

Cartagena de Indias D.T. y C., once (11) de febrero de dos mil veinte (2020).

Medio de control: REPARACIÓN DIRECTA
Radicado: 13-001-33-33-008-2015-00183-02
Demandante: OSCAR NICOLAS LEÓN VEGA
Demandado: HOSPITAL SAN ANTONIO DE PADUA DE SIMITI
BOLÍVAR Y OTROS
Actuación: SENTENCIA DE SEGUNDA INTANCIA
Magistrado Ponente: ROBERTO MARIO CHAV ARRO COLPAS.
Tema: RESPONSABILIDAD MÉDICA POR RETARDO

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el veinticinco (25) de octubre del dos mil dieciséis (2016), por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

1.1. Pretensiones.

Pretenden el actor que se declare la responsabilidad civil y administrativa de la FUNDACIÓN SER y el HOSPITAL SAN ANTONIO DE PADUA DE SIMITI BOLÍVAR, por los perjuicios materiales e inmateriales que le fueron causados con ocasión de la falla en el servicio que le produjo la amputación de su pierna izquierda.

Invoca además pretensiones condenatorias por concepto de daño moral y perjuicios materiales.

1.2. Hechos.

Fueron narrados en síntesis los siguientes:

Cuenta el demandante que fue herido con arma de fuego en la rodilla izquierda el día 11 de marzo del 2013 y en virtud a ello ingresó por urgencias a la E.S.E. MANUELELKIN PATARROLL del Municipio de Santa Rosa.

Precisa que fue atendido a la una y cincuenta y cinco de la mañana y le prestaron la atención correspondiente al nivel hospitalario y el mismo día fue remitido a la E.S.E. SAN ANTONIO DE PADUA. DE SIMITI a segundo nivel de atención.

Arguye que la E.S.E. SAN ANTONIO DE PADUA DE SIMITI BOLIVAR y la FUNDACIONSER en calidad de operador externo no le brindaron la atención se segundo nivel propia para estos casos y no lo remitieron oportunamente, ya que según consta en lo epicrisis de fecha 11 de marzo del 2013 la hora de llegada fue a la 4:26 de la tarde y la atención solo se produjo a las 5:29, es decir, una hora después de su ingreso.

Que la remisión, aun cuando se trataba de un herido con proyectil de arma de fuego con compromiso de rodilla izquierdo y lesión vascular venosa por descartar, solamente se dio hasta el día 13 de marzo del 2013, es decir, que lo retuvieron dos días y no le realizaron ningún procedimiento médico tendiente a establecer cuál era el estado de salud del paciente y la evolución de la pierna, no obstante que el paciente afirmaba que tenía dolor intenso en la extremidad.

Informa que el día 13 de marzo del 2013 fue ingresado a la CLINICAMEDICOS S.A. de la ciudad de Valledupar, donde finalmente por las complicaciones que presentaba se le realiza amputación supracondilea izquierda.

Atribuye a la negligencia de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO SAN ANTONIO DE PADUA DEL MUNICIPIO DE SIMITI y a la FUNDACIONSER, operado externo, el hecho de haber perdido su pierna izquierdo y los daños y perjuicios de allí derivados.

2. Contestación.

2.1. FUNDACIÓN SER.

Se opuso a las pretensiones de la demanda.

Como razones de la defensa expuso que para que demandas de esta naturaleza prosperen se debe acreditar la existencia de un daño antijurídico, que ese daño haya sido ocasionado por la acción u omisión de una autoridad pública y que además sea imputable a la demandada. Sin embargo, lo que fluye de la demanda y los nexos aportados es que el actor recibió el impacto de arma de fuego que comprometió tejido vascular y que fue atendido en la ESE MANUEL ELKIN PATARROLLO de primer nivel, siendo remitido posteriormente a segundo nivel en la ESE SAN ANTONIO DE PADUA DE SIMITI de donde nuevamente fue remitido a la Clínica MEDICOS S.A. de Valledupar.

Asegura que Simities un municipio apartado, donde el acceso es difícil pues solo se puede llegar por vía aérea o a través del Rio Magdalena, lo cual hace difícil el transporte de pacientes y eso debe tenerse en cuenta.

2.2. E.S.E. HOSPITAL SAN ANTONIO DE PADUA DE SIMITI.

Se opuso a las suplicas de la demanda porque carecen de fundamento factico y jurídico - según se narra.

Invocó la falta de legitimación en la causa por pasiva con base en que no es el Hospital San Antonio de Padua el llamado a responder porque no atendió al actor, y dado que la prestación del servicio estuvo a cargo de la Fundación SER.

Formuló la inexistencia del nexo de causalidad y ausencia de culpa porque no prestó el servicio médico.

Propuso caso fortuito, en tanto no existió error de conducta que infiera negligencia, impericia o imprudencia atribuible al Hospital San Antonio de Padua.

Alega el cobro de lo no debido por existir contrato cumplido, y en tanto la Fundación SER es su operador externo y fue quien atendió al actor.

Manifiesta que la obligación de medio no puede transmutar en obligación de resultado, y ello emerge del deber jurídico a cargo de los médicos que se encuentra consagrado en la ley 23 de 1981 y su decreto reglamentario 3380 de 1981.

3. Sentencia de primera instancia.

Mediante sentencia del veinticinco (25) de octubre del 2016, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, negó las suplicas de la demanda.

En el caso concreto fijo el a quo la siguiente tesis:

"El presente caso por un régimen de falla probada del servicio, la carga probatoria corresponde a la parte demandante, para lo cual puede acudir a los medios probatorios previstos en el ordenamiento jurídico, entre ellos la prueba indiciaria que generalmente resulta de analizar el contenido de la historia clínica y demás exámenes médicos, informes periciales, testimonios, etc., pero vemos que en el presente caso la parte actora no se preocupó de allegar las pruebas suficientes para fundamentar las pretensiones de la demanda; es de recalcar que ni siquiera los testimonios se recibieron (sic) por inasistencia de los mismos, solo se fundamentó en la supuesta falla en el servicio por la no atención y remisión oportuna del señor LEONVEGA, lo cual de la sola historia clínica no se puede inferir.

Sobre la carga de la prueba hay que recordar que es una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación

reclaman aparezcan demostrados y que, además. le indica al juez como debe fallar cuando no aparezcan probados los hechos.

En conclusión, no encuentra el despacho demostrado un daño antijurídico producto de los hechos que se le imputan como responsable a las entidades demandadas y en consecuencia se negaran las pretensiones de la demanda."

4. La apelación.

Se acusa el fallo por las siguientes razones (se transcribe):

"No es de recibo las consideraciones sostenidas por el señor JUEZ OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DE CARTAGENA BOLÍVAR, al sostener que la parte actora no hizo llegar las pruebas suficientes para fundamentar sus pretensiones toda vez que está probado plenamente con las historias clínicas, ya que se evidenció en la historia clínica de fecha 11 de marzo del 2013 que ingresó a la ESE HOSPITAL SAN ANTONIO DE PADUA el día 11 de marzo la remisión solo se produjo el día 13 de marzo, es decir dos días después de su ingreso, cuando la entidad hospitalaria pudo remitirlo inmediatamente para evitar la pérdida de su pierna, fue negligente la ESE HOSPITAL SAN ANTONIO DE PADUA DE SIMITI, ya que cuando lo atendieron y el médico se dio cuenta de la gravedad del asunto y que el nivel hospitalario de esa institución era insuficiente para la atención que requería el paciente debió remitirlo inmediatamente para que pudieran salvarle la pierna. Ahora bien, el funcionario judicial no votó las pruebas aportadas al proceso en su considerando no realiza la ponderación de ellas correctamente por ejemplo la historia clínica impresa el 8 de abril del 2016, dice que ingreso a las 4:26, no especifica si es de la mañana o tarde, se presume que es de la mañana, en la última página en datos del egreso aparece que la fecha de egreso es 13 de marzo del 2013, no especifica la hora, con lo cual se infiere que la entidad hospitalaria suprimió la hora con el fin de hacer incurrir en error al funcionario judicial y así obtener un resultado favorable, el señor juez con el hecho de inspeccionar los documentos que contenían la historia clínica pudo establecer razonadamente el tiempo que fue retenido en la entidad hospitalaria sin justificación alguna, también pudo decretar prueba de oficio para formar un mejor convencimiento respecto a la decisión a tomar, el señor juez solo fundamenta su decisión en que no se practicaron las pruebas testimoniales desconociendo por completo el valor probatorio de las demás pruebas que fueron oportunamente allegadas al proceso. La sentencia carece de congruencia y motivación ya que el funcionario judicial al momento de emitirla no le asignó ninguna valor probatorio a los documentos aportados por el demandante como pruebas al proceso, ni siquiera el funcionario expresa por que los documentos carecen de valor probatorio en cuanto a que son copias simples la parte actora los desconoció o los tachó al momento de contestar la demanda y conforme al inciso 2º del artículo 244 del código general del proceso las copias tienen el mismo valor del original al menos que la parte contra quien se pretendan hacer valer los desconozca o tache de falsos.

(...)"

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Parte actora.

Reiteró las premisas fácticas y jurídicas que sustentan la pretensión y lo respuesta a las excepciones de mérito formuladas.

5.2. Parte demandada.

Las entidades demandadas guardaron silencio.

6. Concepto del Ministerio Público.

El Agente del Ministerio Público no emitió concepto.

11. CONSIDERACIONES.

2.1. Control de legalidad.

Revisado el expediente se observa que de conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció control de legalidad de las mismas. Por ello, y como en esta instancia no se observan vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada propuestas.

2.2. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, este Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

2.3. Problema jurídico.

La Sala encuentra que el problema jurídico, determinado por el sustento del recurso de alzada propuesto, se concreta en el siguiente cuestionamiento:

¿Si se acredita el daño antijurídico invocado por el señor OSCAR NICOLAS LEÓN VEGA y si el mismo resulta imputable a las entidades demandadas?

Para desarrollarlo se dilucidaran, a la luz de la jurisprudencia del Consejo de Estado, los aspectos relativos a las reglas probatorias aplicables en la actualidad en materia de responsabilidad médica, para en segundo lugar, pronunciarse respecto al problema jurídico planteado.

2.4. Tesis

Se confirmará la sentencia por cuanto no se acreditó la imputación del daño al Estado.

2.5. Análisis normativo y jurisprudencia!

2.5.1. Elementos de la responsabilidad extracontractual del estado.

El Régimen constitucional vigente establece una cláusula general de Responsabilidad Patrimonial del Estado, consagrada en el inciso 1º del artículo 90 Superior, que a la letra dice:

"Artículo 90. El Estado responderá patrimonio/mente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas."

De la norma en cita, se concluye que son dos los elementos que estructuran la responsabilidad administrativa: (i) La existencia de un daño antijurídico; (ii) La imputabilidad de ese daño a una acción u omisión de una autoridad pública.

Sobre los elementos de la Responsabilidad Estatal, el Honorable Consejo de Estado ha dicho:

*"Para que se declare la responsabilidad de la administración pública es preciso que se verifique la configuración de los dos elementos o presupuestos. según la disposición constitucional que consagra la institución jurídica, esto es, el artículo 90 superior, en consecuencia, es necesario que esté demostrado el daño antijurídico, así como la imputación fáctica y jurídica del mismo a la administración pública."*¹

En este orden de ideas, la responsabilidad del Estado procederá única y exclusivamente cuando concurren los dos elementos antes citados.

Ahora bien, en la decisión antes citada, la jurisprudencia define el elemento Daño de la siguiente forma:

"El daño antijurídico a efectos de que sea resarcible, requiere que esté cabalmente estructurado, por tal motivo, se torna imprescindible que se acrediten los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama: i) debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo; ii) que sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente - que no se limite a una mera conjetura -, y que suponga una lesión a un derecho, bien o interés legítimo que se encuentre protegido por el ordenamiento jurídico, y iii) que sea personal, es decir, que sea padecido por quien lo solicita, en tanto se cuente con la legitimación en la causa para reclamar el interés que se debate en el proceso. bien a través de un derecho que le es propio o uno que le deviene por la vía hereditaria."

Por su parte, la jurisprudencia ha definido la imputabilidad de la siguiente manera:

¹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercero, Subsección C. Sentencia del 28 de marzo de 2012. Magistrado Ponente Enrique Gil Botero. Expediente No. 22163.

*"La Imputabilidad es la atribución jurídica que se le hace a la entidad pública del daño antijurídico padecido y por el que, por lo tanto, en principio estaría en la obligación de responder, bajo cualquiera de los títulos de imputación de los regímenes de responsabilidad, esto es, del subjetivo (falla en el servicio) u objetivo (riesgo excepcional y daño especial)."*²

De igual forma, la Alta Corporación ha dicho:

*"Todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica".*³

En consonancia con lo expuesto por la Jurisprudencia Nacional, la imputabilidad se debe analizar desde dos orbitas, la primera desde un ámbito de imputación material (imputación fáctica), entendida como la atribución del resultado dañoso a una acción u omisión del Estado, y la segunda desde un ámbito jurídico (imputación jurídica), en el sentido de que la imputación abarca el título jurídico en el que encuentra fundamento la responsabilidad Administrativa endilgada, esto es la falla en el servicio, el riesgo excepcional o el daño especial.

Así las cosas, y de acuerdo al mandato establecido en el artículo 167 del Código General del Proceso, corresponde a la víctima demostrar, para obtener la declaratoria de responsabilidad estatal, lo siguiente: (i) La existencia de un daño antijurídico, esto es aquel que no se está en el deber de soportar; (ii) Que la ocurrencia de ese daño sea atribuible o imputable a la acción u omisión de una autoridad pública; en este aspecto, el demandante deberá demostrar que materialmente el daño ocurrió por la acción u omisión del Estado, siendo deber del juez analizar, en virtud del principio iura novit curia, cuál es el título de imputación aplicable al caso concreto.

2.5.2. De las reglas probatorias aplicables en responsabilidad médica y su estado actual a la luz de la jurisprudencia.

La construcción primigenia de la jurisprudencia estuvo orientada por el estudio de la responsabilidad estatal bajo un régimen subjetivo de falla probada del servicio. En este primer estadio, correspondía al demandante aportar la prueba de la falla del servicio para la prosperidad de sus pretensiones, pues, al comportar la actividad médica una obligación de

² CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 26 de mayo de 2011. Magistrado Ponente Hernán Andrade Rincón. Expediente No. 20097.

³ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 13 de abril de 2011. Magistrado Ponente Jaime Orlando Santofímio Gamboa. Expediente No. 2020.

medio, no bastaba la sola existencia del daño para presumir la falla del servicio de la administración.⁴

A partir del segundo semestre de 1992, se acogió el criterio ya esbozado en 19905, según el cual los casos de responsabilidad por la prestación del servicio médico se juzgarían de manera general bajo un régimen subjetivo pero con presunción de falla en el servicio. En ese segundo momento jurisprudencia! se consideró que el artículo 1604 del Código Civil⁶ debía ser aplicado también en relación con la responsabilidad extracontractual y, en consecuencia, la prueba de la diligencia y cuidado correspondía al demandado en los casos de responsabilidad médica/, Esta postura se fundamentó en la capacidad en que se encuentran los profesionales de la medicina, dado su *"conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta"*, de satisfacer las inquietudes y cuestionamientos que puedan formularse contra sus procedimientos.

Seguidamente, en una sentencia del año 2000, se cuestionó la aplicación generalizada de la presunción de la falla en el servicio y se postuló la teoría de la carga dinámica de las pruebas, según la cual *e/juez debe establecer en cada caso concreto cuál de las partes está en mejores condiciones de probar la falla* o su ausencia, pues no todos los debates sobre la prestación del servicio médico tienen implicaciones de carácter técnico o científico. En estos términos se pronunció la Sección Tercera del Consejo de Estado:

"No todos los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente tienen implicaciones técnicas y científicas. Habrá que valorar en cada caso, si estas se encuentran presentes o no. Así, habrá situaciones en las que, es el paciente quien se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos relacionados con la actuación de la entidad respectiva. Allí está, precisamente, la explicación del dinamismo de los cargos, cuya aplicación se hace imposible ante el recurso obligado a la teoría de la falla del servicio presunta, donde simplemente se produce la inversión permanente del deber probatorio",

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 13 de septiembre de 1991, rad. 6253, M.P. Carlos Betancur Jaramillo; sentencia de 14 de febrero de 1992, rad. 6477, M.P. Carlos Betancur Jaramillo; sentencia de 26 de marzo de 1992, rad. 6255, M.P. Julio César Uribe Acostó; sentencia de 26 de marzo de 1992, rad. 6654, M.P. Daniel Suárez Hernández, entre otras.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 24 de octubre de 1990, rad. 5902, C.P. Gustavo de Greiff Restrepo

⁶ Código Civil. "Artículo 1604. (...)La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alegó"

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de agosto de 1992, rad. 6754, M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 30 de julio de 1992, rad. 6897, M.P. Daniel Suárez Hernández.

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 10 de febrero del 2000, rad. 11878, M.P. Alier Hernández Enríquez. Esta línea se reiteró, entre otras, en sentencia de 7 de diciembre de 2004, rad.

El abandono de la presunción de falla como reqirnen general de responsabilidad y la aceptación de la carga dinámica de la prueba, al demandar de la parte actora un esfuerzo probatorio significativo, exige la aplicación de criterios jurisprudenciales tendientes a morigerar dicha carga. Por ejemplo, frente a la relación de causalidad entre la falla y el daño antijurídico, se ha señalado que cuando resulte imposible esperar certeza o exactitud en esta materia, no solo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación, el nexo de causalidad queda acreditado *"cuando los elementos de tu1c10 suministrados conducen a un grado suficiente de probabilidad"*¹⁰ que permita tenerlo por establecido.

En ese entendimiento, también se han precisado ciertos criterios sobre la carga de la prueba en los casos de responsabilidad médica: (i) por regla general, al demandante le corresponde probar la falla del servicio, salvo en los eventos en los que resulte *"excesivamente difícil o prácticamente imposible"* hacerlo; (ii) de igual manera, corresponde al actor aportar la prueba de la relación de causalidad, la cual podrá acreditarse mediante indicios en los casos en los cuales *"resulte muy difícil -si no imposible- Ja prueba directa de los hechos que permiten estructurar ese elemento de la obligación de indemnizar"*; (iii) en la apreciación de los indicios tendrá especial relevancia la conducta de la parte demandada, sin que haya lugar a exigirle en todos los casos que demuestre cuál fue la causa efectiva del daño; (iv) la valoración de esos indicios deberá ser muy cuidadosa, pues no puede perderse de vista que los procedimientos médicos se realizan sobre personas con alteraciones en su salud; (v) el análisis de la relación causal debe preceder el de la falla del servicio¹¹.

En el año 2006 se abandonó definitivamente la presunción de falla en el servicio para volver al régimen general de falla probodot". Actualmente se

14421, M.P. Alier Hernández Enríquez: sentencia del 11 de mayo del 2006, rad. 14400, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 3 de mayo de 1999, rad. 11169, M.P. Ricardo Hoyos Duque. Se dijo en esa oportunidad que si bien no existía certeza *"en el sentido de que la paraplejía sufrida[...] hayo tenido por causa Ja práctica de fa biopsia"*, debía tenerse en cuenta que *"aunque la menor presentaba problemas sensitivos en sus extremidades inferiores antes de ingresar al Instituto de Cancerología, se movilizaba por sí misma y que después de dicho intervención no volvió a caminar"*, de manera que existía una alta probabilidad de que la causa de la invalidez de la menor hubiera sido la falla de la entidad demandada, probabilidad que además fue reconocida por los médicos que laboraban en la institución.

¹¹ Consejo de Estado. Sección Tercera, sentencia del 28 de abril de 2005, rad. 14786, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de agosto de 2006, rad. 15772, M.P. Ruth Stella Correa Palacio; sentencia de 30 de noviembre de 2006, rad. 15201-25063, M.P. Alier Hernández Enríquez; sentencia de 30 de julio de 2008, rad. 15726, M.P. Myriam Guerrero de Escobar. El consejero

considera que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el expediente todos los elementos que la configuran, esto es, el daño, la actividad médica y el nexo causal entre esta y aquel¹³, sin perjuicio de que para la demostración de este último elemento las partes puedan valerse de todos los medios de prueba legalmente aceptados, incluso de la prueba indiciaria:

"De manera reciente la Sala ha recogido las reglosjurisprudenciales anteriores, es decir, las de presunción de falla médica, o de la distribución de las cargas probatorias de acuerdo con el juicio sobre la mejor posibilidad de su aporte, para acoger la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, para lo cual se puede echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño.

Se acoge dicho criterio porque además de ajustarse a la normatividad vigente (art. 90 de la Constitución y 177 del Código de Procedimiento Civil), resulta más equitativa. La presunción de la falla del servicio margina del debate probatorio asuntos muy relevantes, como el de la distinción entre los hechos que pueden calificarse como omisiones, retardos o deficiencias y los que constituyen efectos de la misma enfermedad que sufra el paciente. La presunción traslada al Estado la carga de desvirtuar una presunción que falló, en una materia tan compleja, donde el óleo constituye un factor inevitable y donde el paso del tiempo y las condiciones de masa (impersonales) en las que se presta el servicio en las instituciones públicas hacen muy compleja la demostración de todos los actos en los que éste se materializa.

En efecto, no debe perderse de vista que el sólo transcurso del tiempo entre el momento en que se presta el servicio y aquél en el que la entidad debe ejercer su defensa, aunado además a la imposibilidad de establecer una relación más estrecha entre los médicos y sus pacientes, hace a veces más difícil para la entidad que para el paciente acreditar las circunstancias en las cuales se prestó el servicio. (...]

La desigualdad que se presume del paciente o sus familiares para aportar la prueba de la falla, por la falta de conocimiento 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 ¹⁴.

En efecto, la actividad médica capaz de comprometer la responsabilidad de la administración es la falla probada; sin embargo, no solamente se

Enrique Gil Botero aclaró el voto en el sentido de señalar que no debe plantearse de forma definitiva el abandono de la aplicación del régimen de falla presunta del servicio.

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de agosto del 2006, rad. 15772, M.P. Ruth Stella Correa Palacio; sentencia del 30 de julio del 2008, rad. 15726, M.P. Myriom Guerrero de Escobar; sentencia del 21 de febrero del 2011, rad. 19125, M.P. (E) Gladys Agudelo Ordóñez, entre otras.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de agosto de 2006, rad. 15772, M.P. Ruth Stella Correa Palacio; sentencia del 28 de septiembre de 2012, rad. 22424, M.P. Stella Canto Díaz del Castillo.

estructura la responsabilidad cuando se contrarían los postulados de la *lex artis* o, esto es, por funcionamiento anormal, negligente o descuidado del servicio médico, sino también cuando la actividad que se despliega en condiciones normales o adecuadas puede dar lugar objetivamente a que ello ocurra

Así las cosas, como lo recordó la Máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo en sentencia del 29 de julio del 2013¹⁶, en relación con la carga de la prueba tanto de la falla del servicio como del nexo causal, se ha dicho que **corresponde exclusivamente al demandante**, pero dicha exigencia se atenúa mediante la aceptación de la prueba indirecta de estos elementos de la responsabilidad a través de indicios. En palabras del alto tribunal:

*"La responsabilidad estatal por fallas en la prestación del servicio médico asistencial no se deriva simplemente a partir de la sola constatación de la intervención de la actuación médica, sino que debe acreditarse que en dicha actuación no se observó la *lex artis* y que esa inobservancia fue la causa eficiente del daño. Esa afirmación resulta relevante porque de conformidad con lo previsto en el artículo 90 de la Constitución, el derecho a la reparación se fundamenta en la antijuridicidad del daño, sin que sea suficiente verificar que la víctima o sus beneficiarios no estaban en el deber jurídico de soportarlo para que surja el derecho a la indemnización, dado que se requiere que dicho daño sea imputable a la administración, y sólo lo será cuando su intervención hubiera sido la causa eficiente del mismo.*

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

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercero, sentencia de 29 de agosto de 2013, exp. 30283, M.P. Danilo Rojas Betancourth. En esta oportunidad, la Subsección señaló que "la ausencia demostrada de un fallo del servicio atribuible a la entidad no conduce necesariamente a afirmar la ausencia de responsabilidad, pues pueden existir otras razones tanto jurídicas como fácticas, distintos al incumplimiento o inobservancia de un deber de conducta exigible al ISS en materia de atención y prevención de enfermedades infecciosas, que pueden servir como fundamento del deber de reparar". Un criterio similar se utilizó en la sentencia de 28 de septiembre de 2012, rad. 22424, M.P. Stella Canto Díaz del Castillo, en estos términos: "a menor (...) estando en satisfactorio estado de salud, tan pronto como le fue aplicado el plan de inmunización, previsto en las políticas de salud públicas, para la atención infantil falleció y aunque los pruebas técnicas científicas y testimoniales no permiten relacionar la muerte de la pequeña de ocho meses con la aplicación de la vacuna, se conoce que el componente "pertusis" de la DPT (difteria, tos ferina y tétanos), en un porcentaje bajo, pero cierto, implica riesgo para quien lo reciba".

¹⁶ Consejo de Estado, sentencia del 29 de julio del 2013, rad. 20157. MP. Ramiro Pazos Guerrero

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de marzo 22 de 2012, rad. 23132, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, citada por la sentencia del 29 de julio del 2013, rad. 20157.

¹⁸ "Sobre el tema, ver por ejemplo, RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ. Responsabilidad Civil por actos médicos. Problemas de pruebas. Ed. Civitas S.A.. Madrid. 1999, pág. 111".

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA N.º.05/2020
SALA DE DECISIÓN N.º. 001

SIGCMA

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

Así, se ha acudido a reglas como res ipsa loquitur, desarrollada en el derecho anglosajón; o de la culpa virtual elaborada por la doctrina francesa, o la versión alemana e italiana de la prueba prima facie o probabilidad estadística¹⁹, que tienen como referente común el deducir la relación causal y/o la culpa en la prestación del servicio médico a partir de la verificación del caso y de la aplicación de una regla de experiencia, conforme a la cual existe nexo causal entre un evento dañoso y una prestación médica cuando, según las reglas de la experiencia (científica, objetiva, estadística), dicho daño, por su anormalidad o excepcionalidad, sólo puede explicarse por la conducta negligente del médico y no cuando dicha negligencia pueda ser una entre varias posibilidades, como la reacción orgánica frente al procedimiento suministrado o, inclusive, el comportamiento culposo de la propia víctima.

Cabe destacar que la aplicación de esas reglas probatorias, basadas en reglas de experiencia guardan armonía con el criterio adoptado por la Sala en relación con la teoría de la causalidad adecuada o causa normalmente generadora del resultado, conforme a la cual, de todos los hechos que anteceden la producción de un daño sólo tiene relevancia aquel que, según el curso normal de los acontecimientos, ha sido su causa directa e inmediata²⁰. La elección de esa teoría se ha hecho por considerar insatisfactoria la aplicación de otras, en particular, la de la equivalencia de las condiciones, según la cual basta con que la culpa de una persona haya sido uno de los antecedentes del daño para que dicha persona sea responsable de él, sin importar que entre la conducta culposa y el daño hubieran mediado otros acontecimientos numerosos y de gran entidad.

En varias providencias proferidas por la Sala se consideró que cuando fuera imposible demostrar con certeza o exactitud la existencia del nexo causal, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que probaran dicha relación, el juez podía "contentarse con la probabilidad de su existencia"²¹, es decir, que la relación de causalidad quedaba probada cuando los elementos de juicio que obraran en el expediente conducían a "un grado suficiente de probabilidad"²², que permitían tenerla por establecida.

De manera más reciente se precisó que la exigencia de "un grado suficiente de probabilidad", no implica la exoneración del deber de demostrar la existencia del

¹⁹ Sobre el tema: ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO. Derecho sanitario y responsabilidad médica. Valladolid, Ed. Lex Nova, 2ª.ed. 2007".

²⁰ "Sobre el tema ver. por ejemplo, Ricardo de Ángel Yagüez. Responsabilidad Civil por actos médicos. Problemas de pruebas. Civitas, 1ª. ec.. 1999, pág. 112".

²¹ Cfr. Ricardo de Ángel Yagüez. Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño), Ed. Civitas S.A.. Madrid, 1995, p. 42".

²² "Ibídem, págs. 77. Lo Solo acogió este criterio al resolver el demanda formulado contra el Instituto Nacional de Cancerología con el objeto de obtener la reparación de los perjuicios causados con la práctica de una biopsia. Se dijo en esa oportunidad que si bien no existía certeza "en el sentido de que la paraplejía sufrido...haya tenido por causa la práctica de la biopsia", debía tenerse en cuenta que "aunque la menor presentaba problemas sensitivos en sus extremidades inferiores antes de ingresar al Instituto de Cancerología, se movilizaba por sí misma y que después de dicha intervención no volvió a caminar". Por lo cual existía una alta probabilidad de que la causa de la invalidez de la menor hubiera sido el fallo de la entidad demandada, probabilidad que además fue reconocida por los médicos que laboraban en la misma. Ver sentencia de 3 de mayo de 1999, exp. 11169, C.P. Ricardo Hoyos Duque".

vínculo causal entre el daño y la actuación médica, que haga posible imputar responsabilidad a la entidad que presta el servicio, sino que esta es una regla de prueba, con fundamento en la cual el vínculo causal puede ser acreditado de manera indirecta, mediante indicios²³.

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

Finalmente debe ponerse de relieve que la línea decantada desde el 2006, (responsabilidad subjetiva) se ha consolidado, según se puede ver del fallo del 5 de marzo del 2015, de la Sección Tercera, Sub sección B del Consejo de Estado²⁴, en el que se ha advertido que es la **falla probada** del servicio el título de imputación bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria, precisando que para que pueda predicarse la existencia de una falla, "es necesario que se demuestre que la atención 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. Del mismo modo, deberá probarse que el servicio médico no ha sido cubierto en forma diligente, esto es, que no se prestó el servicio con el empleo de todos y cada uno de los medios humanos, científicos, farmacéuticos y técnicos que se tengan al alcance."

2.6. CASO CONCRETO.

2.6.1. Hechos relevantes probados.

- Está probado que el señor OSCAR NICOLAS LEÓN VEGA, ingresó a las 02:25 de la mañana del día el 11 de marzo del año 2013, por el servicio de urgencias, a las instalaciones de la E.S.E. HOSPITAL MANUEL ELKIN PATARROYO, por herida de arma de fuego en su rodilla izquierda con sangrado abundante y 3 horas de evolución. Es decir, antes del ingreso ya habían corrido 3 horas desde el suceso. Así se desprende del documento (historia clínica aportada) visto a folio 12 del cuaderno principal No. I.

- También encuentra soporte la remisión a la FUNDACIÓN SER OPERADOR EXTERNO E.S.E. HOSPITAL SAN ANTONIO DE PADUA, según como consta en el formato de remisión (fl. 15 ídem) y lo corrobora la epicrisis de dicha

²³ Ver. por ejemplo, sentencias de 14 de julio de 2005, rad. 15276 y 15332. [M.P. Ruth Stella Correa Palacio].

²⁴ Radicación número: 50001-23-31-000-2002-00375-01 (30102) MP. Danilo Rojas Betancourth

institución; esta última siendo clara en registrar que el paciente ingresó ese mismo día 11 de marzo del año 2013, a las 4:26 de la mañana, es decir, pasadas aproximadamente 2 horas, desde su egreso del Hospital Manuel Elkin Patarroyo de Santa Rosadel Sur y 5 horas desde el accidente sufrido en su pierna. Se sabe que el ingreso por remisión se dio en horas de la mañana porque la copia de la referida epicrisis permite inferir que el formato de horario utilizado por el Hospital San Antonio es de 24 horas y no de 12, tal cual se diferencia del ítem de fecha de impresión impuesto en la parte superior derecha (fl. 16 ídem).

Deviene importante subrayar que, según se desprende de los anteriores documentos, el actor ingresó al HOSPITAL SAN ANTONIO DE PADUA en regular estado general, somnoliento, con palidez generalizada, ebriedad y una lesión en su pierna izquierda causada por una agresión con disparo de arma de fuego. Se registró también como **plan a adoptar** el descartarte de una posible lesión vascular-venosa, aun cuando ante el examen de revisión por sistema se encontró el sistema vascular "normol" (mírese folio 17 ídem).

Da cuenta la copia de la epicrisis (fls. 20 a 21 ídem) extendida por la CLÍNICA MEDICOSS.A., que el actor ingresó remitido del Departamento de Bolívar, el 13 de marzo del 2013, por el siguiente motivo.:

"MOTIVO DE CONSULTA: PACIENTE REMITIDO DE BOLÍVAR POR PRESENTAR HERIDA POR ARMA DE FUEGO EN RODILLA IZQUIERDA PARA VALORACIÓN POR CIRUGIA VASCULAR."

También se dejó constancia del estado de ingreso del paciente, así:

"ENFERMEDAD ACTUAL: PACIENTE REMITIDO DE BOLIVAR PRO PRESENTAR HERIDA POR ARMA DE FUEGO EN LA RODILLA IZQCON ORIFICIO DE SALIDA AUSENCIA DE PULSO PEDIO - TIBIAL. CAMBIO E TEMPERATURA EXTREM.DAD AFECTADA ES REMITIDO PARA VALORACIÓN POR CIRUGIA VASCULAR (...)"

Debe advertirse que es cierto que no es posible determinar la hora de ingreso del actor a la Clínica Médicos S.A., pero también lo es que se tiene toda certeza que entre su egreso de la FUNDACIÓN SER OPERADOR EXTERNO E.S.E. HOSPITAL SAN ANTONIO DE PADUA y su ingreso a la CLÍNICA MEDICOSS.A. no corrió más de un día; para ser exactos, el paciente egresó de aquella e ingresó a esta el mismo día 13 de marzo del año 2013.

Por demás, brota del documento referenciado que efectivamente ese 13 de marzo del 2013, fue valorado el actor por los especialistas en el tema vascular, encontrándolo sin pulsos distales en su extremidad inferior izquierda y con mal pronóstico, dándose entonces pase a cirugía para reparación vascular poplítea, pero desafortunadamente el paciente entra en shock

hipovolémico y debe ser trasladado a UCI para manejo encontrándose necrosis del 90%²⁵ en el muslo, razón por la cual se traslada nuevamente a cirugía y se realiza amputación supracondilea izquierda sin complicaciones.

2.6.2. Solución y conclusiones.

Para la Sala deviene palmario el daño antijurídico, pues del análisis de los documentos analizados resulta incontrovertible la lesión padecida por el actor, identificada con la amputación de su extremidad inferior izquierda por encima de la rodilla.

Ahora bien, con todo y ello, para la Sala no es posible imputar ese daño a las demandadas ya que no se encuentra acreditado que la lesión haya sido el producto de la trasgresión a los postulados de la *lex artis* médica. Todo lo contrario, las pruebas permiten determinar con certeza que la causa del daño padecido por el actor, fue una agresión materializada con un impacto de bala en su pierna izquierda.

El actor sugiere la pérdida de su pierna por el retardo en la remisión desde la Fundación SER hacia los especialistas en el ciudad de Valledupar, pero ello resulta ser simplemente una hipótesis que no encuentra respaldo probatorio en el expediente y que termina desquiciándose a partir del estudio del acervo documental.

Con perspicacia se valoraron las historias clínicas arrimadas al expediente, siendo posible corroborar que, sin en gracia de discusión se planteara retardo, este no termina siendo la causa eficiente del daño, toda vez que nada nos asegura que remitido el actor en menor tiempo no se hubiese necesitado la amputación, en cambio sí hay evidencia documental que informa que el actor recibió un impacto de bala en su rodilla izquierda, sin que se sepa por parte de quien, y que arribó al Hospital Manuel Elkin Patarroyo de Santa Rosa del Sur, en primera instancia, con un sangrado profuso de aproximadamente 3 hora de evolución, para posteriormente ser remitido al ente demandado, 2 horas después. Esto indica sin duda, que cuando el accionante ingresó a la FUNDACIÓN SER, llevaba aproximadamente 5 horas de sangrando previo, tiempo por demás valioso dado que, una hemorragia no controlada puede causar rápidamente la muerte, según lo informa la literatura médica (Trauma vascular oerltérlcol>.

²⁵ *"Es la muerte de tejido corporal. Ocurre cuando muy poca sangre fluye al tejido. Esto puede suceder por lesión, radiación o sustancias químicas. La necrosis no se puede revertir.*
<https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/002266.htm>

²⁶ <http://mingaonline.uach.cl/pdf/cuadcir/vl8n1/art15.pdf>

Lo que es llamativo y refuerza aún más la idea de que el accionar de la clínica demandada no tuvo incidencia causal en el daño, es que cuando el señor LEÓN VEGA. ingresó a la FUNDACIONSER el 13 de marzo del 2013 (por razón de su primera remisión) el sangrado había frenado. Así se desprende de la nota de "enfermedad actual" signada en la historia clínica de dicho operador (fl. 16 ídem), es decir, de alguna manera se había contenido la hemorragia, por lo que no quedaba solución distinta que el traslado hacia los especialistas en traumas vasculares, pues su nivel de atención no alcanzaba para tratar la sintomatología, lo que finalmente ocurrió el mismo día, sin pasar de la última hora de ese 13 de marzo del 2013.

En esa línea de comprensión, habida cuenta que al actor se le amputó su pierna por la necrosis que presentaba cuando arribó a la Clínica Médicos S.A. de Valledupar y que dicha patología tiene lugar (según la literatura médica)²⁷ por la falta de irrigación de sangre en la zona afectada, es correcto admitir que esas 5 horas de hemorragia que pasaron antes de que fuera atendido por las demandadas, terminaron siendo determinantes, y que no habiendo hemorragia que controlar, nada puede reprochársele al ente demandado, pues la posible obstrucción vascular que generaba la contención de sangre sencillamente escapaba a sus capacidades.

No se pase por alto que el tratamiento de las lesiones vasculares ordena observación entre 24 y 48 horas según la ciencia médica²⁸, ergo habiendo ingresado el paciente a la FUNDACIONSER con sangrado contenido, o no activo en los términos de la historia clínica, con la evidencia de un trauma vascular y remitido a la clínica especializada el mismo día 13 de marzo del 2013, o para ser generosos y congruentes con los datos de la histórica clínica, a la última hora de esa calenda, impera colegir que no existió retardo en la remisión y en ese orden de ideas, que no es tan cierto que la demora en la remisión hacia la ciudad de Valledupar haya sido el dispositivo causal generador del daño.

En puridad, las pruebas y los conceptos médicos aterrizados al sub lite permiten tener convicción que la necrosis que obligó la amputación de la pierna del demandante, fue producida por la hemorragia y esta tuvo origen, no en la negligencia de la FUDACIONSER, pues se itera, a dicha estación llegó el paciente con el sangrado obstruido, sino en la agresión con arma de fuego de que fue víctima el actor. También hay claridad que los dos centros asistenciales hicieron lo debido de acuerdo a su capacidad de

²⁷ Ídem.

²⁸ ídem

atención y que en este caso no hubo retardo y si lo hubo, no tuvo incidencia causal en la producción del daño.

A propósito del retardo, y de la de "pérdida de oportunidad" que de él pudiera surgir (en gracia de discusión), considerase primero en torno a la definición de la figura que, ni la doctrina ni la jurisprudencia han logrado consenso respecto a su definición en el derecho de daños. Hay quienes le dan la categoría de daño autónomo y quienes le atribuyen simplemente la calidad de herramienta para facilitar la determinación del nexo causal entre el daño y la conducta (acción - omisión) de la administración, concluyendo estos últimos que darle el tratamiento de daño autónomo equivaldría a comulgar con el daño hipotético y eventual.

En lo que respecta a la figura, la más avezada doctrina²⁹ precisa algunos aspectos para garantizar su correcta aplicación:

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

b) la figura solo tiene aplicación en aquellas situaciones en que existe duda o incertidumbre en el nexo causal, de tal forma que el grado de probabilidad sea significativo, es decir, superior al menos al 50 por ciento. como quiera que si este es muy reducido (v.gr. 10%) las probabilidades no serán más que posibilidades y el nexo causal se diluye; mientras que si aquella es muy alta (v.gr. 99%), existiría una probabilidad preponderante y el resultado será imputable al ciento por ciento, sin que sea admisible una reducción en virtud de la aplicación de la teoría de la pérdida de la oportunidad.

c) En los casos en que 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 tanto, habrá que absolver al demandado. En otros términos, si bien la pérdida de la oportunidad ayuda a resolver 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 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 casos, 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, consiguientemente, el impacto de tal valor en el monto que se debe indemnizar, pues como ya se analizó, el perjuicio no puede ser total ante la falta de certeza.

e) Como no existe una explicación de la causalidad absoluta, en estos casos, la forma de indemnizar la pérdida de la oportunidad debe ser proporcional al porcentaje que

²⁹ Responsabilidad Extracontractual del Estado. Editorial Temis, Bogotá Colombia 2013. Pág. 586 y ss.

se le restó al paciente con la falta de suministro del tratamiento, intervención quirúrgica, procedimiento o medicamento omitido.

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

f) La pérdida de oportunidad, como se puntualizó, debe ser replanteada a partir de la incertidumbre causal, toda vez que, entendida como un daño autónomo, lo que se estaría indemnizando vendría a ser uno de naturaleza eventual e indeterminable, pues se situaría al juez en la labor de establecer el valor de una oportunidad cercenada, situación cercana a la abierta discrecionalidad judicial que sería claramente cuestionada.

Por su parte, la jurisprudencia - aquella que define la figura como daño autónomo - ha considerado:

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

Ahora bien, el propio Consejo de Estado no se ha matriculado de lleno en la escuela de la pérdida de la oportunidad como daño autónomo, tampoco en aquella que profesa que equivale a una herramienta para facilitar la determinación del nexo causal entre la conducta y el daño; pero con todo y eso, al margen de cualquier disquisición, lo que si no está en discusión es que siendo aceptada en nuestro derecho interno en cualquiera de las dos modalidades, a quien la alega le incumbe la carga de probar de manera científica cuál era la posibilidad real del paciente de recuperar su salud y

³⁰ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ Bogotá, D.C., agosto once (11) de dos mil diez (2010). Radicación: 05001-23-26-000-1995-00082-01(18593) Actor: PEDRO EMILIO VALENCIA Y OTROS Demandado: DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA y OTRO.

además, que esa expectativa real haya sido frustrada por omisiones o erradas acciones en la actuación médica³¹.

Así las cosas, en el asunto sometido a consideración, tampoco es predicable la imputación a título de pérdida de oportunidad, pues independientemente del tratamiento que se le dé, sea como daño autónomo o como herramienta para determinar el nexo causal, lo cierto es que de las pruebas aportadas no deviene acreditado científicamente {como se exige} cual es el porcentaje de probabilidad de que habiendo sido remitido el actor ipso facto, se hubiese salvado su pierna, o mejor, cuál era la posibilidad real del paciente de recuperar su salud, si no se hubiese presentado el mencionado retardo.

En razón a lo dicho, se confirmará la sentencia apelada, aun cuando se le haya la razón al censor en que el fallo evidencia un gran déficit de motivación y en tanto este deber no se agota con la transcripción de preceptos legales y jurisprudenciales.

2.7. Condena en costas

En virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, procede la Sala de Decisión a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos previstos en el Código General del Proceso, que en el artículo 365 dispone:

"(...) En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todos sus partes lo de primero instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

³¹ CONSEJO DE ESTADO.SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO,SECCION TERCERA. Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Sentencia del treinta y uno [31] de agosto de dos mil seis [2006]. Radicación número: 68001-23-31-000-2000-09610-01 (15772). Actor: MARIA OLGA SEPULVEDA RAMIREZ. Demandado: HOSPITAL RAMON GONZALEZ VALENCIA.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA No.05/2020
SALA DE DECISIÓN No. 001

SIGCMA

4. *Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.*
5. *En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena ootciot: expresando los fundamentos de su decisión.*
6. *Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.*
7. *Si fueren varios los litigantes favorecidos con lo condena en costas, a codo uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.*
8. *Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.*
9. *Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.*

Así las cosas, se condenará a la parte **demandante** al pago de las costas que efectivamente se hayan causado por ser esta a quien se le resolvió desfavorablemente el recurso y por haberse confirmado en todas sus partes la sentencia recurrida, ordenando al juzgado su liquidación conforme a lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., incluyéndose en las misma las agencias en derecho, en aplicación del acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

111.- FALLA

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia apelado, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDÉNASE en costas en segunda instancia a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de esta providencia fue estudiado y decidido en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS,



ARIO CtiAV ARRO COLPAS