

Medio de control: Reparación Directa

Radicación: 52001-33-33-003-2013-00310-01 (5564)¹

Demandantes: Jesús Eduardo Realpe Getial y otros

Demandado: Centro Hospital de Guaitarilla E.S.E. y otros

Temas: Pérdida de oportunidad – daño autónomo – parámetros de liquidación.

Decisión: Revoca parcialmente

Sentencia de Segunda Instancia

Sentencia No. D003-81-2022

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO SALA SEGUNDA DE DECISIÓN

MAGISTRADA PONENTE: SANDRA LUCÍA OJEDA INSUASTY²

San Juan de Pasto, quince (15) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)³

I. ASUNTO

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia del 09 de octubre de 2017, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Pasto, por medio de la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

¹ Con ocasión de la emergencia sanitaria generada por el COVID-19, el Consejo Superior de la Judicatura expidió los Acuerdos PCSJA20-11517 de 15 de marzo de 2020, PCSJA20-11521 de 19 de marzo de 2020, PCSJA20-11526 de 22 de marzo de 2020, PCSJA20-11532 de 11 de abril de 2020, PCSJA2011546 de 25 de abril de 2020, PCSJA20-11549 de 7 de mayo de 2020 y PCSJA20-11556 del 22 de mayo de 2020 y PCSJA20-11567 del 5 de junio de 2020 en virtud de los cuales los términos judiciales se suspendieron entre el 16 de marzo y el 30 de junio de 2020, salvo algunas excepciones, entre las cuales no se incluyeron los procesos electorales. Así mismo, el Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño, adoptó el Acuerdo No. CSJNAA20-39 del 16 de julio de 2020 por el cual dispuso el cierre de las sedes judiciales y dependencias administrativas ubicadas en la cabecera del Circuito Judicial de Pasto temporalmente. De otro lado, en sesión virtual del 7 de septiembre de 2020, el Consejo de Estado concedió comisión de servicios al Tribunal Administrativo de Nariño, durante los días 28 de septiembre al 1º de octubre de 2020 entre las 8:00 a.m. a las 4 p.m. Así mismo, el plan de digitalización dispuesto por el Consejo Superior inició en el mes de enero de 2021 con tan solo 15 procesos, acudiendo de forma posterior a la empresa Servisoft como encargada de llevar a cabo la referida digitalización

² Posesionada en el cargo desde el 3 de julio de 2018.

³ La ortografía y redacción son responsabilidad exclusiva de la Magistrada Ponente.

II. ANTECEDENTES.

2.1. La demanda⁴.

Los señores Jesús Eduardo Realpe Getial, Ligia Aurora Delgado, en nombre propio y en representación de sus hijos Miyer Andrés y Estiven Adolfo Realpe Delgado, por conducto de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de reparación directa, presentaron demanda en contra del Centro Hospital de Guaitarilla E.S.E.; con las siguientes pretensiones:

“6.1 DECLARACIONES

Que se declare que el CENTRO HOSPITAL GUAITARILLA E.S.E., representado legalmente por su señor Gerente, quien lo represente, reemplace o quien haga sus veces es responsable administrativa y patrimonialmente de todo el daño antijurídico ocasionado al señor JESUS EDUARDO REALPE GETIAL, a su esposa LIGIA AURORA DELGADO, y a sus hijos MIYER ANDRES REALPE DELGADO y ESTIVEN ADOLFO REALPE DELGADO. Ello en ocasión de la FALLA EN EL SERVICIO MÉDICO del que fue objeto el señor JESUS EDUARDO REALPE GETIAL y el que se concreto en no ordenar y practicar las pruebas diagnósticas adecuadas para tratar efectivamente la lesión que había sufrido, además en no ordenar oportunamente una remisión a otro centro hospitalario y en la remisión tardía del CENTRO HOSPITAL GUAITARILLA E.S.E., al HOSPITAL UNIVERSITARIO DEPARTAMENTAL DE NARIÑO E.S.E., ello en ocasión de la herida que presentaba en el dedo medio de su mano derecha, negligente actuación médica que culminó con la amputación a nivel de la falange proximal del dedo medio de su mano derecha.

6.2. CONDENAS

En consecuencia de la anterior declaración el CENTRO HOSPITAL GUAITARILLA E.S.E., debe reparar los daños causados a cada uno de los demandantes, consistentes en perjuicios patrimoniales en sus modalidades

⁴ PDF 6 fls. 5-17.

de lucro cesante y extrapatrimoniales comprendido aquí el dolor moral. Reparación que conlleva cancelar a favor del señor JESUS EDUARDO REALPE GETIAL, de su esposa LIGIA AURORA DELGADO, y de sus hijos MIYER ANDRES REALPE DELGADO y ESTIVEN ADOLGO REALPE DELGADO, a título de indemnización las siguientes o similares suma de dinero:

6.2.1. PERJUICIOS MATERIALES:

Los perjuicios materiales causados al señor JESUS EDUARDO REALPE GETIAL, los cuales deberá reconocerse a su favor por concepto de la pérdida de capacidad laboral y que deberán resarcirse, como resultado de un interés legítimo que permiten calificar el perjuicio como cierto y directo son:

LUCRO CESANTE:

Teniendo en cuenta que para la fecha en que se sucedieron los hechos objeto de demanda el señor JESUS EDUARDO REALPE GETIAL, tenía como actividad habitual la de jornalero, percibiendo el equivalente a un Salario Mínimo Mensual Vigente (...)

Y teniendo en cuenta que al señor JESUS EDUARDO REALPE GETIAL le fue calificado mediante concepto Médico Pericial la pérdida de Capacidad Laboral en 16.50% como secuela de la AMPUTACIÓN DE LA SEGUNDA Y PRIMERA FALANGE DE DEDO MEDIO DERECHO, se calculará por el tiempo que le quede de vida una vez ocurrido el hecho dañino ello de acuerdo con la Resolución 0496 de 1.997 emanada de la Superintendencia. Es decir el señor JESUS EDUARDO REALPE GETIAL que nació el 4 de enero de 1964 y que a la fecha de los hechos contaba con 48 años de edad teniendo una esperanza de vida de 29.46 años igual a 353.52 meses, que se liquidarán de la siguiente manera:

Indemnización Futura:

(...)

Perjuicios Materiales a favor del Sr. JESUS EDUARDO REALPE GETIAL igual a QUINCE MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL CUATROSCIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS (\$15.759.436.00).

6.2.2. PERJUICIOS INMATERIALES

DAÑO MORAL:

6.2.2.1. – A favor de JESUS EDUARDO REALPE GETIAL, deberá cancelarse una suma igual o superior a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes en la época de la condena, por el dolor, la tristeza y aflicción que sufrió con ocasión del negligente tratamiento médico dado por la entidad demanda no tratando de manera eficaz y adecuada la lesión que sufrió y no remitiendo oportunamente a un centro hospitalario de la ciudad de Pasto retardando injustificadamente su tratamiento, extendido de manera inhumana e innecesaria los dolores que soportaba, poniendo en peligro su integridad personal, y actuando en abierta violación de los principios de eficacia, efectividad, eficiencia, equidad, oportunidad, accesibilidad, continuidad y seguridad con que se debe atender a los pacientes. Además este rubro se justifica por las limitaciones e incomodidades que afronta el señor REALPE GETIAL para desempeñar actividades cotidianas como alimentarse, sus quehaceres y trabajo diario, y la incomodidad al momento de departir con sus amigos.

6.2.2.2.- A favor de LIGIA AURORA DELGADO, deberá cancelarse una suma igual o superior a sesenta (60) salarios mínimos legales mensuales vigentes en la época de la condena, por el dolor, la tristeza y aflicción que sufrió con ocasión del negligente tratamiento médico dado a su esposo JESUS EDUARDO REALPE GETIAL por la entidad convocada, quien no trato de manera eficaz y adecuada la lesión que padecía y obvio remitirlo de manera oportuna a un centro hospitalario de la ciudad de Pasto retardando injustificadamente su tratamiento, extendido de manera inhumana e innecesaria los dolores que soportaba, poniendo en peligro su integridad personal, y actuando en abierta violación de los principios de eficacia,

efectividad, eficiencia, equidad, oportunidad, accesibilidad, continuidad y seguridad con que se debe atender a los pacientes.

6.2.2.3.- *A favor de MIYER ANDRES REALPE DELGADO, deberá cancelarse una suma igual o superior a sesenta (60) salarios mínimos legales mensuales vigentes en la época de la condena, por el dolor, la tristeza y aflicción que sufrió con ocasión del negligente tratamiento médico dado a su padre JESUS EDUARDO REALPE GETIAL por la entidad convocada, quien no trato de manera eficaz y adecuada la lesión que padecía y obvio remitirlo de manera oportuna a un centro hospitalario de la ciudad de Pasto retardando injustificadamente su tratamiento, extendido de manera inhumana e innecesaria los dolores que soportaba, poniendo en peligro su integridad personal, y actuando en abierta violación de los principios de eficacia, efectividad, eficiencia, equidad, oportunidad, accesibilidad, continuidad y seguridad con que se debe atender a los pacientes.*

6.2.2.4.- *A favor de ESTIVEN ADOLGO REALPE DELGADO, deberá cancelarse una suma igual o superior a sesenta (60) salarios mínimos legales mensuales vigentes en la época de la condena, por el dolor, la tristeza y aflicción que sufrió con ocasión del negligente tratamiento médico dado a su padre JESUS EDUARDO REALPE GETIAL por la entidad convocada, quien no trato de manera eficaz y adecuada la lesión que padecía y obvio remitirlo de manera oportuna a un centro hospitalario de la ciudad de Pasto retardando injustificadamente su tratamiento, extendido de manera inhumana e innecesaria los dolores que soportaba, poniendo en peligro su integridad personal, y actuando en abierta violación de los principios de eficacia, efectividad, eficiencia, equidad, oportunidad, accesibilidad, continuidad y seguridad con que se debe atender a los pacientes.” (Transcripción literal)*

Solicitó además se realice la indexación de las anteriores condenas, con fundamento en la variación del índice de precios al consumidor, se condene en costas procesales y se dé cumplimiento a la sentencia, en los términos del artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.

Como fundamento fáctico de lo pretendido, la parte demandante relató que siendo aproximadamente las dos de la tarde (2:00 pm) del viernes 11 de mayo de 2013, el señor JESUS EDUARDO REALPE GETIAL, en desarrollo de labores de limpieza de la vía que comunica al municipio de Guaitarilla con las veredas de San Antonio, San Nicolás y la Victoria, de los deslizamientos de tierra ocasionados por la ola invernal, sufrió una herida en la cabeza y en el dedo medio de la mano derecha, por lo que, inmediatamente se dirigió al Centro Hospital de Guaitarilla E.S.E.

Narró que el señor JESUS EDUARDO REALPE GETIAL fue atendido en el referido centro hospitalario por el Dr. ANDRES DELGADO, quien le lavó y saturó la herida del dedo medio de la mano derecha, y le indicó que para el tratamiento médico de su dedo era necesario la práctica de un examen de rayos x, pero que en ese momento no se lo podía realizar, en tanto que, en el centro hospitalario no había disponibilidad de técnico y que en el municipio de Túquerres no respondieron telefónicamente, por lo que, le dieron orden de salida el mismo viernes 11 de mayo de 2012, citándolo para el día siguiente para revalorarlo por rayos X.

Señaló que luego de padecer intensos dolores durante toda la noche, el 12 de mayo de 2013, el señor JESUS EDUARDO REALPE GETIAL se dirigió al Centro Hospital de Guaitarilla E.S.E, oportunidad en la que nuevamente fue atendido por el Dr. ANDRES DELGADO, quien le informó que el servicio de rayos X todavía no estaba disponible y que del Hospital de Túquerres no se obtuvo respuesta telefónica, informándole además que en la ciudad de Pasto ni en el Hospital Universitario ni en el Hospital San Pedro había cirujano plástico, por lo que no podían hacer nada más para atender su padecimiento, ordenando su salida.

Mencionó que luego de padecer de intensos dolores durante todo el día y noche del sábado 12 de mayo, aproximadamente a las siete de la mañana del día domingo 13 de mayo, el señor JESUS EDUARDO REALPE GETIAL se dirigió al Centro Hospital Guaitarilla E.S.E., siendo atendido por el Dr. ANDRÉS DELGADO quien le reiteró lo informado el día anterior.

Informó que el 13 de mayo, luego de esperar por aproximadamente dos horas en el Centro Hospitalario de Guaitarilla, el señor JESUS EDUARDO, desesperado, reclamó por la negligente atención que había recibido, por lo que, el Dr. ANDRES DELGADO aproximadamente a las 10:00 a.m., ordenó su remisión al Hospital Departamental de Nariño o al Hospital San Pedro de Pasto.

Relató que fue remitido y transportado en la ambulancia de la E.S.E. de Guaitarilla y que ingresó al Hospital Universitario Departamental de Nariño a las dos de la tarde del 13 de mayo, en donde se le comunicó que *“ya no existía otra alternativa médica que la amputación del dedo derecho medio a nivel de la falange proximal, ello como consecuencia de la negligencia en el tratamiento médico suministrado a su padecimiento y a la tardía remisión a aquel centro hospitalario, pues a dicho del médico tratante de aquella oportunidad **SI hubiera sido remitido al Hospital Universitario Departamental de Nariño E.S.E., el mismo día del accidente hubiera sido posible haberle realizado la cirugía para la reconstrucción de su dedo derecho medio suministrándole un tratamiento médico eficaz y adecuando a fin de evitar la amputación”.***

Manifestó que el 13 de mayo de 2012 en horas de la tarde le fue amputado a nivel de la falange el dedo medio derecho del señor JESUS EDUARDO, lo que le produjo graves afectaciones a su vida tanto a nivel laboral como familiar y social.

2.2. La Sentencia apelada⁵.

La primera instancia accedió a la declaratoria de responsabilidad de la entidad demandada, con base en los siguientes argumentos:

De entrada, frente a los presupuestos de la responsabilidad médica debatida, consideró que, el asunto debía ser analizado bajo el régimen de imputación de la falla del servicio, cuyos elementos se contraen a la demostración del daño, la falla y su nexo causal.

Así, en lo que concierne al primero de los elementos aludidos, el *a quo* estimó que de la teoría del caso propuesta por la parte demandante, **el daño** en el sub judice

⁵ PDF 1, Págs. 217 a 245

“se concreta, esencialmente, en la frustración de la probabilidad de recuperar la salud del señor JESUS EDUARDO REALPE GETIAL, quien a consecuencia de un mal diagnóstico se le cercenó la oportunidad de recuperar la salud del tercer dedo de la mano derecha en hechos ocurridos el 11 de mayo de 2022”.

Al respecto, señaló que *“en el expediente reposa suficiente material probatorio que indica que al paciente se le practicó amputación del tercer dedo de la mano derecha como consecuencia de un mal diagnóstico ante la ausencia del servicio de imagenología y la no remisión del paciente a un nivel más avanzado de salud, lugar donde le pudieron haber realizado el medio diagnóstico que pudo evitar la consecuencia dañina que hoy se debate”*

En seguida, al analizar **la falla** alegada por la parte demandante, de lo expuesto en el libelo introductor, dedujo que *“la falla imputada a la Administración se traduce en las irregularidades prestadas en el servicio de salud del día 11 de mayo de 2012, data en la cual el Señor Realpe ingresó al servicio de urgencias del Centro de Salud de Guaitarilla, entidad que por deficiencia de medios diagnósticos impidió que el paciente tuviera un tratamiento y cuidado adecuado”.*

Así, de las pruebas allegadas, el *a quo* encontró acreditado que el demandante ingresó al servicio de urgencias el 11 de mayo de 2011, oportunidad en la que manifestó que sobre su mano le cayó una piedra, siendo diagnosticado con *“trauma por aplastamiento en 3 dedo de la mano derecha”*. Describió además que *“[f]rente a tal diagnóstico, al paciente se le lavó la herida con solución salina se anfiltra con lidocaína y se suturó con prolene, se le aplicó medicamentos como cefalexina e ibuprofeno, se ordenó radiografía pero ante la imposibilidad de poderse realizar la misma se le dio de alta”.*

Igualmente, tuvo por demostrado que el paciente reingresó al servicio de urgencias al día siguiente -12 de mayo de 2012-, por presentar hipoperfusión parcial de la falange distal con frialdad sin sensibilidad con edema, y que en dicha oportunidad tampoco se logró tomar la radiografía y la atención se limitó a reportar al paciente al Hospital San Pedro y al Hospital Departamental de Nariño, en la búsqueda de atención cirujano plástica.

Constató que en *“la atención del 13 de mayo de 2012 se concretó en la remisión del paciente con urgencia vital, debido a que el paciente presentó olor fétido del tercer dedo, dedo hiperfundido, cianótico, sin secreción purulenta, se hospitaliza se coloca penicilina, se toma rx, no reporta fracturas y dado el alto riesgo de infección se remite”*, y que ese mismo día fue atendido en el Hospital Universitario Departamental de Nariño, en el cual se le diagnosticó *“osteonecrosis debido a traumatismo previo. Necrosis de tejidos blandos de tercer dedo de la mano derecha, procediendo a realizar amputación a nivel de falange proximal de tercer dedo de la mano derecha (...)”*.

Bajo tales probanzas, el juzgador de primer grado evidenció que *“el error en el diagnóstico pudo ser el causante de la amputación del tercer dedo de la mano derecha, por cuanto se demostró que el paciente no tuvo el tratamiento adecuado en la atención de su patología, ya que a la luz de los protocolos era necesario la práctica del medio de contraste- rx-, pues, con ello se hubiere podido determinar con certeza la gravedad de la herida”*; al respecto, señaló que en la historia clínica se dejó sentado la ausencia de técnico para la realización de la radiografía de mano y que si bien esta se le practicó el día de la remisión y se concluyó que no presentó fracturas, se echaba de menos el reporte que haya realizado el profesional experto.

Agregó que, *“al ingreso del paciente al servicio de urgencias del Hospital Universitario Departamental de Nariño se le diagnosticó osteonecrosis, que según el Instituto Nacional de Artritis y Enfermedades Musculo esqueléticas y de la piel²⁷, es una enfermedad causada por la disminución de flujo de sangre de las articulaciones. La falta de sangre deteriora el hueso y una de las causas de osteonecrosis, entre otras es las lesiones, la cual se diagnostica a través de radiografías”*. Dicho esto, el a quo sostuvo que *“si al paciente se le hubiese realizado la radiografía en la ESE demandada, seguramente, su diagnóstico habría cambiado y su remisión hubiese sido inmediata”*.

De esta manera, el a quo coligió que desde el primer ingreso acontecido el 11 de mayo de 2022, se configuró la falla en el servicio ya que al no contar con rayos x, el galeno no pudo realizar un diagnóstico adecuado. Al respecto, precisó *“la causa del apuntamiento se presentó por necrosis sobre infectada a causa del*

aplastamiento” y que “[e]l no realizar los medios diagnósticos con el fin de determinar la conducta implicó que el paciente tuviera como secuelas la amputación del tercer dedo de la mano derecha”.

De acuerdo con lo probado, el a quo evidenció “una notoria omisión, en la falla que rodeó la atención médica dispensada al señor REALPE GETIAL, que se identifica con la teoría de la perdida de oportunidad, como quiera que se cercenó la probabilidad de obtener una ventaja esperada o evitar una pérdida en la recuperación de su salud”.

*Frente al **nexo causal**, el juzgador de primer grado indicó que “aunque no se puede determinar con claridad que si se hubieren practicado todos los procedimientos establecidos en el protocolo médico, se hubiera evitado la amputación del tercer dedo la mano derecha, lo cierto es que en el caso concreto se cercenó la oportunidad de recuperación”.*

Aclaró que, “la perdida de oportunidad, debe percibirse como un daño en sí mismo considerado, en la medida en que se despoja a una persona de un chance, de una oportunidad de evitar una situación dañina”. Bajo tal entendido, afirmó que “la omisión en que incurrió la entidad demandada, le restó la oportunidad del tratamiento adecuado desde el momento en que se realizó una indebida practica de exámenes médicos, pues, de haber recibido el tratamiento idóneo, sus posibilidades de recuperación habrían sido mayores. Esa oportunidad es la que se reprocha perdida, y esa pérdida debe ser indemnizada”

Advirtió que “en consideración a que el perjuicio por perdida de oportunidad tiene un carácter autónomo, por cuanto no se deriva directamente de las lesiones sufridas por JESUS EDUARDO REALPE GETIAL, sino de la perdida de oportunidad que se presentó por el error en el diagnóstico que se ocasionó el 11 de mayo de 2012, no se pronunciaría “sobre los perjuicios solicitados en la demanda, comoquiera que ellos, por el contrario emanan de la pérdida de capacidad laboral”

Asociado a lo anterior, indicó que ante la ausencia de información estadística que le permita establecer la cuantía del daño que por concepto de pérdida de

oportunidad le fue provocado al demandante, con fundamento en el principio de equidad, era dable reconocer una suma genérica a cada uno de los demandantes, por cuanto todos ellos demostraron su legitimación en la causa por activa.

Al respecto, inicialmente advirtió que no se demostró la calidad de cónyuge de la señora Ligia Aurora Delgado expuesta en la demanda, pues consideró que el documento idóneo para demostrar el matrimonio es el registro civil respectivo y no la partida eclesiástica que se aportó al expediente; no obstante, a partir de la prueba testimonial, tuvo por acreditada su condición de compañera permanente, y a su vez, de los registros civiles de nacimiento de Miyer Andrés y Estiven Adolfo Realpe Delgado, su condición de madre de los hijos del señor Jesús Eduardo Realpe Getial.

Finalmente, anunció que se declararía probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de los llamados en garantía, así: del Hospital San Pedro y sus llamadas en garantía, puesto que dicha institución no atendió al demandante; de CAPRECOM ya que el daño antijurídico no se presentó por la falta de operadores o prestadores de salud, sino por la deficiencia de medios diagnósticos que impidió realizar un buen diagnóstico y la falta de remisión oportuna; y del médico Andrés Fernando Delgado Villarreal, tras considerar que no se le podía atribuir una conducta dolosa, ya que no se podía entender que su actuar se hizo con intención de producir las consecuencias dañosas y que fue la falta de existencia del medio diagnóstico, el causante del errado diagnóstico.

En consecuencia, declaró administrativamente responsable al Centro Hospital Guaitarilla ESE, condenándolo a título de reparación, a pagar indemnización por perjuicios inmateriales⁶ – perjuicios morales 10 SMLMV para cada uno de los demandantes, negó las demás suplicas de la demanda y declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva en favor de: (i) la Fundación Hospital San Pedro, (ii) sus llamadas en garantía, (iii) Caprecom y (iv) Andrés Fernando Delgado Villarreal; dispuso que se dé cumplimiento al fallo de acuerdo con lo establecido en el art. 192 y ss. del CPACA; condenó en costas a la

⁶ En relación a los perjuicios materiales, explicó que no se pronunciaría, considerando que, estos devienen de la pérdida de capacidad laboral y lo que se concedió es a través de la pérdida de oportunidad.

parte demandada y fijó agencias en derecho en un 2%, respecto de las cuales, en la parte motiva, se adujo que las mismas debían ser canceladas por la parte demandante, aspecto este último que, en vista de la petición elevada por la parte demandante, posteriormente fue corregido mediante providencia del 27 de octubre de 2023, manteniendo lo relativo a tal decisión y las agencias en derecho a cargo del demandado⁷.

2.3. Recurso de apelación – Parte demandante⁸ – Apelante único⁹.

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandante elevó recurso de apelación, mediante el cual, solicitó revocar el numeral tercero de la sentencia, y en su lugar, condenar a la E.S.E. de Guaitarilla a pagar a los demandantes, como indemnización los perjuicios materiales por la pérdida de oportunidad.

Alegó que, si bien la sentencia impugnada es favorable ya que se tuvo por acreditada la pérdida de oportunidad, al realizar la tasación de la indemnización, únicamente se liquidaron los perjuicios morales y fueron negados los perjuicios materiales, incluyendo daño emergente y lucro cesante.

Señaló que en la parte motiva de la sentencia, el juez adujo que no se contaba con información estadística que le permitiera establecer la cuantía del daño que por concepto de pérdida de oportunidad le fue provocado al demandante, decisión que, en su criterio, va en contravía de la actual postura adoptada por el Consejo de Estado en sentencia del 05 de abril de 2017, conforme a la cual, cuando no fuere posible establecer un porcentaje, este deberá ser igual al 50%.

En ese orden, conforme a la sentencia aludida, estimó que “*sería inequitativo e injusto que no se profiera condena en favor de los demandantes a sabiendas que está probado el daño*”; por tanto, consideró procedente cifrar el “chance” o

⁷ PDF 1 páginas 250 a 252

⁸ PDF 1 páginas 253 a 256

⁹ Cabe advertir que, mediante providencia del 11 de octubre de 2021 se declaró inadmisble el recurso de apelación presentado por el Centro Hospital de Guaitarilla E.S.E., contra la sentencia proferida el 09 de octubre de 2017, por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Pasto, toda vez que se sustentó de manera extemporánea y se desvinculó parcialmente el auto del 16 de mayo de 2018, en lo relacionado a la admisión del recurso de apelación interpuesto por la parte en mención. La providencia fue notificada por estados y por mensaje electrónico sin que fuese objeto de recursos.

expectativa del paciente en el 50%, y reducir en tal proporción la liquidación de los perjuicios de orden material integrada por el lucro cesante.

Añadió que “[e]n la sentencia impugnada se reconocieron y liquidaron los perjuicios morales en favor de los demandantes en 10 SMLMV, para cada uno, condena que está acorde con los razonamientos jurisprudenciales actuales que fijan la reparación del daño moral en caso de lesiones, que sería igual a 20 SMLMV y luego la reducción en un 50% aplicable, por ello, dicha condena no es objeto de apelación.”

Asimismo, incluyó la liquidación del lucro cesante que, a su juicio, debió efectuarse y, solicitó se tengan como pruebas para tales efectos, la certificación de la pérdida de capacidad laboral emitida por el Instituto de Medicina del Trabajo y el dictamen de pérdida de capacidad laboral. Al recurso anexó registro civil de nacimiento del señor JESÚS EDUARDO REALPE GETIAL, víctima directa del daño.

2.4. Alegatos de conclusión.

-. Fundación Hospital San Pedro¹⁰

Resaltó que el A quo declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva frente al Hospital Fundación San Pedro de Pasto, en tanto que, no existe material probatorio que dé cuenta que el señor Jesús Eduardo Realpe, haya sido atendido por este, y habida cuenta que no existe nexo causal entre el daño sufrido y alguna acción u omisión por parte del hospital, resulta jurídicamente imposible endilgarle algún tipo de responsabilidad.

-. Médico Andrés Fernando Delgado Villarreal¹¹

Realizó un recuento de la atención médica brindada al señor Realpe Getial, indicando que se encuentra probado que la misma fue adecuada, oportuna y se

¹⁰ PDF 1, Págs. 301 a 305

¹¹ PDF 1, Págs. 306 a 314

desarrolló con apego a la *lex artis*, y que tampoco estuvo precedida por culpa grave, dolo, negligencia, impericia o imprudencia.

Respecto de la falta de existencia de radiografía como causante del errado diagnóstico, mencionó que en la historia clínica del paciente obra constancia de la falta de técnico para realizar la misma, situación irregular que no podía catalogarse como conducta propia del galeno.

Dijo que, por lo expuesto, el juzgado de primer grado declaró la falta de legitimación en la causa por pasiva frente al médico Andrés Fernando Delgado Villarreal, en calidad de llamado en garantía

- PatrimONIO Autónomo de Remanentes – PAR Caprecom Liquidado¹²

Señaló que se debe ratificar la decisión de primera instancia, en tanto que no se encuentra probado que la extinta CAPRECOM, haya causado algún daño antijurídico al demandante, toda vez que el deterioro y complicaciones que sufrió se derivaron de la deficiente atención que se le brindó por parte del Centro Hospital de Guaitarilla E.S.E.

Añadió que CAPRECOM cumplió con su carga obligacional, pues siempre actuó de conformidad con lo establecido en la norma, realizando las autorizaciones de los servicios solicitados por el Centro Hospital Guaitarilla E.S.E., en los términos y condiciones previstos en la Ley 100 de 1993, por lo cual, fue exenta de responsabilidad por el fallador de primer grado.

- CHUBB de Colombia Compañía de Seguros S.A (antes AC Seguros)¹³ y la Previsora S.A Compañía de Seguros¹⁴

Señalaron que, al no haberse demostrado los elementos indispensables para endilgarle responsabilidad a la Fundación Hospital San Pedro, por sustracción de materia tampoco le asiste responsabilidad a CHUBB de Colombia Compañía de

¹² PDF 1, Págs. 315 a 316

¹³ PDF 1 páginas 317 a 320

¹⁴ PDF 1 páginas 321 a 333

Seguros S.A. y a la Previsora en calidad de llamadas en garantía por el referido hospital.

2.5. Concepto del Ministerio Público.

El Ministerio Público se abstuvo de rendir concepto.

III. CONSIDERACIONES.

3.1 Competencia.

De conformidad con el artículo 153 del C.P.A.C.A., esta Corporación es competente para decidir la apelación interpuesta, toda vez que la sentencia recurrida fue dictada en primera instancia por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Pasto, de quien este Tribunal es su superior funcional.

No observándose causal de nulidad que obligue a invalidar total o parcialmente lo actuado, se procede a decidir la alzada, en los términos que se expondrán a continuación.

3.2. Límites de la apelación.

De acuerdo a lo previsto en el art. 320 del C.G.P., el recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.

A su vez, el artículo 328 ibídem traza los límites de competencia del superior al momento de resolver los recursos de alzada, preceptiva según la cual, al Juzgador únicamente le es posible referirse a los argumentos propuestos en el recurso, salvo que existan decisiones que deban adoptarse de oficio, de acuerdo a las disposiciones legales.

Acorde a estas disposiciones, teniendo en cuenta que mediante auto del 11 de octubre de 2021 (PDF 13), el Despacho sustanciador declaró inadmisibile el

recurso de apelación presentado por el Centro Hospital de Guaitarilla E.S.E. contra la sentencia de fecha 09 de octubre de 2017 por ser extemporaneo, y desvinculó parcialmente el auto del 16 de mayo de 2018, en lo relacionado a la admisión del recurso de apelación interpuesto por la parte en mención, la Sala precisa que el estudio del recurso de apelación se circunscribirá a los puntos de inconformidad formulados por la parte demandante, sin perjuicio de las decisiones que legalmente deban adoptarse de oficio.

3.3. Problema Jurídico:

Teniendo en cuenta que en el recurso de apelación la parte demandante solicitó revocar el ordinal tercero de la sentencia del 9 de octubre de 2017, y en su lugar, solo pidió que se condene a la E.S.E. de Guaitarilla a pagar a los demandantes, la indemnización de perjuicios materiales por la pérdida de oportunidad, pues frente a los perjuicios morales, manifestó estar conforme con la indemnización que le fue reconocida, le corresponde a la Sala resolver el siguiente interrogante:

¿El señor Jesús Eduardo Realpe Getial tiene derecho a que la parte demandada Centro Hospital de Guaitarilla E.S.E. le reconozca indemnización por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante futuro, por la pérdida de oportunidad?

3.4 Tesis de la Sala:

La Sala confirmará el ordinal tercero de la sentencia de primera instancia, pues tal y como lo encontró el *a quo*, los perjuicios materiales que reclama la parte demandante fueron solicitados con fundamento en la pérdida de capacidad laboral del señor Jesús Eduardo Realpe Getial y no en la pérdida de oportunidad como daño autónomo. No obstante, se revocará lo concerniente a la tasación de las agencias en derecho consignada en el numeral sexto de la sentencia.

IV. ARGUMENTACIÓN.

Atendiendo al motivo de inconformidad que sustenta la alzada, la Sala debe precisar que el daño cuya indemnización se pretende obtener, tal y como lo definió

el *a quo* y que no fue objeto de apelación, no radica en el resultado final – lesiones personales / amputación a nivel de la falange proximal del dedo medio de la mano derecha del demandante-, sino en la pérdida de oportunidad que se le restó al demandante en la recuperación de su salud.

En efecto, el *a quo* encontró acreditado que al señor Jesús Eduardo Realpe Getial se le cercenó la probabilidad de obtener una ventaja esperada o evitar una pérdida en la recuperación de la salud, pues consideró que de haber recibido el tratamiento idóneo desde el primer ingreso al Centro Hospital de Guaitarilla E.S.E., sus posibilidades de recuperación habrían sido mayores; sin embargo, encontró que la omisión en que incurrió la entidad demandada le disminuyó dicha probabilidad.

En este entendido, siendo que se alude a la pérdida de oportunidad como supuesto indemnizable, debe anotarse que, a partir de la posición jurisprudencial sentada por el Consejo de Estado en providencia del 5 de abril de 2017¹⁵, se optó por considerar este presupuesto como daño autónomo, entendido como la lesión a una expectativa legítima.

En la aludida sentencia, además de referirse a los elementos del daño de pérdida de oportunidad y los supuestos de responsabilidad frente a este daño, el Consejo de Estado estableció unos parámetros para cuantificar la indemnización por pérdida de oportunidad en casos de responsabilidad médica, de la siguiente manera:

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

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 5 de abril de 2017, rad. 25.706

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

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

- i) *El fundamento del daño sobre el cual se erige el débito resarcitorio radica en el truncamiento de la expectativa legítima, de ahí que su estimación no solo será menor a la que procedería si se indemnizara el perjuicio final, es decir, la muerte o la afectación a la integridad física o psicológica, sino proporcional al porcentaje de posibilidades que tenía la víctima de sobrevivir o de mejorar sus condiciones de salud.*
- ii) *La expectativa se cuantificará en términos porcentuales, teniendo en cuenta que está ubicada en un espacio oscilante entre dos umbrales, esto es, inferior al 100% y superior al 0%, ya que por tratarse de una probabilidad no podría ser igual o equivalente a ninguno de los dos extremos, máxime si se tiene en cuenta que en materia médica incluso los índices de probabilidad más débiles siguen representado intereses valiosos para el paciente y sus seres queridos, en consideración a la fungibilidad de la vida y el anhelo por prolongarla; por lo anterior, dicho truncamiento no puede menospreciarse y dejar de repararse, so pretexto de una indeterminación invencible.*
- iii) ***No es procedente indemnizar la pérdida de oportunidad como un perjuicio independiente que deba ser resarcido por fuera del concepto de perjuicios materiales -daño emergente y lucro cesante-, inmateriales -daño moral y daños a bienes constitucionales y convencionales- y daño a la salud, reconocidos por la Corporación,***

puesto que hacerlo conduciría a desconocer el objeto primordial del instituto de la responsabilidad, esto es, el principio de la reparación integral, ya que las víctimas serían, sin razón alguna, resarcidas parcialmente a pesar de que el actuar del demandado cercenó una expectativa legítima. En efecto, el truncamiento de una expectativa legítima genera diferentes tipos de perjuicios que deben ser indemnizados, es decir, si es de naturaleza material, será indemnizada de conformidad con este criterio o, si por el contrario es de naturaleza inmaterial, la reparación será de índole inmaterial¹⁶.

- 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 doctrina¹⁷, bien sea a) declarar en abstracto la condena y fijar los criterios necesarios para que, mediante un trámite incidental, se realice la*

¹⁶ 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, 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.

¹⁷ 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.

cuantificación del perjuicio, o bien b) acudir a criterios de equidad¹⁸, eje rector del sistema de reparación estatal, -artículo 230 de la Constitución Política y 16 de la Ley 446 de 1998¹⁹-, a fin de reparar en forma integral el daño imputable a los demandados²⁰.

vi) Ahora, si no es posible fijar científica y técnicamente el porcentaje de probabilidades, la cuantificación del porcentaje de posibilidades truncadas se determinará excepcionalmente, como sucede en otros ordenamientos jurídicos²¹, 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.” (Negrillas de la Sala)

¹⁸ 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

¹⁹ “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”.

²⁰ 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 perdida. 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.

²¹ 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.

Los anteriores parámetros fueron retomados de manera más reciente por el Consejo de Estado en sentencia del 3 de abril de 2020²².

V. CASO CONCRETO.

De acuerdo con las anteriores premisas, la Sala pasa a pronunciarse sobre el motivo de inconformidad alegado, esto es, determinar si el señor Jesús Eduardo Realpe Getial tiene derecho a que además de la indemnización ordenada por concepto de perjuicios morales, le sea reconocida indemnización por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante futuro, por la pérdida de oportunidad.

Sobre el particular, la Sala observa que de acuerdo con los parámetros para cuantificar la indemnización por pérdida de oportunidad en casos de responsabilidad médica traídos a colación por la parte demandante, no es procedente indemnizar la pérdida de oportunidad como un perjuicio independiente que deba ser resarcido por fuera del concepto de perjuicios materiales, inmateriales y daño a la salud, puesto que, la pérdida de oportunidad – se insiste – es un daño del que se derivan, los consecuentes perjuicios.

En el presente asunto, se tiene que el *a quo* al tazar los perjuicios reclamados, punto sobre el que recae el recurso de apelación, no se pronunció sobre los perjuicios materiales bajo el argumento de que el *perjuicio* de pérdida de oportunidad tiene un carácter autónomo, que no se deriva directamente de las lesiones sufridas por el señor Jesús Eduardo Realpe Getial, sino de la pérdida de oportunidad que se presentó por el error en el diagnóstico llevado a cabo el 11 de mayo de 2012, por ende, procedió a condenar a la entidad demandada a indemnizar los perjuicios morales únicamente, los cuales los cuantificó con fundamento en el principio de equidad, al no contar con información estadística para establecer la cuantía del daño, reconociéndoles a cada uno de los demandantes 10 SMLMV.

²² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN B. CP: RAMIRO PAZOS GUERRERO. Radicación número: 19001-23-31-000-2005-00998-01(43034) Actor: ADRIANA MORENO TORRES Demandado: E.S.E. ANTONIO NARIÑO

La parte apelante refuta el no reconocimiento de perjuicios materiales, pues en su criterio, lo decidido por el *a quo* contradice la actual postura del Consejo de Estado, conforme a la cual, cuando no fuera posible establecer un porcentaje, este deberá ser igual al 50%.

En ese contexto, la Sala observa que los argumentos de la parte recurrente no están llamados a prosperar, puesto que, el *a quo* no negó los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante ante la imposibilidad de determinar un porcentaje, sino porque tales perjuicios fueron solicitados con fundamento en la pérdida de capacidad laboral del señor Jesús Eduardo Realpe Getial y no por la pérdida de oportunidad como daño autónomo en relación con el evento adverso de la amputación de su dedo.

Por consiguiente, para la Sala no hay lugar a reconocer perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, habida cuenta que, tal y como lo consideró el *a quo*, el daño que se indemniza no deriva de la lesión padecida por el demandante, sino de la pérdida de oportunidad²³, siendo esto último lo que se repara en el sub júdice, mientras que lo pretendido por concepto de lucro cesante futuro, deriva de la pérdida de incapacidad laboral del demandante.

Cabe advertir que, a diferencia de la pretensión elevada por perjuicios materiales, esta solicitud de perjuicios morales sí tiene su origen en la pérdida de oportunidad, por lo que, sin desconocer que este punto no fue objeto de apelación, a modo ilustrativo, se estima que la decisión del juez de primera instancia de ordenar su reconocimiento, se ajustó a los parámetros referidos en precedencia.

Con fundamento en lo expuesto, se confirmará el ordinal tercero de la sentencia.

VI. COSTAS. Criterio objetivo. Diferencia entre condena en costas y su liquidación – Imposibilidad de fijar agencias en derecho en la sentencia.

²³ Similar determinación se adoptó en sentencia emitida por este Tribunal, con fecha 6 de octubre de 2021. rad. 86-001-33-31-001 2015-00428 (8529). M.P. Ana Beel Bastidas Pantoja, y en sentencia del 2 de diciembre de 2022, rad. 86001333100120130051201 (4851) M.P. Sandra Lucía Ojeda Insuasty.

Considerando que, a la fecha, existen posturas disimiles al interior del Consejo de Estado, la Sala se pronuncia acerca de la condena en costas, de la manera que sigue²⁴:

Las costas procesales son aquellos gastos en que incurren las partes por razón del proceso, comprenden tanto las expensas como las agencias en derecho. Las expensas abarcan los gastos realizados y necesarios para adelantar el proceso, se trata de erogaciones distintas al pago de los honorarios del abogado. Así, por ejemplo, las sumas destinadas a obtener la producción de determinada prueba como el pago de peritos o los honorarios de los auxiliares de la justicia (secuestres), el valor de las notificaciones, los aranceles, los gastos de publicación de emplazamientos, pólizas, copias, entre otros, constituyen ejemplos de expensas. Las agencias en derecho corresponden a los gastos por apoderamiento dentro del proceso que el Juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora, atendiendo a los criterios previstos en el artículo 366 del Código General del Proceso, y que no necesariamente deben corresponder a los honorarios pagados por dicha parte a su abogado.

Sobre las costas procesales, el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, establece que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena de las mismas, de conformidad con el Código de Procedimiento Civil hoy Código General del Proceso, norma que establece un criterio objetivo²⁵.

El artículo 365 del C.G.P., dispone de igual manera un criterio eminentemente objetivo, siendo suficiente ostentar la condición de parte vencida en el proceso, independientemente de si es el demandante o demandado.

²⁴ Ver, por ejemplo: Sentencia del 31 de agosto de 2023, rad. (4496-2022). C.P. Gabriel Valbuena y, por otra parte, sentencia del 11 de octubre de 2021 rad. (63217). C.P. Fredy Ibarra Martínez.

²⁵ Al respecto en la sentencia del 7 de abril de 2016 del Consejo de Estado, expediente 1291-14, sostiene que las normas en las que se evidencia que se acogió un régimen objetivo en cuanto a la condena en costas, son las siguientes:

- i. El artículo 178 que se refiere a condena en costas en casos de desistimiento tácito
- ii. El artículo 188 que regula la condena en costas cuando se trate de sentencias, salvo en los procesos en los que se ventile un interés público.
- iii. El artículo 267, regula que en caso de que fuere desestimado el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, se condenará en costas al recurrente.
- iv. El artículo 268, regula la condena en costas en caso de que alguno de los recurrentes desista del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, salvo que se interponga ante el Tribunal antes de haberse enviado al Consejo de Estado. No obstante, anuncia el Tribunal que dicho criterio no es uniforme al interior del Consejo de Estado, en la medida en que algunas providencias de las subsecciones de la Sección Segunda, verbigracia, la **sentencia 25000234200020120056102 (03722017) del 2 de febrero de 2018. C.P. Sandra Lisseth Ibarra Vélez, señala que se deben observar factores como la temeridad, mala fe, así como la existencia de pruebas sobre el particular, donde el juez debe ponderar y sustentar la decisión**, existiendo un margen de apreciación limitado.

Consagra además que la condena debe hacerse en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella. Adicionalmente, precisa que, si la demanda prospera parcialmente, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial.

Así entonces, el juez no puede realizar un juicio de valor respecto al comportamiento procesal de la parte vencida en el proceso, para establecer si condena o no en costas, porque basta con advertir que se trata de la parte vencida en el debate procesal para imponerle condena en costas.

Cabe destacar que el anterior precepto fue objeto de análisis por parte de la Corte Constitucional en la sentencia C-157 de 21 de marzo de 2013²⁶, en la que de manera tácita también se refirió al criterio objetivo de la norma, en los siguientes términos:

(...) La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366, se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. (...).

De otra parte, se colige que uno es el momento en el que se profiere la condena y otro, la fase procesal en la que se liquida, la suma concreta que debe ser pagada por quien previamente ha perdido el proceso o el recurso.

En efecto, para tasar las costas es necesario verificar de forma objetiva los gastos acreditados en el proceso, tales como: copias, desgloses, certificaciones, autenticaciones, notificaciones y similares (cuyos valores se atienen a la regulación que sobre el arancel judicial determine el Consejo Superior de la Judicatura).

26 Sentencia que fue citada por el Juez Cuarto Administrativo, para imponer costas, de acuerdo a un criterio objetivo.

Frente a las agencias en derecho, para su fijación deben aplicarse los Acuerdos 1887 de 2003 o PSAA16-10554 –vigente a partir del 5 de agosto de 2016–, según sea el caso.

Los referidos acuerdos autorizan al juez, en algunos procesos, a moverse dentro de los parámetros que allí se fijan; además, si se trata de establecer un parámetro mínimo y máximo debe acudirse a lo dispuesto en el numeral 4º del art. 366 del CGP, cuando establece que el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.

La fijación de agencias en derecho que haga el magistrado sustanciador o juez (según corresponda), se hará, aunque la parte hubiera litigado sin apoderado (art. 366 numeral 3º del CGP).

Aunado a ello, la tasación de agencias en derecho no puede hacerse en la sentencia, de lo contrario, se desconocería de plano el derecho de contradicción de las mismas, toda vez que la tasación que se haga en sentencia de segunda instancia no podrá ser impugnada, tal como lo autoriza el artículo 366 del CGP, según el cual, las agencias en derecho se impugnan a través de los recursos de reposición y apelación frente al auto que las aprueba.

Al respecto, no se puede olvidar que la tasación de agencias en derecho corresponde al juez de primera instancia mediante auto, lo anterior en obediencia a la sentencia que impone costas y conforme a las reglas jurídicas ya enunciadas (art. 366 numeral 3º del CGP), así que, una vez fijadas las agencias en derecho por parte del juez, el Secretario procederá a liquidar las costas –incluyendo el monto por concepto de agencias en derecho–, luego de lo cual, le compete al juez su aprobación mediante auto, el cual es pasible del recurso de apelación, según lo establecido en el numeral 5º del art. 366 de la normatividad citada.

Costas de primera instancia:

Para el caso concreto, dado que, la primera instancia tanto en la parte motiva – la cual fue corregida previa solicitud de la parte demandante, mediante auto del 27 octubre de 2017 (PDF 1, Págs. 250-252)- como en el ordinal sexto de la sentencia apelada, impuso el pago de agencias en derecho en un 2%, sin que sea esa la oportunidad procesal para ello, la Sala revocará parcialmente esa disposición en el sentido de únicamente condenar en costas a la parte vencida sin fijar un porcentaje de agencias en derecho.

Costas de segunda instancia:

Se condenará en costas a la parte demandante al no prosperar el recurso.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR PARCIALMENTE el ordinal sexto de la sentencia del 9 de octubre de 2017 corregida mediante providencia del 27 de octubre de 2017 proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Pasto, el quedará así:

“SEXTO: CONDENAR en costas a la parte demandada Centro Hospital Guaitarilla E.S.E., de conformidad con lo establecido en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011. Las costas deberán ser liquidadas por Secretaría según lo previsto en el artículo 365 y subsiguientes del Código General del Proceso, en la medida de su comprobación.

SEGUNDO. CONFIRMAR el ordinal tercero de la sentencia, conforme a lo motivado.

TERCERO.- Condenar en costas de segunda instancia, a la parte demandante a favor de la parte demandada, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma prevista en el Código General del Proceso y según lo ordenado en esta sentencia.

CUARTO.- Ejecutoriado este fallo, envíese el expediente al Juzgado de origen, para lo de su cargo. Déjense las constancias pertinentes en SAMAI.

NOTIFÍQUESE CÚMPLASE

Sentencia discutida y aprobada en sesión de Sala de fecha.



SANDRA LUCÍA OJEDA INSUASTY
Magistrada

(AUSENTE CON PERMISO)

ANA BEEL BASTIDAS PANTOJA
Magistrada



PAULO LEÓN ESPAÑA PANTOJA
Magistrado