



Yopal, veintiséis (26) de marzo de dos mil quince (2015)

Radicado: **85001-3331-002-2008-00245-02**
Demandante: **OLGA LUCILA VEGA TOBAR Y OTROS**
Demandado: **HOSPITAL DE YOPAL E.S.E.**
Registro Interno: **2010-00225**

Reparación directa

Magistrado ponente: **HÉCTOR ALONSO ÁNGEL ÁNGEL**

1. ASUNTO A RESOLVER

Se decide en sentencia de segunda instancia la apelación impetrada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión de Yopal, dentro del proceso ordinario de reparación directa, en el cual se pretende declarar la responsabilidad de la ESE Hospital de Yopal por la lesión nerviosa luego de una cirugía practicada a la demandante y que ocasionó una considerable disminución funcional de su miembro superior izquierdo.

La sentencia declaró la responsabilidad de la entidad demandada y concedió parcialmente las pretensiones de los demandantes, por lo que ahora ambas partes apelan. La ESE pidiendo que se revoque la condena; mientras que los demandantes pretenden que se incremente el monto de las indemnizaciones concedidas.

2. HECHOS RELEVANTES

Se extractan de la demanda como hechos relevantes, los siguientes:

2.1. La señora Olga Lucila Vega Tobar desarrolló *mamas supernumerarias* en su axilas por lo que, luego de la correspondiente valoración médica, se ordenó su extirpación quirúrgica para evitar futuras complicaciones y patologías asociadas con esta anomalía.

2.2. El 13 de junio de 2007, Olga Lucila Vega Tobar ingresa al servicio de cirugía del Hospital de Yopal ESE para ser intervenida mediante el procedimiento quirúrgico de *resección bilateral mama axilar*, sin que se anotaran complicaciones durante el mismo en la historia clínica.

2.3. Se dice que en la intervención quirúrgica hubo "*lesión del nervio central del miembro superior izquierdo*", lo que se hizo evidente inmediatamente después de que la paciente despertó de la cirugía pues sentía limitaciones en la movilidad de su miembro y en los dedos de esa mano, por lo cual considera que hubo falla médica imputable a la entidad demandada.

2.4. El cuadro de dolor empeora con el paso de los días por lo que se le diagnostica *mononeuropatía del miembro superior sin otra especificación y plexopatía braquial posquirúrgica*, por lo que es sometida a constantes terapias de rehabilitación a fin de disminuir las consecuencias de la lesión.

2.5. También aduce que luego de la cirugía ha sufrido de constantes dolores en el brazo, se le ha disminuido su fuerza, su movilidad, tiene problemas para mantenerlo en reposo pues dependiendo de la posición de la extremidad llega a sentir más o menos dolor.

2.6. Con todo, estima que su vida se ha visto afectada ostensiblemente al igual que la de las personas que integran su núcleo familiar más próximo, por eso demanda la reparación de los perjuicios irrogados para sí y para sus parientes.

3. ASUNTO LITIGIOSO

Se discute la responsabilidad de la entidad demandada por el daño causado al realizar una cirugía en la región axilar de la demandante, a consecuencia de la cual se produjo una lesión nerviosa que le provocó pérdida funcional y constantes dolores del brazo izquierdo, daño que a juicio de la actora debe ser reparado en mayor proporción por cuenta del Hospital de Yopal ESE, mientras que esta entidad considera que en realidad no hay lugar a la declaratoria de responsabilidad en tanto que no hubo la falla médica alegada, se cumplieron los mandatos de la *lex artis* para el caso en concreto y que las desafortunadas consecuencias no pueden serle imputables pues se trata de complicaciones que escapan al control médico.

4. DECISIÓN RECURRIDA

El Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión de Yopal profirió sentencia el 30 de agosto de 2013 (fol. 247 a 289, c.1), en la que concluyó que el daño le era imputable a la entidad demandada como consecuencia del procedimiento quirúrgico aplicado a la demandante y en consecuencia concedió parcialmente las pretensiones de la demanda.

Luego de citar en extenso algunos conceptos que sobre la actividad médico-asistencial ha establecido el Consejo de Estado, según los cuales el régimen de responsabilidad aplicable a este tipo de casos es el de la falla del servicio, en donde los resultados fallidos en la prestación del servicio médico, tanto en el diagnóstico, como en el tratamiento o la cirugía no dan lugar a responsabilidad, cuando los

resultados son atribuibles a causas naturales, como aquellos eventos en los cuales el curso de la enfermedad no pudo ser interrumpido con la intervención médica, porque el organismo del paciente no respondió como era de esperarse a esos tratamientos; también se refirió sobre el valor de los indicios como medio probatorio suficiente para demostrar la ocurrencia del hecho imputable a entidad.

Seguidamente transcribe apartes de la historia clínica que considera relevantes, para analizar el proceder de la entidad destacando las dolencias postoperatorias en las que la paciente refiere que en curso de los años su sintomatología y déficit neurológico han mejorado. A renglón seguido indica:

"De las anotaciones referenciadas en la historia clínica de la paciente, es claro para el Despacho, que frente al diagnóstico de glándulas supernumerarias de las mamas axilares se ordenó cirugía de resección de la mama axilar bilateral y, una vez ingresó la paciente al Hospital de Yopal E.S.E. fue atendida oportunamente y se le practicó la cirugía programada en la cual no se presentaron complicaciones. Luego de unos pocos días la señora OLGA LUCILA acude a dicho centro hospitalario debido a un intenso dolor en miembro superior izquierdo, posteriormente, con la realización de exámenes y al ser valorada por el especialista en neurocirugía, se diagnostica "Neuroparaxia moderada de nervio mediano y en menor grado axilar y cubital izquierdo" y se indica como tratamiento seguir fisioterapia y medicamentos para aliviar el dolor. Transcurren varios meses y como último encontramos "Síndrome del túnel carpiano".

(...)

Así las cosas, de las pruebas recaudadas, el Despacho encuentra demostrado el daño consistente en lesión de nervio mediano de miembro superior izquierdo y síndrome del túnel carpiano que presenta la señora OLGA... , el cual le generó una pérdida de la capacidad laboral de 14.55%. Acreditada la existencia del daño, ahora es necesario entrar a estudiar la conducta de las entidades demandadas para definir si el mismo es atribuible a estas" (Todo sic).

Continúa resumiendo el caudal probatorio para destacar los apartes más importantes que usa para concluir que el daño se produjo como consecuencia directa de la intervención quirúrgica, así como en la deficiente e inadecuada atención médica asistencial brindada a la paciente y bajo el entendido de que la actividad médica es compleja y la divide en tres grandes etapas que analiza separadamente, así:

"a) La etapa a la intervención quirúrgica: ...Entonces, antes de la cirugía el estado físico de la señora OLGA LUCILA era óptimo, no teniendo antecedentes médicos que tengan incidencia directa en la lesión que posteriormente sufrió.

b) Etapa de la propia intervención quirúrgica: No debe olvidarse que la actividad médica es de medio y no de resultados, por lo que el éxito no puede garantizarse nunca y toda cirugía implica un riesgo... // Aunque no se registró por parte del equipo médico involucrado en la intervención que hubiera ocurrido alguna anormalidad o complicación durante la cirugía; de acuerdo con lo manifestado en dictamen pericial, es evidente que la lesión del nervio mediano en el miembro superior izquierdo fue causada en la intervención quirúrgica... // Si bien el dictamen no consideró como mala práctica quirúrgica o desconocimiento del procedimiento la lesión sufrida..., se recalca que una buena práctica quirúrgica va más allá del conocimiento anatómico y de una imprescindible habilidad manual, por lo que no pueden dejarse de lado aspectos como la acomodación y correcta ubicación del paciente y otros aspectos relacionados, que procuren el mejor resultado posible de la intervención; de modo de la entidad demandada debe responder por no hacer uso de todas las previsiones aconsejadas en el tipo de cirugía realizada, pues dicha omisión afectó la salud de la señora OLGA LUCILA... por lo que se acredita la existencia de la falla médica predicada en este aspecto.

Etapa posterior – postoperatorio: ... // En el postoperatorio la señora OLGA LUCILA realizó rehabilitación, terapia física y siguió un tratamiento de analgesia. El diagnóstico y tratamiento rehabilitador de la lesión fue correcto en relación con la patología de la paciente y se actuó según la lex artis... //...con ocasión de las secuelas padecidas con posterioridad a la intervención quirúrgica de resección de mama axilar bilateral, sin que se pueda predicar que se presentó negligencia por parte del personal médico o indebida e inoportuna atención.

Valorado en conjunto todo el material probatorio recaudado, se evidencia que no le asiste responsabilidad al **HOSPITAL DE YOPAL E.S.E.** por la prestación del servicio médico asistencial pues fue oportuno y acorde con la patología que presentó la paciente. Pese a ello, la lesión padecida por la señora... fue una complicación infrecuente y evitable, que no se presenta en la secuencia lógica de los actos médicos que constituyen la prestación del servicio en la etapa propia de la intervención quirúrgica. De acuerdo con el material probatorio recaudado, es evidente la falla del servicio por existir un nexo causal entre la lesión en miembro superior izquierdo y la intervención quirúrgica, existiendo una relación directa e inmediata entre la una y la otra." (Todo sic).

A reglón seguido, la sentencia se ocupa de la indemnización de los perjuicios reclamados y luego de describir cada uno de los conceptos a tener en cuenta, de elaborar las operaciones aritméticas necesarias para actualizar los valores, concedió los siguientes montos:

Concepto	MONTO
Perjuicios materiales (daño emergente) víctima directa	\$1.380.029

Perjuicios materiales (lucro cesante) víctima directa	\$26.343.909
Perjuicios morales víctima directa	40 SMLMV
Perjuicios morales compañero e hija de la víctima	15 SMLMV C/U
Perjuicios morales padres de la víctima	10 SMLMV C/U
Perjuicios morales hermanos de víctima directa	5 SMLMV C/U
Perjuicios daño a la vida de relación víctima directa	30 SMLMV
Perjuicios daño a la salud	30 SMLMV

5. FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

5.1. DE LA PARTE ACTORA

En su escrito de apelación (fol. 297 a 307, c. ppl.), el apoderado de los demandantes manifiesta estar de acuerdo con la declaratoria de responsabilidad, pero no comparte el monto de las indemnizaciones a las que fue condenada la entidad, pues considera que estas deben incrementarse y así los expresa:

"No estamos de acuerdo con que para liquidar el lucro cesante... no se haya tomado la prueba del salario que devengaba en cuantía de \$999.856 prestando el servicio de auxiliar de enfermería, que al momento de sufrir la lesión física era la misma labor de la que se acreditó ingreso..."

La indemnización a la víctima directa por perjuicio moral, surge de acreditar el dolor permanente que sufrió por más de dos años, cuando de las pruebas practicadas se infiere que los episodios de dolor son constantes, tal y como es permanente la pérdida de la capacidad de la capacidad funcional por el síndrome de túnel carpiano... que padecerá hasta su último día... A todas luces se impone que el operador jurídico de abstraiga objetivamente de los topes artificialmente impuestos por arbitrio judicis y, en ponderación del principio de reparación integral... se conceda lo pedido, esto es 100 smlmv..., teniendo esa cuantía indemnizatoria como la más razonable... // ...las víctimas indirectas ó de rebote, acreditaron su derecho a ser reparadas integralmente, por su propio perjuicio resarcible, que es cierto, individual y autónomo, al punto que las condenas otorgadas por el fallo resultan desproporcionadas al ser tan inferiores a la que merece la víctima directa. El esposo, la hija, los padres y los hermanos... merecen ser indemnizados por su perjuicio, que, les es propio y tiene su particular intensidad a pesar de la distancia en los grados de parentesco.

...La víctima directa y su grupo familiar merecen ser indemnizados por daño a la vida de relación... según lo pedido, pues los supuestos de hecho de este

autónomo concepto de perjuicio inmaterial, se probaron para cada uno de ellos, por vía indiciaria y testimonial... nace el derecho a reclamarlos y de acuerdo a la intensidad de la afectación se reconocen sumas mayores, a tal punto de considerar un máximo estimado de cuatrocientos (400) salarios mínimos legales mensuales vigentes, en incluso ascendiendo a los cuatrocientos ochenta y un (481) salarios..." (Todo sic).

5.2. DE LA ENTIDAD DEMANDADA

Por su parte, el apoderado del Hospital de Yopal E.S.E. considera que la sentencia recurrida incurre en "**VIOLACIÓN INDIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL POR ERROR MANIFIESTO DE HECHO EN LA VALORACIÓN O INTERPRETACIÓN DE LA PRUEBA**", pues considera que de los testimonios y de la prueba pericial no es posible deducir la responsabilidad decretada en primera instancia (fol. 295 a 296, c. ppl.):

"i) Contrario a lo indicado en el dictamen pericial, en primera instancia se dio por probado que la lesión padecida por la señora Olga Lucila... fue causada por aspectos como la **"acomodación y correcta ubicación del paciente y otros aspectos relacionados"**, los cuales estos últimos no los menciona, durante la intervención quirúrgica.

*El dictamen pericial es claro y contundente al dictaminar que el daño padecido... **es un daño indirecto al nervio y no un daño de mala práctica quirúrgica** y que la lesión no fue consecuencia de una mala práctica quirúrgica o por desconocimiento del procedimiento. En ninguno de los apartes del dictamen se llegó a dicha conclusión.*

"ii)... la sentencia recurrida es contradictoria al concluir, de una parte, que valorado el material probatorio en conjunto, evidencia que en este asunto **NO** le asiste responsabilidad al Hospital de Yopal ESE, al considerar que la prestación del servicio médico asistencial fue oportuna y acorde con la patología que presentó la paciente y que pese a ello la lesión padecida,... "... fue una complicación infrecuente y evitable, que no se presenta en la secuencia lógica de los actos que constituyen la prestación del servicio en la etapa propia de la intervención quirúrgica".

IV. CONCLUSIONES

i) No existe prueba en el plenario que lleve al convencimiento lógico de que la lesión padecida por la señora Olga... haya sido causada por aspectos como la **"acomodación y correcta ubicación del paciente y otros aspectos relacionados"**, por el contrario, se acreditó por parte de la entidad demandada que la intervención practicada se hizo bajo los procedimientos y protocolos previstos para este tipo de cirugía.

*ii) No se pueden deducir **indicios** de hechos que no están acreditados en el proceso...El a quo dedujo responsabilidad al precisar que la lesión es infrecuente y evitable sin ningún soporte probatorio para llegar a esa inferencia..."* (Todo sic, las negrillas y subrayas son del texto).

Finalmente, solicita que sean acogidos los planteamientos de presentados con la alzada, se revoque el fallo apelado y, en consecuencia, se nieguen las súplicas de la demanda.

6. ACTUACIÓN PROCESAL SEGUNDA INSTANCIA

El expediente fue repartido al despacho del sustanciador el 13 de enero de 2014 (fol. 2, c. 2^a instancia); el recurso debidamente interpuesto y sustentado se admitió el día 16 del mismo mes y año (fol. 3, c. 2^a instancia); abriéndose a la etapa de alegatos el 20 de febrero siguiente (fol. 5, c. 2^a instancia); término dentro del cual solo se pronunció la entidad demandada (fol. 10 a 13, c. 2^a instancia) reiterando los argumentos expuestos en su apelación según los cuales la sentencia viola directamente la ley sustancial por error manifiesto de hecho en la valoración e interpretación de la prueba; el Ministerio Público y la parte actora guardaron silencio. El proceso ingresó al Despacho para sentencia el 31 de marzo de 2014 (fol. 14, c. 2^a instancia).

7. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Examinado el ritual según lo ordenado en el artículo 132 del Código General del Proceso, se ha encontrado acorde al ordenamiento procesal; las partes no hicieron reparos en torno a los presupuestos de procedibilidad, ni de oficio se vislumbra necesidad de saneamiento. En consecuencia, se proveerá decisión de mérito, puesto que la acción se instauró oportunamente por una persona natural capaz de hacer valer sus derechos y contra un centro presupuestal y de responsabilidad con personería jurídica, debidamente representado y legitimado por pasiva, tanto en la perspectiva formal como en la material, como luego se precisará.

8. PROBLEMA JURÍDICO DE FONDO

En primer lugar tendremos que considerar los planteamientos de la entidad accionada, como quiera que con su recurso pretende que se revoque la sentencia en el entendido de que no hay responsabilidad de su parte. Para ello, la Sala se ocupará de estudiar si la sentencia recurrida incurrió en los errores de apreciación y valoración probatoria alegados para determinar si con los dichos del dictamen pericial se probó o no el nexo causal entre el daño y la conducta de la administración.

Si se llegare a confirmar la sentencia en este aspecto, se procederá a determinar los montos indemnizatorios a que haya lugar.

8.1. FALLA DEL SERVICIO COMO RÉGIMEN DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD EN EL SERVICIO DE SALUD

La Sala reitera la línea aplicada en este tipo de casos haciendo uso de las consideraciones ya expresadas en un fallo anterior dentro de un proceso de reparación directa con importantes similitudes al caso que nos ocupa, por lo que resultan plenamente aplicables. En sentencia del 5 de marzo de 2014¹, dentro del proceso radicado bajo el número 85001-3331-002-**2007-00595-01** (R.I. 2013-00228) y con ponencia de magistrado Héctor Alonso Ángel Ángel, se indicó que el Consejo de Estado ha fijado como tesis jurisprudencial² que es a partir de la Carta Política de 1991 que se produjo la *constitucionalización* de la responsabilidad del Estado, pues se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados³, sin distinguir su condición, situación e interés⁴. Ello es coherente con la doctrina cuando asegura que:

“La responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad⁵; los daños cubiertos por la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público”⁶.

Según las voces del artículo 90 de la Constitución, la responsabilidad extracontractual del Estado tiene como fundamento la determinación de un daño

¹ Línea reiterada por esta Corporación recientemente en la sentencia del 26 de febrero de 2015; rad.: 85001-3331-702-2011-00006-01 (2013-00446); magistrado ponente: Héctor Alonso Ángel Ángel.

² Cfr. Sentencia del 13 de abril de 2011. Radicado 20.220; Ponente: Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

³ La “responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización”. Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996. Postura que fue seguida en la sentencia C-892 de 2001, considerándose que el artículo 90 de la Carta Política “consagra también un régimen único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general, que comprende todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos”. Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001.

⁴ La “razón de ser de las autoridades públicas es defender a todos los ciudadanos y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Omitir tales funciones entraña la responsabilidad institucional y la pérdida de legitimidad. El estado debe utilizar todos los medios disponibles para que el respeto de la vida y derechos sea real y no solo meramente formal”. Sentencia de 26 de enero de 2006, Exp. AG-2001-213. En la doctrina puede verse STARCK, Boris. *Essai d une théorie general de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. Paris, 1947.

⁵ “La responsabilidad, a diferencia de la expropiación, no representa un instrumento en manos de la Administración para satisfacer el interés general, una potestad más de las que ésta dispone al llevar a cabo su actividad, sino un mecanismo de garantía destinado a paliar, precisamente, las consecuencias negativas que pueda generar dicha actividad. La responsabilidad, por así decirlo, no constituye una herramienta de actuación de la Administración, sino de reacción, de reparación de los daños por ésta producidos”. MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*. 1^a ed. Madrid, Civitas, 2001, p.120.

⁶ MIR PUIGPELAT; Oriol. “La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema”. ob., cit., pp.120-121.

antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión. Dicha imputación exige analizar dos esferas: **a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica**, en la que se debe determinar: atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada–; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal–; riesgo excepcional); Adicionalmente a lo anterior, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado⁷.

8.1.1. En cuanto al daño antijurídico, debe quedar claro que es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado social de derecho. Así pues, el precedente jurisprudencial constitucional ha señalado:

“La Corte Constitucional ha entendido que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración”⁸.

De igual manera, el precedente jurisprudencial constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra a los “principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (art. 1º) y la igualdad (art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución”⁹.

8.1.2. Sin duda en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad¹⁰, según el cual la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando **haya el sustento fáctico y la atribución jurídica**¹¹. En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva, título autónomo que “parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”¹².

⁷ Cfr. Sentencias de 21 de octubre de 1999, Exps.10948-11643; de 13 de julio de 1993, línea reiterada en la sentencia del 24 de marzo de 2011; con ponencia del magistrado Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Rad. 18.224

⁸ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996.

⁹ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001.

¹⁰ En los términos de Kant, dicha imputación se entiende: “*Imputación (imputatio) en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (causa libera) de una acción, que entonces se llama acto (factum) y está sometida a leyes; si el juicio lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas del acto, es una imputación judicial (imputatio iudicaria), en caso contrario, sólo una imputación dictaminadora (imputatio diudicatoria)*”. KANT, I. *La metafísica de las costumbres*. Madrid, Alianza, 1989, p.35.

¹¹ El “otro principio de responsabilidad patrimonial del Estado es el de imputabilidad. De conformidad con éste, la indemnización del daño antijurídico le corresponde al estado cuando exista título jurídico de atribución, es decir, cuando de la voluntad del constituyente o del legislador pueda deducirse que la acción u omisión de una autoridad pública compromete al Estado con sus resultados”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 25 de marzo de 2003.

¹² “*El Derecho se dirige a hombre y no a adivinos. Declarar típica toda acción que produzca un resultado dañoso, aun cuando éste fuese imprevisible, significaría que la ley no tiene en cuenta para nada la naturaleza de sus destinatarios; pues una característica del hombre es precisamente la de que no puede prever más que*

Haciendo propios los razonamiento jurisprudenciales citados¹³, resulta que la imputación objetiva implica la “*atribución*”, lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta. En ese sentido, el precedente jurisprudencial constitucional indica:

“... el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho **era evitable o cognoscible**. Primero hay que determinar **si el sujeto era competente** para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible¹⁴. Ejemplo: un desprevenido transeúnte encuentra súbitamente en la calle un herido en grave peligro (situación de peligro generante del deber) y no le presta ayuda (no realización de la acción esperada); posteriormente fallece por falta de una oportuna intervención médica que el peatón tenía posibilidad de facilitarle trasladándolo a un hospital cercano (capacidad individual de acción). La muerte no le es imputable a pesar de la evitabilidad y el conocimiento. En efecto, si no tiene una posición de garante porque él no ha creado el riesgo para los bienes jurídicos, ni tampoco tiene una obligación institucional de donde surja un deber concreto de evitar el resultado mediante una acción de salvamento, el resultado no le es atribuible. Responde sólo por la omisión de socorro y el fundamento de esa responsabilidad es quebrantar el deber de solidaridad que tiene todo ciudadano”¹⁵ (negrillas fuera del texto).

8.1.3. En los anteriores términos, esta Sala reitera que la responsabilidad extracontractual del Estado se puede configurar una vez se demuestre el daño antijurídico y la imputación (desde el ámbito fáctico y jurídico). Conforme al anterior esquema, se analizará el caso por resolver; en consecuencia, en la medida en que el demandante alegue que existió una falla del servicio médico asistencial que produjo el daño antijurídico por el cual reclama indemnización deberá, en principio, acreditar los tres extremos de la misma: **la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquella y esta**; ello en aplicación de la falla probada del servicio, como título de imputación aplicable¹⁶.

muy limitadamente las consecuencias condicionados por sus actos. Vincular un juicio de valor negativo (el de antijuridicidad) a la producción de un resultado que el hombre prudente no puede prever sería desconocer la naturaleza de las cosas (más concretamente): la naturaleza del hombre”. GIMBERNAT ORDEIG, E. *Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad*. Madrid, 1990, pp.77 ss.

¹³ *Óp. Cit.* Radicado 20.220. M.P.: Santofimio Gamboa.

¹⁴ Cfr. Günther Jakobs. *Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Gruñd der strafrechtlichen Haftung bei Begehung*. ZStW [Revista para toda la ciencia penal] 89 (1977). Págs. 1 y ss.

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

¹⁶ Sentencias de 31 de agosto de 2006. Exp. 15772; de 3 de octubre de 2007. Exp. 16402; de 23 de abril de 2008. Exp. 15750; de 1 de octubre de 2008. Exps. 16843 y 16933; de 15 de octubre de 2008. Exp. 16270; de 28 de enero de 2009. Exp. 16700; de 19 de febrero de 2009. Exp. 16080; de 18 de febrero de 2010. Exp. 20536; de 9 de junio de 2010. Exp. 18683. Precedente recogido en el expediente 20.220 ya citado en precedencia.

Ahora bien, es necesario advertir que la responsabilidad por los daños causados en el ejercicio de la actividad médica, por regla general, comporta una serie de actuaciones que convergen en un resultado final, en las que intervienen varios protagonistas, quienes en distintos momentos y circunstancias asisten a los pacientes desde su llegada al centro hospitalario, hasta cuando son dados de alta o se produce su deceso. Esa cadena de actuaciones desplegadas sobre los pacientes no es indiferente al resultado final y por ello la *causa petendi* en estos juicios debe entenderse comprensiva de todos esos momentos, porque la causa del daño final bien puede provenir de cualquier acción u omisión que se produzca durante todo ese proceso.

No obstante lo anterior, también hay que recordar que la actividad médica tiene un régimen de responsabilidad de medio y no de resultado. Así lo ha entendido este Tribunal¹⁷ reafirmando la posición jurisprudencial ampliamente decantada por el Consejo de Estado, en la que se señala que *“la práctica médica debe evaluarse desde una perspectiva de medios y no de resultados, lo que lleva a entender que el galeno se encuentra en la obligación de practicar la totalidad de procedimientos adecuados para el tratamiento de las diversas patologías puestas a su conocimiento, procedimientos que, por regla general, **conllevan riesgos de complicaciones, situaciones que, de llegar a presentarse, obligan al profesional de la medicina al agotamiento de todos los medios a su alcance, conforme a la lex artis**, para evitar daños mayores y, de así hacerlo, **en ningún momento se compromete su responsabilidad, incluso en aquellos eventos en los cuales los resultados sean negativos o insatisfactorios para la salud del paciente**, a pesar de haberse intentado evitarlos en la forma como se deja dicho”*¹⁸ (negrillas fuera del texto).

8.2. MATERIAL PROBATORIO

- Declaración del doctor Edgardo Sánchez Gamboa, médico especializado en cirugía general y gastroenterología, quien realizó la cirugía en cuestión (fol. 23 a 25, c. de pruebas):

*“...fue intervenida por mi en el año 2007, una cirugía para recección de tejido mamario ectópico (en un lugar fuera de lo normal) en este caso a nivel axilar bilateral, es una cirugía que se hace bajo anestesia básicamente con el principal objetivo de evitar desarrollo de tumores malignos en ese tejido anormal, **procedimiento llevado a cabo según las normas técnicas y el posterior manejo de una complicación por dolor crónico en una de las extremidades**, ese manejo se llevó a cabo Conjunto con el servicio de neurocirugía... PREGUNTADO: sírvase indicar si usted le hizo saber a la*

¹⁷ TAC; “Sentencia del 13 de noviembre de 2014”. Rad. 85001-3331-702-2012-00021-01 (2013-00523); ponencia del magistrado: Héctor Alonso Ángel Ángel.

¹⁸ Consejo de Estado; Sección Tercera. “Sentencia del 24 de marzo de 2011” expediente 18947, C.P. Hernán Andrade Rincón. Concepto reiterado recientemente por la misma Sala en la “Sentencia del 12 de febrero de 2014”; expediente 88001-23-31-000-2005-00050-01 (34125), con ponencia del consejero Carlos Alberto Zambrano Barrera.

señora Olga Lucila... y le explico debidamente los riesgos de la cirugía a practicar, así mismo si se suscribió el consentimiento informado con dicha persona. CONTESTO: siempre antes de un procedimiento quirúrgico programado se le explica ampliamente al paciente los riesgos a los que se expone y se firma el consentimiento informado dado que en una intervención quirúrgica tanto médico como tratante tienen el objetivo de que las cosas salgan lo mejor posible, **pero no es algo que pueda garantizar dada las diferentes respuestas de cada ser humano** ante intervenciones quirúrgico anestésicas y dadas también las condiciones anatómicas propias de cada individuo, la enfermedad de la señora se trata de **una alteración del desarrollo embrionario que puede cursar además con variantes anatómicas**, antes de ese procedimiento se explica los riesgos y los beneficios y de común acuerdo se procede a programar la intervención... no se presento complicación intraoperatoria documentada, sin embargo debo aclarar que el caso de lesiones nerviosas no solamente hay daño por sección (corte de una estructura) que sería la causa mas grave de una complicación y la mas evidente sino que también hay otras causas como la presión, la lesión térmica o el estiramiento, estas generalmente son menos evidentes, tienen menos consecuencias a largo plazo y son más fácilmente recuperables siendo la mayoría transitorias..." (Negrillas fuera del texto, sic para el resto).

Es cierto que el testimonio acá valorado sugiere subjetividad, en tanto que el deponente guarda un vínculo con la entidad demandada – al menos para la época de los hechos – y porque, además, operó e intervino en el tratamiento de la señora Vega Tobar; sin embargo, ello no es suficiente para desestimar la eficacia probatoria de su dicho, pues, valorado con mayor cuidado y rigor, no puede desconocerse que los hechos en él relatados fueron coherentes con los registros de la historia clínica y que su versión no fue tachada de sospechosa o de falsa, ni fue desvirtuada por la parte demandante, quien dicho sea de paso, solicitó la práctica de esta probanza; además, guarda relación con el concepto del peritaje que se indica a continuación.

- El dictamen pericial rendido por un cirujano oncólogo mastólogo del Departamento de Cirugía de la Universidad Nacional de Colombia explica que no hubo mala práctica quirúrgica y que las dolencias por las que aquí se demanda, corresponden a una lesión indirecta del nervio que no obedece a errores en el procedimiento, sino a vicios en la acomodación de la paciente al momento de la cirugía (fol. 2 a 6, anexo 1 del c. ppl.):

"(...) Consideramos que el procedimiento quirúrgico realizado es el adecuado para la patología que presentaba la paciente

3. Explique qué complicaciones que se derivan de la cirugía de resección local de lesión de mama axilar bilateral (sic).

Las complicaciones posquirúrgicas esperadas en esta cirugía se pueden clasificar en intraoperatorias y posoperatorias... Igualmente se puede lesionar el nervio intercostobraquial lo que genera un dolor localizado en el área axilar. Las complicaciones... tardías son el seroma que es un evento

muy frecuente, la infección y el dolor posoperatorio severo. Este dolor puede ser debido a una lesión del nervio intercostobraquial o a un daño cerrado de los nervios periféricos. El dolor puede ocurrir inmediatamente o incluso hasta 6 meses después de la cirugía (subrayas fuera del texto)...

4. ¿Qué complicaciones se presentaron en la atención médica asistencial de OLGA LUCIA VEGA ROBAR, cuando se le intervino? lo anterior de acuerdo a la edad y el estado de salud de la paciente.

Según los exámenes y el cuadro clínico descrito en los documentos aportados, existió una lesión cerrada del nervio mediano lo más probable por hiperestiramiento durante el acto quirúrgico. No hay lesión directa sobre el nervio durante la cirugía, es decir no ha sido seccionado.

5. ¿Es usual o normal que en una cirugía de resección de lesión de mama axilar bilateral, se cause daño al nervio central o mediano de una extremidad superior?

Las complicaciones neurológicas por vicios de posición son las neuropatías más frecuentes durante el posoperatorio con anestesia general, con una incidencia de 0.02 a 0.14%. La pérdida de conciencia y la utilización de relajantes musculares favorecen la adopción de posiciones anormales extremas que explican la aparición de las mismas. Cabe anotar que este es un daño indirecto al nervio y no un daño de mala práctica quirúrgica.

6. ¿A qué riesgos innecesarios se expuso a la paciente..., de acuerdo a lo que se consigno en la Historia Clínica?

Según lo anotado a la paciente se le practicó la cirugía adecuada. Los riesgos son inherentes a cualquier cirugía con anestesia general. No existió una lesión de mala práctica o de desconocimiento del procedimiento. La lesión del nervio fue probablemente por un estiramiento excesivo, que se da durante el acto quirúrgico. Se debe siempre en estas lesiones, ya que un alto porcentaje son evitables con una colocación cuidadosa del paciente, y acolchando todos los puntos de presión, aunque la cirugía sea de corta duración." (Subrayas fuera del texto, lo demás sic).

Aunque el dictamen descarta la ocurrencia de errores médicos en la aplicación del procedimiento médico-quirúrgico y es claro en decir que se operó en la forma indicada según la patología que presentaba la paciente, también advierte que se dio una contingencia evitable, esto es, el *hiperestiramiento* durante el acto quirúrgico, como quiera que "con una colocación cuidadosa del paciente, y acolchando todos los puntos de presión" previene la lesión indirecta del nervio en la forma en que ocurrió.

Lo indicado en la pericia nos permite concluir que i) queda excluida la responsabilidad del médico que practicó la cirugía pues efectuó un acto quirúrgico adecuado; y ii) imputa la deficiencia al servicio por omitir acomodación adecuada del paciente para prevenir el *hiperestiramiento* del nervio, es que esa acomodación no es tarea del cirujano, sino del personal paramédico que entra al paciente y lo alista en quirófano; por lo tanto, aunque la cirugía propiamente dicha se realizó

conforme a la *lex artis*, el daño padecido sí le es imputable a la entidad como quiera que la complicación era evitable siempre y cuando se manipulara a la paciente en debida forma adoptando las medidas indicadas para prevenir una acomodación viciada, labor que corresponde al personal que asiste a la cirugía, a los paramédicos que apoyan al cirujano, sujetos que en todo caso pertenecen a la entidad demandada e inciden significativamente en el cumplimiento de su contenido misional. Luego, entonces, es esta deficiencia la que hace predecible el daño en cabeza del Hospital de Yopal ESE y le impone el deber de indemnizar proporcionalmente los perjuicios irrogados.

- Consideraciones de la ponencia del dictamen de invalidez de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C. (fol. 133 a 135, c. de pruebas):

"Paciente de 32 años de edad con antecedente de resección de glándulas mamarias accesorias bilaterales en región axilar el 13 de junio de 2007, como complicación presenta lesión del nervio mediano, axilar y cubital izquierdo... no hay evidencia de lesión axilar ni ulnar..."

En la valoración realizada por la Junta Regional, no se encuentran signos de lesión de ramos terminales de plejo braquial izquierdo, lo que confirma los hallazgos de los últimos estudios de electrodiagnóstico. Actualmente presenta un síndrome del túnel del carpo izquierdo de carácter moderado a severo." (Se resalta).

Hasta aquí resulta claro que se ha logrado identificar deficiencia en los procedimientos asistenciales coetáneos a la cirugía aplicada a la señora Olga Lucila Vega Tobar, lo que impone concluir que sus padecimientos posoperatorios son atribuibles a la ESE que le prestó el servicio en salud, pero destacando que la lesión ocasionada durante la actividad asistencial ya no deja secuelas; la que persiste al día de hoy no se deriva del *hiperestiramiento* reseñado pues, como bien lo ilustra el concepto de la Junta de Calificación de Invalidez transcrita líneas atrás, la actora logró recuperarse sin que se tenga prueba de lo contrario y a la fecha (al menos la de ese dictamen), padece del *síndrome del carpo* en su extremidad superior izquierda, sin que se haya acreditado que ello es también consecuencia directa del procedimiento quirúrgico cuestionado en este proceso. Es decir, la señora Olga Lucila pudo rehabilitarse completamente de la *lesión braquial*, ahora presenta otra dolencia que no corresponde a las secuelas directas de la operación, o cuando menos ello no fue demostrado.

Es que luego de la cirugía solo se hablaba de la lesión del nervio medio que causaba molestias en su brazo, luego viene a aparecer la patología carpiana que afecta su antebrazo sin que se indique médicaamente que ello es derivativo de resección del pezón supernumerario luego, no existe correlación alguna entre los hechos imputables a la entidad y el daño final.

Corolario de lo anterior, es procedente emitir condena que indemnice el daño aquí demostrado, pero teniendo en cuenta que este es ínfimo, pues desde la valoración de neurocirugía en etapa postoperatoria hasta dictamen de Junta de Calificación

hay una considerable mejoría de la paciente, tan así es que la calificación de invalidez solo encontró disminución de la capacidad laboral por el síndrome del carpo y no por las secuelas negativas secundarias a la cirugía, sin que a lo largo de proceso se hubiere demostrado que esta segunda enfermedad es consecuencia directa de la intervención inicial.

8.3. INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

Comprobada como está la responsabilidad de la entidad demandada, procede esta Sala a ocuparse de lo relacionado con el monto de las indemnizaciones concedidas en primera instancia y que fueron objeto de crítica por parte de la parte actora en lo que toca a su cuantía. Dado que los demandantes piden el incremento y la pasiva la exoneración total, no hay restricciones en virtud de no reforma en contrario: no hay apelante único. En su escrito de apelación, los demandantes a través de su apoderado manifiestan:

“Está acreditada la relación de parentesco de cada uno de los integrantes del grupo familiar demandante y por ello, con arreglo a la satisfacción de la carga de la prueba indiciaria y testimonios, el reconocimiento y pago de los perjuicios materiales e inmateriales para ellos pedidos (...).”

Manifiesta su inconformidad con el fallo recurrido en tanto que no tuvo en cuenta la prueba del salario aportada y que lo establecía en 999.856 por el servicio de auxiliar de enfermería, que al momento de sufrir la lesión física era la misma labor de la que se acreditó tal ingreso. Cita jurisprudencia que estima aplicable al caso y a renglón solicita que se incrementen los montos reconocidos por perjuicios inmateriales: morales, daño a la vida de relación, únicamente. La sentencia apelada concedió los siguientes montos y conceptos (fol. 288 y 289, c. ppl.):

CONCEPTO	MONTO
Perjuicios materiales (daño emergente) víctima directa	\$1'380.029
Perjuicios materiales (lucro cesante) víctima directa	\$26'343.909
Perjuicios morales víctima directa	40 SMLMV
Perjuicios morales compañero e hija de la víctima	15 SMLMV C/U
Perjuicios morales padres de la víctima	10 SMLMV C/U
Perjuicios morales hermanos de víctima directa	5 SMLMV C/U
Perjuicios daño a la vida de relación víctima directa	30 SMLMV
Perjuicios daño a la salud	30 SMLMV

Vemos que el recurrente nada dice respecto del valor correspondiente al perjuicio material por daño emergente, por lo tanto, al no ser objeto del recurso, el mismo se mantendrá igual, ocupándose la Sala solo de revisar aquello que fue objeto de

crítica por parte del recurrente de la parte actora, esto es, el lucro cesante, los perjuicios morales y el daño a la vida de relación de cada uno de los actores.

8.3.1. *Por lucro cesante* reclama que este sea calculado con la base de \$998.856,00, según certificado expedido por la Cooperativa de Trabajo Asociado Cooptalentos (liquidada) en que se lee:

"Que la señora OLGA LUCILA VEGA, identificado con C.C. 47.438.507 de Yopal prestó sus servicios Como, AUXILIAR DE ENFERMERIA en la E.S.E. HOSPITAL DE YOPAL desde el 1 de OCTUBRE DE 2004 al 31 de SEPTIEMBRE 2005.

Con una compensación mensual de novecientos noventa y nueve mil ochocientos cincuenta y seis pesos moneda legal \$999.856." (Sic fol. 48, c. ppl.).

Al respecto, esta Corporación negará tal solicitud bajo el entendido de que la señora Vega Tobar no estaba laborando en la época en que fue operada por el Hospital de Yopal ESE y, por ende, no existe prueba del ingreso que percibía en ese momento; además, teniendo en cuenta que las consecuencias perjudiciales por las que aquí se juzga a la entidad no fueron definitivas ni permanentes, es preciso considerar su rehabilitación que supone un daño benigno, pues la dolencia neurológica primaria se encuentra completamente rehabilitada en este momento, como se dijo.

Si bien es cierto, se pudo establecer que por culpa de ESE demandada se lesionó indirectamente el nervio medio del brazo izquierdo de la demandante, también lo es que dicha afección no le impidió percibir ingresos económicos pues no existe prueba de que hubiera estado trabajando o que por tal razón hubiere perdido algún empleo o fuente de riqueza alguna que pueda constituir lucro cesante. No es posible conceder este concepto de indemnización material con fundamento en simples suposiciones carentes de certeza, pues ella conlleva un carácter resarcitorio de un daño cierto que exige demostración concreta, si no cuantificada, por lo menos cuantificable mediante sendas operaciones aritméticas. Dicho de otra forma, el hecho de que la señora Olga Lucila no hubiere acreditado la cesación de un lucro cierto, concreto y líquido en el momento de los hechos y durante el lapso que persistió la lesión, impide que se tenga como base de liquidación un ingreso pasado, no reciente y no vigente para la época de los acontecimientos, pues ha de tenerse en cuenta que la certificación que se aporta y a la que alude el apoderado en su recurso, es de dos años antes a la ocurrencia de los hechos, expedida por una entidad que se encontraba liquidada, incluso para el momento en que se dio tal constancia, y nada más se dice respecto de ingresos que lucren a la afectada.

La naturaleza misma del *lucro cesante* impone al interesado la demostración absoluta de lo que se dejó de percibir con ocasión directa y exclusiva del hecho dañino, sin que en este caso sea posible acudir a las presunciones aplicadas en primera instancia para tener como base el salario mínimo, pues aunque se haya demostrado la lesión, no se probó que esta hubiere incapacitado a la demandante ni siquiera transitoriamente, no existe en el expediente demostración alguna de que la actora perdió su empleo o tuvo que cesar todas sus actividades económicas. Todo lo contrario, al parecer estaba desempleada desde antes de la cirugía y no se

aportaron las incapacidades médicas reconocidas por la EPS o el médico tratante en las que se diera cuenta del perjuicio que ahora reclama, lo que permite creer que aunque la actora no estuviere ejerciendo su profesión de auxiliar de enfermería, es posible que ejerciera otras actividades que le produjeran renta.

Aunque existe una lesión imputable a la demandada, no existe prueba del perjuicio material reclamado en tanto que no hay forma de concluir que el daño la incapacitó de tal manera que le ocasionó la cesación de actividades lucrativas. Tan cierto es esto que los testimonios recaudados dan cuenta de que para el año 2011 Olga Lucila volvió a desempeñarse como auxiliar de enfermería. En síntesis, el daño a la salud de la víctima directa en este caso, solo tiene consecuencias morales para todos los demandantes, acorde con tabla de baremos del Consejo de Estado que se indica más adelante, sin que haya lugar a conceder materiales, ni daño a la vida de relación, tema superado actualmente en la jurisprudencia.

8.3.2. *De los perjuicios de orden inmaterial.* Sobre este tema en particular el Tribunal Administrativo de Casanare, a partir de la sentencia del 18 de septiembre de 2014 proferida dentro del proceso de reparación directa núm. 850013331-701-2010-00292-01, con ponencia del magistrado Héctor Alonso Ángel¹⁹, acogió los lineamientos dados por la Sección Tercera del Consejo de Estado en unificación de su propio precedente jurisprudencial²⁰, en los que fija los montos para indemnizar los perjuicios inmateriales, así:

*“La reparación del **daño moral** en caso de lesiones tiene su fundamento en el dolor o padecimiento que se causa a la víctima directa, familiares y demás personas allegadas. Para el efecto se fija como referente en la liquidación del perjuicio moral, **en los eventos de lesiones**, la valoración de la gravedad o levedad de la lesión reportada por la víctima. Su manejo se ha dividido en seis (6) rangos (negrilla fuera del texto):”*

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

¹⁹ Posición reiterada en el fallo del 16 de octubre de 2014, rad. 85001-3331-001-2012-00015-01 (2013-00451), ponente: Héctor Alonso Ángel Ángel.

²⁰ Unificación jurisprudencial ordenado mediante acta núm. 23 del 25 de septiembre de 2013 con el fin de recopilar la línea jurisprudencial y establecer criterios unificados para la reparación de perjuicios inmateriales.

Deberá verificarse la gravedad o levedad de la lesión causada a la víctima directa, la que determinará el monto indemnizatorio en salarios mínimos. Para las víctimas indirectas se asignará un porcentaje de acuerdo con el nivel de relación en que éstas se hallen respecto del lesionado, conforme al cuadro.

La gravedad o levedad de la lesión y los correspondientes niveles se determinarán y motivarán de conformidad con lo probado en el proceso.

Nivel No. 1. Comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno- filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (**1er. Grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes**). Tendrán derecho al reconocimiento de 100 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 80 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 60 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 40 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 20 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 10 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%.

Nivel No. 2. Donde se ubica la relación afectiva, propia del segundo grado de consanguinidad o civil (abuelos, **hermanos** y nietos). obtendrán el 50% del valor adjudicado al lesionado o víctima directa, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se describe: tendrán derecho al reconocimiento de 50 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 40 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 30 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 20 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 10 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 5 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%.

Nivel No. 3. Está comprendido por la relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil. Adquirirán el 35% de lo correspondiente a la víctima, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se indica: tendrán derecho al reconocimiento de 35 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 28 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 21 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 14 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 7 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 3,5 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%.

Nivel No. 4. Aquí se ubica la relación afectiva propia del cuarto grado de consanguinidad o civil. Se reconocerá el 25% de la indemnización tasada para el lesionado, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se señala: tendrán derecho al reconocimiento de 25 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 20 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 15 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 10 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 5 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 2,5 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%.

Nivel No. 5. Comprende las relaciones afectivas no familiares (terceros damnificados). Se concederá el 15% del valor adjudicado al lesionado, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se presenta: tendrán derecho al reconocimiento de 15 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 12 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 9 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 6 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 3 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 1,5 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 1% e inferior al 10%".

En este punto surge la dificultad de que el daño ocasionado a la demandante no tiene definido un índice de pérdida de capacidad laboral, pues el dictamen que al respecto aparece califica como tal es el síndrome del túnel del carpo, pero no la lesión del nervio medio del miembro superior izquierdo, que es el daño imputable al Hospital, luego entonces no existe un porcentaje establecido que nos permita ubicarnos en uno u otro de los niveles arriba indicados.

Como existe un **daño moral** que bien merece una reparación, esta Sala aplicará por analogía los baremos indicados en los niveles 1 y 2 en la menor proporción, dada la transitoriedad de las secuelas quirúrgicas padecidas por la afectada directa, así: para la víctima directa, cada uno de sus padres, para su hija y para su esposo, **10 salarios mínimos legales mensuales vigentes y 5 para sus hermanas**.

8.3.3. De la condena por daño a la vida de relación (alteración de condiciones de existencia). Daño autónomo. El apoderado de la parte actora, en su escrito de apelación solicita que se incremente la condena dada en primera instancia por este concepto tanto para la víctima directa como para los demás demandantes.

No obstante y en aras de acatar la unificación en lo atinente a perjuicios morales, se aplicará la precisión de línea que adoptó el superior funcional en lo atinente a este tipo de daño inmaterial, tomado como *autónomo* y diferenciado de las categorías que la doctrina y la judicatura venían denominando *alteración de las condiciones de existencia o daño a la vida de relación*, las cuales ahora se estiman "excesivamente abiertas y vagas". Acorde con los parámetros señalados por el

Consejo de Estado, vemos que este concepto ha sufrido importantes modificaciones al punto de que ya no se habla de *daño a la vida de relación o alteración de condiciones de existencia* como tal, sino del *daño a la salud*, cuya génesis deviene directamente del canon constitucional que se ocupa de este derecho.

Al igual que con el tema anterior, este Tribunal acogerá íntegramente el criterio que sobre *daño a la salud* ha establecido el Consejo de Estado, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, dentro del proceso radicado con el número 50001231500019990032601 (31172), con ponencia de la magistrada Olga Mélida Valle de De la Hoz, en donde alude directamente a otros fallos²¹ de unificación de la misma corporación de este año y de 2011, en donde fija como regla indemnizatoria un margen de movilidad entre 10 y 100 smmlv; sin embargo, en casos excepcionales de extrema gravedad se podrá aumentar hasta 400 SMMLV, siempre que esté debidamente motivado; todo lo cual es posible con empleo del *arbitrio iudice*, para lo cual se tendrá en cuenta la gravedad y naturaleza de la lesión padecida. Veamos:

“...el “daño a la salud” –esto es el que se reconoce como proveniente de una afectación a la integridad psicofísica– ha permitido solucionar o aliviar la discusión, toda vez reduce a una categoría los ámbitos físico, psicológico, sexual, etc., de tal forma que siempre que el daño consista en una lesión a la salud, será procedente determinar el grado de afectación del derecho constitucional y fundamental (artículo 49 C.P.) para determinar una indemnización por ese aspecto, sin que sea procedente el reconocimiento de otro tipo de daños (v.gr. la alteración de las condiciones de existencia), en esta clase o naturaleza de supuestos (se resalta).

Se reconoce de este modo una valoración del daño a la persona estructurado sobre la idea del daño corporal, sin tener en cuenta categorías abiertas que distorsionen el modelo de reparación integral. Es decir, cuando la víctima sufra un daño a la integridad psicofísica sólo podrá reclamar los daños materiales que se generen de esa situación y que estén probados, los perjuicios morales de conformidad con los parámetros jurisprudenciales de la Sala y, por último, el daño a la salud por la afectación de este derecho constitucional (negrillas fuera del texto).

Lo anterior, refuerza aún más la necesidad de readoptar la noción de daño a la salud, fisiológico o biológico, como lo hace ahora la Sala, pero con su contenido y alcance primigenio, esto es, referido a la afectación o limitación a la integridad psicofísica de la persona, como quiera que al haberlo subsumido en unas categorías o denominaciones que sirven para identificar perjuicios autónomos y que han sido reconocidos en diferentes latitudes, como por ejemplo la alteración a las condiciones de existencia (v.gr. Francia), se modificó su propósito que era delimitar un daño común (lesión a la

²¹ Cfr. Sentencias de unificación del 28 de agosto de 2014, exp. 31170, MP. Enrique Gil Botero y del 14 de septiembre de 2011, exps. 19031 y 38222, proferidas por esta misma Sala

integridad corporal) que pudiera ser tasado, en mayor o menor medida, a partir de parámetros objetivos y equitativos, con apego irrestricto a los principios constitucionales de dignidad humana e igualdad²².

En otros términos, un daño a la salud **desplaza por completo a las demás categorías de daño inmaterial como lo son la alteración grave a las condiciones de existencia –antes denominado daño a la vida de relación–** precisamente porque cuando la lesión antijurídica tiene su génesis en una afectación negativa del estado de salud, los únicos perjuicios inmateriales que hay lugar a reconocer son el daño moral y el daño a la salud (negrillas fuera del texto).

Es así como la doctrina, sobre el particular, señala:

"Hecha esta identificación, entre el daño corporal y el daño a la salud, vemos que también se identifica con el perjuicio fisiológico; terminología que impera en la doctrina francesa para referirse al daño en la esfera funcional, como sinónimo del daño a la integridad física y psíquica de la persona; se denomina así porque afecta, como decimos, la esfera funcional con independencia de la pérdida de rentas que pueda ocasionar (las negrillas son del texto).

*"Pero esta terminología es peligrosa porque se desliza hacia una realidad diferente. Como se ha precisado por la doctrina italiana, hay que matizar que, si bien a veces se utiliza como sinónimo del llamado daño biológico, la doctrina italiana más especializada, ha señalado que este último, es un concepto médico – legal, mientras que el daño a la salud es un concepto jurídico, normativo, que se encuentra consagrado en el artículo 32 de la Constitución..."*²³ (Sic).

En esa perspectiva, se insiste, la noción de daño a la vida de relación que sirvió al Consejo de Estado para indemnizar los perjuicios inmateriales sufridos por el sujeto, diferentes al moral, **no es más que un concepto que ya no es utilizado por la doctrina y jurisprudencia italianas, en la medida en que se ha reconocido independencia entre el perjuicio biológico o fisiológico** (se resalta) –relacionado con la órbita psicofísica del individuo– y otros perjuicios que afectan valores, derechos o intereses de la persona que, en la actualidad, en Italia, serían indemnizados bajo la panorámica del daño existencial (v.gr. la tranquilidad del ser humano, la seguridad, las condiciones de existencia, entre otros)²⁴, sin que esta última categoría se encuentre lo

²² "El daño subjetivo o daño a la persona es aquél cuyos efectos recaen en el ser humano, considerado en sí mismo, en cuanto sujeto de derecho, desde la concepción hasta el final de la vida. Por la complejidad del ser humano, los daños pueden efectuar alguna o algunas de sus múltiples manifestaciones o "maneras de ser"". FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos "El daño a la persona", Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, pág. 71 y s.s.

²³ VICENTE Domingo, Elena "Los daños corporales: tipología y valoración", Ed. Bosch, Barcelona, 1994, Pág. 139.

²⁴ "Allí se define el daño existencial [se refiere a la sentencia de la Sala Plena de la Corte de Casación Italiana No. 6572 del 24 de marzo de 2006] como todo perjuicio causado en el hacer no reditual del sujeto, susceptible

suficientemente decantada en otras latitudes, razón para rechazar en esta instancia su adopción en el derecho colombiano, máxime si de manera reciente fueron proferidas cuatro sentencias de la Sección Unida (Sala Plena) de la Corte de Casación Italiana, en la que se recoge el daño existencial dado, precisamente, de la amplitud y falta de delimitación conceptual que implicaba (imposibilidad de objetivización)²⁵.

Desde esa panorámica, los daños a la vida de relación o a la alteración de las condiciones de existencia, no podrán servir de instrumento para obtener la reparación del daño a la salud, es decir, son improcedentes para reparar las lesiones a la integridad psicofísica (las negrillas son del texto) puesto que parten de confrontar, o mejor de un parangón entre la esfera individual y la externa o social; el primero en la carga relacional del sujeto (relaciones sociales) lo que llevó a que fuera considerado en Italia como un daño subjetivo, inequitativo e desigualitario –dado que una persona puede tener una vida social o relacional más activa que otra, sin que eso suponga que deba indemnizarse diferente el daño–, y el segundo, por referirse a una alteración grave y significativa del proyecto de vida, es decir, a los planes y objetivos de la persona hacia el futuro.

Entonces, como se aprecia, el daño a la salud gana claridad, exactitud y equidad donde los precisados perjuicios la pierden, puesto que siempre está referido a la afectación de la integridad psicofísica del sujeto, y está encaminado a cubrir no sólo la modificación de la unidad corporal sino las consecuencias que las mismas generan, razón por la que, sería comprensivo de otros daños como el estético, el sexual, el psicológico, entre otros, sin que existiera la necesidad de ampliar en demasía la gama o haz de daños indemnizables, con lo que se conseguiría una sistematización del daño no patrimonial²⁶. En otros términos, se insiste, en Colombia **el sistema indemnizatorio está limitado y no puede dar lugar a que se abra una multiplicidad de categorías resarcitorias que afecten la estructura del derecho de daños y la estabilidad presupuestal** que soporta un efectivo sistema de responsabilidad patrimonial del Estado, motivo por el que, se itera, **cuando el daño se origine en una lesión psíquica o física de la persona el único perjuicio inmaterial, diferente al moral que será viable reconocer por parte del operador judicial será el denominado “daño a la salud o fisiológico”**, sin que sea posible admitir otras categorías de perjuicios en este tipo de supuestos y, **mucho menos, la alteración a las**

de ser constatado de manera objetiva, que altera sus hábitos y su modo de relacionarse, induciéndolo a alternativas de vida distintas, que inciden en el despliegue y realización de su personalidad en el mundo exterior.” KOTEICH Khatib, Milagros “El daño extrapatrimonial”, en “Diritto Romano Comune e America Latina”, Universidad Externado de Colombia, Pág. 259.

²⁵ Ver: Corte de Casación Italiana, sentencia del 24 de junio de 2008, publicada el 11 de noviembre de 2008, No. 26972.

²⁶ Fruto del trabajo jurisprudencial en Italia, se llegó a establecer dentro de este orden que el concepto daño biológico agrupa entre otros: el daño a la vida de relación, el daño estético, el daño a la esfera sexual y el daño a la incapacidad laboral genérica, todo lo cual ha sido recogido y reconocido por la Corte Suprema de Casación de ese país. Ver entre otras, las sentencias: No. 2761 de 1990, 1341 de 1991, 11133 de 1990, 9170 de 1994, y 7262 de 1991.

condiciones de existencia, categoría que bajo la égida del daño a la salud pierde relevancia, concreción y pertinencia para indemnizar este tipo de afectaciones (negrillas fuera del texto).

En ese orden de ideas, el concepto de salud comprende diversas esferas de la persona, razón por la que no sólo está circunscrito a la interna, sino que comprende aspectos físicos y psíquicos, por lo que su evaluación será mucho más sencilla puesto que ante lesiones iguales corresponderá una indemnización idéntica²⁷. Por lo tanto, no es posible desagregar o subdividir el daño a la salud o perjuicio fisiológico en diversas expresiones corporales o relacionales (v.gr. daño estético, daño sexual, daño relacional familiar, daño relacional social), pues este tipo o clase de perjuicio es posible tasarlo o evaluarlo, de forma más o menos objetiva, con base en el porcentaje de invalidez decretado por el médico legista.

De allí que no sea procedente indemnizar de forma individual cada afectación corporal o social que se deriva del daño a la salud, como lo hizo el tribunal de primera instancia, sino que el daño a la salud se repara con base en dos componentes: i) uno objetivo, determinado con base en el porcentaje de invalidez decretado y ii) uno subjetivo, que permitirá incrementar en una determinada proporción el primer valor, de conformidad con las consecuencias particulares y específicas de cada persona lesionada.

Así las cosas, el daño a la salud permite estructurar un criterio de resarcimiento fundamentado en bases de igualdad y objetividad, de tal forma que se satisfaga la máxima “a igual daño, igual indemnización”²⁸.

En consecuencia, se adopta el concepto de daño a la salud, como perjuicio inmaterial diferente al moral que puede ser solicitado y decretado en los casos en que el daño provenga de una lesión corporal, puesto que el mismo no está encaminado al restablecimiento de la pérdida patrimonial, ni a la compensación por la aflicción o el padecimiento que se genera con aquél, sino que está dirigido a resarcir económicamente –como quiera que empíricamente es imposible– una lesión o alteración a la unidad corporal de la persona, esto es, la afectación del derecho a la salud del individuo.

Por lo tanto, cuando el daño tenga origen en una lesión corporal (daño corporal), sólo se podrán reclamar y eventualmente reconocer los

²⁷ “Este estado de cosas no sólo deja la sensación de desorden, sino que también crea desigualdades entre víctimas, cuyos intereses aparecen, en igual medida, dignos de protección; así pues, el problema de fondo es el de establecer los límites, que deben ser “límites razonables”, determinados sí, en términos jurídicos.” CORTÉS, Edgar Ob. Cit. Pág. 57.

²⁸ “En el histórico fallo 184 de 1986 la Corte Constitucional italiana afirmó que el criterio de liquidación que debe adoptarse para el resarcimiento del daño biológico “debe, de un lado, responder a una uniformidad pecuniaria de base (el mismo tipo de lesión no puede valorarse de manera diferente para cada sujeto) y, de otro, debe ser suficientemente elástico y flexible para adecuar la liquidación del caso concreto a la incidencia efectiva de la lesión sobre las actividades de la vida cotidiana, por medio de las cuales se manifiesta concretamente la eficiencia sicofísica del sujeto perjudicado.” ROZO Sordini, Paolo “El daño biológico”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pág. 209 y 210.

siguientes tipos de perjuicios –siempre que estén acreditados en el proceso – (sic):

- i) los materiales de daño emergente y lucro cesante;
- ii) y los inmateriales, correspondientes al moral y a la salud o fisiológico, el primero tendiente a compensar la aflicción o padecimiento desencadenado por el daño, mientras que el último encaminado a resarcir la pérdida o alteración anatómica o funcional del derecho a la salud y a la integridad corporal²⁹³⁰.

Frente a la liquidación del daño a la salud, la Sala reitera los lineamientos planteados en sentencia del 28 de agosto del año en curso, Rad. 31.170, MP. Enrique Gil Botero, en la que se unificó la jurisprudencia en relación a la tasación, en los siguientes términos:

“De modo que, una vez desarrollado el panorama conceptual del daño a la salud, la Sala Plena de la Sección Tercera unifica su jurisprudencia en torno al contenido y alcance de este tipo de perjuicio inmaterial, en los términos que se desarrollan a continuación:

Para la reparación del daño a la salud se reiteran los criterios contenidos en las sentencias de unificación del 14 de septiembre de 2011, exps. 19031 y 38222, proferidas por esta misma Sala, en el sentido de que la regla en materia indemnizatoria, es de 10 a 100 SMMLV, sin embargo en casos de extrema gravedad y excepcionales se podrá aumentar hasta 400 SMMLV, siempre que esté debidamente motivado.

Lo anterior, con empleo del arbitrio iudice, para lo cual se tendrá en cuenta la gravedad y naturaleza de la lesión padecida, para lo que se emplearán –a modo de parangón– los siguientes parámetros o baremos:

GRAVEDAD DE LA LESIÓN	Víctima
Igual o superior al 50%	100 SMMLV
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80 SMMLV
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60 SMMLV
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40 SMMLV
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20 SMMLV
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10 SMMLV

²⁹ “Se está en presencia de un nuevo sistema clasificatorio del daño que acepta la existencia de tres modalidades del mismo: los patrimoniales, los morales y el biológico. Diferenciándose el biológico en cuanto al moral en la medida en que el primero es la lesión en sí misma considerada, y otra diferente, son los sufrimientos, el dolor y los afectos que de dicha lesión se pueden derivar, lo que constituiría el efecto o daño moral; sin embargo, ambos hacen parte del daño no patrimonial, esto es, no susceptible de contenido económico.” GIL Botero, Enrique “Daño Corporal – Daño Biológico – Daño a la vida de relación”, pág. 10.

³⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 14 de septiembre de 2011, Rads. 19031 y 38222, MP. Enrique Gil Botero.

Sin embargo, en casos excepcionales, cuando, conforme al acervo probatorio se encuentre probado que el daño a la salud se presenta en una mayor intensidad y gravedad, podrá otorgarse una indemnización mayor, la cual debe estar debidamente motivada y no podrá superar la cuantía equivalente a 400 SMLMV.

Así, el operador judicial debe tener en cuenta las siguientes variables conforme a lo que se encuentre probado en cada caso concreto:

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

En el sub judice se tiene, que el soldado ...Penagos, a sus 20 años de edad, presentó como secuelas del accidente sufrido, la amputación de sus dos miembros inferiores con desarticulación de la rodilla izquierda, lo que le generó una incapacidad absoluta y permanente, inaptitud para la actividad militar y la pérdida del 100% de la capacidad laboral.

Teniendo en cuenta las variables enunciadas, en el caso concreto se encuentran demostradas las siguientes, las cuales se cuantificarán conforme a lo probado en el proceso de la siguiente manera:

Variable probada	Valoración de acuerdo con las circunstancias y pruebas explicadas en la parte motiva
Pérdida anatómica de carácter permanente	<i>La víctima perdió sus dos miembros inferiores de manera irreversible. Se otorgan 150 SMLMV</i>
La restricción o ausencia de la	<i>Lo cual le impide desarrollar las actividades de locomoción³¹.</i>

³¹ La Junta Médica Laboral de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional concluyó:

<i>capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria.</i>	Se otorgan 100 SMLMV
<i>Edad de la víctima</i>	<i>Al momento de los hechos, el señor... Penagos era un joven de 20 años de edad, por lo que deberá padecer el perjuicio durante largo tiempo³². Se otorgan 50 SMLMV</i>
<i>Total</i>	<i>300 SMLMV</i>

Por tanto, la Sala reconocerá al actor por daño a la salud, la suma equivalente a 300 smlmv" (fin de la cita de la sentencia de unificación).

Conforme a lo dicho y dado el valor del precedente jurisprudencial ampliamente citado aquí, en el caso que nos ocupa se ha de conceder indemnización por concepto de daño a la salud, solo que, al igual que con los perjuicios morales, no existe un índice que nos permita ubicar con precisión el monto indicado en las tablas precedentes, por lo que por analogía se aplicará la mínima indemnización en el entendido de que el daño no fue permanente y estuvo limitado en el tiempo, lo cual guarda relación y coherencia con lo estimado con anterioridad. Así pues, se reconocerá solamente a la víctima directa una indemnización de **10 salarios mínimos legales mensuales vigentes**, pues se trata de una afectación personal que la padece ella exclusivamente a diferencia del perjuicio moral, y en atención a que la jurisprudencia mencionada no lo reconoce en favor de terceras personas.

8.4. CONCLUSIONES

En esta ocasión, el Tribunal ha encontrado demostrados los elementos que configuran la responsabilidad demandada, pues el daño, la conducta y el nexo causal requeridos fueron debidamente acreditados a lo largo del proceso, pero con los matices ya indicados, lo que permite confirmar la decisión de declarar responsable al Hospital de Yopal ESE por la lesión nerviosa padecida por la demandante.

De cara a la indemnización de los perjuicios derivados del mencionado daño, es necesario modificar la sentencia de primera instancia en tanto que sí hay variación en su monto y en el reconocimiento de algunos en cada uno de los demandantes, los cuales ya fueron explicados y que para mayor claridad, sintetizamos en la siguiente tabla que reemplazará el numeral segundo del resuelve de la sentencia recurrida:

"DIAGNOSTICO POSITIVO DE LAS LESIONES O AFECCIONES:
 (...) QUEDA COMO SECUELAS A) AMPUTACIÓN DE MIEMBROS INFERIORES CON DESARTICULACION DE LA RODILLA IZQUIERDA Y CONSERVACION DE LA DERECHA. (...)" (sic) (Fls. 54 y 55, cdno. 1)

³² De acuerdo al registro civil de nacimiento obrante a folio 17 del cuaderno 2 y 68 del cuaderno 1.

DEMANDANTE	DAÑO EMERGENTE	PERJUICIOS MORALES	DAÑO A LA SALUD
Olga Lucila Vega Tobar (victima directa)	\$1'380.029,00	10 s.m.l.m.v.	10 s.m.l.m.v.
Hernán Ortiz Esguerra (esposo)	--	10 s.m.l.m.v.	--
Zharick Lucía Ortiz Vega (hija)	--	10 s.m.l.m.v.	--
María Margarita Tobar de Vega (madre)	--	10 s.m.l.m.v.	--
Wenceslao Vega (padre)	--	10 s.m.l.m.v.	--
Yeny Paola Rocío Vega Tobar (hermana)	--	5 s.m.l.m.v.	--
Adriana Marcela Vega Tobar (hermana)	--	5 s.m.l.m.v.	--
Paula Andrea Vega Tobar (hermana)	--	5 s.m.l.m.v.	--
TOTALES	\$1'380.029,00	65 s.m.l.m.v.	10 s.m.l.m.v.

8.5. Costas. A pesar del resultado de la alzada y visto el comportamiento de las partes, no se impondrá condena al respecto, pues la parte vencida ha ejercido legítimo derecho a disentir, sin que se vislumbre temeridad o mala fe procesal.

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

RESUELVE:

1. **MODIFICAR** el numeral "**SEGUNDO.-**" de la sentencia del 30 de agosto de 2013, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión de Yopal, dentro del proceso indicado en la referencia, el cual quedará del siguiente tenor literal:

"SEGUNDO.- CONDENAR al HOSPITAL DE YOPAL ESE a pagar a los demandantes las siguientes sumas de dinero que para cada uno se indica, a título de indemnización de perjuicios materiales e inmateriales, así:

DEMANDANTE	DAÑO EMERGENTE	PERJUICIOS MORALES	DAÑO A LA SALUD
Olga Lucila Vega Tobar (victima directa)	\$1'380.029,00	10 s.m.l.m.v.	10 s.m.l.m.v.
Hernán Ortiz Esguerra (esposo)	--	10 s.m.l.m.v.	--
Zharick Lucía Ortiz Vega (hija)	--	10 s.m.l.m.v.	--
María Margarita Tobar de Vega (madre)	--	10 s.m.l.m.v.	--
Wenceslao Vega (padre)	--	10 s.m.l.m.v.	--

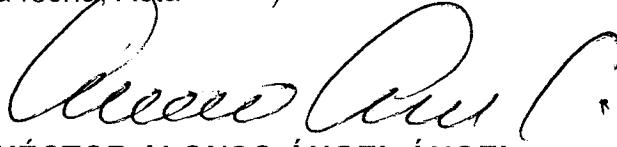
Yeny Paola Rocío Vega Tobar (hermana)	--	5 s.m.l.m.v.	--
Adriana Marcela Vega Tobar (hermana)	--	5 s.m.l.m.v.	--
Paula Andrea Vega Tobar (hermana)	--	5 s.m.l.m.v.	--
TOTALES	\$1'380.029,00	65 s.m.l.m.v.	10 s.m.l.m.v.

El total de la condena debe ser liquidado con base en el salario mínimo legal mensual vigente a la ejecutoria de esta providencia".

2. En lo demás, **CONFIRMAR** la sentencia recurrida en lo que fue objeto de apelación, de conformidad con lo razonado en la parte motiva.
3. No condenar en costas.
4. En firme lo resuelto, actualícese el registro, déjese copia del fallo y devuélvase el expediente al Juzgado Administrativo de Descongestión de Yopal, despacho que tiene a su cargo la continuación de los trámites procesales escriturales subsiguientes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

(Aprobado en Sala de la fecha, Acta)


HÉCTOR ALONSO ÁNGEL ÁNGEL

Magistrado.


JOSÉ ANTONIO FIGUEROA BURBANO

(Con salvamento de voto)

Magistrado.


NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ

Magistrado.



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

**SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA PROFERIDA EL 26 DE MARZO
DE 2015 DENTRO DEL SIGUIENTE PROCESO**

Referencia:	85001-3331-002-2008-00245-02
Acción:	REPARACIÓN DIRECTA
Accionante:	OLGA LUCILA VEGA TOBAR Y OTROS
Accionados:	HOSPITAL DE YOPAL E.S.E.
Magistrado ponente	HÉCTOR ALONSO ÁNGEL ÁNGEL

Con el debido respeto por las decisiones de la Sala mayoritaria, a continuación expongo las razones para salvar voto sobre la decisión adoptada en la providencia indicada en la referencia. Ellas son las siguientes:

1. Es un principio elemental del derecho que las decisiones judiciales deben fundamentarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso.
2. En el presente caso, del examen del acervo probatorio se deducen tres cosas relevantes:
 - a. La señora Olga Lucila Vega Tobar desarrolló *mamas supernumerarias* en su axilas por lo que, luego de la correspondiente valoración médica, se ordenó su extirpación quirúrgica para evitar futuras complicaciones y patologías asociadas con esta anomalía.
 - b. La cirugía se practicó de acuerdo con la *lex artis*, tal como lo señalaron el médico que intervino a la paciente y el dictamen pericial realizado por un cirujano oncólogo mastólogo del Departamento de Cirugía de la Universidad Nacional de Colombia. Así también se reconoce en la sentencia de la Sala mayoritaria.

Sin embargo, sin existir prueba, se concluye que las dolencias por las que se reclama en la demanda corresponden a una lesión indirecta del nervio, que no obedece a errores en el procedimiento quirúrgico sino a vicios en la acomodación de la paciente al momento de la cirugía, los cuales tampoco están demostrados.

En efecto, la prueba pericial no determina dichos errores, como se señala en la sentencia, ni que ellos sean los generadores de las dolencias, pues lo que indica esa prueba es que:

- Las complicaciones neurológicas por vicios de posición son las neuropatías más frecuentes durante el posoperatorio con anestesia general, con una incidencia de 0.02 a 0.14%.

- La pérdida de conciencia y la utilización de relajantes musculares favorecen la adopción de posiciones anormales extremas que explican la aparición de las mismas.
 - La lesión del nervio fue **PROBABLEMENTE** por un estiramiento excesivo, que se da durante el acto quirúrgico aunque la cirugía sea de corta duración y es evitable con una colocación cuidadosa del paciente y acolchando todos los puntos de presión.
- c. Al ser evaluada la señora Olga Lucila Vega Tobar por la Junta Regional de Calificación de Invalides de Bogotá D.C. el 1 de marzo de 2012, se estableció un porcentaje total de minusvalía del 4.75% que corresponden a los siguientes sub-factores: ocupacional 2.5%; autosuficiencia económica 0.5%; en función de la edad 1.75%. Y en lo que se refiere a la pérdida de la capacidad laboral total de un 14.55%, que corresponden: el 8% a deficiencia, el 1.8% a discapacidad y el 4.75% a la minusvalía ya descrita.

En este dictamen se evidencia que en control de electrodiagnóstico realizado en agosto de 2008, no había evidencia de lesión axilar ni ulnar; en el mismo examen practicado en el 2009 reporta STC moderado a severo izquierdo, sin otras alteraciones. Y seguidamente el dictamen concluye que no se encuentran signos de lesión de ramos terminales de plejo braquial izquierdo, lo que confirma los hallazgos de los últimos estudios de electrodiagnóstico. Y finalmente, en esta prueba lo que se indica es que a la fecha de la valoración, la paciente presentaba un síndrome del túnel del carpo izquierdo de carácter moderado a severo, que fue calificado con el porcentaje ya descrito.

3. Una cosa es la probabilidad y otra cosa es la prueba. La primera es una conjetura, una suposición, un evento que puede ocurrir o no. La prueba en una de sus acepciones (prueba como resultado de un hecho) en cambio es la demostración de un hecho de manera fidedigna.

Por lo tanto, si el dictamen pericial emitido por un cirujano oncólogo mastólogo del Departamento de Cirugía de la Universidad Nacional de Colombia señaló que la lesión del nervio probablemente obedecía a un hiper estiramiento, que se da durante el acto quirúrgico aunque la cirugía sea de corta duración, y que ello es evitable con una colocación cuidadosa del paciente y acolchando todos los puntos de presión, no se puede concluir válidamente que efectivamente se dio ese estiramiento excesivo del nervio, ni que el personal asistencial del Hospital de Yopal no colocó en forma debida a la paciente y que no acolchó todos los puntos de presión, y que como consecuencia de ello se produjeron los daños que se reclaman en la demanda.

No, reitero que una cosa es la probabilidad de que ocurra un hecho y otra cosa totalmente diferente es que efectivamente ello haya ocurrido. Esto es lo que la doctrina conoce como error de hecho por falso juicio de identidad por adición, cercenamiento o mutilación o tergiversación del contenido de

las pruebas; y esto es también lo que la Corte Constitucional¹ incluye como una de las causales de procedibilidad de la tutela contra sentencia, bajo la denominación de defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

4. Y por si fuera poco lo anterior, en el hipotético caso de que se hubiera dado ese hiper estiramiento y que ello hubiera generado las dolencias que se reclaman en la demanda a título de perjuicio moral, el segundo dictamen, esto es, el de la Junta de Calificación de Invalidez de Bogotá, para el año 2008 ya descarta secuelas de lesión axilar y ulnar. Ahora bien, para el año 2012, este dictamen encuentra un síndrome del túnel del carpo izquierdo de carácter moderado a severo, pero no hay prueba que demuestre la relación de causa a efecto entre la cirugía que le fue practicada a la señora Olga Lucila Vega Tobar y esta secuela, lo cual es un elemento indispensable de la responsabilidad extracontractual.

En consecuencia, a juicio del suscrito, debió prosperar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, Hospital de Yopal, pues por ninguna parte aparece demostrada la imputación del hecho; es más, ni siquiera aparece acreditado el daño por el cual se reclama. Por lo mismo, la sentencia de primera instancia debió revocarse y en su lugar negar las pretensiones de la demanda, razones más que suficientes para salvar voto.



JOSÉ ANTONIO FIGUEROA BURBANO
Magistrado
Fecha ut supra.

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-590 de 2005