

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA-SUBSECCIÓN B

Ponente: Ramiro Pazos Guerrero

Bogotá D. C., tres (03) de agosto de dos mil diecisiete (2017)

Expediente: 40.387
Radicación: 190012331000200301403-01
Demandante: María Socorro Montilla Chango y otros
Demandado: Nación-Ministerio de la Protección Social y otro
Naturaleza: Acción de reparación directa

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el hospital Susana López de Valencia E.S.E. en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, el 30 de septiembre de 2010, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda. La sentencia será modificada.

SÍNTESIS DEL CASO

El 12 de octubre de 2001, la señora María Socorro Montilla Chango llevó a su hija menor Leydi Viviana Figueroa Montilla a la IPS Asfamilias. Allí fue atendida por la médica Silvia Quintero, quien ordenó su remisión al servicio de urgencias del hospital Susana López de Valencia E.S.E., de II nivel, en razón del grave estado de salud de la menor, quien presentaba síndrome nefrótico. Ese mismo día, la madre de la menor la llevó al Hospital Susana López de Valencia E.S.E., pero la enfermera Nelcy Patricia Vivas Ramos, le informó que había muchos heridos para atender allí. La madre se llevó a su hija a la casa. En la noche de ese mismo día, la menor presentó cuadro febril. A la mañana siguiente manifestó dolor, vómito de sangre y pérdida de la consciencia. Fue llevada de nuevo al Hospital Susana López de Valencia E.S.E. En esa oportunidad sí se le brindó atención, pero los médicos le manifestaron a la madre que no había nada que hacer, porque la niña estaba muerta.

Expediente: 40387
Demandante: María Socorro Montilla Chango y otros
Demandado: Nación-Ministerio de la Protección Social y otro
Modifica la sentencia que accedió a las pretensiones

ANTECEDENTES

1. Mediante escrito presentado ante el Tribunal Administrativo del Cauca, el 29 de septiembre de 2003, que fue corregido el 17 de octubre de 2003 (f. 31-47 y 53-54 c-1), los señores María Socorro Montilla Chango y Rodrigo Figueroa Garzón, quienes actúan en nombre propio y en representación de sus hijos menores de edad Martha Liliana, Fabián Andrés y Angi Carolina Figueroa Montilla y, además, los señores Ana Tulia Chango de Montilla, Elizabeth Montilla Chango, María Teresa Montilla Chango y Mauricio Figueroa Pencua, presentaron demanda de reparación directa en contra de la Nación-Ministerio de la Protección Social, el departamento del Cauca y el hospital Susana López de Valencia E.S.E., con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

PRIMERA: La NACIÓN-MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-DEPARTAMENTO DEL CAUCA-HOSPITAL SUSANA LÓPEZ DE VALENCIA ESE (Nivel II), son solidariamente responsables, o como se disponga en el respectivo fallo, de la totalidad de los daños y perjuicios causados a los actores MARÍA SOCORRO MONTILLA CHANGO, RODRIGO FIGUEROA GARZÓN, MARTHA LILIANA FIGUEROA MONTILLA, FABIÁN ANDRÉS FIGUEROA MONTILLA, ANGI CAROLINA FIGUEROA MONTILLA y ANA TULIA CHANGO DE MONTILLA, ELIZABETH MONTILLA CHANGO, MARÍA TERESA MONTILLA CHANGO y MAURICIO FIGUEROA PENCUA, por la muerte de la menor LEYDI VIVIANA FIGUEROA MONTILLA.

SEGUNDA: Condénese a la NACIÓN-MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-DEPARTAMENTO DEL CAUCA-HOSPITAL SUSANA LÓPEZ DE VALENCIA ESE (Nivel II) a indemnizar solidariamente o como se disponga en el respectivo fallo a MARÍA SOCORRO MONTILLA CHANGO y RODRIGO FIGUEROA GARZÓN, a los menores MARTHA LILIANA FIGUEROA MONTILLA, FABIÁN ANDRÉS FIGUEROA MONTILLA y ANGI CAROLINA FIGUEROA MONTILLA y a los señores ANA TULIA CHANGO DE MONTILLA, ELIZABETH MONTILLA CHANGO, MARÍA TERESA MONTILLA CHANGO y MAURICIO FIGUEROA PENCUA, la totalidad de los daños y perjuicios materiales, incluidos daño emergente y lucro cesante, causados a todos y cada uno de los demandantes, por la muerte de la menor LEYDI VIVIANA FIGUEROA MONTILLA.

Expediente: 40387
Demandante: María Socorro Montilla Chango y otros
Demandado: Nación-Ministerio de la Protección Social y otro
Modifica la sentencia que accedió a las pretensiones

Dentro de los daños y perjuicios materiales, se incluirán:

a. El valor de la frustración o privación de la ayuda económica que iban a recibir los actores de su hija, nieta, hermana y sobrina, LEYDI VIVIANA FIGUEROA MONTILLA, durante el tiempo restante de su supervivencia probable, que usaría en el cuidado de aquellos (su familia) y en el suyo propio.

b. En el lucro cesante se incluirán los intereses compensatorios del capital representativo de la indemnización (compensación por falta de uso principal) que, según el art. 1615 del Código Civil, se les está debiendo desde el 13 de octubre del año 2001, y se pagarán junto con aquel en pesos de valor constante.

c. Pero, en subsidio de la cuantificación matemática en el proceso de valoración de estos perjuicios solicito, por razones de equidad, se indemnice con el equivalente en pesos de la fecha de la ejecutoria de la sentencia de lo que valgan mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno de los actores MARÍA SOCORRO MONTILLA CHANGO y RODRIGO FIGUEROA GARZÓN, y de los menores MARTHA LILIANA FIGUEROA MONTILLA, FABIÁN ANDRÉS FIGUEROA MONTILLA y ANGI CAROLINA FIGUEROA MONTILLA, y el equivalente a SEISCIENTOS (600) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de los demandantes ANA TULIA CHANGO DE MONTILLA, ELIZABETH MONTILLA CHANGO, MARÍA TERESA MONTILLA CHANGO y MAURICIO FIGUEROA PENCUA, o de la suma mayor que se establezca y resulte de las bases del proceso.

TERCERA: *Condénese a la NACIÓN-MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-DEPARTAMENTO DEL CAUCA-HOSPITAL SUSANA LÓPEZ DE VALENCIA ESE (Nivel II) a pagar solidariamente o como se disponga en el respectivo fallo a cada uno de los demandantes, los daños y perjuicios morales, con el valor equivalente en pesos de valor constante, del mayor valor establecido en la Ley vigente al tiempo.*

Más en subsidio, con el equivalente en pesos de la fecha de ejecutoria de lo que valgan MIL (1000) salarios mínimos legales mensuales para cada uno de los actores MARÍA SOCORRO MONTILLA CHANGO y RODRIGO FIGUEROA GARZÓN, y de los menores MARTHA LILIANA FIGUEROA MONTILLA, FABIÁN ANDRÉS FIGUEROA MONTILLA y ANGI CAROLINA FIGUEROA MONTILLA, y el equivalente a SEISCIENTOS (600) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno de los demandantes ANA TULIA CHANGO DE MONTILLA, ELIZABETH MONTILLA CHANGO, MARÍA TERESA

Expediente: 40387
Demandante: María Socorro Montilla Chango y otros
Demandado: Nación-Ministerio de la Protección Social y otro
Modifica la sentencia que accedió a las pretensiones

MONTILLA CHANGO y MAURICIO FIGUEROA PENCUA, o la suma mayor que se establezca y resulte de las bases del proceso.

CUARTA: Condénese a la NACIÓN-MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-DEPARTAMENTO DEL CAUCA-HOSPITAL SUSANA LÓPEZ DE VALENCIA ESE (Nivel II) a pagar solidariamente o como se disponga en el respectivo fallo a los demandantes, el valor del perjuicio causado a la vida de relación y a sus condiciones materiales de existencia, debidamente reajustado en la fecha de ejecutoria de la providencia que lo imponga, cuyo pago se hará en pesos de valor constante, que estimo en QUINIENTOS (500) salarios mínimos legales mensuales para cada uno de los actores MARÍA SOCORRO MONTILLA CHANGO y RODRIGO FIGUEROA GARZÓN, y de los menores MARTHA LILIANA FIGUEROA MONTILLA, FABIÁN ANDRÉS FIGUEROA MONTILLA y ANGI CAROLINA FIGUEROA MONTILLA, y el equivalente a TRESCIENTOS (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno de los demandantes ANA TULIA CHANGO DE MONTILLA, ELIZABETH MONTILLA CHANGO, MARÍA TERESA MONTILLA CHANGO y MAURICIO FIGUEROA PENCUA.

QUINTA: Condénese a la NACIÓN-MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-DEPARTAMENTO DEL CAUCA-HOSPITAL SUSANA LÓPEZ DE VALENCIA ESE (Nivel II) al resarcimiento y pago solidario, o como se disponga en el respectivo fallo, a cada uno de los actores, de los daños y perjuicios que se les causaron, incluyendo los relativos a los bienes de su personalidad y a los de contragolpe o rebote, de conformidad con lo que se pruebe y resulte de las bases del proceso y en la cuantía que se acredite, debidamente reajustada en la fecha de ejecutoria de la providencia que la imponga.

SEXTA: Condénese a la NACIÓN-MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-DEPARTAMENTO DEL CAUCA-HOSPITAL SUSANA LÓPEZ DE VALENCIA ESE (Nivel II) a pagar solidariamente o como se disponga en el respectivo fallo a los demandantes, el valor de lo que cueste el pleito, incluyendo lo que deben pagar al abogado por hacer valer procesalmente sus derechos, fiándose su monto, dando aplicación a la tarifa de la Corporación Nacional de Abogados CONALBOS, para esta clase de pleitos CUOTA LITIS.

Más, en subsidio, la condena se efectuará al tenor de lo dispuesto en los arts. 8º de la Ley 153 de 1887 y 164 del C.P.C. con base en los cuales se fijará su valor.

SÉPTIMA: Las sumas a que sean condenados a pagar los actores serán objeto de indexación y devengarán intereses moratorios bancarios luego de la ejecutoria del respectivo fallo.

Expediente: 40387
Demandante: María Socorro Montilla Chango y otros
Demandado: Nación-Ministerio de la Protección Social y otro
Modifica la sentencia que accedió a las pretensiones

Todo pago se imputará primero a intereses.

OCTAVA: NACIÓN-MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-DEPARTAMENTO DEL CAUCA-HOSPITAL SUSANA LÓPEZ DE VALENCIA ESE (Nivel II), cumplirán la sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

Las pretensiones anteriores se fundamentan en los siguientes hechos:

-El viernes 12 de octubre de 2001, la señora María Socorro Montilla Chango llevó a su hija menor Leydi Viviana Figueroa Montilla a la IPS Asfamilias. Allí fue atendida por la médica Silvia Quintero, quien ordenó su remisión al servicio de urgencias del Hospital Susana López de Valencia E.S.E., de II nivel, en razón del grave estado de salud de la menor, quien presentaba síndrome nefrótico.

-Ese mismo día, la madre de la menor la llevó al Hospital Susana López de Valencia E.S.E., pero la enfermera Nelcy Patricia Vivas Ramos, sin informar la situación a los médicos de turno, se negó a tramitar su ingreso, con el argumento de que había muchos heridos para atender allí y les recomendó que volvieran el martes siguiente.

-La noche del viernes 12 de octubre, la menor presentó cuadro febril. A la mañana siguiente manifestó dolor, vómito de sangre y pérdida de la consciencia. Fue llevada de nuevo al Hospital Susana López de Valencia E.S.E. En esa oportunidad sí se le brindó atención, pero los médicos le manifestaron a la madre que no había nada que hacer, porque la niña estaba muerta y que tampoco tenían posibilidad de practicarle la necropsia, le indicaron que llevara el cadáver de la niña a la funeraria.

Afirma la demandante que el Hospital Susana López de Valencia E.S.E. le hizo perder a la menor la oportunidad de salvar su vida, y la expuso a correr con su suerte. Con la omisión de la demanda le fue conculcado de manera vulgar,

Expediente: 40387
Demandante: María Socorro Montilla Chango y otros
Demandado: Nación-Ministerio de la Protección Social y otro
Modifica la sentencia que accedió a las pretensiones

grosera y arbitraria su derecho fundamental a la salud, con la consecuencia de haber perdido su vida a tan temprana edad. Añadió que la omisión en la que incurrió la entidad demandada excluye la idea de diligencia y cuidado, si se tiene en cuenta, además, que por las condiciones socioeconómicas de los padres, estos eran beneficiarios del SISBEN.

Finalmente, la parte demandante solicita aplicar como precedente la sentencia proferida por la Sección el 15 de junio de 2000, en el expediente 12548, C.P. María Elena Giraldo Gómez, en la cual se acogió la teoría de la pérdida de oportunidad y se concluyó para ese caso concreto, que *“la falla del servicio de la entidad demandada, que consistió en la falta de diligencia para realizar un diagnóstico oportuno de la enfermedad sufrida por el paciente e iniciar de manera temprana el tratamiento adecuado, implicó para este la pérdida de oportunidad de curación y de sobrevivir”*.

2. Las entidades demandadas dieron **respuesta oportuna a la demanda**, así:

2.1. La Nación-Ministerio de la Protección Social (f. 85-99 c-1), se opuso a las pretensiones de la demanda dirigidas en su contra. Formuló las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva e inexistencia de la obligación.

Manifestó que, de acuerdo con lo establecido en los artículos 48 y 49 de la Constitución y en las Leyes 10 de 1990, 100 de 1993, 489 de 1998 y 790 de 2002, en concordancia con el Decreto 205 de 2003, por el cual se reestructuró el Ministerio de la Protección Social, esta entidad es el ente rector de la Seguridad Social Integral, al cual corresponde la formulación y adopción de las políticas, planes generales, programas y proyectos del Sector Salud y del Sistema General de Seguridad Social en Salud, pero la entidad no es responsable directa de la prestación de servicios de salud, excepto en los casos del Instituto Nacional de Cancerología y los sanatorios de Contratación y Agua de Dios, que son Empresas Sociales del Estado adscritas a dicho Ministerio.

Expediente: 40387
Demandante: María Socorro Montilla Chango y otros
Demandado: Nación-Ministerio de la Protección Social y otro
Modifica la sentencia que accedió a las pretensiones

Añadió que la parte demandante no cumplió con la carga de probar la responsabilidad del Ministerio de la Protección Social en los hechos que señala como causantes del daño, y que debía distinguirse el concepto de solidaridad, como principio constitucional pilar del Sistema de Seguridad Social en Salud, entendido como la *“práctica de ayuda mutua entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades, bajo el principio del más fuerte hacia el más débil”*, del concepto de solidaridad frente a las obligaciones, que trae el Código Civil, razón por la cual no se le puede responsabilizar solidariamente a la Nación-Ministerio de la Protección Social de los hechos, actos, operaciones u omisiones de los integrantes del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

2.2. El hospital Susana López De Valencia E.S.E.¹ se opuso, igualmente, a las pretensiones de la demanda (f. 23-32 c-1). Adujo que la decisión de no esperar la atención médica la tomó la madre, quien debió permanecer en ese centro asistencial hasta recibir atención, dado que esa noche el volumen de pacientes fue muy elevado. Aseguró que el día 12 de octubre de 2001, la paciente no presentó remisión de urgencias de Asfamilies. Se le indicó que, en ese momento, los médicos estaban atendiendo un procedimiento quirúrgico, por lo que debería permanecer en sala de urgencias, pero la madre decidió llevarse a la menor a su casa. Al día siguiente, la paciente ingresó al servicio de urgencias a las 8:00. Estaba eliminando secreción espumosa rosada por boca y nariz, sin frecuencia cardíaca y respiratoria. Se declaró a la paciente muerta. Por lo tanto, no existe nexo causal entre la atención médica y la muerte de la menor.

Destacó la crisis hospitalaria que vivía el país, el hecho de ser el único hospital de tercer nivel en el departamento del Cauca y la circunstancia haber tenido que

¹ El hospital Susana López de Valencia fue creado por la Ordenanza 001 de 1995, de la Asamblea del Departamento del Cauca, *“como Empresa Social del Estado, en forma de establecimiento público, descentralizado, dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, e integración funcional con los organismos de salud de su jurisdicción, en colaboración con el Servicio de Salud del Cauca y dentro del Sistema de Salud”*, con el objeto de prestar los servicios de salud en el segundo nivel de atención, con domicilio en el municipio de Popayán (f. 22-29 c-1).

Expediente: 40387
Demandante: María Socorro Montilla Chango y otros
Demandado: Nación-Ministerio de la Protección Social y otro
Modifica la sentencia que accedió a las pretensiones

atender ese 12 de octubre a 32 pacientes en el servicio de urgencias, así como que este asunto debe ser decidido bajo el régimen de falla presunta y no de responsabilidad objetiva y que con la historia clínica quedaba acreditado que el personal médico que brindó asistencia a la menor Leydi Viviana actuó con eficiencia, prudencia e idoneidad, poniendo a su disposición la tecnología y los profesionales con los que contaba la entidad. Solicitó que al momento de estudiar la historia clínica de la menor, con el fin de establecer si se le brindó o no el tratamiento adecuado, se tengan en cuenta los protocolos establecidos por la Asociación Colombiana de Facultades de Medicina ASCOFAME, en los cuales se presenta una categorización de los niveles de evidencia, en función de la efectividad de las intervenciones recomendadas. Adicionalmente, aclaró que el hospital no realizaba necropsias; que esto le correspondía a Medicina Legal.

Con fundamento en las razones anteriores, formuló las excepciones que denominó inexistencia de responsabilidad de acuerdo con la ley, inexistencia de nexo causal, hecho exclusivo y determinante de un tercero, temeridad y mala fe, cobro de lo no debido y ejercicio abusivo del derecho de acción.

3. El Hospital Susana López De Valencia E.S.E. llamó en garantía a la Previsora S.A. Compañía de Seguros (f. 1-7 c-3), con fundamento en el contrato de seguros de responsabilidad civil 1000138, suscrito entre las partes, que el hospital afirma que cubre la responsabilidad civil médica, derivada de la prestación del servicio a cargo de la entidad.

Mediante providencia de 22 de junio de 2004, el Tribunal Administrativo del Meta admitió el llamamiento solicitado, ordenó citar a la aseguradora y suspender el proceso hasta el vencimiento del término concedido al llamado (f. 6-11 c-3).

La Previsora S.A. Compañía de Seguros se opuso a las declaraciones y condenas solicitadas por la parte demandante, por cuanto de la actividad médica y administrativa a cargo del hospital Susana López de Valencia no se desprende

Expediente: 40387
Demandante: María Socorro Montilla Chango y otros
Demandado: Nación-Ministerio de la Protección Social y otro
Modifica la sentencia que accedió a las pretensiones

conducta alguna que indique la existencia de una verdadera falla del servicio y, por ende, no existe justificación alguna para que la Previsora S.A. deba responder por los daños y perjuicios que reclaman los actores, con fundamento en la presunta negativa de ese centro hospitalario a atender a la menor Leydi Viviana, el 12 de octubre de 2001.

Señaló que, de acuerdo con la declaración rendida por la médica Silvia Quintero, quien valoró a la menor el 12 de octubre en 2001 y le diagnosticó síndrome nefrótico y faringoamigdalitis bacteriana, dichas enfermedades son de aparición progresiva y no súbita, lo cual significa que la menor fue llevada al servicio médico asistencial de Asfamilias con un cuadro avanzado de la enfermedad, sin que pueda entenderse esa falta de diligencia y cuidado de los padres. La afirmación hecha en la demanda, en cuanto a que la enfermera de turno Nelcy Patricia Vives le negó la atención a la paciente, es subjetiva, parcializada y sin prueba que la sustente. Resulta inexplicable y absurdo que la madre de la paciente hubiera decidido no esperar en el servicio de urgencias del hospital mientras se atendían los pacientes de atención prioritaria que ingresaron en esa fecha y negar a su hija la oportunidad de atención.

Solicito que, en el evento de que se diera por establecida la responsabilidad patrimonial del hospital Susana López de Valencia, se declarara que la aseguradora no estaba obligada a indemnizar a la entidad estatal, por cuanto, de acuerdo con la póliza aportada con el llamamiento, quedaron excluidas en el contrato las condenas que el asegurado tuviera que pagar por daños o lesiones que fueran consecuencia directa o indirecta de abandono y/o negativa de atención de un paciente, en razón a que en estos eventos no puede hablarse de un acto médico.

La aseguradora formuló la excepción de inexistencia de la obligación de indemnizar, con fundamento en que: (i) de la actividad médica y administrativa del hospital Susana López de Valencia E.S.E. no se advierte negligencia alguna

Expediente: 40387
Demandante: María Socorro Montilla Chango y otros
Demandado: Nación-Ministerio de la Protección Social y otro
Modifica la sentencia que accedió a las pretensiones

que permita atribuirle responsabilidad por la muerte de la niña Leydi Viviana; (ii) la pérdida de la oportunidad de salvar la vida de la menor debe analizarse desde la conducta poco diligente y prudente de la madre de la menor, quien acudió de manera tardía a la IPS, porque el cuadro que presentaba ya llevaba cuatro días de evolución y, además, a pesar de conocer el grave estado de salud de su hija, decidió retirarse de la sala de urgencias y llevarla a su hija a la casa, en lugar de esperar el turno de atención; (iii) según las condiciones generales de la póliza, el asegurador únicamente se obligó a cumplir la responsabilidad civil por acto médico, no la generada como consecuencia de abandono y/o negativa de atención, como se alegó en la demanda, y (iv) de conformidad con lo previsto en el artículo 1079 del Código de Comercio, el asegurador solo está obligado a responder hasta concurrencia de la suma asegurada; en consecuencia, debe tenerse en cuenta el valor asegurado en la póliza 1000138.

4. El Tribunal Administrativo del Cauca, en la sentencia proferida el 10 de septiembre de 2010, decidió **acceder a las pretensiones de la demanda** (f. 233-260 c-1), en estos términos:

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia de la obligación de indemnizar propuesta por La Previsora S.A. Compañía de Seguros y, en consecuencia, absolverla de responsabilidad por los hechos que dieron lugar al presente proceso.

SEGUNDO: DECLARAR no probadas las demás excepciones formuladas por las entidades demandadas.

TERCERO: DECLARAR administrativamente responsable al HOSPITAL SUSANA LÓPEZ DE VALENCIA E.S.E. por la muerte de LEYDI VIVIANA FIGUEROA MONTILLA, ocurrida el 13 de octubre de 2001, de conformidad con la parte motiva de la presente providencia.

CUARTO: En consecuencia, **CONDÉNASE** al HOSPITAL SUSANA LÓPEZ DE VALENCIA E.S.E. a pagar a los demandantes las siguientes sumas de dinero:

A. A título de indemnización por el perjuicio moral sufrido:

1. A MARIA SOCORRO MONTILLA CHANGO la suma de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
2. A RODRIGO FIGUEROA GARZÓN la suma de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Expediente: 40387
Demandante: María Socorro Montilla Chango y otros
Demandado: Nación-Ministerio de la Protección Social y otro
Modifica la sentencia que accedió a las pretensiones

- 3. A MARTHA LILIANA FIGUEROA MONTILLA la suma de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*
- 4. A FABIÁN ANDRÉS FIGUEROA MONTILLA la suma de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*
- 5. ANGI CAROLINA FIGUEROA MONTILLA la suma de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*
- 6. A ANA TULIA CHANGO DE MONTILLA la suma de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

B. A título de indemnización por la alteración grave de las condiciones de existencia

- 1. A MARIA SOCORRO MONTILLA CHANGO la suma de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*
- 2. A MARTHA LILIANA FIGUEROA MONTILLA la suma de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*
- 3. A FABIÁN ANDRÉS FIGUEROA MONTILLA la suma de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*
- 4. A ANGI CAROLINA FIGUEROA MONTILLA la suma de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

QUINTO: NIÉGASE las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: EL HOSPITAL SUSANA LÓPEZ DE VALENCIA E.S.E. dará cumplimiento a lo dispuesto en el presente fallo dentro de los términos indicados en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

Consideró el *a quo* que en el caso concreto había lugar a condenar al hospital Susana López de Valencia a reparar los perjuicios sufridos por los demandantes como consecuencia de la muerte de la menor Leydi Viviana Figueroa Montilla, por cuanto quedó demostrado en el expediente que la menor fue llevada por su madre a ese centro asistencial el 12 de octubre de 2001, sin que se le brindara la atención requerida. Lo alegado por la entidad en cuanto a que la madre no exhibió la orden de remisión, no exonera de responsabilidad a la entidad, porque el artículo 11 del Decreto 806 de 30 de abril de 1998 establece que tratándose de urgencias pediátricas no es necesaria dicha orden para el tránsito entre niveles de complejidad. Y tampoco lo exonera el hecho de que en la noche del 12 de octubre se hubieran atendido en ese centro asistencial 32 pacientes, por cuanto correspondía a la entidad establecer la prioridad en la atención de urgencias (“triage”), con la participación directa de un médico.

Expediente: 40387
Demandante: María Socorro Montilla Chango y otros
Demandado: Nación-Ministerio de la Protección Social y otro
Modifica la sentencia que accedió a las pretensiones

Al valorar las pruebas que obran en el expediente, el *a quo* se abstuvo de dar credibilidad a la versión sostenida por el hospital demandado en cuanto a que fue la madre de la menor la que optó por ausentarse de la clínica cuando se le indicó que debía esperar en la sala, dado que, conforme con las reglas de la experiencia, ante el requerimiento hecho a una madre para que espere que se le brinde atención a su hija menor en delicado estado de salud, es de esperar que aquella proceda de tal manera.

Luego de analizar el dictamen pericial que obra en el expediente, concluyo el Tribunal que la omisión atribuida a la entidad hospitalaria guarda relación causal con la muerte de la menor, dado que la falta de atención médica llevó al agravamiento del cuadro que presentaba, por lo cual condenó a la entidad a pagar las indemnizaciones por el perjuicio moral y a la alteración grave de las condiciones de existencia de los demandantes, señaladas en la parte resolutive de la sentencia que se transcribió, pero negó la indemnización reclamada por el daño material, por considerar que este no se hallaba demostrado.

Negó las pretensiones formuladas en contra de la Nación-Ministerio de la Protección Social y del departamento del Cauca, por considerar que si bien esas entidades tenían a su cargo responsabilidades en materia sanitaria, no se acreditó que las mismas hubieran participado en la consolidación del daño que dio lugar a esta controversia.

En cuanto a la responsabilidad de la llamada en garantía, consideró el Tribunal que conforme a lo señalado en el clausulado anexo a la póliza 1000138 de 4 de enero de 2001, estaban excluidas del riesgo asegurado por la Previsora S.A. los eventos de responsabilidad generados *“como consecuencia de abandono y/o negativa de atención a un paciente”*. Por tanto, como la *causa petendi* de la demanda estaba relacionada con la negación de atención, la aseguradora no estaba obligada a indemnizar al hospital Susana López de Valencia E.S.E.

Expediente: 40387
Demandante: María Socorro Montilla Chango y otros
Demandado: Nación-Ministerio de la Protección Social y otro
Modifica la sentencia que accedió a las pretensiones

5. El hospital Susana López de Valencia interpuso oportunamente **recurso de apelación** contra la sentencia (f. 263-274 c-1). Manifestó, en primer término, que con la expedición del auto dictado por el *a quo* el 22 de junio de 2010, en el cual de manera oficiosa requiere a la parte demandante para que aporte el registro civil de la menor Leydi Viviana Figueroa Montilla se incurrió en error fáctico y procedimental, por cuanto la parte demandante no pidió ni aportó dicha prueba en las oportunidades procesales correspondientes y, por lo tanto, el decreto de esa prueba de oficio rompe el equilibrio procesal, que el juez tiene el deber de preservar, conforme a lo previsto en el artículo 37 del Código de Procedimiento Civil.

Agregó que la facultad prevista en el artículo 169 del Código Contencioso Administrativo no puede comportar la sustitución por el juez de la carga que le corresponde a la parte demandante de probar las afirmaciones que hace en la demanda, y que esta Corporación ha considerado que el decreto de las pruebas de oficio solo procede cuando sea absolutamente necesario para resolver puntos oscuros o dudosos, porque esa decisión puede inclinar la balanza antes de fallar. Concluyó que *“de conformidad con el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, la prueba de los supuestos de hecho a través de los cuales se asegura la causación de un daño incumbe al actor, carga de la prueba sustentada, como ha precisado la Sala, en el principio de autorresponsabilidad de las partes, que se constituye en requerimiento de conducta procesal facultativa predicable a quien le interese sacar adelante sus pretensiones y evitar una decisión desfavorable”*. Pero, en el caso concreto, los demandantes no acreditaron el interés sustantivo para demandar al hospital Susana López de Valencia, por cuanto no certificaron el parentesco que tenían con la menor, configurándose así la falta de legitimación material por activa, que es un presupuesto necesario para proferir sentencia de fondo.

En segundo término y, de manera subsidiaria, en caso de que no prospere la excepción anterior, solicita que se revoque la sentencia y se nieguen las

Expediente: 40387
Demandante: María Socorro Montilla Chango y otros
Demandado: Nación-Ministerio de la Protección Social y otro
Modifica la sentencia que accedió a las pretensiones

pretensiones de la demanda, porque: (i) en el concepto técnico rendido en el proceso no se señala que la falta de tratamiento adecuado brindado a la menor sea atribuible al hospital; (ii) el Tribunal le confiere crédito parcial al testimonio de la enfermera Nelcy Patricia, en cuanto aseguró que la madre y su hija menor habían acudido el 12 de octubre de 2001 a buscar asistencia médica para la última, pero no le confiere el mismo crédito en tanto afirma que informó a la madre sobre la situación de emergencia que se presentaba en el hospital y la necesidad de que esperara para ser atendida; (iii) tampoco se le confiere credibilidad al testimonio de la médica Olga Cecilia Erazo, quien da cuenta de lo manifestado por la madre de la menor sobre las razones por las cuales abandonó el centro asistencial, sin esperar la valoración del médico de turno, lo cual quedó consignado, además, en la anotación que se hizo en la historia clínica al día siguiente, ni a la versión del médico Rodrigo Vivas, quien da cuenta de la emergencia que se presentó el 12 de octubre de 2001, por el requerimiento de atención de varias personas heridas con arma de fuego; (iv) en cambio, fundamentó su decisión en los testimonios de oídas de las personas que aseguraron en el proceso haberse enterado de que en el hospital no le brindaron atención a la menor, a pesar de que dichos testimonios carecen de valor probatorio, porque no son originales, por lo que a partir de ellos puede llegarse a conclusiones erradas, y (v) no está probado que los parientes de la menor hubieran acudido a otro centro asistencial en busca de atención y solo cuando la niña estaba ya grave regresaron al hospital Susana López de Valencia.

6. Del término concedido en esta instancia para **presentar alegaciones** solo hizo uso el Ministerio Público (f. 302-310 c-1), quien solicita que se revoque la sentencia y, en su lugar, se nieguen las pretensiones de la demanda.

En cuanto al reproche que se hizo en el recurso a la prueba de oficio decretada por el *a quo*, manifestó que dicha actuación estuvo ajustada a derecho, en razón a que una vez verificado el daño antijurídico, resultaba necesario determinar cuáles fueron las personas que lo padecieron y, para tal efecto, resultaba

Expediente: 40387
Demandante: María Socorro Montilla Chango y otros
Demandado: Nación-Ministerio de la Protección Social y otro
Modifica la sentencia que accedió a las pretensiones

necesario establecer el parentesco de los demandantes con la fallecida, situación que en modo alguno rompe el equilibrio procesal de las partes, dado que con esto solo se determinó con precisión la legitimación por activa, sin que tal situación incidiera en la valoración de los presupuestos fácticos para declarar la responsabilidad.

En relación con la imputación del daño a la demandada, manifestó que, a su juicio, si bien está demostrado que el 12 de octubre de 2001, la menor Leydi Viviana Figueroa Montilla requirió atención médica de urgencias en el hospital Susana López de Valencia, allí no se le prestó dicha atención, porque la madre se retiró del centro asistencial, una vez se le informó la situación de emergencia en la que este se encontraba. Las pruebas que obran en el expediente no dan cuenta de que dicha omisión fuera atribuible al hospital, dado que quienes así lo afirman no presenciaron el diálogo sostenido entre la demanda y la enfermera Nelcy Patricia Vivas; en cambio, sí se debe valorar el hecho de que la madre no insistió para que le fuera prestado el servicio ni llevó a la niña a otro centro hospitalario.

Advirtió que, si bien no era función del Ministerio Público establecer quién fue el directo responsable de la muerte de la menor, lo cierto es que de las pruebas que obran en el expediente se infiere la negligencia de la madre, quien, pese a saber que su hija requería atención urgente, optó por retirarse a su casa y no esperar en la sala de urgencias, en la que se encontraban personas que, igualmente, requerían atención prioritaria. Adicionalmente, cuando la madre requirió atención en Asfamilies, la menor presentaba una enfermedad de quince días de evolución.

En síntesis, conceptuó que había lugar a exonerar de responsabilidad al hospital demandado porque se configuró la eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima, en consideración a que por la corte edad de la niña, quien tenía la voluntariedad para decidir su destino era su madre.

Expediente: 40387
Demandante: María Socorro Montilla Chango y otros
Demandado: Nación-Ministerio de la Protección Social y otro
Modifica la sentencia que accedió a las pretensiones

CONSIDERACIONES

1. Los presupuestos procesales de la acción

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

1.1. Competencia de la Sala

La Corporación es competente para conocer del asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en un proceso con vocación de segunda instancia ante el Consejo de Estado, dado que la cuantía de la demanda, determinada por el valor de la mayor de las pretensiones, supera la cuantía exigida por la ley vigente para ese momento².

1.2. Procedencia de la acción

La acción de reparación directa es la procedente para resolver el conflicto planteado, por cuanto se pretende la indemnización de los perjuicios sufridos por los demandantes como consecuencia de la muerte de la menor Leydi Viviana Figueroa Montilla, daño que, según los demandantes, se produjo como consecuencia de la omisión del hospital Susana López de Valencia de brindar atención médica a la menor.

1.3. Legitimación en la causa

² El 29 de septiembre de 2003, estaban vigentes los artículos 129 y 132 del C.C.A., con la modificación introducida al último por el artículo 40 de la Ley 446 de 1998, conforme a los cuales esta Corporación era competente, en razón de la cuantía, para conocer del recurso de apelación de los procesos iniciados en ejercicio de la acción de reparación directa cuando la cuantía excediera de 500 salarios mínimos legales mensuales. Como en este caso, la mayor de las pretensiones de la demanda fue estimada en 1.000 salarios mínimos legales mensuales, por concepto de perjuicios morales, a favor de cada uno de los padres y hermanos de la menor fallecida, es clara la competencia para conocer del presente recurso.

Expediente: 40387
Demandante: María Socorro Montilla Chango y otros
Demandado: Nación-Ministerio de la Protección Social y otro
Modifica la sentencia que accedió a las pretensiones

1.3.1. Antes de decidir sobre la legitimación en la causa de las partes, la Sala habrá referirse al reproche formulado por el hospital Susana López de Valencia, en relación con la ruptura del equilibrio procesal por el decreto de la prueba de oficio, que consistió en haber requerido a la parte demandante para que aportara el registro civil de la menor Leydi Viviana Figueroa Montilla.

Considera la Sala que, antes que incurrir en error fáctico y procedimental al decretar dicha prueba, el *a quo* amparó el derecho sustancial de los demandantes, tal como tuvo oportunidad de señalarlo la Corte Constitucional al resolver la acción de tutela interpuesta por los parientes de una persona fallecida, quienes habían interpuesto acción de reparación directa para reclamar la reparación de los perjuicios causados con el hecho, pero omitieron aportar la copia del registro civil del fallecido, por lo que, al no quedar acreditado el vínculo parental que los unía a este, se negaron las pretensiones de su demanda³. Dijo la Corte:

6.3.1. Las decisiones proferidas dentro del proceso de reparación directa incurrieron en los defectos, procedimental por exceso ritual manifiesto y fáctico por la omisión en el decreto y práctica de las pruebas de oficio.

(...)

Como ya se explicó, el exceso ritual manifiesto tiene lugar cuando un funcionario utiliza o concibe los procedimientos como un obstáculo para la eficacia del derecho sustancial y, por esa vía, sus actuaciones devienen en una denegación de justicia habida cuenta que sacrifica el derecho de acceso a la administración de justicia y las garantías sustanciales, so pretexto de preferir el tenor literal de las formas procesales. En otras palabras, el juez asume una ciega obediencia a la ley procesal en abierto desconocimiento de los derechos sustanciales que le asisten a las partes en contienda. La Corte lo ha definido como “aquel que se deriva de un fallo en el cual haya una renuncia consciente de la verdad jurídica objetiva evidente en los hechos, por extremo rigor en la aplicación de las normas procesales convirtiéndose así en una inaplicación de la justicia material”.

Bajo ese entendido, el juez incurre en un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto cuando, en su actuar como director del proceso y en ejercicio del rol protagónico que le asigna el ordenamiento en la garantía de los derechos materiales, omite la práctica de una prueba imprescindible para fallar, “a pesar de la

³ Corte Constitucional, sentencia T-339 de 2015.

Expediente: 40387
Demandante: María Socorro Montilla Chango y otros
Demandado: Nación-Ministerio de la Protección Social y otro
Modifica la sentencia que accedió a las pretensiones

presencia de elementos que le permitían concluir que por esa vía llegaría a una decisión indiferente al derecho material”.

(...)

Esta Sala considera que las autoridades judiciales accionadas, al evidenciar que el apoderado de los demandantes allegó, aunque de manera tardía, el documento idóneo para acreditar el parentesco varias veces mencionado, debió decretar y practicar de oficio ese medio probatorio, sin apego excesivo a las formalidades.

Si bien es cierto que los jueces no pueden asumir las cargas procesales de las personas que acuden a la administración de justicia, también lo es que no pueden asumir un papel de simples espectadores y, en el ejercicio de su rol como directores del proceso, están en la obligación de adoptar las medidas que consideren necesarias para lograr el esclarecimiento de los hechos, eliminar los obstáculos que les impidan llegar a decisiones de fondo, y decretar las pruebas de oficio que consideren necesarias, tanto en primera como en segunda instancia.

De igual manera, la Sala precisa que no se trata en este caso de subsanar una posible negligencia o descuido del apoderado de la parte demandante y, por ello, considera necesario recordar que “el abogado es simplemente un instrumento con conocimiento informado que habilita el uso eficaz de determinadas acciones, cuya asistencia exige la ley con el fin de que los particulares puedan hacer efectivos sus derechos, pero no son éstos los destinatarios de la administración de justicia. Esta observación implica otro elemento que debe tenerse en cuenta en el momento en el que se interpreta la utilización de los poderes oficiosos de los jueces, puesto que, en la medida en que los mismos tengan claridad respecto de los destinatarios de su encargo, podrán cumplir con su misión de privilegiar el derecho sustancial en aras de la consolidación democrática de la Nación”.

Así, ante la realidad fáctica del caso, independientemente del conocimiento tardío de la prueba documental varias veces referida y de las circunstancias que rodearon su aportación al proceso, y luego de haber encontrado acreditada la falla en el servicio alegada, resultaba imperioso para los jueces accionados desplegar las actuaciones que consideraran necesarias, en uso de sus facultades oficiosas según pasará a exponerse, para impartir justicia material.

6.3.1.4. El defecto fáctico se configura cuando resulta evidente que el apoyo probatorio en que se fundamentó el juez para resolver un caso es absolutamente inadecuado o insuficiente; error valorativo que debe ser ostensible, flagrante, manifiesto y tener una incidencia directa en la decisión. Tal omisión puede ser el resultado de negar el decreto y práctica de pruebas que han sido solicitadas por las partes, o bien de no hacer uso de la facultad probatoria de oficio de la que dispone el juez.

En esta oportunidad, como ya se expuso, los demandantes satisficieron su carga principal de demostrar que el fallecimiento de su familiar obedeció a una falla en el servicio por las irregularidades presentadas en el planteamiento y ejecución de la operación militar, acreditando el daño causado por la acción inadecuada de varios agentes del Estado. A pesar lo anterior, las autoridades judiciales accionadas no

Expediente: 40387
Demandante: María Socorro Montilla Chango y otros
Demandado: Nación-Ministerio de la Protección Social y otro
Modifica la sentencia que accedió a las pretensiones

hicieron uso de la facultad probatoria de oficio de la que disponen, y omitieron decretar la prueba documental que resultaba determinante para acreditar el parentesco entre los demandantes y el soldado, y de esa forma declarar la responsabilidad del Estado. Tal circunstancia trajo como consecuencia, a juicio de esta Corporación, un total desconocimiento de la justicia material.

En este orden de ideas, considera la Sala que la sentencia impugnada no adolece de defecto procedimental alguno y, por lo tanto, se procederá a analizar con fundamento en la prueba documental señalada -registro civil del nacimiento de la menor Leydi Viviana Figueroa Montilla- y las demás pruebas que obran en el expediente, si está acreditada o no la legitimación en la causa de las partes.

Los demandantes afirmaron haber resultado damnificados con la muerte de la menor Leydi Viviana Figueroa Montilla, por ser sus parientes.

Y, en efecto, está probado en el expediente las calidades que los demandantes invocan, así: los señores María Socorro Montilla Chango y Rodrigo Figueroa Garzón demostraron ser los padres de la menor Leydi Viviana. Así consta en el registro civil del nacimiento de la misma (f. 57 c-2). Los demandantes Martha Liliana, Fabián Andrés y Angi Carolina Figueroa Montilla demostraron ser sus hermanos, porque en el registro civil de estos consta que eran hijos de los mismos padres de aquella (f. 20, 22 y 23 c-1). La señora Ana Tulia Chango de Montilla demostró ser la abuela materna de la fallecida. En el registro civil del nacimiento de la señora María Socorro Montilla Chango, madre de la menor, consta que la señora Ana Tulia es su madre. Las señoras Elizabeth y María Teresa Montilla Chango demostraron ser tías de la fallecida, en línea materna, por ser hermanas de la señora María Socorro, como se infiere del registro civil del nacimiento de todas ellas (f. 26-27 c-1), y el señor Mauricio Figueroa Pencua demostró ser tío de la menor en línea paterna, porque consta en el registro civil del nacimiento de este y del señor Rodrigo Figueroa Garzón, padre de la menor, que eran hijos del mismo padre (f. 19 y 28 c-1).

Expediente: 40387
Demandante: María Socorro Montilla Chango y otros
Demandado: Nación-Ministerio de la Protección Social y otro
Modifica la sentencia que accedió a las pretensiones

La legitimación en la causa por pasiva también está acreditada en el proceso, habida cuenta de que el daño que se invoca en la demanda proviene de las omisiones que se atribuye al hospital Susana López de Valencia, que fue justamente la entidad a la cual fue llevada la menor los dos últimos días de su vida, en búsqueda de atención médica⁴.

1.4. La demanda en tiempo

La demanda de reparación directa en la cual se pretende la reparación de los perjuicios sufridos por los demandantes como consecuencia de la muerte de la menor Leydi Viviana Figueroa Montilla, que ocurrió el 13 de octubre de 2001, se presentó el Tribunal Administrativo del Cauca, el 29 de septiembre de 2003 (f. 31-47 c-1), esto es, dentro de los dos años que establece el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, tal como fue modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998.

2. Problema jurídico

Como se consignó en la primera parte de esta sentencia, los demandantes atribuyen el daño que sufrieron con la muerte de la niña Leydi Viviana al hospital Susana López de Valencia E.S.E., por no haberle brindado la atención que requirió y, en consecuencia, haberle hecho perder la oportunidad de salvar su vida, por lo que solicita que se aplique como precedente la sentencia proferida por la Sección el 15 de junio de 2000, en el expediente 12548, en la cual se acogió la teoría de la pérdida de oportunidad y se concluyó para ese caso concreto, que *“la falla del servicio de la entidad demandada, que consistió en la falta de diligencia para realizar un diagnóstico oportuno de la enfermedad sufrida*

⁴ El hospital Susana López de Valencia fue creado por la Ordenanza 001 de 1995, de la Asamblea del Departamento del Cauca, *“como Empresa Social del Estado, en forma de establecimiento público, descentralizado, dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, e integración funcional con los organismos de salud de su jurisdicción, en colaboración con el Servicio de Salud del Cauca y dentro del Sistema de Salud”*, con el objeto de prestar los servicios de salud en el segundo nivel de atención, con domicilio en el municipio de Popayán (f. 22-29 c-1).

Expediente: 40387
Demandante: María Socorro Montilla Chango y otros
Demandado: Nación-Ministerio de la Protección Social y otro
Modifica la sentencia que accedió a las pretensiones

por el paciente e iniciar de manera temprana el tratamiento adecuado, implicó para este la pérdida de oportunidad de curación y de sobrevivir”.

En los términos de la demanda, deberá la Sala establecer si para el 12 de octubre de 2001, la menor Leydi Viviana Figueroa Montilla tenía posibilidades de curación o sobrevivencia; si esas posibilidades fueron anuladas por no habersele prestado el servicio médico en el hospital Susana López de Valencia en esa fecha y, en tal caso, a quién es atribuible dicha omisión.

Advierte la Sala que no se pronunciará sobre la decisión adoptada en la sentencia en relación con el llamamiento en garantía, dado que la entidad demandada se abstuvo de apelar ese aspecto de la sentencia, y el mismo no se entiende incluido en aspectos mencionados por el recurrente. Como lo ha reiterado la Sala, en materia de responsabilidad estatal deben diferenciar dos relaciones jurídicas y juicios de responsabilidad patrimonial: uno: en el que se pretende que se declare la responsabilidad directa del Estado por el daño antijurídico ocasionado por la acción u omisión de las autoridades públicas, y cuyas partes son: la entidad pública en calidad de demandada y la víctima en calidad de demandante; y otro: en el que los extremos son el Estado como demandante y el llamado en garantía, litigio en el cual el primero pretende el reintegro del valor de la indemnización que aquél pagó a la víctima del daño, conforme a la existencia de un vínculo legal o contractual preexistente entre esas partes, o como consecuencia de la actuación dolosa o gravemente culposa del agente estatal, en ejercicio de sus funciones⁵.

3. Análisis de la Sala

Se afirma en la demanda que el daño que se imputa al hospital Susana López de Valencia es el de haberle hecho perder a la menor Leydi Viviana la oportunidad que tenía de restablecer su salud o, al menos, de prolongar su

⁵ En relación con lo anteriormente expuesto por la Sala ver sentencias de 31 de agosto de 2006, exps. 17.482 y 28.448, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

existencia, por no haberle brindado de manera oportuna la atención médica que requería.

3.1. En relación con el daño autónomo a la pérdida de oportunidad, la Sala de manera reciente⁶ precisó que sus elementos son los siguientes:

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 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 proporción⁷.

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia de 5 de abril de 2017, exp. 25.706, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

⁷ [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

Expediente: 40387
Demandante: María Socorro Montilla Chango y otros
Demandado: Nación-Ministerio de la Protección Social y otro
Modifica la sentencia que accedió a las pretensiones

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 de probabilidad con certeza suficiente”⁸ 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 correspondientes⁹.

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 eventual¹⁰; dicho de otro modo, si bien se mantiene

conseguido (...). Debe, entonces, verificarse, en todos los eventos que se pretenda estudiar como supuestos de pérdida de 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.

⁸ [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.

⁹ [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 ésta 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.

¹⁰ [73] A este respecto, la doctrina colombiana presenta este presupuesto 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

Expediente: 40387
Demandante: María Socorro Montilla Chango y otros
Demandado: Nación-Ministerio de la Protección Social y otro
Modifica la sentencia que accedió a las pretensiones

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 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 2010¹¹, 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 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.

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.

¹¹ [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.

Expediente: 40387
Demandante: María Socorro Montilla Chango y otros
Demandado: Nación-Ministerio de la Protección Social y otro
Modifica la sentencia que accedió a las pretensiones

Además, estableció la Sala que tratándose de omisiones absolutas, la imputación por pérdida de oportunidad se deduce con fundamento en criterios normativos y no de causalidad material:

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 daño¹², 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-¹³. 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 nihil fit-, lo que exige determinar, en términos de imputabilidad jurídica y no de causalidad fenomenológica¹⁴, si es posible o no atribuir la pérdida de oportunidad

¹² [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...”.

¹³ [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”.

¹⁴ [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.

Expediente: 40387
Demandante: María Socorro Montilla Chango y otros
Demandado: Nación-Ministerio de la Protección Social y otro
Modifica la sentencia que accedió a las pretensiones

en razón de una infracción del contenido obligacional, esto es, en otras palabras, una falla probada.

3.2. Al aplicar los criterios anteriores al caso concreto, se concluye que para atribuir los daños sufridos por la parte demandante al hospital Susana López de Valencia E.S.E., de Popayán, por la pérdida de la oportunidad que tenía la menor Leydi Liliana para mejorar sus condiciones de salud o prolongar su vida, es necesario que se encuentren acreditados los siguientes elementos: (i) incertidumbre sobre el hecho de que la menor no habría fallecido de haber mediado una correcta y oportuna intervención del servicio médico que requirió para el día 12 de octubre de 2001; (ii) expectativa cierta y razonable de obtener el restablecimiento de su salud, o al menos, de sobrevivir al momento en que ingresó al servicio de urgencias; (iii) incertidumbre sobre el logro de ese beneficio; y (iv) omisión absoluta por parte de la entidad hospitalaria del cumplimiento de su deber de prestarle un servicio médico idóneo y oportuno a la menor.

Con base en las pruebas que obran en el expediente, la Sala considera que se encuentran acreditados los siguientes hechos que configuran el daño autónomo de la pérdida de oportunidad:

(i) El 12 de octubre de 2001, la menor Leydi Viviana Figueroa Montilla fue atendida en la IPS Asfamilias, por un cuadro clínico de varios días de evolución. La médica que la atendió hizo un diagnóstico presuntivo de “*síndrome nefrótico y faringoamigdalitis bacterial*”. Consideró que su estado de salud requería manejo hospitalario y, por eso, la remitió al hospital Susana López de Valencia.

Así consta en la “hoja de referencia y contrarreferencia” de la IPS Asfamilias, de esa fecha, dirigida a “*urgencias pediátricas*” (f. 6 c-1), que fue leída en su declaración por la médica Silvia Eugenia Quintero Riascos (f. 19-21 c-1), quien la elaboró, y es del siguiente tenor:

“Síntomas gripales, odinofagia, fiebre, agitación y edema que progresó. Examen físico: tensión arterial, 110/80, frecuencia cardíaca

Expediente: 40387
Demandante: María Socorro Montilla Chango y otros
Demandado: Nación-Ministerio de la Protección Social y otro
Modifica la sentencia que accedió a las pretensiones

120 por minuto, frecuencia respiratoria 40 por minuto, temperatura 38 grados centígrados, peso 29 kilos, edema palpebral y grado dos de miembros inferiores, orofaringe, faringe congestiva, criptica, ruidos cardiacos rítmicos, pulmones bien ventilados, abdomen condiciones normales, impresión diagnóstica síndrome nefrótico y faringoamigdalitis bacterial”.

En la declaración que rindió en el proceso penal (f. 19-21 c.1), la médica Silvia Eugenia Quintero Riascos (f. 19-21 c-1), aseguró haber atendido a la niña Leydi Viviana Figueroa Montoya en la IPS Asfamilia, el 12 de octubre de 2001, por primera vez. Relató los síntomas que esta presenta, su diagnóstico presuntivo y la razón por la cual la remitió al hospital Susana López de Valencia. Su relato, según su recuerdo de los hechos y lo que constaba en la hoja de remisión que obra en el expediente, fue el siguiente:

Lo que puedo recordar es que yo atendí a la niña por encontrarse en mal estado general, estaba edematizada y con dificultad respiratoria, por los antecedentes que la mamá me refirió parecía una complicación renal, eso es lo que me acuerdo, inmediatamente la atendí se le hizo la hoja de remisión, luego ella pasó por auditoría médica que se le hace siempre y la remitió al hospital Susana López (...), y con esta hoja de remisión debía acudir a urgencias de pediatría al Susana López. El síndrome nefrótico es una complicación renal que puede ser posterior a una infección. En este caso, yo lo tomaba como el foco inicial la amigdalitis de la niña, ese síndrome nefrótico va con todas esas características que ella tiene, que son el edema, la dificultad respiratoria y la presión, que para la edad de ella estaba elevada (...) Ella requería nivel dos de atención, porque estaba en muy mal estado general y requería exámenes para manejo de su patología, que no se podían realizar en ASFAMILIAS, y el manejo de estas enfermedades siempre tiene que ser hospitalario, no ambulatorio (...) [El estado de salud de la paciente era] progresivo, requiere por lo menos de quince días de evolución (...). La mamá de la niña habló conmigo después, me dijo que el mismo día que la había remitido la había llevado, pero que había muchos pacientes y no había sido atendida. Al día siguiente, ella volvió nuevamente con la niña, pero que en el transcurso a la casa al Susana López había fallecido (...). A la madre se le insistió que debería ir al hospital Susana López porque el estado de la niña era grave, y se requería un manejo hospitalario, y si se abandona puede causar la muerte, y esa fue la razón para remitirla de urgencias al Susana López.

(ii) La madre acudió ese mismo día al hospital Susana López de Valencia, donde se le informó que había muchos pacientes en el servicio de urgencias. La madre

*Expediente: 40387
Demandante: María Socorro Montilla Chango y otros
Demandado: Nación-Ministerio de la Protección Social y otro
Modifica la sentencia que accedió a las pretensiones*

se devolvió a su casa con la niña y le suministró remedios caseros. En relación con este hecho, se detallarán más adelante las pruebas.

(iii) Al día siguiente, la madre acudió con su hija al hospital, pero la niña llegó sin vida.

Obra copia de la historia clínica del 13 de octubre de 2001 (f. 35 c-2), en la cual consta ese hecho:

Hace 4 días tiene dolor en garganta con edema submaxilar, fiebre y tos, se dio remedios caseros tópicos y orales y ayer es llevada a Asfamiliar, donde le hacen venoclisis para este cuadro, con diagnóstico de GMN (glomerulonefritis) y faringoamigdalitis degenerativa, refiere que vino a este centro a las 18:45 horas, pero le sugirieron que esperara, que había mucho herido y la paciente se fue, y hoy vuelve a las 8:09 con la niña con secreción espumosa rosada por nariz y boca y con pupilas midriáticas no reactivas, no Fc, no f. respiratoria. La madre refiere que hoy a las 7:00 vomitó con sangre.

(...)

Examen físico

Paciente que se observa sin Fc, Fr, con edema parpebral y secreción espumosa en boca y nariz, con Fc: 0, Fr: 0, T° 35°C, TA: 0/0, lívides en manos y pies. Se declara paciente muerta. Se llena certificado de defunción con posible causa: paro cardiorrespiratorio, secundario a edema pulmonar...Se le entrega a la madre.

En las notas de enfermería de la misma historia clínica (f. 36 c-2), consta lo siguiente:

Ingresa paciente niña en brazos de familiar. Se observa pálida, sin movimientos, con salida de espuma por boca y nariz, es valorada por la doctora Olga, quien la encuentra fría, sin Fc, sin respiración, sin movimientos, con pupilas, sin reacción a la luz. La doctora la declara muerta, por posible edema pulmonar. Se cubre y se traslada a la camilla. Se le entrega el cadáver y el registro de defunción a la madre.

La médica Olga Cecilia Erazo, quien rindió testimonio ante el a quo (f. 15-17 c-2), manifestó que fue ella quien le prestó la atención médica a la menor, el 13 de octubre, cuando fue llevada por su madre al servicio de urgencias del hospital, pero para ese momento ya había fallecido:

Yo conocí a la paciente el día 13 de octubre cuando la atendí en el servicio de urgencias y la paciente llegó sin signos vitales, muerta, a las 8 y 2 de la mañana en

Expediente: 40387
Demandante: María Socorro Montilla Chango y otros
Demandado: Nación-Ministerio de la Protección Social y otro
Modifica la sentencia que accedió a las pretensiones

los brazos de su madre, directamente al servicio de procedimientos. Fui la primera que la atendió, con la auxiliar que estaba de turno ese día, según la historia clínica, a f. 81, la madre dice que tiene dolor de garganta con edema submaxilar, fiebre y tos desde hace 4 días, que le dio remedios caseros y que la llevó el día anterior a ASFAMILIAS, donde le hacen una remisión para este centro con diagnóstico de glomerulonefritis y faringoamigdalitis, refiere que vino a este centro a las 18 y 45, pero le refirieron que esperara que había mucho herido y la paciente se fue y hoy 13 vuelve a las 8 y dos la madre con la niña, eliminando secreción espumosa rosada por boca y nariz, con pupilas midriáticas no reactivas, se le llenó la historia clínica correspondiente y el certificado de defunción y se le entregó a la madre.

(iv) La muerte de la niña Leydi Viviana, ocurrida el 13 de octubre de 2001, en Popayán, se encuentra acreditada con la copia del registro civil de la defunción (f. 29 c-1). En la necropsia que le fue practicada al cadáver, por el perito forense del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Seccional Cauca (f. 85-93 c-2), se hizo *“diagnóstico anatomopatológico: 1. Edema pulmonar. 2. Congestión visceral generalizada”*. Se remitieron a patología tejidos de corazón, pulmón, cerebro, hígado, bazo y riñón, y se señaló que la causa de la muerte se encontraba en estudio. *“Cuando se tengan los resultados de laboratorio y se aporte historia clínica relacionada con los hechos se hará un análisis integral del caso”*. Se advierte que no obra en el expediente la conclusión final del dictamen.

En el testimonio rendido ante el *a quo*, la médica Olga Cecilia Erazo (f. 15-17 c-2), manifestó que *“El hecho de haber pasado varios días de la paciente sin tratamiento médico adecuado de acuerdo a su enfermedad llevó a que la infección se complicara con problema renal y pulmonar que fue lo que la llevó a la muerte”*.

(v) De acuerdo con el dictamen pericial (f. 41-42 y 45 c-2), por su estado de salud, el 12 de octubre de 2001, la niña Leydi Viviana requirió hospitalización:

PRIMERA PREGUNTA: Si el procedimiento que se le brindó a la menor LEYDI VIVIANA FIGUEROA fue le adecuado, teniendo en cuenta el diagnóstico con el cual ingresó la paciente en esta clase de eventos en los protocolos aceptados en Colombia y elaborados por la Asociación de Facultades de Medicina ASCOFAME y por la Ciencia Médica Colombiana.

Expediente: 40387
Demandante: María Socorro Montilla Chango y otros
Demandado: Nación-Ministerio de la Protección Social y otro
Modifica la sentencia que accedió a las pretensiones

RESPUESTA: Basado en 1. Hoja de referencia y contrarreferencia de ASFAMILIAS No. 190074, de fecha 12 de octubre de 2001, en la cual se solicitó el servicio de urgencias pediátricas con dx de síndrome nefrótico. 2. Historia clínica de urgencias del Hospital Susana López de Valencia E.S.E. No. 2528145803 de fecha 13 de octubre de 2001, hora 8:09, en la que al examen físico se encuentra: “paciente muerta, se llena certificado de defunción con posible causa para cardiorrespiratorio secundario a edema pulmonar por síndrome nefrótico-nefrítico, por amigdalofaringitis...”.

Conceptúo que:

1. El caso en mención corresponde a una paciente de 8 años, con cuadro amigdalofaringitis, síndrome febril y estado edematoso, tanto a nivel de párpados, como de miembros inferiores, que según datos clínicos de la hoja de remisión de Asfamilias, del día 12 de octubre de 2001, es compatible con el diagnóstico de GLOMERULONEFRITIS AGUDA, la cual se puede presentar como síndrome nefrítico, síndrome nefrótico o la combinación. El día 13 de octubre de 2001, hora 8:09, según datos clínicos de la historia clínica del Hospital Susana López de Valencia, el cuadro de glomerulonefritis aguda se complicó con un estado de hipervolemia (aumento de líquidos corporales, especialmente a nivel intravascular e intersticial), debido a la retención de líquidos que los pacientes hacen cuando tienen esta enfermedad renal, por lo cual presentó una complicación denominada Edema Pulmonar Agudo (evidenciado por la presencia de secreción espumosa rosada en boca y nariz), que le produjo un paro cardiorrespiratorio, y llevó a la muerte a la paciente, estado final como llegó al Hospital Susana López de Valencia, el día 13 de octubre de 2001, hora 8:09, la paciente llegó con signos clínicos de muerte. En ese estado ya fue irreversible la enfermedad.

SEGUNDA PREGUNTA: De acuerdo a la historia clínica del paciente, determine el estado de ingreso a la institución hospitalaria.

RESPUESTA: De acuerdo a la historia clínica de la paciente, en el hospital Susana López de Valencia el día 13 de octubre de 2001, hora 8:09, el estado a su ingreso fue de paro cardiorrespiratorio y muerte.

El a quo solicitó al perito aclarar el dictamen, en el sentido de indicar “si para el 12 de octubre de 2001, se le brindó o no el tratamiento adecuado a la menor Leydi Viviana Figueroa y si para dicha fecha necesitaba de manejo hospitalario” (f. 43-44 c-2), a lo cual respondió:

Según hoja de referencia de ASFAMILIAS del 12 de octubre de 2001, la paciente fue remitida a un servicio de urgencias pediátricas, lo cual fue correcto y pertinente. Según historia clínica del hospital Susana López de Valencia, el día 13 de octubre de 2001, hora 8:09, la paciente llegó con signos clínicos de muerte, con evidencia de edema pulmonar agudo. Por los datos anteriores y según los protocolos aceptados en Colombia, la paciente

Expediente: 40387
Demandante: María Socorro Montilla Chango y otros
Demandado: Nación-Ministerio de la Protección Social y otro
Modifica la sentencia que accedió a las pretensiones

para el día 12 de octubre de 2001 necesitó manejo hospitalario y como dicho día no recibió tratamiento hospitalario, a la paciente no se le brindó el tratamiento adecuado el día 12 de octubre de 2001.

El hospital demandado solicitó que el dictamen fuera valorado en cuanto sus decisiones se basen únicamente en las historias clínicas de la paciente, pero que no se tengan en cuenta sus conclusiones en relación con la atención que le fue brindada a la menor el 12 de octubre de 2001, en el hospital, *“toda vez, que el galeno hace una valoración subjetiva frente a un punto de vista, desconociendo el antecedente de la misma, que se debe probar en este proceso, tales como: el retiro de la madre del centro hospitalario, la falta de información de esta al personal asistencial”*. Señala que la afirmación del perito en cuanto a que en esa fecha no se le brindó a la menor atención adecuada deja un “velo de duda”. Además, que no se puede inducir al perito a dar una respuesta, cuando se le solicita conceptuar sobre un tema específico y este da una respuesta sin soporte. Hace énfasis en que el perito no puede reemplazar al juez en la valoración de la prueba. El dictamen es un medio que forma con los demás elementos probatorios un conjunto, que deberá ser valorado por el juez para llegar a la verdad.

Para la Sala, en el dictamen, el perito se limitó a verificar los hechos que constan en el expediente y con base en los mismos y en sus conocimientos profesionales, señalar sus conclusiones respecto a la salud de la niña y la atención que requirió el día 12 de octubre. No se aprecian respuestas inducidas ni conclusiones meramente subjetivas. El perito afirmó un hecho incontrovertible en el proceso y es el de que la menor no recibió asistencia médica en el hospital Susana López de Valencia en la fecha señalada, pero no hizo alusión alguna tendiente a identificar el responsable de esa omisión. Sus conclusiones están respaldadas con las historias clínicas que obran en el expediente y, por lo tanto, la Sala les confiere plena credibilidad.

En conclusión, conforme a las pruebas que se acaban de citar, considera la Sala

Expediente: 40387
Demandante: María Socorro Montilla Chango y otros
Demandado: Nación-Ministerio de la Protección Social y otro
Modifica la sentencia que accedió a las pretensiones

que en el proceso aparece acreditado que: (i) no es posible afirmar con certeza que la muerte de Leydi Liliana pueda ser atribuida a las fallas de la entidad demandada y no a la patología que padecía; (ii) para el día 12 de octubre de 2001, la menor se hallaba en delicado estado de salud. Se le había hecho diagnóstico de faringoamigdalitis y glomerulonefritis, que se complicó con un estado de hipervolemia, que a su vez le produjo edema pulmonar agudo, seguido de paro cardiorrespiratorio, que la llevó a la muerte, pero para esa fecha, la menor tenía una expectativa cierta, razonable y debidamente fundada, de mejorar sus condiciones de salud, o al menos de prolongar su existencia; (iii) el hospital Susana López de Valencia la privó de esa oportunidad, al no brindarle la atención de urgencias que requirió; (iv) la niña falleció al día siguiente de haber requerido dicha atención; y (iv) la omisión que se atribuye al hospital constituyó una clara falla del servicio, en tanto, correspondió al incumplimiento de una obligación a su cargo.

3.3. Ahora bien, el asunto en el cual se centró la controversia en el proceso fue el relacionado con la atribución de la omisión de prestarle el servicio médico a la niña, por cuanto la parte demandante afirma que fue la entidad hospitalaria la que le negó la prestación del servicio a la niña Leydi Viviana, en tanto que el hospital asegura que fue la madre de la menor quien optó por no esperar en la sala de urgencias, mientras se atendía otros pacientes.

En relación con esas afirmaciones, obran en el expediente las siguientes pruebas:

La versión sostenida por la parte demandante aparece acreditada con el testimonio de la señora Nelcy Patricia Vivas Ramos, quien en la declaración que rindió ante el *a quo* (f. 18-19 c-2), aseguró haber sido ella, como enfermera del hospital, quien atendió a la madre el día 12 de octubre y le pidió que esperara con la niña en la sala, mientras los médicos atendían una emergencia:

Expediente: 40387
Demandante: María Socorro Montilla Chango y otros
Demandado: Nación-Ministerio de la Protección Social y otro
Modifica la sentencia que accedió a las pretensiones

Yo estaba de turno el 12 de octubre en la tarde atendiendo una emergencia, y haciendo una llamada telefónica al traumatólogo de turno, pues se requería urgente, porque se presentó una emergencia, justo en ese momento llega una señora con una niña de la mano a la estación de enfermería, que era donde yo estaba haciendo la llamada, le pregunté que qué se le ofrecía y ella me dijo que la habían mandado de ASFAMILIAS, porque la niña se estaba hinchando, le toqué la cara a la niña, no tenía fiebre, le comenté que había una emergencia, que los médicos estaban ocupados, que tenía que esperarse en la sala de espera, que cuando se desocuparan, ellos la atendían, en ese momento, cuando le dije que tenía que esperarse, me devuelve la llamada el traumatólogo, y ya contesté informándole lo de la emergencia, inmediatamente llamé al doctor Rivera para ponerlo en contacto con él y cuando salí de la estación de enfermería, de llamar al doctor Rivera, ya no la vi a la señora ni a la paciente, no tuve más contacto con la señora ni con la niña (...). Ella salió del hospital y de lo que se me informó en el otro proceso, se la llevó para la casa y no acudió a otro centro asistencial hasta el otro día que consulta a las 8 de la mañana (...). Yo como mamá que soy y tengo mi hija enferma, espero que pase la emergencia y si no me aguanto el desespero, busco ayuda en otro centro asistencial porque prima la salud de mi hijo.

En ese mismo sentido, la médica Olga Cecilia Erazo, quien rindió testimonio ante el a quo (f. 15-17 c-2), quien, como antes se señaló, manifestó que fue ella quien le prestó la atención médica a la menor, el 13 de octubre, cuando fue llevada por su madre al servicio de urgencias del hospital, pero para ese momento ya la menor había fallecido, pero en relación con el asunto que ahora se trata, esto es, a quien es atribuible la omisión de la prestación del servicio médico de la menor, agregó:

Recuerdo que ese día la madre estaba acompañada de un señor, me parece que cuando estaba yo llenando el certificado de defunción le decía que por qué no esperaste, porque yo le decía que por qué no había esperado el día anterior para ser atendida, ella no respondía nada, estaba aturdida (...). Nunca le pregunté si la había llevado a otra parte, solamente ella dijo que le habían ordenado esperar, que había mucho herido y ella se fue (...). Si la paciente fue valorada el día anterior y remitida por un concepto médico al servicio de urgencias, según refería la madre, ella debería haber insistido en la atención en ese mismo día o acudir a otro centro por el servicio de urgencias para la atención indicada, ella tenía que esperar para ser valorada en el servicio (...). Según la historia clínica, la madre refiere que le habían dicho que había mucho herido, que esperara y ella se fue (...), cuando se tiene una hoja de remisión a urgencias se debe insistir en la atención en la misma

Expediente: 40387
Demandante: María Socorro Montilla Chango y otros
Demandado: Nación-Ministerio de la Protección Social y otro
Modifica la sentencia que accedió a las pretensiones

fecha en que fue remitida, si no se puede en el servicio a donde la remiten, tiene que acudir a otro.

En relación la versión de la parte demandante, obran los siguientes testimonios:

El rendido por la señora Leonor Correa Morales (f. 20-22 c.2), quien manifestó que el 12 de octubre visitó a la señora Socorro Montilla, junto con la señora Graciela Martínez, pero que esta no las pudo atender, porque estaba preparándose para llevar a su hija al hospital Susana López de Valencia, en el cual, según lo que se enteró después, no le brindaron la atención requerida:

[La madre llevó a la niña] al hospital Susana López porque estaba mal y en verdad sí estaba mal porque nosotros la tocamos y la carita estaba ardida en fiebre, entonces ella salió con la niña y nosotras también salimos para la casa, hasta el otro día que nos dijo la mamá de Socorro que no le habían querido atender la niña en el hospital porque estaban muy ocupados, que entonces ella se había devuelto con la niña nuevamente para la casa, al otro día llegaron los niños de Socorro donde la abuela y dijeron que la mamá los mandaba a donde la abuela, porque la niña se había vuelto demasiado mal, entonces, ahí nos dimos cuenta de que la niña había seguido mal y de ahí para más tarde fue cuando avisaron que la niña se había muerto, pasó la mamá de Socorro a avisarme que la niña se había muerto allá en el hospital, era más o menos medio día, porque a la niña se la habían llevado más o menos a las 8 de la mañana, según dijeron los niños, entonces, después por la tarde fui a la casa de Socorro (...), comentaba Socorro que fue la que llevó la niña, que por descuido no se la habían querido atender fue que se murió la niña (...). Ella no nos dijo cuánto hacía que la niña estaba enferma, nos dijo que tenía mucha fiebre, que se iban para el hospital Susana López, porque le habían dado remisión para allá (...). No, no la llevó [a otro centro asistencial], ella se vino a la casa con ella, porque la mamá de Socorro nos dijo por la noche que ya estaba en la casa, que no se la habían querido atender, porque estaban muy ocupados con unos heridos allá (...). Me doy cuenta que la volvieron a llevar al hospital porque había amanecido más mal, dijo la mamá de Socorro.

En términos similares, la señora Graciela Martínez declaró ante el a quo (f. 27-29 c-2), que el día 12 de octubre de 2001 visitó a la señora Socorro Montilla, pero que esta no la pudo atender porque salía con su hija Leydi Viviana con destino al hospital, donde se negaron a brindarle la atención requerida, según se enteró al día siguiente:

[Yo] le destapé la carita y los cacheticos estaban rojos, rojos, y la carita estaba que ardía en fiebre, ella cogió a la niña y se fue a coger carro, que se la llevaba para el Susana y yo me fui para mi casa (...). Al otro día (...), me encontré con la

Expediente: 40387
Demandante: María Socorro Montilla Chango y otros
Demandado: Nación-Ministerio de la Protección Social y otro
Modifica la sentencia que accedió a las pretensiones

señora Tulia, la mamá de Socorro, nos saludamos y le pregunté si no se daba cuenta cómo le había ido a Socorro con la niña, en ese momento llegaron los tres hijos de Socorro (..), contestaron los niños: mi mamá nos mandó que nos diera el almuerzo, porque ella salió con mi hermana grave, para el Susana López, entonces, contestó la señora Tulia, por qué y no la había llevado ayer. Dijeron que no, porque no se la habían querido atender, porque había muchos heridos (...). Por la noche que llegué a la casa me encontré con la noticia de que la niña había fallecido (...), pregunté a los que estaban ahí que cómo había fallecido, me dijeron que no la habían atendido en el hospital Susana, que había llegado la niña vomitando sangre (...), me dijo que tenía una remisión y tenía un papel en la mano (...). A mi no me consta, yo digo lo que me dijeron, que a la niña la dejaron morir por descuido, que no la atendieron porque había muchos heridos que atender.

De igual manera, la señora Ana Milena Castañeda (f. 23-26 c-2), vecina de los demandantes, manifestó que el día 13 de octubre de 2001, fecha del fallecimiento de la menor Leydi Viviana escuchó lo comentado por los mismos trabajadores del hospital, en relación con las fallas en la prestación del servicio médico que allí se ofrecía y, particularmente, en relación con la negativa a brindarle atención a la menor:

El 12 de octubre de 2001, para ese día la niña estaba enferma, ella estaba con fiebre, entonces, la mamá ese día la llevó a ASFAMILIAS por la tarde, como a las dos, en ASFAMILIAS le dieron una remisión para que la trasladara al SUSANA LÓPEZ, la señora SOCORRO llegó con LEYDI VIVIANA a la casa, iban siendo como las 5:30 de la tarde, yo le pregunté que qué le habían dicho en ASFAMILIAS, me mostró la orden de remisión que le habían dado a la niña y entonces ella empacó una ropa en un maletín para trasladar la niña al Susana López (...). De allí, ella regresó se preguntó a ella que qué había pasado (...), y me dijo que una enfermera que como que era la jefe de turno ese día le había dicho que no le podía atender la niña porque estaban atendiendo unos policías que habían sido atacados por la guerrilla, que así les dieras las 4 o 5 de la mañana que no la podían atender, porque estaban atendiendo a unos policías, que ella se había devuelto para la casa, porque como no le habían dado la doctora la seguridad de que la iban a atender y la niña se puso a llorar, que quería irse para la casa y que, por eso, se habían vuelto, yo le dije por qué no le había dicho a la doctora que la atendiera que ella iba con una orden de remisión de ASFAMILIAS, ella me dijo que le había mostrado todo eso a la doctora y que más sin embargo, ella le había dicho así, eso fue lo que pasó el 12. Lo que sucedió el día 13, fui yo a la casa de Socorro por la mañana a preguntarle cómo había amanecido la niña, ella ya se estaba alistando para llevar la niña al hospital porque estaba vomitando sangre, y así la vi..., ella fue en compañía de LILA, la cuñada del esposo de ella..., como a menos de media hora, Socorro llegó llorando a la casa y me dijo que se le había muerto la niña (...). Cuando llegamos al hospital, un portero que había allí me dijo (...), que no fuéramos a dejar la muerte de la niña así, que hiciéramos algo, que porque ellos ya estaban aburridos de ver tantas cosas que pasaban en ese hospital y nadie hacía nada, una aseoadora también me dijo lo mismo (...). LILA me comentó que cuando llegaron al hospital una enfermera les había dicho que por qué no habían llevado más antes la niña al hospital, entonces ahí estaba la misma aseoadora que había estado la noche

Expediente: 40387
Demandante: María Socorro Montilla Chango y otros
Demandado: Nación-Ministerio de la Protección Social y otro
Modifica la sentencia que accedió a las pretensiones

anterior en el hospital y entonces, Socorro le había dicho, cierto que yo traje mi hija anoche y no me la quisieron atender. La aseoadora había dicho que cierto, que ella la había mandado donde la enfermera jefe, para que la atendiera, pero que como la jefe no se la había atendido, que ella se la había llevado para la casa.

Como se aprecia, tanto la versión de la entidad pública, como la sostenida por la parte demandante encuentra respaldo en la prueba testimonial. No obstante, ninguno de esos dos grupos de testigos, ofrecen a la Sala certeza sobre lo ocurrido. La versión de la señora Nelcy Patricia Vivas Ramos resulta sospechosa, porque la declarante tenía interés en el asunto si se tiene en cuenta que contra ella se inició proceso penal, conforme a la denuncia formulada por la señora María Socorro Montilla Chango, madre de la niña Leydi Viviana. En cuanto a la la médica Olga Cecilia Erazo, se advierte que no le consta lo ocurrido el día 12 de octubre, dado que su primer contacto con la paciente ocurrió al día siguiente, y su afirmación en cuanto a lo que debió hacer la madre la noche anterior, no pasa de ser una mera opinión.

Las señoras Leonor Correa Morales, señora Graciela Martínez y Ana Milena Castañeda, por su parte, son testigos de oídas y si bien, no por eso su testimonio deba ser desechado, lo cierto es que al analizarlo se advierte que no goza de las características suficiente mérito probatorio para dar por cierta la versión que ellas sostienen.

A propósito del testigo de oídas, la Sala ha señalado que su mérito probatorio debe ser determinado a partir del análisis de los siguientes aspectos: (i) las calidades y condiciones del testigo; (ii) las circunstancias en las cuales este hubiera tenido conocimiento, indirecto o por referencia, de los hechos a los cuales se refiere su versión; (iii) la identificación plena y precisa de la persona que, en calidad de fuente, hubiera transmitido al testigo de oídas la ocurrencia de los hechos sobre los cuales versa su declaración, para evitar así que un verdadero testimonio pueda confundirse con un rumor, en cuanto proviniera de fuentes anónimas o indeterminadas, y (iv) la determinación acerca de la clase de testimonio de oídas de que se trata, puesto que estará llamado a brindar mayor

Expediente: 40387
Demandante: María Socorro Montilla Chango y otros
Demandado: Nación-Ministerio de la Protección Social y otro
Modifica la sentencia que accedió a las pretensiones

confiabilidad el testimonio de oídas de primer grado. Además, se señala en la jurisprudencia que resulta relevante cotejar ese testimonio con el resto de pruebas que obren en el expediente, para efectos de determinar la coincidencia de tal declaración con los aspectos fácticos que reflejen los demás medios de prueba legalmente recaudados¹⁵.

En este caso, el conocimiento del hecho afirmado por las testigos proviene, justamente, de la misma parte demandante, lo que le resta objetividad y, además, su versión resulta en contradicción con los demás testimonios que se acaban de señalar.

En consecuencia, considera la Sala que si bien está probado que la señora María Socorro Montilla Chango llevó a su hija Leydi Viviana al hospital Susana López de Valencia, el 12 de octubre de 2001, por haber sido remitida por la médica Silvia Quintero, de la IPS Asfamilias, y que allí no se le brindó la atención médica que requirió, no existe certeza de la razón por la cual la madre no esperó a que su hija fuera atendida: si esto se debió a que la enfermera le aseguró que no iba a poder brindársele esa atención, en razón de la cantidad de pacientes que eran asistidos en el servicio de urgencias, o si la madre optó por retirarse a su casa con su hija y no esperar en la sala como se le había indicado.

Fue esa misma duda la que motivó las decisiones de la Fiscalía de ordenar inicialmente el archivo de la investigación preliminar adelantada en contra de la médica de Asfamilias y de la enfermera del hospital Susana López de Valencia que atendieron a la menor el 12 de octubre de 2001 y, posteriormente, de revocar esa decisión y ordenar la reapertura de la misma.

En efecto, la Fiscalía Segunda Delegada ante la Unidad de Delitos contra la Vida, que mediante providencia de 17 de septiembre de 2004 (f. 138-144 c-1), profirió resolución inhibitoria en la investigación adelantada contra la médica

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 7 de octubre del 2009, expediente 17.629, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. En el mismo sentido, sentencia de la Sección Tercera de 8 de febrero de 2012, exp. 21.933, C.P. Ruth Stella Correa Palacios.

*Expediente: 40387
Demandante: María Socorro Montilla Chango y otros
Demandado: Nación-Ministerio de la Protección Social y otro
Modifica la sentencia que accedió a las pretensiones*

Silvia Eugenia Quintero Riascos y la enfermera Nelcy Patricia Vivas Ramos, por la muerte de la menor Leydi Viviana Figueroa Montilla, por considerar que:

Se tiene que la doctora SILVIA EUGENIA QUINTERO RIASCOS, de acuerdo con los síntomas presentados por la menor tomó la decisión de enviarla al hospital Susana López, para la atención correspondiente frente a un cuadro clínico detectado y, por ello, produce la orden de remisión como consta en la actuación sumarial.

Esta circunstancia la corrobora la madre de la menor fallecida, cuando en su denuncia sostiene que atendida por la doctora QUINTERO, fue remitida al centro de salud mencionado, lugar a donde ella se trasladó.

Entonces, en lo que respecta a la atención médica brindada por la profesional de la medicina doctora SILVIA EUGENIA QUINTERO RIASCOS a la menor LEYDI VIVIANA, fue diligente, correcta, cuando la remitió, de acuerdo con los síntomas detectados al hospital para que se le brindara el control médico que requería para el caso, aspecto que Medicina Legal considera en su ampliación del dictamen que el manejo corresponde a un hospital.

(...)

Ahora, en torno a la incriminación de la señora NELCY PATRICIA VIVAS RAMOS, funcionaria del hospital Susana López, por parte de la señora MARÍA DEL SOCORRO MONTILLA CHAGO, es el negarse a prestarle la debida atención, por cuanto para esa fecha, los médicos de turno se encontraban atendiendo casos de urgencia señalándole que debía regresar al día siguiente.

A estas incriminaciones responde la imputada VIVAS RAMOS refutando lo afirmado por la denunciante, en el sentido de haberla atendido, interrogarla sobre lo que le ocurría a la menor, pero en ningún momento le hizo entrega de la remisión, porque si ello hubiera ocurrido, se la había presentado al médico de turno, además, porque días anteriores se había presentado un caso con el mismo síndrome, por ello le ordenó que se ubicara en la sala de espera.

Se allegó a la actuación la relación de pacientes que fueron atendidos desde la una de la tarde del día doce de octubre hasta la una de la mañana del día trece de octubre del años dos mil uno, con su respectivo diagnóstico, señalando el Subdirector Científico que suscribe el oficio, que de acuerdo con los diferentes diagnósticos presentados en los pacientes que acudieron al hospital en el horario señalado, hay personas en estado crítico, como por ejemplo, accidente cerebrovascular, pacientes politraumatizados, con fracturas en diferentes partes del cuerpo y otros pacientes con diferentes lesiones que ameritaban atención oportuna.

(...)

Entonces, el haz demostrativo no ha logrado concretar que el fallecimiento de la menor LEYDI VIVIANA radicara en negligencia de la médica que la

Expediente: 40387
Demandante: María Socorro Montilla Chango y otros
Demandado: Nación-Ministerio de la Protección Social y otro
Modifica la sentencia que accedió a las pretensiones

atendió en ASFAMILIAS, doctora QUINTERO RIASCOS, como tampoco en la enfermera profesional VIVAS RAMOS, como lo manifiesta en su denuncia la afectada, ya que si fue informada de esperar, así debió hacerlo hasta tanto, de acuerdo con los reglamentos internos del hospital procediera el médico a llamarla, y no retirarse del lugar sin antes, incluso, insistir ante el galeno de turno con la orden de remisión para que se le brindara la atención, y como ella misma lo sostiene, se desplazó a su lugar de residencia donde le suministró remedios caseros.

La asistencia médica requerida por la señora MARIA DEL SOCORRO operó porque su hija se encontraba en extremo delicada y no realizó la esperar del turno del paciente, y omitiendo nuevamente el deber de cuidado, se marchó, propiciando involuntariamente el fallecimiento, proceder culposo sin representación, enmarcada en el art. 23 del C. Penal, que por mandato del art. 34 del citado Estatuto Penal no resulta sancionable, haciendo improcedente la acción penal.

Esta providencia fue revocada por la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior, que mediante resolución de 31 de mayo de 2005 dispuso continuar la indagación preliminar (f. 175-186 c-1), por las siguientes razones:

En el presente caso resultaba acertado acudir a la etapa de investigación preliminar, en la medida en que con la simple denuncia formulada por la señora María del Socorro Montilla CHAGO no se podía establecer, desde ese mismo instante si la menor Leydi Viviana Figueroa Montilla había fallecido por causas estrictamente naturales (complicaciones del síndrome nefrótico que presentaba), o si resultaba relevante la falta de atención médica-hospitalaria de los funcionarios del hospital Susana López de Valencia, a donde había sido remitida de urgencias por parte de la profesional de la medicina adscrita a la empresa ASFAMILIAS, doctora Silvia Eugenia Quintero Riascos, esto es, si había lugar a derivar imputaciones a algún funcionario de la entidad hospitalaria por el punible que se conoce como "homicidio por omisión impropia o de comisión por omisión" (...), en especial, a la enfermera NELCY PATRICIA VIVAS RAMOS, que fue la encargada de recibir a la menor el día 12 de octubre de 2001, en horas de la noche, en el hospital Susana López de Valencia y, al parecer (...), no permitió el ingreso de la niña al sistema de atención hospitalaria, al que había sido remitida de urgencia.

Pero esta no es la única hipótesis típica que se debe explorar en el caso sub iudice, porque si se advirtiera probatoriamente que la menor Leydi Viviana Figueroa Montilla no alcanzó a ingresar formalmente al sistema al sistema de atención médica formal de segundo nivel en el hospital Susana López de Valencia, porque la citada enfermera VIVAS RAMOS no lo permitió, al desentenderse de la gravedad de las circunstancias médicas expuestas por la funcionaria de ASFAMILIAS que hacía la remisión, tal como lo pretende la

Expediente: 40387
Demandante: María Socorro Montilla Chango y otros
Demandado: Nación-Ministerio de la Protección Social y otro
Modifica la sentencia que accedió a las pretensiones

denunciante en su notitia criminis, pues deviene que no habría lugar a derivar el “homicidio por omisión impropia o de comisión por omisión”, porque no se encontraría a persona alguna revestida de la calidad especial o “posición de garante”, para considerarlo sujeto activo de dicha ilicitud (...). En este evento hipotético surgiría la posibilidad de investigar a la enfermera por su “indolencia o falta de solidaridad social”, al no sensibilizarse con la grave situación de salud que presentaba la niña Leydi Viviana Figueroa Montilla, pero en esta ocasión, a través de la imputación de la figura penal (...), rotulada como “omisión de socorro”, en la cual incurre cualquier persona que omitiere, sin justa causa, auxiliar a una persona cuya vida o salud se encontrare en grave peligro.
(...)

No admite ninguna dubitación que la señora María del Socorro Montilla CHAGO hizo presencia en el susodicho hospital Susana López de Valencia en horas de la noche del 12 de octubre de 2001, con su menor hija Leydi Viviana Figueroa Montilla, en virtud de la remisión de carácter “urgente” hacia la médica que la venía tratando en ASFAMILIAS, quien consignaba por escrito que el diagnóstico probable era un “síndrome nefrótico”, el cual requería atención inmediata. La enfermera NELCY PATRICIA VIVAS RAMOS acepta que la menor ingresó con su madre al centro hospitalario, esto es, que traspasó la puerta de entrada, y que entabló conversación con la representante de la paciente para establecer si se trataba de una urgencia, para lo cual ella intentó interrogar a la madre y a tocar la cara de la menor para ver si tenía fiebre.

Resulta abiertamente extraño que en tales circunstancias no se le colocara de presente a la enfermera el documento de “remisión” en el que aparecía el reporte médico del estado de la paciente Leydi Viviana Figueroa Montilla, cuando era este libelo el que habilitaba a la madre para llevar a su hija al centro hospitalario y conseguir su atención de urgencias. Peor aún, resulta inaceptable que la madre de la menor abandonara a su hija a su propia suerte, retirándose por sus propios medios y convicción del centro hospitalario sin que se le practicaran los procedimientos de emergencia médica, cuando ya había sido concientizada por la profesional de la salud de ASFAMILIAS del grave estado de salud en el cual se encontraba la niña; una interpretación de los hechos en este sentido quiebra una regla básica de experiencia cotidiana (por regla general, nadie que asista a un centro hospitalario por su propia convicción, en busca de atención médica urgente, se “fuga de él” o lo abandona sin una causa real o razonable)¹⁶.

Considera la Sala que cualquiera que hubiera sido la razón por la cual la niña no fue atendida el 12 de octubre de 2001 en el servicio de urgencias del hospital

¹⁶ El 12 de enero de 2006, la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior confirmó la resolución de 26 de octubre de 2005, mediante la cual la Fiscalía Seccional 01-002 profirió resolución inhibitoria de la investigación preliminar, por haber operado la prescripción de la acción penal (f. 47-55 c-2), dado que había transcurrido un lapso superior a 4 años desde que se inició la indagación preliminar, sin que se hubiera abierto formalmente la investigación.

Expediente: 40387
Demandante: María Socorro Montilla Chango y otros
Demandado: Nación-Ministerio de la Protección Social y otro
Modifica la sentencia que accedió a las pretensiones

demandado, el resultado de esa omisión, esto es, la pérdida de la oportunidad que tenía la menor de mejorar su estado de salud o de sobrevivir a la enfermedad que padecía es atribuible a la entidad estatal demandada. En efecto:

El médico José Rodrigo Rivera Solarte (f. 30-31 c-2), manifestó que el 12 de octubre hizo turno en el servicio de urgencias del hospital de Susana López de Valencia, de 1:00 p.m. a 7:00 p.m. Aseguró que ese día se atendieron unos heridos por arma de fuego y, además, en esa fecha, entre 5:30 y 6:30 p.m. le pidió a la enfermera Nelcy Patricia Vivas que ubicara urgentemente al traumatólogo de turno.

El hospital trajo al expediente una relación de los pacientes que fueron atendidos en esa institución hospitalaria entre la 1:00 pm del 12 de octubre hasta la 1:00 pm del 13 de octubre y su respectivo diagnóstico (f. 79-80 c-1), los cuales se señaló en el oficio, ameritaban atención inmediata:

1. JOSE MAURICIO SÁNCHEZ	Herida cuero cabelludo
2. ÁNGEL MARÍA ORDÓÑEZ	Fx de brazo
3. NAZARIO PLATA	Accidente cerebro vascular
4. NELLY SOTO	Infección respiratoria aguda
5. CARMEN ORTIZ	Mastitis aguda
6. VICTORIA MONTENEGRO	Condritis
7. MARÍA TRÁNSITO GONZÁLEZ	Fx de cadera derecha
8. SAÚL CERÓN MOLANO	Epistaxis
9. DIÓGENES GUTIÉRREZ	Fx fémur izquierdo
10. DIEGO FERNANDO LASSO	Dolor abdominal a estudio
11. VIOLET YASMIN YARPAZ	Mastitis aguda en observación
12. CARLOS ORDÓÑEZ	Herida muñeca complicada
13. JORGE VELASCO	Fx tórax
14. NELLY COBO	Infección respiratoria aguda
15. EDGAR REYES	Urolitiasis
16. JORDÁN SÁNCHEZ	Artritis séptica rodilla izquierda
17. HAROLD COBO	Accidente cerebro vascular
18. YAMILE CAICEDO	Apendicitis aguda
19. MELISA LÓPEZ	Síndrome convulsivo intoxicación
20. FLOR NELLY IDROBO	Dolor abdominal a estudio
21. VILLA MARY USCATEGUI	Síndrome conversivo
22. EVER PAZ	Herida en frente
23. RANGEL CALVACHE	Enfermedad diarreica aguda

Expediente: 40387
Demandante: María Socorro Montilla Chango y otros
Demandado: Nación-Ministerio de la Protección Social y otro
Modifica la sentencia que accedió a las pretensiones

24. EDGAR CHAMORRO	<i>Dolor abdominal</i>
25. ANGIE KATHERINE PORTILLA	<i>Herpangina</i>
26. JUAN JOSÉ COBO	<i>Infección respiratoria aguda</i>
27. FABIO BURBANO	<i>Colelitiasis</i>
28. ANA JULIA CAIZA	<i>Insuficiencia cardiaca congestiva</i>
29. OMAR FERNÁNDEZ	<i>Fx tibia y peroné</i>
30. ANGIE MANUELA LÓPEZ	<i>Pielonefritis Infección urinaria</i>
31. LIDER CAMILO VIDAL	<i>Síndrome mental</i>
32. TRINIDAD FLOR	<i>Intoxicación órganos fosforados</i>

A pesar de que esté probado que hubo una gran demanda de atención de emergencia, en el hospital Susana López de Valencia, el 12 de octubre de 2001, dicha verificación no es suficiente para justificar la omisión que se reprocha, porque lo cierto es que, conforme al protocolo que debía adelantarse en dicho servicio, los pacientes a su ingreso debían ser valorados y clasificados por el médico de turno para determinar el orden de atención, lo cual no se hizo con dicha paciente.

En efecto, el médico José Rodrigo Rivera Solarte (f. 30-31 c-2), manifestó que cuando se presentaban varios pacientes en situación de emergencia, *“el médico evaluaba la urgencia de cada paciente y de acuerdo a su estado de gravedad se van atendiendo en orden de prioridad los más urgentes”*. Y agregó, en respuesta al interrogatorio que se le formuló que no se había enterado de la presencia de la menor el día 12 de octubre y, además, precisó las funciones de la enfermera jefe, en estos términos:

El día 12 que estaba de turno en horas de la tarde no se me comentó ni escuché ningún comentario, el día 13 en horas de la tarde ingresé de nuevo a hacer turno en el servicio de urgencias, y me comentaron que había llegado muerta una niña en horas de la mañana (...). Generalmente [los jefes de enfermería] son las personas que se encargan de la parte administrativa del servicio, como el suministro de medicamentos a los pacientes, establecer el horario en el que se suministra la droga a los pacientes y coordinar lo relacionado con los turnos del personal de enfermería.

En la declaración que rindió la señora Nelcy Patricia Vivas Ramos (f. 18-19 c-2), aseguró que la madre no había exhibido la remisión de Asfamilies. Aclaró que cuando se presenta una emergencia, se da prioridad a la misma y después se

Expediente: 40387
Demandante: María Socorro Montilla Chango y otros
Demandado: Nación-Ministerio de la Protección Social y otro
Modifica la sentencia que accedió a las pretensiones

continúa prestando el servicio a quienes lo requieren. Agregó que el protocolo de atención en urgencias era el siguiente:

Inicialmente, el paciente entra y le comenta al portero que viene a consulta. La remisión se la tiene que presentar al auxiliar de enfermería, quien se la entrega al médico de turno y es quien decide qué se le va a hacer al paciente o a qué servicio la va a diferir.

En conclusión, bien que la enfermera hubiera impedido que los médicos brindaran a la menor la atención que esta demandaba, o bien que la madre hubiera minimizado la situación de gravedad en la que se hallaba su hija y hubiera resuelto no esperar el servicio, para regresar al hospital en los días siguientes, lo cierto es que al haber ingresado la paciente al servicio de urgencias del hospital, este había adquirido la posición de garante frente a la menor¹⁷ y, por lo tanto, debió el médico de turno, conforme al protocolo mencionado, haberla valorado de inmediato, con el fin de establecer si esta debía ser atendida de manera prioritaria, o debía esperar a que otros pacientes, en condiciones de mayor gravedad, fueran asistido antes.

Que la madre hubiera exhibido o no la orden de remisión de la IPS Asfamilias carece de relevancia. Esta es una formalidad con la que se busca facilitar el ingreso de los pacientes en hospitales de mayor complejidad, pero no es un requisito necesario para lograr atención prioritaria, frente a la evidencia de una grave enfermedad.

Tampoco era exigible a la madre el haber insistido ante la enfermera para que atendieran a la niña, porque esta le había explicado que había varias

¹⁷ Ya lo señaló la Sala en la sentencia varias veces citada en esta providencia (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia de 5 de abril de 2017, exp. 25.706, C.P. Ramiro Pazos Guerrero), luego de precisar el marco legal de las obligaciones de las entidades estatales que tienen a su cargo la prestación del servicio de urgencias médicas: “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 medicina”.

Expediente: 40387
Demandante: María Socorro Montilla Chango y otros
Demandado: Nación-Ministerio de la Protección Social y otro
Modifica la sentencia que accedió a las pretensiones

emergencias y que esa atención inmediata no era posible, y tampoco el que hubiera acudido a otro centro asistencial, porque la niña había sido remitida al hospital Susana López, donde la persona encargada había concluido que la enfermedad de la niña no revestía gravedad.

Por las razones anteriores, la Sala considera que el hospital demandado debe responder por el daño causado a los padres, hermanos y abuela de Leydi Viviana, al hacerle perder la oportunidad de curarse o de sobrevivir a la grave enfermedad que la aquejaba.

Era el hospital el que debía percatarse de la gravedad de la niña y no dejar en manos de la madre la decisión de esperar o no el momento en el que iba a ser atendida esta. La señora María Socorro Montilla Chango carecía de los conocimientos especializados que le permitieran valorar el estado en el que se encontraba su hija, en especial, cuando una persona que sí tenía dichos conocimientos había subestimado la situación médica de la paciente, al manifestar que esta no tenía fiebre, solo al tocar su cara.

Advierte la Sala que el análisis de la responsabilidad del Estado se hizo en este caso con relación al daño autónomo de la pérdida de oportunidad, en primer término, porque ese fue el fundamento de las pretensiones que se formularon en la demanda (f. 38-40) y, en segundo término, porque así se entendiera que lo que se reclama en la misma es la reparación por la muerte de la niña y no por la “*pérdida de una oportunidad (chance)*” invocados en la “exposición de fundamentos” del cuerpo de la demanda, lo cierto es que no existe certeza de que de haberle brindado una atención médica adecuada se hubiera logrado restablecer la salud de la niña, si tiene en cuenta que se hallaba en delicado estado, afectada de un “*síndrome nefrótico y faringoamigdalitis bacterial*”, de evolución de varios días, según el diagnóstico presuntivo de la médica de IPS Asfamilias, sin que se hubiera probado en el expediente si ese diagnóstico hubiera sido o no confirmado y cuál era su gravedad, dado que, como antes se

Expediente: 40387
Demandante: María Socorro Montilla Chango y otros
Demandado: Nación-Ministerio de la Protección Social y otro
Modifica la sentencia que accedió a las pretensiones

señaló, en la necropsia que se le practicó al cadáver de la niña se señaló que habían sido remitidos a patología tejidos de corazón, pulmón, cerebro, hígado, bazo y riñón, y se señaló que la causa de la muerte se encontraba en estudio, pero ese resultado final no fue allegado al expediente. Por estas razones, considera la Sala que no puede imputarse a la entidad demandada la muerte de la menor, pero sí la pérdida de la oportunidad por no haberle brindado la atención que requirió.

4. La reparación del daño

4.1. Como ya se señaló en el capítulo correspondiente a la legitimación en la causa, quedó acreditada la relación de parentesco que unía a los señores María Socorro Montilla Chango y Rodrigo Figueroa Garzón con la niña Leydi Viviana, en el primer grado de consanguinidad, y a los señores Martha Liliana, Fabián Andrés y Angi Carolina Figueroa Montilla, y la señora Ana Tulia Chango de Montilla, en el segundo grado de consanguinidad. Por lo tanto, en relación con los mismos se infiere, en aplicación de las reglas de la experiencia, que la pérdida de oportunidad de curación o sobrevivencia que sufrió su hija, hermana y nieta, respectivamente, les causó daño moral.

Adicionalmente, ese daño aparece acreditado con el testimonio rendido ante el *a quo* por las señoras Leonor Correa Morales, Ana Milena Castañeda y Graciela Martínez (f. 20-29 c-2), quienes aseguraron conocer a los demandantes, desde hacía muchos años, por ser sus vecinos y, por eso, constarles la relación y trato que se prodigaban estos entre sí, de tal manera que, para ellos, la muerte de la menor -que fue el resultado de esa pérdida de oportunidad- les significó un intenso dolor.

En relación con las señoras Elizabeth y María Teresa Montilla Chango, y el señor Mauricio Figueroa Pencua, tíos de la menor, la Sala se abstendrá de proferir cualquier pronunciamiento, dado que en la sentencia cuestionada por el hospital Susana López de Valencia se les negaron las pretensiones formuladas

en la demanda y aquellos guardaron silencio en relación con dicha decisión. Por lo tanto, la Sala carece de competencia para revisar este aspecto de la sentencia.

Para establecer el valor de la indemnización por el daño autónomo a la pérdida de oportunidad, se tendrán en cuenta los parámetros fijados por la Sala en la sentencia ya citada¹⁸:

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 inmaterial¹⁹.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección "B", sentencia de 5 de abril de 2017, exp. 25.706, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

¹⁹ [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 realizará o evitara, en caso contrario, según el autor,

Expediente: 40387
Demandante: María Socorro Montilla Chango y otros
Demandado: Nación-Ministerio de la Protección Social y otro
Modifica la sentencia que accedió a las pretensiones

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 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 doctrina²⁰, 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 equidad²¹, eje rector del sistema de reparación estatal, -artículo 230 de la Constitución Política y 16 de la Ley 446 de 1998²²-, a fin de reparar en forma integral el daño imputable a los demandados²³.

vi) Ahora, si no es posible fijar científica y técnicamente el porcentaje de probabilidades, la cuantificación del porcentaje de posibilidades truncadas

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.

²⁰ [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.

²¹ [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

²² [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”.

²³ [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.

Expediente: 40387
Demandante: María Socorro Montilla Chango y otros
Demandado: Nación-Ministerio de la Protección Social y otro
Modifica la sentencia que accedió a las pretensiones

se determinará excepcionalmente, como sucede en otros ordenamientos jurídicos²⁴, 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 prohiarse entre las partes, no importa si el porcentaje de posibilidades frustradas haya 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.

En consecuencia, dado que en este caso no es posible fijar científica y técnicamente el porcentaje de probabilidades de sobrevivencia de la menor, el daño moral, aplicando en este caso los parámetros fijados por la Sala, se fija en 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la ejecutoria de esta sentencia, a favor de los padres, y en 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, a favor de cada uno de los hermanos y de la abuela.

4.2. Se revoca la condena reconocida por el *a quo* por la “alteración grave de las condiciones de existencia” de los demandantes, porque en relación con los daños causados por la inasistencia o mala práctica médica, la jurisprudencia ha reconocido que hay lugar a reconocer una indemnización por el daño a la salud, pero únicamente a favor de la víctima directa del daño.

4.3. Considera la Sala que hay lugar a ordenar en este caso medidas de satisfacción, por tratarse de la negación de asistencia médica a una menor de edad, interés jurídico protegido tanto por la Convención Americana Sobre

²⁴ [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.

Expediente: 40387
Demandante: María Socorro Montilla Chango y otros
Demandado: Nación-Ministerio de la Protección Social y otro
Modifica la sentencia que accedió a las pretensiones

Derechos Humanos (art. 19), como por la Constitución (ar. 44), en los términos señalados en la sentencia de unificación proferida por la Sección²⁵. Por lo tanto, se ordena al hospital Susana López de Valencia E.S.E. pedir disculpas públicas a los parientes de la niña Leydi Viviana Figueroa Montilla, en ceremonia pública o privada, siempre que estos lo autoricen, y diseñar políticas institucionales para la optimización de la prestación del servicio de urgencias.

5. Sin condena en costas

De conformidad con lo establecido en el artículo 55 de la ley 446 de 1998 hay lugar a condenar en costas a la parte vencida, sólo en la medida en que su conducta sea temeraria porque no le asiste al demandar u oponerse *“un fundamento razonable, o hay de su parte una injustificada falta de colaboración en el aporte o práctica de pruebas, o acude a la interposición de recursos con un interés meramente dilatorio”*²⁶. En el caso concreto, si bien la parte demandada no logró demostrar los hechos en los que fundamentó su defensa, lo cierto es que no incurrió en conductas temerarias.

Por lo tanto, no se la condenará en costas.

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

FALLA:

MODIFÍCASE, la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, el 30 de septiembre de 2010, la cual quedará así:

²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de agosto de 2014, exp. 32.988, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 18 de febrero de 1999, exp: 10.775, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

Expediente: 40387
Demandante: María Socorro Montilla Chango y otros
Demandado: Nación-Ministerio de la Protección Social y otro
Modifica la sentencia que accedió a las pretensiones

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia de la obligación de indemnizar propuesta por La Previsora S.A. Compañía de Seguros y, en consecuencia, absolverla de responsabilidad por los hechos que dieron lugar al presente proceso.

SEGUNDO: DECLARAR no probadas las demás excepciones formuladas por las entidades demandadas.

TERCERO: DECLARAR patrimonialmente responsable al HOSPITAL SUSANA LÓPEZ DE VALENCIA E.S.E. por el daño autónomo a la pérdida de oportunidad causada a la menor LEYDI VIVIANA FIGUEROA MONTILLA, por la omisión de la atención médica que requirió el 12 de octubre de 2001, de conformidad con la parte motiva de la presente providencia.

CUARTO: En consecuencia, **CONDÉNASE** al HOSPITAL SUSANA LÓPEZ DE VALENCIA E.S.E. a pagar a los demandantes las siguientes cantidades, a título de indemnización por el daño moral: para cada uno de los señores MARIA SOCORRO MONTILLA CHANGO y RODRIGO FIGUEROA GARZÓN: cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta sentencia; y para cada uno de los señores MARTHA LILIANA FIGUEROA MONTILLA, FABIÁN ANDRÉS FIGUEROA MONTILLA, ANGI CAROLINA FIGUEROA MONTILLA y ANA TULIA CHANGO DE MONTILLA veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

QUINTO: ORDÉNASE al HOSPITAL SUSANA LÓPEZ DE VALENCIA E.S.E. pedir disculpas públicas a los parientes de la niña Leydi Viviana Figueroa Montilla, en ceremonia pública o privada, siempre que estos lo autoricen, y diseñar políticas institucionales para la optimización de la prestación del servicio de urgencias.

Expediente: 40387
Demandante: María Socorro Montilla Chango y otros
Demandado: Nación-Ministerio de la Protección Social y otro
Modifica la sentencia que accedió a las pretensiones

SEXTO: NIÉGASE las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO: EL HOSPITAL SUSANA LÓPEZ DE VALENCIA E.S.E. dará cumplimiento a lo dispuesto en el presente fallo dentro de los términos indicados en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

OCTAVO: Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse 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.

NOVENO: Sin condena en costas

DÉCIMO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Presidente

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Magistrada

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado

Expediente: 40387

Demandante: María Socorro Montilla Chango y otros

Demandado: Nación-Ministerio de la Protección Social y otro

Modifica la sentencia que accedió a las pretensiones