente a otro centro de mayor complejidad, en condiciones de seguridad clínica para el mismo.

23.4. En ese orden, no basta con constatar que la Clínica de Manizales S.A., atendió a la señora Campiño en el servicio de urgencias *-obligación de organización del servicio de urgencias-*, sino que debe examinarse si se prestó el servicio con diligencia, de acuerdo con las condiciones fácticas y medios disponibles para el momento de los hechos, en cumplimiento de las obligaciones a las que estaba sometida *-obligación de calidad del servicio público de salud en el área de urgencias-*.

23.5. En el presente caso se tiene que, en lo concerniente a la prestación del servicio, el reproche que se formula específicamente a la Clínica de Manizales es

¹⁰³ “Artículo 20. Responsabilidades por niveles de complejidad. Para efectos de definir la responsabilidad del personal de salud en los diferentes niveles de complejidad se establece: NIVEL I: Médico general y/o personal auxiliar y/o paramédico y/o de otros profesionales de la salud no especializados. NIVEL II: Médico general y/o profesional paramédico con interconsulta, remisión y/o asesoría de personal o recursos especializados. NIVEL III y IV: Médico especialista con la participación del médico general y/o profesional paramédico”.

el haber incurrido en graves yerros e imprecisiones al momento de establecer el diagnóstico, pues bien, al margen de no haber sido valorada por un especialista, se extraña que no se hubieren ordenado o realizado en la consulta médica de urgencias, por decir lo menos, los exámenes básicos para emitir un diagnóstico juicioso y más acertado. En efecto, al revisar el Texto de Medicina Interna vigente para la fecha de los acontecimientos (13° Ed. 1994) en el capítulo de *Desórdenes del sistema cardiovascular. Abordaje del paciente con enfermedad cardiaca*, traído a colación por la experticia científica, el procedimiento ordenado para establecer su génesis y, con ella, el tratamiento a seguir consistía en:

El establecimiento de un completo y correcto diagnóstico frecuentemente requiere el uso de diferentes métodos de examen: (1) Historia clínica, (2) examen físico (3) electrocardiograma (4) radiografía de tórax (5) exámenes no invasivos (ecocardiograma) (6) exámenes invasivos especializados, ejemplo: cateterismo cardiaco, coronariografía)... Para una mayor efectividad, los resultados obtenidos de cada uno de estas seis modalidades deben ser analizadas en forma independiente... Por ejemplo, el electrocardiograma debe ser obtenido en todos los pacientes en quienes se sospeche enfermedad cardiaca... cuando se combina inteligentemente con los resultados de otros exámenes el electrocardiograma provee datos confirmatorios esenciales...

23.6. En el mismo sentido las Guías Básicas de Atención Médica Prehospitalaria del Ministerio de Salud y Protección Social¹⁰⁴ señalan que una identificación rápida y oportuna, con pertinencia en el ámbito prehospitalario y en los Servicios de Urgencias, de aquellos pacientes que pueden beneficiarse de tratamientos, permite una disminución de la morbimortalidad. Es por ello que la Guía llama la atención para que los Sistemas de Emergencias Médicas estén entrenados para generar las alertas y el reconocimiento temprano de los pacientes que cursan con un Infarto del Miocardio Agudo¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Ministerio de Salud y Protección Social, *Guías Básicas de Atención Médica Prehospitalaria*, 2012, p. 523.

¹⁰⁵ Es de anotar que a propósito del síndrome coronario agudo como causa de muerte las Guías Básicas de Atención Médica Prehospitalaria del Ministerio de Salud y Protección Social anotan: “La presentación clínica del Síndrome Coronario Agudo (SCA) es amplia y puede, aunque no debe, de alguna manera confundir al recurso humano que labora en el ámbito prehospitalario. Es por ello que se hace necesaria una sólida formación en soporte vital avanzado, la realización de una adecuada anamnesis y un completo y concienzudo examen físico para identificar prontamente la posibilidad del evento coronario agudo. (...) Ante la sospecha clínica del SCA, se debe realizar un EKG [electrocardiograma] de doce derivaciones lo más pronto posible, idealmente en los primeros 10 minutos de haber entrado en contacto con el paciente (Clase IIA, nivel de evidencia B) (...); en caso de llevar menos de tres horas con los síntomas y no hay disponibilidad de traslado a un centro sanitario con servicio de Hemodinamia para un cateterismo cardíaco en la próxima hora, la trombolisis es el manejo de elección (Clase I, nivel de evidencia B). (...)”. Para el manejo del infarto agudo del miocardio no complicado las Guías Básicas de Atención Médica Prehospitalaria del Ministerio de Salud y Protección Social señalan: “Se define como infarto agudo del miocardio no complicado aquel que se presenta sin arritmias o sin alteración hemodinámica. A continuación se describe el manejo basado en las recomendaciones de la American Heart Association. Dolor

23.7. Si partimos de que el diagnóstico está constituido por “el conjunto de actos enderezados a determinar la naturaleza y trascendencia de la enfermedad padecida por la paciente, con el fin de diseñar el plan de tratamiento correspondiente, de cuya ejecución dependerá la recuperación de la salud, según las particulares condiciones de aquel”¹⁰⁶; y cuya fase de la intervención del profesional de la salud suele comprender “la exploración y la auscultación del enfermo y, en general la labor de elaborar cuidadosamente la anamnesis, vale decir la recopilación de datos clínicos del paciente que sean relevantes”, para la Sala es claro que, de acuerdo con lo consignado en la historia clínica y en el caso bajo análisis, el servicio de urgencias prestado por la Clínica Manizales no fue el adecuado según la *lex artis* para asistir convenientemente a una paciente con enfermedad coronaria.

23.8. En tratándose de una paciente de 52 años con los síntomas indicados y conocidos con suficiente anticipación por la Clínica de Manizales S.A., se requería un proceso de atención cuidadoso y conducente a determinar de modo ponderado el origen de las dolencias y los signos presentados por esta. La prudencia mínima en estos casos indicaba que: *i)* no se diera de alta a una paciente que presentaba un cuadro de mareo y desmayo con pérdida de conciencia cuyos antecedentes conocidos por la Clínica de Manizales S.A. eran de enfermedad coronaria; *ii)* se realizara una evaluación clínica básica relacionada con las razones que motivaron la consulta por urgencias, incluyendo los exámenes de diagnóstico necesarios; y *iii)* se remitiera a un especialista.

23.9. A la luz de la pregunta consignada en el cuestionario formulado al perito forense, si la paciente debió ser remitida al especialista en cardiología, el dictamen sostuvo:

[L]a realización mínimamente de un electrocardiograma y de la medición en sangre de los niveles de enzimas de integridad cardíaca, hubiesen descartado una probabilidad diagnóstica no consignada en la historia

torácico sugestivo de isquemia Valoración Inicial: Evaluar el estado de conciencia, medición de signos vitales, acceso venoso, electrocardiograma de 12 derivaciones, examen físico e historia clínica dirigida. Se debe establecer un acceso venoso lo más pronto posible debido a la necesidad potencial de administración de medicamentos (por lo regular los líquidos son de mantenimiento). Evitar los sitios de difícil compresión o los traumatismos en las venas. Se deben tomar muestras sanguíneas para posterior realización de estudios enzimáticos, electrolíticos y de pruebas de coagulación. La monitorización electrocardiográfica se debe realizar de manera continua, debido al riesgo de arritmias letales y no letales; al igual que el control de marcadores enzimáticos de manera seriada”. *Ibidem*, p.525.

¹⁰⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 8 de agosto del 2011, rad. 2001-00778-01, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.

clínica, como lo era un evento coronario agudo (...). Se hace evidente por lo consignado en la historia clínica, que el médico que prestó atención a la paciente **MARIA SENED CAMPIÑO AGUDELO**, no le realizó la evaluación mínima necesaria en relación con su motivo de consulta de "mareos, desvanecimiento y palidez"; (...) No existe prueba de que el servicio prestado durante la consulta al servicio de urgencias de la Clínica Manizales S.A., se hubiera realizado con integralidad, ya que lo registrado en la historia clínica evidencia el no cumplimiento de los "principios operativos de oportunidad, suficiencia, eficacia y calidad". (...). El hecho de no realizar una historia clínica completa, es una violación a la *lex artis* médica y a la normatividad vigente. Tal evidencia aporta un fuerte indicio de una inadecuada prestación de los servicios en salud que requirió la señora **MARIA SENED CAMPIÑO AGUDELO**, el día de los hechos. Existe una base de análisis en la Norma de Atención: 1. Cada cuadro clínico tiene un diagnóstico; 2. Todo diagnóstico genera una conducta médica específica; 3. La conducta médica incluye: a) qué hay que hacer, b) quién debe hacerlo, c) cuándo se debe hacer, d) cómo se debe hacer, e) para qué se debe hacer. Y en esa ocasión, en particular, la Norma de Atención fue incumplida (...). Puede afirmarse que la ausencia de uno, o varios de los eslabones en la cadena de atención en las instituciones de salud, determinará errores en el proceso médico: una historia clínica incompleta impedirá llegar a un diagnóstico correcto y en consecuencia, los tratamientos no serán efectivos ni oportunos y los riesgos de complicaciones adicionales al cuadro inicial, se incrementarán con grave perjuicio para el estado de salud del enfermo (fl. 501, c.p)" -se subraya-

23.10. Ahora, un poco más de veinte horas, a las 18:10 p.m. del día de su fallecimiento, en el Hospital de Caldas la complicación final presentada por la paciente fue isquemia mesentérica, shock cardiogénico, infarto agudo de miocardio y artero esclerosis que, como lo señalan varios medios de prueba (fl. 504, c.p -dictamen pericial), la brecha entre la sospecha diagnóstica (o presunción) y el diagnóstico definitivo, se habría podido disminuir si se hubieran llevado a cabo los exámenes paraclínicos y los tiempos de observación (u hospitalización) en el servicio de urgencias, lo que habría permitido realizar un seguimiento al cambiante espectro de patologías que fustigaban a la paciente. Ahora, no se entiende por qué no se estableció una ruta para determinar la causa de la patología ni las razones que condujeron al galeno a decir por asalto que se trataba de un síndrome vertiginoso ni menos a prescribir un medicamento ajeno con su realidad terapéutica. Al respecto, el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Dirección Seccional, Caldas, Manizales concuerda con lo dicho por la experticia científica donde se dice que la Clínica de Manizales no registró tiempos de evolución, signos y síntomas de la paciente ni examen físico completo:

En la historia clínica de la Clínica Manizales aparece una atención de urgencias del 14.08.99 en la noche (un día antes de ingresar al Hospital de Caldas). En la descripción de la enfermedad actual solo aparece síndrome vertiginoso, en el examen físico se anotan los signos vitales y una frase que es ilegible, el diagnóstico es síndrome vertiginoso y el

tratamiento: Dramamine. Consideró que es muy difícil hacer un análisis de esta nota ya que no se describe el tiempo de evolución, los signos y síntomas de la paciente ni se anota un examen físico completo, por lo que es imposible determinar si el enfoque dado al cuadro clínico fue el adecuado (fl. 25 -28, c.4) -se subraya-.

23.11. También guarda relación con las anteriores experticias, las declaraciones rendidas por testigos (v. párr. 8.15), en los que se afirma que la paciente no fue examinada cuidadosamente ni fue posible entregar al momento de consultar el servicio de urgencias un diagnóstico acertado, ni se tuvo en cuenta sus antecedentes de salud, los cuales eran conocidos por la Clínica de Manizales. Al respecto, el testimonio de la señora Amparo Campiño Agudelo es muy elocuente y guarda relación con los otros medios de prueba obrantes en el proceso:

[A] ella se le llevó a la Clínica Manizales y el médico no la examinó, le preguntó que tenía y ella respondió que se sentía mareada, yo estaba ahí con ella, por lo cual se le preguntaba si era problema del corazón y él no respondió, le mandó una inyección, le dijo que pidiera cita para que el martes fuera donde el médico (...) [E]ntonces el médico no la examinó, simplemente le preguntó que sentía y ella le respondió que sentía un mareo, que estaba mareada, entonces él le respondió que era problema de oídos, que pidiera cita el martes y ella murió el lunes 16 de agosto de 1999 (fl.4 – 6, c.3) -se subraya-.

23.12. La infracción de obligaciones por parte de la Clínica de Manizales consistió en: *i)* no establecer en ningún acápite de la historia clínica, el motivo de consulta de la paciente que hubiera permitido realizar el ejercicio de presunción diagnóstica y su confirmación mediante un examen físico y exámenes complementarios; *ii)* no se demostró que el médico hubiera registrado integralmente los hallazgos del examen, con lo cual se habría acreditado que el profesional de la salud no sometió al paciente a riesgos superfluos con la prescripción de medicinas innecesarias; *iii)* no se elaboró la historia clínica en forma integral y completa, con lo que se impidió a la paciente y a sus familiares conocer su estado de salud al momento de entrar y salir de la institución; *iv)* no se cumplió con el objetivo de ayuda al enfermo; y *v)* adicionalmente se hallaron enmendaduras, ilegibilidad y no concordancia entre las horas de admisión y de egreso (fl. 489, c.p).

23.13. Frente a este último aspecto, constata la Sala que la Clínica de Manizales S.A incurrió en una conducta irregular al aportar a este proceso la historia clínica incompleta, lo cual se considera como un indicio en su contra¹⁰⁷. En efecto,

¹⁰⁷ Al respecto, la corporación ha dicho: "no es necesario modificar las reglas probatorias señaladas en la ley para hacer efectivas las consecuencias que se derivan de la violación del deber de lealtad de las partes, dado que el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil,

aportar una historia clínica incompleta, tachada y enmendada permite inferir la falta de diligencia en la prestación del servicio; lo anterior, teniendo en cuenta que este documento no solo es el pilar basilar que da fe pública de la calidad ofrecida en la atención médica hospitalaria, sino también porque es uno de los principales medios probatorios, que aunado a las demás pruebas, a las reglas de la experiencia y a la sana crítica, le permiten al juez formar el grado de convicción necesario para fallar.

23.14. Esto tiene amplio respaldo normativo en el artículo 34 de la Ley 23 de 1981 y el artículo 3º y 5º de la resolución 1995 de 1999 del Ministerio de Salud, según los cuales la historia es un registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente; sin embargo, en el presente, dicho documento carece de los requisitos de integralidad, disponibilidad y oportunidad¹⁰⁸. En esta dirección, el dictamen pericial allegado al proceso sostiene que se hallan inconsistencias graves en los datos de la historia clínica, “en donde no se consignó el análisis de antecedentes personales y familiares”. Y sólo se anotó: **"IAM previo"**. Más aún, cuando en esa misma institución se había realizado meses antes, el diagnóstico de **"Enfermedad**

establece que el juez podrá deducir indicios de su conducta procesal. Así, por ejemplo, de la renuencia a suministrar la historia clínica, o hacerlo de manera incompleta, o no documentar datos relevantes de la prestación médica, puede inferirse el interés de la parte de ocultar un hecho que le resulta adverso a sus intereses; como puede serlo también en contra de la parte demandante, el negarse a la práctica de un examen médico con el fin de establecer la veracidad de las secuelas que hubiera podido derivarse de una intervención, o el ocultar información sobre sus antecedentes congénitos, que por ejemplo, pudieran tener incidencia sobre la causa del daño aparentemente derivado de la intervención médica (...) La desigualdad que se presume del paciente o sus familiares para aportar la prueba de la falla, por la falta de conocimientos técnicos, o por las dificultades de acceso a la prueba, o su carencia de recursos para la práctica de un dictamen técnico, encuentran su solución en materia de responsabilidad estatal, gracias a una mejor valoración del juez de los medios probatorios que obran en el proceso, en particular de la prueba indiciaria, que en esta materia es sumamente relevante, con la historia clínica y los indicios que pueden construirse de la renuencia de la entidad a aportarla o de sus deficiencias y con los dictámenes que rindan las entidades oficiales que no representan costos para las partes". Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de agosto del 2006, rad. 15772, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁰⁸ Resolución 1995 de 1999, artículo 3º, características de la historia clínica: “Las características básicas son: Integralidad: La historia clínica de un usuario debe reunir la información de los aspectos científicos, técnicos y administrativos relativos a la atención en salud en las fases de fomento, promoción de la salud, prevención específica, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, abordándolo como un todo en sus aspectos biológico, psicológico y social, e interrelacionado con sus dimensiones personal, familiar y comunitaria. // Secuencialidad: Los registros de la prestación de los servicios en salud deben consignarse en la secuencia cronológica en que ocurrió la atención. Desde el punto de vista archivístico la historia clínica es un expediente que de manera cronológica debe acumular documentos relativos a la prestación de servicios de salud brindados al usuario. // Racionalidad científica: Para los efectos de la presente resolución, es la aplicación de criterios científicos en el diligenciamiento y registro de las acciones en salud brindadas a un usuario, de modo que evidencie en forma lógica, clara y completa, el procedimiento que se realizó en la investigación de las condiciones de salud del paciente, diagnóstico y plan de manejo. // Disponibilidad: Es la posibilidad de utilizar la historia clínica en el momento en que se necesita, con las limitaciones que impone la Ley. // Oportunidad: Es el diligenciamiento de los registros de atención de la historia clínica, simultánea o inmediatamente después de que ocurre la prestación del servicio”.

coronaria e Infarto agudo del miocardio no anterior previo" (fl. 511, c.p).
(destacado original).

23.15. Prosigue la experticia:

Faltan las apreciaciones clínicas que el médico ha debido observar ante una paciente de sexo femenino de la sexta década de la vida, con antecedentes de enfermedad arterial coronaria que de forma súbita presenta episodios de alteración del estado de conciencia y sensación de desvanecimiento (por demás no registrados), tales como: resultado de la toma de presión arterial con los cambios de posición de la paciente, pruebas de equilibrio, examen de oídos, análisis de los pulsos periféricos, características de los latidos cardíacos presencia o ausencia de soplos cardíacos. Es evidente que en este caso no se observan signos de interés en la búsqueda de hallazgos que orienten en el ejercicio de un buen diagnóstico y consecuentemente hacia una posibilidad terapéutica (fl. 511, c.p).

23.16. Lo que se suma a las anteriores irregularidades es el aparte E -salida del paciente- de la Clínica de Manizales, en donde se observa que la señora Campiño egresó en condición de "vivo", con destino a su domicilio, sin que se hubiera efectuado, como lo afirma la Clínica de Manizales S.A., su remisión inmediata a un especialista donde se atendieran casos de alta complejidad. Para la Sala es de destacar el hecho de que, a pesar de las inexactitudes que se presentan entre la historia clínica y lo afirmado por la Clínica de Manizales en las pruebas aportadas al presente proceso, no se hayan realizado las respectivas averiguaciones de orden disciplinario. La Ley 23 de 1981 otorga competencia a los Tribunales de Ética Médica para adelantar investigaciones cuando se produzcan violaciones de deberes funcionales de los profesionales de la salud. Al respecto, la Sala no pasa por alto las inconsistencias presentadas en el expediente, siendo la historia clínica un documento público y, sobre todo, epicentro del litigio de las pretensiones que convocan a esta jurisdicción en el punto de estudio de la pérdida de oportunidad.

23.17. Por todo lo anterior y relacionados estos últimos elementos, la Sala encuentra debidamente demostradas fallas en el servicio que intervinieron en la pérdida de oportunidad consistentes en: *i)* ausencia de identificación exacta de la paciente; espacios en blanco correspondientes al número de historia y teléfono; *ii)* tachaduras en la hora de admisión e ingreso al servicio de urgencias de la Clínica de Manizales S.A; *iii)* ausencia del motivo de consulta de la paciente y del cuadro clínico; *iv)* falta de evaluación y consideración del antecedente de IAM (infarto agudo de miocardio previo), y de la patología previa de hipercolesterolemia (niveles sanguíneos elevados de colesterol); *v)* examen físico (EF) incompleto, pues se anotó únicamente los datos de la toma de presión arterial (TA:120/80) y

de la frecuencia cardiaca (FC:80) seguidos de varias palabras ilegibles; vi) no se consignó ningún hallazgo o examen que apoyara el diagnóstico presuntivo de síndrome vertiginoso.

23.18. Por lo anterior, como la atención médica dispensada a la paciente horas antes en el servicio de urgencias de la Clínica de Manizales fue deficiente, esta situación es constitutiva de falla del servicio. A continuación se analizará si la falla del servicio de la entidad demandada que consistió en la falta de diligencia para realizar un diagnóstico correcto de la enfermedad sufrida por la paciente e iniciar de manera temprana el tratamiento adecuado, implicó para esta la pérdida de la oportunidad de sobrevivir.

24. El error de diagnóstico despojó a la paciente de la pérdida de oportunidad de sobrevivir -análisis de imputabilidad de la pérdida de oportunidad al error de diagnóstico-

24.1. Para efectos de determinar la imputabilidad del daño acreditado -la pérdida de oportunidad de sobrevivir- a las fallas del servicio que se tienen demostradas, consistentes en el error de diagnóstico, sería del caso establecer, por una parte, la responsabilidad del Hospital de Caldas y de CAJANAL -entidades demandadas-, de la Clínica de Manizales S.A. -entidad llamada en garantía en el presente proceso- y, por otra, la posible configuración de una causa extraña.

24.1.1. Análisis de la imputabilidad del daño de pérdida de oportunidad atribuido al Hospital de Caldas

24.1.1.2. En lo que concierne a la atención suministrada por el Hospital de Caldas, el dictamen pericial aportado al presente proceso revela lo siguiente:

Es de resaltar que la historia clínica elaborada en el Hospital de Caldas ESE, tanto en el servicio de urgencias, como las evoluciones del estado clínico de la paciente en el área de Recuperación y en la Unidad de Cuidados Intensivos, cumplen con la totalidad de criterios exigidos por la Resolución 1995 de 1994 del Ministerio de Salud. (Artículo 3.- Características de la historia clínica) (...) A través de su lectura se puede evidenciar que el análisis de síntomas y signos acompañó de forma permanente el proceso de cuidado de la paciente **MARIA SENED CAMPIÑO AGUDELO**, y por ende, su abordaje terapéutico fue oportuno y pertinente, no obstante su pobre pronóstico vital consignado desde su recepción en la unidad de cuidados intensivos, durante la noche del 15 de agosto de 1999 (...).

Según consta en los registros clínicos aportados, tanto la prescripción, como la administración de los medicamentos anticonvulsivantes (para controlar las convulsiones): tiopental sódico (pentotal) y diazepam (valium), se realizó con oportunidad (folios 7,8, 13,14) a pesar su efecto retardado en la desaparición de los síntomas (fl. 500, c.p).

24.1.1.3. Dicho dictamen arribó a las siguientes conclusiones sobre la atención prestada por el Hospital de Caldas: *i)* la paciente fue conducida al servicio de urgencias por cuadro de dolor precordial, pérdida de conciencia y muerte súbita; *ii)* se estableció diagnóstico de paro cardiorrespiratorio Killip IV e infarto agudo de miocardio, evento ante el cual se realizaron maniobras de resucitación cerebro-cardio-pulmonar con recuperación parcial de los signos vitales, pero la paciente nunca recuperó su conciencia; *iii)* el estado de coma y los episodios convulsivos recurrentes fueron, posiblemente, manifestaciones de daño cerebral grave secundario a un estado de hipoxia severo, cuya duración antes de su ingreso a urgencias no fue establecido; *iv)* la definición de su pobre pronóstico vital en relación con su grave condición de salud y mínima respuesta al esquema terapéutico adoptado, condujeron a su deceso 25 horas después del ingreso al Hospital de Caldas; *vi)* el proceso de atención en el Hospital de Caldas ESE se ajustó a los principios de cuidado básico, concepto sustentado en la calidad e integridad de la historia clínica; *vii)* no existe registro de información brindada a la familia durante su estancia hospitalaria, excepto al momento de su deceso.

24.1.1.4. En ese orden, no se evidenció ninguna deficiencia relevante en la atención médica brindada por el Hospital de Caldas a la señora María Sened Campiño que pueda ser tenida como falla del servicio para la producción del daño de la pérdida de oportunidad; por ende, la conducta desplegada por dicha entidad no constituye la causa que cercenó de modo definitivo a la paciente la posibilidad cierta y razonable de sobrevivir, razón por la que será absuelta de responsabilidad en el presente proceso.

24.1.2. Análisis de la imputabilidad del daño de pérdida de oportunidad atribuido a CAJANAL

24.1.2.1. Si bien la pérdida de oportunidad reclamada por los demandantes fue consecuencia de una falla en la prestación del servicio de urgencias de la Clínica de Manizales S.A., CAJANAL debe ser declarada responsable en el presente proceso al recaer en ella la obligación jurídica de la prestación del referido servicio y al haber autorizado su atención en la precitada clínica (v. supra. párr. 8.2), por lo

cual está llamada a reparar a los demandantes, en la medida que la pérdida de oportunidad de sobrevida de dicha paciente le es imputable jurídicamente¹⁰⁹. CAJANAL, al prestar el servicio de salud a través de una persona de derecho privado, no se desprendió de su obligación positiva de prestar el servicio de salud sino que se constituyó frente al usuario en una prolongación de la entidad pública obligada a prestar dicho servicio. Lo anterior, máxime cuando la seguridad social y la salud son servicios públicos que aunque sean prestados por particulares deben estar bajo la dirección, coordinación y control del Estado con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

24.1.2.2. En materia de salud, la Sala ha considerado que “las actuaciones desplegadas por los médicos de una EPS, se entienden realizadas por ésta última, ya que estos profesionales están ejerciendo funciones en su representación, tal como sucede con las IPS con las que suscriben contrato las EPS para que sean aquellas las que físicamente presten los servicios de atención médica”¹¹⁰. Igualmente, esta Corporación ha precisado sobre la imputabilidad jurídica que le asiste a las entidades públicas por el hecho de sus contratistas respecto de los daños que se causen con ocasión del ejercicio de funciones administrativas confiadas a aquellos. El sustento jurídico es el artículo 3º de la Ley 80 de 1993, en virtud del cual, los contratistas vinculados a la administración ofician como agentes suyos, dado que *“al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales (...) colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social”*¹¹¹.

24.1.2.3. Por último, teniendo en cuenta que el Decreto 4409 de 2004 ordenó la disolución y liquidación de la Sociedad CAJANAL S.A., E.P.S., es pertinente advertir, de conformidad con el párrafo 2º del art. 18¹¹² de esta normativa, que

¹⁰⁹ Esta Sala ha reiterado esta posición en muchos otros fallos, entre los que cabe mencionar la sentencia del 13 de noviembre de 2014, rad. 31182, con ponencia de quien proyecta el presente fallo.

¹¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 30 de octubre del 2013, rad. 24985, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

¹¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de abril de 2004, rad. 15088, M.P. María Elena Giraldo Gómez.

¹¹² "Artículo 18. Procesos judiciales. (...) Párrafo 2º. **El Ministerio de la Protección Social asumirá, una vez culminada la liquidación, los procesos judiciales y reclamaciones en que fuere parte CAJANAL S.A., EPS, al igual que las obligaciones derivadas de estos**" (se destaca).

Consultada la página web de la Presidencia de la República <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Decretos/2013/Documents/ABRIL/30/DECRETO%20877%20DEL%2030%20DE%20ABRIL%20DE%202013.pdf> se constata que culminó el proceso liquidatorio de CAJANAL E.I.C.E., en liquidación el 11 de junio de 2013, según el Decreto 877 de 2013. De lo que se concluye que las obligaciones de la extinta CAJANAL en liquidación fueron asumidas por el Ministerio de Salud y Protección Social, a partir del 12 de junio de 2013. Al respecto, es pertinente mencionar que en lo concerniente a la sucesión procesal, el inciso 2º del

es el Ministerio de Salud y Protección Social la entidad encargada de asumir las obligaciones derivadas de procesos judiciales en las que fuere parte CAJANAL S.A., E.P.S. En consecuencia, será dicha entidad la llamada a responder por los daños antijurídicos padecidos por la señora Campiño Agudelo.

24.1.2.4. Una vez establecida la responsabilidad administrativa de CAJANAL, la Sala procederá a pronunciarse frente a la Clínica de Manizales S.A., persona jurídica llamada en garantía en el presente proceso.

24.1.3. Análisis de la imputabilidad del daño atribuido a la Clínica de Manizales S.A. -entidad llamada en garantía-

24.1.3.1. CAJANAL solicitó, en virtud del artículo 217 del Código Contencioso Administrativo¹¹³, el llamamiento en garantía de la Clínica de Manizales S.A., figura jurídica que reconoce el derecho legal o contractual de la parte demandada -llamante- a convocar, en el marco de disputas contractuales y de reparación directa, a terceros -llamados- mediante la denuncia del pleito o llamamiento en garantía a fin de exigirles que concurren frente a la indemnización del perjuicio que eventualmente se le pueda atribuir al llamador a causa de la sentencia, con la condición que se compruebe un vínculo legal o contractual entre el llamante y el llamado.

24.1.3.2. En ese orden, con fundamento en el contrato n.º 125 de prestación de servicios de salud celebrado el 24 de septiembre de 1997 por CAJANAL E.P.S. con la Clínica Manizales S.A., el cual se encontraba vigente para la época de los hechos - v. supra. párr. 8.2-, la Clínica de Manizales deberá responder por la totalidad de la condena fijada en esta sentencia en contra de CAJANAL¹¹⁴.

art. 60 del C.P.C., aplicable al procedimiento contencioso administrativo en virtud de lo señalado en el art. 267 del C.C.A, dispone que "(...) Si en el curso del proceso sobrevienen la extinción de personas jurídicas o la fusión de una sociedad que figure como parte, los sucesores en el derecho debatido podrán comparecer para que se les reconozca tal carácter. En todo caso, la sentencia producirá efectos respecto de ellos aunque no concurren (...)".

¹¹³ Código Contencioso Administrativo. Artículo 217. "En los procesos relativos a controversias contractuales y de reparación directa, la parte demandada podrá, en el término de fijación en lista, denunciar el pleito, realizar el llamamiento en garantía o presentar demanda de reconvenición, siempre que ello sea compatible con la índole o naturaleza de la jurisdicción de lo contencioso administrativo".

¹¹⁴ En el referido contrato se lee que "si CAJANAL - EPS es demandada judicialmente por cualquiera de los hechos omisiones u operaciones realizadas por el CONTRATISTA o el subcontratista, llamará en garantía a quien considere pertinente. Si por cualquiera de las circunstancias a que se refiere el contrato CAJANAL -EPS- llegare a ser condenada judicialmente a reconocer o pagar indemnizaciones, el CONTRATISTA expresamente acepta la condena como

24.1.4. Análisis del hecho exclusivo y determinante de la víctima: estado de idoneidad de la víctima para evitar el acaecimiento del perjuicio

24.1.4.1. Sobre la procedencia de la causal eximente de responsabilidad consistente en el hecho exclusivo y determinante de la víctima, la Sala observa que en el *sub lite* resulta impropio declarar su ocurrencia, en tanto no hay prueba alguna que permita inferir que la pérdida de oportunidad haya sido ocasionada por alguna circunstancia o actuación ajena a la demandada. Además, la señora Campiño se hallaba para el momento del hecho dañino, en una situación fáctica y jurídicamente apta para que la intervención de un tercero pudiera interrumpir el curso causal del perjuicio, esto es, la muerte. La Sala observa que por autorización de CAJANAL, la señora María Sened Campiño había sido atendida por la Clínica Manizales desde el 4 de mayo de 1998 donde se registró que sufría de dolor retroesternal y enfermedad coronaria. El expediente evidencia, igualmente, que el 30 de junio de 1998 la Clínica Manizales le diagnosticó, entre otras patologías clínicas, infarto agudo al miocardio hace tres meses (v. párr. 8.3) y el 13 de julio de 1998 se dejó constancia que se trataba de una mujer adulta con historia reciente de infarto del miocardio y con opresión precordial en aumento (v. párr. 8.4). Por lo anterior, fue el 17 de julio de 1998 al área de cardiología, y se dejó constancia que: *i)* se trataba de una paciente que presentaba infarto agudo al miocardio y *ii)* problemas de dolor precordial e isquemia. Finalmente, el 9 de septiembre de 1998, se registró que la paciente padecía enfermedad coronaria (v. párr. 8.10). A pesar de varios tratamientos (v. párr. 8.11 y 8.20) desde el 27 de mayo de 1999, la Clínica de Manizales constató que la paciente seguía presentando caídas súbitas con pérdida instantánea de conocimiento, mareos y ruidos (v. párr. 8.13 y 8.14).

24.1.4.2. La Sala se percata que, pese a que la víctima estaba involucrada en un curso causal adverso, se sometió diligentemente a todos los procedimientos médico-asistenciales posibles programados por la Clínica Manizales en aras de mejorar sus condiciones de salud y aminorar posibles patologías mortales de base, todo con la esperanza de que los profesionales de la salud atenuaran los efectos de dicho curso causal. En efecto, la señora Campiño Agudelo acudió el 14 de agosto de 1999 a las 22:00 horas al servicio de urgencias de la Clínica de

propia y autoriza para que se deduzca su monto de las sumas que le adeude CAJANAL -EPS- (...)
(fl. 209 a 221, c.1) -se subraya-

Manizales por presentar síntomas similares a los ya manifestados y atendidos por dicha institución (v. párr. 8.13 y 8.14).

24.1.4.5. Así las cosas, la pérdida de oportunidad de sobrevivir de la señora Campiño Agudelo comporta un daño antijurídico imputable a las entidades demandadas, toda vez que no se hallaba en la obligación de que se extinga su posibilidad de evitar el evento fatal, circunstancia que, necesariamente, conduce a revocar la sentencia de primer grado y a declarar su responsabilidad

V. La liquidación de perjuicios

25. La Sala estima que, a la vista de que no existen criterios consolidados en cuanto a la liquidación del daño de pérdida de oportunidad y de la visible repercusión en los montos de indemnización, resulta procedente sistematizar unos parámetros mínimos que de modo pedagógico e ilustrativo permitan orientar al juez en la fijación de su cuantía, lo que, sin duda, no solo creará un ambiente de igualdad y seguridad jurídica, sino que redundará en beneficio de las partes que concurren al proceso.

25.1. En efecto, el alcance restrictivo de las indemnizaciones por pérdida de oportunidad al estar circunscrita a un rubro diferente de los perjuicios materiales e inmateriales o clasificada en un tipo único de perjuicio, encierra en algunas ocasiones, el desconocimiento del principio de la reparación integral y, en otras, el de enriquecimiento sin causa, lo cual lleva a la Sala al convencimiento de que es preciso elaborar un baremo para poder cuantificar de forma equitativa y justa los casos de pérdida de oportunidad en materia de salud.

26. Parámetros para cuantificar la indemnización por pérdida de oportunidad en casos de responsabilidad médica:

- i) El fundamento del daño sobre el cual se erige el débito resarcitorio radica en el truncamiento de la expectativa legítima, de ahí que su estimación no solo será menor a la que procedería si se indemnizara el perjuicio final, es decir, la muerte o la afectación a la integridad física o psicológica, sino proporcional al porcentaje de posibilidades que tenía la víctima de sobrevivir o de mejorar sus condiciones de salud.

- ii) La expectativa se cuantificará en términos porcentuales, teniendo en cuenta que está ubicada en un espacio oscilante entre dos umbrales, esto es, inferior al 100% y superior al 0%, ya que por tratarse de una probabilidad no podría ser igual o equivalente a ninguno de los dos extremos, máxime si se tiene en cuenta que en materia médica incluso los índices de probabilidad más débiles siguen representado intereses valiosos para el paciente y sus seres queridos, en consideración a la fungibilidad de la vida y el anhelo por prolongarla; por lo anterior, dicho truncamiento no puede menospreciarse y dejar de repararse, so pretexto de una indeterminación invencible.
- iii) No es procedente indemnizar la pérdida de oportunidad como un perjuicio independiente que deba ser resarcido por fuera del concepto de perjuicios materiales *-daño emergente y lucro cesante-*, inmateriales *-daño moral y daños a bienes constitucionales y convencionales-* y daño a la salud, reconocidos por la Corporación, puesto que hacerlo conduciría a desconocer el objeto primordial del instituto de la responsabilidad, esto es, el principio de la reparación integral, ya que las víctimas serían, sin razón alguna, resarcidas parcialmente a pesar de que el actuar del demandado cercenó una expectativa legítima. En efecto, el truncamiento de una expectativa legítima genera diferentes tipos de perjuicios que deben ser indemnizados, es decir, si es de naturaleza material, será indemnizada de conformidad con este criterio o, si por el contrario es de naturaleza inmaterial, la reparación será de índole inmaterial¹¹⁵.
- iv) No es procedente indemnizar la pérdida de oportunidad por el porcentaje de probabilidades que resulten de la acreditación del vínculo causal entre la falla y el daño final, habida cuenta de que la pérdida de oportunidad

¹¹⁵ Esta postura ha sido también sostenida por la doctrina nacional donde se considera que -para casos de responsabilidad médica- si es posible que se pueda indemnizar materialmente a la víctima que vio frustrada una oportunidad, pero de manera proporcional al grado de probabilidad que tenía de que la misma se realizaría o evitara, en caso contrario, según el autor, se estaría negando la reparación integral de los perjuicios sufridos por la víctima: "insistimos en considerar de recibo la nueva posición del Consejo de Estado en las sentencias del 8 de junio de 2011 y del 7 de julio del mismo año, de ver a la pérdida de la oportunidad como un daño autónomo, pero no la consecuencia que deviene de esa postura, toda vez que al acoger la tesis de que la pérdida de la oportunidad es un nuevo rubro a indemnizar, diferente a los perjuicios tradicionalmente aceptados como el daño emergente, el lucro cesante, el daño moral y el daños a la vida en relación, se puede limitar la posibilidad de indemnización de las consecuencias que ese daño genera en el patrimonio de la víctima, violando así la regla de la indemnización integral del daño" GIRALDO GÓMEZ, Luis Felipe, *La pérdida de la oportunidad en la representación civil. Su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, p. 262.

constituye una fuente de daño cuya reparación depende de lo probado en el proceso.

v) El porcentaje de probabilidades de la expectativa legítima truncada debe establecerse a través de los diferentes medios de prueba que obran en el proceso -regla general-. Ahora, si no se puede determinar dicho porcentaje de la pérdida de oportunidad -perspectiva cuantitativa-, pese a encontrarse acreditado el daño antijurídico cierto y personal -perspectiva cualitativa-, deberá el juez de la responsabilidad, tal como lo ha señalado la doctrina¹¹⁶, bien sea a) declarar en abstracto la condena y fijar los criterios necesarios para que, mediante un trámite incidental, se realice la cuantificación del perjuicio, o bien b) acudir a criterios de equidad¹¹⁷, eje rector del sistema de reparación estatal, -artículo 230 de la Constitución Política y 16 de la Ley 446 de 1998¹¹⁸-, a fin de reparar en forma integral el daño imputable a los demandados¹¹⁹.

vi) Ahora, si no es posible fijar científica y técnicamente el porcentaje de probabilidades, la cuantificación del porcentaje de posibilidades truncadas se determinará excepcionalmente, como sucede en otros ordenamientos jurídicos¹²⁰, en un 50%, el cual se aplicará para la liquidación de los perjuicios materiales e inmateriales, de manera que, en virtud de la equidad y la igualdad procesal que debe prohijarse entre las partes, no importa si el porcentaje de posibilidades frustradas haya

¹¹⁶ TAMAYO JARAMILLO, *Tratado de Responsabilidad Civil*, 2007, p. 338 y 341; Martínez Rave, *La Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia*, 1986, p. 126; HENAO, Juan Carlos. *El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 42 y 43.

¹¹⁷ Esta Sala ha aplicado a otros casos la equidad como fundamento para cuantificar el perjuicio por la pérdida de oportunidad: Ver. Consejo de Estado, Sala Plena de Sección Tercera, sentencia de 12 de julio de 2012, rad. 15,024, M.P. Danilo Rojas Betancourth

¹¹⁸ “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”.

¹¹⁹ En casos de pérdida de oportunidad en materia de acceso a la administración de justicia, la Sala ha acogido igualmente criterios de equidad para calcular el porcentaje de la probabilidad pérdida. Al respecto, la Sala en sentencia del 31 de mayo de 2016, rad. 38047, M.P. Danilo Rojas Betancourth conoció de la pérdida de oportunidad con ocasión de una declaratoria de prescripción de la acción civil y consideró de acuerdo con las pruebas que obraban en el proceso que la expectativa que tenía la parte civil de que se le resarciera pecuniariamente en el proceso judicial estaban calculadas en un 75%. En similar sentido se puede consultar la sentencia de la Subsección B del 31 de mayo de 2016, rad. 38267, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

¹²⁰ La sentencia n.º 948 del 16 de enero de 2011 proferida por la Sala Civil del Tribunal Supremo de España, M.P. Seijas Quintana, considera que, ante la ausencia del porcentaje de probabilidades truncadas, para casos de defecto de información médica, se debe fijar la cuantía en un factor de corrección aproximado del 50% a la cuantía resultante, esto es, reducir a la mitad la indemnización resultante del total del perjuicio valorado. Cfr. SAIGÍ-ULLASTRE, AAVV, “Cuantificación de la Pérdida de Oportunidad en Responsabilidad Profesional Médica”, *Revista Española de Medicina Legal*, Órgano de la Asociación Nacional de Médicos Forenses, vol. 39, 2013, p. 159.

podido fluctuar entre el 0.1 y el 99%, habida cuenta de que, sin haber podido aplicar la regla general, bastará que se hayan acreditado los elementos de la pérdida de oportunidad, es decir que se constate cualitativamente un truncamiento de la oportunidad que afecte el patrimonio de los demandantes para que proceda la reparación por excepción. Dicha excepción se justifica porque aunque haya ausencia cuantitativa del porcentaje de probabilidad de la expectativa legítima truncada, dicha expectativa sigue de todas maneras representado un menoscabo a un bien material o inmaterial que fue arrancado del patrimonio de la víctima y, por ello, debe ser reparada.

26.1. De acuerdo con los anteriores parámetros, en el caso concreto no hay fundamentos científicos y técnicos que permitan cuantificar el porcentaje de probabilidad que tenía la paciente de escapar del evento fatal, es decir, hay certeza sobre la pérdida de oportunidad de sobrevivida *-comprobación de los elementos de la pérdida de oportunidad-*, pero no acerca de la cuantía del perjuicio *-falta de certeza cuantitativa-*; no obstante, la Sala considera que sería inequitativo e injusto que no se profiriera condena a favor de los demandantes a sabiendas que está probado el daño.

26.2. En ese orden, la equidad como fundamento para cuantificar el perjuicio por la pérdida de oportunidad de sobrevivida que sufrió la señora Campiño, debe, sin duda, contar con elementos objetivos que sustenten la condena, puesto que lo equitativo no debe ser confundido con lo arbitrario. En este caso, tales elementos objetivos existen en el presente proceso y están representados en la certeza que tiene la Sala, según lo dicho claramente por la experticia científica, acerca de que si el acto médico se hubiera prestado con integralidad, se habría brindado opciones terapéuticas mejores a la señora Campiño que habrían disminuido la contingencia de complicaciones letales y reducido la incertidumbre entre lo que hizo el galeno de la Clínica de Manizales y lo que debió hacerse en el servicio de urgencias, de conformidad con la *lex artis*.

26.3. Así las cosas, la Sala concluye que la expectativa de sobrevivida que tenía la señora Campiño de escapar al evento fatal de muerte estaba cifrada alrededor de un 50% de posibilidades, índice que se aplicará a la liquidación de los perjuicios de orden material e inmaterial.

27. Perjuicios morales

27.1. El daño moral alude al generado en el plano psíquico interno del individuo, reflejado en los dolores o padecimientos sufridos con ocasión de la lesión de un bien jurídico. Este tiene una existencia autónoma y se configura una vez satisfechos los parámetros generales del daño: que sea particular, determinado o determinable, cierto, no eventual, y, como se dijo, que tenga relación con un bien jurídico tutelado.

27.2. Ahora, el juez administrativo tiene la potestad de determinar el monto a reconocer cuando se trata de indemnizar el perjuicio moral. Esta discrecionalidad está regida por varios criterios de relativización: *i)* por la regla de que la indemnización del perjuicio se hace a título de compensación, más no de restitución ni de reparación; *ii)* por la aplicación del principio de equidad previsto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998; *iii)* por el deber de estar sustentada en los medios probatorios que obran en el expediente respecto del perjuicio y su intensidad; y *iv)* por el deber de estar fundamentada, cuando sea del caso, en otras providencias para efectos de garantizar el principio de igualdad¹²¹.

27.3. Para la reparación del daño moral, en caso de muerte, la Corporación en sentencia de unificación¹²² ha diseñado cinco niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa y aquellos que acuden a la justicia en calidad de perjudicados o víctimas indirectas.

Nivel No. 1: comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno- filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (1er. grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes o estables). A este nivel corresponde el tope indemnizatorio (100 smlmv).

Nivel No. 2: se ubica la relación afectiva propia del segundo grado de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 50% del tope indemnizatorio.

¹²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 8 de marzo de 2007, rad. 15459, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹²² Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, rad. 27709, M.P. Carlos Alberto Zambrano.

Nivel No. 3: está comprendido por la relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 35% del tope indemnizatorio.

Nivel No. 4: aquí se ubica la relación afectiva propia del cuarto grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 25% del tope indemnizatorio.

Nivel No. 5: comprende las relaciones afectivas no familiares (terceros damnificados). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 15% del tope indemnizatorio. Para los niveles 1 y 2 se requerirá la prueba del estado civil o de la convivencia de los compañeros. Para los niveles 3 y 4, además, se requerirá la prueba de la relación afectiva. Para el nivel 5 deberá ser probada la relación afectiva.

27.4. La siguiente tabla recoge lo expuesto:

REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CASO DE MUERTE					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
Regla general en el caso de muerte	Relación afectiva conyugal y paterno filial	Relación afectiva del 2° de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 3er de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4° de consanguinidad o civil	Relación afectiva no familiar (terceros damnificados)
Porcentaje	100%	50%	35%	25%	15%
Equivalencia en salarios mínimos	100	50	35	25	15

27.5. De conformidad con lo señalado en la sentencia de unificación y en atención a que en el caso concreto a la señora Campiño Agudelo se le truncó una expectativa legítima de sobrevivida, la Sala procederá a reducir en un 50% el monto de lo reconocido en casos de muerte. La Sala, por estar probado el lazo de parentesco entre la señora Campiño Agudelo y los demás demandantes, condenará a las entidades demandadas a pagar, por perjuicios morales, las siguientes sumas de dinero:

27.5.1. A favor de la señoras Catalina Valencia Campiño y Juliana Valencia Campiño (hijas) se le reconocerá el equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos

legales mensuales vigentes para cada una -copia auténtica de los respectivos registros civiles nacimiento (fl. 16 y 17, c.1)-.

27.5.2. A favor de Ángela María Gutiérrez Campiño (guardadora legítima de las menores Catalina y Juliana Valencia Campiño), quien tenía una estrecha relación afectiva con la fallecida¹²³, si bien a la señora Ángela María habría que reconocerle una indemnización cercana a los 7.5 SMLMV por concepto de perjuicios morales al tener la calidad de tercera damnificada, considera la Sala que se halla demostrado su estrecha relación afectiva con la fallecida, que la llevó a asumir el rol de madre de crianza de las hijas de la señora María Senet con ocasión de su muerte. En este orden, se le reconocerá una indemnización mayor a la fijada en la referida tabla, la cual ascenderá a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

27.5.3. Así las cosas, el monto a reconocer a cada uno de los demandantes será el siguiente:

Nivel	Demandante	SMLMV
Nivel 1	Catalina Valencia Campiño	50 SMLMV
Nivel 1	Juliana Valencia Campiño	50 SMLMV
Nivel 5	Ángela María Gutiérrez Campiño	25 SMLMV

28. Perjuicios materiales

28.1. Como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad la parte demandante solicitó perjuicios materiales en la modalidad de **daño emergente** y **lucro cesante**. Por el primer rubro, se denegarán pretensiones habida

¹²³ En el testimonio vertido por la señora Diana María Castaño se dijo: "Preguntado: indíquenos si lo sabe cómo eran las relaciones familiares entre Ángela María Sened Campiño. Contestó: eran como una familia, todas eran muy unidas y Ángela se preocupaba mucho por el bienestar (...) Preguntado: indíquenos si lo sabe en la actualidad con quien viven y quien asiste económicamente a las menores Catalina y Juliana Valencia. Contestó: viven con Ángela María, ella las mantiene económicamente y ve por ellas en todo lo que necesiten (...)" (fl. 8 a 12, c.3). En el testimonio rendido por la señora María Dora Loaiza Pineda, se dijo: "preguntado: puede indicarnos si lo sabe cuál fue y es el estado anímico tanto de las menores Catalina y Juliana, como de la señora Ángela María luego del deceso de la señora María Sened Campiño. Contestó: No pues las tres quedaron con una tristeza terrible porque las tres eran las hijas, y la pequeña está en una depresión y en una angustia terrible y en este momento todavía les mira uno la carita y es como igual. Preguntado: actualmente bajo el cuidado de quien se encuentran las menores Catalina y Juliana Valencia. Contestó: bajo el cuidado de Ángela, que es la hermana, no la hermana de sangre pero es la hermana para ellas" (fl. 13 a 15, c.2). En el testimonio rendido por Blanca Nubia Loaiza se dijo: "eso fue una cosa horrible con ellas, las niñas estuvieron con psicólogo, el año pasado hasta mitad de año, Juliana estuvo con psicólogo, lo mismo que Ángela María, ellas lloraban día y noche con la muerte de la mamá, Juliana y Catalina desmejoraron siempre en el estudio, dos días antes de morir Sened, Ángela María estaba realizando su matrimonio, entonces con la muerte de María Sened, eso fue un trauma psicológico muy horrible para Ángela María porque no puedo ni cumplir sus deseos de su boda, de su luna de miel y por este motivo estuvo hospitalizada varios días" (fl. 16 a 18, c.2).

consideración de que no se probó en el proceso lo concerniente a “gastos funerarios, médicos, jurídicos, transporte, manutención de las menores, entre otros” (fl. 76, c. 1).

28.2. Igualmente se pidió en la demanda el reconocimiento de lucro cesante consolidado y futuro a favor de Catalina Valencia Campiño y Juliana Valencia Campiño, en atención a que la fallecida era la progenitora de las niñas y contribuía y ayudaba económicamente en su manutención y los gastos del hogar.

28.3. Renta: en el proceso se demostró que la señora María Sened Campiño Agudelo contribuía económicamente al hogar en razón de su trabajo en el servicio doméstico¹²⁴. Sin embargo, por no encontrarse acreditado el monto de sus ingresos, se tomará en cuenta para la liquidación del lucro cesante el valor de un salario mínimo legal mensual vigente, es decir \$737.717 pesos m/cte, suma que se incrementará en un 25%, por concepto de prestaciones sociales, para un monto total de 922.147 pesos m/cte. De este último valor se deduce el 25%, que se presume para la propia subsistencia de la víctima (\$691.610). Finalmente, de esta renta base para la liquidación del perjuicio padecido por las dos hijas menores de la víctima se sustraerá el 50%, por ser la fracción correspondiente a la probabilidad de sobrevivida despojada, cuyo resultado es \$345.805. Este valor será dividido en partes iguales para cada una de las hijas, es decir, \$172.903 pesos m/cte.

28.4. Periodo comprendido: respecto de las hijas, desde fecha del fallecimiento hasta el día en que cada una de ellas cumplan los 25 años de edad, así: (i) para Catalina Valencia Campiño, la indemnización será por 144,09 meses, que corresponden a 12 años y 29 días, de acuerdo a su fecha de nacimiento, 15 de septiembre de 1986; y (ii) para Juliana Valencia Campiño, la indemnización será por 169 meses, que corresponden a 14 años, 1 mes y 2 días, de acuerdo a su fecha de nacimiento, 18 de septiembre de 1988.

¹²⁴ En el testimonio vertido por la señora Diana María Castaño se dijo: “Preguntado: Refirió en respuesta anterior que María Asceneth (sic) trabajaba, puede indicarnos si lo sabe qué actividades desarrollaba y cuánto ganaba por ello. CONTESTÓ: Ella trabajaba en una casa de familia, le tocaba hacer todo el oficio y ella trabajaba muy duro, el sueldo exacto no sé” (fl. 10, c.3). En el testimonio rendido por la señora Blanca Nubia Loaiza, se confirmó la anterior declaración: “Preguntado: sírvase decirnos con quienes vivía María Asceneth (sic) Campiño Agudelo en los últimos días de su vida. CONTESTÓ: Ella vivía con sus dos niñas y con Ángela María hasta que Ángela cumplió los 21 años, Asceneth velaba por las niñas, ella trabajaba arreglando apartamentos (...)” (fl. 16, c.3).

- Se aplicarán las fórmulas financieras adoptadas por la Corporación.

(i) Para Catalina Valencia Campiño (hija)

Indemnización consolidada o histórica:

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

Donde:

S = Es la indemnización a obtener

Ra = Es la renta o ingreso mensual actualizado que equivale a \$ 172.903.

i= Interés puro o técnico: 0.004867

n= Número de meses que comprende el período de la indemnización: desde el día de ocurrencia del hecho -16 de agosto de 1999- hasta la fecha en que la demandante cumplió 25 años de edad, esto es, 144,09 meses (15 de septiembre de 1986).

$$S = \$172.903 \frac{(1 + 0.004867)^{144.09} - 1}{0.004867}$$

$$S = \mathbf{\$35.984.469}$$

Total lucro cesante a favor de Catalina Valencia Campiño \$35.984.469

(ii) Para Juliana Valencia Campiño, (hija)

Indemnización consolidada o histórica:

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

Donde:

S = Es la indemnización a obtener

Ra = Es la renta o ingreso mensual actualizado que equivale a \$172.903.

i= Interés puro o técnico: 0.004867

n= Número de meses que comprende el período de la indemnización: desde el día de ocurrencia del hecho -16 de agosto de 1999- hasta la fecha en que la

demandante cumplió 25 años de edad, esto es, 169 meses (18 de septiembre de 1988).

$$S = \frac{172.903 (1 + 0.004867)^{169} - 1}{0.004867}$$

S= **\$45.177.834**

Total lucro cesante a favor de Juliana Valencia Campiño \$ 45.177.834

28.5. Se advierte que una vez el Ministerio de Salud y Protección Social pague la totalidad de la condena a los demandados, tendrá derecho a solicitar el reintegro por el ciento por ciento (100%) del total de la condena en contra de la Clínica de Manizales S.A., sin que en ningún momento le sea oponible a las víctimas las cláusulas del contrato de salud celebrado entre CAJANAL y la Clínica de Manizales S.A.

VI. Costas

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

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

FALLA

REVÓCASE la sentencia dictada el 31 de julio de 2003 por el Tribunal Administrativo de Caldas, por medio de la cual se denegaron en primera instancia las pretensiones de la demanda. En su lugar, se dispone lo siguiente:

PRIMERO: DECLÁRASE patrimonial y extracontractualmente responsable a la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL -CAJANAL S.A., E.P.S.- (entidad liquidada) o a la entidad que haga sus veces en los términos establecidos en las consideraciones de la presente sentencia, por la pérdida de oportunidad de sobrevida padecida por la señora María Sened Campiño Agudelo, fallecida el 16 de agosto de 1999 en el municipio de Manizales.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **CONDÉNASE** al Ministerio de Salud y Protección Social a pagar a las demandantes, como indemnización de perjuicios por la pérdida de oportunidad, las sumas de dinero que se mencionan en los siguientes acápite:

1. A título de indemnización de **perjuicios inmateriales por daño moral**, se ordena pagar a favor de la señora Catalina Valencia Campiño (hija de la señora María Sened Campiño Agudelo) la suma equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la época de ejecutoria de la presente providencia.
2. A título de indemnización de **perjuicios inmateriales por daño moral**, se ordena pagar a favor de la señora Juliana Valencia Campiño (hija de la señora María Sened Campiño Agudelo) la suma equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la época de ejecutoria de la presente providencia.
3. A título de indemnización de **perjuicios inmateriales por daño moral**, se ordena pagar a favor de la señora Ángela María Gutiérrez Campiño (tercero damnificado) la suma equivalente a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la época de ejecutoria de la presente providencia.
4. A título de indemnización de **perjuicios materiales por lucro cesante**, se ordena pagar a favor de la señora Catalina Valencia Campiño la suma de treinta y cinco millones novecientos ochenta y cuatro mil cuatrocientos sesenta y nueve (**\$ 35.984.469 m/cte**).
5. A título de indemnización de **perjuicios materiales por lucro cesante**, se ordena pagar a favor de la señora Juliana Valencia

Campiño la suma de cuarenta y cinco millones ciento setenta y siete mil ochocientos treinta y cuatro pesos (**\$ 45.177.834 m/cte**)

TERCERO: CONDÉNESE a la Clínica de Manizales S.A. en su calidad de llamada en garantía a reintegrar al Ministerio de Salud y de Protección Social el 100% del valor de la condena impuesta a esta entidad estatal en esta sentencia. El reintegro será exigible solo después que se haya hecho efectivo el pago de los perjuicios reconocidos a los demandantes.

CUARTO: ABSUÉLVASE de responsabilidad al Hospital de Caldas E.S.E., por lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

QUINTO: DENIÉGASE las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: Sin condena en costas.

SÉPTIMO: CÚMPLASE lo dispuesto en esta providencia, en los términos establecidos en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo y **EXPÍDASE** copias con destino a las partes, con las precisiones del art. 115 del Código de Procedimiento Civil y con observancia de lo preceptuado en el art. 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Presidente

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Magistrada

