

**ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA AL ESTADO EN MATERIA
DE ANESTESIOLOGÍA**

YEYMMY DAYANA MARÍN REINA

**UNIVERSIDAD DE LA SABANA
INSTITUTO DE POSTGRADOS
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO DE LA RESPONSABILIDAD
Bogotá D.C.
2010**

**ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA AL ESTADO EN MATERIA
DE ANESTESIOLOGÍA**

YEYMMY DAYANA MARÍN REINA

ENSAYO DE GRADO

Asesor: Dr. FREDY IBARRA MARTÍNEZ, abogado

**UNIVERSIDAD DE LA SABANA
INSTITUTO DE POSTGRADOS
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO DE LA RESPONSABILIDAD
Bogotá D.C.
2010**

CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCIÓN.....	3
1. LA NORMATIVIDAD QUE REGULA LA ANESTESIOLOGÍA EN COLOMBIA	9
2. LA EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN EL CAMPO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN EL ACTO ANESTÉSICO.....	11
2.1 Evolución jurisprudencial de la falla del servicio.....	11
2.2 La responsabilidad del anestesista estatal.....	18
3. LA POSICIÓN EN LOS DOCTRINANTES SOBRE LA RESPONSABILIDAD EN LA ADMINISTRACIÓN DE ANESTESIA	26
3.1 Atribución subjetiva de responsabilidad.....	26
3.2 Imputación objetiva de responsabilidad.....	29
4. CÓMO DEBE TRATARSE EL PUNTO.....	34
4.1 En aplicación de la cláusula general de responsabilidad del Estado.....	35
4.2 A la luz de lo dispuesto en el párrafo del artículo 1º de la ley 6 de 1991	40
5. CONCLUSIONES.....	45
BIBLIGRAFÍA.....	47
ANEXOS.....	50

INTRODUCCIÓN

En el presente ensayo se pretende establecer si es posible imputar responsabilidad objetiva al Estado en cuanto tiene que ver con la prestación de los servicios médicos de anestesiología, dado que, la norma que regula la materia, esto es, la ley 6 de 1991, ha tenido diversas interpretaciones, sin que sea unánime la opinión al respecto.

Asimismo, la investigación se realizará en cuatro capítulos, a saber: en una primera parte se entrará a establecer qué normatividad regula la materia, por lo que, se realizará un análisis de las normas vigentes que fijan la reglas sobre la práctica de la anestesiología en Colombia.

En un segundo acápite, se hará un estudio de la evolución jurisprudencial que ha fijado el Consejo de Estado en relación con dicho campo, y posteriormente, en el tercero, se fijará el criterio de los doctrinantes sobre la materia.

En un último capítulo, se pondrá de presente la posición propia sobre cómo debe tratarse la responsabilidad patrimonial del Estado en el campo de los servicios de anestesiología.

El presente ensayo encuentra suficiente soporte en el hecho de que en Colombia existe una marcada tendencia a tratar el tema de la responsabilidad médica únicamente bajo el régimen subjetivo de atribución de responsabilidad, luego, resulta interesante explorar y proponer que, en algunos precisos eventos, como en materia de anestesiología, sí es posible o no una perspectiva de análisis diferente, y respecto al tema objeto de estudio, no se impute responsabilidad a título de falla del servicio.

En Colombia la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la responsabilidad médica ha tenido diversas fases, aunque, siempre se ha hablado de que el título de imputación en materia médica es la falla del servicio.

Así, en materia médica hasta 1992 el Consejo de Estado sostuvo que la parte actora debía demostrar todos y cada uno de los elementos de la responsabilidad, pues, era deber de ésta probar la conducta omisiva o activa de la administración, el daño y el nexo causal entre éste y aquella, lo mismo que, la falla del servicio, postura denominada: *culpa probada*.

No obstante lo anterior, en diversos pronunciamientos dictados en ese preciso año el órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa cambió de criterio, y a partir de los nuevos lineamientos jurisprudenciales, se invirtió la carga de la prueba, luego, en aplicación del principio de cargas dinámicas de la prueba, a juicio de la Corporación quien se encontraba en mejor posición para acreditar que no se había incurrido en culpa era el profesional de la salud o la institución prestadora de los servicios médico asistenciales, postura que se denominó como: *falla presunta del servicio*, momento a partir del cual se presentaron las siguientes situaciones: a) los extremos procesales de las *litis* entendieron que la parte demandada debía siempre probar diligencia y cuidado para exonerarse de responsabilidad, y b) el Consejo de Estado empezó a aplicar tal presunción en la mayoría de los eventos de responsabilidad de la administración por el acto médico.

Sin embargo, como dicha teoría fue aplicada de manera generalizada y en todos los eventos de responsabilidad médica, fue objeto de múltiples críticas tanto por doctrinantes como por los mismos miembros del Consejo de Estado, motivo por el que, en el año 2000 la Sección Tercera del máximo tribunal dijo que la forma como se estaba aplicando el principio al que se viene haciendo referencia, implicaba el desconocimiento de su propio fundamento, en la medida en que no siempre la

entidad pública demandada se encontraba en mejores condiciones para probar diligencia y cuidado, pues, existían algunas situaciones y hechos que no implicaban tecnicismos ni amplios conocimientos que fácilmente podían ser probados por el demandante.

En ese entendimiento, en el año 2006 la Corporación afirmó que en aplicación de lo dispuesto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil le correspondía al actor acreditar su dicho, por lo que, se adujo volver a la postura inicialmente adoptada, esto es, el régimen de falla probada del servicio.

Empero, ese mismo año la misma Sección Tercera afirmó que existían unos específicos eventos en los que ante la falta de conocimientos o de medios económicos ó por las dificultades para acceder a la prueba, era necesario alivianar la carga de la prueba en cabeza de la parte demandante, y que además, la responsabilidad médica se podía atribuir por inferencia, o en otras palabras, mediante prueba indirecta o indicios, posición ésta que actualmente aplica la Corporación, descartando la posibilidad de continuar predicando la responsabilidad bajo la óptica de falla presunta.

Todo ello con el fin de poner de presente que en Colombia se ha venido juzgando la responsabilidad médica estatal bajo el régimen de atribución subjetiva, donde necesariamente se debe calificar la conducta del demandado.

El punto tampoco ha sido pacífico entre los doctrinantes, toda vez que existe un amplio sector para el cual la responsabilidad del anestesista es de carácter subjetivo, como quiera que sus obligaciones son de medio, pero, para otro grupo de tratadistas, sí es viable imputar responsabilidad objetiva a los especialistas en el campo, en consideración a los riesgos implícitos que la anestesia genera sobre el paciente que deben ser conocidos por el médico especialista, que se trata de un

método de uso frecuente y sencillo, a la naturaleza de los equipos que son utilizados para el acto anestésico, entre otros aspectos.

Ahora bien, el tema de la responsabilidad objetiva en materia médica es un punto controversial, en la medida en que, se tiene la creencia que al tocarse de esa manera ese puntual aspecto, ello equivaldría a consagrar el desarrollo profesional de la medicina como una actividad peligrosa, sólo que, se pasa por alto que, no necesariamente al decirse que la responsabilidad ostenta tal naturaleza se está en presencia de ese preciso tipo de actividades, pues, en aplicación del artículo 90 de la Carta Política de 1991, si la obligación es de resultado, simplemente se debe establecer si hubo un daño antijurídico y si éste es imputable al Estado, sin entrar a dilucidar la presencia de ningún otro tipo de elemento, ni de entrar a discutir la esencia o naturaleza de la profesión en sí misma, ni mucho menos de calificar la conducta asumida por la demandada.

Por su parte, en cuanto al tema de la anestesiología se refiere, el artículo 1º de la ley 6ª de 1991 establece que ésta es una especialidad de la medicina que estudia los principios, procedimientos, aparatos y materiales que son utilizados para la anestesia.

De lo anterior se tiene que, en el evento en que se produzca un daño como consecuencia de la anestesia aplicada a un paciente, por la situación que sea, no atribuible a una causa extraña, el profesional es objetivamente responsable del perjuicio causado, pues, es su deber proceder en debida forma, con base en los conocimientos adquiridos y los estudios realizados, precisamente, porque dicha especialidad estudia unos específicos aspectos, de lo que se desprende, que el profesional especialista está en la obligación de conocer el manejo y las características de los elementos que usa para practicar la especialidad, luego, éste únicamente se exonerará de responsabilidad si prueba la ocurrencia de fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero, mas no, si

actuó diligente y cuidadosamente, ni mucho menos, si hizo uso de los medios idóneos que tenía a su alcance para evitar el daño inferido.

Además, como quiera que con la administración de la anestesia se busca que el paciente no sienta dolor, ansiedad, y lograr que éste obtenga amnesia, analgesia, hipnosis, relajación muscular y atenuación de los reflejos nerviosos, no es suficiente con que el profesional especialista haya hecho todo cuanto la *lex artis* impone en tales eventos, o que haya sido diligente o cuidadoso, sino que, debe efectivamente obtener el resultado, pues, es su obligación conocer las situaciones de tiempo, modo y lugar en cada caso en particular, es decir, qué medicamentos suministra, cómo los aplica, cuáles son las condiciones físicas del paciente, y qué efectos puede producir en éste la anestesia.

Sin perjuicio de lo anterior, aceptamos que en las prácticas anestésicas existen también aleas y factores de orden exógeno no previsibles y hasta irresistibles, donde es posible que el paciente reaccione de una manera no esperada en el acto anestésico.

Empero, de no aceptarse el anterior planteamiento, como quiera que el Consejo de Estado insiste en la aplicación de los título jurídicos de imputación de responsabilidad aplicados y consagrados aún en vigencia de la Carta Política de 1991, el párrafo del artículo 1º de la ley 6 de 1991 preceptúa, clara, expresa e inequívocamente que: “[P]or el riesgo potencial a que están expuestos los pacientes y la permanente exposición a inhalación de gases tóxicos, radiaciones y situaciones de estrés por parte del anesthesiologo se considera la anesthesiología como una especialidad de alto riesgo y debe tener un tratamiento laboral especial”.

En ese contexto, también es posible predicar la responsabilidad objetiva del Estado en anesthesiología, a título de riesgo excepcional, como se explicará a lo

largo de este trabajo, toda vez que, si bien es cierto que es el propio paciente quien en últimas se beneficia del acto médico, también lo es que éste carece de conocimientos técnicos y científicos, pues, lo único que pretende es que un profesional lo cure o alivie sus dolencias; por consiguiente, en el evento en que se concrete o se extienda tal riesgo, y como consecuencia de ello se cause un daño, evidentemente el Estado debe responder por los perjuicios ocasionados.

Así las cosas, se expondrán una serie de argumentos con los que se pretende establecer que en Colombia es posible predicar la imputación de responsabilidad objetiva al Estado en materia de anestesiología, partiendo de la base de lo consagrado en las disposiciones legales que rigen la materia, la posición jurisprudencial de la Sección Tercera del Consejo Estado, y los criterios de los doctrinantes, para terminar por indicar cómo debe ser el tratamiento sobre ese puntual campo de la medicina en nuestro país.

1. LA NORMATIVIDAD QUE REGULA LA ANESTESIOLOGÍA EN COLOMBIA

El legislador colombiano a través de la ley 6 de 1991, por medio de la cual se reglamenta la especialidad médica de anestesiología y se dictan otras disposiciones, consagró la anestesiología como una especialidad de la medicina que estudia los principios, procedimientos, aparatos y materiales necesarios para practicar una adecuada anestesia, donde únicamente el profesional en medicina especializado en dicho campo y en reanimación, está autorizado para el manejo y la práctica de la misma.

Adicionalmente, en el párrafo del artículo del cuerpo legal que se viene comentando se establece que la anestesiología se considera como una especialidad de alto riesgo, en virtud del potencial riesgo al que están expuestos los pacientes, lo mismo que, la permanente exposición a inhalación de gases tóxicos, radiaciones y situaciones de estrés por parte del anestesista, motivo por el cual, indica la norma que a éste último debe dársele un tratamiento laboral especial; empero, frente al primero de los nombrados no se contempló un régimen especial en el evento en que se concretara la circunstancia riesgosa.

En efecto, el texto de la norma en cita es como sigue:

***“ARTÍCULO 1o.** La anestesiología es una especialidad de la medicina fundamentada en las ciencias biológicas, sociales y humanísticas. Es una especialidad que estudia los principios, procedimientos, aparatos y materiales necesarios para practicar una adecuada anestesia. Además se integra en una forma multidisciplinaria con las otras especialidades médicas en el manejo integral de la salud. El médico especializado en anestesiología y reanimación es el autorizado para el manejo y práctica de esta especialidad.*

***“PARÁGRAFO.** Por el riesgo potencial a que están expuestos los **pacientes** y la permanente exposición a inhalación de gases tóxicos, radiaciones y situaciones de estrés por parte del anesestiólogo **se considera la anestesiología como una especialidad de alto riesgo** y debe tener un tratamiento laboral especial.”* (negrillas adicionales).

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia C-280 de 1995, al analizar la constitucionalidad de los artículos 2, 3, 4, 9 literal b), 10, 11 y 15 de la ley 6 de 1991, adujo que: “[D]efinida por el legislador la anestesiología como una *“especialidad de alto riesgo”*, es evidente que la exigencia del título de idoneidad para su ejercicio se ajusta plenamente al artículo 26 de la Constitución.”

Asimismo, cabe resaltar que la ley 6 de 1991 fue reglamentada parcialmente por el decreto nacional 0097 de 1996, respecto del ejercicio de la especialidad de la medicina que se viene comentando por parte de médicos especialistas y no especializados en el campo, con base en los lineamientos trazados por el máximo tribunal constitucional en la providencia arriba referida; no obstante, no se hizo mención alguna a la peligrosidad de ésta, pues, si bien es cierto que el artículo 1º de la disposición reglamentaria define qué se entiende por anestesiología, también lo es, que se limita a reproducir el inciso primero del artículo 1º de la ley 6 de 1991 antes transcrito, mas no su parágrafo.

En otras palabras, el referido decreto reglamentario tampoco consagra regla alguna acerca del tratamiento que se le debe otorgar al paciente dada la peligrosidad y el riesgo que podría generar la anestesia en la vida e integridad física de aquél.

Bajo ese entendimiento, es claro que la anestesiología fue considerada por el legislador como una especialidad de la medicina de alto riesgo tanto para el paciente como para el médico que realiza el acto anestésico; sin embargo, y aunque la ley es clara al respecto, no se le da ese especial tratamiento en cuanto tiene que ver con el paciente.

Finalmente, debe anotarse que en el ámbito de la anestesia es poco el desarrollo normativo, razón por la cual, cobra importancia el estudio jurisprudencial y

doctrinario, toda vez que el legislador colombiano se quedó corto en la regulación de ese específico campo de la medicina.

2. LA EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN EL CAMPO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN EL ACTO ANESTÉSICO

La jurisprudencia contencioso administrativa es reiterativa en juzgar la responsabilidad del Estado en materia médico asistencial bajo el régimen de falla del servicio, es pues, un criterio unificado, ya que, si bien se acepta que el ejercicio de la profesión lleva implícito un riesgo, se afirma que el mismo debe ser asumido por el paciente, en la medida en que éste se beneficia de las prácticas médico asistenciales, y aunque puede sufrir traumatismos, lesiones y demás, el acto médico se lleva a cabo con el fin de mejorar su estado de salud; es más, se ha establecido que las obligaciones del médico son de medio y no de resultado, donde, basta con que se demuestre que el profesional de la salud hizo uso debido y diligente de todos los medios idóneos que tenía a su alcance, acorde con la *lex artis*, para exonerarse de responsabilidad, es decir, que es suficiente con acreditar diligencia, pericia, cuidado.

2.1 Evolución jurisprudencial de la falla del servicio

En esa dirección, hasta 1992 el Consejo de Estado habló de culpa probada en relación con la responsabilidad médica, donde le correspondía a la parte actora la carga de demostrar que el servicio no se prestó, que su prestación fue deficiente o que funcionó tardíamente, y que la conducta causó un daño, comprometiendo de tal manera la responsabilidad del ente estatal a cuyo cargo estaba el servicio, y

que entre la conducta activa u omisiva y el perjuicio ocasionado existió una relación de causalidad¹.

Sin perjuicio de lo anterior, en 1990 la misma entidad ya había sostenido que en unos específicos casos, cuando la carga de la prueba resultaba demasiado onerosa para la víctima, la misma debía ser invertida, aunque en tal oportunidad la falla del servicio resultó probada dentro del expediente².

Así, en sentencia de 30 de julio de 1992³, la Sección Tercera de dicha corporación varió su postura sobre el punto, para establecer la inversión de la carga de la prueba, e indicar que el asunto debía tratarse como falla del servicio presunta, por considerar que, aunque por regla general, la demostración de los hechos corre por cuenta de la parte demandante, existen eventos en los cuales dicha obligación resulta de difícil cumplimiento, máxime cuando se trata de intervenciones quirúrgicas dada su propia naturaleza y por estar en juego intereses personales e institucionales, donde resultan ser los médicos y las instituciones encargadas de la prestación de los servicios médico asistenciales quienes se encuentran en mejor posición para acreditar diligencia y cuidado, en la medida en que, aquellos tienen mejor conocimiento de las causas, procedimientos, técnicas y motivos que llevaron al profesional a asumir determinada conducta o tratamiento, criterio éste que fue fijado en los siguientes términos:

“Ahora bien, por norma general le corresponde al actor la demostración de los hechos y cargos relacionados en la demanda. Sin embargo, con

¹ Véanse entre muchas otras las siguientes providencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado: Sentencia de 13 de septiembre de 1991, exp. 6253, actor: Mérida Inés Domínguez de Medina y otros, M.P. Carlos Betancur Jaramillo; sentencia de 14 de febrero 1992, exp. 6477, demandante: Mariana Barazzutti Chiapolino, M.P. Carlos Betancur Jaramillo); sentencias de 26 de marzo de 1992, exp. 6255, actor: Ana Ochoa de Pedraza y otros, M.P. Julio César Uribe Acosta; y sentencia de 26 marzo 1992, exp. 6654, demandante: Fabiola Ariza de León, M.P. Daniel Suárez Hernández.

² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 24 de octubre de 1990, exp. 5902, demandante: María Helena Ayala de Pulido, M.P. Gustavo de Greiff Restrepo.

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 30 de julio de 1992, exp. No. 6897, actor: Gustavo Eduardo Ramírez y otro, M.P. Daniel Suárez Hernández.

mucha frecuencia se presentan situaciones que le hacen excesivamente difícil, cuando no imposible, las comprobaciones respectivas, tal el caso de las intervenciones médicas, especialmente quirúrgicas, que por su propia naturaleza, por su exclusividad, por la privacidad de las mismas, por encontrarse en juego intereses personales o institucionales etc., en un momento dado se constituyen en barreras infranqueables, para el paciente, para el ciudadano común obligado procesalmente a probar aspectos científicos o técnicas profesionales sobre los cuales se edifican los cargos que por imprudencia, negligencia o impericia formula en el ejercicio de una determinada acción judicial, contra una institución encargada de brindar servicios médicos u hospitalarios.

“Sin duda, resultaría más beneficioso para la administración de justicia en general, resolver esta clase de conflictos, si en lugar de someter al paciente, normalmente el actor o sus familiares, a la demostración de las fallas en los servicios y técnicas científicas prestadas por especialistas, fueron éstos, los que por encontrarse en las mejores condiciones de conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta profesional, quienes satisficieran directamente las inquietudes y cuestionamientos que contra sus procedimientos se formulan.

“Podrán así los médicos exonerarse de responsabilidad y con ello los centros clínicos oficiales que sirven al paciente, mediante la comprobación, que para ellos, se repite, es más fácil y práctica, de haber actuado con la eficiencia, prudencia o idoneidad requeridas por las circunstancias propias al caso concreto, permitiéndose al juzgador un mejor conocimiento de las causas, procedimientos, técnicas y motivos que llevaron al profesional a asumir determinada conducta o tratamiento.”

En consecuencia, a partir de ese momento se creyó, o mejor, se afirmó equivocadamente, que correspondía siempre a la parte demandada desvirtuar la presunción de la falla en la prestación del servicio médico, y por ende, demostrar la ausencia de culpa⁴, todo en ello en aplicación del principio de la carga dinámica de la prueba, posición que, desde entonces, empezó a adoptar el Consejo de Estado al resolver ese tipo de controversias.

Sin embargo, la teoría de las cargas probatorias dinámicas fue objeto de diversas críticas desde el año 2000, dada la manera como se venía aplicando.

⁴ Al respecto, es importante anotar que dicha posición fue reiterada posteriormente en sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado dictada el 24 de agosto de 1992, dentro del expediente No. 6754, demandante: Henry Enrique Saltarín Monroy, con ponencia del Magistrado Carlos Betancur Jaramillo.

En efecto, en providencia proferida el 10 de febrero de 2000⁵, la Sección Tercera del Consejo de Estado consideró que la aplicación del referido principio en términos tan definitivos, conduciría a desvirtuar su propio fundamento, toda vez que, en algunos eventos el paciente estaba en mejores condiciones de probar su dicho, sobre todo tratándose de circunstancias que no presentaban mayores implicaciones técnicas o científicas, sin que fuera necesario invertir la carga probatoria, porque, el dinamismo de la prueba consistía precisamente en el aligeramiento de dicha obligación en aquellas situaciones donde se le imposibilitaba al demandante acreditar los hechos por él mismo narrados, en virtud del tecnicismo y su falta de conocimiento en la materia, luego, no siempre debía darse el mismo tratamiento, y mucho menos de manera permanente sino, que habrá de valorarse la situación en cada caso en particular.

Así las cosas, en el año 2006⁶ el máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa sostuvo que era necesario volver a darle aplicación a lo dispuesto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, norma esta aplicable por expresa remisión del artículo 168 del Código Contencioso Administrativo, esto es, que corresponde a la parte actora acreditar los fundamentos fácticos de la demanda, o en otras palabras, aplicar el régimen de falla probada del servicio.

Los fundamentos para adoptar tal posición fueron los siguientes:

1) En la práctica, la aplicación de tal principio conllevaba mayores dificultades que las en que realidad ayudaba a solucionar, como quiera que, el juez de conocimiento solamente podría establecer qué parte se encontraba en mejores condiciones de probar en el auto de pruebas y no en la sentencia, pues, de lo

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 10 de febrero de 2000, exp. 11878, actor: Josué Reinaldo Durán Serrano y otros, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 31 de agosto de 2006, exp. 68001-23-31-000-2000-09610-01(15772), actor: María Olga Sepúlveda Ramírez, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

contrario, ello implicaría la violación de los derechos constitucionales fundamentales al debido proceso y de defensa, ya que, estaría en un momento procesal dentro del cual no tendría la oportunidad de aportar medios de prueba.

2) No obstante lo anterior, señalar la distribución de las cargas probatorias en la providencia mediante la cual se abre el proceso a pruebas, también resulta ser complejo, debido a que, en esa precisa etapa procesal el juez únicamente cuenta con los elementos de juicio aportados por las partes, información que, por lo general, es insuficiente para tomar una decisión en ese específico sentido.

3) Ahora bien, aunque los defensores de la teoría en comento, aducen que las partes están en la obligación de suministrar todas las pruebas que tengan en su poder para acreditar la veracidad de los hechos y que el juez en la sentencia puede hacer que la parte omisiva en materia probatoria cargue con los efectos adversos de tal actuación, es lo cierto que, dicha situación no conlleva al desconocimiento o modificación de las reglas sobre el punto, como tampoco de las consecuencias que la ley consagra frente a tales eventos.

4) Tal criterio, además de ajustarse a lo contemplado en los artículos 90 de la Constitución Política y 177 del C.P.C., es más equitativo, pues, la presunción de la falla del servicio hace que se dejen de valorar otros aspectos, tales como la oportunidad de la prestación del servicio, entre otros.

5) De igual manera, la desventaja en la cual se podría eventualmente ver la parte actora para acreditar la falla ante la falta de conocimientos técnicos, las dificultades de acceso a la prueba o por la carencia de recursos, encuentra solución en el hecho de que el juez de conocimiento debe llevar a cabo una mejor valoración de los medios probatorios allegados al proceso, donde cobra mayor importancia la prueba indiciaria, la cual, en materia de responsabilidad médica es de suma relevancia.

6) Adicionalmente, en cuanto a la prueba de la existencia de la falla en la prestación de los servicios médico asistenciales, las reglas de la experiencia también resultan ser de gran valor.

7) Respecto a la demostración del nexo de causalidad: “[h]a considerado la Sala que cuando resulte imposible esperar certeza o exactitud en esta materia, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación, “el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia”⁷, es decir, que la relación de causalidad queda probada “cuando los elementos de juicio suministrados conducen a ‘un grado suficiente de probabilidad’⁸, que permita tenerlo por establecido”.

8) Empero, la exigencia de que trata el numeral inmediatamente anterior no conlleva a la exoneración del deber de acreditar la existencia del vínculo causal sino, que se trata de una regla probatoria, según la cual, tal nexo puede ser demostrado indirectamente mediante indicios.

Con base en dichos argumentos, la Sección Tercera del Consejo de Estado sostuvo que debían recogerse las reglas jurisprudenciales párrafos anteriores descritas, es decir, la inversión de la carga probatoria y las cargas probatorias dinámicas, para volver a aplicar la regla general, donde: “[s]e puede echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular

⁷ Cfr. RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ. *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Ed. Civitas S.A., Madrid, 1995, p. 42.

⁸ *Ibídem*, págs. 77. La Sala acogió este criterio al resolver la demanda formulada contra el Instituto Nacional de Cancerología con el objeto de obtener la reparación de los perjuicios causados con la práctica de una biopsia. Se dijo en esa oportunidad que si bien no existía certeza “en el sentido de que la paraplejia sufrida...haya tenido por causa la práctica de la biopsia”, debía tenerse en cuenta que “aunque la menor presentaba problemas sensitivos en sus extremidades inferiores antes de ingresar al Instituto de Cancerología, se movilizaba por sí misma y que después de dicha intervención no volvió a caminar”. Por lo cual existía una alta probabilidad de que la causa de la invalidez de la menor hubiera sido la falla de la entidad demandada, probabilidad que además fue reconocida por los médicos que laboraban en la misma. Sentencia del 3 de mayo de 1999, exp: 11.169.”

*importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño*⁹.

Sin embargo, en otra providencia dictada ese mismo día¹⁰, dicha corporación afirmó que, excepcionalmente, se debía invertir la carga de la prueba, cuando quiera que, la demostración de la falla en la prestación del servicio médico asistencial sea extraordinariamente difícil o prácticamente imposible y que dicha carga se torne excesiva, con apoyo en los planteamientos expuestos en la sentencia de 10 de febrero de 2000, criterio éste que fue reiterado en dos fallos proferidos el 30 de noviembre de 2006¹¹, y en una de tales ocasiones, la Consejera de Estado Ruth Stella Correa Palacio aclaró el voto, de acuerdo con las consideraciones expuestas en la sentencia de 31 de agosto de 2006 de que trata el párrafo anterior.

No obstante, en dos sentencias dictadas en el año 2008¹², la Sección Tercera del Consejo de Estado sostuvo que a la víctima del daño le corresponde probar todos los elementos de la responsabilidad, esto es, el daño, la falla en el acto médico - obstétrico en esas oportunidades-, y el nexo causal, y que la acreditación de ellos puede lograrse mediante cualquier medio probatorio, siendo el indicio la prueba por excelencia ante la falta de elemento probatorio directo de la responsabilidad, todo ello, en atención a las especiales condiciones en que se encuentra el

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 31 de agosto de 2006, exp. 68001-23-31-000-2000-09610-01(15772), actor: María Olga Sepúlveda Ramírez, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 31 de agosto de 2006, exp. 15283, demandante: Henry Lozano Bonilla y otros, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. (ver Anexo A.).

¹¹ Ver las siguientes providencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado, con ponencia del doctor Alier Eduardo Hernández Enríquez: sentencia de 30 de noviembre de 2006, exp. No. 6300123210004398 01 (15.201), actor: Néstor Javier López Zapata y otros, demandado: Instituto de Seguros Sociales (ISS), y sentencia de esa misma fecha, exp. No. 440012331000200000211 01 (25.063), demandante: Próspero Díaz Vargas y otros, demandado: Instituto de Seguros Sociales (ISS). (ver anexos B y C).

¹² Véanse las siguientes providencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado: sentencia de 26 de marzo de 2008, exp. No. 25000-23-26-000-1993-09477-01(16085), demandante: Elvira Caballero Corredor, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, y sentencia de 1º de octubre de 2008, exp. No. 16132, actor: Luis Hernando García Puertas y otros, M.P. Myriam Guerrero de Escobar (ver Anexo D.).

paciente frente a quienes realizan los actos médicos; precisándose que, no se trata de invertir automáticamente la carga de la prueba para dejarla en cabeza de la entidad hospitalaria de la cual se demanda la responsabilidad, luego, la inversión de tal obligación no se predica por el simple hecho de que el actor presente la demanda afirmando la existencia de la falla y su relación causal con el daño, para que instantáneamente se ubique en la parte demandada, la carga de probar que su actuación fue diligente y cuidadosa.

En otras palabras, se volvió a aplicar el título de imputación de falla probada del servicio, sólo que, con una variante, consistente en la posibilidad de acreditar la culpa en la producción del perjuicio a través de prueba indirecta.

Todo lo anterior para evidenciar que, respecto a la responsabilidad del Estado en la prestación de los servicios médico asistenciales, siempre se ha dicho que ésta es de carácter subjetivo, por cuanto, el régimen de imputación es la falla o lo que es lo mismo, la culpa.

2.2 La responsabilidad del anestesista estatal

Ahora bien, en cuanto tiene que ver con el punto específico de este estudio, se observa que, sobre la administración de anestesia, el Consejo de Estado no varía la postura antes descrita, es decir, dicha Corporación juzga las controversias que se presenten en ese específico campo bajo el régimen de falla del servicio.

En efecto, en sentencia de 16 de marzo de 1992¹³, la Sección Tercera del órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa, al resolver la apelación interpuesta contra la providencia dictada en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en un caso donde se le produjo la muerte a un

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 16 de marzo de 1992, exp. 6637, actor: María Alexia Arango y otros, M.P. Daniel Suárez Hernández.

paciente que se le suministró óxido nitroso en lugar de oxígeno cuando era intervenido quirúrgicamente para sustraerle unas láminas de aluminio insertadas en sus extremidades, puso de presente lo siguiente:

“De los hechos relacionados y comprobados, surge en forma nítida la falla o falta del servicio a cargo del Instituto de Seguros Sociales, por cuanto a causa de errores y equivocaciones en los servicios de cirugía y anestesia, se le suministró al occiso Barrera Mesa óxido nitroso en lugar de oxígeno, comportamiento equivocado éste que originó las graves lesiones que condujeron al fallecimiento de la víctima.

“No se trata en este caso de cuestionar el comportamiento de los cirujanos o de la anesthesióloga, cuya culpa por no resultar evidente, sirve de fundamento a la defensa de la entidad demandada. Desde luego que las obligaciones en estos casos son de medio y no de resultado, pero no puede esto significar que el acierto de los médicos y la ausencia de culpa en sus procedimientos exonere automáticamente a la administración, cuando, como en el caso que se estudia, resulta ostensible un descuido, una equivocación, un error, eventualmente originado en el mantenimiento del equipo quirúrgico del hospital (falla del servicio) y ajeno a la conducta de los profesionales intervinientes en el tratamiento quirúrgico. Dentro del normal desarrollo de las funciones hospitalarias, se encuentra el suministro normal a los pacientes de las drogas, alimentos, atenciones y servicios adecuados para conservar su salud y mantener su integridad y su vida. Consecuencialmente, si se presenta un accidente así sea involuntario, atribuible al establecimiento hospitalario, configurando así la falla del servicio como ocurre en este caso, resulta entonces comprometida su responsabilidad y, por consiguiente, le corresponde o debe asumir la obligación indemnizatoria que aquella le genera.

“Para la Sala resultan ostensibles la irresponsabilidad, falta de diligencia y cuidado por parte de quienes directa o indirectamente prestaron el servicio de mantenimiento y utilizaron las fuentes de oxígeno y óxido nítrico (sic) en forma equivocada. Es inconcebible que en una Institución hospitalaria donde el ente demandado atiende diariamente a numerosos pacientes en el cuidado y mantenimiento de su salud e integridad físicas. se (sic) produzca una falla como (sic) la advertida en el caso bajo estudio. Ciertamente no hay lugar a considerar que hubo en este asunto causal exonerativa de responsabilidad. Porque (sic) lo único que aparece evidente es la ausencia de precauciones por parte del equipo médico que insufló erradamente el óxido nitroso y un total descuido por parte de quienes hicieron las instalaciones que

conducían los gases mencionados y, de manera especial, por quienes irresponsablemente invirtieron los conductos de oxígeno y óxido sin detenerse a considerar que su conducta podría generar gravísimas y mortales lesiones en quien utilizara los servicios de salud prestados por los Seguros Sociales.

“La Sala no pretende desconocer que por esencia, las intervenciones quirúrgicas conllevan un alto riesgo para la salud del paciente del cual no se puede culpar a quienes las efectúan con el cumplimiento de las precauciones y procedimientos correctos y adecuados, según el caso, porque en estas intervenciones no es físicamente posible garantizar el éxito de las mismas. Sin embargo, cuando se observan descuidos, errores y omisiones como sucede en el sub - lite, se impone concluir que no todo el procedimiento fue acertado, que faltó revisión previa del equipo y, por consiguiente, se dio la falla del servicio generadora de la responsabilidad del establecimiento demandado.

“Dada entonces la falla del servicio hospitalario de cirugía a cargo del Instituto de Seguros Sociales. así como el deceso accidental de Barrera Mesa, o sea el hecho dañoso, la relación de causalidad surge también con incuestionable claridad, pues el daño no se habría producido sin aquella, integrándose así los elementos configurativos de la responsabilidad.”¹⁴ (resaltado fuera del texto original).

De acuerdo con los apartes jurisprudenciales antes transcritos, se tiene que, tal como se enunció en la primera parte de este capítulo, el Consejo de Estado juzgó la responsabilidad de la entidad pública demandada bajo el régimen de falla del servicio, pues, encontró que en tal ocasión hubo descuido y un ostensible error que causó la muerte del paciente.

Empero, en aquella oportunidad, la Corporación indicó que, si bien es cierto que en materia médica las obligaciones son de medio, ello no significa que la ausencia de culpa del profesional en los procedimientos por él realizados lo exonere de responsabilidad cuando salta a la vista la presencia de una equivocación o descuido en el mantenimiento del equipo quirúrgico, lo que entendió como falla del servicio, pues, a juicio de la Sala de Decisión, en esos eventos el acto médico no

¹⁴ Ibid.

resulta ser acertado, toda vez que, en ese preciso caso existió una falta en la revisión previa del equipo utilizado para la aplicación de anestesia.

De otra parte, en 1993 la Sección Tercera del Consejo de Estado¹⁵ juzgó en segunda instancia un evento en el cual un médico rural aplicó anestesia a una paciente para practicarle una cesárea causándole la muerte, y aunque en dicha oportunidad no se precisó cuál fue la causa específica de la muerte, adujo la Corporación que se encontraba probada la ligereza y la actuación irregular del profesional de la salud, porque, en su parecer, éste había llevado a cabo el acto quirúrgico sin que hubiera necesidad de ello.

Adicionalmente, el máximo tribunal de la jurisdicción contencioso administrativa sostuvo que el médico juzgado en dicha ocasión había administrado anestesia a la paciente sin tener en cuenta los riesgos que el tipo de medicamento aplicado podría producir, los cuales eran previsibles; empero, adujo que dichas circunstancias ponían en evidencia la falla del servicio en la que se había incurrido, aunque se aceptó que tal especialidad de la medicina es de alto riesgo.

Tal posición fue fijada en los siguientes términos:

“La responsabilidad de la parte demandada en el caso concreto resultó comprometida no solo porque, como lo ha venido sosteniendo esta misma sala en asuntos similares, se presume la culpa de la administración y la presunción no fue desvirtuada, sino porque resultó bien probada la actuación ligera e irregular del médico que intervino a la señora Betancourth Salazar.

“.....

“Se infiere del acervo probatorio que hubo ligereza y temeridad en el médico Bastidas López al tratar, sin necesidad para ello, de efectuar el acto quirúrgico solo, suministrando él mismo la anestesia en un medio de escasos recursos como Sandoná para salvar los riesgos que el tipo de anestesia aplicada podía producir y que eran previsibles.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 12 de octubre de 1993, exp. 8148, demandante: Edgar Narciso Portilla, M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

*“Se afirma lo anterior porque, en primer término, el día de los hechos, 3 de enero de 1989, el Doctor Bastidas no era el único médico que estaba en el centro hospitalario, ya que su directora, la Doctora Betty Torres C. era quien iba a efectuar la operación. **En segundo lugar, porque ante la demora de la Doctora Torres C. y sin que existiera ningún motivo para precipitar los acontecimientos, se intentó el acto quirúrgico por el médico Bastidas, sin ayuda de nadie. En tercer lugar, porque las condiciones de salud de la paciente no imponían la intervención con la urgencia que se le quiso dar. En cuarto lugar y quizás esto revela mejor la imprudencia del médico y reafirma la falla del servicio, él debía saber que la aplicación de xilocaina al 5% en forma raquídea (dosis alta) era de alto riesgo, porque fácilmente podía producir hipotensión severa y un paro cardio - respiratorio no afrontable en un medio de escasos recursos como era el hospital de Sandoná. Obsérvese que según se infiere de la historia clínica esto fue lo que realmente sucedió. En quinto lugar, porque tanto la Anestesia raquídea como la general imponen la asistencia de un anesthesiólogo. Asistencia que según la ley 6 de 1991 es obligatoria "por el riesgo potencial a que están expuestos los pacientes", razón por la cual "se considera la anestesiología como una especialidad de alto riesgo."** Y aunque dadas las condiciones que presenta el país y la infraestructura defectuosa de los servicios de salud, en especial a nivel rural, no puede exigirse la presencia de un anesthesiólogo especializado hasta en el lugar más apartado y deprimido, se impone que cuando deba aplicarse anestesia, porque la operación es de urgencia y no pueda dar espera el médico, por razones de seguridad para el paciente, deberá asesorarse de otro médico o de personal auxiliar. Actuar solo innecesariamente, como sucedió aquí, revela ligereza e inmadurez en quien sí actúa. En sexto lugar, el médico actuó con ligereza e inmadurez al aceptar sin cuestionamiento alguno, que la duración del embarazo era de casi 11 meses (43.8), caso insólito médicamente, cuando si hubiera aplicado sus conocimientos, la altura uterina señalada en la historia clínica (38 cms) le permitía concluir que el embarazo estaba a término y en condiciones normales, máxime cuando ni siquiera, dada la duración declarada por la parturienta, ésta mostraba síntomas de iniciación de parto. En séptimo lugar, no entiende la sala porqué se procedió a intentar la cesárea en paciente multigestante, con partos anteriores por vía vaginal no asistidos siquiera por médico, sin intentar primero inducir el parto por vía normal.*

“Todo lo anterior pone de presente que la presunción de falla del servicio no resultó desvirtuada, y, antes, por el contrario, se demostró que el servicio funcionó irregularmente y produjo un perjuicio que debe resarcirse.” (negrillas extratexto).

Nótese que desde el año 1992, y en vigencia de la Constitución Política, el Consejo de Estado continuó juzgando las controversias sobre responsabilidad

médica bajo el referido régimen subjetivo de imputación, sin tener en cuenta los elementos consagrados por el constituyente de 1991 en el artículo 90.

Asimismo, en providencia dictada en el año 1994¹⁶, la Sección Tercera del órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa ratificó las anteriores posiciones cuando, al desatar la impugnación interpuesta contra la sentencia de primera instancia, adujo que el Instituto de Seguros Sociales (ISS), entidad demandada en esa oportunidad, no había demostrado que al actor se le hubieran brindado los cuidados que la ciencia médica exige, ni mucho menos que la anestesia raquídea a él administrada no hubiera sido la causa de la parálisis que éste padecía; por consiguiente, como no se había desvirtuado la presunción de falla del servicio que recaía sobre el ISS, y dado que el demandante quedó parapléjico, sin poder valerse por sí mismo para ciertas actividades laborales, personales y deportivas, resultaba ajustado a derecho atribuirle responsabilidad.

Posteriormente, en 1996 en sentencia proferida por la misma Corporación¹⁷, la Sala de Decisión encontró que el daño causado a un menor de edad durante un procedimiento quirúrgico tuvo como fuente la aplicación de anestesia por parte de un profesional de la salud no especializado en el campo, que la intervención practicada no era de carácter urgente, luego, había podido ser programada una vez se contara con los elementos suficientes para prestar adecuadamente el servicio, que como la institución no contaba con los equipos de monitoreo necesarios para ese tipo de actos médicos no había sido posible practicarle al paciente los exámenes pre quirúrgicos correspondientes, por lo tanto, en aquella ocasión se dijo que saltaba a la vista que el servicio había sido deficientemente prestado.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 2 de septiembre de 1994, exp. 9704, actor: Rubén Darío López y otros, M.P. Juan de Dios Montes Hernández. (ver Anexo E.).

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 26 de septiembre de 1996, exp. 10658, demandante: Javier Bolaños Campo y otros, M.P. Daniel Suárez Hernández. (ver Anexo F.).

Bajo ese marco jurisprudencial, es claro que si bien el Consejo de Estado imputó responsabilidad a la administración a título de falla del servicio, es lo cierto que, la base de la atribución fue, precisamente, la falta de título de idoneidad del médico que suministró la anestesia, entre otros factores, situación que pone en evidencia que no era necesario calificar la conducta como descuidada o imprudente, pues, dada la naturaleza de la especialidad, y como quiera que el médico tratante no era especialista en anestesiología, éste concreto el riesgo que implica el desarrollo del campo.

Igual posición fue adoptada en la providencia proferida el 10 de noviembre de 1997¹⁸, ocasión en la cual la Sección Tercera del máximo tribunal de la jurisdicción falló en segundo grado un caso donde los perjuicios y molestias inferidos a la demandante surgieron como consecuencia de la administración de anestesia; sin embargo, la atribución de responsabilidad a la demandada se hizo bajo el régimen subjetivo ya mencionado.

Aunque, en sentencia de 16 de julio de 1998¹⁹ la misma Corporación atribuyó responsabilidad a la parte demandada bajo el régimen de falla del servicio por el suministro de anestesia a la actora y la falta del equipo médico necesario para conjurar la crisis padecida por aquella, aceptó que el médico tratante había prologado inexplicablemente el procedimiento, y por ende, había incrementado la potencialidad del riesgo.

En tal oportunidad, la Sala de Decisión sostuvo que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 90 de la Carta Política de 1991, estaba acreditada la antijuridicidad del daño ocasionado, al tiempo que, se había demostrado la imputación de éste a

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 10 de noviembre de 1997, exp. 12125, actor: Liliana López Betancourt, M.P. Carlos Betancur Jaramillo. (ver Anexo G.).

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 16 de julio de 1998, exp. 12077, demandante: Raúl Valderrama Rincón, M.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

la parte demandada; no obstante, como ya se indicó, del título jurídico de imputación de responsabilidad fue la falla.

Más recientemente, en providencia dictada el 15 de octubre de 2008²⁰ con ponencia del Consejero de Estado Ramiro Saavedra Becerra, la Sección Tercera de la Corporación encontró responsable a la entidad pública demandada por la muerte del paciente como consecuencia de la aplicación de anestesia sin que se hubiera hecho previamente una evaluación completa de su estado neurológico, sólo que, en dicha ocasión, también se juzgó el asunto bajo el régimen subjetivo de atribución de responsabilidad denominado: *falla del servicio*.

En ese orden de ideas, salta a la vista que no obstante lo dispuesto en el párrafo del artículo 1º de la ley 6 de 1991, el órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo continúa dando aplicación a los títulos jurídicos de imputación de responsabilidad al Estado, es decir, sigue calificando la conducta de la parte demandada en cuanto al tema objeto del presente ensayo, estudio donde necesariamente se requiere la existencia de culpa del agente del Estado para que pueda atribuirse responsabilidad, bajo el título de falla del servicio.

No obstante ello, encontramos relevante hace mención a una sentencia proferida el 3 de octubre de 2007²¹, con ponencia del Consejero de Estado Mauricio Fajardo Gómez, donde se analizó el contenido y alcance del artículo 1º de la ley 6 de 1991 y se puso de presente la posibilidad de juzgar la responsabilidad del Estado por los daños causados en el suministro de anestesia bajo el título objetivo de atribución de responsabilidad del riesgo excepcional, sólo que, en esa oportunidad imputó responsabilidad a la parte demandada a título de falla del servicio, por

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 15 de octubre de 2008, exp. 25000-23-26-000-1994-00061-01(16350), actor: Segundo Chepe Rodríguez Mendivelso, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 3 de octubre de 2007, exp. No. 130012331000199712270 01 (Interno No. 30155), demandante: Enith del Carmen Arroyo de Pérez, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

cuanto, a juicio de la Sala de Decisión dicho título de imputación se encontró probado dentro del asunto.

Sin perjuicio de lo anterior, consideramos que el Consejo de Estado no ha dado una debida y jurídica aplicación a lo contemplado en el parágrafo del artículo 1º de la ley 6 de 1991, en la medida en que si bien es cierto que ha considerado que especialidad de la anestesiología conlleva un riesgo implícito, también lo es que, el título de imputación de responsabilidad bajo el cual juzga tales eventos sigue siendo la falla del servicio cuando, según las pautas fijadas por la misma Corporación, el régimen de atribución debería ser el objetivo a título de riesgo excepcional.

3. LA POSICIÓN DE LOS DOCTRINANTES SOBRE LA RESPONSABILIDAD EN LA ADMINISTRACIÓN DE ANESTESIA

Comenzaremos por advertir que entre los tratadistas la posición sobre el régimen de imputación de responsabilidad en materia médica tampoco es pacífica.

3.1 Atribución subjetiva de responsabilidad

Sobre este puntual aspecto, un amplio sector de la doctrina aboga por la imputación de responsabilidad de carácter subjetivo, la razón, en términos generales, radica en que las obligaciones de los médicos son de resultado, luego, éste se obliga a poner todos los medios que tiene a su alcance en beneficio de la salud del paciente.

En efecto, para Fernando Javier Herrera Ramírez²², uno de los elementos de la responsabilidad médica es el hecho ilícito, donde el profesional de la salud realiza

²² HERRERA RAMÍREZ, Fernando Javier. “Manual de Responsabilidad Médica”. Edit. Leyer Bogotá (Colombia), 2008, p. 107.

una conducta activa u omisiva no ajustada a la *lex artis*, por negligencia, imprudencia o impericia, es decir, una responsabilidad basada en la calificación culposa de la conducta.

Asimismo, para el doctor Javier Tamayo Jaramillo²³ la culpa es el elemento esencial de la responsabilidad en la prestación de los servicios médico asistenciales, postura que sostuvo en los siguientes términos:

“La actividad médica es, desde el punto de vista físico, esencialmente peligrosa, no solo porque generalmente se utilizan instrumentos y aparatos de suyo peligrosos, sino porque el organismo del paciente está sometido a enormes riesgos por el simple hecho de la actividad del médico al efectuar el tratamiento.

“Por tal motivo, no ha faltado quien, en forma aislada y errónea, haya pregonado el principio general de que al médico se le aplica la presunción de responsabilidad por actividades peligrosas del artículo 2356 del Código Civil.

“Sin embargo, la doctrina mayoritaria está de acuerdo en que la culpa sigue siendo elemento indispensable de la responsabilidad en los servicios de salud. (...).”

No obstante lo anterior, el autor señala que existen algunos eventos en los cuales es posible causar daños donde la culpa del médico no es un elemento indispensable para la imputación de responsabilidad²⁴, tales como:

- 1) El incumplimiento puro y simple por parte del médico, caso en el cual, el profesional se considerará responsable por el simple hecho de no cumplir el contrato de prestación de servicios médicos.
- 2) La mora del médico en la prestación del servicio, donde el galeno únicamente se exonerará de responsabilidad demostrando qué causa extraña le impidió

²³ TAMAYO JARAMILLO, Javier. *“Tratado de Responsabilidad Civil”*. Edit. Legis Bogotá, 2ª ed. 2007, Tomo I, pág. 106.

²⁴ *Ibíd.*, Tomo I, págs. 1070 a 1080.

prestarlo.

- 3) El suministro de medicamentos defectuosos, sólo cuando el médico tuvo que ver en el proceso de elaboración del mismo, a menos que, se esté en presencia de un riesgo de desarrollo.
- 4) Los errores de interpretación o de elaboración de exámenes de laboratorio, donde la obligación resulta ser de resultado solamente en aquellos casos en los que la ciencia médica haya progresado de tal manera que dichos estudios no ofrezcan riesgo de error.
- 5) Los daños causados por las prótesis que el médico ha fabricado o elaborado.
- 6) Los perjuicios ocasionados con cosas ajenas o utilizadas en el tratamiento, pero, únicamente si el defecto del instrumento o del equipo era detectable o el daño hubiera sido evitado por el facultativo de haber revisado o hecho el mantenimiento periódico ó si éstos se encontraban bajo la guarda del médico.

En ese entendimiento, Carlos Alberto Ghersi en su obra “Responsabilidad Profesional”²⁵, aunque no indica cuál es su postura al respecto, afirma que para un sector de la doctrina de Argentina las obligaciones de los anestésistas son de medio y para otro lo son de resultado²⁶.

Empero, lo que si deja claro el tratadista es que las obligaciones de los anestésistas no se reducen a suministrar la anestesia, sino que, antes del acto quirúrgico éstos deben realizar un examen completo del estado general del paciente, lo mismo que, un exhaustivo control del estado de los materiales, las máquinas y demás equipos que se van a utilizar, además, durante el acto médico,

²⁵ GHERSI, Carlos Alberto. “Responsabilidad Profesional”. Edit. Astrea Buenos Aires (Argentina), 1996. Tomo III, págs. 49-74.

²⁶ *Ibíd.*, págs. 53 y 54.

deben verificar cuáles son las condiciones de éste, y después del procedimiento deben comprobar que el paciente recupere normalmente sus funciones vitales.

3.2 Imputación de responsabilidad objetiva

Un primer autor que consideramos importante destacar, es el doctor Jaime Lombana Villalba²⁷, quien sostiene que sí es posible la atribución objetiva de responsabilidad en materia médica y en el ámbito penal, cuando se verifique el desbordamiento del nivel de permisividad del riesgo.

Tal posición fue fijada de la siguiente manera:

“1. Fundamentos generales

“1.1. Origen de la imputación objetiva

“.....

“La medicina es uno de los campos en donde mayores beneficios se observan en la aplicación de la imputación objetiva, como criterio garantista para verificar una verdadera producción de un resultado por acciones u omisiones derivadas de un desbordamiento del nivel de permisividad del riesgo, y repito que es precisamente en los procesos penales por responsabilidad médica, donde se verifica con generosidad la virtud de esta teoría, pues permite corregir los problemas que presente la sola aplicación de las teorías de la causalidad²⁸.” (negrillas originales).

De otro lado, Ricardo Luis Lorenzetti²⁹ asegura que no es posible calificar la obligaciones de los especialistas en el campo como de medios, ya que, a su juicio, no existen aleas graves y porque la anestesia es sólo un método complementario y estereotipado de la cirugía, de uso frecuente y sencillo, por lo que, el resultado

²⁷ LOMBANA VILLALBA, Jaime. *“Derecho Penal y Responsabilidad Médica”*. Edit. Universidad del Rosario Colombia, 2007.

²⁸ ROXIN, DP. PG, 1997, 346”.

²⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis. *“Responsabilidad Civil de los Médicos”*. Rubinzal-Culzoni Editores Buenos Aires (Argentina), 1997. Tomo II, págs. 276-286.

prevalece sobre cualquier otra consideración, como quiera que, el adormecimiento o la inconsciencia se llevan a cabo para evitar el dolor, haciendo uso de medios de uso diario y de medicamentos que, general y debidamente utilizados, no son perjudiciales para la salud humana, posición que sostuvo en los términos que a continuación se transcriben:

“No parece posible calificarla de obligación de medios porque no haya aleas graves y porque no es más que un método complementario de la cirugía tan estereotipado, hoy frecuente y sencillo, que el resultado (adormecer, hacer dormir) prevalece indudablemente sobre cualquier otra consideración.”³⁰

Asimismo, el autor afirma que el anestésista no es responsable en aquellos eventos en los que se produce un resultado fatal, cuando tiene conocimiento de todos los hechos acerca de la condición del paciente y de la necesidad de administrar la anestesia.

Sin embargo, arguye el tratadista que aunque se trata de una obligación de resultado, el profesional debe poner todos los medios adecuados para el fin propuesto, manifestación que haría pensar que la imputación de responsabilidad es de naturaleza subjetiva.

Por su parte, en el homenaje hecho al doctor Atilio Aníbal Alterini, Jorge Mosset Iturraspe³¹ anotó que existen países del mundo donde se avanza hacia la atribución de responsabilidad objetiva, donde se deja de lado el debate en relación con la culpa y corresponde al profesional convencer al juez de conocimiento sobre la presencia de “*barreras insuperables*” para curar al paciente, sin que cobren importancia la diligencia o la pericia de éste.

³⁰ *Ibíd.*, p. 277.

³¹ BUERES, Alberto José y KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. “Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio”. Abeledo-Perrot Buenos Aires (Argentina). 1997. Págs. 680 y 681.

En esa misma oportunidad, Graciela N. Messina De Estella Gutiérrez³² puso de presente que casi todas las actuaciones del anestesista deben ser juzgadas bajo la responsabilidad objetiva³³.

En efecto, la doctrinante sostuvo:

“Esta especialidad reviste características particulares en función de su responsabilidad civil, que sitúan al anesestiólogo en planos jurídicos distintos del resto de sus colegas médicos. Un elemento importante que hace a la actividad es el estado de inconsciencia que implica por sí misma la finalidad de la anestesia: privación total o parcial de sensibilidad para evitar el dolor y permitir así la intervención quirúrgica, una intoxicación reversible y controlada lo que supone un elevado nivel de riesgo. El estado de narcosis y la vuelta a la situación consciente requiere la presencia permanente del anestesista para evitar las posibles complicaciones.

“Por lo pronto, no coincido con el brillante jurista de Salamanca, Eugenio Llamas Pombo³⁴ cuando dice que “la existencia de los mencionados riesgos (agrego que son muchos) no implica una responsabilidad objetiva del anestesista, y en este sentido esta especialidad médica no representa una excepción a las reglas generales de la responsabilidad médica”. Por el contrario -como se desarrollará-, opino que casi todas las actuaciones del anestesista se sitúan en la órbita de la responsabilidad objetiva.

“.....

“6) Los daños más frecuentes

“Conforme los estudios de anesthesiología éstas son las causas más comunes de accidentes anestésicos, que, además, “se pueden evitar con sólo haber detectado el problema a tiempo y tomando providencias adecuadas”³⁵.

“.....

“7) Factor de atribución

“.....

³² *Ibíd.*, págs. 721 a 739.

³³ *Ibíd.*, págs. 726 y 727.

³⁴ LLAMAS POMBO, Eugenio, *La Responsabilidad Civil del Médico. Aspectos Tradicionales y Moderados*, Trivium, Madrid, 1998, pág. 392.”

³⁵ WIKINSKI, J. y otros, *Temas..., cit.*, pág. 90”.

“a) En la responsabilidad contractual

“La responsabilidad del anestesista implica una obligación de resultado fundada en la seguridad debida a la personal del paciente por la utilización de cosas riesgosas o viciosas. Esta garantía es una obligación fundada en la buena fe y consiste en asegurar la inocuidad de las cosas utilizadas en la anestesia.” “En materia de obligaciones de seguridad existe un deber de resultado aunque en casos excepcionales puede ser de medios”. “El crédito a la seguridad preserva la indemnidad de las personas y la incolumidad de las cosas”³⁶.

“Cuando el daño proviene directamente del vicio de la cosa en la responsabilidad contractual coincido con el criterio del profesor Trigo Represas expuesto en varios trabajos de su autoría³⁷ -posición asimismo sustentada por prestigiosos juristas-, en cuyo caso no es de aplicación el artículo 1113, segunda parte del segundo párrafo del Código Civil, que queda reservado para la responsabilidad extracontractual (...).

“.....

“b) En la responsabilidad extracontractual

“Es criterio mayoritario que el anestesista desarrolla una actividad riesgosa”³⁸. Me he manifestado –junto a prestigiosos juristas-³⁹ partidaria de las tesis de que, en la actualidad, la actividad riesgosas no está contemplada como uno de los criterios jurígenos de imputación de riesgo del artículo 1113, segunda parte del segundo párrafo del Código Civil, sino solamente cuando se realiza tal actividad con intervención de cosas.

“En la órbita extracontractual es de aplicación la responsabilidad objetiva que surge del artículo 1113, segunda parte del segundo párrafo del Código Civil cuando el daño ha sido provocado por una cosa riesgosa o viciosa que adquiere importancia relevante con independencia del acto médico puro”⁴⁰. Tal como se desarrolla la actividad del anestesista

³⁶ VI Jornadas Bonarenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal, Junín, 1994, Comisión II “La obligación de seguridad” presidida por los profesores Alberto Bueres e Isidor Goldenberg”.

³⁷ TRIGO REPRESAS, Félix A., “Nuevamente sobre la responsabilidad civil por el empleo de cosas en el acto médico”, L.L., 20 –IX-1994”.

³⁸ MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela N., La Responsabilidad..., cit., Cap. X, págs.. 151 y sigs.”.

³⁹ Trigo Represas, Compagnucci de Caso, Parellada, Leiva, Galdós, Berrino, Venini, Alterini, López Cabana, Messina de Estrella Gutiérrez, en la Comisión I “Responsabilidad por riesgo creado” de las VI Jornadas Bonarenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal apoyaron esa conclusión”.

⁴⁰ II Encuentro de Abogados Civilistas, Santa Fe, del 30-VI al 2-VII-1998; I Jornadas Provinciales de Derecho Civil, Mercedes, Buenos Aires, 1981; I Jornadas Nacionales de Profesores de Derecho – Lomas de Zamora, noviembre de 1988-; II Congreso Internacional de Derecho de Daños, Buenos Aires, 1991 y VI Jornadas Bonarenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal, Junín, 1994”.

considero que la mayoría de los casos de responsabilidad se plantearán en esa órbita.

“.....”
⁴¹ (negrillas del texto original, se adiciona subrayado).

Nótese que en Argentina sectores de la doctrina hablan de responsabilidad civil objetiva del anestesista, tanto en materia contractual como extracontractual, y si bien en Colombia el tratamiento es diferente, en la medida en que, la responsabilidad por la prestación de servicios médico asistenciales por parte del Estado es de naturaleza extracontractual, como quiera que se considera al paciente como usuario del servicio público a cargo de éste y no como un contratante de aquellos; fácilmente ese campo de la medicina también podría ser juzgado bajo ese preciso régimen de responsabilidad, bien sea porque no se logró el resultado esperado o, porque el daño fue provocado por una cosa riesgosa o viciosa.

Según la tratadista antes citada, cuando los daños ocasionados son provocados por las cosas o los aparatos utilizados para suministrar anestesia, y éstos son de naturaleza peligrosa o riesgosa, se trata de una responsabilidad objetiva, como quiera que el especialista debe garantizar al paciente la inocuidad de los mismos. Ahora bien, aunque para los doctores Amílcar Ramón, Déborah Myriam, César Amílcar y Gustavo Ariel Urrutia⁴² las obligaciones de los anestesistas son de medio y por ende su responsabilidad es subjetiva, aceptan que existen algunas situaciones que se enmarcan bajo hipótesis de responsabilidad objetiva⁴³, a saber:

1) Los daños producidos con o por los aparatos de anestesia, donde se presume la responsabilidad del dueño o guardián de la cosa, máxime cuando éstos son

⁴¹ BUERES, Alberto José y KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. “Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio”. Abeledo-Perrot Buenos Aires (Argentina). 1997. Págs. 726, 727, 730 a 734.

⁴² URRUTIA, Amílcar Ramón, *et al.* “Responsabilidad Médico Legal de los Anestesistas”. Ediciones La Rocca Buenos Aires (Argentina), 2005.

⁴³ *Ibíd.*, págs. 126 a 132.

defectuoso o contienen vicios, ó cuando aquellos son por si mismos riesgosos.

2) Cuando se han asumido voluntariamente obligaciones de resultado.

3) Los hechos dañosos cometidos por el personal auxiliar del anestesista, en aplicación del deber de garantía.

4) Los perjuicios causados por los establecimientos asistenciales, en aplicación del deber de seguridad.

Bajo ese marco doctrinario, se tiene que, es viable la imputación de responsabilidad objetiva a los anestesistas, en la medida en que, la aplicación de anestesia supone riesgos y peligros para el paciente que deben ser conocidos por el médico especialista, en la medida en que, se trata de un acto simple y comúnmente utilizado, donde se usan medicamentos que, debidamente suministrados, no producen daños en la salud, en la integridad física o a la vida del paciente.

4. CÓMO DEBE TRATARSE EL PUNTO

Tenemos plena conciencia de que en materia de responsabilidad estatal por el acto anestésico el Consejo de Estado siempre ha juzgado las controversias que se presentan bajo el régimen de imputación subjetiva, donde el título de atribución por excelencia es la falla del servicio; empero, consideramos que es posible predicar la responsabilidad objetiva de los especialistas en la materia.

4.1 A la luz de lo dispuesto en el párrafo del artículo 1º de la ley 6 de 1991

Tal como se anunció en la introducción del presente ensayo, en nuestro parecer,

de acuerdo con la calificación que el legislador le otorgó a la anestesiología, es jurídicamente viable la atribución de responsabilidad objetiva cuando el daño provenga del suministro de anestesia, como pasa a explicarse:

1) De conformidad con lo previsto en el párrafo del artículo 1º de la ley 6 de 1991, tal como se indicó en el primer capítulo de este ensayo, la anestesiología es una actividad riesgosa para paciente y para el médico tratante, por lo que, se dispuso que únicamente los médicos especializados en anestesia y reanimación están autorizados para manejar y practicar tal especialidad, sólo que, el legislador no contempló cómo debe tratarse al primero de los mencionados en caso de concretarse el peligro, pero, en cambio, estableció que al profesional de la salud debe dársele un tratamiento laboral especial.

2) Ahora bien, en cuanto a la actividad riesgosa o peligrosa se tiene lo siguiente:

a) El artículo 2356 del Código Civil consagra la responsabilidad civil por actividades peligrosas, las cuales pueden ejercerse con cosas o sin ellas.

La norma en cita preceptúa:

“ARTÍCULO 2356. RESPONSABILIDAD POR MALICIA O NEGLIGENCIA. Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta.

“Son especialmente obligados a esta reparación:

“1. El que dispara imprudentemente una arma de fuego.

“2. El que remueve las losas de una acequia o cañería, o las descubre en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transiten de día o de noche.

“3. El que obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente, que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino.”

b) Para el doctor Javier Tamayo Jaramillo es peligrosa toda actividad que: *“una vez desplegada, su estructura o su comportamiento generan más probabilidades de daño de las que normalmente está en capacidad de soportar por sí solo un hombre común y corriente. Esta peligrosidad surge porque los efectos de la actividad se vuelven incontrolables o imprevisibles debido a la multiplicación de energía y movimiento, a la incertidumbre de los efectos del fenómeno o a la capacidad de destrozo que tienen sus elementos.”*⁴⁴.

c) Jurisprudencialmente la Sección Tercera del Consejo de Estado ha dicho que si bien la actividad médica implica riesgos para el paciente, el ejercicio de la profesión no puede ser catalogada como una actividad peligrosa, por lo que no se acude al concepto de riesgo como criterio para la imputación del daño, pues el riesgo se toma en favor del paciente⁴⁵.

Asimismo, dicha corporación únicamente ha considerado como actividades peligrosas o generadoras de riesgo, la manipulación de armas de dotación oficial⁴⁶ y la conducción de vehículos automotores⁴⁷ y de energía eléctrica⁴⁸, con apoyo en que son riesgos creados por el Estado, donde es la administración quien expone a sus administrados a un riesgo grave y anormal⁴⁹.

d) Igual consideración prima entre la mayoría de los tratadistas citados a lo largo de este ensayo, pero, quizás el más ilustrativo, y con quien coincidimos, es el

⁴⁴ TAMAYO JARAMILLO, Javier. *“Tratado de Responsabilidad Civil”*. Edit. Legis Bogotá, 2ª ed. 2007, Tomo I, p. 935.

⁴⁵ Véanse entre muchas otras: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 3 de abril de 1997, exp. 9467, actor: Bernardo Patiño Jaramillo, M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

⁴⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 3 de mayo de 2007, exp. 05001-23-25-000-1992-07122-01(16180), actor: José Ramiro Vargas Palacio, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

⁴⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 23 de abril de 2008, exp. 76001-23-31-000-1995-01815-01(16235), actor: Romelia Capote de Lame y otros, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁴⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 30 de agosto de 2007, exp. 07001-23-31-000-1995-00004-01(15635), actor: Luz Marina Serrano Navas y otros, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

⁴⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 29 de agosto de 2007, exp. 15001-23-31-000-1994-04691-01(15494), actor: Luis Alberto Vega y otros, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

doctor Jaime Lombana Villalba, quien afirma lo siguiente:

“Sin embargo, no cualquier riesgo podrá ser asumido por el paciente, sino solamente aquél que cumpla con los siguientes requisitos:

“En primer lugar, el riesgo debe ser justificado, es decir que debe tener una relación con las condiciones clínico-patológicas del paciente⁵⁰.

“En segundo lugar, el riesgo debe ser informado al paciente⁵¹, así como también debe ser informada su naturaleza, su magnitud e inminencia.

“Por último, el tratamiento realizado por el médico debe realizarse de acuerdo a los postulados de la lex artis médica.”⁵²

En ese contexto, cuando en el suministro de anestesia haya o no una relación con las condiciones del paciente y el tratamiento se lleva o no a cabo según lo contempla la *lex artis*, claramente el riesgo no puede ser asumido por el paciente, aún cuando éste sea el beneficiario del acto.

3) De acuerdo con todo lo anterior, a nuestro juicio, cuando el daño es producido en el acto anestésico, el régimen de atribución de responsabilidad podría ser el objetivo, en la medida en que, el factor de imputación sería el riesgo, sólo cuando éste se concrete o se realice de manera grave y anormal, y el título de imputación será el riesgo excepcional, acorde con la calificación que el legislador le dio a la especialidad y a términos de la línea jurisprudencial que ha trazado el Consejo de Estado sobre las actividades peligrosas.

Así las cosas, encontramos que si bien es cierto que es el propio paciente quien asume el riesgo que implica la aplicación de anestesia, como quiera que él es el beneficiario de la misma, aquel no le podrá ser trasladado a éste cuando el anestesista, quien es el especialista en el campo, exceda el riesgo o peligro propio

⁵⁰ Art. 9 del Decreto 3380 de 1981”.

⁵¹ Art. 10 del Decreto 3380 de 1981”.

⁵² LOMBANA VILLALBA, Jaime. “Derecho Penal y Responsabilidad Médica”. Edit. Universidad del Rosario Colombia, 2007. p. 244.

de la administración de agentes anestésicos, ya sea porque actuó o no según las condiciones y el estado del paciente o acorde o no con la *lex artis*, de tal manera que exponga grave y anormalmente la vida e integridad física de su paciente, por lo tanto, si ese riesgo se concreta bajo esas características, el régimen de atribución de responsabilidad será el objetivo, a título de riesgo excepcional.

4) Además, nótese que en el párrafo del artículo 1º de la ley 6 de 1991 se calificó la especialidad de la anestesiología como riesgosa para el paciente y para el especialista, pero, como se dijo en el capítulo 1. de este ensayo, únicamente se consagró un beneficio de carácter prestacional para el médico, es decir, que el legislador solamente contempló un tratamiento especial en materia laboral para el profesional que ejerce la especialidad.

En ese contexto, no entendemos por qué, si se le debe otorgar un trato laboral especial al anestesista, no pueda predicarse que el paciente también merezca ser tratado de manera preferente, pues, el cuerpo y los sistemas de éste son los que en últimas resultan intoxicados con la aplicación de la anestesia, y aquel es quien tiene contacto directo con las sustancias tóxicas suministradas por el especialista en el campo.

En otros términos, no encontramos justificación alguna para que el Consejo de Estado atribuya responsabilidad patrimonial extracontractual a la administración bajo el título de imputación jurídica de falla del servicio, cuando la especialidad de la anestesiología ha sido catalogada por el legislador como riesgosa, esto es, desconociendo el derecho constitucional a la igualdad del paciente, cuando al especialista en la materia se le da un tratamiento laboral especial, en virtud de la potencialidad de peligro que produce en éste el ejercicio de la misma.

En nuestra legislación, no es nueva la creación de regímenes prestacionales especiales para los galenos que ejercen alguna actividad médica especial o

especializada, tal como ocurrió con el personal médico que tenía contacto con los leprosos, y lo mismo que sucedió con los radiólogos; tratamientos laborales especiales tenían como principio básico el riesgo al que se veía sometido el profesional médico por brindar el tratamiento necesario al paciente, es decir, que el riesgo del profesional partía del beneficio del paciente.

En lo que respecta al médico que ejerce la anestesiología, la situación se altera notoriamente, pues, si bien la realización del procedimiento tiende a repercutir positiva y directamente en la condición física del paciente, o lo que es lo mismo, es éste quien se beneficia del acto anestésico, lo cierto es que, el paciente también puede verse sometido a un riesgo prolongado en la aplicación de la anestesia, peligros que son previsibles, según los conocimientos técnicos y científicos que se encuentran contemplados en los protocolos sobre la materia.

El carácter previsible de los daños a los que puede estar sometido el paciente, representa un imperativo en favor de aquel, situación que debe traducirse, necesariamente, en un tratamiento especial cuando se estudia la responsabilidad médica por aplicación de la anestesia, máxime cuando es el propio legislador colombiano quien le ha atribuido tal potencialidad a la especialidad. Observarlo de manera contraria sería tanto como decir que cuando se realiza una actividad peligrosa, el único beneficiario de la misma es quien crea el riesgo o el guardián de la cosa peligrosa, y no el sujeto pasivo de la misma, o quien resulta dañado con la ejecución de la actividad o como consecuencia manipulación del elemento dañino.

Así las cosas, no entendemos por qué razón si la Sección Tercera del Consejo de Estado ya ha dejado la puerta abierta frente a la verdadera naturaleza del acto anestésico, tal como lo puso de presente en la sentencia de 3 de octubre de 2007⁵³, se siguen juzgando las controversias surgidas por la producción de daños

⁵³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 3 de octubre de 2007, exp. No. 130012331000199712270 01 (Interno No. 30155), actor Enith del Carmen Arroyo de Pérez, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

en la práctica de la anestesiología, bajo el régimen subjetivo de atribución de responsabilidad, es decir la falla del servicio, cuando el legislador ha sido claro al catalogar la especialidad como riesgosa, y por ende, debería imputarse responsabilidad objetiva al Estado a través del título de riesgo excepcional, más no, porque se encuentre probado cualquier otro tipo de título jurídico de atribución.

4.2 En aplicación de la cláusula general de responsabilidad del Estado

Sin perjuicio de lo anterior, suficiente motivo para aceptar la posibilidad de la atribución de responsabilidad objetiva en cabeza del Estado por el suministro de anestesia, existe otro argumento para justificar la posición que se viene planteando.

En primer lugar, debe anotarse que, tal como lo ponen de presente los doctores Alier Hernández Enríquez y Catalina Franco Gómez⁵⁴, en 1991 el Consejo de Estado⁵⁵ consideró que la responsabilidad estatal se había tornado completamente objetiva, pues, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 90 constitucional, no era exigible demostrar que el perjuicio se hubiera causado como consecuencia de una conducta lícita o ilícita de un agente estatal sino, la existencia de un daño antijurídico.

No obstante lo anterior, en 1992 la misma Corporación⁵⁶ sostuvo que si bien la responsabilidad del estatal era objetiva y directa, donde se desplaza el problema de la antijuridicidad de la conducta al daño, lo cierto era que, ese traslado de la

⁵⁴ HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Alier Eduardo y FRANCO GÓMEZ, Catalina. “Responsabilidad Extracontractual del Estado, Análisis de la Jurisprudencia del Consejo de Estado”. Edit. Ediciones Nueva Jurídica Bogotá, 2007.

⁵⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 31 de octubre de 1991, exp. 6515, actor: Fabio Ruíz Ospina y otros, M.P. Julio César Uribe Acosta. (ver Anexo H).

⁵⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 30 de julio de 1992, exp. 6941, demandante: Ninfa Rubio viuda de Celis, M.P. Carlos Betancur Jaramillo. (ver Anexo I).

calificación de la conducta no es viable cuando se trata del incumplimiento de obligaciones de medio.

Empero, en 1993 el máximo tribunal de la jurisdicción de lo contencioso administrativo⁵⁷ le dio un nuevo giro a la tendencia inicial, de modo que, en ese año se dijo que por regla general la responsabilidad extracontractual del Estado era de naturaleza subjetiva, y que, excepcionalmente, era posible la admisión de regímenes objetivos de imputación.

Desde 1991, tradicionalmente el órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo únicamente ha juzgado bajo los título de imputación de responsabilidad objetiva las controversias originas por los daños causados: a) por la ocupación de inmuebles por razón de la realización de obras públicas; b) con armas de dotación oficial; c) por vehículos automotores; d) por la conducción de energía eléctrica; e) por actos terroristas; f) a los conscriptos; g) a los reclusos; h) por el incumplimiento de las obligaciones de seguridad a cargo de las instituciones hospitalarias y de los establecimientos educativos; i) por las leyes constitucionales; entre otros.

Sin embargo, desde la vigencia de la Carta Política de 1991, el Consejo de Estado resuelve las controversias con fundamento en lo establecido en la norma constitucional, o cláusula general de responsabilidad, la cual admite que se tengan en cuenta los criterios jurisprudenciales trazados antes de que aquella empezara a regir, como por ejemplo: la existencia de obligaciones de medio, las cuales deben ser juzgadas a título de falla del servicio, criterio éste que siempre ha sido expuesto cuando se trata de responsabilidad por la prestación de los servicios médico asistenciales.

⁵⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 13 de julio de 1993, exp. 8163, actor: José Elías Rivera Arenas y otros, M.P. Juan de Dios Montes Hernández.

Adicionalmente, a términos de lo establecido en el artículo 90 de la Constitución Política el Estado es patrimonialmente responsable por los daños antijurídicos a él atribuibles por la acción u omisión de las autoridades públicas, norma cuyo tenor es como textualmente se transcribe:

“Artículo 90.- El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

“En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.”

De acuerdo con la norma constitucional transcrita, es claro que cuando la administración ha inferido un daño, la víctima únicamente tendrá que demostrar la antijuridicidad del mismo, es decir, que no estaba jurídicamente obligada a soportarlo, y que éste le es jurídicamente imputable al Estado como consecuencia de una conducta activa u omisiva de uno de sus agentes, sin que sea necesario la calificación de aquella como lícita o ilícita, pero aún así, dentro de esa esfera, como lo sostiene el Consejo de Estado, también caben los títulos jurídicos de atribución de responsabilidad, luego, como la especialidad de la anestesiología es de carácter riesgosa, cuando se concrete el riesgo y se produzca un daño atribuible al Estado, éste debe responder a título de riesgo excepcional.

Ahora bien, en cuanto a las obligaciones de medio y de resultado, se tiene que, las primeras son aquellas donde el deudor se compromete a hacer uso de todos los medios que tenga a su alcance para conseguir un determinado logro, es decir, que éste se compromete a actuar diligente y cuidadosamente con el fin de satisfacer el interés de su acreedor, en tanto que en las obligaciones de resultado el deudor debe obtener el fin propuesto, luego, en caso de que ello no sea así, la obligación no se extingue, por más diligencia y cuidado que se haya empleado para conseguir el cumplimiento de la prestación a su cargo.

De otra parte, es importante resaltar que con la administración de anestesia se suprime en el paciente: ansiedad, dolor, actividad refleja, lo mismo que, la obtención de amnesia, analgesia, hipnosis, relajación muscular y atenuación de los reflejos nerviosos perjudiciales para el normal desenvolvimiento de las funciones vitales durante la intervención quirúrgica⁵⁸.

Así las cosas, a nuestro juicio, en aplicación del artículo 90 de la Carta Fundamental es jurídicamente posible la atribución de responsabilidad objetiva en materia de prestación de los servicios de anestesia por parte del Estado, en la medida en que, nadie está obligado a asumir las consecuencias adversas o fatales del acto anestésico, cuando el médico tratante realiza o no los exámenes previos sobre las condiciones físicas y psicológicas del paciente, se excede o no en la aplicación de anestesia, omite o no la verificación del estado de los equipos o medicamentos necesarios para el suministro de la misma ó está o no está presente durante y después de la intervención quirúrgica, y se verifica que la actuación así desplegada fue la causa del perjuicio inferido, es decir, sin necesidad de apreciar si el agente estatal fue diligente y cuidadoso.

De igual manera, encontramos que la obligación a cargo del anestesista no es de medio, toda vez que, como ya se indicó, el paciente no pretende que en lo posible no tenga dolor o relajación muscular sino, que en efecto no sienta nada en el procedimiento quirúrgico, resultados que se logran con la administración de anestesia, pues, al suministrar los medicamentos correctos y en debida forma, el paciente entra en un estado tal que no siente dolor ni ansiedad, por ende, no es posible aceptar un resultado contrario, máxime si se parte de la base de que, según lo consagrado en el artículo 1º de la ley 6 de 1991, el especialista en la materia debe a conocer los procedimientos, los aparatos y los materiales

⁵⁸ GHERSI, Carlos Alberto. "Responsabilidad Profesional". Edit. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma Buenos Aires (Argentina), 1996. Tomo III, p. 50.

necesarios para practicar una adecuada anestesia, pues, son precisamente tales aspectos los que son estudiados por esa especialidad de la medicina; por consiguiente, dicho campo escaparía a la excepción formulada por el Consejo de Estado, en cuanto tiene que ver con las obligaciones de medio y la atribución de responsabilidad a título de falla del servicio, ya que, al ser una obligación de resultado, necesariamente se debe resolver la controversia bajo el régimen objetivo de imputación de responsabilidad.

Lo anterior no implica el desconocimiento de los aleas y de circunstancias de orden exógeno que se escapan del control por parte del profesional especializado, razón por la cual, esos específicos puntos encuentran perfectamente solución en la afirmación según la cual, éste únicamente puede exonerarse demostrando la existencia de una causa extraña.

En otras palabras, el anestesista responderá de los perjuicios causados a su paciente cuando su conducta no esté ajustada a las reglas y pautas que los conocimientos especiales sobre la materia le imponen, o que el estado del arte y el real saber y entender le mandan, esto es, a la *lex artis*; mas no por su imprudencia, negligencia o impericia, luego, bastará con demostrar que el galeno omitió realizar una actuación o que se excedió en el acto para atribuirle responsabilidad, y éste solamente podrá exonerarse acreditando la presencia de fuerza mayor, del hecho exclusivo de la víctima o del hecho de un tercero.

En ese orden de ideas, corresponderá a la parte actora demostrar la antijuridicidad del daño causado, la conducta activa u omisiva de un agente estatal, y la relación de causalidad entre uno y otro evento, sin que deba probar la presencia de una falla del servicio, un riesgo excepcional, un daño especial, ni ninguna otra circunstancia, sino, únicamente que como consecuencia de la aplicación de anestesia se le ocasionó un perjuicio y que éste le es atribuible al Estado, como consecuencia de la acción u omisión en la que incurrió un agente suyo, a menos

que se presente un accidente o un riesgo médico, ó un alea terapéutica, donde el daño no guarda relación alguna con el acto médico, ni con el estado anterior del paciente, ni mucho menos con la evolución previsible de su estado⁵⁹.

En consecuencia, como la obligación a cargo del anesthesiólogo no es medios sino de resultado, encaja perfectamente en la excepción consagrada el lineamiento jurisprudencial trazado por el máximo tribunal de la jurisdicción contencioso administrativa antes comentada.

5. CONCLUSIONES

La responsabilidad del Estado por la prestación de los servicios médico asistenciales siempre ha sido de corte subjetivo, siendo la falla del servicio el título jurídico de atribución de responsabilidad por excelencia.

La Sección Tercera del Consejo de Estado, aún en vigencia de la Constitución Política de 1991, ha dicho que también los daños causados como consecuencia de la aplicación de anestesia deben ser imputables a la administración bajo dicho régimen subjetivo de responsabilidad, donde, dependiendo de cada caso en particular, se debe probar la culpa del especialista o la diligencia y cuidado de éste, toda vez que la obligación de los médicos es de medios y no de resultado.

Por su parte, la posición de los doctrinantes se divide entre quienes opinan que las obligaciones de los galenos son de medios, y quienes piensan que lo son de resultado, por ende, dependiendo de la naturaleza jurídica de la obligación, la responsabilidad del facultativo será subjetiva u objetiva, respectivamente.

⁵⁹ Véanse en ese sentido, la ilustración que hace al respecto Mónica Lucía Fernández Muñoz en las páginas 374 a 376 de su obra titulada: “La Responsabilidad Médica. Problemas Actuales”.

Sin embargo, el constituyente de 1991 consagró en el artículo 90 la cláusula general de responsabilidad del Estado, según la cual, la administración responderá de los daños antijurídicos a ella imputables por la conducta activa u omisiva de sus agentes, de lo que se desprende que basta con probar la antijuridicidad del perjuicio, la acción u omisión del agente estatal y la relación causal entre el daño y la conducta para que el Estado responda patrimonialmente.

Empero, la norma constitucional ha tenido diversas interpretaciones por parte del órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa, pues, en una primera etapa se dijo que la responsabilidad del Estado era totalmente objetiva, y luego se sostuvo que, si bien era de tal naturaleza, frente a las obligaciones de medio la cláusula general admitía la calificación de la conducta causante del daño, característica que ostenta la obligación en el ámbito médico.

A términos de lo dispuesto en el párrafo del artículo 1º de la ley 6 de 1991 la anestesiología es una especialidad riesgosa para el paciente y para el médico que la practica; por consiguiente, como quiera que el riesgo no puede ser trasladado al primero de los mencionados cuando éste se concreta y se expone al administrado de manera grave y anormal o se eleva la potencialidad de causar daño, el régimen de atribución de responsabilidad puede ser el objetivo, a título de riesgo excepcional, en atención a la peligrosidad del campo.

Sin perjuicio de lo anterior, y no obstante el lineamiento jurisprudencial del Consejo de Estado, las obligaciones de los anestesistas pueden ser calificadas como de resultado, en atención a las características de la especialidad y a la finalidad que se busca con la aplicación de la anestesia, razón por la cual, es jurídicamente viable a atribución de responsabilidad objetiva en la materia.

En ese orden de ideas, si bien por regla general es que las obligaciones de los médicos son de medio, y por ende el título de atribución de responsabilidad por

excelencia es la falla del servicio, existe una excepción, la cual se presenta en la especialidad de la anestesiología, la misma que el legislador ha calificado como riesgosa, donde, bastaría con que se concrete el riesgo al que está expuesto el paciente, que el daño producido sea imputable al Estado y que haya una relación de causalidad entre éste y la conducta estatal, para que se deba indemnizar los perjuicios causados.

Asimismo, es especialmente relevante mencionar una sentencia dictada por esa misma corporación en sentencia de 2007, donde por primera vez puso de presente que la actividad de la anestesiología es peligrosa; sin embargo, llama la atención que en esa ocasión, como la Sala de Decisión encontró probada la falla del servicio, la controversia fue juzgada bajo ese preciso título de imputación de responsabilidad, por lo tanto, no comprendemos porqué motivo son juzgados ese tipo de asuntos según otros títulos jurídicos de atribución de responsabilidad, cuando lo correcto y lo jurídicamente viable sería que el Estado indemnizara los daños inferidos a título de riesgo excepcional.

Tampoco resulta de recibo que desconocer que el mismo legislador ha calificado la especialidad de la anestesiología como riesgosa para el paciente y para el médico, so pretexto de que en el parágrafo del artículo 1º de la ley 6 de 1991 únicamente se haya contemplado un tratamiento laboral o prestacional especial para el especialista, pues, no puede aceptarse que solamente se trate de manera especial al médico, cuando también el paciente puede verse afectado negativamente por los riesgos implícitos del acto anestésico.

BIBLIOGRAFÍA

BUERES, Alberto José y KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. "Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio". Abeledo-Perrot Buenos Aires (Argentina). 1997.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 6. (16, enero, 1991). Por la cual se reglamenta la especialidad médica de anestesiología y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 1991. No. 39.631.

COLOMBIA. GOBIERNO NACIONAL - MINISTERIO DE SALUD (hoy Ministerio de la Protección Social). Decreto 0097. (12, enero, 1996). Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 6 de 1991, sobre la especialidad médica de Anestesiología. Bogotá, D.C. 1996.

DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA ALCALÁ, Calixto. "Responsabilidad Objetiva y Nexo Causal en el Ámbito Sanitario". Edit. Comares, S.L. Granada, 2006.

GHERSI, Carlos Alberto. "Responsabilidad Profesional". Edit. Astrea Buenos Aires (Argentina), 1996.

LORENZETTI, Ricardo Luis. "Responsabilidad Civil de los Médicos". Rubinzal-Culzoni Editores Buenos Aires (Argentina), 1997.

FERNÁNDEZ MUÑOZ, Mónica Lucía. "La Responsabilidad Médica. Problemas Actuales". Grupo Editorial Ibáñez Bogotá (Colombia), 2008.

HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Alier Eduardo y FRANCO GÓMEZ, Catalina. "Responsabilidad Extracontractual del Estado, Análisis de la Jurisprudencia del Consejo de Estado". Edit. Ediciones Nueva Jurídica Bogotá, 2007.

HERRERA RAMÍREZ, Fernando Javier. "Manual de Responsabilidad Médica". Edit. Leyer Bogotá (Colombia), 2008.

LOMBANA VILLALBA, Jaime. "Derecho Penal y Responsabilidad Médica". Edit. Universidad del Rosario Colombia, 2007.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. "Tratado de Responsabilidad Civil". Edit. Legis Bogotá, segunda edición 2007.

URRUTIA, Amilcar Ramón, *et al.* "Responsabilidad Médico Legal de los Anestesiastas". Ediciones La Rocca Buenos Aires (Argentina), 2005.

ANEXOS

Anexo A. Pie de página No. 10**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA****Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ**

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil seis (2006)

Expediente número: 15.283

Actor: Henry Lozano Bonilla y otros

Demandado: Departamento del Tolima – Secretaría Seccional de Salud del Tolima – Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de los demandantes contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima el 30 de abril de 1998, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES:**La demanda**

El 11 de septiembre de 1996 los señores Henry Lozano Bonilla, Gerardo Bonilla y Ana Farid Aponte Bonilla, por medio de apoderado judicial, presentaron demanda de reparación directa contra el Departamento del Tolima – Dirección Seccional de Salud y el Hospital Federico Lleras Acosta, con el fin de que se les declarara responsables de los perjuicios sufridos por la muerte de la señora Olinda Bonilla, ocurrida el 30 de abril de 1995 en el Hospital General de Neiva.

Como consecuencia de la declaración anterior, solicitaron que se condenara a las entidades demandadas a pagar, por concepto de daño moral, el equivalente, en pesos, de 2.000 gramos oro en favor de cada uno de los demandantes, en su condición de hijos de la víctima.

Los demandantes narraron que, aproximadamente hacia las 11:00 a.m. del 29 de abril de 1995, la señora Olinda Bonilla ingresó al Centro de Salud del Barrio el Jordan de Ibagué, en donde se le diagnosticó cefalea producida por hipertensión. Allí recibió las primeras atenciones médicas y se recomendó a los familiares trasladarla al Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué, el cual se negó a prestarle atención médica a la paciente porque el personal médico de la entidad se encontraban en paro. Por lo anterior, se dispuso el traslado de la señora Bonilla al Hospital General de Neiva, Hernando Moncaleano Perdomo. El traslado se hizo en una ambulancia del Centro de Salud del Barrio el Jordan, la cual no contaba con los implementos médicos mínimos para prestar atención de urgencias.

El Hospital de Neiva se negó, en principio, a recibir la paciente aduciendo que no se había autorizado su remisión. Posteriormente, admitieron la paciente y le prestaron la atención médica requerida, sin embargo el centro hospitalario no contaba con el respirador necesario para salvar su vida.

El señor Henry Lozano Bonilla, hijo de la señora Olinda, quien se desempeñaba como auxiliar de enfermería del Hospital Federico Lleras Acosta, se comunicó con dicha entidad para reclamar por haber remitido a la paciente a Neiva en una ambulancia sin respirador, a pesar de que allí tenían 4 de estos equipos. Una enfermera de esa institución respondió que no fue posible suministrar el respirador porque no había personal médico que pudiera manejarlo y que no era posible remitir allí a la señora Bonilla porque el personal médico se encontraba en paro (Fls. 45-72 c. 1).

La demanda fue admitida mediante auto del 17 de septiembre de 1996 y fue notificada en debida forma (Fls. 73-79 c. 1).

La contestación de la demanda

El Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué E.S.E., contestó oportunamente la demanda, argumentando que la señora Olinda Bonilla nunca se presentó en dicha entidad ni fue atendida por su personal médico, razón por la cual no estaba llamado a responder por los hechos de la demanda (Fls. 83-89 c. 1).

El Departamento del Tolima manifestó que de haberse presentado una falla del servicio médico, ésta solo era imputable al Hospital General Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva y no al Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué, porque este último nunca atendió a la paciente. Fue el Hospital de Neiva el que se negó a recibir a la señora Olinda Bonilla argumentando que la entidad no había autorizado la remisión. Mientras se tenía claridad sobre esta circunstancia, la paciente sufrió un paro respiratorio que no pudo ser atendido en debida forma porque el hospital no contaba con los elementos necesarios para atender la deficiencia respiratoria de la señora Bonilla.

Propuso como excepciones la falta de legitimidad en la causa por pasiva y de indebida integración del litisconsorcio necesario. Frente a la primera sostuvo que el Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué es una empresa social del Estado, del orden departamental, con personería jurídica propia, así que de presentarse una falla en el servicio, debe responder directamente. En cuanto a la segunda señaló que es el Hospital General de Neiva el llamado a responder por los hechos de la demanda, razón por la cual se le debe citar al proceso para que integre el litisconsorcio necesario, en los términos del artículo 83 del C.P.C. (Fls. 94-103 c. 1).

Por su parte, la Secretaría de Salud del Tolima señaló que de los hechos de la demanda no se deduce que los perjuicios reclamados hubieran sido producidos por culpa de sus funcionarios (Fls. 105-108 c. 1).

Practicadas las pruebas decretadas en auto del 28 de febrero de 1997, el Tribunal corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto. (Fls. 117, 157 c. 1).

El apoderado del Departamento del Tolima alegó de conclusión y en esa actuación sostuvo que el Hospital Federico Lleras Acosta no pudo prestar atención médica a la señora Olinda Bonilla por cese de actividades del personal médico de la entidad, situación *“que era imposible resistir por parte del Hospital (...) y que hizo necesaria la remisión de la paciente a la ciudad de Neiva”*. Por lo anterior, resaltó que el Hospital de Ibagué se encontraba ante una situación de fuerza mayor.

Reiteró las excepciones por falta de legitimación por pasiva y de indebida integración del litisconsorcio necesario (Fls. 159-166 c. 1).

Las demás partes guardaron silencio.

La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo del Tolima, en sentencia del 30 de abril de 1998, declaró no probadas las excepciones propuestas y negó las súplicas de la demanda.

En relación con las excepciones manifestó que, en este caso, no se configuró la falta de legitimación en la causa por pasiva, porque el Departamento del Tolima no fue vinculado al proceso para responder por los posibles perjuicios causados por el Hospital Federico Lleras Acosta, Empresa Social del Estado debidamente

representada en el proceso, sino por la responsabilidad que se pudiera imputar a la Secretaría de Salud del Departamento.

Acerca de la falta de integración del litisconsorcio necesario, indicó que respecto del Hospital General Moncaleano Perdomo de Neiva se configuraba un litisconsorcio facultativo y los demandantes optaron por no vincularlo al proceso.

En cuanto a la responsabilidad del Hospital Federico Lleras Acosta, señaló que la señora Olinda Bonilla no fue atendida en dicho centro hospitalario razón por la cual no se puede imputar a esa entidad responsabilidad alguna por falla del servicio.

Respecto de la Secretaría de Salud del Tolima consideró que la paciente fue atendida de manera oportuna y diligente por la Unidad Intermedia del barrio El Jordán y posteriormente remitida al Hospital General Moncaleano Perdomo de Neiva, donde falleció después de presentar dos paros respiratorios.

El recurso de apelación

El 12 de mayo de 1998, el apoderado judicial de los demandantes apeló la sentencia de primera instancia, pues, a su juicio, el Hospital Federico Lleras Acosta es responsable de la muerte de la señora Olinda Bonilla porque a pesar de contar con el respirador necesario para atender a la paciente se negó a recibirla porque los médicos de la entidad se encontraban en paro.

Sostuvo, que de no haberse presentado el cese de actividades por parte del personal médico del hospital, la señora Bonilla habría sido atendida oportunamente y no hubiera sido necesario trasladarla a Neiva, ciudad que se encuentra a 4 horas de distancia del Centro de Salud del barrio El Jordán de Ibagué (Fls. 178-183 c. 1).

Por su parte, el Ministerio Público solicitó traslado especial para emitir concepto

que rindió en los siguientes términos:

“Los hechos que se dejan descritos, debidamente probados, son demostrativos a juicio de esta Delegada de que se presentó una falla en la prestación del servicio de salud, por cuanto la señora OLINDA BONILLA ingresó a un Centro de Atención Secundaria de Salud de la ciudad de Ibagué y frente al agravamiento de su estado, no fue remitida como era lo apropiado al Hospital más cercano, que era el Federico Lleras Acosta de esa ciudad, sino al Hospital General de Neiva, distante varias horas.

“La falla se evidencia precisamente porque no fue ingresada al Hospital cercano, debido a que éste no estaba prestando el servicio que le correspondía de acuerdo a su naturaleza de entidad prestataria de salud de Tercer Nivel; la causa de esa no prestación del servicio – renuncia masiva de los profesionales de la medicina -, no tiene entidad suficiente como para justificar el mal funcionamiento del servicio, a la luz de las normas de responsabilidad extrapatrimonial del Estado.

“No obstante lo anterior, se advierte la ausencia de prueba respecto del nexo causal entre el daño sufrido por los demandantes, consistente en la muerte de su madre, señora OLINDA BONILLA y la falla del servicio que se presentó. (...)

“No puede perderse de vista que lo que se presupone es, como se dijo, la falla, más no el nexo causal. Es decir, que sigue radicada en cabeza del demandante la carga probatoria respecto de la relación de causa a efecto que se presenta, entre el daño y la actuación de la administración, y que no puede predicarse que en todos los casos en los que existe una relación entre el paciente y los servicios médicos estatales, estos hayan sido los causantes del daño. (...)” (Fls. 196-205 c. 1).

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima el 30 de abril de 1998, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. Consideraciones sobre la responsabilidad estatal por falla en la prestación de servicios de salud.

En relación con el tema de la responsabilidad del Estado por la prestación de los servicios de salud, la Sala otrora manifestó que se trataba de un asunto que debía resolverse como falla del servicio probada, pues las obligaciones asumidas por el prestador del servicio eran de medio y no de resultado. Esta tesis fue modificada en sentencia del 30 de julio de 1992⁶⁰, en la cual la Sala expresó:

“Por norma general corresponde al actor la demostración de los hechos y cargos relacionados en la demanda. Sin embargo, con mucha frecuencia se presentan situaciones que le hacen excesivamente difícil, cuando no imposible, las comprobaciones respectivas, tal es el caso de las intervenciones médicas, especialmente quirúrgicas, que por su propia naturaleza, por su exclusividad, por la privacidad de las mismas, por encontrarse en juego intereses personales e institucionales, etc., en un momento dado se constituyen en barreras infranqueables para el paciente, para el ciudadano común obligado procesalmente a probar aspectos científicos o técnicas profesionales sobre los cuales se edifican los cargo que por imprudencia, negligencia o impericia formula en el ejercicio de una determinada acción judicial, contra una institución encargada de brindar servicios médicos u hospitalarios.

“Sin duda, resultaría más beneficioso para la administración de justicia en general, resolver esta clase de conflictos, si en lugar de someter al paciente, normalmente el actor o sus familiares, a la demostración de las fallas en los servicios y técnicas científicas prestadas por especialistas, fueran éstos, los que por encontrarse en las mejores condiciones de conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta profesional, quienes satisficieran directamente las inquietudes y cuestionamientos que contra sus procedimientos se formulan. (...)”

En sentencia del 10 de febrero de 2000, esta Sala re-estudió la anterior posición y precisó:

“En relación con esta posición, reiterada por la jurisprudencia de esta Sala a partir de la expedición del fallo citado, se considera necesario precisar que, si bien tiene origen en el llamado principio de las cargas

⁶⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera. Exp. 6782. Sentencia del 30 de julio de 1992. M.P.: Daniel Suárez Hernández.

probatorias dinámicas – cuya aplicación, aunque no tiene sustento en nuestra legislación procesal, puede decirse que encuentra asidero suficiente en las normas constitucionales que relievan el principio de equidad – ha resultado planteada en términos tan definitivos que se ha puesto en peligro su propio fundamento. En efecto, el planteamiento ha llevado a aplicar, en todos los casos de daño causado en desarrollo de la prestación del servicio médico asistencial, la teoría de la falla del servicio presunta, exigiéndosele siempre a las entidades públicas demandadas la prueba de que dicho servicio fue prestado debidamente, para poder exonerarse de responsabilidad.

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

“Así las cosas, la tarea del juzgador resulta más ardua y exigente, pues es él quien debe establecer, en cada caso, cuál de las partes se encuentra en condiciones más favorables para demostrar cada uno de los hechos relevantes, en relación con la conducta del demandado, para adoptar la decisión. (...)”⁶¹

En este orden de ideas, la Sala ha concluido que la demostración de la falla en la prestación del servicio médico asistencial será carga de la parte demandante, a menos que aquélla resulte extraordinariamente difícil o prácticamente imposible y dicha carga se torne, entonces, excesiva. Sólo en eventos como estos y de manera excepcional, la Sala⁶² ha considerado procedente la inversión del deber probatorio, previa la inaplicación del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil -que obligaría a la parte actora a probar siempre el incumplimiento por el demandado de su deber de prestar debidamente el servicio mencionado-, por resultar la regla en él contenida, en el respectivo caso concreto, contraria a la

⁶¹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Exp. 11878. Sentencia del 10 de febrero de 2000. M.P.: Alier Hernández Enríquez.

⁶² Consejo de Estado, Sección Tercera. Exp. 14696. Sentencia del primero de julio de 2004. M.P.: Alier Hernández Enríquez.

equidad, prevista en el artículo 230 de la Constitución Política como criterio auxiliar de la actividad judicial⁶³.

II. Acerca de la causalidad bajo el régimen de responsabilidad extracontractual del estado por la prestación de servicios de salud.

Esta Corporación nunca ha dejado de reconocer la dificultad que los demandantes enfrentan al asumir el deber de probar la relación de causalidad:

“Ahora bien, observaciones (...) que se refieren a las dificultades que ofrece para el demandante la demostración de la falla del servicio, se han hecho respecto de la prueba de la relación de causalidad existente entre el hecho de la entidad demandada y el daño del cual resultan los perjuicios cuya indemnización se reclama. En efecto, también en ello están involucrados elementos de carácter científico, cuya comprensión y demostración resulta, en ocasiones, muy difícil para el actor”⁶⁴.

No obstante, a propósito de la responsabilidad médica, debe quedar claro que los alivios dispuestos en ese régimen para la carga probatoria de la falla en el servicio no pueden también operar en lo que tiene que ver con la prueba de la relación de causalidad.

La consecuencia directa del cuestionamiento permanente a propósito de la causalidad ha sido la de ver como posible una modulación que no sólo se ha mostrado necesaria en nuestro medio, sino en casi todos los regímenes jurídicos modernos. Por esta razón, se ha planteado un cierto aligeramiento de la carga probatoria del demandante, a quien, conforme lo dispuesto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, corresponde demostrar los supuestos de hecho del artículo 90 de la Constitución Política.

⁶³ Sobre la aplicación de la equidad como criterio auxiliar de la actividad judicial, que permite la corrección de la ley para evitar una consecuencia injusta no prevista por el legislador, ver sentencias de la Corte Constitucional C-1547 de 2000 y SU-837 de 2002.

⁶⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 1 de julio de 2004, expediente 14696.

Sin embargo, el aligeramiento de la carga probatoria del demandante en estos casos no conlleva, *per se*, una presunción de causalidad, en virtud de la cual pudiera corresponder al demandado y no al demandante la carga probatoria en cuestión.

La Sala, a propósito de ese aligeramiento de la carga probatoria de la falla médica en casos de muy difícil esclarecimiento, ha sostenido:

“Por lo demás, dicha valoración debe efectuarse de manera cuidadosa, teniendo en cuenta que – salvo en casos excepcionales, como el de la cirugía estética y el de la obstetricia, entre otros, que han dado lugar a la aplicación de regímenes de responsabilidad más exigentes para el demandado – los médicos actúan sobre personas que presentan alteraciones de la salud, lo que implica el desarrollo de diversos procesos en sus organismos, que tienen una evolución propia y, sin duda, en mayor o menor grado, inciden por sí mismos en la modificación o agravación de su estado, al margen de la intervención de aquellos”⁶⁵.

Al respecto Ricargo de Angel Yagüez ha explicado lo siguiente⁶⁶:

“En consideración al grado de dificultad que representa para el actor la prueba de la relación de causalidad entre la acción del agente y el daño en los casos en que esté comprometida la responsabilidad profesional, no solo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación causal, se afirma que cuando sea imposible esperar certeza o exactitud en esa materia el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia”.

Es decir, la relación de causalidad queda probada cuando los elementos de juicio suministrados conducen a un grado suficiente de probabilidad.

Siempre se ha dicho que para que pueda ser declarada la responsabilidad

⁶⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera. Exp. 14696, sentencia del primero de julio de 2004. M.P.: Alier Hernández Enríquez.

⁶⁶ Cfr: “Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)”. Ed. Cvitas S.A., Madrid, 1995, pág. 77.

UNIVERSIDAD DE LA SABANA
INSTITUTO DE POSTGRADOS
RESUMEN ANALÍTICO DE INVESTIGACIÓN

ORIENTACIONES PARA SU ELABORACIÓN:

El Resumen Analítico de Investigación (RAI) debe ser elaborado en Excel según el siguiente formato registrando la información exigida de acuerdo la descripción de cada variable. Debe ser revisado por el asesor(a) del proyecto. EL RAI se presenta (quema) en el mismo CD-Room del proyecto como un segundo archivo denominado: " RAI "

No.	VARIABLES	DESCRIPCIÓN DE LA VARIABLE
1	NOMBRE DEL POSTGRADO	ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y DEL ESTADO
2	TÍTULO DEL PROYECTO	ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA AL ESTADO EN MATERIA DE ANESTESIOLOGÍA
3	AUTOR(es)	MARIN REINA YEYMMY DAYANA
4	AÑO Y MES	FEBRERO DE 2010
5	NOMBRE DEL ASESOR(a)	IBARRA MARTÍNEZ FREDY HERNANDO
6	DESCRIPCIÓN O ABSTRACT	<p>EN COLOMBIA SE VIENE JUZGANDO LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS MÉDICOS BAJO EL TÍTULO DE FALLA DEL SERVICIO, PERO, SEGÚN EL PARÁGRAFO DEL ARTÍCULO 1 DE LA LEY 9 DE 1991, LA RESPONSABILIDAD DEL MÉDICO DEBE SER OBJETIVA, DADO QUE, DICHA ESPECIALIDAD DE LA MEDICIA ES UNA ACTIVIDAD PELIGROSA Y, PORQUE A TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 90 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, PODRÍA TRATARSE DE UNA OBLIGACIÓN DE RESULTADO, YA QUE, NO ES POSIBLE ACEPTAR QUE NO SE SUPRIMA EN EL PACIENTE: ANCIEDAD, DOLOR, O LA ACTIVIDAD REFLEJA, ETC., CUANDO ES ELLOO PRECISAMENTE LO QUE SE BUSCA, MAS AÚN SI SE TIENE EN CUENTA EL CONENIDO Y ALCANCE DEL ARTÍCULO 1º DE LA LEY 9 DE 1991.</p> <p>The Court in Colombia has been judging the responsibility of the State for the medical provision services against failure of service, but, according to the paragraph in article 1 of rule 9 / 1991, the liability's doctor should be objective, because that medicine speciality is a dangerous activity. Because according to article 90 of the political constitution it could be an a result obligation that is why YOU CAN NOT ACCEPT TO DELETE DE PATEINT: anxiety, pain or reflex activity, etc., WHEN IT IS EXACTLY WHAT YOU WANTED</p>
7	PALABRAS CLAVES O DESCRIPTORES	RESPONSABILIDAD OBJETIVA DEL ESTADO EN ANESTESIOLOGÍA
8	SECTOR ECONÓMICO AL QUE PERTENECE EL PROYECTO	MÉDICO Y JURÍDICO
9	TIPO DE INVESTIGACIÓN	ENSAYO
10	OBJETIVO GENERAL	¿ES POSIBLE IMPUTAR RESPONSABILIDAD OBJETIVA AL ESTADO EN CUANTO TIENE QUE VER CON LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS MÉDICOS DE ANESTESIOLOGÍA?
11	OBJETIVOS ESPECÍFICOS	1. ¿QUÉ NORMATIVIDAD REGULA LA PRÁCTICA DE LA ANESTESIOLOGÍA EN COLOMBIA?. 2. ¿CUÁL HA SIDO LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL QUE HA FIJADO EL CONSEJO DE ESTADO SOBRE EL TEMA? 3. ¿QUÉ CRITERIOS LES MERECE LA MATERIA A LOS DOCTRINANTES?. 4. ¿CÓMO DEBE TRATARSE EL PUNTO?.

12	FUENTES BIBLIOGRÁFICAS	<p>BOERES, Alberto José y REMEDIOS DE CARRECCO, Ana. "Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio". Abeledo-Perrot Buenos Aires (Argentina). 1997.</p> <p>COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 6. (16, enero, 1991). Por la cual se reglamenta la especialidad médica de anestesiología y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 1991. No. 39.631.</p> <p>COLOMBIA. GOBIERNO NACIONAL - MINISTERIO DE SALUD (hoy Ministerio de la Protección Social). Decreto 0097. (12, enero, 1996). Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 6 de 1991, sobre la especialidad médica de Anestesiología. Bogotá, D.C. 1996.</p> <p>DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA ALCALÁ, Calixto. "Responsabilidad Objetiva y Nexo Causal en el Ámbito Sanitario". Edit. Comares, S.L. Granada, 2006.</p> <p>GHERSI, Carlos Alberto. "Responsabilidad Profesional". Edit. Astrea Buenos Aires (Argentina), 1996.</p> <p>LORENZETTI, Ricardo Luis. "Responsabilidad Civil de los Médicos". Rubinzal-Culzoni Editores Buenos Aires (Argentina), 1997.</p> <p>FERNÁNDEZ MUÑOZ, Mónica Lucía. "La Responsabilidad Médica. Problemas Actuales". Grupo Editorial Ibáñez Bogotá (Colombia), 2008.</p> <p>HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Alier Eduardo y FRANCO GÓMEZ, Catalina. "Responsabilidad Extracontractual del Estado, Análisis de la Jurisprudencia del Consejo de Estado". Edit. Ediciones Nueva Jurídica Bogotá, 2007.</p>
13	RESUMEN O CONTENIDO	<p>Con el presente ensayo se pretende establecer si es posible imputar responsabilidad objetiva al Estado en cuanto tiene que ver con la prestación de los servicios médicos de anestesiología, dado que, la norma que regula la materia, esto es, la ley 6 de 1991, ha tenido diversas interpretaciones, sin que sea unánime la opinión al respecto, por lo que, la investigación se realizó en cuatro capítulos, a saber: en una primera parte estableció qué normatividad regula la materia, para lo cual se realizó un análisis de las normas vigentes que fijan las reglas sobre la práctica de la anestesiología en Colombia; en un segundo acápite, se hizo un estudio de la evolución jurisprudencial que ha fijado el Consejo de Estado en relación con dicho campo; en el tercero, se fijó el criterio de los doctrinantes sobre la materia, y en el último capítulo, se puso de presente la posición propia sobre cómo debe tratarse la responsabilidad patrimonial del Estado en el campo de los servicios de anestesiología.</p> <p>En Colombia existe una marcada tendencia a tratar el tema de la responsabilidad médica únicamente bajo el régimen subjetivo de atribución de responsabilidad, luego, resulta interesante explorar y proponer que, en algunos precisos eventos, como en materia de anestesiología, si es posible o no una perspectiva de análisis diferente, y respecto al tema objeto de estudio, no se impute responsabilidad a título de falla del servicio.</p> <p>En Colombia la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la responsabilidad médica ha tenido diversas fases, aunque, siempre se ha hablado de que el título de imputación en materia médica es la falla del servicio, es decir, que en Colombia se ha venido juzgando la responsabilidad médica estatal bajo el régimen de atribución subjetiva, donde necesariamente se debe calificar la conducta del demandado.</p>
14	METODOLOGÍA	INVESTIGATIVA, ANALÍTICA Y COMPARATIVA.
15	CONCLUSIONES	La responsabilidad del Estado por la prestación de los servicios médicos asistenciales siempre ha sido de corte subjetivo, siendo la falla del servicio el título jurídico de atribución de responsabilidad por excelencia.

patrimonial se requiere tener certeza sobre la existencia del nexo causal. Aun cuando en lógica formal la idea de probabilidad parezca oponerse a la idea de certeza, resulta oportuno destacar que ello no es así en el derecho de daños, porque la causalidad de que se trata es la adecuada y, por lo mismo, la probable, de manera que si la probabilidad es alta, lleva a la certeza acerca del nexo causal y, por consiguiente, abre paso a la condena, siempre que además haya prueba de la falla y del daño⁶⁷. Lo anterior, es el modo en que la llamada causalidad adecuada llega hasta sus más lejanas fronteras, en todo caso, sin invadir el mundo de la especulación:

“Ni aún en el evento de que se hubiera probado una falla del servicio habría lugar a declarar la responsabilidad del Estado mientras el vínculo causal no hubiera sido establecido, al menos como probable”⁶⁸.

Ello no significa que esta Corporación haya dado cabida a la presunción de causalidad en la responsabilidad derivada de la prestación de servicios médico asistenciales, porque esta será siempre improcedente. En efecto, aceptar esta tesis implicaría incurrir en una evidente contradicción, en la medida en que supondría la aplicación, tratándose de la responsabilidad por la prestación del servicio médico asistencial, de un régimen más gravoso para el demandado, inclusive que el objetivo⁶⁹.

Así que no es cierto que en la responsabilidad médica opere una presunción de causalidad sino que, aun cuando al demandante le incumbe probar la existencia de dicha relación, el juez puede hallar certidumbre sobre ésta si hay un *“alto grado de probabilidad”* de que el acto médico –causa-, sea la razón determinante de la enfermedad, secuela o muerte –efecto-.

⁶⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera. Exp. 12655. Sentencia del 7 de octubre de 1999. M.P.: Carlos Betancur Jaramillo. “Se trata tanto de una regla de valoración y de razonamiento para el juzgador ante la falta de prueba de la falla, aunque no de los otros extremos (el daño y la relación causal adecuada), como de una regla dirigida a regular la conducta procesal de las partes”.

⁶⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera. Exp. 12843. Sentencia del 22 de marzo de 2001. M.P.:

⁶⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Exp. 14696, sentencia del primero de julio de 2004. M.P.: Alier Hernández Enríquez.

Por consiguiente, debe la Sala reiterar lo que sobre este particular ha sostenido⁷⁰:

“(...) de acuerdo con los criterios jurisprudenciales reseñados, la causalidad debe ser probada siempre por la parte demandante y sólo es posible darla por acreditada con la probabilidad de su existencia, cuando la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos involucrados o la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación impidan obtener la prueba que demuestre con certeza su existencia”.

Ahora bien, la diferencia entre *“presunción de causalidad”* – que no se aplica en estos casos – y *“regla de prueba”* – que sí se aplica -, no resulta inane toda vez que la primera, como presunción que es, puede ser desvirtuada por la parte contra la cual pesa, mientras que bajo la noción de regla de prueba se tiene que una vez verificado *“el suficiente grado de probabilidad”*, queda establecido y plenamente probado el nexo causal.

De la prestación de servicios médico asistenciales, o de lo que más técnicamente ha de llamarse *“acto médico”*, se desprenden unos deberes principales y otros deberes secundarios, siendo fundamental, de cara al eventual incumplimiento de unos u otros, estimar de qué modo dicho incumplimiento resulta determinante en la causación del daño.

Por la aceptada existencia de unos y otros deberes y, más aún, por la infinidad de formas en que pueden llegarse a entender éstos como observados o inobservados, hay que asentir ante quienes sostienen que la actividad médica comporta *“una relación jurídica compleja”*.

Las anteriores consideraciones serán tenidas en cuenta para valorar los hechos de la demanda y el material probatorio en el proceso, a fin de establecer si está demostrada en este caso la responsabilidad de las entidades demandadas.

⁷⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera. Exp. 13284. Sentencia del 22 de marzo de 2001 M.P.: Ricardo Hoyos Duque.

III. Caso concreto

Dentro del expediente se encuentran las siguientes pruebas:

- Registro de defunción, que indica que la señora Olinda Bonilla falleció el 30 de abril de 1995 por A.C.V. isquémico, hipertensión arterial severa (Fl. 16 c. ppal).

- Testimonio de Rómulo Salazar Fernández, médico de la unidad Intermedia del barrio El Jordan de Ibagué, quien manifestó que el 29 de abril de 1995 atendió a la señora Olinda Bonilla a quien diagnosticó crisis hipertensiva. Manifestó:

“Se inició manejo de la paciente, la cual se estabilizó persistiendo cefalea leve, durante el transcurso del día no hubo cambios significativos con respecto al estado del paciente hasta que entregué el turno (...). En el transcurso del día la paciente fue comentada con los médicos de urgencia del Federico Lleras y se consideró que continuara la paciente en observación dado que la paciente no presentaba ninguna gravedad” (Fl. 3 c. 2).

- A folio 12 del cuaderno 4 de pruebas obra un registro de la Secretaría de Salud del Tolima – Grupo de Emergencias y desastres, en el cual consta que el 29 de abril de 1995 a las 23:50 p.m., la señora Olinda Bonilla fue trasladada del Centro de Salud Jordan al Hospital de Neiva.

- Informe pericial elaborado por la doctora Adriana Rojas Barrero, médico perito forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, seccional Tolima, en el cual indicó:

“1- Hoja de remisión del Centro de salud Jordan octava etapa: *“pte con cuadro de pérdida del conocimiento de 1 tarde de evolución el cual inició con lipotimia y gran agitación posterior. La paciente es hipertensa y hace 4 días no toma la droga ...ta ingreso 190/110 ... con dificultad respiratoria pupilas anisocóricas con midriasis ojo derecho ... solo responde a estímulos dolorosos. Idx. HTA. Emergencia hipertensiva. Hemorragia subaracnoidea.*

“2- Historia clínica del hospital General de Neiva: “paciente de 60 años quien ingresó el 30-04-95 por urgencia valorada por Medicina Interna quien encontró paciente hipertensa que suspendió el tratamiento con pérdida súbita del conocimiento signos de focalización, anisocoria, ... descerebración responde solo a estímulos dolorosos. IDx ACV hemorrágico ACMD se solicitó valoración por neurocirugía. Dificultad respiratoria con periodos de apnea, importantes estertores diseminados con expectoración rosada sugestivos de edema pulmonar ... Neurocirugía Glasgow 6/15. Anisocoria derecha no reactiva, facial asimétrico ... IDx: ACV hemorrágico. 17 horas: TAC cerebral: presencia de múltiples áreas hipodensas frontal bilateral, occipital media. No hay colecciones extraxiales. Conclusión: accidente vascular isquémico. Plan: manejo de UCI. Pte presentó dos paros cardiorrespiratorios, le iniciaron tratamiento con antibióticos ante la probabilidad de broncoaspiración, fallece a las 22:30. Recibió tratamiento con líquidos endovenosos, antihipertensivos, diuréticos, antiácidos y antibióticos. (...)

“Conclusión: Paciente de 60 años quien fallece por falla multisistémica secundaria a hipoxia cerebral secundaria a accidente vascular isquémico”. (Fls. 7-8 c. 3 pruebas).

- Informes números 01749, 01750 y 01751 del 14 de abril de 1997 suscritos por el Gerente del Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué E.S.E., en los cuales indicó:

“Revisada la documentación que obra en este Hospital, se pudo establecer que la Sra. OLINDA BONILLA, no ingresó en el año de 1995 a esta Institución” (Fl. 2 c. 3).

“De acuerdo a las notas, encontradas en el libro de novedades de urgencias para las fechas del 29 y 30 de abril de 1995, se establece que esta paciente no ingresó al Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué Tolima – Empresa Social del Estado. Que el día 30 de abril de 1996 (sic) a las 00:20 hora, se envió a la Dra. Dennys Guzmán (Médico Interno) y a la Sra. Olinda Zapata, Auxiliar de Enfermería para trasladar un paciente desde la Unidad Intermedia del Jordan 8ª. Etapa a la Unidad de Cuidados Intensivos del Hospital General Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva.

“Existe también una nota de las 7:40, donde indica que la Dra. Dennys Guzmán todavía se encontraba en Neiva. Después de las 11:00 horas se informó el regreso de la Dra., con la novedad que no estaba confirmándose la remisión ni había cama en UCI (Unidad de Cuidados Intensivos), por lo que tuvieron que dejar el paciente en urgencias del Hospital de Neiva. Por último se reporta una llamada de Neiva (Henry

Lozano), para informar que la mamá OLINDA BONILLA no la habían atendido en el Hospital de Neiva porque no habían camas disponibles y necesitaba una escanografía. Se llamó a la consola para verificar la información y el Dr. Vanegas informa que ya se comunicaron con el Hospital de Neiva donde informaron que el paciente ya había sido valorado por el Neurocirujano y que el estado era crítico. La anterior nota fue firmada por la Enfermera Nancy Calderon y Leonor Valderrama.

“Por lo anterior se establece que no aparece que la Sra. Olinda Bonilla haya ingresado en el año de 1995 a este Hospital” (Fls. 1-2 c. 4).

“Se presentó una renuncia de la mayoría de los Médicos, renunciadas que no fueron aceptadas, y que afectó la prestación normal de los servicios del Hospital. (...)

“Si se atendieron pacientes en el área de urgencias. (...) No hubo paro médico y durante la situación motivada por las renunciadas de los médicos, no se utilizaron los respiradores, porque no había el personal especialista para ordenar los tratamientos e impartir las instrucciones para su uso. (...)

“El Hospital Federico Lleras Acosta no remitió a la Sra. OLINDA BONILLA el día 30 de abril de 1995 al Hospital General de Neiva Hernando Moncaleano Perdomo.

“Si se cuenta con varios respiradores o ventiladores artificiales. Estos son, manejados por personal de enfermería previamente entrenado, pero siempre cumpliendo instrucciones dadas por el médico especialista tratante. (...)” (Fls. 1-3 c. 2).

- Informe 002431 del 28 de abril de 1997, suscrito por el Secretario de Salud del Tolima, en el cual indicó que dentro del término de la urgencia presentada en el Hospital Federico Lleras Acosta como consecuencia de la renuncia de los médicos de la entidad, se elaboró un plan de contingencia con la red de servicios existentes para atender la prestación del servicio de salud con otras entidades, entre las cuales estaba el Hospital General de Neiva. Los servicios fueron cancelados con los fondos de la Secretaría de Salud del Tolima (Fl. 6 c. 3).

- Testimonio de Francisco Montoya Quesada, Médico Cirujano, que laboraba en el Servicio Seccional de Salud cumpliendo funciones de turnos de consola, quien

manifestó:

“Ante la renuncia de los médicos del Hospital se declaró una emergencia y procedimos a contratar con los diferentes servicios de salud del país y los hospitales de los departamentos limítrofes. Concretamente no recuerdo haber atendido el caso de esta señora pero el manejo en general que se le dio a las personas que solicitaron los servicios al Federico Lleras sobre la valoración clínica y la conducta a seguir con los pacientes una vez obteníamos esto, investigábamos en los distintos sitios incluidas las Clínicas particulares de la ciudad y una vez se comprometían a recibirlos, remitíamos el paciente. En esa oportunidad que yo recuerde fueron remitidos pacientes al Huila, concretamente al Hospital de Neiva, a Manizales al Hospital Universitario y Pediátrico y a Bogotá a los diferentes centros incluida la fundación Santafe” (Fl.3 c. 4)

- Declaración de José Orlando Quiñónez Pineda, médico especialista en medicina familiar, quien para la época de los hechos se desempeñaba como coordinador Técnico de la Secretaría de Salud del Tolima:

“Para esa época se presentó un movimiento de los Médicos vinculados con el Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué que no fue calificado propiamente como paro en razón a que ellos habían presentado renuncia y después de cumplir un mes de presentada sin que se hubieran resuelto algunas pretensiones que tenían de tipo laboral, se retiraron del Hospital la mayoría de especialistas quedando en funcionamiento los servicios de Urgencias con los médicos generales de planta y unos pocos especialistas que atendían casos urgentes. (...) Ante la emergencia presentada el Comité Técnico y con la Coordinación del Grupo de Emergencias de la misma Secretaría de Salud también coordinando con otras instancias departamentales, con el Gerente del Hospital Federico Lleras y por consultas con el Ministerio de Salud, se trazó lo que se denomina un plan de contingencia que permite atender eventos de cualquier clase que amenacen de manera seria la salud pública. (...) Con esas herramientas se convino dentro de los Hospitales con la Clínica Tolima de Ibagué, Centro Médico La Quinta, dentro del sector público con el Hospital Regional del Líbano, el San Rafael del Espinal y fuera del departamento con el Hospital San Rafael de Girardot, Hospital de Armenia, el Hospital de Neiva, el Hospital de Caldas y el infantil de Manizales, así como varios de Bogotá (...). Otro componente en este plan fue el de establecer turnos para los profesionales médicos que desempeñábamos cargos administrativos en la Secretaría, turnos llamados de consola los cuales consisten en permanecer con el radio operador atendiendo las solicitudes de diferentes organismos de salud para con un criterio médico complementado para el caso con el

conocimiento administrativo de la situación lograr orientar de la mejor manera posible la remisión y ubicación de los pacientes que lo requerían. (...) Durante esa época si se atendieron pacientes en la sección de Urgencias del Hospital Federico Lleras y deben existir los registros clínicos (...). Efectivamente por el retiro de varios médicos especialistas del Hospital Federico Lleras un grupo de pacientes no podían ser atendidos allí y se recurría a otros centros de la ciudad, del departamento o fuera de él para su atención. (...) para la fecha el Hospital de Neiva tenía un desarrollo tecnológico y científico al del Federico Lleras de Ibagué con una ventaja y es que tenían más facilidad para la práctica de tomografía que es un medio diagnóstico muy importante en problemas del sistema nervioso central. (...)”

- Martha Beatriz Díaz Lozano, quien en abril de 1995 se desempeñaba como profesional encargada de la coordinación del Grupo de Emergencias y Desastres de la misma Secretaría, señaló:

“(...) a raíz de la renuncia de los médicos (...), fue declarado declarar (sic) una urgencia manifiesta e implementar un plan de contingencia para suplir la deficiencia en el servicio (...), por lo tanto fue necesario adecuar y reforzar la red de servicios de salud existente especialista a expensas de los Hospitales del Nivel dos del Departamento, la solicitud al Seguro Social, las Clínicas privadas de la ciudad y hospitales de otros departamentos (...), además fue necesario contratar profesionales para atenciones específicas como el caso de un pediatra que atendió en el Hospital Federico Lleras. (...) Además para la coordinación administrativa de las remisiones de pacientes se reforzó la central de comunicaciones con el servicio de consola prestado por médicos inicialmente los médicos administrativos que habíamos (sic) en la secretaría de salud empezamos a hacer los turnos para cubrir las 24 horas pero al hacerse esto insuficiente e insostenible porque no podían atender el resto de actividades se contrataron médicos para la consola (...) quienes por turnos cubrieron las 24 horas. (...) Por tal razón si un paciente era remitido la decisión es del médico tratante y en esa época la consola de la Secretaría daba el apoyo para la consecución de la institución prestadora de servicios donde se pudiera manejar el caso de tal manera que se informaba al médico tratante del sitio donde había una cama disponible o donde se pudiera realizar un examen. Una vez conocido por la consola la necesidad de remitir un paciente por cualquiera de las entidades prestadoras de servicio de la Red Pública del Tolima como quien recibía la información era un médico, se evaluaba conjuntamente con él el sitio donde podía ser más conveniente considerando el estado clínico del paciente la remisión. Se llamaba a la entidad donde se pensaba remitir el paciente, bien fuera por teléfono radio, se presentaba el caso al médico de esa entidad y si ésta aceptaba

el paciente se procedía a la remisión, de todos estos hechos se hacían registros en la consola de la secretaría. El Hospital Federico Lleras atendió pacientes en esa época. Lo que sucedía (sic) que habían renunciado los especialistas y algunos de sus médicos generales en la práctica se convirtió un hospital de nivel uno, es decir, dejó de ser un hospital de alta tecnología (Fls. 8-10 c. 4).

- Por su parte, Ana Felisa Gutiérrez Díaz, enfermera del Hospital Federico Lleras, declaró lo siguiente:

“Henry Lozano trabajó en el Hospital Federico Lleras, yo no conocía su mamá no recuerdo la fecha pero fue para el paro de los médicos y el turno fue en horas de la tarde yo estaba en el servicio de urgencias cuando recibí una llamada que pasara al teléfono, y al otro lado del hilo telefónico estaba Henry Lozano (...) me dijo que estaba en Neiva y me contó que le habían remitido a su mamá para el hospital de dicha localidad. Empezó a llorar y que yo interviniera para que le devolvieran a la mamá para acá para el Hospital Federico Lleras porque según él la mamá necesitaba un respirador. Cuando el me comentó yo le contesté que eso era imposible porque en este momento el Hospital estaba en paro que cuando se la habían remitido a Neiva era porque el Hospital no contaba con los medios para la atención. (...)”.

Quando le preguntaron si en el Hospital Federico Lleras había respiradores para la fecha de los hechos, respondía que dicho hospital tenía 4 respiradores disponibles. Al respecto señaló: *“si habían ventiladores disponibles en el Hospital pero la unidad de cuidados intensivos que es donde permanecen estaba cerrada porque no había médicos y en urgencias no habían ventiladores”* (Fls. 7-8 c. 4).

- A folio 10 del cuaderno 3 obra certificado del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, Dirección Regional Tolima en el cual consta:

“Que revisado el archivo especializado que reposa en esta División de Trabajo, se encuentra el fólder correspondiente a CESES DE ACTIVIDADES. Que mediante auto No. 082 de fecha 25 de abril de 1995, en el cual se Comisionó a la Dra, DIANA MAYERLY LOPEZ BETANCOURT, Inspectora Segunda de Trabajo para constatar un cese de actividades en el HOSPITAL FEDERICO LLERAS ACOSTA, solicitud elevada por el Dr. JULIO ALFREDO LOZANO C., que mediante oficio I2-

204 de fecha 27 de abril de 1995 proferido por la Inspectora antes mencionada manifiesta: "... NO fue levantada acta dentro de la mencionada diligencia por cuanto la misma entidad que la solicitó concluyó que no era necesaria su realización..."

Advierte la Sala que del material probatorio reseñado no es posible establecer la falla que se imputa a las demandadas y menos aún la relación de causalidad que debía existir entre la muerte de la señora Olinda Bonilla y las actuaciones u omisiones de aquéllas, como pasa a puntualizarse respecto de cada de ellas, así:

1. En lo que se refiere al Departamento del Tolima –Secretaría de Salud – Centro El Jordan, observa la Sala que no se probó el estado de salud en que ingresó la paciente a dicho Centro asistencial, de manera que no se puede tener certeza acerca de la forma en que la acción u omisión de dicho centro hubiere provocado el deterioro del estado de salud de la paciente.

Tampoco se probó que la atención médica prestada allí hubiera sido irregular, impertinente o defectuosa.

Lo cierto es que la señora Olinda Bonilla fue atendida en ese Centro de Salud por el médico Rómulo Salazar Hernández quien consultó el estado de la paciente con los médicos de la unidad de urgencias del Hospital Federico Lleras Acosta; posteriormente se procedió a ubicar el Hospital más cercano, que estuviera en condiciones de atender a la paciente y una vez verificada la capacidad se dispuso la remisión al Hospital General de Neiva, en una ambulancia de la Secretaría del Salud del Tolima.

Por demás, resalta la Sala que de acuerdo con lo establecido en el informe pericial, la paciente era hipertensa y había suspendido sus medicamentos 4 días antes, circunstancia de la cual se puede inferir la participación de la víctima en los

hechos que dieron lugar a su muerte, pues la paciente, sin autorización, dejó de observar las prescripciones médicas.

En efecto, este hecho, tratándose de una persona que sufre de hipertensión arterial condición que la obligaba a tomar periódicamente algunos medicamentos, condujo eficientemente a la producción del hecho (alteración al estado normal de salud), por violación directa que hiciera la víctima de las obligaciones a las cuales estaba sujeta dados sus antecedentes y condiciones de salud, violación que no puede ser imputable al Estado, bajo ninguna circunstancia.

2. En relación con el Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué se tiene que esta entidad no prestó servicios médico asistenciales a la señora Olinda Bonilla los días 29 y 30 de abril de 1995. Tampoco tuvo contacto con la paciente pues de los informes se evidencia que ella nunca se presentó en el Hospital. En efecto, la paciente nunca llegó a la unidad de urgencias del Hospital y en ninguna parte existe prueba que acredite que se dispuso una remisión allí que no hubiera sido atendida por negligencia o por cualquier otra circunstancia.

Manifiestan los demandantes que dicho Hospital se negó a recibir a la señora Bonilla porque el personal médico se encontraba en paro. Al respecto se tiene demostrado que en el mes de abril los médicos de la entidad habían presentado renuncias masivas a sus empleos, razón por la cual se afectó la prestación normal de los servicios del Hospital y para atender esta emergencia, el Hospital adoptó las siguientes medidas:

- a) Continuó la atención médica de urgencias;
- b) Los médicos que desempeñaban en empleos administrativos en la Secretaría de Salud organizaron turnos de consola durante 24 horas, los cuales consisten en atender por radio las solicitudes de los diferentes centros de salud, para acordar

las remisiones de los pacientes a otras entidades con capacidad para atender cada caso;

c) El Comité Técnico y la Coordinación del Grupo de Emergencias de la Secretaría de Salud del Departamento del Tolima y el Hospital contactaron otras entidades prestadoras de servicios de salud de los municipios cercanos para que atendieran a los pacientes que requieran los servicios del Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué. Estos servicios fueron cancelados con los fondos de la Secretaría de Salud.

Como se observa, a la señora Olinda Bonilla nunca le fue negada atención alguna por el Hospital Federico Lleras Acosta como quiera que esta entidad no tuvo contacto alguno con la paciente en la fecha de la muerte. Aún teniéndose probado que en ese Hospital se produjeron algunas circunstancias que afectaron el normal funcionamiento de la entidad y de la prestación de los servicios médicos, no se encontró ninguna prueba que indicara que el Hospital se negó a recibir a la paciente. El material probatorio evidencia que el Hospital y la Secretaría de Salud adoptaron las medidas pertinentes para atender la situación de emergencia.

Ahora bien, en la demanda, los actores narraron que la ambulancia en la cual se trasladó a la señora Olinda Bonilla del Centro de Salud el Jordan al Hospital de Neiva era del Hospital Federico Lleras Acosta. Al respecto dirá la Sala que aunque no existe prueba concreta de que la ambulancia haya sido de propiedad del Hospital, no es posible determinar, con esa simple manifestación, que el hecho de prestar una ambulancia equivalga a que dicha entidad se hubiere negado a prestar atención médica a la paciente o que la prestó de manera deficiente, constituyendo así una falla.

En este orden de ideas se resalta que el Hospital nunca recibió ni atendió a la paciente, de tal manera que no es posible establecer que dicha entidad hubiera

tenido ingerencia en el deterioro de la salud de la señora Bonilla por acción o por omisión, menos aún cuando se tiene claro que la actuación de la paciente en el sentido de suspender los medicamentos fue determinante para que se presentara la afectación de su salud que dio lugar a su muerte.

Dado que, no se probó que el Hospital Federico Lleras Acosta hubiera atendido o se hubiera negado a atender a la paciente, ni que esta circunstancia hubiese sido determinante en la causa de la muerte y, como quiera que se observa que la entidad adoptó las medidas necesarias frente a una situación anormal en la prestación de los servicios de salud, advierte la Sala que, en este caso, no se configuraron los elementos constitutivos de una falla médica o de una falla del servicio que llegara a estar relacionada o incidir en la muerte de la señora Bonilla.

3. Respecto del Hospital General de Neiva Hernando Moncaleano Perdomo, la Sala se abstiene de emitir cualquier pronunciamiento, pues esta entidad no fue demandada ni vinculada al proceso.

En este orden de ideas, la Sala concluye que no se probaron los elementos constitutivos de responsabilidad extracontractual por falla del servicio, razón por la cual confirmará el fallo de primera instancia.

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

FALLA:

Primero. CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima el 30 de abril de 1998, en la que se niegan las súplicas de la demanda.

Segundo. DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, DEVUÉLVASE Y CÚMPLASE

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ
Presidente de la Sala

RUTH STELLA CORREA PALACIO

ALIER E. HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ
Ausente

FREDY IBARRA MARTÍNEZ

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

Anexo B. Pie de página No. 11

CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA

Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil seis (2006)

Expediente: 6300123310004398 01

Radicación interna número: 15.201

Actor: Néstor Javier López Zapata y otros.

Demandado: Instituto de Seguros Sociales "ISS"

Proceso: Acción de reparación directa

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia de 7 de mayo de 1998, proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío, en la cual se decidió lo siguiente:

"Primero: Niéganse las súplicas de la demanda.

"Segundo: Condénase en costas a los demandantes.

"Tercero: En firme esta providencia, archívese el expediente previa devolución a los demandantes del remanente, si lo hubiere, de la suma consignada para gastos del proceso." C.C.A." (fls. 158 cdno. ppal. 2ª instancia).

I. ANTECEDENTES

1. Mediante demanda presentada el 13 de enero de 1997, Néstor Javier López Zapata y Rubiela Rojas López, en nombre propio y en representación de sus hijos menores Jaime Andrés, Sandra Milena, Ana Lucía y Francisco Javier López Rojas, solicitaron, por intermedio de apoderado judicial, que se declarara patrimonialmente responsable al Instituto de los Seguros Sociales, ISS, por los

daños causados a Jaime Andrés López Rojas, al serle formulado y aplicado el medicamento denominado “amoxicilina” sin habersele realizado la prueba de reacción, de manera previa.

Como consecuencia de la anterior declaración, reclamaron que se condenara a la demandada a pagar las siguientes sumas de dinero:

- a. Para Jaime Andrés López Rojas 800 gramos de oro a título de daño moral objetivado, 1.000 gramos de oro por el daño moral subjetivado, y la suma de \$20.000.000,00 m/cte a causa del perjuicio fisiológico.
- b. Para los padres del menor afectado, un total de 1.000 gramos para cada uno de ellos, a título de perjuicio moral.
- c. Para los hermanos un total de 500 gramos de oro, como consecuencia del perjuicio moral padecido (fl. 15 cdno. ppal. 2a instancia).

En apoyo de sus pretensiones narraron que, el 28 de noviembre de 1995, Jaime Andrés López Rojas, de 7 años de edad, fue atendido en el CAB del Sur del ISS de la ciudad de Armenia a causa de una afección respiratoria, motivo por el cual se le medicó con fenobarbital, acetaminofén y penicilina, dándosele de alta el 29 de los citados corrientes. El 4 de diciembre del mismo año, en horas de la noche, se quejó de dolor en la garganta, por lo que, al día siguiente, fue valorado en consulta externa médica por la doctora Luz Stella Murillo Wills, quien le diagnosticó amigdalitis, recetándole amoxicilina x125 en suspensión – es decir, vía oral-. Ya en la casa, en cumplimiento de las disposiciones médicas, Jaime Andrés empezó a presentar salpullido en la totalidad del cuerpo, conjuntivitis y, adicionalmente, se le reventaron los labios.

El 10 de diciembre de 1995, fue llevado al CAB del ISS, en donde fue asistido por el doctor Luis Fernando Brito, quien le diagnosticó el síndrome de Stevens Johnson y le comunicó a la madre que el mismo se produjo como consecuencia de una intoxicación por el suministro de algún medicamento. El menor fue atendido por varios médicos hasta el 28 de diciembre siguiente en que fue dado de alta. A consecuencia de la enfermedad, el menor quedó con secuelas permanentes en la piel y con hipersensibilidad a la luz solar (fls. 1 a 5 cdno. ppal. 2ª instancia).

2. La demanda fue presentada originalmente ante los Jueces Civiles del Circuito de Armenia, correspondiéndole por reparto al Juez Segundo de esa ciudad, quien mediante providencia de 4 de febrero de 1997, la rechazó de plano por falta de jurisdicción y, así mismo, ordenó su remisión al Tribunal Administrativo del Quindío (fls. 21 y 22 cdno. ppal. 2ª instancia). El Tribunal Administrativo del Quindío admitió la demanda a través de auto de 1º de abril de 1997 (fls. 40 y 41 cdno. ppal. 2ª instancia).

3. Notificado el auto admisorio de la demanda, el ISS procedió a contestarla (fls. 55 a 62 cdno. ppal. 2ª instancia) para oponerse a las pretensiones formuladas en aquella y, de otra parte, llamó en garantía a la doctora Luz Stella Murillo Wills (fls. 63 a 65 cdno. ppal. 2ª instancia).

4. Practicadas las pruebas decretadas mediante auto de 11 de agosto de 1997, el tribunal corrió traslado a las partes para alegar y al Ministerio Público para que rindiera concepto (fls. 122 a 127 cdno. ppal. 2ª instancia y 140 cdno. ppal. 2ª instancia).

La parte actora presentó sus alegatos de conclusión de forma extemporánea, mientras que la demandada guardó silencio; de otra parte, el agente del Ministerio Público emitió concepto en el cual solicitó acceder a las pretensiones de la

demanda, con fundamento en que el menor sufrió un daño antijurídico que, si bien no fue ocasionado por una falla del servicio, no tenía la obligación de soportar (fls. 142 a 144 cdno. ppal. 2ª instancia)

1. Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia de 7 de mayo de 1998, el Tribunal Administrativo del Quindío desestimó las pretensiones de la demanda. En criterio de la corporación, en el asunto *sub examine*, debía darse aplicación al régimen de falla presunta del servicio, con base en el cual señaló que la parte actora no acreditó que el daño reclamado fue producido por la formulación y suministro del antibiótico amoxicilina.

Como consecuencia directa de lo anterior, no hizo ninguna manifestación en relación con la llamada en garantía y, de otra parte, condenó en costas a la parte actora sin señalar los motivos precisos para adoptar dicha determinación (147 a 158 cdno. ppal. 2ª instancia).

2. Recurso de apelación

La parte actora interpuso recurso de apelación en contra de la anterior sentencia (fls. 163 y 166 cdno. ppal. 2ª instancia); este último fue admitido mediante providencia de 6 de agosto de 1998 (fl. 171 cdno. ppal. 2ª instancia), y sustentado oportunamente dentro del término legal (fls. 172 a 175 cdno. ppal. 2ª instancia); en el traslado para presentar alegatos, las partes y el ministerio público guardaron silencio (fl. 204 cdno. ppal. 2ª instancia).

Los fundamentos de la impugnación (fls. 194 a 196 cdno. ppal. 2ª instancia), de manera concreta, fueron planteados a través del siguiente razonamiento:

- a. Si al menor le fue inicialmente suministrada penicilina cristalina vía intravenosa

y no presentó la reacción alérgica al citado medicamento, es lógico concluir que la medicina que desencadenó el síndrome de Stevens Johnson, no es otra que la amoxicilina.

b. En esa medida, se equivocó el tribunal cuando concluyó que, en el caso concreto, no se encuentra acreditado el hecho dañoso.

II. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites propios de la segunda instancia, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el asunto sometido a consideración, a través del siguiente derrotero: 1) Observaciones iniciales sobre la responsabilidad del Estado por la prestación del servicio de salud, 2) los hechos probados, y 3) valoración probatoria y conclusiones frente al caso concreto.

1. Observaciones iniciales sobre la responsabilidad del Estado por la prestación del servicio de salud

En relación con este tema y con el fin de aclarar algunos aspectos planteados en el proceso acerca del régimen de responsabilidad aplicable al caso concreto, se considera pertinente citar algunos apartes del fallo proferido el 10 de febrero de 2000, dentro del expediente 11.878. Manifestó la Sala en aquella oportunidad:

“El problema de la responsabilidad por la prestación del servicio médico asistencial fue resuelto por esta Sala, durante mucho tiempo, con apoyo en la teoría de la falla del servicio probada, partiendo de la base de que se trataba de una obligación de medios y no de resultados. Esta postura, sin embargo, comenzó a cuestionarse en algunos fallos⁷¹, hasta llegar a la unificación de criterios en torno al tema, con la expedición de la

⁷¹ Ver, entre otros, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección III, 24 de octubre de 1990. expediente 5902. actora: María Helena Ayala de Pulido.

sentencia de 30 de julio de 1992, con ponencia del Magistrado Daniel Suárez Hernández⁷², donde se adoptó la tesis de la falla del servicio presunta.⁷³ Expresó la Sala en esa oportunidad:

“...Por norma general corresponde al actor la demostración de los hechos y cargos relacionados en la demanda. Sin embargo, con mucha frecuencia se presentan situaciones que le hacen excesivamente difícil, cuando no imposible, las comprobaciones respectivas, tal el caso de las intervenciones médicas, especialmente quirúrgicas, que por su propia naturaleza, por su exclusividad, por la privacidad de las mismas, por encontrarse en juego intereses personales e institucionales, etc., en un momento dado se constituyen en barreras infranqueables para el paciente, para el ciudadano común obligado procesalmente a probar aspectos científicos o técnicas profesionales sobre los cuales se edifican los cargos que por imprudencia, negligencia o impericia formula... contra una institución encargada de brindar servicios médicos u hospitalarios.

“Sin duda, resultaría más beneficioso para la administración de justicia en general..., si en lugar de someter al paciente... a la demostración de las fallas en los servicios y técnicas científicas prestadas por especialistas, fueren éstos los que por encontrarse en las mejores condiciones de conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta profesional, quienes satisficieran directamente las inquietudes y cuestionamientos que contra sus procedimientos se formulan...”.

“En relación con esta posición, reiterada por la jurisprudencia de esta Sala a partir de la expedición del fallo citado, se considera necesario precisar que, si bien tiene origen en el llamado principio de las cargas probatorias dinámicas -cuya aplicación, aunque no tiene sustento en nuestra legislación procesal, puede decirse que encuentra asidero suficiente en las normas constitucionales que relievan el principio de equidad- ha resultado planteada en términos tan definitivos que se ha puesto en peligro su propio fundamento. En efecto, el planteamiento ha llevado a aplicar, en todos los casos de daño causado en desarrollo de la prestación del servicio médico asistencial, la teoría de la falla del servicio presunta, exigiéndosele siempre a las entidades públicas demandadas la prueba de que dicho servicio fue prestado debidamente, para poder exonerarse de responsabilidad.

“Resulta, sin embargo, que no todos los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente tienen implicaciones técnicas o científicas. Habrá que valorar, en cada caso, si éstas se encuentran presentes o no. Así, habrá situaciones en las que, sin duda, es el paciente quien se encuentra en

⁷² Expediente 6897.

⁷³ De esta evolución da cuenta el fallo expedido por la misma Corporación el 24 de agosto de 1992. expediente 6754. actor Henry Enrique Saltaín Monroy.

mejor posición para demostrar ciertos hechos relacionados con la actuación de la entidad respectiva. Allí está, precisamente, la explicación del dinamismo de las cargas, cuya aplicación se hace imposible ante el recurso obligado a la teoría de la falla del servicio presunta, donde simplemente se produce la inversión permanente del deber probatorio.

“(…)”. (Se subraya).

Así las cosas, se concluye que la demostración de la falla en la prestación del servicio médico asistencial será, por regla general, carga de la parte demandante, a menos que aquélla, dadas las circunstancias científicas y técnicas comprometidas, resulte extraordinariamente difícil o prácticamente imposible y dicha carga se torne, entonces, excesiva y, en cambio, la otra parte tenga la facilidad de probar el hecho. Sólo en este evento y de manera excepcional, será procedente la inversión del deber probatorio, previa la inaplicación del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil –que obligaría a la parte actora a probar siempre el incumplimiento por el demandado de su deber de prestar debidamente el servicio mencionado–, por resultar la regla en él contenida, en el caso concreto, contraria a la equidad, prevista en el artículo 230 de la Constitución Política como criterio auxiliar de la actividad judicial⁷⁴.

Ahora bien, observaciones similares a las anteriores, que se refieren a las dificultades que ofrece para el demandante la demostración de la falla del servicio, se han hecho respecto de la prueba de la relación de causalidad existente entre el hecho de la entidad demandada y el daño del cual resultan los perjuicios cuya indemnización se reclama. En efecto, también en ello están involucrados elementos de carácter científico, cuya comprensión y demostración resulta, en ocasiones, muy difícil para el actor. Refiriéndose a este tema, la Sala expuso lo

⁷⁴ Sobre la aplicación de la equidad como criterio auxiliar de la actividad judicial, que permite la corrección de la ley para evitar una consecuencia injusta no prevista por el legislador, ver sentencias de la Corte Constitucional C-1547 de 2000 y SU-837 de 2002.

siguiente, en sentencia del 14 de junio de 2001 (expediente 11.901):

“Por esta razón, se ha planteado un cierto aligeramiento de la carga probatoria del demandante, a quien, conforme a lo dispuesto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, corresponde demostrar los supuestos de hecho del artículo 90 de la Constitución Política, que sirve de fundamento a sus pretensiones.

“Así, en sentencia del 3 de mayo de 1999, está Sala manifestó:

“En consideración al grado de dificultad que representa para el actor la prueba de la relación de causalidad entre la acción del agente y el daño en los casos en que esté comprometida la responsabilidad profesional, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación causal, se afirma que cuando sea imposible esperar certeza o exactitud en esa materia “el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia” (Cfr. Ricardo De Ángel Yagüez. Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño), Ed. Civitas S.A., Madrid, 1995, p. 77), es decir, que la relación de causalidad queda probada “cuando los elementos de juicio suministrados conducen a un grado suficiente de probabilidad.” (ibídem, p. 77). Al respecto ha dicho la doctrina:

“En términos generales, y en relación con el ‘grado de probabilidad preponderante’, puede admitirse que el juez no considere como probado un hecho más que cuando está convencido de su realidad. En efecto, un acontecimiento puede ser la causa cierta, probable o simplemente posible de un determinado resultado. El juez puede fundar su decisión sobre los hechos que, aun sin estar establecidos de manera irrefutable, aparecen como los más verosímiles, es decir, los que presentan un grado de probabilidad predominante. No basta que un hecho pueda ser considerado sólo como una hipótesis posible. Entre los elementos de hecho alegados, el juez debe tener en cuenta los que le parecen más probables. Esto significa sobre todo que quien hace valer su derecho fundándose en la relación de causalidad natural entre un suceso y un daño, no está obligado a demostrar esa relación con exactitud científica. Basta con que el juez, en el caso en que por la naturaleza de las cosas no cabe la prueba directa, llegue a la convicción de que existe una ‘probabilidad’ determinante”. (Ibídem, p. 78, 79)...”⁷⁵

“En sentencia del 7 de octubre de 1999, la Sala expresó que, “...aceptada la dificultad que suele presentarse en la demostración directa de la causalidad en materia médica, puede probarse

⁷⁵ Expediente 11.169.

indirectamente –indiciariamente–...”⁷⁶. Y en el mismo sentido, precisó posteriormente lo siguiente:

*“...de acuerdo con los criterios jurisprudenciales reseñados, la causalidad debe ser siempre probada por la parte demandante y sólo es posible darla por acreditada con la probabilidad de su existencia, cuando la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos involucrados o la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación impidan obtener la prueba que demuestre con certeza su existencia”.*⁷⁷

“Se observa, conforme a lo anterior, que, tratándose de la relación de causalidad, no se plantea la inversión –ni siquiera eventual– del deber probatorio, que sigue estando, en todos los casos, en cabeza del demandante. No se encuentra razón suficiente para aplicar, en tales situaciones, el citado principio de las cargas probatorias dinámicas. Se acepta, sin embargo, que la demostración de la causalidad se realice de manera indiciaria, siempre que, dadas las circunstancias del caso, resulte muy difícil –si no imposible– para el demandante, la prueba directa de los hechos que permiten estructurar ese elemento de la obligación de indemnizar.

“En la valoración de estos indicios tendrá especial relevancia el examen de la conducta de las partes, especialmente de la parte demandada, sin que pueda exigírsele, sin embargo, que demuestre, en todos los casos, cuál fue la causa del daño, para establecer que la misma es ajena a su intervención. En efecto, dadas las limitaciones de la ciencia médica, debe aceptarse que, en muchas ocasiones, la causa de la muerte o el empeoramiento del paciente permanece oculta, aun para los propios médicos.

“Por lo demás, dicha valoración debe efectuarse de manera cuidadosa, teniendo en cuenta que –salvo en casos excepcionales, como el de la cirugía estética y el de la obstetricia, entre otros, que han dado lugar a la aplicación de regímenes de responsabilidad más exigentes para el demandado– los médicos actúan sobre personas que presentan alteraciones de la salud, lo que implica el desarrollo de diversos procesos en sus organismos, que tienen una evolución propia y, sin duda, en mayor o menor grado, inciden por sí mismos en la modificación o agravación de su estado, al margen de la intervención de aquéllos. Al respecto, considera la Sala acertadas las siguientes observaciones formuladas por el profesor Alberto Bueres:

“...creemos que el mero contacto físico o material entre el actuar profesional y el resultado, no siempre ha de ser decisivo para tener por configurada la relación causal, pues en la actividad médica el daño no

⁷⁶ Expediente 12.655.

⁷⁷ Sentencia del 22 de marzo de 2001, expediente 13.284.

es, de suyo, en todos los casos, revelador de culpa o de causalidad jurídica (adecuada). En rigor, a partir de la evidencia de que el enfermo acude al médico por lo común con su salud desmejorada, a veces resulta difícil afirmar que existe un daño y, en otras oportunidades, los tropiezos se localizan en el establecer si ciertamente el daño (existente) obedece al actuar médico o si deriva de la evolución natural propia del enfermo (Ataz López, *Los médicos y la responsabilidad civil*, Edit. Montecorvo, Madrid, 1985, p. 340. Sobre las causas concurrentes y la concausa, y la factibilidad de interrupción del nexo causal, ver Mosset Iturraspe, *Responsabilidad Civil del médico*, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1979, p. 267 a 269).

“Esta última afirmación nos conduce de la mano a reiterar que en tema de responsabilidad galénica, el contacto físico entre un profesional y un paciente que experimenta daños, no permite indefectiblemente imputar estos daños al susodicho profesional, pues las pruebas aportadas al proceso, con suma frecuencia, suscitan dudas acerca de si el obrar médico fue en verdad el que ocasionó los perjuicios... Frente al daño médico, es muy común que las constancias procesales pongan de manifiesto que el perjuicio pudo ocurrir por el hecho del profesional o por una o varias causas ajenas derivadas fortuitamente del propio estado de salud del enfermo –amén de los supuestos de hecho (o culpa) de éste último–...”⁷⁸

“(...)”. (Subrayado de la Sala).

Sólo resta advertir –como también lo hizo la Sala en el fallo que acaba de citarse– que el análisis de la causalidad debe preceder, por regla general, al de la existencia de la falla del servicio, en los casos en que ésta se requiere para estructurar la responsabilidad de la entidad demandada. En efecto, sólo aquellas fallas a las que pueda atribuirse la producción del daño tendrán relevancia para la demostración de dicha responsabilidad, de manera que la inversión del orden en el estudio de los elementos citados puede dar lugar a que la falla inicialmente probada resulte inocua, o a valorar indebidamente los resultados del examen de la

⁷⁸ BUERES, Alberto J. “Responsabilidad Civil de los Médicos”, Edit. Hammurabi, Buenos Aires, 1992, p. 312, 313.

conducta, teniendo por demostrado lo que no lo está.⁷⁹

Y debe insistirse en que la presunción de la causalidad será siempre improcedente; aceptarla implicaría incurrir en una evidente contradicción, en la medida en que supondría la aplicación, tratándose de la responsabilidad por la prestación del servicio médico asistencial, de un régimen más gravoso para el demandado inclusive que el objetivo, dado que si bien en éste la falla del servicio no constituye un elemento estructural de la obligación de indemnizar, el nexo causal está siempre presente y la carga de su demostración corresponde al demandante, en todos los casos.

2. Los hechos probados

El examen del acervo probatorio allegado al expediente, es demostrativo de la ocurrencia de los siguientes hechos:

a) Obra a folios 101 a 166 del cuaderno número 2, copia de la historia clínica del menor Jaime Andrés López Rojas, elaborada en el CAB Sur del ISS de la ciudad de Armenia, centro éste en el que fue atendido y del cual se extraen las siguientes conclusiones:

- El 25 y 26 de noviembre de 1995, el menor fue valorado y atendido a causa de un cuadro febril y de convulsiones que presentaba, motivo por el cual se le medicó Dadal al 5% (500 c.c.), Natrol 125 c.c., Katrol 7 c.c., Fenobarbital x 200 mgs,

⁷⁹ Teniendo en cuenta observaciones similares, la Sala ha hecho afirmaciones como estas, en fallos anteriores: “Lo que interesa para los efectos de resarcimiento, y naturalmente, de la estructuración de la responsabilidad es, ante todo, la posibilidad de imputación o reconducción del evento dañoso al patrimonio de quien se califica preliminarmente responsable; esto ha de aparecer acreditado cabalmente, para no descender inoficiosamente al análisis culpabilístico” (sentencia del 7 de octubre de 1999, expediente 12.655). “Ni aún en el evento de que se hubiera probado una falla del servicio habría lugar a declarar la responsabilidad del estado mientras el vínculo causal no hubiera sido establecido, al menos como probable” (sentencia del 22 de marzo de 2001, expediente 12.843).

Acetaminofén 7 c.c. vía oral, Penicilina Cristalina x 1'000.000, media ampolleta vía intravenosa.

- El 29 de noviembre, fue atendido nuevamente en el servicio de consulta externa, ocasión en la que se le medicó con amoxicilina x 125 vía oral.

- El 10 de diciembre de la citada anualidad, ante una recaída en el estado general de salud, se le diagnosticó el síndrome de Stevens Johnson.⁸⁰ Por esa razón, se dispuso suspender, de manera inmediata, todo medicamento que estuviera relacionado con la citada enfermedad.

- El 28 de diciembre de 1995, fue dado de alta cuando superó, en términos generales, el síndrome citado.

b) Al momento de la hospitalización del 10 de diciembre de 1995, en la historia clínica, se realizó la siguiente impresión diagnóstica:

- Alérgico a la penicilina, pen vee K, amoxicilina.
- Mal estado general, lesiones, etc.
- Eritema multiforme (Síndrome de Stevens Johnson).

c) A folio 12 del cuaderno principal de la segunda instancia, aparece un papel escrito, suscrito, y reconocido por la doctora Lila Margarita Ochoa Romero, funcionaria médica del CAB, en el que se lee lo siguiente: "Jaime López alérgico a la penicilina y sus derivados."

⁸⁰ El síndrome de Steven Johnson, es una patología de la piel y las mucosas, que se caracteriza por la inflamación, y erupción de la piel y de algunas membranas mucosas, que puede ser causado por desórdenes de hipersensibilidad producidos por muchas reacciones a medicamentos o drogas, infecciones virales, o bacterianas. Al respecto ver: www.emedicine.com/EMERG/topic555.htm; www.merck.com/mmhe/au/sec18/ch203/ch203e.html.

Sobre este documento, la mencionada profesional manifestó:

“Si, (sic) esta (sic) es mi letra y esta (sic) es mi firma, esto (sic) obedece a que cuando vi por primera vez al menor le pregunté a la madre del menor si sabía porque (sic) el menor había hecho esa enfermedad (sic) haya sido desencadenada por la penicilina y la amoxicilina ante esto le sugiero que el niño o ella guarde esa información de por vida, para evitar en un futuro una respuesta similar o peor. A pesar de esa nota yo no puedo afirmar que la enfermedad haya sido desencadenada por la penicilina...” (fl. 13 cdno. ppal. 3).

d) En criterio de la doctora María Bernarda Gafaro Barrera, profesional médico de la planta de personal del CAB, el síndrome padecido por Jaime Andrés López puede tener origen en diferentes causas, de conformidad con la literatura médica. En esa dirección manifestó en su declaración lo siguiente:

“Las causas de esta enfermedad (se refiere al síndrome de Stevens Johnson) pueden ser más de cien diferentes, en el caso de este niño fue un proceso infeccioso que podría ser una de las causas, hay otro antecedente de tomar fenobarbital y recibió formulaciones de antibióticos que también están considerados dentro de las posibles causas del eritema poliformo. Hubo un proceso infeccioso porque los cuadros hemáticos (sic) muestran leucocitos por encima de los diez mil, hubo un problema convulsivo que justificó darle el fenobarbital y hubo una droga que se le suministró para el proceso infeccioso como es penicilina cristalina el 25 de noviembre del 95. Según la historia el niño asistió al CAA del Sur desde antes de noviembre del 95. Yo recuerdo que ese caso se revisó, estaban todas las anotaciones pertinentes hay notas de atención de urgencias del 29 de noviembre el cual ingresa con una infección respiratoria aguda y fue atendido en la clínica, hay otra nota de urgencias cuando se recibió brotado que es del 10 de diciembre del 95, la fórmula (sic) cuando fue atendido en el CAA del Sur es del 5 de diciembre del 95, el 29 de noviembre del 95 se le hizo prueba de penicilina que fue negativa, no aparece aquí en la historia pero recuerdo que eso se comentó en la reunión esas son las tres atenciones que se pueden detectar en la historia clínica...” (fls. 80 cdno. ppal. 2º).

e) Por su parte, en la declaración de la doctora Patricia Costelo Meza, funcionario médico del ISS, se lee lo siguiente:

“Uno no puede asegurar con certeza cual es la causa del steven

Jhonnson (sic) pero el solo hecho de que aparecieran lesiones en piel relacionadas con antibióticos a los que el niños ya había reportado alergia hace mandatoria (sic) la suspensión de la medicación, o sea el doctor BLAS estaba lo correcto (sic) en suspender la droga aunque no se hubiera tenido la certeza de que fuera el causante del steven jhonnson, con la sola sospecha se debe suspender.” (fl. 18 cdno. ppal. 3).

f) El comité *ad – hoc* constituido por el Departamento Seccional de Mercadeo y Calidad (Seccional Antioquia) para analizar e investigar la actuación del Instituto de Seguros Sociales en relación con los hechos objeto de análisis, concluyó:

- En criterio del comité, el cuadro de Stevens Johnson pudo ser desencadenado por cualquiera de las drogas que recibía (amoxicilina o fenobarbital).
- La experiencia en pediatría y dermatología, es que son más frecuentes los casos de Stevens Johnson producidos por el suministro de anticonvulsionantes que por penicilinas.
- El cuadro del mencionado síndrome pudo ser ocasionado, igualmente, por una infección viral o bacteriana.
- Como consecuencia de lo anterior, el concepto que se debe emitir es favorable al ISS (fls. 142 a 148 cdno. ppal. 4º)

i) El síndrome de Steven Johnson, en la mayoría de los casos, es inducido por fármacos; si bien la patología es poco conocida, se acepta que intervienen para su causación, reacciones inmunológicas y un mecanismo final de *apoptosis masiva de queratinocitos epidérmicos*- en otros términos, una muerte o eliminación masiva de células de la epidermis (piel)-. El tratamiento de la enfermedad consiste, en el

retiro inmediato del medicamento causante y, la aplicación de medidas adicionales de soporte, en todo caso, sin aplicación alguna de corticoides.⁸¹

3. Valoración probatoria y conclusiones frente al caso concreto

De acuerdo con las anteriores pruebas y la literatura médica citada, en el asunto de la referencia se puede concluir lo siguiente:

Jaime Andrés López Rojas padeció el síndrome de Stevens Johnson, circunstancia por la que se puso su vida en alto riesgo y, adicionalmente, se vio afectado por las secuelas que la mencionada enfermedad generó, principalmente a nivel de la piel (manchas cutáneas permanentes e hipersensibilidad a la luz).

Los demandantes afirmaron que el daño descrito fue causado por el suministro de amoxicilina al menor, por parte de la entidad demandada. Por consiguiente, y en orden a despejar el tema de la causalidad, debe establecerse si el uso de tal medicamento fue la causa adecuada de ese daño.

Del análisis conjunto de las pruebas reseñadas, se extraen las siguientes conclusiones:

1) Los profesionales de la medicina que rindieron testimonio a lo largo del proceso, de manera concluyente y coherente, manifestaron que el síndrome de Stevens Johnson puede tener origen (etiología), de diversa índole, lo que resulta congruente con la literatura médica citada.

2) Entre el 25 a 29 de noviembre de 1995, al menor se le suministró penicilina y amoxicilina sin haberse practicado, de manera previa, la respectiva prueba de alergia (sensibilización), e igualmente fue medicado con fenobarbital, con el fin de

⁸¹Cf. <http://jama.ama-assn.org/cgi/content/abstract/296/13/1633> (Revista Americana de Medicina).

evitar las convulsiones que venía presentando.

3) Es claro entonces, que a Jaime Andrés López Rojas se le suministró dos medicinas que, según la literatura médica consultada, son lo suficientemente eficaces para producir la reacción alérgica de índole patológica padecida.

4) En esa perspectiva, se concluye que Jaime Andrés López Rojas y su familia padecieron un daño antijurídico, que no tenían el deber de soportar, como quiera que todos ellos se vieron afectados por el dolor moral del sufrimiento al que fue sometido con ocasión de la enfermedad padecida y, de otra parte, el daño a la vida en relación que implica quedar con las secuelas del síndrome del Stevens Johnson, principalmente a nivel de la epidermis (piel).

5) La relación causal es aquél vínculo fáctico - jurídico que conecta la producción del daño con determinado hecho generador o productor del mismo. Dicha correspondencia se erige como una relación material que liga a determinada acción un preciso resultado generado en el mundo exterior (modificación en el mundo externo); en otras palabras, el nexo de causalidad permite atribuir o imputar a alguien un determinado resultado o efecto como consecuencia de un preciso comportamiento activo u omisivo.

Ahora bien, corresponde determinar si la parte demandante acreditó el nexo causal existente entre la falla del servicio de la administración y el daño antijurídico comprobado.

La Sala concluye que, el daño es atribuible fáctica y jurídicamente a la actuación médica del CAB Sur del ISS, como quiera que, existen suficientes indicios contingentes, concurrentes y convergentes que acreditan, con la suficiente probabilidad determinante y necesaria, dicha inferencia lógica.

En relación con la posibilidad del juez administrativo de acreditar, vía la utilización de medios probatorios indirectos (v.gr. prueba indiciaria), la relación de causalidad entre el daño y el título jurídico de imputación (en este caso la falla del servicio), esta Sección ha precisado:

“En el caso concreto la falla del Instituto demandado está probada. Dicha falla consistió en omitir la práctica de exámenes de laboratorio previos, los cuales hubieran brindado a los médicos una mejor información acerca del tipo de lesión que presentaba la menor y por consiguiente, la realización de procedimientos diferentes a la biopsia, cuya práctica no estaba indicada en el caso concreto y que generó el daño cuya indemnización se reclama. En conclusión, no existe certeza en el sentido de que la paraplejía sufrida por Marianella Sierra Jiménez haya tenido por causa la práctica de la biopsia. No obstante, debe tenerse en cuenta que aunque la menor presentaba problemas sensitivos en sus extremidades inferiores antes de ingresar al Instituto Nacional de Cancerología, se movilizaba por sí misma y que después de dicha intervención no volvió a caminar. Esto significa que existe una alta probabilidad de que la causa de la invalidez de la menor sea la falla de la entidad demandada. Probabilidad que además fue reconocida por los médicos de la entidad demandada. En consideración al grado de dificultad que representa para el actor la prueba de la relación de causalidad entre la acción del agente y el daño en los casos en que esté comprometida la responsabilidad profesional, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación causal, se afirma que cuando sea imposible esperar certeza o exactitud en esta materia "el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia", es decir, que la relación de causalidad queda probada "cuando los elementos de juicio suministrados conducen a 'un grado suficiente de probabilidad'". Ahora bien, es cierto que no existe certeza en cuanto a que de no haberse producido la práctica de la biopsia la menor no hubiera quedado inválida, pero sí es cierto que la intervención le restó la oportunidad de aliviar o al menos mejorar su situación física sin padecer el estado de invalidez que sufre y por esta razón la entidad demandada deberá indemnizar al actor los daños sufridos con ocasión de la paraplejía de su hija, derivada de la falla médica.”⁸² (subrayado de la Sala).

“No basta con acreditar una omisión en abstracto, en tratándose de la actividad médica, sino que por el contrario, se reclama una prueba que permita inferir, con visos de realidad, que la conducta asumida por el médico o ente hospitalario, deviene causa regular y adecuada de la consecuencia o evento dañino que se materializa, en el caso concreto,

⁸² Sentencia de 3 de mayo de 1999, exp. 11.169 M.P. Ricardo Hoyos Duque.

en la muerte del menor. La relación de causalidad en dicha actividad, se caracteriza por un particularismo específico, en relación con el régimen general, circunstancia esta que se sostiene, por las especiales características que tipifican la actividad médica y que exigen una consideración especial de parte del juzgador, en el momento de la valoración de la conducta que se considera causalmente ligada a los resultados nocivos. Dicho en otras palabras: En tratándose del acreditamiento del elemento causal, hácese indispensable la demostración de que la conducta del médico tratante o, en su caso, del centro hospitalario a quien se imputan las consecuencias dañinas, resultan ser la causa adecuada del desenlace producido en el paciente, pues sabido se tiene que el mero contacto del médico con el paciente, no resulta ser un elemento probatorio suficientemente descriptivo que permita tener por acreditada la causalidad exigida por el régimen de responsabilidad. En el caso concreto, no solamente se echa de menos la ausencia de prueba que le permita al juzgador atribuir el resultado muerte a una eventual conducta omisiva, pues se reitera, tan solo se sabe que el menor fue llevado al centro hospitalario, si no que igualmente, de la prueba recaudada tampoco puede predicarse que se haya presentado lo que el demandado califica como omisión.”⁸³ (resalta la Sala).

“ (...) la Sala advierte que se ha venido aplicando la denominada teoría de la carga dinámica probatoria, en el entendido de que el juez puede deducir presunciones de hombre de la conducta procesal observada por cualquiera de las partes (pasiva o timorata en el caso de los médicos), cuando estos están en mejores condiciones de representar el hecho en el proceso, con el propósito de acreditar diligencia y cuidado a la no culpa. Con la aplicación de dicha teoría sólo se pueden deducir, judicialmente, presunciones de culpa. Asunto distinto es el atinente a la causalidad en materia médica, la cual no puede tenerse por demostrada, únicamente, en aplicación de la teoría de la carga dinámica. Así las cosas y aceptada la dificultad que suele presentarse en la demostración directa de la causalidad en materia médica, puede probarse indirectamente, - indiciariamente - partiendo de la misma historia clínica. El ámbito donde ha de situarse la atención para el análisis de los casos de responsabilidad, presupuesto la demostración del daño, es el del elemento causal, el cual no puede tenerse por demostrado con la sola prueba de una culpa en abstracto y, mucho menos, si se ha llegado a tal conclusión por la vía de la aplicación de la carga dinámica probatoria. Se reitera que la culpa no comporta de ordinario la prueba de la causa. La Sala no puede aceptar que los roles determinados y específicos que cumple cada miembro del grupo médico impidan a la postre establecer la responsabilidad del I.S.S., por la circunstancia de la división del trabajo. Las omisiones en que incurrió el grupo médico o la organización

⁸³ Sentencia de 11 de mayo de 1999, exp. 11.949 M.P. Daniel Suárez Hernández.

institucional en la prestación del servicio de salud, excluyen la idea de diligencia y cuidado, de regularidad y eficaz prestación del servicio público y, por lo mismo, se concluye que ante casos como éste (de inactividad o pasividad del grupo médico en la prestación del servicio o de falta de organización y cumplimiento de las órdenes médicas) la causa del deceso ha de atribuirse al ente demandado, no porque exista prueba directa que así lo evidencie, sino porque existe prueba indirecta partiendo de la misma historia clínica. El juzgador puede hacer inferencias lógicas relativas a hechos debidamente probados concernientes a los atrás enunciados, de los cuales puede concluir el nexo de causalidad, cuando en la historia clínica no se anotó una causa eficiente, no proveniente del demandado, en la producción del hecho dañino - causa ajena - . Más cuando en la historia clínica, después del diagnóstico y de la realización, como en este caso de un TAC no se hizo constar que el paciente ingresó en estado de gravedad. Por consiguiente si el paciente se deteriora en manos de quien lo atiende y no se demuestra una causa extraña a éste, se infiere de forma indirecta el nexo de causalidad. Concluye por tanto la Sala, en otros términos, que si el I.S.S. hubiese agotado con diligencia y exhaustividad el contenido prestacional y el resultado curativo no se hubiere logrado, esa misma conducta evidenciaría la ausencia de falla. Por lo tanto ante la demostración, de una parte, de las indicadas omisiones y, de otra, del nexo causal ha de imputársele al I.S.S. el deceso del paciente.”⁸⁴
(subrayado fuera del texto original).

En esa precisa perspectiva, en relación con la prueba indiciaria, la Corte Suprema de Justicia ha manifestado:

“Es esencial que los hechos indicadores estén plenamente demostrados para que el indicio pueda tenerse como prueba, porque si ese hecho indicador básico no está demostrado, es imposible que de él pueda deducirse la existencia del hecho desconocido y que se pretenda demostrar por medio del proceso mental que hace el juez, que si parte de una base no puede llevarlo racionalmente a concluir que existe el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas.”⁸⁵

De otra parte, la doctrina ha señalado una serie de requisitos para que los indicios puedan conducir a un hecho inferido con el grado lógico suficiente, que permita

⁸⁴ Sentencia de 7 de octubre de 1999, exp. 12.655 M.P. María Elena Giraldo Gómez.

⁸⁵ Corte Suprema de Justicia, G.J., Tomo LXXX, No. 2154, Pág. 291. Cit. “PARRA Quijano, Jairo “Manual de Derecho Probatorio”, Ed. Librería del Profesional, Bogotá, 1988, Pág. 371 y 372.

conducir al juez por los senderos de la probabilidad determinante o la certeza; dichos elementos son los siguientes⁸⁶:

a. Los indicios deben hallarse, desde luego comprobados, y esta comprobación necesita de pruebas directas, lo que no obsta para que la prueba pueda ser compuesta, utilizándose, al efecto, pruebas directas imperfectas, o sea, insuficientes para producir, cada una por separado, plena prueba. Adicionalmente, es válido afirmar que el hecho indicador, a su vez, no puede ser la consecuencia de un indicio previo (hecho inferido), ni tampoco puede estar constituido por un conjunto de hechos inferidos (sumatoria de indicios previos).

b. Los indicios deben haber sido sometidos al análisis crítico, encaminado a verificarlos, precisarlos y evaluarlos, análisis del cual deberán haber salido provistos con la etiqueta de graves, medianos o leves.

c. Los indicios deben ser independientes, en varios sentidos. Primeramente, en cuanto no deben contarse como indicios distintos los que tienen el mismo origen respecto a su hecho indicador; en segundo lugar, tampoco deben considerarse como diferentes los que constituyan momentos o partes sucesivas de un solo proceso o hecho accesorio.

d. Si los indicios tienen el carácter de contingentes (aquéllos cuyo efecto dado puede tener varias causas probables), deben ser varios, en la medida en que su orden numérico otorga una mayor probabilidad respecto a su grado concluyente y, por ende, al nivel de probabilidad o certeza que otorgan.

e. Deben ser concordantes, esto es, que se ensamblen entre sí de tal manera que puedan producir un todo coherente y natural, en el cual cada hecho indiciario tome su respectiva colocación en cuanto al tiempo, lugar y demás circunstancias.

⁸⁶ Cf. DELLEPIANE, Antonio “Nueva Teoría de la Prueba”, Ed. Temis, Bogotá, 1972, Pág. 97 y 98.

f. Las inferencias lógicas deben ser convergentes, es decir, que todas reunidas no puedan conducir a conclusiones diversas.

g. Las conclusiones deben ser inmediatas, lo cual debe entenderse en el sentido de que no se haga necesario llegar a ellas a través de una cadena de silogismos.

Aclarada la facultad que asiste al juez administrativo, de utilizar las pruebas indirectas para comprobar la existencia del nexo causal entre el resultado comprobado y la falla del servicio probada; y de otra parte, esbozados los requisitos y elementos de la prueba indiciaria, procede la Sala a realizar los procesos lógicos que permiten concluir la existencia, con el grado de *“probabilidad determinante o necesaria”*⁸⁷, de la mencionada relación causal en el asunto *sub iudice*, dado que todas ellas configuran, de una u otra manera, suficientes hechos indiciarios a partir de los cuales, previa su estructuración lógica y vinculación conjunta, se infiere una serie de conclusiones respecto al vínculo inescindible existente entre el tratamiento médico aplicado a Jaime Andrés López y el daño antijurídico padecido por él y por su familia.

Del suministro de dos medicamentos – como lo son el fenobarbital y aminopenicilinas (amoxicilina)- altamente potenciales de desencadenar una reacción alérgica como el Stevens Johnson, es posible inferir, con el grado de probabilidad necesaria o determinante, que alguno de los mismos fue el desencadenante de la citada enfermedad, tal como se desprende de los testimonios de los profesionales de la medicina que declararon al interior del

⁸⁷ *“...el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia, es decir, que la relación de causalidad queda probada cuando los elementos de juicio suministrados conducen a un grado suficiente de probabilidad...Basta con que el juez, en el caso en que por la naturaleza de las cosas no cabe una prueba directa llegue a la convicción de que existe una “probabilidad determinante.”* DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo “Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil. Con especial atención a la reparación del daño”, Ed. Civitas, Madrid, 1995, Pág. 77. Para una completa panorámica del estado del arte en relación con éste y demás temas de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado, ver: HERNÁNDEZ Enríquez, Alier E. “Responsabilidad Patrimonial Extracontractual del Estado”, Revista Facultad de Derecho Universidad Militar, 2001, Volumen IV, No. 8, Págs. 120 y s.s.

proceso y, principalmente, del comité *ad – hoc* constituido por el Departamento Seccional de Mercadeo y Calidad (Seccional Antioquia) del ISS.

En la demanda se deduce el nexo de causalidad a partir del suministro de amoxicilina, medicamento frente al cual lo cierto es que su formulación implicaba un manejo de mayor diligencia y cuidado que la desplegada por los médicos del CAB Sur del ISS de la ciudad de Armenia, por cuanto, al no tener certeza acerca de si el menor era alérgico a la penicilina o sus derivados, contrario a lo afirmado por varios de los profesionales de la medicina, ha debido efectuarse la prueba de reacción alérgica a Jaime Andrés López, de tal manera que se redujeran las probabilidades de generar un resultado dañoso.

Lo anterior, como quiera que al no encontrarse en la historia clínica del Jaime Andrés, evidencia o soporte alguno acerca de la práctica previa de la prueba de reacción alérgica a la penicilina, la profesional de la medicina que le recetó la amoxicilina – cuando lo atendió en consulta externa- ha debido, según las reglas de la experiencia, previamente a iniciar su suministro realizar citada prueba, para descartar la posibilidad de que el niño generara una reacción en contra del medicamento, y no simplemente confiarse del hecho de que el menor ya había sido medicado con penicilina previamente.

De otra parte, es pertinente señalar que con la medicación del fenobarbital –droga que puede desencadenar, incluso en mayores probabilidades, el síndrome padecido- ha debido realizarse un seguimiento oportuno a la posible reacción alérgica que se hubiera podido presentar por parte del organismo del menor Jaime Andrés.

Ahora bien, es altamente probable, según la literatura médica consultada, que una vez aplicada la primera dosis de penicilina cristalina (endovenosa), se haya sensibilizado el organismo del menor al medicamento, razón por la cual, ante el

suministro en suspensión (vía oral) de amoxicilina x125 se desencadenó el síndrome de Stevens Johnson con las consecuencias perjudiciales que acarrea ese tipo de enfermedad.

De conformidad con lo anterior, es claro entonces, que existe una alta probabilidad, con el grado de determinante, de vincular la conducta desplegada por los médicos tratantes de Jaime Andrés – a lo largo de todo su tratamiento médico-, y el daño antijurídico por él padecido, ya que los indicios apuntan de manera convergente y congruente a demostrar que el síndrome de Stevens Johnson se produjo como consecuencia inmediata de la medicación de dos drogas que, científicamente, están reportadas como aquéllas vinculadas con la generación de la enfermedad.

En ese orden de ideas, concluye la Sala que se produjo una evidente omisión por parte del personal médico del CAB Sur del ISS de la ciudad de Armenia, en cuanto no obró con la debida diligencia en la realización de las pruebas de sensibilización alérgica de penicilina.

En otros términos, el ISS asumió una posición de garantía en relación con Jaime Andrés al suministrarle dos medicamentos con alta probabilidad –incluso a nivel determinante o necesario- para la producción del citado síndrome alérgico, razón por la cual ha debido desplegar todas las conductas necesarias para descartar nexos causales determinantes, es decir, los médicos han debido, al menos, practicar las pruebas de sensibilización a la penicilina y sus derivados, y no simplemente conformarse con el hecho de esperar la reacción del organismo del menor, en tanto que se hubiera podido producir, incluso, un daño mayor al infligido a Jaime Andrés López.

6) Ahora bien, la falla del servicio se deriva de la actuación, sin lugar a dudas, imprudente de la entidad demandada, en tanto que la ausencia de prueba de

sensibilización a la penicilina o sus derivados implicó aumentar el riesgo Jaime Andrés en relación con una posible reacción alérgica de su organismo al señalado medicamento.

Esa omisión de la entidad demandada, se traduce en un comportamiento que claramente desconoce los postulados médicos y científicos en relación con el debido cuidado y diligencia que deben ofrecer los profesionales de la medicina a nivel de diagnóstico y tratamiento; lo anterior, por cuanto, en el asunto *sub judice*, es contundente que se incurrió en una falla del servicio médico asistencial cuando era evidente la necesidad de descartar la posible reacción alérgica a un medicamento que, farmacológicamente hablando, tiene una alta probabilidad de derivar en el síndrome padecido por Jaime Andrés López.

La anterior conclusión se desprende, del hecho de que en la historia clínica del menor no se encuentra la respectiva anotación, de que se hubiera practicado prueba de sensibilización alérgica a la penicilina, documento médico éste en el cual ha debido quedar consignado dicho test.

En ese contexto, para la Sala se encuentran plenamente acreditados los elementos de la responsabilidad, motivo por el cual se revocará la sentencia apelada, para en su lugar imputar el daño antijurídico a la entidad demandada y, de otra parte, establecer el monto de los perjuicios padecidos por las personas que conforman el extremo activo de la litis.

8) En relación con los perjuicios deprecados por los demandantes, aborda la Sala su acreditación y análisis, para establecer cuales de ellos se encuentran probados, y en que porcentajes deben ser tasados:

a. En cuanto a lo que equivocadamente en la demanda se solicita como daño moral objetivado, que la Sala interpreta como perjuicio material, por valor de 800

gramos de oro, la Sala se abstendrá de condenar por este rubro, como quiera que dicho perjuicio no se acreditó; en efecto, no se demostró que el menor Jaime Andrés López Rojas hubiera sufrido el perjuicio patrimonial solicitado.

Al respecto esta Sección ha puntualizado:

“Ha sido criterio de la Corporación⁸⁸, que el daño para su reparación, además de antijurídico debe ser cierto, sin que haya lugar a reparar aquellos que constituyan una mera hipótesis o sean eventuales, y en todo caso los que no pudieren llegarse a comprobar fehacientemente en el proceso respectivo.”

“En este sentido, la doctrina nacional igualmente ha esbozado su criterio según el cual, el perjuicio eventual no otorga derecho a indemnización, y que eventualidad y certeza se convierten en términos opuestos desde un punto de vista lógico, pues el perjuicio es calificado de eventual - sin dar derecho a indemnización -, o de cierto – con lo cual surge entonces la posibilidad de derecho a indemnización -, pero jamás puede recibir las dos calificaciones⁸⁹.”⁹⁰

b) En lo que concierne al perjuicio moral, para la Sala se encuentra acreditado, con fundamento en las siguientes pruebas:

- La literatura médica consultada, según la cual, el síndrome de Stevens Johnson genera un padecimiento y sufrimiento alto, en tanto que supone la inflamación de secuelas en la piel (manchas).
- Los testimonios, no controvertidos por la parte demandada, de los señores Alberto Castillo Parra y María Eugenia Castro, personas éstas que conocen a la familia López Rojas, y a quienes les consta que el menor Jaime Andrés quedó con manchas en la piel y con hipersensibilidad a la luz solar (fl. 79 cdno. ppal. 2º).

⁸⁸ Ver sentencias de 17 de febrero de 1994, exp. 6783 y de 9 de mayo de 1995, expediente 8581.

⁸⁹ Puede consultarse en este sentido la obra “El Daño” de Juan Carlos Henao, Ed. Universidad Externado de Colombia, 1998.

⁹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección III, sentencia de 15 de junio de 2000, expediente: 11614, actor: Andrés Cuervo Casabianca y otra.

Hechas las anteriores consideraciones, la Sala condenará al pago de 30 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la entidad demandada por este concepto, como quiera que Jaime Andrés López Rojas no quedó con incapacidad permanente alguna.

c) Ahora bien, en relación con el daño a la vida en relación⁹¹ la Sala accederá a las pretensiones deprecadas en la demanda, por consiguiente, condenará a la entidad demandada a cancelar la suma de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes⁹² ya que es evidente del acervo probatorio allegado al expediente que el daño padecido por Jaime Andrés, e imputable al ISS, altera sus condiciones de goce y disfrute de la vida, así como la relación con el entorno físico y social que lo circunda, como quiera que quedó limitado, dada la hipersensibilidad a la luz, así como por las consecuencias permanentes que quedaron en su piel que, se constituyen en factor de aislamiento frente al exterior.

d) La Sala de conformidad con el principio del arbitrio judicial con el que cuenta el juez al momento de establecer y determinar el perjuicio moral, así como analizada la entidad del perjuicio padecido por Jaime Andrés López, y acreditado el parentesco existente entre ellos (fls. 16 a 19 cdno. ppal. 2ª instancia), se condenará a la entidad demandada a pagar a favor de cada uno de los padres la suma de 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha del presente fallo, y para los hermanos de aquél, es decir Sandra Milena, Ana Lucía y Francisco Javier una suma de 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de esta providencia.

Lo anterior, como quiera que aplicando las reglas de la experiencia, se deduce

⁹¹ Ver entre otras: sentencia de 19 de julio de 2000, exp. 11.842; sentencia de 10 de julio de 2003, exp. 14.083, y sentencia de 1º de marzo de 2006, exp. 13.887.

⁹² En relación con la tasación de la indemnización del perjuicio en la vida en relación en casos de lesiones físicas padecidas por un menor de edad, se puede consultar: Consejo de Estado – Sección Tercera, sentencia de 19 de junio de 1996, exp. 10826.

que los actores citados tienen un nexo afectivo importante con la víctima, que determinó la existencia de lazos de alianza y solidaridad entre ellos, razón que motiva la reparación del perjuicio.

9) Por último, en relación con la responsabilidad de la llamada en garantía (médica de la clínica) la Sala la absolverá de cualquier responsabilidad patrimonial, en tanto que, a lo largo del proceso no se demostró que hubiera obrado con dolo o culpa grave, como quiera que su conducta no se encaminó a la producción directa del resultado – dolo – ni tampoco, que hubiera actuado con una violación grave de los parámetros legales y profesionales, ya que su acción de suministrar amoxicilina se apoyó en la aplicación que días antes se le había efectuado al menor de penicilina y fenobarbital, medicamentos éstos que, como se manifestó anteriormente, son lo suficientemente idóneos como para desencadenar el síndrome padecido por Jaime Andrés López.

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

F A L L A :

Primero. REVÓCASE la sentencia apelada de 7 de mayo de 1998, proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío.

Segundo. DECLÁRASE responsable al Instituto de Seguros Sociales, por los perjuicios causados a los demandantes.

Tercero. CONDÉNASE al Instituto de Seguros Sociales a pagar, por concepto de perjuicios morales, la suma de treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de Jaime Andrés López Rojas.

Cuarto. CONDÉNASE al Instituto de Seguros Sociales a pagar, por concepto de daño a la vida en relación, la suma de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de Jaime Andrés López Rojas.

Quinto. CONDÉNASE al Instituto de Seguros Sociales a pagar, por concepto de daño moral, la suma de veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a favor de Javier López Zapata y Rubiela Rojas López, para cada uno de ellos respectivamente.

Igualmente, **CONDÉNASE** al Instituto de Seguros Sociales a pagar, por concepto de daño moral, la suma de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a favor de Sandra Milena, Ana Lucía y Francisco Javier López Rojas, para cada uno de ellos respectivamente.

Sexto. NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

Séptimo. ABSÚELVESE de responsabilidad a la doctora Luz Stella Murillo Wills, según lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

Octavo. DÉSE cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, para lo cual se expedirá copia de la sentencia de segunda instancia, conforme con lo dispuesto en el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

Noveno. Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría, **ENVÍESE** el expediente al tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y PUBLÍQUESE

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ
Presidente de la Sala

ALIER E. HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ

RUTH STELLA CORREA PALACIO

FREDY IBARRA MARTÍNEZ

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA

Ref. Radicado No.: 6300123310004398-01 (15.201)
Actor: NÉSTOR JAVIER LÓPEZ ZAPATA Y OTROS
Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES -ISS
Magistrado Ponente: ALIER EDUARDO HERÁNDEZ ENRÍQUEZ

Fecha de la providencia: 30 de noviembre de 2006

ACLARACIÓN DE VOTO

Comparto la decisión tomada por la Sala en sentencia de 30 de noviembre de 2006, por medio de la cual se revocó aquella proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío, el 7 de mayo de 1998 y, en su lugar, se declaró patrimonialmente responsable al Instituto de Seguros Sociales por los perjuicios causados a los demandantes.

Igualmente, comparto el fundamento de la decisión, que derivó la responsabilidad patrimonial de la entidad demandada por los perjuicios que sufrieron los demandantes como consecuencia de las secuelas permanentes generadas al menor, por la falla del servicio en el que incurrió la entidad al aplicarle los medicamentos Fenobarbital y Amoxicilina, sin haberle realizado previamente las pruebas de reacción alérgica, a pesar de que se tenía conocimiento científico previo de que ambas drogas eran altamente potenciales de generar una reacción de esa naturaleza.

Sin embargo, me aparto del criterio señalado por la Sala en cuanto a que en los eventos en los cuales es extraordinariamente difícil o prácticamente imposible para la parte demandante probar la falla, se inaplica el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil y, en consecuencia, se invierte la carga de la prueba, en aplicación del principio de equidad previsto en el artículo 230 de la Constitución Política:

“...la demostración de la falla en la prestación del servicio médico asistencial será, por regla general, carga de la parte demandante, a menos que aquella, dadas las circunstancias científicas y técnicas comprometidas, resulte extraordinariamente difícil o prácticamente imposible y dicha carga se torne, entonces, excesiva y, en cambio, la otra parte tenga la facilidad de probar el hecho. Sólo en ese evento y de manera excepcional, será procedente la inversión del deber probatorio, previa la inaplicación del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil –que obligaría a la parte actora a probar siempre el incumplimiento por el demandado de su deber de prestar debidamente el servicio mencionado-, por resultar la regla en él contenida, en el caso concreto, contraria a la equidad, prevista en el artículo 230 de la Constitución Política como criterio auxiliar de la actividad judicial”⁹³.

Ello porque considero que la norma procesal no deviene inconstitucional en ningún evento, dado que si bien es cierto que algunos casos la prueba directa de la falla puede ser “extraordinariamente difícil o prácticamente imposible”, dicha prueba

⁹³ Sobre la aplicación de la equidad como criterio auxiliar de la actividad judicial, que permite la corrección de la ley para evitar una consecuencia injusta no prevista por el legislador, ver sentencias de la Corte Constitucional C-1547 de 2000 y SU-837 de 2002.

siempre será posible a través de los medios indirectos, como lo son la prueba indiciaria, como se consignó en sentencia de 31 de agosto de 2006⁹⁴, de la cual fui ponente y a cuyas consideraciones remito:

Un primer momento en la evolución jurisprudencial sobre la responsabilidad por el servicio médico asistencial, exigía al actor aportar la prueba de la falla para la prosperidad de sus pretensiones, por considerar que se trataba de una obligación de medio y por lo tanto, de la sola existencia del daño no había lugar a presumir la falla del servicio.

En la década anterior se introdujeron algunos criterios con el objeto de morigerar la carga de la prueba de la falla del servicio, aunque siempre sobre la noción de que dicha falla era el fundamento de la responsabilidad de la administración por la prestación del servicio médico.

Así, en sentencia de octubre 24 de 1990, expediente No. 5902, se empezó a introducir el principio de presunción de falla del servicio médico, que posteriormente fue adoptado de manera explícita por la Sección. En esta providencia se consideró que el artículo 1604 del Código Civil debía ser aplicado también en relación con la responsabilidad extracontractual y en consecuencia, la prueba de la diligencia y cuidado correspondía al demandado en los casos de responsabilidad médica.

La presunción de falla del servicio médico que con esta posición jurisprudencial se acogió, fue reiterada en decisión del 30 de julio de 1992, expediente No. 6897, pero con un fundamento jurídico diferente, el cual hacía referencia a la mejor posibilidad en que se encontraban los profesionales de explicar y demostrar el tratamiento que aplicaron al paciente, dado su “conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta”, lo cual les permitía satisfacer las

⁹⁴ Exp. 6800123310009610-01 (15.772).

inquietudes y cuestionamientos que pudieran formularse contra sus procedimientos.

Esa regla de juicio había sido tratada desde antes en la doctrina y jurisprudencia foráneas. Así por ejemplo, en los años ochentas había una fuerte tendencia entre los autores y jueces argentinos de considerar que el médico era quien se encontraba en mejores condiciones probatorias, porque era quien poseía la prueba y tenía una explicación posible de lo sucedido⁹⁵. En sentido contrario, Mazeaud y Tunc, consideraban desde tiempo atrás que quien se encontraba en mejores condiciones de probar era el paciente y no el médico, pues a éste le resultaba extremadamente difícil demostrar su diligencia permanente. *“Tan solo una persona del oficio, al menos tan perita como él y que hubiera seguido todos sus actos, podría declarar que el médico ha prestado cuidados concienzudos, solícitos y conformes con los resultados conseguidos por la ciencia”*⁹⁶.

Posteriormente, la Sala cuestionó la aplicación generalizada de la presunción de la falla del servicio y señaló que dicha presunción no debía ser aplicada de manera general sino que en cada caso el juez debía establecer cuál de las partes estaba en mejores condiciones de probar la falla o su ausencia. Dijo la Sala:

*“..no todos los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente tienen implicaciones técnicas y científicas. Habrá que valorar en cada caso, si estas se encuentran presentes o no. Así, habrá situaciones en las que, es el paciente quien se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos relacionados con la actuación de la entidad respectiva. Allí está, precisamente, la explicación del dinamismo de las cargas, cuya aplicación se hace imposible ante el recurso obligado a la teoría de la falla del servicio presunta, donde simplemente se produce la inversión permanente del deber probatorio”*⁹⁷.

⁹⁵ Sobre este aspecto ver, por ejemplo, RICARDO LUIS LORENZETTI. *Responsabilidad Civil de los Médicos*. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni Editores, 1997. Tomo II, pág. 218.

⁹⁶ MAZAUD Y TUNC. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y cuasidelictual*. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962. Tomo I, Volumen II, pág. 405.

⁹⁷ Sentencia del 10 de febrero de 2000, exp: 11.878. En el mismo sentido, sentencia del 8 de febrero de 2001, exp: 12.792.

Sin embargo, se advirtió en la práctica jurisprudencial que la aplicación de esa regla probatoria traía mayores dificultades de las que podría ayudar a solucionar, pues la definición de cuál era la parte que estaba en mejores condiciones de probar determinados hechos relacionados con la actuación médica, sólo podía definirse en el auto que decretara las pruebas y nunca en la sentencia. Lo contrario implicaría sorprender a las partes atribuyéndoles los efectos de las deficiencias probatorias, con fundamento en una regla diferente a la prevista en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, en un momento procesal en el que ya no tenían oportunidad de ejercer su derecho de defensa aportando nuevas pruebas.

Pero, señalar en el auto de decreto de pruebas la distribución de las cargas probatorias es en la práctica sumamente difícil, dado que para ese momento el juez sólo cuenta con la información que se suministra en la demanda y su contestación, la que regularmente es muy incipiente.

Los reparos anteriores han sido controvertidos por los defensores de la teoría de las cargas dinámicas de las pruebas, con fundamento en la existencia del deber de lealtad que asiste a las partes en el proceso, el cual les obliga a suministrar todos los medios de que disponen para acreditar la veracidad de los hechos y, en consecuencia, que bien puede el juez en la sentencia hacer correr a la parte negligente con los efectos adversos de su omisión probatoria.

Sin embargo, no es necesario modificar las reglas probatorias señaladas en la ley para hacer efectivas las consecuencias que se derivan de la violación del deber de lealtad de las partes, dado que el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil, establece que el juez podrá deducir indicios de su conducta procesal.

Así, por ejemplo, de la renuencia a suministrar la historia clínica, o hacerlo de manera incompleta, o no documentar datos relevantes de la prestación médica,

puede inferirse el interés de la parte de ocultar un hecho que le resulta adverso a sus intereses; como puede serlo también en contra de la parte demandante, el negarse a la práctica de un examen médico con el fin de establecer la veracidad de las secuelas que hubiera podido derivarse de una intervención, o el ocultar información sobre sus antecedentes congénitos, que por ejemplo, pudieran tener incidencia sobre la causa del daño aparentemente derivado de la intervención médica.

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

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

En efecto, no debe perderse de vista que el sólo transcurso del tiempo entre el

momento en que se presta el servicio y aquél en el que la entidad debe ejercer su defensa, aunado además a la imposibilidad de establecer una relación más estrecha entre los médicos y sus pacientes, hace a veces más difícil para la entidad que para el paciente acreditar las circunstancias en las cuales se prestó el servicio. Por eso, el énfasis debe centrarse en la exigencia institucional de llevar las historias clínicas de manera tan completa y clara que su solo estudio permita al juez, con la ayuda de peritos idóneos si es necesario, establecer si hubo o no responsabilidad estatal en los daños que aduzcan sufrir los pacientes como consecuencia de la prestación del servicio médico.

La desigualdad que se presume del paciente o sus familiares para aportar la prueba de la falla, por la falta de conocimiento técnicos, o por las dificultades de acceso a la prueba, o su carencia de recursos para la práctica de un dictamen técnico, encuentran su solución en materia de responsabilidad estatal, gracias a una mejor valoración del juez de los medios probatorios que obran en el proceso, en particular de la prueba indiciaria, que en esta materia es sumamente relevante, con la historia clínica y los indicios que pueden construirse de la renuencia de la entidad a aportarla o de sus deficiencias y con los dictámenes que rindan las entidades oficiales que no representan costos para las partes.

En materia de la prueba de la existencia de fallas en la prestación del servicio, valga señalar el valor de las reglas de la experiencia, como aquella que señala que en condiciones normales un daño sólo puede explicarse por actuaciones negligentes, como el olvido de objetos en el cuerpo del paciente⁹⁸, daños a partes del cuerpo del paciente cercanas al área de tratamiento, quemaduras con rayos infrarrojos, rotura de un diente al paciente anestesiado, fractura de mandíbula durante la extracción de un diente, lesión de un nervio durante la aplicación de una inyección hipodérmica⁹⁹.

⁹⁸ Lo que la doctrina denomina como óblito quirúrgico y que considera que en la generalidad de los casos sólo puede explicarse por negligencia del médico o su equipo.

⁹⁹ Ejemplos citados por RICARDO LUIS LORENZETTI. Ob.cit, pág.222.

El volver a la exigencia de la prueba de la falla del servicio, como regla general, no debe llamar a desaliento y considerarse una actitud retrograda. Si se observan los casos concretos, se advierte que aunque se parta del criterio teórico de la presunción de la falla del servicio, las decisiones en la generalidad, sino en todos los casos, ha estado fundada en la prueba de la existencia de los errores, omisiones o negligencias que causaron los daños a los pacientes.

En cuanto a la prueba del vínculo causal, ha considerado la Sala que cuando resulte imposible esperar certeza o exactitud en esta materia, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación, “el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia”¹⁰⁰, es decir, que la relación de causalidad queda probada “cuando los elementos de juicio suministrados conducen a ‘un grado suficiente de probabilidad’¹⁰¹”, que permita tenerlo por establecido.

De manera más reciente se precisó que la exigencia de “un grado suficiente de probabilidad”, no implicaba la exoneración del deber de demostrar la existencia del vínculo causal entre el daño y la actuación médica, que hiciera posible imputar a la entidad que prestara el servicio, sino que esta era una regla de prueba, con fundamento en la cual el vínculo causal podía ser acreditado de manera indirecta, mediante indicios¹⁰².

¹⁰⁰ Cfr. RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ. Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño), Ed. Civitas S.A., Madrid, 1995, p. 42.

¹⁰¹ *Ibidem*, págs. 77. La Sala acogió este criterio al resolver la demanda formulada contra el Instituto Nacional de Cancerología con el objeto de obtener la reparación de los perjuicios causados con la práctica de una biopsia. Se dijo en esa oportunidad que si bien no existía certeza “en el sentido de que la paraplejía sufrida...haya tenido por causa la práctica de la biopsia”, debía tenerse en cuenta que “aunque la menor presentaba problemas sensitivos en sus extremidades inferiores antes de ingresar al Instituto de Cancerología, se movilizaba por sí misma y que después de dicha intervención no volvió a caminar”. Por lo cual existía una alta probabilidad de que la causa de la invalidez de la menor hubiera sido la falla de la entidad demandada, probabilidad que además fue reconocida por los médicos que laboraban en la misma. Sentencia del 3 de mayo de 1999, exp: 11.169.

¹⁰² Ver, por ejemplo, sentencias de 14 de julio de 2005, exps: 15.276 y 15.332.

Vale señalar que en materia de responsabilidad estatal, el asunto no puede ser resuelto con la sola constatación de la intervención causal de la actuación médica, sino que esa actuación debe ser constitutiva de una falla del servicio y ser ésta su causa eficiente. Esa afirmación resulta relevante para aclarar que si bien de conformidad con lo previsto en el artículo 90 de la Constitución, el derecho a la reparación se fundamenta en la antijuridicidad del daño, no es suficiente verificar que la víctima o sus beneficiarios no estaban en el deber jurídico de soportarlo para que surja el derecho a la indemnización, sino que se requiere que dicho daño sea imputable a la Administración, y no lo será cuando su intervención aunque vinculada causalmente al daño no fue la causa eficiente del mismo sino que éste constituyó un efecto no previsible o evitable, de la misma enfermedad que sufría el paciente¹⁰³.

También ha señalado la Sala que para que haya lugar a la reparación no es necesario acreditar que una adecuada prestación del servicio médico asistencial

¹⁰³ En este sentido, ver por ejemplo, el caso referido por Fernando Pantaleón “Responsabilidad Médica y Responsabilidad de la Administración”. Madrid, Editorial Civitas S.A., 1995, 91 p., quien criticó la sentencia proferida por el Tribunal Supremo el 14 de junio de 1991, cuyos supuestos de hecho y fundamentos de la decisión relacionó así: “doña María Teresa F.C. ingresó en una Residencia Sanitaria de la Seguridad Social presentando aneurismas gigantes en ambas carótidas. El cirujano que la intervino optó por reducir primero el aneurisma del lado derecho, y al no ser posible obliterar su cuello, con un clip de Hefetz, se decidió por ocluir la carótida proximal al aneurisma con el mismo clip. Unos días después, la paciente sufrió una hemiparasia braquiofacial izquierda, que le ha dejado graves secuelas. La falta de riego sanguíneo al cerebro que la produjo –al no suministrar la otra carótida, contra lo sensatamente previsible, un mayor flujo de sangre- fue precipitada por una estenosis en la carótida izquierda, probablemente relacionada con una inyección sub-intimal necesaria para la práctica de las angiografías previas a la intervención; por lo que, aunque la actuación del cirujano fue irreprochable desde el punto de vista de la *lex artis* (pues *ex ante* no había motivo para pensar que los riesgos para la paciente eran mayores por ocuparse primero del aneurisma del lado derecho), *a posteriori* podía afirmarse que hubiera sido mejor opción resolver en primer lugar el aneurisma de la carótida izquierda”. Se consideró en dicho fallo que si bien el médico responsable no había obrado de manera culpable, su actuación sí tenía incidencia causal en la producción del daño y que, por lo tanto, se estaba en presencia de un supuesto de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, por lo que había lugar a concederle una indemnización, excluyendo de la misma resultados lesivos inherentes a la gravísima situación clínica en la que se encontraba la paciente al momento de su ingreso y sus complicaciones posteriores. Sentencia que el autor juzgó irrazonable, en el marco de la responsabilidad que se predica en España, a partir de la verificación de que la víctima sufrió un daño que no estaba en el deber jurídico de soportar y en el que intervino causalmente la Administración, sin incurrir en falla alguna del servicio, ni tratarse de “daños cuasiexpropiatorios o de sacrificio”, esto es, los que aparezcan como consecuencia directa de actuaciones administrativas lícitas. Críticas que bien podrían tener su aplicación en la responsabilidad patrimonial que establece el artículo 90 de la Constitución y que para algunos doctrinantes debería ser suficiente para deducir la responsabilidad.

hubiera impedido el daño, porque bastaría con establecer que la falla del servicio le restó al paciente oportunidades de sobrevivir o de curarse.

Se trata en este caso de lo que la doctrina ha considerado como la “pérdida de una oportunidad”, cuya aplicación, a pesar de la simplicidad en su formulación ofrece grandes dificultades, pues el daño en tales eventos estaría en los límites entre el daño cierto y el eventual, dado que la oportunidad que puede tener un enfermo de recuperar su salud es aleatoria, regularmente difícil de establecer en términos porcentuales.

Se destaca que la determinación de la pérdida de la oportunidad no puede ser una mera especulación, es necesario que de manera científica quede establecido cuál era la posibilidad real del paciente de recuperar su salud o preservar su vida, y que esa expectativa real haya sido frustrada por omisiones o erradas acciones en la actuación médica. En este aspecto hay que prestar la máxima atención y no resolver como pérdida de oportunidad eventos en los cuales lo que se presentan son dificultades al establecer el nexo causal.

Adviértase, además, que en la misma providencia se reiteraron antecedentes jurisprudenciales que negaban la inversión de la carga de la prueba de la relación causal (que dicho sea de paso, resulta en la generalidad de los casos más compleja de acreditar que la misma falla), por considerar que ese elemento de la responsabilidad bien puede ser demostrado a través de la prueba indiciaria, “*en los casos que resulte muy difícil –sino imposible– para el demandante la prueba directa de los hechos*”. Se dice en la providencia:

“...Tratándose de la relación de causalidad no se plantea la inversión –ni siquiera eventual– del deber probatorio, que sigue estando, en todos los casos, en cabeza del demandante. No se encuentra razón suficiente para aplicar, en 0. tales situaciones, el citado principio de las cargas probatorias dinámicas. Se acepta, sin embargo, que la demostración de la causalidad se realice de manera indiciaria, siempre que, dadas las

circunstancias del caso, resulte muy difícil –sino imposible- para el demandante, la prueba directa de los hechos que permiten estructurar ese elemento de la obligación de indemnizar”.

Cuál es entonces la razón para dar un tratamiento diferente a dos elementos de la responsabilidad que en materia de responsabilidad médica presentan eventualmente dificultades similares?.

Finalmente, cabe señalar que a pesar de haberse aceptado en la providencia la opción de recurrir en algunos eventos a la inversión de la carga de la prueba de la falla médica, en el caso concreto la verificación de la existencia de dicha falla se obtuvo de la valoración de las pruebas que obraban en el expediente, particularmente de la historia clínica, sin que en el mismo se hubiera llegado a invertir la carga de la prueba. En efecto, en la consideración 6) del fallo se dice:

“Ahora bien, la falla del servicio se deriva de la actuación, sin lugar a dudas, imprudente de la entidad demandada, en tanto que la ausencia de prueba de sensibilización a la penicilina o sus derivados implicó aumentar el riesgo de Jaime Andrés en relación con una posible reacción alérgica de su organismo al señalado medicamento.

...

“La anterior conclusión se desprende del hecho de que en la historia clínica del menor no se encuentra la respectiva anotación, de que se hubiera practicado prueba de sensibilización alérgica a la penicilina, documento médico en el cual ha debido quedar consignado dicho test”.

Por lo tanto, considero que la adopción teórica de la posibilidad de inaplicar el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil y, en consecuencia, trasladar al demandado el deber probatorio de desvirtuar la existencia de la falla en la prestación del servicio médico asistencial no sólo es, a mi juicio, jurídicamente insostenible, en especial por ser gravemente violatoria del derecho de defensa, en tanto sólo al momento de la sentencia el demandado conoce que la regla general de la carga de la prueba se invirtió en su contra, esto es, cuando ya han precluido

todas las oportunidades de que disponía para sustentar su defensa, sino que, además, el tema era irrelevante para la solución del caso concreto.

En este sentido dejo presentado mi aclaración de voto.

Fecha *ut supra*.

RUTH STELLA CORREA PALACIO

Anexo C. Pie de página No. 11.**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA****Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil seis (2006)

Expediente: 440012331000200000211 01**Radicación interna número:** 25.063**Actor:** Prospero Díaz Vargas y otros**Demandado:** Instituto de Seguros Sociales "ISS"**Proceso:** Acción de reparación directa

Resuelve la Sala el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia del 27 de marzo de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira, en la cual se decidió lo siguiente:

"1. Declarar no probadas las excepciones propuestas.

"2. Declarar administrativamente responsable al Instituto de Seguros Sociales, por la muerte de la niña Jovee Jokasta Díaz Atencio, de conformidad con lo que viene expuesto.

"3. Como consecuencia de la declaración anterior, condenar al Instituto de Seguros Sociales, a pagarle a cada uno de los padres de la víctima señor Prospero Díaz Vargas y señora Laida Genith Atencio Fuentes, por concepto de perjuicios morales la suma equivalente a Noventa y Nueva (99) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes.

"4. Condenar al Instituto de Seguros Sociales, a pagarle a cada uno de los hermanos de la víctima; Roberto Carlos, Roberto Arnaldo y Katina Díaz Atencio, por concepto de perjuicios morales la suma equivalente a Cuarenta y Nueve punto Cinco (49.5) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes.

"5. Absolver de responsabilidad a los señores Emilia Sofía Mendoza

Cataño, Wilson Rafael Pimienta Cotex, Carmen Gloria Álvarez, Hilario Rafael Arredondo Arteche y Francisco Serpa Cefir, en su calidad de llamados en garantía, dentro del proceso de la referencia.

“6. Denegar las demás súplicas de la demanda, de conformidad con las motivaciones que anteceden.

“7. Sin costas en la instancia.

“8. Dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.” (fls. 353 y 354 cdno. ppal. 2ª instancia).

I. ANTECEDENTES

1. Mediante demanda presentada el 3 de abril de 2000, Prospero Díaz Vargas y Laida Genith Antencio Fuentes, en nombre y representación propia y de su hijo menor Gian Carlos Díaz Atencio; Roberto Carlos, Roberto Arnaldo y Katina Díaz Atencio, solicitaron que se declarara patrimonialmente responsable al Instituto de los Seguros Sociales “ISS”, por la muerte de su hija y hermana, Jovee Jokasta Díaz Atencio, ocurrida el 17 de abril de 1998, a causa de la presunta falta de atención médica a la que esta última fue sometida en la clínica Ramón Gómez Bonivento.

Como consecuencia de la anterior declaración, reclamaron que se condenara a la demandada a pagar, por concepto de perjuicios morales, la suma equivalente en pesos a 1.300 gramos de oro, para cada uno de los demandantes y, adicionalmente, el monto de 2.000 gramos de oro para cada uno de los padres de la menor fallecida, a título de perjuicios materiales.

En apoyo de sus pretensiones narraron que, el 15 de abril de 1998, con posterioridad a la práctica de exámenes de laboratorio de la menor Jovee Díaz Atencio, ésta fue atendida en urgencias de la clínica Ramón Gómez Bonivento momento en el cual se determinó la necesidad de hospitalizarla debido a su grave

estado de salud. El día 16 de abril de 1998, la menor se dejó a merced del cuerpo de enfermeras sin que ningún profesional de la medicina la auscultara en el lapso comprendido entre las 7:10 a.m., y las 7:00 p.m. momento en el que la situación de la menor era crítica y, por consiguiente, determinó que, hacia la media noche (17 de abril), se dispusiera su traslado a un centro hospitalario en la ciudad de Santa Marta, pero, lamentablemente, la muerte le sobrevino hacia las 12:45 a.m. cuando la ambulancia se desplazaba por la carretera (fls. 2 a 5 cdno. ppal. 1º).

2. La demanda fue admitida mediante auto del 27 de abril de 2000 y notificada en debida forma (fls. 50 y 51 cdno. ppal. 1º).

3. Practicadas las pruebas decretadas mediante auto de 5 de diciembre de 2000, el tribunal corrió traslado a las partes para alegar y al Ministerio Público para que rindiera concepto (folios 124 a 128 cdno. ppal. 1º y 306 cdno. ppal. 2º).

1. Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia de 27 de febrero de 2003, el Tribunal Administrativo de la Guajira condenó a la demandada en los términos transcritos al inicio de esta providencia. Declaró la responsabilidad del “ISS” porque, en su criterio, de la investigación disciplinaria – administrativa adelantada por el propio “ISS”, se desprende que existió una falta de atención a la menor que se tradujo en una ausencia de vigilancia médica al no presentarse una continuidad en el servicio médico entre el periodo de tiempo comprendido entre las 7:00 a.m. y las 7:00 p.m. del día 16 de abril de 1998.

De otra parte, absolvió a los llamados en garantía, esto es, a todos los médicos que fueron vinculados al proceso (346 a 354 cdno. ppal. 2ª instancia).

2. Trámite de la consulta

El 27 de marzo de 2003 el tribunal ordenó surtir el grado jurisdiccional de consulta (fl. 356 cdno. ppal. 2ª instancia); éste último fue admitido mediante providencia de 15 de julio de 2003 (fl. 366 cdno. ppal. 2ª instancia). En el traslado para presentar alegatos, las partes y el ministerio público presentaron los respectivos escritos en el término concedido para tal efecto (fls. 361 a 365, 368 a 372 y, 373 a 392 cdno. ppal. 2ª instancia).

3. Alegatos presentados por las partes en el curso de la segunda instancia

Las partes alegaron en la segunda instancia para manifestar, en síntesis, lo siguiente:

a. Parte demandante: Se debe revocar la sentencia de primera instancia, en tanto que absolvió de responsabilidad a los llamados en garantía, cuando, es lo cierto que, en el plenario, quedó demostrada la negligencia y falta de atención del personal médico a la niña Jovee Díaz Atencio.

b. Parte demandada: El tribunal cometió múltiples yerros de hecho que lo llevaron a concluir, erróneamente, la responsabilidad del "ISS". En efecto, el a quo dejó de apreciar pruebas fundamentales, tales como el concepto emitido por la Seccional de Patología Forense Regional Norte del Instituto de Medicina Legal, en el que se informa lo siguiente: *"Las medidas terapéuticas instauradas se inscriben dentro de los protocolos de manejo para pacientes con esta enfermedad infectados y la evolución tórpida con deceso es un evento impredecible en personas como el (sic) occiso sugestivo de padecer anemia de células falsiformes (sic) de tipo homocigoto."*(fl. 369 cdno. ppal. 2ª instancia).

4. Concepto del agente del Ministerio Público Delegado ante esta Corporación

Para el Ministerio Público hay lugar a revocar la sentencia de primera instancia, puesto que, del material probatorio allegado al expediente no se puede afirmar, fehacientemente, que el daño provenga de la actuación de un agente de la administración; por el contrario, las pruebas que obran en el proceso son indicativas de la conducta diligente y cuidadosa del personal médico al momento de diagnosticar, formular y tratar a la paciente.

En ese contexto, para el órgano de control, es válido afirmar sin dubitación alguna que la muerte de la menor no fue la consecuencia lógica de una supuesta deficiente atención médica – hospitalaria, sino que el deceso se produjo como consecuencia natural del grado de avance de la enfermedad que padecía la menor.

II. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites propios del grado jurisdiccional de consulta, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el asunto sometido a consideración, a través del siguiente orden conceptual: 1) Observaciones iniciales sobre la responsabilidad del Estado por la prestación del servicio de salud; 2) los hechos probados, 3) el caso concreto y, 4) conclusión final.

1. Observaciones iniciales sobre la responsabilidad del Estado por la prestación del servicio de salud

En relación con este tema y con el fin de aclarar algunos aspectos planteados en el proceso acerca del régimen de responsabilidad aplicable al caso concreto, se

considera pertinente citar algunos apartes del fallo proferido el 10 de febrero de 2000, dentro del expediente 11.878. Manifestó la Sala en aquella oportunidad:

“El problema de la responsabilidad por la prestación del servicio médico asistencial fue resuelto por esta Sala, durante mucho tiempo, con apoyo en la teoría de la falla del servicio probada, partiendo de la base de que se trataba de una obligación de medios y no de resultados. Esta postura, sin embargo, comenzó a cuestionarse en algunos fallos¹⁰⁴, hasta llegar a la unificación de criterios en torno al tema, con la expedición de la sentencia de 30 de julio de 1992, con ponencia del Magistrado Daniel Suárez Hernández¹⁰⁵, donde se adoptó la tesis de la falla del servicio presunta.¹⁰⁶ Expresó la Sala en esa oportunidad:

“...Por norma general corresponde al actor la demostración de los hechos y cargos relacionados en la demanda. Sin embargo, con mucha frecuencia se presentan situaciones que le hacen excesivamente difícil, cuando no imposible, las comprobaciones respectivas, tal el caso de las intervenciones médicas, especialmente quirúrgicas, que por su propia naturaleza, por su exclusividad, por la privacidad de las mismas, por encontrarse en juego intereses personales e institucionales, etc., en un momento dado se constituyen en barreras infranqueables para el paciente, para el ciudadano común obligado procesalmente a probar aspectos científicos o técnicas profesionales sobre los cuales se edifican los cargos que por imprudencia, negligencia o impericia formula... contra una institución encargada de brindar servicios médicos u hospitalarios.

“Sin duda, resultaría más beneficioso para la administración de justicia en general..., si en lugar de someter al paciente... a la demostración de las fallas en los servicios y técnicas científicas prestadas por especialistas, fueren éstos los que por encontrarse en las mejores condiciones de conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta profesional, quienes satisficieran directamente las inquietudes y cuestionamientos que contra sus procedimientos se formulan...”.

“En relación con esta posición, reiterada por la jurisprudencia de esta Sala a partir de la expedición del fallo citado, se considera necesario precisar que, si bien tiene origen en el llamado principio de las cargas probatorias dinámicas -cuya aplicación, aunque no tiene sustento en nuestra legislación procesal, puede decirse que encuentra asidero suficiente en las normas constitucionales que relieves el principio de equidad- ha resultado planteada en términos tan definitivos que se ha

¹⁰⁴ Ver, entre otros, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección III, 24 de octubre de 1990. expediente 5902. actora: María Helena Ayala de Pulido.

¹⁰⁵ Expediente 6897.

¹⁰⁶ De esta evolución da cuenta el fallo expedido por la misma Corporación el 24 de agosto de 1992. expediente 6754. actor Henry Enrique Saltafín Monroy.

puesto en peligro su propio fundamento. En efecto, el planteamiento ha llevado a aplicar, en todos los casos de daño causado en desarrollo de la prestación del servicio médico asistencial, la teoría de la falla del servicio presunta, exigiéndosele siempre a las entidades públicas demandadas la prueba de que dicho servicio fue prestado debidamente, para poder exonerarse de responsabilidad.

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

“(…)”. (Se subraya).

Así las cosas, se concluye que la demostración de la falla en la prestación del servicio médico asistencial será, por regla general, carga de la parte demandante, a menos que aquella dadas las circunstancias científicas y técnicas comprometidas, resulte extraordinariamente difícil o prácticamente imposible y dicha carga se torne, entonces, excesiva y, en cambio, la otra parte tenga la facilidad de probar el hecho. Sólo en este evento y de manera excepcional, será procedente la inversión del deber probatorio, previa la inaplicación del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil –que obligaría a la parte actora a probar siempre el incumplimiento por el demandado de su deber de prestar debidamente el servicio mencionado–, por resultar la regla en él contenida, en el caso concreto, contraria a la equidad, prevista en el artículo 230 de la Constitución Política como criterio auxiliar de la actividad judicial¹⁰⁷.

Ahora bien, observaciones similares a las anteriores, que se refieren a las dificultades que ofrece para el demandante la demostración de la falla del servicio,

¹⁰⁷ Sobre la aplicación de la equidad como criterio auxiliar de la actividad judicial, que permite la corrección de la ley para evitar una consecuencia injusta no prevista por el legislador, ver sentencias de la Corte Constitucional C-1547 de 2000 y SU-837 de 2002.

se han hecho respecto de la prueba de la relación de causalidad existente entre el hecho de la entidad demandada y el daño del cual resultan los perjuicios cuya indemnización se reclama. En efecto, también en ello están involucrados elementos de carácter científico, cuya comprensión y demostración resulta, en ocasiones, muy difícil para el actor. Refiriéndose a este tema, la Sala expuso lo siguiente, en sentencia del 14 de junio de 2001 (expediente 11.901):

“Por esta razón, se ha planteado un cierto aligeramiento de la carga probatoria del demandante, a quien, conforme a lo dispuesto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, corresponde demostrar los supuestos de hecho del artículo 90 de la Constitución Política, que sirve de fundamento a sus pretensiones.

“Así, en sentencia del 3 de mayo de 1999, está Sala manifestó:

“En consideración al grado de dificultad que representa para el actor la prueba de la relación de causalidad entre la acción del agente y el daño en los casos en que esté comprometida la responsabilidad profesional, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación causal, se afirma que cuando sea imposible esperar certeza o exactitud en esa materia “el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia” (Cfr. Ricardo De Ángel Yagüez. Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño), Ed. Civitas S.A., Madrid, 1995, p. 77), es decir, que la relación de causalidad queda probada “cuando los elementos de juicio suministrados conducen a un grado suficiente de probabilidad.” (ibídem, p. 77). Al respecto ha dicho la doctrina:

“En términos generales, y en relación con el ‘grado de probabilidad preponderante’, puede admitirse que el juez no considere como probado un hecho más que cuando está convencido de su realidad. En efecto, un acontecimiento puede ser la causa cierta, probable o simplemente posible de un determinado resultado. El juez puede fundar su decisión sobre los hechos que, aun sin estar establecidos de manera irrefutable, aparecen como los más verosímiles, es decir, los que presentan un grado de probabilidad predominante. No basta que un hecho pueda ser considerado sólo como una hipótesis posible. Entre los elementos de hecho alegados, el juez debe tener en cuenta los que le parecen más probables. Esto significa sobre todo que quien hace valer su derecho fundándose en la relación de causalidad natural entre un suceso y un daño, no está obligado a demostrar esa relación con exactitud científica. Basta con que el juez, en el caso en que por la naturaleza de las cosas

no cabe la prueba directa, llegue a la convicción de que existe una 'probabilidad' determinante". (Ibídem, p. 78, 79)...".¹⁰⁸

"En sentencia del 7 de octubre de 1999, la Sala expresó que, "...aceptada la dificultad que suele presentarse en la demostración directa de la causalidad en materia médica, puede probarse indirectamente –indiciariamente–..."¹⁰⁹. Y en el mismo sentido, precisó posteriormente lo siguiente:

"...de acuerdo con los criterios jurisprudenciales reseñados, la causalidad debe ser siempre probada por la parte demandante y sólo es posible darla por acreditada con la probabilidad de su existencia, cuando la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos involucrados o la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación impidan obtener la prueba que demuestre con certeza su existencia".¹¹⁰

"Se observa, conforme a lo anterior, que, tratándose de la relación de causalidad, no se plantea la inversión –ni siquiera eventual– del deber probatorio, que sigue estando, en todos los casos, en cabeza del demandante. No se encuentra razón suficiente para aplicar, en tales situaciones, el citado principio de las cargas probatorias dinámicas. Se acepta, sin embargo, que la demostración de la causalidad se realice de manera indiciaria, siempre que, dadas las circunstancias del caso, resulte muy difícil –si no imposible– para el demandante, la prueba directa de los hechos que permiten estructurar ese elemento de la obligación de indemnizar.

"En la valoración de estos indicios tendrá especial relevancia el examen de la conducta de las partes, especialmente de la parte demandada, sin que pueda exigírsele, sin embargo, que demuestre, en todos los casos, cuál fue la causa del daño, para establecer que la misma es ajena a su intervención. En efecto, dadas las limitaciones de la ciencia médica, debe aceptarse que, en muchas ocasiones, la causa de la muerte o el empeoramiento del paciente permanece oculta, aun para los propios médicos.

"Por lo demás, dicha valoración debe efectuarse de manera cuidadosa, teniendo en cuenta que –salvo en casos excepcionales, como el de la cirugía estética y el de la obstetricia, entre otros, que han dado lugar a la aplicación de regímenes de responsabilidad más exigentes para el demandado– los médicos actúan sobre personas que presentan alteraciones de la salud, lo que implica el desarrollo de diversos procesos en sus organismos, que tienen una evolución propia y, sin duda, en mayor o menor grado, inciden por sí mismos en la modificación

¹⁰⁸ Expediente 11.169.

¹⁰⁹ Expediente 12.655.

¹¹⁰ Sentencia del 22 de marzo de 2001, expediente 13.284.

o agravación de su estado, al margen de la intervención de aquéllos. Al respecto, considera la Sala acertadas las siguientes observaciones formuladas por el profesor Alberto Bueres:

“...creemos que el mero contacto físico o material entre el actuar profesional y el resultado, no siempre ha de ser decisivo para tener por configurada la relación causal, pues en la actividad médica el daño no es, de suyo, en todos los casos, revelador de culpa o de causalidad jurídica (adecuada). En rigor, a partir de la evidencia de que el enfermo acude al médico por lo común con su salud desmejorada, a veces resulta difícil afirmar que existe un daño y, en otras oportunidades, los tropiezos se localizan en el establecer si ciertamente el daño (existente) obedece al actuar médico o si deriva de la evolución natural propia del enfermo (Ataz López, Los médicos y la responsabilidad civil, Edit. Montecorvo, Madrid, 1985, p. 340. Sobre las causas concurrentes y la concausa, y la factibilidad de interrupción del nexo causal, ver Mosset Iturraspe, Responsabilidad Civil del médico, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1979, p. 267 a 269).

“Esta última afirmación nos conduce de la mano a reiterar que en tema de responsabilidad galénica, el contacto físico entre un profesional y un paciente que experimenta daños, no permite indefectiblemente imputar estos daños al susodicho profesional, pues las pruebas aportadas al proceso, con suma frecuencia, suscitan dudas acerca de si el obrar médico fue en verdad el que ocasionó los perjuicios... Frente al daño médico, es muy común que las constancias procesales pongan de manifiesto que el perjuicio pudo ocurrir por el hecho del profesional o por una o varias causas ajenas derivadas fortuitamente del propio estado de salud del enfermo –amén de los supuestos de hecho (o culpa) de éste último–...”¹¹¹

“(...)”. (Subrayado de la Sala).

Sólo resta advertir –como también lo hizo la Sala en el fallo que acaba de citarse– que el análisis de la causalidad debe preceder al de la existencia de la falla del servicio, en los casos en que ésta se requiere para estructurar la responsabilidad de la entidad demandada. En efecto, sólo aquellas fallas a las que pueda atribuirse la producción del daño tendrán relevancia para la demostración de dicha responsabilidad, de manera que la inversión del orden en el estudio de los elementos citados puede dar lugar a que la falla inicialmente probada resulte

¹¹¹ BUERES, Alberto J. “Responsabilidad Civil de los Médicos”, Edit. Hammurabi, Buenos Aires, 1992, p. 312, 313.

inocua, o a valorar indebidamente los resultados del examen de la conducta, teniendo por demostrado lo que no lo está.¹¹²

Y debe insistirse en que la presunción de la causalidad será siempre improcedente; aceptarla implicaría incurrir en una evidente contradicción, en la medida en que supondría la aplicación, tratándose de la responsabilidad por la prestación del servicio médico asistencial, de un régimen más gravoso para el demandado inclusive que el objetivo, dado que si bien en éste la falla del servicio no constituye un elemento estructural de la obligación de indemnizar, el nexo causal está siempre presente y la carga de su demostración corresponde al demandante, en todos los casos.

2. Los hechos probados

El examen del acervo probatorio allegado al expediente, es demostrativo de la ocurrencia de los siguientes hechos:

a) Obra a folios 14 y 15 del cuaderno anexo 1º, copia del registro de hospitalización de la menor Jovee Jokasta Díaz Antencio en la Clínica Ramón Gómez Bonivento del “ISS” en la ciudad de Riohacha, documento en el que se aprecia que el diagnóstico principal por el cual la menor recibió atención médica de urgencias en dicho centro hospitalario, corresponde al padecimiento de la enfermedad congénita denominada “Anemia de Células Falciformes”.

¹¹² Teniendo en cuenta observaciones similares, la Sala ha hecho afirmaciones como estas, en fallos anteriores:

“Lo que interesa para los efectos de resarcimiento, y naturalmente, de la estructuración de la responsabilidad es, ante todo, la posibilidad de imputación o reconducción del evento dañoso al patrimonio de quien se califica preliminarmente responsable; esto ha de aparecer acreditado cabalmente, para no descender inoficiosamente al análisis culpabilístico” (sentencia del 7 de octubre de 1999, expediente 12.655).

“Ni aún en el evento de que se hubiera probado una falla del servicio habría lugar a declarar la responsabilidad del estado mientras el vínculo causal no hubiera sido establecido, al menos como probable” (sentencia del 22 de marzo de 2001, expediente 12.843).

b) Así mismo, la historia clínica elaborada en el momento en que la niña Díaz Atencio fue hospitalizada en el citado centro hospitalario (fl. 16 cdno. anexo 2º), es indicativa de que Jovee Díaz Atencio ingresó el día 15 de abril de 1998 a las 9:44 p.m. con una crisis de anemia de células falciformes.

Dicho documento refleja los siguientes síntomas y evaluaciones presentados al momento de la hospitalización:

- Dolor en los miembros inferiores y en la región lumbar.
- Transfusiones negativas.
- Hospitalizaciones
- Paciente quejumbroso; malas condiciones generales; ictericia generalizada.
- Región lumbar dolor a la flexión del tronco y a la palpación.

c) Como consecuencia del anterior diagnóstico, el médico tratante ordenó la hospitalización de la niña y, consecuencialmente, dispuso suministrar el siguiente plan médico (fl. 16 cdno. anexo 2º):

- Hartman solución 1.500 c.c. a chorro.
- Luego, hartman 1.500 c.c.; pasar a 42 gotas por minuto.
- Diclofenac: 1 ampolla IV diluida.
- Tramadol: 50 mg IV diluido.
- Hb y Hto (Hemoclarificación).
- Ácido fólico una tableta diaria.
- Control de diuresis.
- CSU y AC.
- **Dejar en observación.** (resalta la Sala).

d) La hoja de evolución médico – hospitalaria allegada al proceso es demostrativa de los hechos que pasan a reseñarse a continuación:

- Se realiza a la paciente un chequeo a las 7:20 a.m. del 16 de abril de 1998, en el que se describe el estado general de la menor y, de otra parte, se ordena la medicación siguiendo los parámetros iniciales y, sobre todo, se dispone su hidratación.

- La niña Jovee Díaz Atencio vuelve a ser revisada por uno de los médicos de la Clínica Ramón Gómez Bonivento a las 7:00 p.m. del 16 de abril de 1998, momento en el que se describe a la paciente de la siguiente forma: “paciente en malas condiciones generales... pulso débil, piel fría, se queja de dolores en miembros inferiores. Edema en cara.”

- A las 8:00 p.m. del mismo día es valorada por el médico pediatra de turno, quien dispone la oxigenación de la paciente y ordena una transfusión de glóbulos rojos tipo O+.

- Siendo las 12:00 de la madrugada del 17 de abril de 1998, el médico de turno dispone el traslado de la paciente por orden del Dr. Hernández (pediatra), a la ciudad de Santa Marta, a un centro especializado, dado el estado de gravedad de aquélla.

- Según el certificado de defunción (fl. 17 cdno. anexo 1º), la muerte de la niña se produjo a la 1:05 de la mañana del 17 de abril de 1998.

e) El resumen de la historia clínica de la menor Jovee Jokasta Díaz Atencio que reposa en la Clínica Ramón Gómez Bonivento del “ISS”, que obra en copia auténtica a folio 249 del cuaderno anexo 1º, es indicativo de lo siguiente:

- El 13 de abril de 1998, la paciente de 14 años de edad consultó al médico adscrito a la clínica (vía consulta externa), por presentar fiebre. Se ordena tomar exámenes de laboratorio.

- El 15 de abril de 1998, reporta resultado de laboratorio y refiere mejoría del cuadro febril, y continúa con conjuntivas ictericas.

- El mismo 15 de abril, a las 9:44 p.m. es llevada por los familiares a las instalaciones de urgencias de la clínica, por presentar dolor en miembros inferiores, región lumbar y muñecas desde las 9:30 a.m.

f) A folios 180 a 184 obra el testimonio del Doctor Mario José Hernández Mejía, médico pediatra que valoró y trató a la niña Jovee Jokasta Díaz Atencio el 16 de abril de 1998 a las 8:00 de la noche y, adicionalmente, al observar la falta de reacción al tratamiento ordenó su traslado de la ciudad de Santa Marta, declaración en la que se manifestó, entre otras cosas, lo siguiente:

“Si laboraba con los Seguros Sociales, la niña en mención fue atendida por mi a partir de las 6:30 a 7:00 de la noche, del día 15 de abril (sic) cuando recibí el llamado, e inmediatamente me traslade (sic) a la clínica del Seguro y encontré una paciente en malas condiciones, sudorosa, taquicardia (sic) ya el médico previamente me había dicho que tenía anemia (sic) falsifonar (sic) (esta es una enfermedad transmitida por los padres cuando son portadores de un rasgo y se crusan (sic) entre sí dos personas con dicho rasgo o se puede dar el caso que no sean portadores si no que tengan la enfermedad y ahí si toda la descendencia a padecer la enfermedad (sic), esta (sic) destruye los glóbulos rojos y conociendo que el oxígeno es transportado por éstos, en un momento dado puede ocasionar que el corazón aumente su tamaño, se dilate y se vuelva insuficiente y de ahí a la muerte (...)

“(...) Sin ser abogado del diablo, en charla con el médico de planta que estuvo ese día me comento (sic) porque le hice la pregunta, que él estaba sólo (sic) en urgencia, en sala de parto, en piso y no recibió la información de que la paciente se estaba deteriorando (...).

“(...) Independientemente, se (sic) esta paciente o cualquier otra toda paciente debe ser valorado (sic), no en este lapso tan grande, pero como bien dije anteriormente el médico conceptuó de que tenía varios frentes y por el trabajo que tuvo y al no recibir información sobre el estado de la paciente no acudió a verla (...).”

g) Se allegó al expediente, igualmente, concepto técnico emitido por la Sección de Patología Forense del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses Regional Norte (Barranquilla), documento en el que los profesionales especializados manifestaron, lo siguiente:

“La revisión de la historia clínica remitida permite inferir que el occiso (sic) padecía de anemia de células falciformes, trastorno ubicado entre las anemias hemolíticas heredadas con predilección por persona con ancestro racial negro o mestizo, quien consulta por motivo febril a las instalaciones hospitalarias del Seguro Social donde es manejada con impresión clínica de crisis depanicitica (sic), inducida por bronconeumonía. Los resultados de los exámenes anexados permiten deducir la existencia de una reacción leucemoide, situación común en los estados sépticos padecidos por los pacientes con anemia de células falciformes y sugestivos, cuando se presentan, de severidad de la infección, relacionada, tal gravedad, con el hecho de ser homocigoto el paciente que padece la teptonocitisis, Las medidas terapéuticas instauradas se inscriben dentro de los protocolos de manejo para pacientes con esta enfermedad infectados y la evolución tórpida con deceso es un evento impredecible en personas como el occiso, sugestivo de padecer anemia de células falciformes de tipo homocigoto.

“En ese orden de ideas, consideramos que el manejo de la enfermedad fue idóneo y la muerte natural no obedece a tratamientos iatrogenologicos (mala práctica), o a actos omisivos en la atención médica.” (fl. 220 cdno. anexo 1º).

h) A folios 247 y 248 del cuaderno anexo 1º, obra acta del Comité Ad – hoc designado por la Jefatura de Mercadeo y Calidad de la Seccional Atlántico del Instituto de Seguros Sociales, de 25 de septiembre de 1998, para evaluar, el proceso de atención a la paciente Jovee Jokasta Díaz Atencio. Las conclusiones de dicha valoración técnico – administrativa son las siguientes:

“C. ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN:

“Paciente de 14 años con diagnóstico de crisis de Anemia de Células Falciformes.

“La consulta de Medicina General, el día 13 de abril de 1998, se observa como dato positivo en la historia clínica, temperatura de 39º, conjuntivas ictéricas y adinamia, la impresión diagnóstica y el plan se consideran adecuado.

“15 de Abril/98, la nota médica refiere buen estado general y con resultados de laboratorio, el plan propuesto fue el adecuado. Se consigna la negativa de la madre a remisión al ISS y de transfusión, pero ésta no se encuentra firmada.

“Cuando ingresa a la clínica propia el 15 de Abril/98, presenta en esos momentos, por el cuadro clínico crisis vaso-oclusiva, inician un manejo pertinente para la crisis, como es la hidratación y análgia (sic). No hay datos de hipoxia clínica descrita en la historia clínica, no se ameritaba en estos momentos la transfusión sanguínea.

“Faltó continuidad después de la atención de las 7:20 a.m. de el 16 de Abril/98 hasta las 7:00 p.m. de el mismo día, en éste momento se encuentra en Shock Cardiogénico, secundario a que se agrega crisis de hemólisis.

“D. CONCEPTO: DESFAVORABLE, porque faltó vigilancia médica (el 16 de Abril después de las 7:20 a.m.) para la toma oportuna de decisiones.”

3. El caso concreto

Si bien la Sala ha precisado que el análisis de los elementos que constituyen la responsabilidad extracontractual del Estado, debe abordarse a través de la siguiente estructura conceptual: 1º) daño antijurídico, 2º) hecho dañoso, 3º) nexo causal, y 4º) falla del servicio, en el caso concreto, por razones metodológicas, se estudiará de último el nexo causal, dada la complejidad del análisis que amerita éste, concretamente, en la medida que su estructuración requiere de un manejo indiciario que supone, la comprobación previa de la falla del servicio.

3.1. La anemia de células falciformes, es una afección hereditaria de la hemoglobina, frecuente en poblaciones de raza negra o mestiza, y proviene del resultado de una anomalía en la cadena beta de la hemoglobina adulta (HbA). Genera una polimerización de la hemoglobina lo que distorsiona la morfología del eritrocito, disminuye la deformidad eritrocítica, causa una reducción de grado

manifiesto en el periodo de vida del eritrocito, lo que aumenta la viscosidad de la sangre y predispone a episodios de oclusión vascular.¹¹³

3.2. En el asunto *sub judice*, el daño padecido por la familia Díaz Atencio se acreditó plenamente, en tanto que, la muerte de Jovee Jokasta Díaz Atencio constituye el daño del cual se derivan los perjuicios cuyo resarcimiento se busca en este proceso.

Tales perjuicios ostentan la naturaleza de ciertos, actuales y determinados, motivo adicional para predicar el cumplimiento de los preceptos normativos contenidos en el artículo 90 de la Constitución Política necesarios para sustentar la existencia del daño antijurídico.

En efecto, se encuentra acreditado el vínculo de parentesco que existe entre las personas que integran el extremo demandante (padres y hermanos) con la joven Jovee Jokasta Díaz Atencio.

3.3. El hecho dañoso, en el asunto bajo análisis, se encuentra constituido por el shock consecuencia de la enfermedad que padecía la menor, es decir, anemia de células falciformes; su muerte es el resultado de la agravación aguda y crítica de la enfermedad antes mencionada.

3.4. Se encuentra acreditada la falla del servicio, dada la presencia de numerosas pruebas que demuestran un funcionamiento anormal del servicio asistencial

¹¹³ Al respecto ver: <http://www.uchicagokidshospital.org/online-library/content=s05436>; tesis de grado del doctor Martín Rivas López para optar por el título de pediatra en la universidad nacional de Nicaragua “Epidemiología de la Anemia Drepanocítica y Características clínicas de la enfermedad de los pacientes atendidos en sala de hematología del hospital infantil Manuel de Jesús Rivera La Mascota 2000 – 2004”; http://es.encarta.msn.com/media_461517751_761565946_1_1/Anemia_de_c%C3%A9lulas_falciformes.html; <http://www.cyberpediatria.com/anemiafalciguiapadres.htm>; http://www.nacersano.org/centro/9388_9967.asp; http://www.sicklecelldisease.org/about_scd/index.phtml.

médico hospitalario de la Clínica Ramón Gómez Bonivento, el día 16 de abril de 1998, debido a la falta de vigilancia y control en la evolución médica de la paciente – menor Jovee Jokasta Díaz Atencio.

En efecto, de las pruebas allegadas al proceso, se evidencia claramente que, si bien durante el lapso que permaneció en las instalaciones de la citada clínica del “ISS” la menor fallecida, se aplicó, en términos generales el protocolo médico para neutralizar los efectos de la enfermedad congénita padecida por Jovee Díaz Atencio, se comprobó, igualmente, que el 16 de abril de 1998 durante el período de tiempo comprendido entre las 7:20 de la mañana y las 7:00 de la noche, aquella no tuvo ningún tipo de control por parte del personal médico que se encontraba en las instalaciones hospitalarias. Simplemente, las enfermeras del respectivo piso se limitaron a seguir el plan de medicación formulado por los médicos tratantes, sin que en ningún momento se analizara por parte de un profesional de la medicina el hecho de si el tratamiento aplicado estaba o no dando resultados.

La ausencia de una oportuna evaluación médica impidió la realización de una transfusión pertinente, o el traslado oportuno de la menor a la ciudad de Santa Marta en horas anteriores a la media noche, motivo que indica la alta probabilidad de que la niña fallecida hubiera recibido atención especializada de alto nivel de manera apropiada, con un adecuado pronóstico.

Esa prolongación en el tiempo en la valoración médica, es lo que constituye el núcleo esencial de la falta; huelga decir que la obligación de medios que constituye la de naturaleza médica, no sólo se concreta en la oportuna atención del paciente, el adecuado diagnóstico y la correcta formulación de los medicamentos necesarios para combatir el padecimiento, sino que, en casos de hospitalización, el acto médico implica, adicionalmente, el deber jurídico del profesional de la medicina de valorar continuamente a su paciente para determinar

su evolución y progreso; circunstancia que halla su sustento en la relación de respeto, confianza y solidaridad que soporta el vínculo médico-paciente¹¹⁴.

La falla entonces, se desprende claramente de la hoja de evolución médica de la paciente, del testimonio del doctor Mario Jesús Hernández (pediatra tratante en horas de la noche), así como del acta del Comité Ad-hoc del "ISS" de 25 de septiembre de 1998, en la que se emitió concepto desfavorable respecto a la actuación médica frente a la menor Jovee Díaz Atencio en la Clínica Ramón Gómez Bonivento el día 16 de abril de 1998.

3.5. La relación causal es aquel vínculo fáctico - jurídico que conecta la producción del daño con determinado hecho generador o productor del mismo. Dicha correspondencia se erige como una relación material que liga a determinada acción un preciso resultado generado en el mundo exterior (modificación en el mundo externo); en otras palabras, el nexo de causalidad permite atribuir o imputar a alguien un determinado resultado o efecto como consecuencia de un específico comportamiento activo u omisivo.

Ahora bien, corresponde determinar si la parte demandante, a lo largo del proceso acreditó el nexo causal existente entre la falla del servicio de la administración y el daño antijurídico comprobado.

La Sala concluye que, el daño es atribuible fáctica y jurídicamente a la actuación médica de la Clínica Ramón Gómez Bonivento, como quiera que, existen suficientes indicios contingentes, concurrentes y convergentes que acreditan, con

¹¹⁴ (...) la relación jurídica que media entre el médico y el paciente de la que dimana un haz de derechos y obligaciones ineludibles y exigibles, como el agotamiento de la diligencia en la asistencia sanitaria; el empleo de la "técnica correcta" (STS 16 de abril de 1970), el deber de informar sobre pronóstico, diagnóstico y tratamiento; la necesidad de obtener el consentimiento del enfermo como medio para garantizar su autonomía; elaborar la historia clínica del paciente; secreto profesional; evitar altas precipitadas; etc. El incumplimiento de estas y otras obligaciones engendra a menudo demandas judiciales contra el médico. PÉREZ, Mariano Alonso "La relación médico-enfermo, presupuesto de responsabilidad civil (en torno a la "lex artis")", en "Perfiles de la Responsabilidad Civil en el Nuevo Milenio", Ed. Dickinson, 2000, Pág. 31.

probabilidad determinante, dicha inferencia lógica.

En relación con la posibilidad del juez administrativo de acreditar, vía la utilización de medios probatorios indirectos (v.gr. prueba indiciaria), la relación de causalidad entre el daño y el título jurídico de imputación (en este caso la falla del servicio), esta misma Sala ha precisado:

“En el caso concreto la falla del Instituto demandado está probada. Dicha falla consistió en omitir la práctica de exámenes de laboratorio previos, los cuales hubieran brindado a los médicos una mejor información acerca del tipo de lesión que presentaba la menor y por consiguiente, la realización de procedimientos diferentes a la biopsia, cuya práctica no estaba indicada en el caso concreto y que generó el daño cuya indemnización se reclama. En conclusión, no existe certeza en el sentido de que la paraplejía sufrida por Marianella Sierra Jiménez haya tenido por causa la práctica de la biopsia. No obstante, debe tenerse en cuenta que aunque la menor presentaba problemas sensitivos en sus extremidades inferiores antes de ingresar al Instituto Nacional de Cancerología, se movilizaba por sí misma y que después de dicha intervención no volvió a caminar. Esto significa que existe una alta probabilidad de que la causa de la invalidez de la menor sea la falla de la entidad demandada. Probabilidad que además fue reconocida por los médicos de la entidad demandada. En consideración al grado de dificultad que representa para el actor la prueba de la relación de causalidad entre la acción del agente y el daño en los casos en que esté comprometida la responsabilidad profesional, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación causal, se afirma que cuando sea imposible esperar certeza o exactitud en esta materia "el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia", es decir, que la relación de causalidad queda probada "cuando los elementos de juicio suministrados conducen a 'un grado suficiente de probabilidad'". Ahora bien, es cierto que no existe certeza en cuanto a que de no haberse producido la práctica de la biopsia la menor no hubiera quedado inválida, pero sí es cierto que la intervención le restó la oportunidad e aliviar o al menos mejorar su situación física sin padecer el estado de invalidez que sufre y por esta razón la entidad demandada deberá indemnizar al actor los daños sufridos con ocasión de la paraplejía de su hija, derivada de la falla médica.”¹¹⁵ (subrayado de la Sala).

¹¹⁵ Sentencia de 3 de mayo de 1999, exp. 11.169 M.P. Ricardo Hoyos Duque.

“No basta con acreditar una omisión en abstracto, en tratándose de la actividad médica, sino que por el contrario, se reclama una prueba que permita inferir, con visos de realidad, que la conducta asumida por el médico o ente hospitalario, deviene causa regular y adecuada de la consecuencia o evento dañino que se materializa, en el caso concreto, en la muerte del menor. La relación de causalidad en dicha actividad, se caracteriza por un particularismo específico, en relación con el régimen general, circunstancia esta que se sostiene, por las especiales características que tipifican la actividad médica y que exigen una consideración especial de parte del juzgador, en el momento de la valoración de la conducta que se considera causalmente ligada a los resultados nocivos. Dicho en otras palabras: En tratándose del acreditamiento del elemento causal, hácese indispensable la demostración de que la conducta del médico tratante o, en su caso, del centro hospitalario a quien se imputan las consecuencias dañinas, resultan ser la causa adecuada del desenlace producido en el paciente, pues sabido se tiene que el mero contacto del médico con el paciente, no resulta ser un elemento probatorio suficientemente descriptivo que permita tener por acreditada la causalidad exigida por el régimen de responsabilidad. En el caso concreto, no solamente se echa de menos la ausencia de prueba que le permita al juzgador atribuir el resultado muerte a una eventual conducta omisiva, pues se reitera, tan solo se sabe que el menor fue llevado al centro hospitalario, si no que igualmente, de la prueba recaudada tampoco puede predicarse que se haya presentado lo que el demandado califica como omisión.”¹¹⁶ (resalta la Sala).

“ (...) la Sala advierte que se ha venido aplicando la denominada teoría de la carga dinámica probatoria, en el entendido de que el juez puede deducir presunciones de hombre de la conducta procesal observada por cualquiera de las partes (pasiva o timorata en el caso de los médicos), cuando estos están en mejores condiciones de representar el hecho en el proceso, con el propósito de acreditar diligencia y cuidado a la no culpa. Con la aplicación de dicha teoría sólo se pueden deducir, judicialmente, presunciones de culpa. Asunto distinto es el atinente a la causalidad en materia médica, la cual no puede tenerse por demostrada, únicamente, en aplicación de la teoría de la carga dinámica. Así las cosas y aceptada la dificultad que suele presentarse en la demostración directa de la causalidad en materia médica, puede probarse indirectamente, - indiciariamente - partiendo de la misma historia clínica. El ámbito donde ha de situarse la atención para el análisis de los casos de responsabilidad, presupuesto la demostración del daño, es el del elemento causal, el cual no puede tenerse por demostrado con la sola prueba de una culpa en abstracto y, mucho menos, si se ha llegado a tal conclusión por la vía de la aplicación de la carga dinámica probatoria. Se reitera que la culpa no comporta de ordinario la prueba de la causa.

¹¹⁶ Sentencia de 11 de mayo de 1999, exp. 11.949 M.P. Daniel Suárez Hernández.

La Sala no puede aceptar que los roles determinados y específicos que cumple cada miembro del grupo médico impidan a la postre establecer la responsabilidad del I.S.S., por la circunstancia de la división del trabajo. Las omisiones en que incurrió el grupo médico o la organización institucional en la prestación del servicio de salud, excluyen la idea de diligencia y cuidado, de regularidad y eficaz prestación del servicio público y, por lo mismo, se concluye que ante casos como éste (de inactividad o pasividad del grupo médico en la prestación del servicio o de falta de organización y cumplimiento de las órdenes médicas) la causa del deceso ha de atribuirse al ente demandado, no porque exista prueba directa que así lo evidencie, sino porque existe prueba indirecta partiendo de la misma historia clínica. El juzgador puede hacer inferencias lógicas relativas a hechos debidamente probados concernientes a los atrás enunciados, de los cuales puede concluir el nexo de causalidad, cuando en la historia clínica no se anotó una causa eficiente, no proveniente del demandado, en la producción del hecho dañino - causa ajena - . Más cuando en la historia clínica, después del diagnóstico y de la realización, como en este caso de un TAC no se hizo constar que el paciente ingresó en estado de gravedad. Por consiguiente si el paciente se deteriora en manos de quien lo atiende y no se demuestra una causa extraña a éste, se infiere de forma indirecta el nexo de causalidad. Concluye por tanto la Sala, en otros términos, que si el I.S.S. hubiese agotado con diligencia y exhaustividad el contenido prestacional y el resultado curativo no se hubiere logrado, esa misma conducta evidenciaría la ausencia de falla. Por lo tanto ante la demostración, de una parte, de las indicadas omisiones y, de otra, del nexo causal ha de imputársele al I.S.S. el deceso del paciente.”¹¹⁷
(subrayado fuera del texto original).

En esa precisa perspectiva, en relación con la prueba indiciaria, la Corte Suprema de Justicia ha manifestado:

“Es esencial que los hechos indicadores estén plenamente demostrados para que el indicio pueda tenerse como prueba, porque si ese hecho indicador básico no está demostrado, es imposible que de él pueda deducirse la existencia del hecho desconocido y que se pretende demostrar por medio del proceso mental que hace el juez, que si parte de una base no puede llevarlo racionalmente a concluir que existe el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas.”¹¹⁸

¹¹⁷ Sentencia de 7 de octubre de 1999, exp. 12.655 M.P. María Elena Giraldo Gómez.

¹¹⁸ Corte Suprema de Justicia, G.J., Tomo LXXX, No. 2154, Pág. 291. Cit. “PARRA Quijano, Jairo “Manual de Derecho Probatorio”, Ed. Librería del Profesional, Bogotá, 1988, Pág. 371 y 372.

De otra parte, la doctrina ha señalado una serie de requisitos para que los indicios puedan conducir a un hecho inferido con el grado lógico suficiente, que permita conducir al juez por los senderos de la probabilidad determinante o la certeza; dichos elementos son los siguientes¹¹⁹:

a. Los indicios deben hallarse, desde luego, comprobados, y esta comprobación necesita de pruebas directas, lo que no obsta para que la prueba pueda ser compuesta, utilizándose, al efecto, pruebas directas imperfectas, o sea, insuficientes para producir, cada una por separado, plena prueba. Adicionalmente, es válido afirmar que el hecho indicador, a su vez, no puede ser la consecuencia de un indicio previo (hecho inferido), ni tampoco puede estar constituido por un conjunto de hechos inferidos (sumatoria de indicios previos).

b. Los indicios deben haber sido sometidos al análisis crítico, encaminado a verificarlos, precisarlos y evaluarlos, análisis del cual deberán haber salido provistos con la etiqueta de graves, medianos o leves.

c. Los indicios deben ser independientes, en varios sentidos. Primeramente, en cuanto no deben contarse como indicios distintos los que tienen el mismo origen respecto a su hecho indicador; en segundo lugar, tampoco deben considerarse como diferentes los que constituyan momentos o partes sucesivas de un solo proceso o hecho accesorio.

d. Si los indicios tienen el carácter de contingentes (aquéllos cuyo efecto dado puede tener varias causas probables), deben ser varios, en la medida en que su orden numérico otorga una mayor probabilidad respecto a su grado concluyente y, por ende, al nivel de probabilidad o certeza que otorgan.

e. Deben ser concordantes, esto es, que se ensamblen entre sí de tal manera que

¹¹⁹ Cf. DELLEPIANE, Antonio “Nueva Teoría de la Prueba”, Ed. Temis, Bogotá, 1972, Pág. 97 y 98.

puedan producir un todo coherente y natural, en el cual cada hecho indiciario tome su respectiva colocación en cuanto al tiempo, lugar y demás circunstancias.

f. Las inferencias lógicas deben ser convergentes, es decir, que todas reunidas no puedan conducir a conclusiones diversas.

g. Las conclusiones deben ser inmediatas, lo cual debe entenderse en el sentido de que no se haga necesario llegar a ellas a través de una cadena de silogismos.

Acreditada la posibilidad del juez administrativo, en relación con la utilización de las pruebas indirectas para comprobar la existencia del nexo causal entre el resultado comprobado y la falla del servicio probada; y de otra parte, esbozados los requisitos y elementos de la prueba indiciaria, procede la Sala a realizar los procesos lógicos que permiten concluir la existencia, con el grado de *“probabilidad determinante”*¹²⁰, de la mencionada relación causal en el asunto *sub judice*, dado que todas ellas configuran, de una u otra manera, suficientes hechos indiciarios a partir de los cuales, previa su estructuración lógica y vinculación conjunta, se infiere una serie de conclusiones respecto al vínculo inescindible existente entre la falla del servicio y el daño antijurídico.

La historia clínica de la menor Jovee Jokasta Díaz Atencio, refleja claramente la obligación de “observación del paciente”, deber éste de la profesión médica que se traduce, en términos generales, en el seguimiento obligatorio que debe efectuar el profesional de la medicina a los planes de medicación que se han formulado a un

¹²⁰ “...el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia, es decir, que la relación de causalidad queda probada cuando los elementos de juicio suministrados conducen a un grado suficiente de probabilidad...Basta con que el juez, en el caso en que por la naturaleza de las cosas no cabe una prueba directa llegue a la convicción de que existe una *“probabilidad determinante.”*” DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo “Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil. Con especial atención a la reparación del daño”, Ed. Civitas, Madrid, 1995, Pág. 77. Para una completa panorámica del estado del arte en relación con éste y demás temas de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado, ver: HERNÁNDEZ Enríquez, Alíer E. “Responsabilidad Patrimonial Extracontractual del Estado”, Revista Facultad de Derecho Universidad Militar, 2001, Volumen IV, No. 8, Págs. 120 y s.s.

determinado paciente; lo anterior, en la medida en que no todo tratamiento general, circunscrito al protocolo, puede ser efectivo para combatir una determinada enfermedad, dado que la estructura física y orgánica del paciente influye altamente en los procedimientos que deben adelantarse para su recuperación.

Así las cosas, es claro que si los propios médicos tratantes de la enfermedad consignan en la historia clínica la necesidad de que el paciente se encuentre en “observación”, el *principio de confianza*¹²¹ indica que la persona sometida al procedimiento médico espera que dicha obligación sea cumplida de conformidad con los parámetros legales y de protocolo médico (*lex artis*) que regulan la mencionada actividad profesional. En el caso concreto, se observa que dicha expectativa fue frustrada, puesto que, ante el incumplimiento de las obligaciones de control y evolución médica por parte de los profesionales de turno de la Clínica Ramón Gómez Bonivento, se cercenó la probabilidad de la niña Jovee Jokasta Díaz de recuperar su estado de salud.

El testimonio del doctor Mario José Hernández, médico pediatra tratante de Jovee Jokasta Díaz Atencio, es indicativo de la falta de valoración oportuna de la menor, como quiera que señala la gravedad que puede revestir la enfermedad de “anemia de células falciformes” cuando existe una crisis aguda en la misma, tal y como la presentó la menor fallecida. Así mismo, la citada declaración técnica endilga una falta de observación sobre la evolución de la paciente, circunstancia que permite inferir la negligencia de los profesionales médicos que laboraron el 16 de abril de 1998 en la Clínica Ramón Gómez Bonivento, en el lapso comprendido entre las 7:20 a.m. y las 7:00 p.m., deducción lógica que posibilita establecer, igualmente, la alta probabilidad de que, con una evaluación a tiempo, se hubiera concluido la necesidad de transfundir a la menor de manera urgente y, de otra parte, en caso

¹²¹ Según el cual, toda persona miembro de la sociedad parte de la expectativa jurídica de que todos los demás miembros del núcleo social se comportarán de conformidad con los roles comunitarios asumidos de acuerdo con las calidades y conocimientos que cada uno adquiere en el entorno social.

de que el tratamiento aplicado no diera los resultados esperados, se hubiera podido dar la orden de traslado, oportunamente, a la ciudad de Santa Marta, para que hubiera recibido atención médica especializada.

En similar dirección, la hoja de evolución hospitalaria es prueba directa indiscutible de que la menor, si bien recibió el tratamiento farmacológico que ordena el protocolo para contrarrestar los efectos de la enfermedad padecida, no tuvo ningún tipo de control y vigilancia médica respecto de su evolución como paciente, hecho del que se infiere la negligencia y falta de cuidado con la que obró el cuerpo médico al haber suministrado un plan médico a una paciente, menor de edad, para luego liberar a su propia suerte el hecho de la recuperación, comportamiento éste que vulneró la dignidad humana de Jovee Jokasta Díaz Atencio.

En ese mismo contexto, el acta del Comité – *Ad hoc* designado por la Jefatura de Mercadeo y Calidad Seccional Atlántico del “ISS”, contrario a lo afirmado por la parte demandada, no sólo evaluó la calidad del servicio prestado y la responsabilidad de los médicos, sino que, adicionalmente, estableció la continuidad del servicio médico asistencial, tanto así que concluyó que cuando la paciente fue valorada a las 7:00 de la noche del 16 de abril de 1998, luego de 12 horas sin observación médica, la menor ya se encontraba en “shock cardiogénico aunado a una crisis de hemólisis”.

En ese orden de ideas, concluye la Sala que se produjo una evidente omisión por parte del personal médico de la Clínica Ramón Gómez Bonivento a lo largo del 16 de abril de 1998, circunstancia que incrementó las probabilidades de que la enfermedad que sufría Jovee Jokasta Díaz Atencio causara su muerte.

Adelantadas las anteriores operaciones lógicas, encuentra la Sala que la falla del servicio se concretó en el resultado fatal o, al menos, influyó, con probabilidad determinante en él, dado que la muerte de la menor, con seguridad se hubiera

logrado evitar si se hubiera podido corregir el procedimiento médico suministrado, con el propósito de adecuarlo a uno que produjera verdaderos efectos en contra de la enfermedad, o en su defecto, ordenando el traslado de la menor, en condiciones de oportunidad, a la ciudad de Santa Marta en horas previas a la media noche.

3.6. En relación con el concepto emitido por medicina legal según el cual la muerte de Jovee Jokasta Díaz Atencio no se constituyó como consecuencia del tratamiento de la enfermedad dado que éste fue idóneo y, por ende, no derivado de actos omisivos en la atención médica, se debe precisar lo siguiente:

a. Para realizar el análisis y la valoración probatoria de un instrumento pericial, el juez cuenta con el sistema de apreciación de la sana crítica y la formación autónoma del convencimiento; es decir, el fallador debe contar con elementos de juicio suficientes que le permitan apreciar de manera autónoma y crítica la prueba técnica allegada al expediente.

b. Si bien el juez, en la mayoría de los casos, no cuenta con el conocimiento científico especializado sobre determinados aspectos técnicos y científicos sobre los que recae la prueba pericial, lo cierto es que, *“no debe aceptarse el dictamen en forma automáticamente (sic), porque el juez conoce algunas circunstancias (presentadas en el expediente o verificadas en la sociedad) que pueden modificar en forma relevante el cálculo de probabilidades y la valoración final de las pruebas.”*¹²²

c. El principio de la libre apreciación de la prueba rige por supuesto también en la evaluación de un dictamen pericial requerido por la fundamentación lógica y científica, y si existen varios dictámenes periciales, considerar sus

¹²² DUARTE Pedro, Rodolfo “Prueba Pericial: Valoración del dictamen médico en las pruebas biológicas”, “La Prueba – Homenaje al Maestro Hernando Devis Echandía”, Universidad Libre, Pág. 535.

contradicciones. Si el tribunal no quiere seguir el dictamen del perito, debe dar las razones de su convencimiento contrario en la sentencia.¹²³

d. En ese marco contextual, la Sala concluye que, el citado dictamen pericial no es lo suficientemente objetivo en relación con el hecho de la falta de cuidado a la que se sometió a la joven Jovee Jokasta Díaz Atencio, por cuanto, dicha prueba técnica se limitó a emitir un concepto favorable respecto de las medidas terapéuticas aplicadas a la paciente, las que, como se manifestó anteriormente, sí se inscribieron dentro de los protocolos médicos para combatir los efectos de la enfermedad; en esa perspectiva, dicha prueba científica no apreció los efectos que pudo generar sobre la paciente, el hecho de que correctamente medicada, se haya abandonado prácticamente por el periodo de 12 horas sin ningún tipo de observación medico – profesional.

En esa medida, la apreciación realizada sobre el tipo de manejo del paciente con esa clase de enfermedad (acto médico), no es de recibo por parte de esta Corporación, ya que de aceptar el criterio esgrimido por Medicina Legal - Seccional de Patología Forense Regional Norte, se admitiría la posibilidad de que en un centro hospitalario se reciba a un paciente, se le medique adecuadamente según los parámetros farmacológicos, más sin embargo, se abandone a éste sin ningún tipo de valoración o seguimiento de la evolución médica, a la espera de dos posibles resultados (la mejoría del paciente o su empeoramiento al no responder favorablemente al tratamiento), circunstancia que, independientemente del resultado del acto médico, desvanece la relación jurídica que existe entre el paciente y el profesional de la medicina y, por ende, el deber de cuidado que radica en cabeza de este último.

Lo anterior, como quiera que para valorar el nexo causal entre la falla médica y el

¹²³ Cf. LEIBLE, Stefan “El procedimiento probatorio”, “Valoración judicial de las pruebas”, Ed. Editora Jurídica Colombiana, Bogotá D.C., Pág. 655 y s.s.

daño antijurídico, deben analizarse igualmente todos los actos independientes que, de manera conjunta, integran el conocido acto médico (diagnóstico, medicación **y evolución**, entre otros).

4. Conclusión final

Hechas las anteriores consideraciones, la Sala confirmará por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia la sentencia consultada en todas sus partes, incluso a nivel de la condena decretada, en la medida que ésta se encuadra dentro de los parámetros fijados en oportunidades anteriores por la Corporación.

Así mismo, en relación con la declaratoria de ausencia de responsabilidad de los llamados en garantía (médicos de la clínica) realizada por el *a quo*, la Sala se abstendrá de hacer cualquier tipo de análisis al respecto, dado que el grado jurisdiccional de consulta se surte sólo a favor de la entidad condenada, motivo por el cual no es posible abrir el debate jurídico – probatorio en relación con la posible culpa de los profesionales de la medicina en el caso en concreto.

En mérito de lo expuesto, **EL CONSEJO DE ESTADO, EN SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero. CONFÍRMASE la sentencia consultada, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo. DESE cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del

Código Contencioso Administrativo, para lo cual se expedirá copia de la sentencia de segunda instancia, conforme al artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

Tercero. Cumplido lo anterior, por Secretaría, **ENVÍESE** el expediente al tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y PUBLÍQUESE

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ
Presidente de la Sala

ALIER E. HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ

RUTH STELLA CORREA PALACIO

FREDY IBARRA MARTÍNEZ

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

Anexo D. Pie de página No. 12**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA
SECCION TERCERA****Consejera ponente: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR**

Bogotá, D.C., primero (1) de octubre de dos mil ocho (2008)

Radicación número: 63001-23-31-000-1997-04565-01(16132)**Actor: LUIS HERNANDO GARCIA PUERTAS Y OTROS****Demandado: HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JUAN DE DIOS DE ARMENIA**

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por las partes en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío el 17 de octubre de 1998, mediante la cual se adoptaron las siguientes declaraciones y condenas:

*“**Primero:** Declárase a la Empresa Social del Estado Hospital Universitario San Juan de Dios de Armenia, administrativamente responsable de los daños y perjuicios ocasionados a ROSEMBERG GARCIA ZAPATA Y MIRIAM PUERTAS AGUIRRE (padres), EGIDIO NOREÑA LOAIZA (esposo), DAVID LEONARDO NOREÑA GARCIA (hijo), LEONARDO PUERTAS GARCIA (abuelo) y LUIS HERNANDO, FLOR ISBELIA, ROSEMBERT, LEONARDO y DEISY LORENA GARCIA PUERTAS (hermanos), por la muerte de DORA LUCIA GARCIA PUERTAS, ocurrida el 20 de agosto de 1996, como consecuencia de la falla presunta de la administración.*

*“**Segundo:** Consecuencialmente se condena a la Empresa Social del Estado Hospital Universitario San Juan de Dios de Armenia a pagarles, como indemnización por los perjuicios morales sufridos lo siguiente: Para ROSEMBERG GARCIA ZAPATA, MIRIAM PUERTAS AGUIRRE, EGIDIO NOREÑA LOAIZA y DAVID LEONARDO NOREÑA GARCIA, el valor en pesos a que equivalga la cantidad de mil (1000) gramos oro, de acuerdo con la certificación que sobre el precio del metal, expida el Banco de la República para la fecha de ejecutoria de esta providencia; para LEONARDO PUERTAS MARTÍNEZ y LUIS HERNANDO, FLOR ISBELIA, ROSEMBERT, LEONARDO Y DEISY LORENA GARCIA PUERTAS, el valor en pesos a que equivalga la cantidad de quinientos (500) gramos de oro, de acuerdo con la certificación que sobre el precio*

del metal , expida el Banco de la República para la fecha de ejecutoria de esta providencia.

“Tercero: Niégase la indemnización por perjuicios fisiológicos solicitados en la pretensión 1.3, de acuerdo con lo explicado en la parte motiva de esta providencia.

“Cuarto: Niégase la indemnización por perjuicios materiales solicitados en la pretensión 1.4, de acuerdo con lo explicado en la parte motiva de esta providencia.

“Quinto: Las sumas de dinero liquidadas a favor de los demandantes devengarán intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia y moratorios después de esa fecha, imputando todo pago primero a intereses.

“Sexto: Condénase en costas a la parte demandada. Líquidense por secretaria.

“Séptimo: Si no fuere apelada, envíese en Consulta al Consejo de Estado.”

I. ANTECEDENTES:

El 2 de abril de 1997 LUIS HERNANDO GARCIA PUERTA y otros¹²⁴, mediante apoderado judicial debidamente constituido, en ejercicio de la acción de reparación directa, presentaron demanda en contra del Hospital Universitario San Juan de Dios de Armenia, para que fuera declarado patrimonialmente responsable por la muerte de DORA LUCIA GARCIA PUERTA ocurrida el 20 de agosto de 1996, y en ese sentido se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“1.1 Que se declare que el Hospital Universitario San Juan de Dios de

¹²⁴ La demanda fue instaurada a nombre de Flor Isbelia, Rosembert y Leonardo García Puertas en calidad de hermanos de la víctima, Egidio Noreña Loaiza conyuge del causante, Rosembert García Zapata y Miriam Puertas de García padres de la víctima, y el menor David Leonardo Noreña García, en calidad de hijo de la víctima, representado por Egidio Noreña Loaiza, la menor Deisy Lorena García Puertas en calidad de hermana de la víctima representada por Rosembert Garcia zapata y Miriam Puertas de García, y el señor Leonardo Puertas Martínez en calidad de abuelo materno de la víctima.

Armenia, es responsable de los perjuicios morales causados a raíz de la muerte de Dora Lucía GARCIA PUERTA O PUERTAS el día 20 de agosto de 1996, como consecuencia de una falla del servicio médico prestado.

“1.2 Que como consecuencia de tal declaración se condene al demandado al pago de las siguientes sumas de dinero;

“1.2.1. El equivalente a 1000 gramos de oro puro a favor de Rosemberg GARCÍA ZAPATA como padre de la fallecida.

“1.2.2 El equivalente a 1000 gramos de oro a favor de Miriam PUERTAS AGUIRRE como madre de la fallecida.

“1.2.3. El equivalente a 1000 gramos de oro a favor de Egidio NOREÑA LOAIZA como cónyuge de la fallecida.

“1.2.4. El equivalente a 1000 gramos a favor de David Leonardo NOREÑA GARCIA como hijo de la causante.

“1.2.5. El equivalente a 800 gramos de oro a favor de Leonardo PUERTAS MARTÍNEZ en su calidad de abuelo materno de la causante.

“1.2.6. Al pago de 500 gramos oro puro para cada uno de los hermanos de la fallecida son ellos. Luis Hernando GARCIA PUERTAS, Flor Isbelia GARCIA PUERTAS, Rosembert GARCIA PUERTAS, y Deisy Lorena GARCIA PUERTAS. Total 2500 gramos oro.

“1.3. Que se declare que el Hospital Universitario San Juan de Dios es responsable de los perjuicios fisiológicos causados a raíz de la muerte de Dora Lucia GARCIA PUERTAS. Como consecuencia de tal declaración se condene al demandado al pago de:

“1.3.1. El equivalente a 1000 gramos oro a favor de Egidio NOREÑA LOAIZA como cónyuge de la fallecida que vio frustrada su vida sexual.

“1.3.2. El equivalente a 1000 gramos oro a favor de David Leonardo NOREÑA GARCÍA como hijo de la fallecida, quien no podrá gozar de actividades agradables al lado de su madre.

“1.4 Que se declare que el Hospital Universitario San Juan de Dios de Armenia es responsable de los perjuicios materiales causados a la señora MIRIAM PUERTAS AGUIRRE DE GARCÍA, a raíz de la muerte de Dora Lucía GARCIA PUERTAS. Que como consecuencia de tal declaración se condene al demandado a pagar la suma de \$ 22.687.093,00 por concepto de Lucro Cesante o dinero que deberá recibir la señora Miriam PUERTAS al dedicarse al cuidado personal de David Leonardo NOREÑA GARCIA.

“Para tal liquidación se tendrá en cuenta que dicho cuidado será hasta que el menor cumpla los 18 años.....”

2. HECHOS

La causa petendi de la acción se resume en los siguientes términos:

1. El 18 de marzo de 1996, la señora Dora Lucía García Puerta y Egidio Noreña contrajeron matrimonio en el Municipio de Pijao (Quindío), de dicha unión nació el menor David Leonardo Noreña García.

2. El control durante el periodo de embarazo de DORA LUCIA GARCIA PUERTAS estuvo comprendido hasta el 19 de agosto de 1996, fecha en la cual se presentó a urgencias del Hospital Santa Ana de Pijao. La demandante transcribe en la historia clínica:

“Cuadro clínico de dolor tipo contracción uterina de 3 horas de evolución 1 cada 10 minutos con corta duración, no epigastriagía, no visión borrosa, no sangrado genital, no amenorrea o presencia de líquido amniótico, movimiento fetales más de 10 por hora. Sin otra sintomatología. Sin antecedentes importantes examen físico aparente, buenas condiciones generales, orientada, sin signos de dificultad respiratoria. Frecuencia cardiaca de 70 por minuto y frecuencia respiratoria de 20 por minuto, tensión arterial 130/100, alta pero no exagerada, hidratada. Abdomen globoso por útero grávido. Altura uterina 32 cms, (por ende le faltaba una semana, (sic) 1 cm más). Feto bien ubicado: cefálico longitudinal dorso derecho frecuencia cardiaca fetal 142 por minuto. Movimiento fetal (+), actividad uterina 2 en 15 minutos de 20 segundos. No presenta dolor a la palpación. Tacto vaginal: dilatación 1 cm borramiento 30%, estación 3 se palpa polo cefálico, es decir el bebé estaba de cabeza y listo para nacer”.

3. A continuación, solicitaron autorización del médico del Hospital de Armenia para remitir al paciente a esa entidad.

4. Adicionalmente, el diagnóstico arrojado por el médico de Pijao indicó:

“1) Embarazo de más o menos 37.5 semanas por FUM confiable, (esto es última menstruación). 2) Trabajo de parto en fase latente, (esto es que el útero no tiene contracciones y pueden pasar semanas sin que nazca el bebé). 3) Posible estrechez pélvica. 4) Pre-eclampsia o complicación del embarazo que pone en peligro la vida de la madre por aumento de la presión arterial. 5) Hipertensión Arterial Transitoria.”

5. El 19 de agosto de 1996, cuando ingresó al Hospital Universitario San Juan de Dios de Armenia se registró que el trabajo de parto estaba en la fase activa, es decir, *“actividad uterina que permite el nacimiento, a las 17:55 nace el niño por parto natural sin ninguna complicación.”*

6. En el curso del parto se practicó episiorrafía que es la corrección de la episiotomía o corte que se realiza a la madre para evitar que el niño la desgare al nacer.

7. La demandante asegura que la paciente presentó sangrado vaginal abundante, el cual, se da debido a que el útero no se contrae por falta de hormona llamada ocitocina que permite la contracción del útero. El sangrado impide aplicación de ocitocina, *“si en una media hora el sangrado sigue igual, la paciente debe ser remitida al quirófano y con especialistas para practicar exámenes y emitir un diagnóstico, generalmente se extrae el útero”*. Solo hasta las 22:30 la paciente fue llevada al quirófano para prestarle asistencia adecuada, y presentó hipovolemia o falta de volumen sanguíneo el que se corrigió con sangre fresca y suero. A continuación, como no respiraba le fue realizada una intubación endocraneal y finalmente, muere nueve horas después del parto.

8. La demandante alegó que el Hospital Universitario fue negligente al no practicarle oportunamente el procedimiento adecuado que impidiera el sangrado y

ni siquiera practicar los exámenes necesarios que permitieran un diagnóstico acertado.

9. Adicionalmente, la paciente tenía problemas de presión, pero no le suministraron los antihipertensivos que lograran estabilizarla y que impidiera una crisis hipertensiva *“que rompiera las arterias del cerebro, hemorragia cerebral o causara un infarto”*

10. Para la época en que falleció Dora Lucía García Puertas contaba con 23 años de edad.

3. ACTUACION PROCESAL EN PRIMERA INSTANCIA

3.1 Admisión de la demanda.-

El 6 de mayo de 1997 el Tribunal Administrativo del Quindío admitió la demanda¹²⁵. Vinculada procesalmente la Empresa Social del Estado Hospital Departamental Universitario del Quindío, mediante apoderado debidamente constituido, contestó la demanda, se opuso a las pretensiones y solicitó la práctica de pruebas. Consideró que en la demanda se hicieron afirmaciones falsas, en cuanto se sostuvo que la paciente falleció por falta de sangre, que la paciente estuvo descuidada por un lapso de cuatro horas y media, y supone un diagnóstico que no es cierto, *“embarazo prematuro e hipertensión”*. Igualmente sostuvo que la paciente no requería una histerectomía como lo sugirió la demandante, porque su sangrado cedió a las maniobras iniciales realizadas en la sala de partos. Tampoco es cierta la afirmación de que a la paciente no se le realizaron exámenes para proferir un diagnóstico más real, puesto que se le tomaron muestras de sangre,

¹²⁵ Folio 40 del cuaderno principal

rayos X del torax, electrocardiograma, examen por ginecólogo de turno y por médico internista, además de la toma permanente de sus signos vitales.

3.2 Decreto de pruebas

Mediante auto de 4 de agosto de 1997, el Tribunal Administrativo del Quindío decretó las pruebas pedidas por las partes en las distintas oportunidades procesales.¹²⁶

3.4 Etapa final de la primera instancia

En providencia de 18 de febrero de 1998, el Tribunal declaró cerrada la etapa probatoria, sin que se hubiere practicado la prueba pericial solicitada por ambas partes, la cual había sido decretada, para que los peritos designados, desde su perspectiva médico científica se pronunciaran sobre el procedimiento llevado a cabo a la señora DORA LUCÍA GARCÍA PUERTA, decisión que no fue recurrida por ninguna de las partes, por lo que a continuación el Tribunal, en providencia de 13 de abril de 1998 citó a las partes para llevar a cabo la audiencia de conciliación prevista en el artículo 3º del Decreto 0171 de 1993. El 29 de abril de 1998 se llevó a cabo la audiencia citada, la cual fracasó por no existir ánimo conciliatorio indispensable para el éxito de la misma.¹²⁷

A continuación, el Tribunal ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión, y al señor agente del Ministerio Público para que rindiera concepto de fondo.

En esa oportunidad procesal, la parte demandante, después de hacer un análisis de los medios probatorios incorporados y practicados, concluyó que la entidad

¹²⁶ **Folios 63 y 64 del cuaderno principal.**

¹²⁷ *Folios 102 del cuaderno principal.*

hospitalaria no demostró la diligencia y cuidado en la atención de la paciente y, en suma, que fue atendida por una profesional de la medicina que no tenía las condiciones de especialista en el área de la obstetricia.¹²⁸

Por su lado, la entidad demandada insistió en su oposición a la prosperidad de las pretensiones, por no aparecer demostrada la relación de causalidad entre el daño causado y la conducta de la administración, lo que de suyo impediría sostener que se hubieren estructurado los elementos que configuran la responsabilidad de la administración.¹²⁹

Por último, en esta etapa procesal intervino la Procuraduría Judicial Trece Administrativa, luego de analizar el material probatorio allegado al proceso, solicitó declarar la responsabilidad de la administración. En ese orden de ideas puntualmente sostuvo:

“Desafortunadamente el daño fue el más lamentable: La muerte de una joven de 23 años; la orfandad de un recién nacido, y por ende el dolor moral de un esposo y una familia completa para quienes el nacimiento que debió ser causa de dicha, lo fue de tristeza. No puede dejarse pasar el hecho de que fueron 5 horas durante las cuales pudo desplegarse alguna o muchas actividades preventivas para salvar una vida, y nada se hizo hasta que la paciente entra en fase crítica en la cual ya no valía la pena correr, porque en ese momento todo era inútil, todos los medios a disposición y utilizados fueron tardíos.

“Agrega el resumen de la historia clínica; Se hace valoración neumodinámica y por neurocirugía ante posibilidad clínica de embolia por líquido amniótico”. Rayas fuera del texto para resaltar que esa posibilidad de embolia por líquido amniótico si existía, y se reitera, nada se hizo para detectarla y evitarla o corregirla. Esta parte es muy importante, porque conforme con la declaración de la doctora GRANADOS LÓPEZ, la embolia por líquido amniótico se presenta por la conducción que hace el líquido a través de la sangre, luego, después de controlar una hemorragia “abundante” ¿no era posible prever tal posibilidad?, ¿ o sólo fue posible cuando después de 5 horas se presenta la gravedad inminente?, son preguntas que quedaron sin respuesta ante la ausencia del dictamen médico forense y de médicos

¹²⁸ Folios 104 a 106 del cuaderno principal.

¹²⁹ Folios 107 a 109 del cuaderno principal

especializados en la materia, para determinar con certeza la causa de la muerte, en cuyo caso, como se ha expresado “en el evento en que el daño llegue a realizarse por ocurrencia del riesgo, sin culpa de la víctima, ni de la propia administración responsable, ésta debe con todo, indemnizar al perjudicado. LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA DE LA ADMINISTRACIÓN EN COLOMBIA PG. 137

“Aunque se repite, no es preciso ser médico para apreciar la absurda omisión, la negligencia, el descuido con la paciente.

“De lo expuesto hasta el momento considera el Ministerio Público que la presunción de falla del servicio médico - hospitalario no fue desvirtuada en el plenario, es decir, la entidad no pudo acreditar la diligencia, el cuidado, la pericia, la prevención, la atención OPORTUNA Y EFICAZ, condiciones únicas que la exonerarían de responsabilidad administrativa. El solo resumen de la historia clínica es prueba de ello.

“Pero como si esto fuera poco, la jurisprudencia actual ha concluido que tratándose de partos normales como calificó la entidad demandada el del caso concreto, entonces la falla del servicio si es de resultado.”

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia de 7 de octubre de 1998 el Tribunal Administrativo del Quindío, accedió a las súplicas de la demanda y declaró patrimonialmente responsable a la entidad demandada de la muerte de DORA LUCIA GARCÍA PUERTAS ocurrida el 20 de agosto de 1996. Los argumentos expuestos se contraen a los precisos términos que a continuación de recogen:

“2.1 REGIMEN DE RESPONSABILIDAD

“Como quiera que en la demanda se afirma que los perjuicios morales sufridos por los demandantes provienen del fallecimiento de la señora DORA LUCIA GARCIA PUERTAS como consecuencia de la falta de atención médica después de la intervención quirúrgica donde dió a luz a un bebé, practicada en el Hospital Universitario San Juan de Dios de Armenia, la Sala dará aplicación al régimen denominado de la FALLA PRESUNTA DEL SERVICIO, que exonera al actor de probar la falla del servicio, debiendo solo probar el hecho causante del daño y su relación con el mismo, régimen aplicable, según el Consejo de Estado en los eventos en los cuales, los perjuicios han sido causados por tratamiento o servicios médicos, porque son los médicos o los institutos de salud

quienes, por encontrarse en las mejores condiciones de conocimiento técnico y real, pueden satisfacer las inquietudes y cuestionamientos que contra sus procedimientos formulen los demandantes, pudiendo exonerarse de responsabilidad mediante la comprobación, que para ellos es más fácil y práctica, de haber actuado en (sic) la eficiencia, prudencia o idoneidad requeridas por las circunstancias propias del caso concreto....

“2.2. RESPONSABILIDAD PRESUNTA. ELEMENTOS

“En este régimen de responsabilidad, el demandante no está obligado a probar la “falla del servicios”, porque éste y su consiguiente responsabilidad se presumen, debe probar solo **“el hecho causante del daño y su relación con el mismo”**.”

“2..2..1. EL HECHO CAUSANTE DEL DAÑO es, según el texto de la demanda, la demora en la atención médica prestada con posterioridad a la complicación presentada en el parto, por parte del Hospital Universitario San Juan de Dios de Armenia, es decir, su personal médico fue negligente al no llevar inmediatamente a la paciente al quirófano para tratarle el sangrado, además, no le practicaron exámenes para emitir un diagnóstico más probable. Nunca supieron si era necesario realizar una histerectomía o extracción de la matriz para parar el sangrado. Esperaron cuatro horas y media sin realizar actividades médicas adecuadas y sin la asistencia de especialistas.

“....

“Además de lo anterior, en esta ocasión, como se trata de un caso de responsabilidad médica, dentro del plenario no existen pruebas contundentes que permitan llegar a la conclusión que la paciente fue **atendida adecuadamente**, que es la obligación que le cabe a la parte demandada por efectos de la inversión de la carga probatoria determinada por el régimen de la falla presunta que se aplica en los eventos de servicio médico. Y es que a la entidad demandada correspondía demostrar, según las reiteradas pautas del Consejo de Estado, que actuó con eficiencia, prudencia o idoneidad requeridas por las circunstancias propias de cada caso

“Solo obra el testimonio de la médica tratante al momento del parto, más su dicho es insular y sospechoso. Lo primero porque no existe ninguna otra prueba que apoye su dicho. Y lo segundo porque la testigo trabaja con la entidad demandada y tiene interés obvio en defenderla. Ahora, un solo testimonio es válido para demostrar un hecho, siempre que el juez tenga convencimiento de credibilidad sobre el mismo, situación que en este caso no ocurre, por razón de la sospecha. De otro lado, nótese cómo fue citada a declarar otra médico tratante y no compareció a la audiencia respectiva (fl. 1 c. 3). Además, la prueba pericial, luego de haberla decretado, no pudo llevarse a cabo por falta de integración del

grupo médico que debía practicarla, a pesar de la labor realizada por el Magistrado Ponente en tal sentido.

“En relación con el hecho causante del daño está anotado en el resumen de la historia clínica de DORA LUCIA GARCÍA PUERTA del 6 de septiembre de 1996, expedido por el Hospital Universitario San Juan de Dios de Armenia lo siguiente:

“Remitida con nota adjunta del hospital de Santa Ana de Pijao con diagnóstico de: Embarazo de 37 semanas, trabajo de parto fase latente, pre -eclampsia, hipertensión arterial transitoria, estrechez pélvica. Se hospitaliza en esta entidad con diagnóstico de Embarazo de más o menos 37 semanas, trabajo de parto en fase activa el 19 de agosto de 1996, a las 12+50 a las 17+55 nace el niño sexo masculino de 2.350 Krs. Talla 47 cms. Y perímetro cefálico de 32 cms. Apgar 7/9.

“Se practica episiorrafía (sic) y corrección de desgarro GIII, la paciente presenta sangrado vaginal abundante, se corrige hipovolemia con LEV y sangre fresca total. A las 22:30 se lleva a quirófanos sala de recuperación para darle asistencia intensiva. Se conecta a ventilador mecánico; se realiza masaje cardiaco externo, la paciente requirió intubación endotraqueal.

“Se hace valoración neumodinámica y por neurocirugía ante la posibilidad clínica de embolia por líquido amniótico. Fallece a las 5:00 horas del 20 de agosto de 1996.

“2.2.2. El DAÑO producido por el hecho señalado se concreta con la muerte de la paciente DORA LUCIA GARCIA PUERTA, cuya prueba aparece en el resumen de la historia clínica y en el certificado de defunción presentado como anexo de la demanda y que aparece a folio 35 del cuaderno principal. Y en el dolor que le causó a sus familiares cercanos, aquí demandantes, el cual, según el Consejo de Estado, se presume en caso de muerte como el presente:”

5. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con lo decidido la parte demandada interpuso recurso de apelación en la oportunidad procesal respectiva, y para la prosperidad del mismo sostuvo que no se explica porque se tachó de sospechoso el testimonio de la doctora MARIA CRISTINA GRANADOS LÓPEZ, puesto que es a la entidad a la que le corresponde dar las explicaciones de lo sucedido.

Además, aseguró que la paciente falleció a causa de un embolismo de líquido amniótico y nunca por el sangrado que arguye el demandante y que por una conducta ajena al señor magistrado no se recibió la declaración de la doctora CARMEN PATRICIA CEBALLOS, ni se practicó la prueba pericial.

“.....

“Gracias a la debilidad de los soportes probatorios tenidos en cuenta por el fallador, y a la dificultad que se presentó para practicar pruebas tendientes a lograr la verdad y al no análisis a profundidad de la historia clínica, se produjo una sentencia que confrontada con la realidad está sustancialmente alejada de lo acaecido en la persona de la señora DORA LUCIA GARCIA PUERTAS, a través de la actividad médica desarrollada en la Empresa Social del Estado Hospital Departamental Universitario del Quindío San Juan de Dios.”

En esta oportunidad, la entidad demandada consideró que ante la ausencia de elementos probatorios importantes el juzgador debería dar aplicación al artículo 169 del Decreto 01 de 1984 y decretar las pruebas de oficio necesarias para esclarecer la verdad.

Con todo, en relación con el procedimiento quirúrgico al que fue sometida la paciente sostuvo:

“El realizar la episiotomía en esta paciente, al contrario de lo sustentado, no tuvo relación con la estrechez pélvica, puesto que una vez ha nacido el bebé en perfectas condiciones este no presentó trauma fetal alguno.

“Erróneamente se ha venido entendiendo que el sangrado presentado en la paciente fue causado por la episiotomía, no, el sangrado fue causado por una disminución del tono del útero, lo que indica que existía una hipotonía, es decir, el útero no se contraía.

“Entendiendo que el sangrado fue causado por una deficiencia en la contracción del útero (hipotonía uterina) o aún aceptando la errónea interpretación dada por los accionantes, de que su sangrado se causó por la episiorrafía, (sic) corresponde de igual forma al centro hospitalario demostrar que actuó con diligencia y cuidado.

“Como respaldar esta teoría, ante la ausencia del conocimiento científico especializado, ante la falta de peritos que así lo afirmaran o lo desvirtuaran dentro del proceso?”

“Solo hay una respuesta, y esta se tiene dentro de los documentos oportunamente allegados al proceso, y que son las fotocopias debidamente autenticadas de la historia clínica, aunada a la epicrisis o resumen de la historia clínica.

“.....

“DE LA HISTORIA CLÍNICA

“Dentro de las diferentes situaciones que se desarrollan encontramos que la historia clínica, refiere los registros de tratamiento, indicaciones, derivaciones a especialistas, determinaciones quirúrgicas, de tal forma que la continuidad de la atención médica quede debidamente asentada.

“La historia clínica de la paciente y el resumen de la historia clínica, no fueron analizados en profundidad, ya que estos documentos refieren que la señora DORA LUCIA GARCIA PUERTA, recibió la atención requerida no solo para el nacimiento del bebé, si no también para controlarle el sangrado, que a la postre no fue la causa de su fallecimiento; sumada a la atención oportuna que se le dio cuando presentó el embolismo líquido amniótico

“TAMBIÉN LA HISTORIA CLÍNICA NOS DICE QUE LA PACIENTE FUE EVALUADA POR EL GINECÓLOGO, FUE EVALUADA POR EL MÉDICO INTERNISTA, FUE EVALUADA POR EL NEURÓLOGO Y POR EL ANESTESIÓLOGO.

“EN LAS NOTAS ENCONTRADAS POR LA HISTORIA CLÍNICA, SE DICE QUE A LA PACIENTE SE LE SUMINISTRÓ: ADRENALINA, CALCIO, FENERGAN, EPAMIN, BICARBONATO DE SODIO, LIDOCAINA, OXITOCINA, DOPAMINA, RANITIDINA, GLUCONOATO, LÍQUIDOS ENDOVENOSOS, SANGRE FRESCA, FUROSEMIDA, MANITOL, SOLUCORTEF, ETC.

“Además de todas estas afirmaciones respaldadas en la historia clínica, la paciente contó con una adecuada vigilancia, porque sumado a los actos médicos, a las interconsultas y al suministro de medicamentos, se contó con la continúa asistencia del cuerpo médico y refiere la historia clínica que una vez practicados los exámenes de hemoclasificación y de hemoglobina, además del hematocrito, el cuadro de la paciente mejora, no hay más sangrado, el útero tiene un buen tono, la paciente se encuentra estable, con Hb:9.5g%

“Nos preguntamos: Sangró la paciente? Si

“La causa del sangrado fue la episiotomía? No, fue la disminución del tono del útero o mejor de una hipotonía uterina.

“Se le dio una atención adecuada al sangrado, por parte del cuerpo médico? Si, tanto que se logró controlar y llevar su hemoglobina hasta el 9.5g%”

“De que murió la paciente?. La paciente murió a causa de un embolismo de líquido amniótico, y no a causa del sangrado o de una inadecuada atención médica a esa hemorragia. Este evento se encuentra referido en la literatura médica como una complicación eventual del parto.

“DONDE ESTÁ LA PRUEBA DE ESTAS AFIRMACIONES?, La encontramos en la historia clínica, debida y oportunamente allegada al proceso, pero que infortunadamente no fue objeto de un análisis y estudio por parte de un cuerpo médico de especialistas....”

“DEL EMBOLISMO DEL LÍQUIDO AMNIÓTICO”

“Este es un episodio que según la literatura y práctica médica, es súbito, en donde no suministra mayores síntomas previos, luego entonces, no es posible predecir lo que va a ocurrir, además de no presentar signos que lo evidencien.

“Refiere el doctor RICK W. MARTIN, M.D., adscrito al Departamento de Ginecoobstetricia del Centro Médico de la Universidad de Missisipi, en su obra: “Clínicas Obstétrica y Ginecológica”, volumen 1, año de 1996, páginas 91 y 93, que el tratamiento del embolismo se instituye conservando el gasto cardiaco ventricular izquierdo, además, de procurar la reanimación cardiopulmonar. Hechos que desarrolló el cuerpo médico de la Empresa Hospital, puesto que los medicamentos suministrados respaldan que se hizo

“Además de lo anterior, debe procurarse una entubación endotraqueal y la correspondiente ventilación mecánica, presupuestos que también se cumplieron en la Empresa Hospital.

“Continúa señalando el médico en mención, que la mortalidad es del 86% en los Estados Unidos, esto no quiere significar que esa sea la razón para dejar morir un paciente, lejos de eso, queremos destacar el alto grado de mortalidad que generan esos episodios.

“Concluyendo, se tiene que la hemorragia después del parto no es un factor que predispone para que se de el embolismo de líquido amniótico. Este evento sucede como una rara complicación, impredecible y que cuando se presenta genera un cuadro clínico catastrófico, de complicado manejo y pronóstico reservado.”

Por su parte, la demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, con el propósito final de que sean reconocidos los perjuicios materiales a favor de MIRIAN PUERTAS AGUIRRE, por ser la persona que debe velar por el cuidado del hijo menor de la víctima. Igualmente, solicitó incrementar el monto de los perjuicios morales reconocidos a favor del señor LEONARDO PUERTAS MARTÍNEZ en su condición de abuelo de la causante y para una mejor ilustración señaló lo siguiente:

“Pues bien para este caso la señora madre de la fallecida se ve obligada a dedicar su tiempo a cuidar al bebé de la causante; el mismo lo pudo haber dedicado a otras actividades o a laborar, por ello, dice TAMAYO JARAMILLO que es justo pagar al menos en salarios mínimos, dicha labor deberá durar hasta que el menor cumpla 18 años.

“Con respecto al daño moral causado al abuelo de la causante el mismo debe ser superior a 500 gramos, pues el mismo Consejo de Estado ha indicado que el vínculo afectivo de los abuelos y nietos es mayor que entre hermanos, por lo mismo, no es viable dar tratamiento igual en el fallo a los hermanos y a los abuelos.”

6. TRAMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Adelantado el trámite del recurso de apelación interpuesto por las partes, se ordenó el traslado a las éstas y al ministerio público para sus alegaciones finales. A la altura de esta etapa del proceso, unas y otros guardaron silencio.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para lograr un claro entendimiento y la resolución del caso concreto, se abordará la siguiente metodología que comprenderá el problema jurídico sometido a consideración de la jurisdicción: la legitimación en la causa por activa, los hechos probados materia del debate, el juicio de responsabilidad, el caso concreto y el reconocimiento de perjuicios.

7.1 Legitimación en la causa por activa.

En lo que tiene que ver con la legitimación de la parte actora, no merece reproche alguno. En efecto, EGIDIO NOREÑA LOAIZA quien alegó su condición de cónyuge de la víctima Dora Lucia García Puerta, demostró esta condición con la copia auténtica del acta completa del registro civil de matrimonio visible a folio 33 del cuaderno principal,¹³⁰ y el menor DAVID LEONARDO NOREÑA GARCIA con la copia auténtica del acta completa del registro civil de nacimiento demostró su condición de hijo de los señores DORA LUCIA GARCIA PUERTA y EGIDIO NOREÑA LOAIZA¹³¹. Adicionalmente, los demandantes ROSEMBERT GARCIA y MIRIAM PUERTA acreditaron la calidad con la cual concurren al proceso. En ese sentido, el título jurídico que las legitima es el parentesco con la víctima, en su condición de padres de DORA LUCIA GARCIA PUERTA, calidad que aparece suficientemente probada con los registros civiles de matrimonio y nacimiento, allegados en original, visibles a folios 19 y 32 del cuaderno principal¹³². Igualmente, DEISY LORENA, LUIS HERNANDO, FLOR ISBELIA, ROSEMBERT, LEONARDO GARCIA PUERTAS acreditaron la calidad de hermanos de la víctima, mediante los Registros Civiles de Nacimiento, incorporados en original visibles a folios 21, 23, 25, 27 y 29 del cuaderno principal¹³³, y por último, LEONARDO PUERTAS NARTÍNEZ, probó la calidad de abuelo de la fallecida DORA LUCIA GARCIA PUERTA con los registros de matrimonio y nacimiento visibles a folios 15 y 17 del cuaderno principal.¹³⁴

¹³⁰ *Dora Lucía García Puertas y Egidio Norenña contrajeron matrimonio en el Municipio de Pijao (Quindío), llevado a cabo el 18 de marzo de 1996.*

¹³¹ *Folio 34 del cuaderno principal.*

¹³² *Los señores ROSEMBERT GARCIA y MIRIAM PUERTA contrajeron matrimonio el 11 de diciembre de 1967. Dora Lucia García Puerta nació el 13 de febrero de 1973.*

¹³³ *En los respectivos registro civiles de nacimiento aparecen registrado como padres de los demandante MIRIAM PUERTAS y ROSEMBERT GARCIA*

¹³⁴ *En el registro civil de nacimiento de MIRIAM PUERTAS AGUIRRE, madre de la fallecida DORA LUCIA GARCIA PUERTAS, aparece el señor LEONARDO PUERTAS registrado como padre de la demandante.*

Bajo esta orientación cada uno de los demandantes logró demostrar un interés legítimo para el ejercicio de la acción contenciosa, por cuanto la prueba documental resultó suficiente para demostrar el parentesco entre los demandantes y la víctima, y el vínculo legal existente entre la causante y el cónyuge afectado también demandante en el proceso.

7.2. Los hechos probados materia del debate

A excepción de la copia parcial de la historia clínica, correspondiente al Hospital Santa Ana de Pijao, que hiciera llegar la demandante en copia simple con la demanda, las demás pruebas documentales incorporadas al proceso en las oportunidades procesales y probatorias diferentes serán tenidas en cuenta por cumplir los requisitos del artículo 254 del C.P.C., lo que de suyo permite a la luz de las normas procesales su valoración probatoria.

En efecto, el artículo 253 del C. de P. C. preceptúa que los documentos “[...] se aportarán al proceso originales o en copia. Esta podrá consistir en transcripción o reproducción mecánica del documento.[...]”. Por su parte, el artículo 254 ibidem, establece que las copias tendrán el mismo valor que su original cuando: a) hayan sido autorizadas por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez, donde se encuentre el original o una copia autenticada. b) Cuando sean autenticadas por notario, previo cotejo con el original o la copia autenticada que se le presente¹³⁵. c) Cuando sean compulsadas del original o de copia autenticada en el curso de inspección judicial, salvo que la ley disponga otra cosa, por lo anterior las copias inauténticas o las “fotocopias tomadas de fotocopia” carecen de mérito probatorio.

En este escenario procesal los hechos relevantes que fueron demostrados en el

¹³⁵ Este numeral fue declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-023 de 1998.

proceso son los siguientes:

1. DORA LUCIA GARCIA PUERTA falleció el 20 de agosto de 1996 a las 5:00 a.m., como consecuencia de paro cardiopulmonar.¹³⁶
2. Con fecha 6 de septiembre de 1996, se expidió el resumen de la historia clínica de la señora DORA LUCIA GARCÍA PUERTA suscrito por el Jefe de Información del Hospital Universitario San Juan de Dios de Armenia, el cual constituye prueba fundamental por registrar las condiciones de ingreso de la paciente al Hospital Universitario, el diagnóstico, el procedimiento adelantado en la fecha del parto y la terapéutica suministrada.

“Remitida con nota adjunta del Hospital de Santa Ana de Pijao con diagnóstico de: Embarazo de 37 semanas, trabajo de parto fase latente, preeclampsia, hipertensión arterial transitoria, estrechez pélvica.

“Se hospitaliza en ésta entidad con diagnóstico de Embarazo de más o menos 37 semanas, trabajo de parto en fase activa el 19 de agosto de 1996, a las 12+50 a las 17+55 nace niño sexo masculino de 2.350 Krs. Talla 47 cms. Y perímetro cefálico de 32 cms. Apgar 7/9.

“Se practica episiorrafía y corrección de desgarro GIII, la paciente presenta sangrado vaginal abundante, se corrige hipovolemia con LEV y sangre fresca total. A las 22:30 se lleva a quirófanos sala de recuperación para darle asistencia intensiva. Se conecta a ventilador mecánico; se realiza masaje cardiaco externo, la paciente requirió intubación endotraqueal.

“Se hace valoración neumodinámica y por neurocirugía ante la posibilidad clínica de embolia por líquido amniótico. Fallece a las 5:00 horas del 20 de agosto de 1996, se aplicó adrenalina bicarbonato, de sodio y glucomato calcio, lidocaina, LEV. Febergan, oxitocina, sangre fresca, solucortef, dopamina, furosemida, manitol, examina, ranitidina.

“Paraclínicos: Hb 9.7 mgs/dl Hto 30.9%, Grupo A RH positivo.

“Electrocardiograma: Qs Francos en DIT. No respuesta a sintrópicos, bradicardi, ritmo idiosentricular. La familia no autoriza autopsia.”¹³⁷

¹³⁶ Así quedó consignado en el registro civil de defunción, expedido por el Notario Segundo del Círculo de Armenia, visible a folio 35 del cuaderno principal, corregida mediante instrumento aclaratoria No. 4.958 del 4 de octubre de 1996, visible a folio 36 del cuaderno principal.

¹³⁷ Folio 10 cuaderno principal

3. En lo que tiene que ver con la prueba testimonial, cabe destacar la única declaración rendida en la primera instancia, por la médico general del Hospital San Juan de Dios de Armenia, MARIA CRISTINA GRANADOS LÓPEZ, vinculada a dicha entidad para ese entonces, quien tuvo conocimiento directo de los hechos:

“Ella fue remitida del Hospital el día 19 de agosto a las diez y quince de la mañana e ingresa al servicio de urgencias de la Sala de Partos a las doce y cincuenta. Ella ingresó a las doce más cincuenta de ese día y a las diez y siete y cincuenta y cinco tuvo su parto. El trabajo de parto y el parto fueron normales, hasta el nacimiento del niño. Cuando ella llegó yo la recibí en urgencias. En este manual no se encuentra la historia clínica que yo le realice al momento del ingreso, por lo tanto, no es posible que yo le pueda decir algo certero sobre esto. Lo único es que con el resumen de la historia se puede decir que su trabajo de parto fue normal y que su hijo nació a las cinco horas del ingreso de recibida la paciente. El médico interno recibe el bebé y en el momento en que él atiende el parto se hace una episiorrafia, que es un corte en la vagina para poder que nazca el bebe. Esto se le practica a las primerizas para que no tengan problemas al nacimiento. Sin embargo, a pesar de la episiorrafia, la paciente sufrió un desgarro, el cual fue atendido por el médico que la atendió, inmediatamente. En ese desgarro la paciente sangró. Por el desgarro, sangró. El sangrado paró en el momento en que el médico la sutura. Como la pérdida de sangre había sido abundante, se le puso sangre y líquidos endovenosos, para corregir esa pérdida de sangre y se dejó en la sala de recuperación. En observación. Siempre presentó, desde el ingreso, durante el trabajo de parto y toda la hospitalización presiones arteriales normales. Según el resumen de la historia, a las 22 y 30, presentó un paro, esto es, cinco horas después del parto. El paro era cardiorrespiratorio, el cual fue revertido con droga y masaje cardíaco, es decir lo que se hace en un caso de estos. Fue manejada por todo el equipo del hospital, por el médico internista de turno, la gineco-obstetra y todo el personal de la Sala de partos - médicos internos, las enfermeras - por ahí unas diez personas. Cuando se dice revertido, significa que fue reanimada la paciente. Ya una vez se estabilizó se llevó a quirófanos para darle ventilación asistida (para conectarla a un ventilador mecánico). Eso fue a las veintidós y treinta de la noche. Ocho horas después, a las cinco de la mañana del otro día fallece. El diagnóstico final, pues como la paciente en la Sala de recuperación durante todo el tiempo que estuvo - de las 17-55 cuando se hizo el parto, hasta las 22-30 cuando se produjo el paro - siempre estuvo bajo supervisión médica, porque tanto la doctora Ceballos como yo estábamos al pie de ella. El diagnóstico final de la muerte de ella fue una embolia de líquido amniótico. Esto es como coágulo del líquido donde viene el niño, el cual emboliza hacía el cerebro, esto es, taponan las arterias cerebrales....PREGUNTADA: Sírvase indicarnos porque no se llevó a la paciente al quirófano a practicarle una histerectomía.

CONTESTO: La paciente no requería en ningún momento ese tipo de procedimiento quirúrgico, pues no estaba sangrando en ninguna parte. Inmediatamente se corrigió el sangrado, ella dejó de sangrar, pues el desgarro era solamente de la vagina. El útero estaba bien contraído. La histerectomía es la extracción total del útero... PREGUNTADA: Sírvase decirle al despacho que se quería evitar con ese ventilador, que antecedentes presentaba la paciente para tomar tal decisión. CONTESTO: Como la paciente había presentado una posible embolia de líquido amniótico, se le tuvo que prestar asistencia mecánica para respirar, ya que no lo podía hacer ella espontáneamente, con el fin de evitarle un paro respiratorio..... PREGUNTADA: Sírvase decirle al despacho cuáles son los exámenes que la ciencia médica aconseja para indicar con certeza que una paciente presenta embolia por líquido amniótico. CONTESTÓ: Los exámenes podrían ser una escanografía cerebral, un ecocardiograma y muchos otros que en el momento no recuerdo, pero si muy sofisticados porque es una complicación poco frecuente. PREGUNTADA: Sírvase decirle al despacho si a la paciente se le hizo alguno de esos exámenes. CONTESTÓ: A la paciente no se le practicó ninguno de esos exámenes, pues se encontraba en muy malas condiciones para practicarle uno de esos exámenes y además había que desplazarla hacía otra área del hospital, Fundación Alejandro Londoño. Estaba en muy malas condiciones para trasladarla a un lugar de esos....”

7.3.3. El Juicio de responsabilidad

El problema jurídico a resolver se contrae a la imputación hecha por la parte demandante en cuanto a la responsabilidad de la Empresa Social del Estado - Hospital Universitario San Juan de Dios de Armenia, por la muerte de DORA LUCIA GARCIA PUERTAS, ocurrida el 20 de agosto de 1996, como consecuencia de la falla en la prestación del servicio médico, que condujo un paro cardio respiratorio posterior a un proceso de parto.

El tránsito de este régimen de responsabilidad evidencia sin duda el avance de la jurisprudencia, y aunque en algunos estadios de la misma se ha privilegiado la actividad probatoria de la parte actora en aplicación del título de imputación de la falla presunta del servicio, o el de la distribución de las cargas dinámicas probatorias, cuyo cumplimiento quedaba a cargo de la parte que estuviera en

condiciones más favorables para su aporte, no debe dudarse si quiera, que aún en este extremo debían estar acreditados en el proceso todos los elementos que configuraran la responsabilidad de la administración. La orientación actual y en una clara aplicación del artículo 230 de la C.N., en cuanto señala que los jueces en sus providencias están sometidos al imperio de la ley, privilegia el artículo 177 del C. de P.C., el cual dispone que “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.” En ese sentido, corresponde a la parte actora probar los hechos por ella alegados. La prueba de tales supuestos en esta específica materia, por su misma naturaleza, permite lograr el propósito buscado, mediante la aportación de prueba indiciara que apreciada en su conjunto conduzca a arribar a una única conclusión cierta para establecer el juicio de responsabilidad.

El indicio constituye uno de los medios de prueba permitido en nuestro estatuto procesal, a cuyos términos el hecho indicador deberá estar plenamente probado en el proceso por cualquiera de los medios probatorios, para así inferir la existencia de otro hecho no conocido. De cara a este concepto la doctrina colombiana ha definido su alcance:

“Bien se observa entonces, que el hecho conocido, o sea a partir del cual se va a realizar la inferencia, debe estar cabalmente probado dentro del proceso por cualquier medio de prueba admisible, requisito central para que a partir del mismo pueda el juez arribar al hecho desconocido, de manera tal que no sería atendible la prueba indiciaria si el hecho indicador se establece sobre la base de conjeturas y no de estar demostrado, de donde surge la necesidad de que el juez, al realizar el análisis crítico, haga, en primer término, expresa referencia a las pruebas que acreditan y le llevan certeza acerca del hecho conocido del cual parte su inferencia.”¹³⁸

Descendiendo al régimen aplicable en lo que tiene que ver con las actuaciones derivadas del acto médico propiamente tal, la Sala en sentencia de 31 de agosto

¹³⁸ *Hernán Fabio López Blanco. Procedimiento Civil – Tomo III Pruebas. 2001*

de 2006, tuvo oportunidad de precisar esta orientación en estos términos:

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

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

“En efecto, no debe perderse de vista que el sólo transcurso del tiempo entre el momento en que se presta el servicio y aquél en el que la entidad debe ejercer su defensa, aunado además a la imposibilidad de establecer una relación más estrecha entre los médicos y sus pacientes, hace a veces más difícil para la entidad que para el paciente acreditar las circunstancias en las cuales se prestó el servicio. Por eso, el énfasis debe centrarse en la exigencia institucional de llevar las historias clínicas de manera tan completa y clara que su solo estudio permita al juez, con la ayuda de peritos idóneos si es necesario, establecer si hubo o no responsabilidad estatal en los daños que aduzcan sufrir los pacientes como consecuencia de la prestación del servicio médico.

“La desigualdad que se presume del paciente o sus familiares para aportar la prueba de la falla, por la falta de conocimiento técnicos, o por las dificultades de acceso a la prueba, o su carencia de recursos para la práctica de un dictamen técnico, encuentran su solución en materia de responsabilidad estatal, gracias a una mejor valoración del juez de los medios probatorios que obran en el proceso, en particular de la prueba indiciaria, que en esta materia es sumamente relevante, con la historia clínica y los indicios que pueden construirse de la renuencia de la entidad a aportarla o de sus deficiencias y con los dictámenes que

*rindan las entidades oficiales que no representan costos para las partes.*¹³⁹

En el escenario actual, la Sala, específicamente en cuanto al régimen de responsabilidad médica en la prestación del servicio de obstetricia, ha considerado que la víctima del daño que pretenda la reparación deberá demostrar todos los extremos de la responsabilidad constituidos por el daño, la falla en el acto obstétrico y el nexo causal, y en ese sentido ha adquirido especial relevancia la prueba indiciaria ante la falta de una prueba directa de la responsabilidad, siempre y cuando al momento del parto, el embarazo se hubiere desarrollado en condiciones normales.

Recientemente, la Sala sobre el particular sostuvo:

*“En relación con la responsabilidad médica en el servicio de obstetricia, la Sala se había inclinado por considerar que en los eventos en los cuales el desarrollo del embarazo haya sido normal y, sin embargo, éste no termina satisfactoriamente, la obligación de la entidad demandada es de resultado*¹⁴⁰.

“En decisiones posteriores se insistió en que la imputación de la responsabilidad patrimonial debía hacerse a título objetivo, pero siempre que desde el inicio, el proceso de gestación fuera normal, es decir, sin dificultades evidentes o previsibles, eventos en los cuales era de esperarse que el embarazo culminara con un parto normal. Decía la Sala:

¹³⁹ Sentencia de 31 de agosto de 2006. Radicación: 15772. Actor: MARIA OLGA SEPULVEDA RAMIREZ. Sección tercera. En la misma oportunidad la sección se pronuncio el valor probatorio de las reglas de la experiencia y, la prueba del nexo causal mediante prueba indiciaria.

¹⁴⁰ En sentencia de 10 de febrero de 2000, exp: 11.878 dijo la Sala: “...en el campo de la obstetricia, definida como ‘la rama de la medicina que se ocupa principalmente del embarazo, parto y los fenómenos posteriores al alumbramiento, hasta la involución completa del útero’, la responsabilidad médica tiende a ser objetiva, cuando ab initio el proceso de embarazo se presenta normal, es decir, sin dificultades o complicaciones científicamente evidentes o previsibles...En casos como estos, parte de la doctrina se inclina por encontrar una obligación de resultado, puesto que lo que se espera de la actividad médica materno-infantil, es que se produzca un parto normal, que es precisamente la culminación esperada y satisfactoria de un proceso dispuesto por la naturaleza, en donde la ciencia médica acude a apoyarlo o a prever y tratar de corregir cualquier disfuncionalidad que obstaculice su desarrollo normal o ponga en riesgo a la madre o al que está por nacer. Lo especial y particular de la obstetricia es que tiene que ver con un proceso normal y no con una patología”.

“Es cierto que, en forma pacífica, se ha aceptado la tesis según la cual, por regla general, en la actividad médica la obligación es de medio, no de resultado; se ha dicho que el compromiso profesional asumido en dicha actividad tiende a la consecución de un resultado, pero sin asegurarlo, pues la medicina no es una ciencia exacta. En otros términos, el galeno no puede comprometer un determinado resultado, por que éste depende no solamente de una adecuada, oportuna y rigurosa actividad médica, sino que tienen incidencia, en mayor o menor nivel, según el caso, otras particularidades que representan lo aleatorio a que se encuentra sujeta dicha actividad y a que se expone el paciente.

“Sin embargo, en el campo de la obstetricia, definida como ‘la rama de la medicina que se ocupa principalmente del embarazo, parto y los fenómenos posteriores al alumbramiento, hasta la involución completa del útero’¹⁴¹, la responsabilidad médica tiende a ser objetiva, cuando ab initio el proceso de embarazo se presentaba normal, es decir, sin dificultades o complicaciones científicamente evidentes o previsibles, como sucedió en el presente caso. En efecto, se trataba de una mujer joven que iba a dar a luz a su primer hijo y quien durante el curso del proceso de embarazo no registró problemas que ameritaran un tratamiento especial.

“En casos como éstos, parte de la doctrina se inclina por encontrar una obligación de resultado, puesto que lo que se espera de la actividad médica materno-infantil, es que se produzca un parto normal, que es precisamente la culminación esperada y satisfactoria de un proceso dispuesto por la naturaleza, en donde la ciencia médica acude a apoyarlo o a prever y tratar de corregir cualquier disfuncionalidad que obstaculice su desarrollo normal o ponga en riesgo a la madre o al que está por nacer. Lo especial y particular de la obstetricia es que tiene que ver con un proceso normal y natural y no con una patología.

“.....

“No obstante, en providencias más recientes se recogió dicho criterio para considerar que los eventos de responsabilidad patrimonial del Estado por la prestación del servicio médico de obstetricia no pueden ser decididos en el caso colombiano bajo un régimen objetivo de responsabilidad; que en tales eventos, la parte demandante no queda relevada de probar la falla del servicio, sólo que el hecho de que la evolución del embarazo hubiera sido normal, pero que el proceso del alumbramiento no hubiera sido satisfactorio constituye un indicio de dicha falla¹⁴². En sentencia de 14 de julio de 2005¹⁴³, dijo la Sala:

“Debe precisarse, en esta oportunidad, que las observaciones efectuadas por la doctrina, que pueden considerarse válidas en cuanto

¹⁴¹ MELLONI. *Diccionario Médico Ilustrado*. T. IV, p. 412.

¹⁴² *Sentencia de 7 de diciembre de 2004, exp: 14.767*

¹⁴³ *Exp. No. 15.276.*

se refieren a la naturaleza especial y particular de la obstetricia, como rama de la medicina que tiene por objeto la atención de un proceso normal y natural, y no de una patología, sólo permitirían, en el caso colombiano, facilitar la demostración de la falla del servicio, que podría acreditarse indiciariamente, cuando dicho proceso no presenta dificultades y, sin embargo, no termina satisfactoriamente. No existe, sin embargo, fundamento normativo para considerar que, en tales eventos, la parte demandante pueda ser exonerada de probar la existencia del citado elemento de la responsabilidad. Y más exigente será, en todo caso, la demostración del mismo, cuando se trate de un embarazo riesgoso o acompañado de alguna patología”.

“En síntesis bajo el cobijo de la tesis que actualmente orienta la posición de la Sala en torno a la deducción de la responsabilidad de las entidades estatales frente a los daños sufridos en el acto obstétrico, a la víctima del daño que pretende la reparación le corresponde la demostración de la falla que acusa en la atención y de que tal falla fue la causa del daño por el cual reclama indemnización, es decir, debe probar: (i) el daño, (ii) la falla en el acto obstétrico y (iii) el nexo causal. La demostración de esos elementos puede lograrse mediante cualquier medio probatorio, siendo el indicio la prueba por excelencia en estos casos ante la falta de una prueba directa de la responsabilidad, dadas las especiales condiciones en que se encuentra el paciente frente a quienes realizan los actos médicos, y se reitera, la presencia de un daño en el momento del parto cuando el embarazo se ha desarrollado en condiciones normales, se constituye en un indicio de la presencia de una falla en el acto obstétrico, así como de la relación causal entre el acto y el daño.

“No se trata entonces de invertir automáticamente la carga de la prueba para dejarla a la entidad hospitalaria de la cual se demanda la responsabilidad. En otras palabras no le basta al actor presentar su demanda afirmando la falla y su relación causal con el daño, para que automáticamente se ubique en el ente hospitalario demandado, la carga de la prueba de una actuación rodeada de diligencia y cuidado. No, a la entidad le corresponderá contraprobar en contra de lo demostrado por el actor a través de la prueba indiciaria, esto es, la existencia de una falla en el acto obstétrico y la relación causal con el daño que se produjo en el mismo, demostración que se insiste puede lograrse a través de cualquier medio probatorio incluidos los indicios, edificados sobre la demostración, a cargo del actor, de que el embarazo tuvo un desarrollo normal y no auguraba complicación alguna para el alumbramiento, prueba que lleva lógicamente a concluir que si en el momento del parto se presentó un daño, ello se debió a una falla en la atención médica.”¹⁴⁴

¹⁴⁴ Sentencia de 26 de marzo de 2008. Radicación: 16085 Actor: ELVIRA CABALLERO CORREDOR.

Los razonamientos expuestos conducen a resolver este asunto, bajo el título de imputación de falla probada del servicio, y ante la ausencia de prueba directa, será la prueba indiciaria el medio eficaz para establecer dicha falla. En ese orden de ideas, el resumen de la historia clínica expedida por el Jefe de Información del Hospital Universitario San Juan de Dios de Armenia, constituye un indicio serio de responsabilidad de la entidad, tal y como pasa a exponerse.

7.3.4. El caso concreto

En el caso que ocupa la atención de la Sala, la actividad probatoria desplegada por las partes resultó escasa, inclusive las pruebas pedidas por la entidad demandada, especialmente la pericial encaminada a establecer los hechos, las circunstancias y particularidades en que tuvieron ocurrencia tampoco fue practicada, ni los testimonios de todos los profesionales vinculados a la entidad que asistieron a la paciente.

En este contexto el elemento de juicio en el cual se detendrá el análisis de la controversia, está constituido por el resumen de la historia clínica elaborado y expedido por el Hospital Universitario San Juan de Dios de Armenia visible a folio 11 de la actuación. Un análisis detenido de este documento, permite llegar a las siguientes conclusiones, sin perjuicio de sostener que en el proceso, no hay nada que sugiera que la paciente durante todo el embarazo hubiera presentado complicación alguna, salvo la siguiente anotación del día del parto, remitida a la ciudad de Armenia, para “valoración y manejo adecuado” por sospecha de pre eclampsia.

En la anotación que aparece en la historia clínica se observa que la paciente fue remitida del “Hospital de Santa Ana de Pijao con diagnóstico de: Embarazo de 37

semanas, trabajo de parto fase latente, pre eclampsia, hipertensión arterial transitoria, estrechez pélvica”.

En esta fase del proceso de parto, la sintomatología consistente en pre - eclampsia, hipertensión arterial transitoria, y la característica anatómica de la paciente relativa a su estrechez pélvica; no impidieron el desarrollo de un trabajo de parto natural. Pero dada la sintomatología específica que presentaba la paciente, requería igualmente un tratamiento que respondiera favorablemente a la evolución de dichos síntomas.

Para brindar un mayor entendimiento en relación con el cuadro clínico presentado por la víctima, y recogiendo lo dicho por la ciencia médica, la pre- eclampsia es una patología del embarazo caracterizada por hipertensión, proteinuria y edema. Es una enfermedad multisistémica que afecta a todos los órganos y sistemas del cuerpo y se caracteriza por un aumento generalizado de la resistencia vascular periférica¹⁴⁵. Una paciente en condiciones de esta complejidad requería atención específica, en cuanto a toma de presión arterial sentada con técnica estándar y registro de curva en presión arterial, registro en curva de peso, revisión de los siguientes paraclínicos: uroanálisis, proteinuria en orina, creatinina y recuento de plaquetas entre otros.¹⁴⁶ Sin embargo, la historia no registró un control estricto en este sentido, sobre todo, dado que se encontraba en curso el proceso de parto.

A continuación, el diagnóstico arrojado es *“paciente en embarazo de más o menos 37 semanas, trabajo de parto en fase activa el 19 de agosto de 1996, a las 12+50 a las 17+55 nace niño sexo masculino”*.

¹⁴⁵ *Dr. Amit Sengupta, MBBS, MD (Obs\Gyne), Ph.D. (Biomedical Engineering) Member, Editorial advisory board, Fetal monitoring, OBGYN net*

¹⁴⁶ *Extraído de " Guía y recomendaciones para el manejo de la Hipertension Arterial " Dres. R. Fernandez Contreras, H.Gomez LLambi, Lic. F. Ferrarotti, Lic. F. Lorge Instituto de Investigaciones Cardiológicas-Facultad de Medicina - U.B.A. 2000@*

Finalizado el trabajo de parto, la entidad hospitalaria practicó una episiorrafía y corrección de desgarro GIII, por cuanto la paciente presentó sangrado vaginal abundante, *“se corrige hipovolemia con LEV y sangre fresca total”*. La descripción anterior significó que en todo caso fue necesaria una transfusión oportuna debido al volumen de sangre perdido. En adelante no aparece ningún registro entre la hora final del alumbramiento y las 10 y 30 de la noche cuando fue trasladada al quirófano, tampoco se sabe si durante ese lapso fue valorada, diagnosticada y tratada. En cambio, la anotación siguiente sugiere un compromiso mayor y un empeoramiento y deterioro de su estado general, como se observa:

“A las 22:30 se lleva a quirófanos sala de recuperación para darle asistencia intensiva. Se conecta a ventilador mecánico; se realiza masaje cardíaco externo, la paciente requirió intubación endotraqueal.”

Solo hasta entonces, la entidad aplicó la terapéutica exigidas por los protocolos médicos, relacionados con la embolia por líquido amniótico, y aunque, a estas alturas, no se dice expresamente que este era su diagnóstico final, todo sugiere que la terapéutica posteriormente suministrada estaba dirigida a tratar ese proceso. Tanto es así que la última anotación sobre la fase terminal de la paciente, muestra el siguiente resultado:

“Se hace valoración neumodinámica y por neurocirugía ante la posibilidad clínica de embolia por líquido amniótico. Fallece a las 5:00 horas del 20 de agosto de 1996, se aplicó adrenalina bicarbonato, de sodio y glucomato calcio, lidocaina, LEV. Febergan, oxitocina, sangre fresca, solucortef, dopamina, furosemida, manitol, examina, ranitidina

“Paraclínicos: Hb 9.7 mgs/dl Hto 30.9%, Grupo A RH positivo.

“Electrocardiograma: Qs Francos en DIT. No respuesta a sintrópicos, bradicardi, ritmo idiosentricular. La familia no autoriza autopsia.”¹⁴⁷

Aunque en el curso del proceso no se practicó la prueba pericial de carácter eminentemente científico, pedida por la misma entidad, dirigida además a

¹⁴⁷ *Folio 10 cuaderno principal*

auscultar la verdad, trascendente por corresponder a conocimientos específicos en el tema, la Sala, para una mejor ilustración y acudiendo a la literatura médica, encuentra que la “Embolía de líquido amniótico”. Es un accidente súbito que aparece durante el parto o inmediatamente después de este, ocasionado por la penetración más o menos brusca de líquido amniótico y de los elementos que tiene en suspensión, en el torrente sanguíneo materno, lo que provoca una oclusión extensa de la micro circulación pulmonar con cor-pulmonar agudo, hipoxia, colapso circulatorio, shock y CID. El cuadro clínico es variable según la cantidad del líquido amniótico y la brusquedad con que éste pase al torrente circulatorio materno. Se distinguen dos formas clínicas: una, predominio cardiovascular (disnea, dolor precordial, tos seca, cianosis marcada, ansiedad, colapso cardiovascular, convulsiones y paro cardíaco) y otra con predominio hemorrágico (hemorragia incoercible postalumbramiento, resistente a los procedimientos usuales y coagulopatías). Ambos cuadros van precedidos por escalofríos, tos, sudoresis, intranquilidad, erección del pelo cutáneo, cefalea y vómitos.¹⁴⁸

Cabe recordar que la doctora MARIA CRISTINA GRANADOS LÓPEZ médico general, quien declaró en la primera instancia, se refirió específicamente a esta patología así: *“El diagnóstico final, pues como la paciente en la Sala de recuperación durante todo el tiempo que estuvo - de las 17-55 cuando se hizo el parto, hasta las 22-30 cuando se produjo el paro - siempre estuvo bajo supervisión médica, porque tanto la doctora Ceballos como yo estábamos al pie de ella. El diagnóstico final de la muerte de ella fue una embolia de líquido amniótico. Esto es como coágulo del líquido donde viene el niño, el cual emboliza hacía el cerebro, esto es, taponar las arterias cerebrales”*

¹⁴⁸ Revista Cubana de Obstetricia y Ginecología, ISSN 0138-600X versión impresa. Rev Cubana Obstet Ginecol v.33 n.3 Ciudad de la Habana sep.-dic. 2007.

La Sala es conciente del alto riesgo que sufre una paciente cuando presenta un cuadro de estas características consistente en una embolia de liquido amniótico, y no desconoce que la entidad llamó la atención sobre la misma cuando interpuso el recurso de apelación, en cuanto sostuvo que este tipo de accidentes sucede como una rara complicación, de difícil manejo y pronóstico reservado, y que presenta una mortalidad del 86% en los Estados Unidos.

La entidad alegó que la historia clínica dice que la paciente fue evaluada por el ginecólogo, el internista, el neurólogo y por el anestesiólogo. Adicionalmente, sostiene que una vez practicados los exámenes de hemoclasificación y de hemoglobina, *“el cuadro de la paciente mejora, no hay más sangrado, el útero tiene un buen tono, la paciente se encuentra estable, con Hb:9.5g%”* Afirmación que no concuerda con la prueba documental existente, primero porque posteriormente al parto, solamente fue valorada por el servicio de neurología y segundo, porque nunca presentó mejoría, por el contrario todo indica que se presentó un deterioro progresivo de sus condiciones físicas, al menos así lo registra el resumen de la historia clínica incorporada al proceso.

Ante un cuadro de esta entidad, con altos índices de morbilidad, compromiso que puede presentarse en el trabajo de parto o posparto, el desenlace fatal se produce rápidamente. En el caso concreto, el proceso que concluyó con el desenlace fatal se prolongó durante aproximadamente once horas, durante las cuales, fue poco el esfuerzo hecho por la entidad, máxime, frente a las circunstancias especiales que involucran este tipo de patología que de suyo es de rara ocurrencia, razones que exigen especial diligencia en la atención prestada a la paciente. El esfuerzo en agotar todos los recursos, la terapéutica, la farmacología exigida prevista por la ciencia moderna y aún los procedimientos de choque dirigidos a salvarle la vida al paciente fueron pocos. Adicionalmente, se evidencia una inadecuada valoración, teniendo en cuenta la sintomatología presentada, como que la paciente, ingresó al servicio con síntomas de hipertensión y a continuación del parto presentó

sangrado abundante, que requirió transfusión de sangre para devolverle los niveles normales. Este estado debió valorarse con mayor profundidad, por generar una sospecha razonable de embolia por líquido amniótico. Sin embargo, en las primeras horas después del parto no sucedió así, al punto que la paciente continuó deteriorándose hasta requerir intubación endotraqueal, cuyo procedimiento resulta necesario cuando el paciente presenta un alto compromiso respiratorio, lo que de suyo contradice la afirmación de la entidad en cuanto a que la misma había logrado una mejoría significativa.

Además, causa extrañeza que durante el tiempo transcurrido entre el parto (17:55) y cuando fue trasladada a quirófanos, esto es, a la sala de recuperación (22:30), la historia no registre ninguna valoración hecha por un médico internista para el logro de un diagnóstico acertado, dirigido a su vez, a aplicar la terapéutica especial según protocolos, o la intervención del servicio de neumología, con toma de placas previas, terapia respiratoria, o la utilización de procedimientos de choque dirigidos a salvarle la vida a la paciente, necesarios en complicaciones pulmonares.

No se desconoce el serio compromiso de esta rara patología, pero lo que si resulta censurable es la falta de seriedad con la que se asumió este caso, que le restó oportunidad de recuperación. La falta de intervención en el momento requerido, le menguó toda oportunidad de formar parte del porcentaje de pacientes que en las mismas condiciones salen adelante de este raro compromiso, porque de una manera u otra, reaccionan favorablemente a la terapéutica y a los medicamentos suministrados. La sola circunstancia de estar presente una patología de alto riesgo no exime de responsabilidad a la entidad demandada, para que esto suceda, el causal probatorio deberá generar una certeza más o menos razonable de que el daño no le es imputable a la entidad pública, porque a pesar de haberse agotado todos los esfuerzos el resultado hubiera sido el mismo, pero como quedó expuesto, eso no fue lo que ocurrió en el presente caso, los indicios que están

presentes, evidencian que sin esfuerzos serios, adicionales e importantes la entidad dejó que el estado de salud de la paciente se agravara y sufriera un deterioro progresivo hasta producirse el resultado final, su muerte.

En consecuencia, el material probatorio existente evidencia una falla en la prestación del servicio médico por la conducta omisiva de la entidad al no actuar con prontitud, seriedad y diligencia; por esa potísima razón compromete su responsabilidad.

7.3.5. El reconocimiento de perjuicios.

I. En cumplimiento del artículo 357 del C. de P.C., la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto de recurso, pero si ambas partes apelaron el superior resolverá sin limitación alguna, que es lo que ocurrió en el marco de esta controversia. Bajo ese entendimiento, el recurso de apelación interpuesto por la actora, tuvo como propósito final que el superior condenara al pago de perjuicios materiales a favor de MYRIAN PUERTAS AGUIRRE, madre de la víctima y abuela del menor DAVID LEONARDO NOREÑA GARCIA, por ser la persona que vela por su cuidado. Igualmente, incrementar el monto de los perjuicios morales reconocidos a favor del señor LEONARDO PUERTA MARTÍNEZ en su condición de abuelo de la causante. Sin embargo, el estudio de los perjuicios causados no se limitará a los específicos cargos mencionados, por cuanto los dos extremos procesales impugnaron la decisión, condición suficiente para que el juzgador de esta instancia quede habilitado por ministerio de la ley para resolver sin limitaciones.

En este orden de ideas, la Sala no encuentra reproche en cuanto a la condena por concepto de perjuicios morales impuesta a favor del cónyuge, el hijo, los padres y los hermanos de la causante, ni inconformidad por la parte apelante en este punto

específico, pues, en rigor el Tribunal accedió a las aspiraciones económicas de la misma siguiendo la orientación jurisprudencial, concretando la condena en el máximo otorgado a favor de cada uno de los demandantes. Con todo en esta oportunidad se mantendrá la condena con la precisión de que la misma surtirá efectos en salarios mínimos legales mensuales, por corresponder a la jurisprudencia sentada y reiterada por esta misma sala a partir de la sentencia proferida dentro del proceso No. 13.232 - 15646 de 6 de septiembre del 2001, y no en el equivalente en gramos oro como se aprecia del texto de la sentencia, cuya decisión tenía correspondencia con la jurisprudencia anterior.

En ese sentido, el Hospital Universitario San Juan de Dios de Armenia pagará a favor de los demandantes ROSEMBERG GARCIA ZAPATA, MIRIAM PUERTAS AGUIRRE, EGIDIO NOREÑA LOAIZA y DAVID LEONARDO NOREÑA GARCIA, en su condición de padres, cónyuge e hijo de la causante, el monto que corresponda a la fecha de ejecutoria de esta sentencia a CIENTO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES para cada uno de ellos; y a favor de LUIS HERNANDO, FLOR ISBELIA, ROSEMBERT, LEONARDO Y DEISY LORENA GARCIA PUERTAS, en su condición de hermanos de la causante, el valor que corresponda a la fecha de ejecutoria de esta sentencia a CINCUENTA SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES para cada uno de ellos. Se llega a esta conclusión, porque los vínculos de consanguinidad están plenamente acreditados con las pruebas documentales a las que se ha hecho referencia, que hacen presumir la afectación moral que la muerte de DORA LUCIA GARCIA PUERTA debió causarles.

Revisado el contenido del recurso, en lo que se refiere a la condena por perjuicios morales, ocurre que este se contrae a la condena impuesta a la entidad hospitalaria a favor del señor LEONARDO PUERTA MARTÍNEZ en su condición de abuelo de la víctima, para que en orden a lograr la modificación de la misma, se incrementara el monto de los perjuicios morales. Confrontado el recurso de

apelación con las pretensiones económicas señaladas en la demanda se advierte que en dicha oportunidad la demandante solicitó reconocer a favor del abuelo de la víctima el equivalente a OCHOCIENTOS (800) GRAMOS DE ORO, lo que en el escenario actual correspondería al equivalente de OCHENTA (80), salarios mínimos legales mensuales.

La Sala advierte que aunque en algunas oportunidades ha otorgado un especial tratamiento a los abuelos de las víctimas y ha reconocido sumas superiores a los CINCUENTA (50) salarios mínimos, esto ha ocurrido en eventos en los cuales, aparece suficientemente probado que los abuelos asumieron una doble condición, y suplieron a los padres colaborando en la formación y educación de los nietos. Sin embargo, en lo que se refiere al demandante LEONARDO PUERTA MARTÍNEZ, quien concurrió al proceso en su condición de abuelo de la víctima, más allá de la prueba documental y testimonial que acreditó su parentesco y la calidad de damnificado, no demostró una afectación distinta que conduzca a modificar la decisión.

II. En lo que tiene que ver con el reconocimiento de perjuicios materiales a favor de la parte demandante, se observa en el numeral 1.4 de las pretensiones de la demanda donde expresamente se pidió *“Que se declare que el Hospital Universitario San Juan de Dios de Armenia es responsable de los perjuicios materiales causados a la señora MIRIAM PUERTAS AGUIRRE DE GARCÍA, a raíz de la muerte de Dora Lucía GARCIA PUERTAS. Que como consecuencia de tal declaración se condene al demandado a pagar la suma de \$ 22.687.093,00 por concepto de Lucro Cesante o dinero que deberá recibir la señora Miriam PUERTAS al dedicarse al cuidado personal de David Leonardo NOREÑA GARCIA. Para tal liquidación se tendrá en cuenta que dicho cuidado será hasta que el menor cumpla los 18 años.....”*.

La pretensión anterior no tiene vocación de prosperidad, pues, la misma está

dirigida al reconocimiento de perjuicios materiales a favor de la señora MIRIAM PUERTAS AGUIRRE DE GARCIA, en su condición de madre de la víctima. En este escenario, no hay lugar a reconocer esta clase de perjuicios, primero, porque nada sugiere que la demandante dependiese económicamente de la causante, y menos que fuera su única fuente de ingreso; segundo, porque, no se solicitaron perjuicios de esta índole a favor del cónyuge superstite y de su hijo menor, que serían en rigor, quienes estarían llamados a beneficiarse del reconocimiento de perjuicios materiales por ser los directamente afectados con el fallecimiento de la víctima, y tercero, porque sería el cónyuge de la víctima, el llamado a sufragar los gastos que implica el cuidado del menor.

III. Para la Sala existen razones suficientes para la prosperidad de las pretensiones involucradas en el numeral 1.3, que el demandante denominó perjuicios fisiológicos a favor del cónyuge de la causante EGIDIO NOREÑA LOAIZA y de su hijo menor DAVID LEONARDO NOREÑA GARCÍA.

Es claro que las víctimas sufrieron, a más de un daño moral, que se refleja en el estado de zozobra, angustia y temor padecido, una alteración a las condiciones de existencia¹⁴⁹, que en la demanda se solicita como “*perjuicio fisiológico*”, el cual rebasa la esfera interna del individuo y se sitúa en su vida exterior, en el entendido de que el deceso de la víctima marcó negativamente el entorno familiar de los demandantes y afectó su normal desarrollo como personas integrales.

La Sala ha considerado que la alteración en las condiciones de existencia constituye un perjuicio autónomo que afecta la calidad de vida de las personas, y por esa razón los damnificados tienen derecho al reconocimiento de una indemnización adicional a la que se reconoce por el perjuicio moral. En esta esfera, el reconocimiento de esta clase de perjuicios no debe limitarse a los casos

¹⁴⁹ *Denominación que fue adoptada mediante sentencia AG- 385 de agosto 15 de 2007, actor: Antonio María Ordóñez Sandoval.*

de lesiones corporales que producen alteraciones orgánicas, sino que debe extenderse a todas las situaciones que alteran las condiciones habituales o de existencia de las personas.

Por último, la Sala ha sostenido, que este perjuicio, puede darse por acreditado en consideración a las circunstancias particulares del caso, y en el presente la pérdida de la cónyuge y madre de los demandantes impidió su desarrollo normal en el entorno social, familiar, laboral entre otros escenarios.

La Sala, como resultado de la reflexión anterior, reconocerá por este concepto a favor del señor EGIDIO NOREÑA LOAIZA, en calidad de cónyuge superstite de la causante, el monto que corresponda a la fecha de ejecutoria de esta sentencia a TREINTA salarios mínimos legales mensuales, y a favor del hijo menor DAVID LEONARDO NOREÑA GARCÍA el monto que corresponda a la fecha de ejecutoria de esta sentencia a CINCUENTA salarios mínimos legales mensuales, por sufrir una afectación de mayor entidad que el primero de los nombrados.

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

FALLA:

MODIFICASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío el 17 de octubre de 1998, la cual quedará así:

PRIMERO: DECLARASE a la Empresa Social del Estado Hospital Universitario San Juan de Dios de Armenia, administrativamente responsable de los daños y perjuicios ocasionados a los demandantes ROSEMBERG GARCIA ZAPATA Y

MIRIAM PUERTAS AGUIRRE (padres), EGIDIO NOREÑA LOAIZA (esposo), DAVID LEONARDO NOREÑA GARCIA (hijo), LEONARDO PUERTAS GARCIA (abuelo) y LUIS HERNANDO, FLOR ISBELIA, ROSEMBERT, LEONARDO y DEISY LORENA GARCIA PUERTAS (hermanos), por la muerte de DORA LUCIA GARCIA PUERTAS, ocurrida el 20 de agosto de 1996, como consecuencia de la falla en la prestación del servicio médico.

SEGUNDO: Como consecuencia de la declaración anterior **CONDENASE** a la Empresa Social del Estado Hospital Universitario San Juan de Dios de Armenia a pagar por concepto de indemnización por los perjuicios morales lo siguiente: A favor de ROSEMBERG GARCIA ZAPATA, MIRIAM PUERTAS AGUIRRE, EGIDIO NOREÑA LOAIZA y DAVID LEONARDO NOREÑA GARCIA, el monto equivalente a CIEN (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, para cada uno de ellos. A favor de LEONARDO PUERTAS MARTÍNEZ y LUIS HERNANDO, FLOR ISBELIA, ROSEMBERT, LEONARDO Y DEICY LORENA GARCIA PUERTAS, el monto equivalente a CINCUENTA (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, para cada uno de ellos.

TERCERO: CONDENASE a la Empresa Social del Estado Hospital Universitario San Juan de Dios de Armenia a pagar por concepto de indemnización por los perjuicios relacionados con la alteración en las condiciones de existencia a favor del señor EGIDIO NOREÑA LOAIZA en calidad del cónyuge de la víctima el monto equivalente a TREINTA SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES MENSUALES vigentes a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, y a favor del joven DAVID LEONARDO NOREÑA GARCIA el monto equivalente a CINCUENTA (50) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES vigentes a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

CONFIRMASE los numerales cuarto, quinto, sexto y séptimo de la parte resolutive de la sentencia apelada, por las razones expuestas en la parte motiva.

CUARTO: DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y PUBLÍQUESE

MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR
Presidenta de la Sala

RUTH STELLA CORREA PALACIO

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

ENRIQUE GIL BOTERO

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

Anexo E. Pie de página No. 16**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA**

Santafé de Bogotá, D.C., Dos de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro.

CONSEJERO PONENTE: DR. JUAN DE DIOS MONTOS HERNÁNDEZ

Ref: Expediente No. 9701

Actor: RUBÉN DARÍO LÓPEZ Y OTROS

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

El Tribunal Administrativo de Antioquia consulta fallo proferido el 22 de marzo de 1994, por medio del cual adoptó las siguientes decisiones:

“1. Declarase al Instituto de Seguros Sociales administrativamente responsables por los perjuicios morales y materiales ocasionados a Rubén Darío López Arroyave con ocasión de la paraplejía sufrida como consecuencia de la aplicación de anestesia utilizada en la intervención quirúrgica efectuada en esa entidad asistencia] el 30 de marzo de 1989. Declarase igualmente responsable de los perjuicios morales ocasionados a la madre, María Adela Arroyave García, y a BU hermano José Alirio López Arroyave. (1000) gramos de oro ARROYAVE, QUINIENTOS Precio que tenga este Ejecutoria de esta

“En consecuencia se condena al Instituto de Seguros Sociales a pagar por perjuicios morales en favor de RUBÉN DARÍO LÓPEZ ARROYAVE el equivalente a UN MIL (1000) gramos de oro puro y por daño fisiológico UN MIL (1000) gramos de oro puro: a MARÍA ADELA ARROYAVE DE LÓPEZ, UN MIL a JOSÉ ALIRIO LÓPEZ (500) gramos de oro puro al metal al momento de la sentencia.

“3. Condénase al Instituto de Seguros Sociales a pagar por perjuicios materiales a Rubén Darío López Arroyave la suma de VEINTIOCHO MILLONES NOVECIENTOS VEINTICUATRO MIL SEISCIENTOS DOCE PESOS M.L. (\$28 '924.012).

“4. Niéganse las demás súplicas de la demanda.

“5. Désele cumplimiento a esta sentencia en los términos del artículo 176 y 177 del C.C.A. (fls 204 a 205 C.1)

ANTECEDENTES PROCESALES

Mediante apoderado especial y en uso de la acción de reparación directa prevista en el art. 86 del C.C.A; presentaron demanda contra el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, los señores RUDEN DARÍO LÓPEZ ARROYAVE, JOSÉ ALIRIO LÓPEZ ARROYAVE y MARÍA ADELA ARROYAVE DE LÓPEZ.

Las pretensiones se precisan así:

“1. Que el Instituto Colombiano de Seguros Sociales es responsable por todos los daños y los perjuicios morales que el señor RUBÉN DARÍO LÓPEZ ARROYAVE ha padecido y seguirá padeciendo, como consecuencia directa de Las Lesiones ocasionadas por quién en forma negligente le practicó la anestesia.

“2. Igualmente que se responsabilice al Instituto Colombiano de los Seguros Sociales al pago, además del Pentium doloris (dolor físico y angustia sufridos por mis mandantes) al perjuicio fisiológico representado en el atado de Inferioridad que para su vida social le impide al señor RUBÉN DARÍO LÓPEZ ARROYAVE convivir con las demás personas en las mismas condiciones que su vida de relación y su capacidad vital le brindaba su cuerpo sano.

“3. Que el Instituto Colombiano de Seguros Sociales Responsable también de los perjuicios materiales (Consolidados y futuro.) Inferidos al señor RUBÉN DARÍO LÓPEZ ARROYAVE y que se desprenden de la Incapacidad laboral a que se ve sometido por estar Reducido a una silla de ruedas.

“4. Que el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales es responsable por los daños morales que ha sufrido la señora ADELA ARROYAVE DE LÓPEZ dado el sufrimiento experimentado al ver el estado de postración a que fue reducido su hijo como consecuencia de la omisión del Instituto Colombiano de los Seguros Sociales.

“5. Que le Instituto Colombiano de los Seguros sociales es responsable por los daños morales que ha sufrido la señora (sic) ALIRIO LÓPEZ ARROYAVE dado el sufrimiento experimentado al ver el estado de postración a que fue reducido su hijo como consecuencia de la omisión del Instituto Colombiano de los Seguros Sociales.

“6. Que le Instituto Colombiano de Los Seguros Sociales es responsables del Lucro Cesante que el Señor ALIRIO LÓPEZ ARROYAVE sufre al abandonar e estudios, en razón de los cuales podría tener un mejor status personal social y laboral, si no hubiese tenido que trabajar para poder velar por su madre

“7. Que como resultado de las anteriores declaración condene al Instituto Colombiano de Seguros Sociales a pagar a cada uno de los demandantes por concepto de perjuicios morales La suma de mil (1000) gramos de oro puro o la suma equivalente al valor de la moneda legal Colombiana en la cotización más alta en el mercado para dicho metal, según la certificación que expida el Banco de la República, al momento de su tasación

“8. Condénese igualmente al Instituto Colombiano de los Seguros Sociales al pago de los perjuicios materiales así:

“POR DAÑO EMERGENTE: las sumas que se determinan para estos casos en relación con la incapacidad laboral que debe afrontar el RUBÉN DARÍO LÓPEZ ARROYAVE como consecuencia de la lesión producida, en la forma que lo indiquen los peritos abogados designados al efecto.

“POR LUCRO CESANTE: La cantidad que se fije en relación con la merma productiva y los efectos que en el futuro tendría para los reclamantes el reflejo de esta incapacidad laboral, teniendo en cuenta para ello el nivel de los ingresos que para la fecha del hecho tenía la víctima, de acuerdo con las secuelas y resultados permanentes nocivas que arroje la peritación módica y de los peritos abogados como fundamento en las tablas financie; correspondientes, distinguiendo indemnización consolidada de la futura.

“9. De ser posible determinar e] monto de los perjuicios materiales sufridos por los demandantes con motivo de las Lesiones mencionadas, le solicito conforme al artículo 107 del decreto 100 de 1980 estimarlos en la suma de TRES MIL (3000) gramos de oro puro en moneda legal colombiana de acuerdo a la cotización más alta en el morcado al momento do realizarse la cuantificación según la certificación que expida para el efecto el Banco de la República.

“10. Que se ejecuto la sentencia conforme lo indica e] artículo 176 del Decreto 01 de 1904 y que en caso de que no sea cumplida por la

entidad demandada en el tiempo allí establecido sea condenada el pago de los intereses por la no ejecución oportuna.

"11. Que se ajuste el valor que resulte al liquidar las sumas de dinero, conforme lo indica el artículo 178 del Decreto 001 de 1984 con base en el índice de precios al consumidor certificado por el DANE entre la fecha en la cual ocurrieron los hechos y la fecha en que deba pagarse por la entidad demandada, como resultado de sentencia condenatoria, dicha suma." (fls. 71 a 72 C. 1.)

LOS HECHOS

El a quo los sintetiza como sigue:

"1. EL señor Rubén Darío López Arroyave nació el 29 de marzo de 1966 en la ciudad de Aguadas (Caldas).

"2. Fué intervenido quirúrgicamente en la Clínica León XIII debido a lesiones que u recibiera con arma corto punzante que le interesaron el hígado a lo cual le fue aplicada anestesia epidural o raquídea que "en forma lenta e imperceptible dejó posteriormente secuelas en su columna vertebral" quedando paralizado en sus miembros inferiores a partir del día 17 de junio de 1987, lo que constituye una clara falla del servicio.

"3. Rubén Darío López era quién atendía la subsistencia de su madre y hermano así como los estudios de este último, quedando imposibilitado para ello desde que fue intervenido y se produjo la parálisis.

"4. Que los actores han sufrido perjuicios mora' que implican desequilibrio emocional y psicológico al grupo familiar." (fol. 192 a 193 C.1.)

ACTUACIONES PROCESALES

El a quo declaró inadmisibles las demandas por falta de estimación razonada de la cuantía (folio 76). Subsanao el defecto señalado, fue admitida y notificada a la demandada. Esta descorrió el traslado aceptando como ciertos los hechos 1, 2, 4, 5 y 6, este último relacionado con la aplicación de la anestesia raquídea. En

cuanto al 7, afirma que es lamentable el estado actual del paciente demandante pero desconoce sus causas. Se opone a la prosperidad de las pretensiones y propone como excepción la caducidad de la acción, con fundamento en el hecho de que la intervención quirúrgica sucedió el 30 de marzo de y la demanda presentada él lo. De marzo de 1989.

Solicita pronunciamiento sobre la eventual responsabilidad de los funcionarios en el hecho administrativo "generador" de esta demanda, conforme a los arts. 77 y 78 del C.C.A.

El Fallo del Tribunal

El Tribunal para fundamentar su decisión en síntesis sostuvo:

“Los medios de convicción relacionados en los apartes anteriores no solo contiene una explicación de la causa de la paraplejía con parálisis espástica de miembros inferiores sino que nos aporta elementos de juicio suficientes para desestimar La excepción de caducidad de la acción planteada por la demandada con el argumento de que el acto quirúrgico inicial data del 30 de marzo de 1987, y la presentación de la demanda de junio lo. De 1989, cuando se había superado con creces el término de dos años previsto en el inciso 4o. del artículo 136 del C.C.A., sin parar mientes en que, si bien es alerto que la aplicación de la anestesia raquídea fue en la fecha señalada sus efectos nocivos solo empezaron a revelarse el 17 de junio de 1987, hora 10:45 a.m. que la Historia Clínica a folios 26 revela en los siguientes términos "Paciente que Ingresa al servicio por DX Neurosis Ansiedad, viene remitido de Cad Central viene caminando febril, tranquilo consciente, orientado, so deja en observación, pendiente evaluar x Neurólogo presenta dificultad para la marcha". De lo anterior se desprende que la acción se propuso dentro del término establecido en la ley.

“Quedó demostrado plenamente dentro del proceso que Rubén Darío López Arroyavo estaba afiliado al Instituto de Seguro Social desde el 26 de enero 1987 (fs. 90,99 y 100). Que hasta el 17 de junio de ese mismo año su función de Jo locomoción era normal. Que después de esa fecha a causa de aracnoiditis espinal producida por la aplicación de anestesia raquídea en la intervención quirúrgica realizada en la Clínica León XIII de los Seguros Sociales de esta ciudad el 30 de marzo, donde concurra ó para sutura de herida penetrante en abdomen por remisión que hiciera

la Policlínica Municipal sufrió parálisis total de sus miembros inferiores que según el concepto médico laboral do folios 137 "...le produce un incapacidad permanente total y una merma en su capacidad laboral de un ciento por ciento (100%)".

"Establecido el daño y sus relación de causalidad resta determinar así la aplicación de la anestesia raquídea generó una falla en la prestación del servicio. La respuesta tiene que ser afirmativa pues tratándose de una obligación de medios y no de resultados, la prueba de la diligencia y cuidado la aplicación de ese elemento auxiliar para La realización del acto quirúrgico correspondía al ente demandado en el sentido de que tomaron las precauciones necesarias para la administración de la anestesia por peridural, lo que fue objeto de este proceso".

".....

"En el presente proceso se recaudaron unas pruebas tan contundentes que no se requiere de mayor esfuerzo para inferir la presencia de los elementos axiológicos de la acción reparadora Instaurada como de La responsabilidad del Instituto del Seguro Social en la producción del daño, razón esta que impone esa de aclaración.

"Con respecto al daño debe advertirse que su presencia se manifiesta en el aspecto material, moral y fisiológico pues es claro que Rubén Darío López Arroyave perdió totalmente su capacidad de trabajo según se desprende del concepto Médico Laboral de folios 136 y 137; que la condición física que le reporta la parálisis espástica de miembros inferiores (paraplejia), so presume que le causa dolor moral y que indudablemente se aumentado con el daño fisiológico que esa enfermedad le causó al sentirse a la edad de 23 años privado de la posibilidad de realizarse en las actividades normales que una persona con su juventud quisiera realizar. (fls. 198 a 201 C.1.)

Para resolver se CONSIDERA:

La Sala confirmará el fallo consultado por encontrarlo ajustado a la ley y al derecho.

La caducidad de La acción.- En esto caso la Indemnización por los perjuicio no se hace derivar de intervención quirúrgica realizada el 30 de marzo de 1987, sino de Las secuelas que ella dejó, Las cuales fueron progresivas y Solamente conocieron con certeza a partir del 17 de junio de 1909, fecha a partir de la cual

se cuentan los dos años de la caducidad, como lo anota el procurador en lo judicial ante el a quo. No prospera la excepción de caducidad.

Está probado que el día 30 de marzo de 1987, a las 10 p.m. el señor RUBÉN DARÍO LÓPEZ ARROYAVE fue herido con arma corto punzante internado en la Clínica León XIII de Medellín, establecimiento de propiedad del I.S.S., al cual estaba afiliado el herido, quien fue intervenido quirúrgicamente previa la aplicación de anestesia epidural o raquídea.

Posteriormente a la intervención quirúrgica, LÓPEZ ARROYAVE, sintió paulatinamente falta de sensibilidad en sus miembros inferiores, hasta llegar a la paralización total.

El dictamen pericial rendido por los médicos DAVID ANTONIO BERNAL VALLEJO y LUZ ELENA ESCOBAR precisa las posibles consecuencias de la anestesia raquídea, así:

“A.- ESTADO ACTUAL DEL SEÑOR RUBÉN DARÍO LÓPEZ

“Como se comentó en el numeral 3) el paciente se encuentra en una silla de ruedas debido a una paraplejía espástica de miembros inferiores, con pérdida de sensibilidad al tacto y al dolor.

“B. ESTADO ANTES DEL 31 DE MARZO DE 1987:

“Por historia clínica, por fotografías que se adjuntan al dictamen, el paciente era normal en la locomoción en miembros inferiores.

“C.- QUE ENFERMEDADES O LESIONES SUFRE:

“La enfermedad que sufre es una Aracnoiditis Espinal, es decir, una inflamación de los meníngeos o membranas que cubren la médula espinal.

“Como aparece en el folio 36 del expediente, donde hay exploración de la columna dorsal y donde toman biopsias de dichas membranas.

“D.- CAUSAS CONCRETAS DE LAS MISMAS:

“Existen diferentes causas de la Aracnoiditis Espinal, que puede ser:

“1) Por cirugía.

“2) Por anestesia raquídea.

“3) Mielografía

“4) Además, puedo ser una complicación tardía de una hemorragia subaracnoidea, sífilis, tuberculosis.

“5) Y, en algunos casos no se descubro la causa del trastorno.

“En este caso concreto existe el antecedente de una Anestesia Raquídea, y un antecedente de TBC anterior, es decir, tuberculosis pulmonar a los 12 años como obra a folios 13 y 31 respectivamente.

“El antecedente de TBC, por historia clínica lo descartamos porque al paciente se le efectuaron varias baciloscopias las cuales fueron negativas. En cuanto al antecedente de Anestesia Raquídea encontramos varias irregularidad:

“a).- Como obra en folio 7 y 10 se efectuó una Lielografía y una mielosistemografía, donde informan un bloqueo del material de contraste entre DS y DG, que al parecer en ese sector se efectuó la Anestesia Raquídea, ya que no se encontró registro de dicho procedimiento. En nuestro medio la Anestesia Raquídea se utiliza a partir de L1 y L2 (A nivel de las vértebras lumbares).

“b).- Como aparece en el folio 13 la Anestesia Raquídea fue Xílocaina con Epinefrina, lo que más utiliza en nuestro medio es Lidocaína al 5% o Prilocaina.” (fls.150 a 152 C 1.)

A su vez el Ministerio de trabajo, Medicina Laboral, en concepto del 15 de enero de 1990 dictaminó:

“De acuerdo a su solicitud examinó al señor RUBÉN DARÍO LÓPEZ ARROYAVE, con el fin de determinar la merma en la capacidad laboral dejada por enfermedad que so le maní fes tara en junio de 1987.

“Resumen Historia Clínica: "paciente de 23 años de edad quien el 30 de marzo de 1987 recibió herida por arma corto punzante a nivel subsifoideo. Bajo anestesia raquídea se le practicó la paratomía exploratoria encontrándose herida en cara superior del lóbulo izquierdo del hígado, la cual se suturó habido hemoperitoneo de 1000 ce. No hubo accidente en la cirugía (folio 63).

"En el primer día posterior (marzo 31/87) presentaba buena movilidad y sensibilidad de miembros inferiores.

"Fue dado de alta en buenas condiciones el 3 de abril de 1987. "El 17 de junio de 1987 es hospitalizado en el ISS Porque 15 días antes se le habla iniciado cuadro Cuadro gripal seguido de calambres, parestecias, Hipoestesia y marcha inestable por paraparesia.

"Como presentara antecedentes de haber tenido tuberculosis hacia 8 años se le decidió Iniciar tratamiento con droga tuberculostaticas.

"Las mielografías mostraron bloqueo ascendente de T6-T7 y descendente a nivel de T5, con imágenes irregulares que no hacen sospechar lesión expansiva.

"El TAC de columna dorsal fue normal.

"Se sospechó el diagnóstico de una aracnoiditis de etimología Indeterminada.

"Se tomó la decisión de intervenirlo quirúrgicamente como una posibilidad de hacer un diagnóstico exacto y/o tratamiento

"El diagnóstico preoperatorio y postoperatorio (Agosto 19/87) fue de aracnoiditis (Enfermedad común). Se le practicó laminectomía D7-8 encontrándose una aracnoides engrosada y adherida fuertemente a la duramadre y a la médula.

"Se le tomó biopsia de aracnoides. Ocho a 10 días después de la Cirugía, quedando en una paraplejía espática.

"Recibió tratamiento fisiátrico. So le dio silla de ruedas".

"Al examen clínico encuentro un paciente que ingresa al consultorio en silla de ruedas.

"Hallazgos: parálisis espástica de miembros inferiores (paraplejía) Anestesia desde T6-Hiporreflexia osteotendinosa.

"Vejiga parcialmente neurogenia (incontinencia durante el examen).

"Conclusión: La patología que presenta este paciente, catalogada como enfermedad común, le produce una incapacidad permanente total y una merma en su capacidad laboral de un ciento por ciento 100%." (fls.136 a 137 C.1).

Fue escasa la actividad probatoria del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, tendiente a demostrar que una vez ingresado señor LÓPEZ ARROYAVE a la Clínica León XII, se le brindaron Los cuidados que la ciencia médica exige y que la anestesia raquídea NO fue la causa de la parálisis que padece el demandante. Es decir La presunción de falla que sobre el I.S.S. recaía conforme a las pautas Jurisprudenciales no fue desvirtuada.

Sobre el pronunciamiento que solicita la demandada con relación a la conducta de las personas que Intervinieron en la cirugía el 30 de marzo d 17 a LÓPEZ ARROYAVE, no es posible determinar si obraron con culpa grave o dolo, ya que no se indicó qué personal médico la practicó, para que fueran notificados en forma legal.

Legitimación en la Causa.-

La entidad demandada es el I.S.S., en ese entonces establecimiento público y a folios 65, 66, 67 obran las pruebas idóneas que acreditan que MARÍA ADELA ARROYAVE y JOSÉ ALIRIO LÓPEZ son madre y hermano de la víctima, respectivamente.

Perjuicios Morales.-

Los perjuicios morales fijados al arbitrio por el a-quo son equitativos y se mantendrán, por cuanto el dolor y La depresión sufrida tanto por la victima como por su madre y hermano merecen esa compensación.

Perjuicios Fisiológicos.-

Ha sido reiterada la pauta jurisprudencial sobre el perjuicio fisiológico, fijado en sentencia del G de mayo de 1993, diente 7428, actor: JHON JAIRO MENESES

MEJIA, Consejero Ponente Dr. JULIO CESAR URIBE AGOSTA. Allí se dijo al respecto:

“Con apoyo en el artículo 90 de la Constitución Nacional, que dispone que el Estado debe responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas; con la filosofía que enseña que TODA INTERPRETACIÓN QUE TIENDA A AMPLIAR EL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD ES PREFERIBLE A LA QUE LO RESTRINJA (Arturo Alessandri Rodríguez. De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil, Tomo I, p 211); con el manejo del PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO que predica que la indemnización debe de, "INDEMNAR" a la víctima del daño injusto, esto es, del procurar una REPARACIÓN INTEGRAL del determina miento que dicho daño ha causado en el patrimonio material y espiritual de la víctima, y con conciencia plena del material y espiritual de la víctima, y con conciencia plena del valor que tiene la persona humana, no dentro del marco materialista, que lo aprecia en términos puramente matemáticos, para concluir que es un simple animal, un objeto mínimo en el organismo enorme y siempre mutable que se llama naturaleza, por lo cual su vida solo se explica por la materia en movimiento; ni tampoco dentro de una perspectiva simplemente humanista, que predica que el hombre es la forma más alta de ser que haya evolucionado en el universo material, pero si con una VISION CRISTIANA DEL HOMBRE, que lo ve como un ser biológico con un cuerpo físico, y también como un ser espiritual, que eleva la escala de sus conceptos al mundo maravilloso del pensamiento, la Sala procede a dar e] paso jurisprudencial en virtud del cual, orí casos como el presente, al reconocimiento y pago del PERJUICIO FISIOLÓGICO O A LA VIDA DE RELACIÓN. Este debe distinguirse, en forma clara, del DAÑO MATERIAL, en su modalidad de Daño EMERGENTE y LUCRO CESANTE, y también de los perjuicios morales subjetivos. Mientras que el primero impone una reparación de la lesión pecuniaria causada al patrimonio, y el segundo busca darle a la víctima la posibilidad de remediar en parte "no sólo las angustias y depresiones producidas por el hecho lesivo, sino también el dolor físico que en un momento determinado pueda sufrir la víctima de un accidente." (Javier Tamayo Jaramillo de la responsabilidad civil, Tomo II, pág. 139), el PERJUICIO FISIOLÓGICO O A LA VIDA DE RELACIÓN, exige que repare la pérdida de la posibilidad de realizar actividades vitales, que aunque no producen rendimiento patrimonial. Hacen agradable la existencia “ (Dr. Javier Tamayo Jaramillo. Obra citada pág. 144).

“Para explicar el universo que tiene el DARO que se estudia, vienen las palabras del tratadista nacional ya citado, cuando enseña:

“Podría argumentarse que en casos similares ya la víctima fue indemnizada, cuando recibió reparación de los perjuicios morales

subjetivos o de los perjuicios materiales, y que en virtud se estaría cobrando doble indemnización por un mismo daño. Sin embargo, tal apreciación es inexacta. Veamos:

"A causa de la lesión física o síquica la víctima pierde SU CAPACIDAD LABORAL, es decir, no podrá seguir desplegando un actividad que le produzca un ingreso periódico.

"Fuera de lo anterior, la lesión le produjo a la víctima DOLORES FÍSICOS Y DESCOMPOSICIÓN EMOCIONAL, por lo cual surge la obligación de indemnizar perjuicios morales subjetivos. Suponiendo que la víctima reciba la indemnización de esos daños, SEGUIRA EXISTIENDO EL FISIOLÓGICO que también d ser reparado. En realidad, la víctima se podría hacer esa reflexión: mi integridad personal me concedía TRES BENEFICIOS: ingresos periódicos, estabilidad emocional y actividades placenteras. Si las dos primeras han sido satisfechas con la indemnización, quedaría por reparar la tercera, que es la que da lugar precisamente a la indemnización por perjuicios; fisiológicos. Sí, por ejemplo la víctima queda reducida a una silla de ruedas por una incapacidad permanente total, no podemos decir que al habersele indemnizado los perjuicios materiales y los perjuicios morales subjetivos, ya todo el daño ha sido reparado. De qué vale a la víctima seguir recibiendo el valor del salario u obtener una satisfacción equivalente a un perjuicio moral subjetivo, si para el resto de actividades vitales no dispone de la más mínima capacidad Sigamos con el ejemplo: supongamos que la víctima, después de la indemnización de los daños mate] y morales subjetivos, queda con dinero y tranquila. Sin embargo, seguirá estando muy de la situación privilegiada en que se encontraba antes del hecho dañino, pues no podrá seguir DISFRUTANDO DE LOS PLACERES DE LA VIDA. ESTO NOS INDICA QUE EL DAÑO MORAL SUBJETIVO Y EL FÍSICO LÓGICO SON DIFERENTES ... Repetimos: la indemnización por perjuicios morales subjetivos repara la satisfacción síquica o el dolor físico de la víctima; en cambio, la INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO FISIOLÓGICO REPARA LA SUPRESIÓN DE LAS ACTIVIDADES VITALES. Casi podríamos decir que el daño moral subjetivo consiste en un atentado contra las facultades íntimas de la vida, mientras que el daño fisiológico consiste en el atentado a sus facultades para hacer cosas, independientemente de que estas tengan rendimiento pecuniario." (Obra citada, pág. 144 y ss. ss.) (Subrayas de la Sala).

"La Sala encuentra de total recibo el planteamiento anterior en un momento de la vida nacional en que los atentados contra la existencia y la dignidad de la persona humana se ha generalizado, unas veces por la acción de la delincuencia común, y otras como resultado del enfrentamiento de las fuerzas del orden con las del desorden. Es lamentable que niños, jóvenes, hombres maduros y ancianos tengan que culminar su existencia privados de la alegría de vivir porque perdieron sus ojos, sus piernas, sus brazos, o la capacidad de

procreación por la intolerancia de los demás hombres. A quienes sufren esas pérdidas irremediables es necesario brindarles la posibilidad de procurarse una satisfacción equivalente a la que han perdido. Por algo se enseña que el verdadero carácter del resarcimiento de los daños y perjuicios es un PAPEL SATISFACTORIO (Mazeaud y TunC). Así, el que ha perdido su capacidad de locomoción, debe tener la posibilidad de desplazarse en una cómoda silla de ruedas y ayudado por otra persona; a quién perdió su capacidad de practicar un deporte, debe procurársele un sustituto que le haga agradable..." (págs. 50 a 52)

RUBÉN DARÍO LÓPEZ ARROYAVE quedó parapléjico, sin poder valerse por sí mismo para ciertas actividades laborales, personales y deportivas. Por ello, la cuantía fijada por el a-quo indemniza el daño fisiológico.

Perjuicios Materiales.-

Desestimó el a que el dictamen pericial por agregar el 25% de prestación sociales no solicitadas y liquidar i indemnización vencida a partir del 30 de marzo de 1907 y no el 17 de junio de 1989, fecha cierta de la manifestación del daño y por haber tomado como renta el salario mínimo legal pues no se demostró el de vengado por la victima como trabajador dependiente. Si bien lo anterior es cierto, el a quo erró al computar EL tiempo para la indemnización vencida desde el 30 de marzo de 1987, y cometió el error numérico de tomar el salario mínimo de \$20.510 y no de \$41.025, vigente al 17 de junio de 1989.

Actualización de la renta.-

Para actualizar la renta se empleara la fórmula:

$$V.P - Vh \quad \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde:

V.P. = Valor presente o renta actualizada (Ra)

Vh = Valor histórico o 41.025

En donde:

$$V.P. = 41.025 \frac{372.59}{114.93}$$

V.P 132.991

Indemnización Vencida.-

La indemnización vencida se calculará bajo la fórmula siguiente:

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

En donde:

S = Indemnización vencida

i = Interés técnico o legal de 0.004867 mensual

n = 62 meses correspondiente al período comprendido entre el 17 de junio de 1989 y la fecha de este fallo.

$$S = 132.991. \frac{(1 + 0.004867)^{62} - 1}{0.004867}$$

S = 9.597.625

Indemnización Futura.-

La indemnización futura se calcula por medio de la fórmula siguiente:

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

Todos los iguales a la fórmula anterior, incluyendo Ra o renta actualizada, a excepción de n=601 meses, vida meses, vida probable de la víctima, menos 62 del tiempo ya calculado, para un total de 539. 2.

En donde tenemos que:

$$S = 132.991 \frac{(1 + 0.004367)^{639.2} - 1}{0.004067 (1 + 0.004807)}$$

$$S = 19'047.578$$

Total indemnización 28' 645.203

En mérito de lo expuesto, el CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A:

PRIMERO: CONFÍRMASE los numerales 1. 2, 4 y 5 del fallo consultado, esto es el del 22 de marzo de 1994.

SEGUNDO: MODIFÍCASE el numeral 3, el cual quedará así:

CONDÉNESE al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES a pagar, por perjuicios materiales a RUBÉN DARÍO LÓPEZ ARROYAVE, la suma de VEINTIOCHO MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS TRES TESOS MONEDA CORRIENTE (\$28' 645.203.00).

COPÍESE, MOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN,

Se deja constancia que la anterior providencia fué discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha **primero (1o) de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).**

DANIEL SUÁRES HERNÁNDES
Presidente de la Sala

CARLOS BETANCUR JARAMILLO

JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ

JULIO CÉSAR URIBE ACOSTA

LOLA ELISA BENAVIDES LÓPEZ
Secretaria

Anexo F. Pie de página No. 17**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA**

Santafé de Bogotá D.C., veintiséis de Septiembre de mil novecientos noventa y seis.

CONSEJERO PONENTE: DANIEL SUÁRES HERNÁNDEZ

Ref: Expediente 10658

ACTOR: JAVIER BOLAÑOS CAMPO Y OTROS

**DEMANDADO: HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE
“EVARISTO GARCÍA”**

Decide la Sala la apelación interpuesta contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, el 23 de septiembre de 1994, mediante la cual se dispuso lo siguiente:

“PRIMERO.- Se declara administrativamente responsable al HOSPITAL DEPARTAMENTAL DEL VALLE “EVARISTO GARCÍA”, por las lesiones de que fue objeto el menor CESAR JAVIER BOLAÑOS CAMPO cuando fue tratado quirúrgicamente en sus instalaciones.

“SEGUNDO.- Como consecuencia de lo anterior, el HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE EVARISTO GARCÍA” deberá pagar a JAVIER BOLAÑOS CAMPO, NORALBA CAMPO COMETA y CESAR JAVIER CAMPO COMETA; o a quien sus intereses represente, por concepto de PERJUICIOS MORALES lo equivalente en moneda nacional Colombiana a UN MIL (LOOO) GRAMOS ORO fino para cada uno, al precio que certifique el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de la presente sentencia.

“TERCERO.- Dése cumplimiento a la sentencia en los términos establecidos en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

“CUARTO.- Se niegan las demás peticiones de la demanda.

“QUINTO: - Una vez en firme la presente sentencia, procédase por secretaría a devolver a los demandantes, el remanente, si existiere, de la suma depositada conforme se ordenó en el literal c). Del auto admisorio de la demanda.

“SEXTO:- De no ser apelada, CONSÚLTESE.”

ANTECEDENTES PROCESALES

1. Demanda

JAVIER BOLAÑOS CAMPO y NORALBA CAMPO COMETA, en nombre propio y en representación de su hijo CESAR JAVIER BOLAÑOS CAMPO, mediante apoderado, en ejercicio de la acción de Reparación directa presentaron demanda contra el HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE "EVARISTO GARCÍA", para que fuera declarado administrativamente responsable por los perjuicios morales y materiales ocasionados a los actores como consecuencia de las lesiones ocasionadas al menor CESAR JAVIER BOLAÑOS CAMPO en hechos ocurridos el día ocho (8) de octubre de 1990 en la sala de operaciones de dicho hospital.

Como consecuencia de la anterior declaración pretende la parte demandante el reconocimiento de perjuicios morales en favor de cada uno de Los demandantes, por el equivalente a un mil (1.000) gramos oro al precio que, para la fecha de ejecutoria de la sentencia definitiva, certifique el Banco de la República. Reclama también indemnización en favor de cada uno de los actores, por concepto de perjuicios materiales en la cuantía que se determine en el proceso.

2. Hechos.

Los relaciona así la parte demandante:

"Que a causa del trauma contuso que le produjo una pedrada que

recibiera en su ojo izquierdo, el menor César Javier Bolaños Campo fue sometido a exámenes de laboratorio y a una valoración pre quirúrgica por parte de un médico pediatra del Hospital Universitario del Valle "Evaristo García", afín de practicarle una vitrectomía (extracción del humor vítreo).

"Que efectivamente al menor César Javier Bolaños Campo se le practicó dicha operación en el Hospital Universitario del Valle el día 18 de septiembre de 1989, la cual tuvo el carácter de ambulatoria.

"Que luego de los chequeos postoperatorios (sic) que periódicamente se le practicaron al menor César Javier, los médicos oftalmólogos del Hospital Universitario del Valle decidieron operarlo nuevamente para practicarle una facoaspiración (extirpación de catarata) en su ojo izquierdo, y que cuando la madre de aquél les informó tener ya el lente intraocular que se le implantaría, programaron la operación para el día 8 de octubre de 1990, a las 12:30 de la tarde, la cual tendría también el carácter de ambulatoria.

"Que el día señalado, hacia la 1:30 de la tarde, se le practicó la operación al menor César Javier, habiendo actuado como cirujano la doctora María del Pilar Echeverri de Castro, como ayudante de la cirujano el doctor José Bustamante Arbeláez y como anestesiólogo el doctor Gustavo López, galenos al servicio del Hospital Universitario del Valle.

"Que durante la intervención quirúrgica el menor César Javier sufrió un paro cardíaco, y que la cirujano, doctora Echeverri de Castro, sólo alcanzó a extirparle la catarata sin que hubiera podido implantarle el lente intraocular en el ojo izquierdo.

"Que sólo a las 6:00 de la tarde de ese día, se le permitió a los padres de César Javier verlo en la Unidad de Cuidados Intensivos, donde permaneció hasta el día 4 de noviembre de 1990, que de allí pasó César Javier a la Sala Ana Frank (sala para niños operados) del Hospital Universitario del Valle, donde permaneció hasta el día 17 de enero de 1992.

"Que el paro cardíaco que sufrió el menor César Javier cuando era intervenido quirúrgicamente para practicarle una facoaspiración en su ojo izquierdo, le causó lesiones de tipo cerebral y psicomotor que le produjeron una incapacidad permanente del 100% (Ver concepto de los médicos forenses del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Regional Sur) (Fol. 105 a 107 del cuaderno 2).

"Que la señora noralba Campo Cometa, madre del menor César Javier Bolaños Campo, tuvo que dejar su trabajo para dedicarse a atender a su hijo lesionado.

3. La Actuación Procesal en primera instancia.

La demanda se admitió en auto de fecha veinte (20) de abril de 1994, el que fue notificado personalmente al Director General del Hospital Universitario "Evaristo García" el diez (10) de noviembre de 1994.

El Hospital Universitario "Evaristo García" guardó silencio en la oportunidad procesal para contestar la demanda.

Precluida la etapa probatoria y fracasada la audiencia de conciliación, que fue aplazada en dos oportunidades, el a-quo concedió traslado para alegar, oportunidad dentro de la cual el apoderado de la parte demandada solicitó desestimar las pretensiones de la demanda, argumentando que "el Hospital Universitario "Evaristo García" a través de sus agentes, cumplió debidamente con sus obligaciones con prontitud e idoneidad. Afirmó también que "el hecho litigioso se encuadra en un auténtico caso fortuito (proveniente de causas naturales) de imposible previsión... ". El apoderado de la parte demandante dentro de la misma oportunidad procesal, fundamentándose en el acervo probatorio insistió en sus peticiones al considerar probados los supuestos de la responsabilidad patrimonial del Estado en la prestación del servicio médico en el caso sub-lite, durante la intervención quirúrgica, encontrarse probado el daño y la relación de causalidad.

Por su parte el Ministerio Público, concluye que se dio la responsabilidad del ente demandado bajo el régimen de la falla presunta. No encontró reparo en cuanto a los perjuicios morales invocados en la demanda. Respecto de los perjuicios materiales, considera que la madre tiene derecho a que se le reconozcan, teniendo en cuenta que ella trabajaba en una casa de familia donde devengaba \$ 15.000.00 mensuales y en razón a la enfermedad de su hijo tuvo que abandonar su oficio, para dedicarse a atenderlo. Dijo que se demostró en el proceso que la familia Campo (sic) no tuvo que erogar dinero alguno para atender los gastos

ocasionados con la enfermedad del menor. Respecto de los perjuicios materiales para éste último argumenta que son supuestos e inciertos, motivo por el cual no se podrá condenar a dicho reconocimiento. Solicita al Tribunal acceder a las peticiones de la demanda, de acuerdo a éste.

4. La Sentencia Apelada.

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca acogió parcialmente las pretensiones de la demanda al declarar administrativamente responsable al Hospital Universitario del Valle "Evaristo García" por las lesiones de que fue objeto el menor CESAR JAVIER BOLAÑOS OCAMPO, y condenarlo al pago de la indemnización por concepto de perjuicios morales en favor del menor y sus padres.

Como fundamento de su decisión, consideró el Tribunal probados los supuestos de la responsabilidad por falla en el servicio médico asistencial, pues, afirma, no se adoptaron todas las medidas técnicas tendientes a garantizar la atención integral que el estado de salud del menor requería. Agrega además que: *"La entidad demandada para que pudiera exonerarse de responsabilidad debía demostrar que su actuación fue de toda suerte diligente y que el hecho dañoso se produjo por una fuerza mayor, o por un hecho imprevisible o por culpa de la víctima."*

El a quo acogiendo el concepto del profesional médico de la Procuraduría Departamental, consideró que: *"Es evidente entonces que si el procedimiento quirúrgico que se le practicaría al menor de edad representaba algún tipo de riesgo, de la forma como la demandada lo sostiene, ha debido entonces permitirse que en su intervención se contara con el auxilio de un equipo de monitoreo paraclínico que permitiera la detección precoz de algún problema o reacción que se presentara, secundario a la aplicación de la sustancia anestésica."*

El Tribunal no reconoció la indemnización por concepto de perjuicios materiales en favor de los actores porque a su juicio, no se demostraron los gastos sufragados y porque el menor no era aún productivo y "es imposible dada su minoría de edad determinar anticipadamente a que actividad se dedicaría laboralmente en el futuro.

5. Razones del apelante

Las dos partes del proceso inconformes con la decisión del Tribunal, interpusieron y sustentaron el recurso de apelación en oportunidad.

La parte demandada en su escrito de sustentación, luego de hacer una exposición sobre el estado social de derecho, dignidad humana, solidaridad y gasto público, manifiesta su total desacuerdo con el fallo por su falta de objetividad toda vez que, afirma, *"Cómo es posible que se pretenda responsabilizar a un establecimiento público como es el Hospital Universitario del Valle "Evaristo García" de un hecho que ocurrió en el año de 1990 y que sin colocarse en el tiempo, modo y lugar para aquella fecha del estado presupuestal de éste establecimiento se decida sin tener al alcance de ciertas circunstancias que se vivían para aquel entonces, por ejemplo, podía ser falta de monitores, pero sería que por capricho del Director en aquella época no se compraron?. No, hay que adentrarse reitero, en las circunstancias que viven los Establecimientos públicos que brindan salud, que hasta el día de hoy diciembre de 1994, tienen que declararse en emergencia porque no pueden cumplir con la demanda existente."* Más adelante agrega que: *"El niño CESAR JA VIER BOLAÑOS sufrió un daño, es cierto, pero no se puede afirmar en forma contundente que su cuadro de afección se originó por falta de monitor, o que éste cuadro se podía detener con éste elemento, estaríamos rallando en la subjetividad de éste hecho..."* Concluye finalmente la demandada en su escrito de apelación que ante la carencia de recursos económicos de los hospitales del país cabe situar la responsabilidad en el Estado, Ministerio de Salud y no en el establecimiento hospitalario, pues, afirma, es el Estado quien destina

los recursos desconociendo las necesidades de sectores que como el de salud, educación y justicia, "han sido las cenicientas de éste país".

Por su parte la actora al sustentar su apelación, solicita la confirmación del numeral primero de la sentencia, que declara la responsabilidad patrimonial del ente demandado, la modificación del numeral segundo en cuanto atañe al nombre del menor que es César Javier Bolaños Campo y no Campo Cometa, y la modificación del numeral cuarto que niega las demás peticiones de la demanda puesto que no se reconoce la indemnización por concepto de perjuicios materiales solicitada.

Explica el demandante las razones por las cuales debe mantenerse la declaración de responsabilidad del Hospital demandado, toda vez que, afirma, se probaron suficientemente los supuestos de hecho que permiten la apariencia de la presunción de la falla del servicio médico, esto es la prestación del servicio y la causación del daño. Afirma en este sentido que: *"se presume que el servicio de cirugía y anestesia del Hospital Universitario del Valle "Evaristo García" funcionó en forma inadecuada e irregular; que ese funcionamiento causó lesiones irreversibles al menor Cesar Javier Bótanos Campo y produjo perjuicios a él y sus padres."* Argumenta además que no obra en el expediente prueba alguna para entender que el lesionado recibió una atención médica esmerada, pues, afirma: *"No hay que olvidar que la entidad pública demandada no contestó la demanda"*.

Respecto de los perjuicios materiales reclamados en la demanda, la actora al reiterar tal petición manifiesta que: *"si bien dentro del expediente no hay prueba alguna del daño emergente, no quiere decir que al menor Cesar Javier le hayan dejado de administrar el medicamento que requiere para evitar que convulsione ni que su padre se haya despreocupado por la rehabilitación de él. Lo que sucede es que la droga que toma el menor de manera indefinida es comprada al por menor y en droguerías que muchas veces no dan factura."* En cuanto al lucro cesante,

argumenta que el Consejo de Estado se ha manifestado en favor de su reconocimiento para los menores de edad, que han resultado con una incapacidad permanente como consecuencia de las lesiones sufridas por una falla del servicio. Al efecto cita apartes de la sentencia del 22 de noviembre de 1991, Sección Tercera, expediente número 6483, MP: Daniel Suárez Hernández.

II CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala la sentencia apelada deberá confirmarse, respecto a la declaración de responsabilidad administrativa de la entidad demandada pues se ajusta a la jurisprudencia que sobre la falla en el servicio médico se ha venido aplicando y al reconocimiento de los perjuicios morales a favor de los demandantes. Se modificará en algunos puntos materia de apelación, como se explica más adelante.

En efecto, de acuerdo con el acopio de pruebas que obran en el expediente en síntesis se encuentra probado que:

1º.- El menor CARLOS JAVIER BOLAÑOS CAMPO fue atendido en el Hospital Universitario del Valle "Evaristo García" el día 23 de julio de 1.989, debido a un intenso dolor de cabeza y enrojecimiento del ojo izquierdo ocasionado por una pedrada recibida cuando jugaba con otros niños (FL. 111 C No. 2).

2º.- Que a consecuencia del trauma recibido, sufrió hemorragia interna en el ojo, por lo que después de varios días de tratamiento, los oftalmólogos que lo atendieron en dicho centro hospitalario consideraron necesario efectuarle una intervención quirúrgica denominada vitrectomía, la cual se efectuó el 18 de septiembre de 1.989 con carácter ambulatorio.

3°.- Como quiera que no recobraba la agudeza visual, al ser examinado nuevamente por la oftalmólogo Dra. María Del Pilar Echeverri y detectar catarata, estimó necesario practicarle una segunda intervención quirúrgica - facoaspiración - la cual quedó programada para el 8 de octubre de 1.990 con el fin de colocarle un lente intraocular (Fls. 6 y 7 C. No. 3).

4°.- Dicha operación se llevó a cabo en la fecha estipulada, en la que actuó como cirujano la doctora MARÍA DEL PILAR Echeverri de CASTRO con la ayuda del doctor JOSÉ BUSTAMANTE ARBELAEZ y como anestesiólogo el doctor GUSTAVO LÓPEZ R..

5°.- Que durante la intervención y concretamente a causa de la anestesia recibida, el menor CESAR JAVIER BOLAÑOS sufrió paro cardiorrespiratorio que lo condujo a estado de coma superficial. (Fls. 25 - 94 Historia Clínica No. 98 18 12 C. No. 2)

6°.- Que el menor CESAR BOLAÑOS, antes de ingresar al Hospital para la última intervención quirúrgica, gozaba de buena salud y que su desarrollo físico, motriz e intelectual eran normales y acorde con su edad (Fl. 12 C No. 3).

7°.- A consecuencia de la intervención, el menor sufrió lesión de tipo cerebral y retardo psico - motor que lo hicieron permanecer en el hospital durante quince meses y actualmente se haya matriculado en el Instituto de Ayuda al Lisiado " Julio H Calonge". (Fl. 21 C No. 3).

En el caso sub-examen está probado a cabalidad que el menor CESAR JAVIER BOLAÑOS CAMPO, antes de ingresar al Hospital Departamental del Valle "Evaristo Porras", gozaba de buena salud y que su desarrollo psico - motriz se daba en condiciones normales, así consta en el documento que obra a folio 12 expedido en el Puesto de Salud "Mariano Ramos " de la Secretaría de Salud

Pública de Cali con fecha septiembre 30 de 1.992, en el que textualmente se hace constar : "El niño Cesar Javier Bol años... quien inició controles de crecimiento y desarrollo a la edad de 3 meses fecha marzo 11/85 hasta la edad de 60 meses ... no presentó ningún tipo de trastorno psico - motor, ni retardo físico durante este tiempo... ". Igual lo expresan los testimonios que fueron recibidos en el Despacho de la Magistrado Ponente que obran a folios 83 a 103 del Cuaderno No. 3. Esto mismo se infiere de los folios 13 a 19 en los que constan los pagos de la pensión efectuados por su madre al Hogar Infantil Rin Rin Renacuajo donde el niño recibía normalmente la educación pre - escolar.

Es incuestionable para la Sala que como consecuencia de la intervención quirúrgica practicada al menor CESAR JAVIER BOIAÑOS CAMPO en el Hospital Universitario del Valle "Evaristo García" el niño sufrió un daño irremediable en su salud y consecuentemente en su desarrollo psico físico. Cada uno de los testimonios aportados al proceso así lo indican, como son entre otros el de la señora GREGORIA RAFAELA JORDÁN quien manifestó : "Yo recuerdo que el niño tenía cuatro años y medio y estaba jugando afuera con unos compañeritos, uno de ellos le tiró una piedra que le cayó en el ojo izquierdo... entonces tocó llevarlo al Hospital Departamental, hacia el año de 1.989 le hicieron la primera operación y después le hicieron la otra operación... observé que el niño a raíz de esta última operación quedó muy Mal, como retardado mental, no caminaba bien, no tenía buen movimiento de sus brazos...Me contó la mamá que los médicos que atendieron al niño le habían dicho... que le habían aplicado mucha anestesia y por eso le dio un paro cardíaco... "(Fls.89 a 91 C. No. 3). EMILIA GÓMEZ ARCOS dijo: "El niño tenía cuatro años y medio, estaba jugando con unos niños en la calle, uno de los niños le pegó una pedrada en el ojo izquierdo...fue cuando se lo llevaron al médico y de allí para acá el niño estuvo siempre muy mal pues lo tuvieron que volver a llevar al médico... cuando le hicieron la última operación, de ahí para acá el niño quedó inmóvil, incognoscible (sic) no se daba cuenta ni quien era la mamá. Así estuvo durante unos quince meses internado en el Hospital Departamental del

Valle, ...le hacían ejercicios, lo tenían que amarrar pues estaba muy tullido, como inválido, desde ahí para acá viene en terapia, está estudiando, le vienen enseñando lenguaje, le hacen ejercicios para la movención (sic) de los brazos y piernas... "(Fls. 95 a 97 C. No. 3). JOSÉ ISRAEL RÍOS MUÑOZ relata. "El niño era muy normal, muy alentado, ... trajeron al niño al Hospital Carmona, como no lo atendieron lo llevaron al Hospital Departamental del Valle y de allí fue donde salió como quedó completamente inválido, tanto que la pobre madre tuvo que dejar de trabajar para atender el niño... El niño duró cerca de un año recluido en el Hospital... "(Fls. 86 a 88 C.No. 3).

De otro lado en el dictamen Médico Legal (Fls. 105 a 108 C. No. 2) se lee textualmente: "...Actualmente no puede vestirse solo o comer solo...se aprecia espasticidad de miembros superiores y posiciones anormales de las manos en reposo; marcha atásica con imposibilidad para la marcha en puntas o talones;...responde incoherentemente a preguntas sencillas, no realiza operaciones simples, no reconoce letras o números, desorientado en tiempo, lugar y persona... El paciente sufrió una escefalopatía hipoxica secundaria a

Paro cardiorespiratorio en el transcurso de la anestesia en intervención quirúrgica de focoaspiración que es la indicada para una catarata traumática, que según historia clínica presentó posterior a trauma contuso en ojo izquierdo. Presenta un 100% de incapacidad permanente... "

Para la Sala es clara la existencia de una falla en el servicio médico prestado al menor CESAR JAVIER BOLAÑOS CAMPO durante el procedimiento quirúrgico a que fue sometido.

De una parte, encuentra probado que el profesional encargado de suministrar la anestesia al menor no había adquirido el título de especialista en esa rama de la medicina, dado que hasta ese momento sólo cursaba el primer año de tal especialidad, según se puede apreciar de la información suministrada por la

Universidad del Valle en oficio de marzo 25 de 1.993, folio 2 C. No. 2. Por la otra, es evidente la carencia de equipos necesarios para el control de los pacientes sometidos a intervenciones quirúrgicas, como es el hecho de no contar el Hospital Universitario del Valle "Evaristo García " con los monitores suficientes, para las 12 salas de cirugía.

Por ello comparte la Sala las apreciaciones hechas por el a-quo cuando expresa: *"En realidad de los informes médicos que fueron arrimados al plenario no se advierte que hubiera existido alguna desproporción o exceso en la anestesia... Sin embargo el hecho se produjo, aunque sin causa explicable desde el punto de vista médico científico... era posible de detección anticipada si se hubiera tenido acceso a los servicios de monitoreo que usualmente se utilizan en el centro hospitalario.."*. Esto fue lo que dedujo el Tribunal, teniendo como Sustento la prueba trasladada, de la investigación disciplinaria adelantada en este caso por la Procuraduría General de la Nación.

En dicho expediente, la misma profesional que intervino al niño, Dra. María Del Pilar Echeverri de Castro al ser preguntada sobre el monitoreo practicado al paciente indicó: "El monitoreo que se le hizo a este paciente fue de carácter clínico... cuando se presentó el paro la Jefe de Sala de Cirugía trajo un monitor cardíaco... "

Así mismo del testimonio rendido por LUCILA LÓPEZ RENDON de profesión enfermera y quien se desempeñaba como Coordinadora de la Sala de Operaciones, también se aprecian las limitaciones, negligencia y falta de precaución en la atención prestada al niño CESAR JA VJER BOIÑOS. Sobre los equipos de monitoreo existentes en dicho hospital declaró: *"En el servicio de Salas de Cirugía para esa fecha se contaba con 4 monitores cardíacos, no contábamos con ningún otro tipo de equipos para los distintos monitoreos que se deben adelantar, es de anotar que las salas de cirugía funcionando eran 12... es*

notorio el desfase entre el número de salas que funcionan de manera simultánea y la disponibilidad de ejercerles monitoreo paraclínico con los equipos requeridos a todos y cada uno de los pacientes que se intervienen, la distribución de los equipos de monitoreo en las diferentes salas es variable y se hace teniendo en cuenta el riesgo que presenta el paciente ... "

Las circunstancias anteriormente relacionadas, es decir, que la anestesia la hubiera suministrado apenas un alumno de la especialización y no un especialista; que sin ser de emergencia la intervención bien hubiera podido programarse con miras a disponer del equipo de monitoreo, y no se tomó tal Precaución; consecuentemente no se contó oportunamente con dicho equipo; que no se hubiera sometido al paciente a los exámenes prequirúrgicos correspondientes teniendo en cuenta su corta edad, son omisiones suficientes para concluir que fue deficientemente prestado el servicio de atención médica al niño BOLAÑOS CAMPO por parte del ente demandado, de donde resulta lógico y jurídico deducirle responsabilidad patrimonial por las graves lesiones inferidas al aludido menor. Consecuencialmente deberán indemnizarse los perjuicios de orden moral y material ocasionados a los demandantes.

Respecto a los perjuicios materiales, considera la Sala que estos deben ser reconocidos al menor lesionado, ya que jurisprudencialmente esta Corporación así lo ha sostenido en casos similares al examinado, entre los cuales se recuerda la Sentencia del 22 de noviembre de 1.992, con ponencia de quien proyecta este fallo, Actor : Tulio E. Sánchez Nieva y otro en la que se consideró : "Los daños que la accidentada sufrió física y psicológicamente fueron tan graves que su incapacidad laboral presente y futura es cierta y absoluta. En tales condiciones si como se ha previsto, a los 18 años de edad, los hijos se consideran en capacidad de proveer a sus propias necesidades, sin el auxilio económico de sus progenitores, resulta evidente que la víctima, por razón de sus lesiones se

encuentra imposibilitada para desempeñarse laboralmente, de donde surge el derecho a su indemnización... "

En este orden de ideas los perjuicios materiales reclamados en la demanda, se reconocerán en favor del lesionado. Para liquidarlos se tomará en cuenta la presunción de que al llegar a la mayoría de edad las personas puedan desarrollar actividades laborales que les permiten vivir en forma independiente.

El monto indemnizatorio se calculará desde el 6 de diciembre del año 2.002 fecha de su mayoría de edad, hasta el cumplimiento del término de su vida probable, o sea un período indemnizatorio de 636 meses. Se toma como base económica el valor del salario mínimo legal que regía a la ocurrencia de los hechos (\$ 41.025.00) y se actualiza con los índices de precios al consumidor vigente en octubre de 1.990 (159.07) y agosto de 1.996 (556.50), aplicando la fórmula:

$$VP = Vh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}} ; Vp = 41.025 \frac{556.501}{559.07} = \$143.524.31$$

La indemnización futura que le corresponde al lesionado se liquida con la siguiente fórmula:

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

$$S = 143.524.31 \frac{(1 + 0.004867)^{636} - 1}{0.004867 (1 + 0.004867)^{636}} = 28.144.641.31$$

Valor de la indemnización: \$28. 144. 641. 31.

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

F A L L A:

1º.- CONFÍRMANSE los ordinales PRIMERO, TERCERO, QUINTO y SEXTO de la sentencia apelada, esto es la proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca el 23 de septiembre de 1.994.

2º.- MODIFÍCANSE los ordinales SEGUNDO y CUARTO de la sentencia recurrida, los cuales quedan así:

SEGUNDO : Como consecuencia de lo anterior, condénase al HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE "EVARISTO GARCÍA " a pagar por concepto de perjuicios morales a JAVIER BOLAÑOS CAMPO y NORALBA CAMPO COMETA padres del lesionado, y a CESAR JAVIER BOLAÑOS CAMPO lesionado o a quien sus intereses represente, el equivalente en pesos colombianos a MIL (1.000) gramos de oro fino para cada uno .

CUARTO: CONDENASE al HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE "EVARISTO GARCÍA " a pagar por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante al lesionado CESAR JAVIER BOLAÑOS CAMPO, la suma de VEINTIOCHO MILLONES CIENTO CUARENTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y UN PESOS con 31/100 (\$ 28.144.641.31)

El Banco de la república certificará sobre el precio interno del oro a la fecha de ejecutoria de esta providencia.

3°.- Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes con las precisiones del artículo 115 del C.P.C. y con observancia de lo preceptuado en el art. 37 del Decreto 359 del 22 de febrero de 1.995. Las copias destinadas a la parte actora, serán entregadas a su apoderado judicial que ha venido actuando.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Esta sentencia fue estudiada y aprobada por la sala en sesión de fecha veintiséis (26) de Septiembre de mil novecientos noventa y seis (1996).

JESÚS MARÍA CARRILLO B.
Presidente de la Sala

DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ

JUAN DE DIOS MONTES H.

CARLOS BETANCUR JARAMILLO

LOLA ELISA BENVIDES LÓPEZ
SECRETARIA

Anexo G. Pie de página No. 18**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
-SECCIÓN TERCERA-****CONSEJERO PONENTE: CALOR BETANCUR JARAMILLO**

Santafé de Bogotá, D.C., Noviembre diez (10) de mil novecientos noventa y siete (1997).

REF: EXPEDIENTE No. 12.125 – INDEMNIZATORIO**ACTOR: LILIANA LÓPEZ BETANCUR****DEMANDADA: HOSPITAL MILITAR CENTRAL**

Procede la sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el tribunal administrativo de Cundinamarca el 28 de marzo de 1996, mediante la cual se rechazaron las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

1.- El presente proceso tuvo origen en la demanda formulada el 19 de octubre de 1993 por LILIANA LÓPEZ BETANCOURT contra el Hospital Militar Central, con el objeto de que fuera declarado patrimonialmente responsable de las lesiones sufridas como consecuencia de la cirugía que le fue practicada el 28 de octubre de 1991, para corregir una luxación recidivante de su hombro derecho

a) Que la demandante se encontraba vinculada a la entidad demandada mediante contrato de prestación de servicios que le daba derecho a servicio médico; que no obstante lo anterior, fue tratada por una dolencia que presentaba en su hombro derecho, el cual, de acuerdo con el estudio radiológico que se le hizo y con el diagnóstico del médico ortopedista, presentaba una luxación, razón por la cual le fue, en principio, simplemente inmovilizado.

b) Que al persistir dicha situación después de varias evaluaciones, los médicos determinaron la necesidad de hacerle una cirugía correctiva, la cual le fue practicada el 28 de octubre de 1991.

c) Que en los dos primeros días que siguieron a la intervención la paciente presentó un cuadro evolutivo normal, pero luego comenzó a sentir un dolor excesivo en el cuello y vértigo, el cual de acuerdo con la historia clínica, era debido a "neuritis post-quirúrgica" (fl. 4 cdno 2).

d) Que en el servicio de neurología se diagnosticó que el dolor era atribuido a problemas de articulación del hombro derecho; y en la Clínica del Dolor, que es parte del hospital demandado, se determinó a través de una gammagrafía que la disfunción "pudo haber sido originada en la cirugía" (fl. 5 cdno 2).

e) Que la paciente fue sometida a fisioterapia, hasta que se le suspendió el servicio por el hospital demandado; debiendo acudir al Hospital San Juan de Dios, en donde fue intervenida por el servicio de neurología "*por distrofia simpática refleja del miembro superior derecho, cervicotomía simpatectomía, resección de ganglio estrellado, segmentos t1 y t2 derecho*" (fl. 5 cdno 2); y dicha disfunción fue causada a mi representada a raíz del manejo médico - hospitalario que se le proporcionó al momento de la intervención en el Hospital Militar Central para corregir la luxación anterior del hombro derecho", (fl. 5 cdno 2).

f) Que *"la demandante ha perdido la funcionalidad en la mano derecha y padeciendo de vértigo - inestabilidad, aunque con ocurrencia intermitente permanentes, que le impiden trabajar como arquitecta residente de obra, por el peligro que implica el escalamiento de andamios y manejo de alturas y vacíos en caso de mareos"* (fl. 6 cdno 2).

2.- La entidad demandada dio contestación a la demanda (fl. 41). Aceptó los hechos relativos tanto al tratamiento de la paciente como a sus consecuencias. Expresó que dicho tratamiento se cumplió diligentemente y que la sintomatología presentada con posterioridad al mismo no se debió a *"negligencia, descuido o error, sino que se trató de una "patología que puede desencadenarse por cualquier estímulo, de cualquier índole e intensidad, sin estar relacionado con la intervención quirúrgica en forma directa, o con el procedimiento anestésico practicado, pues de acuerdo a los estudios altamente especializados no se encontró daño de las fibras nerviosas"* (fl. 42 cdno 5).

3.- El tribunal en la sentencia de primera instancia concluyó que no podía imputarse responsabilidad a la demandada, en la medida en que ésta había demostrado diligencia en la atención de la paciente y las consecuencias dañosas que Presentaba no podían atribuirse a la intervención quirúrgica que se la había practicado por cuenta de la demandada.

4- En su recurso de apelación el demandante señaló que, de acuerdo con las pruebas, estaba acreditado que en la intervención quirúrgica de la demandante la anestesia se le colocó indebidamente y que fue esta falla médica la que le causó los perjuicios.

5.- El agente del Ministerio público solicitó la confirmación de la sentencia apelada, por considerar que no estaba acreditado el vínculo de causalidad entre el

daño sufrido por la demandante y la actividad médica desarrollada por el hospital, la cual, en su concepto, se había desarrollado diligentemente.

Para resolver, SE CONSIDERA

La sentencia de primera instancia será revocada y en su lugar se declarará la responsabilidad de la entidad demandada por las lesiones sufridas por la demandante.

1.- LA RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD DEMANDADA

1.- Del acervo probatorio se infiere que efectivamente la actora sufrió un daño como consecuencia de la intervención quirúrgica que le fue practicada por la entidad demandada.

El daño sufrido aparece demostrado con el dictamen rendido por medicina legal (fl. 81 cdno 2), que no fue objetado por las partes, y según el cual la actora sufre actualmente una invalidez del 75%.

El hecho de que dicha situación haya sido producto de la intervención quirúrgica que le fue practicada en el Hospital Militar, se deduce de la historia clínica (fl. 62 cdno 2), en la cual se refiere que la paciente empezó a presentar dolores en su cuello, vértigo y problemas para girar su cabeza al lado derecho, cuando todavía se encontraba en la entidad hospitalaria en el postoperatorio y con la declaración del propio médico que realizó la intervención, quien también hace referencia a dichos síntomas y a los problemas que con posterioridad presentó la paciente, que se denominan médicamente como una distrofia simpática refleja (fl. 72 cdno 2).

2.- Los anteriores elementos de prueba son suficientes para que la sala dé por demostrada la relación de causalidad entre el daño y la intervención médica

adelantada por la entidad pública, pues ellos evidencian que las lesiones sufridas por la actora aparecieron inmediatamente después de dicha intervención.

La prueba de la relación de causalidad, que en estos eventos se exige de la parte actora, tal como lo ha venido sosteniendo la sala, es una prueba elemental de la cual puede deducirse, en principio, que el daño cuya reparación se reclama es consecuencia de la intervención o tratamiento que recibió la víctima, sin que sea menester acreditar la causa específica del daño; en esos términos, dicha prueba es suficiente para que opere la presunción de falla que favorece probatoriamente a la víctima.

Sobre este punto, la sala en sentencia del 3 de febrero de 1995 (exp. 9142, actor Virginio Duran Rizo, ponente: Carlos Betancur Jaramillo), dijo:

"No es necesario sin embargo exagerar la importancia de la prueba impuesta a la víctima (la de la relación de causalidad)... no puede exigirse, en un primer tiempo, de la víctima, sino una prueba bastante elemental, suficiente para invertir la carga de la prueba, pero que deja ampliamente lugar al demandado, de demostrar que en realidad el vínculo de causalidad exigido para la obtención de la reparación no es el adecuado. Así sucede en todos los casos en los cuales en materia de responsabilidad del hecho de las cosas, la víctima puede contentarse con demostrar que la cosa intervino en la realización del perjuicio, sin tener que demostrar, que en dicho evento ella tuvo un papel activo." (Droit Civil des obligations Weill Terré P. 836)

"Ocurre según vimos, que el médico como deudor de la prestación asistencial es quien debe demostrar, ante el incumplimiento y el daño, que se presumen de origen culposo, la causalidad fortuita o causal; o sea que el daño en la salud - que es el resultado opuesto o contrario al prometido - le es ajeno, como imprevisible derivación del hecho médico."

"Ello significa, en buen romance, establecer en favor de la víctima una presunción de causalidad adecuada. Dicha presunción debe ser destruida por el médico con la prueba de la causalidad fortuita." (Jorge Mosset Iturraspe, Responsabilidad civil del médico, página 260)

3.- Acreditado lo anterior, surgía entonces para la entidad hospitalaria la carga de demostrar su obrar diligente en la atención a la paciente; o, lo que es lo mismo, el cumplimiento de su obligación de medios, para desvirtuar la presunción de Falla que surge de la prueba de que la víctima sufrió un daño como consecuencia de la intervención médica.

Y a juicio de la sala, la demandada no cumplió adecuadamente con dicha carga, pues las pruebas allegadas al expediente no permiten deducir que efectivamente ella cumplió diligentemente en este caso con la obligación que a ella incumbía.

Dicha carga no se cumplió especialmente en lo relativo a la aplicación de la anestesia, punto que era de importancia en el presente evento, toda vez que las molestias que sufrió la paciente fueron asociadas, desde el postoperatorio, a la aplicación de la anestesia.

En efecto:

a) En el resumen de la historia clínica se señala que "desde el P.O.P presentó crisis de vértigo subjetivo con parestesia de MS derecho asociado al bloqueo regional anestésico fallido que mejoró con reposo. Se decide dar salida con vendaje inmovilizador de MS control y cita por ORL para control del vértigo" (fl. 57 cdno 2).

b) En los resultados de la gamagrafía que le fue practicada a la paciente, se indica:

"Hipercaptación a nivel de articulación del hombro derecho que puede ser debida al antecedente quirúrgico de esta Paciente. Por lo demás la gama grafía ósea es normal" (fl. 53 cdno 2).

c) En la declaración del médico que intervino a la paciente por, se indica:

"Las lesiones que ella refiere o que este problema le comenzó después de una cirugía del hombro derecho por una luxación recidivante, la cual le fue inicialmente manejada con bloqueos regionales" (fl. 122 cdno 2).

d) Y en la declaración del propio médico que practicó la primera (fl. 69 y ss.), se señala sobre el punto:

"...la llevé a cirugía, se le dio inicialmente una anestesia regional la cual no tuvo el resultado esperado, el anestésico no actúa por lo cual se le dio una anestesia general,...

"...puesto que presentaba un cuadro de vértigo periférico, fue valorada por tal servicio quienes interpretan como una neuritis post anestésica...

"...la distrofia simpática refleja es una patología que se presenta por múltiples causas, puede desencadenarla traumas menores, mayores, infecciones, subreusos y causas no establecidas o fenómenos idiopáticos...

"...Presentó un episodio de excitación al aplicársele tal anestesia y se valoró y como todavía presentaba sensibilidad por lo que el anesthesiólogo decidió hacer anestesia general...

".. .la determinación de realizar el tipo de anestesia lo hace el anesthesiólogo y al ver que no hubo bloqueo parcial o sea anestesia general y como la paciente presentó un fondo de excitación por su fondo psicológico en razón de ello se decidió anestesia general, el procedimiento es ese pero quien toma la decisión es el anesthesiólogo...

"...Cuando uno hace un bloqueo, es decir el médico anesthesiólogo en este caso para bloquear la fibra nerviosa requiere la localización de esa fibra eso se hace con la punción de una aguja con lo que se produce la estimulación de la fibra nerviosa lo que desencadena un corrientoso, este signo clínico hace o localiza el nervio y nos indica que estamos en el área donde debemos inyectar el anestésico local, ocasionalmente este estímulo puede desencadenar una parestesia postoperatoria..."

4.- Las pruebas anteriores no permiten a la sala tener la certeza de que la entidad demandada efectivamente cumplió a cabalidad con la obligación que a ella le incumbía en el tratamiento de la paciente, como se señaló anteriormente, especialmente en el punto de la aplicación de la anestesia.

Las manifestaciones hechas por el médico que realizó la intervención quirúrgica acerca de que a la paciente "se le realizaron todos los exámenes prequirúrgicos y los estudios preanestésicos", carecen de respaldo en la historia clínica; y, en general, todo lo relativo a la anestesia carece de una explicación adecuada o técnica que permita concluir no sólo que en este aspecto se obró con la diligencia debida, sino determinar que dicho procedimiento no fué el que causó los daños cuya reparación se reclama.

2.- Los perjuicios

1.- Como perjuicios morales se decretarán en favor de la demandante 700 gramos oro.

2.- Por perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente no se decretará ninguna suma de dinero, en la medida en que no aparecen acreditados los gastos que realizó la demandante.

El lucro cesante, que está representado en la incapacidad laboral de la demandante, determinada en el 75%, tal como se dijo anteriormente, se calculará teniendo en cuenta el lapso de vida probable de la demandante desde el momento de la intervención quirúrgica; y se liquidará con base en el salario mínimo vigente a dicha época, ya que no obra en el proceso ninguna prueba acerca de los ingresos mensuales que recibía la víctima. El salario mínimo para el año de 1991 era de \$65.190.00 de acuerdo con el decreto 2867 de dicho año, y toda vez que la condena se hará por el 75%, la renta mensual base será de \$48.892.50.

Para el momento en que la paciente fue intervenida (28 de octubre de 1991) contaba con 29 años y cinco meses (fl. 12 cdno 1); le quedaba entonces como vida probable 566.4 meses de acuerdo con la Tabla Colombiana de Mortalidad aprobada por la resolución 497 de 1997 de la Superintendencia Bancaria. De

dicho periodo se liquidarán seis años (72) meses como indemnización debida, que corresponden al tiempo transcurrido entre el hecho dañoso y la presente sentencia. El resto, o sea 494,4 meses, se liquidarán como indemnización futura.

Actualización de la renta mensual:

$$V_p = V_h \frac{\text{Índice Final (octubre/97)}}{\text{Índice Inicial (octubre/91)}}$$

$$V_p = \$ 48.892.50 \frac{665.02}{205.59} = \$158.152.00$$

Debida:

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

$$S = 158.152.00 \frac{(1 + 0.004867)^{72} - 1}{0.004867} = \$13'597.860.00$$

Futura:

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

$$S = 158.152.00 \frac{(1 + 0.004867)^{494.4} - 1}{0.004867 (1 + 0.004867)^{494.4}}$$

$$S = 158.152.00 \frac{10.027676}{0.053671}$$

$$S = \$158.152 \times 186.836019 = \$29'548.490.00$$

RECAPITULACIÓN

Indemnización debida: \$13'597.860.00

Indemnización futura: \$29'548.490.00

TOTAL: \$43'146.350.00

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

F A L L A:

REVÓCASE la sentencia proferida por el tribunal administrativo de Cundinamarca el 28 de marzo de 1996, en su lugar se dispone:

1- DECLÁRASE a la entidad demandada, HOSPITAL MILITAR CENTRAL, patrimonialmente responsable de las lesiones sufridas por la demandante, LILIANA LÓPEZ BETANCOURT, identificada con la cédula de ciudadanía # 51.621205 de Bogotá, como consecuencia de la cirugía que le fue practicada el 28 de octubre de 1991 por la entidad demandada, para corregir una luxación recidivante de su hombro derecho.

2.- Como consecuencia de lo anterior, CONDÉNESE a la citada entidad a pagar a la demandante la suma de CUARENTA Y TRES MILLONES CIENTO CUARENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS CINCUENTA PESOS (\$43'146.350.00) como perjuicios materiales. Y la suma equivalente a SETECIENTOS (700) gramos de oro, como perjuicios morales.

El valor del gramo oro será el que certifique el Banco de la República para la fecha de ejecutoria de la presente providencia.

Las sumas a que se refieren las condenas decretadas en esta sentencia, devengarán intereses comerciales dentro de los seis (6) meses siguientes a su ejecutoria y moratorios de ahí en adelante (art 177 c.c.a.).

Para el cumplimiento de esta sentencia, EXPÍDANSE copias con destino a las partes con las precisiones del art 115 del código de procedimiento civil y con observancia de lo preceptuado en el art 37 del decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.

CARLOS BETANCUR JARAMILLO
Presidente de la Sala

JESÚS MARÍA CARRILLO BALLESTEROS

RICARDO HOYOS DUQUE

JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ

CARLOS ALBERTO CORRALES MUÑOZ
Secretario

Anexo H. Pie de página 55**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA**

Santafé de Bogotá, D.C., Octubre treinta y uno (31) de mil novecientos noventa y uno (1991).-

CONSEJERO PONENTE: Dr. JULIO CÉSAR URIBE ACOSTA

Ref: Expediente No. 6515

ACTOR: FABIO RUÍZ OSPINA Y OTROS

**DEMANDADO: LA NACIÓN-MINISTERIO DE OBRAS
PÚBLICAS-FONDO VIAL NACIONAL.**

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por el procurador judicial de la parte actora, contra sentencia calendada el día tres (3) de Diciembre de mil novecientos noventa y uno (1990), proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, que denegó 1 súplicas de la demanda por las razones que se precisan en el referido proveído:

Para la mejor comprensión jurídica de todas las circunstancias legal general y particulares del caso, se transcribe a continuación lo pertinente del fallo, en el cual se razona dentro del siguiente temperamento:

"Los señores FABIO RUIZ OSPINA y CECILIA DEL ROSARIO GUERRERO CORDC mayores de edad y vecinos de IPIALES. (NARIÑO) y en representación de los menores LUIS FERNANDO y JULIANA RUIZ GUERRERO, por intermedio de apoderado judicial debidamente constituido, impetra de este tribunal, las siguientes o similares declaraciones:

"1.- La NACIÓN (Ministerio de Obras Públicas y Transporte) y el FONDO VIAL NACIONAL, son solidariamente responsables de la totalidad de los daños y perjuicios causados a FABIO RUIZ OSPINA, CECILIA DEL ROSARIO GUERRERO CÓRDOBA y LUIS FERNANDO y JULIANA RUIZ GUERRERO, con las lesiones permanentemente invalidantes (hospitalización, dolores físicos y morales* etc.) sufridos por FABIO RUIZ OSPINA, en accidente de tránsito causado por la caída de una piedra en el kilómetro 21.500, corregimiento SAN JUAN, municipio de EL CONTADERO, departamento de NARIÑO, carretera Panamericana IPIALES-PASTO, «1 día 8 de mayo de 1.988."

"1.1. Condenase a la NACIÓN (Ministerio de Obras Públicas y Transporte) y al FONDO VIAL NACIONAL, a indemnizar a los demandantes A.- FABIO RUIZ OSPINA, CECILIA DEL ROSARIO GUERRERO CÓRDOBA y LUIS FERNANDO y JULIANA RUIZ GUERRERO."

"11.1. Los daños morales.

"Con el equivalente en pesos de la fecha de ejecutoria de la sentencia, de mil gramos de oro-fino, para cada uno, y,"

"11.2. Los perjuicios patrimoniales.

"112.1. Por lo que les cueste el pleito, valor que se demanda como empobrecimiento consecuencial al hecho fu. mental de la demanda, es decir, como un daño resarcible, incluyendo, desde luego, el valor de los honorarios que deben pagarle a los abogados por hacer valer procesalmente sus derechos, fijado el monto, dándole aplicación a los artículos 4o. y 8o. de la ley 153 de 1887 y 164 del C. de. P. Civil."

"B.- Al demandante FABIO RUIZ OSPINA, se le indemnizarán también,

"112.2. Los perjuicios resultantes de la pérdida de la capacidad de trabajo que tenía en la fecha del infortunio, 8 de mayo de 1988, capitalizado su valor desde entonces y pagadero, junto con sus intereses, en pesos de valor constante, el día de la ejecutoria de la sentencia, por cuantía que resulte de las bases demostradas en el curso del proceso:"

"112.3. Los perjuicios fisiológicos, en la cuantía que resulte de las bases demostradas en el curso del proceso, debidamente actualizado su valor en la fecha de ejecutoria de la sentencia."

"112.4. Los perjuicios resultantes de los dolores físicos persistentes, en la cuantía; que resulte de las bases demostradas en el curso del proceso, debidamente reajustado su valor en la fecha de ejecutoria de la sentencia, y,"

"112.5. El perjuicio estético debido a la deformación física permanente de que fue víctima por la maceración de su brazo derecho, en la cuantía que resulte de las bases demostradas en el curso del proceso, debidamente reajustado su valor en la fecha de ejecutoria de la sentencia."

"En subsidio:

"Si no hubiere bases suficientes en el expediente para hacer matemáticamente las cuentas de lo que valen los perjuicios cuya indemnización pretende el demandante FABIO RUIZ OSPINA por los aspectos en listados atrás, de todos o de algunos de ellos, el Tribunal, por razones de equidad, será servido de fijarlos en el equivalente en pesos de la fecha de ejecutoria de la sentencia de cuatro mil gramos de oro, dándole aplicación a los artículos 4o. 6o. y 8o. de la ley 153 de 1887 y 107 del Código Penal."

"2. La NACIÓN y el FONDO VIAL NACIONAL, darán cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del C.C. Administrativo."

"II.- HECHOS Y OMISIONES FUNDAMENTALES DE LA ACCIÓN.

"1.- La NACIÓN es propietaria de la carretera Panamericana, sector PASTO-IPIALES."

"1.2. Cuya conservación, reconstrucción y mejora, es obligación legal que corresponde, a un mis o tiempo, a la NACIÓN (Ministerio de Obras Públicas y Transporte) y el FONDO VIAL NACIONAL."

"2. Como a las 5 de la tarde del 8 de mayo de 1988, en el kilómetro 21.500, corregimiento SAN JUAN, municipio de EL CONTADERO, por la carretera Panamericana, IPIALES-PASTO, una piedra que se desprendió del talud izquierdo de la carretera y penetró por el parabrisas del vehículo personal que conducía, en viaje a PASTO, acompañado de su esposa e hijas, lesionó gravemente al señor FABIO RUIZ OSPINA."

"2.1. Según informe radiológico RUIZ OSPINA sufrió fracturas:"

"21.1 Conminuta en unión de tercio medio e inferior del radio;"

"21.2. Conminuta en unión de tercio medio e inferior de cubito, y,"

"21.3. Con desprendimiento de apófisis estiloides de cubito."

"DEL ANTEBRAZO DERECHO."

"2.2. De milagro no lo mató!

"2.3. RUIZ OSPINA,

"23.1. Fue atendido en la Clínica del ISS de PASTO,"

"23.2. Donde el doctor JOSÉ IGNACIO TORRES HURTADO lo operó.

"23.3. Se le practicó osteosíntesis de cubito y radio derecho, y,

"2.4. Permaneció incapacitado 11 días en la Clínica y 80 días ambulatorio."

"3. El hecho se debió a que:

"3.1. La carretera fue mal construida,

"31.1. Utilizando grandes cantidades de explosivos que cuartieron y desestabilizaron los extractos rocosos abiertos para dar paso a la vía, y,"

"3.2. a falta de mantenimiento adecuado de la misma, pues, nunca, en ningún tiempo, ni la NACIÓN (Ministerio de Obras Públicas y Transportes) ni el FONDO VIAL NACIONAL,

"32.1. se han preocupado por provocar el despegue o derrumbe controlado de las piedras de los taludes. Que amenazan con caer sobre la banca de la carretera."

"4. Agravada, la falla si se tiene en cuenta:

"4.1. que quince días antes, el 21 de abril del mismo año, el desprendimiento de piedras en la misma vía había causado la muerte del conductor de un bus de línea que fue a dar al abismo de la quebrada la HUMEADORA con el río GUAITARA, resultando de más de 30 muertos, y,

"4.2. Que para la conservación, rectificación y mejora de la vía se cobra peaje en el sitio CEBADAL.

"5. FABIO RUIZ OSPINA tiene, actualmente, 46 años, edad a la que corresponden:

"5.1. un número de conmutación igual a 14.52593, y, 5.2 una vida probable de 33.5 años más, de acuerdo con la Tabla de Mortalidad elaborada por el Instituto de Seguros Sociales con fundamento en la experiencia obtenida de sus afiliados durante los años de 1968 a 1974.

"5.3. FABIO RUIZ OSPINA casó con CECILIA DEL ROSARIO GUERRERO CÓRDOBA, y de la unión nacieron y viven:

"53.1. LUIS FERNANDO, y,

"53.1. JULIANA RUIZ GUERRERO, (sic)

"6.- El accidente sufrido por FABIO RUIZ OSPINA,

"A.- Causó a él y a los demás demandantes,

"6.1. Perjuicios morales.

"que se presumen en la persona directamente lesionada, y en los parientes próximos, pues, como se sabe, "LA FAMILIA TIENE POR SU UNIDAD SU PROPIA DETERMINACIÓN QUE LA HACE SENTIR EN SI MISMA EL AMOR" (HEGEL, *Filosofía del Derecho*, Ariel, 42, p. 286)."

"Agravado el duelo en el presente caso en razón:

"61.1. de lo inesperado y repentino del hecho;

"61.2. la compañía de la esposa e hijos del lesionado en el momento del accidente que hicieron que todos vivieran la misma situación de peligro y zozobra y que le vieran los ojos a la muerte;"

"61.3. de lo absurdo del accidente en que resultó gravemente herido;

"61.4. lo irreversible de las lesiones padecidas, y,

"61.6. la deformidad física, con el consiguiente daño estético, resultante de las mismas, (sic)

"6.2. Patrimoniales.

"Como consecuencia de:

"62.1. lo que ven a tener que gastar en el pleito, y, desde luego en los abogados indispensables para hacer valer procesalmente sus derechos, los primeros sobre la base de los que realmente se causen, y, los segundos según el artículo 164 del C. de P. Civil, y,

"B.- al demandante FABIO RUIZ OSPINA, además, como consecuencia:

"62.2. de la pérdida, de por vida, de parte de su capacidad de trabajar

"62.3. de la falta de productividad, de los frutos o intereses, del capital representativo de la indemnización por la pérdida de la capacidad de trabajo, que se le está debiendo, de acuerdo con el artículo 1615 del C. Civil, desde la fecha del infortunio;

"62.4. de la alteración de su fisiología corporal debida a las lesiones de que fue víctima;

"62.5. de los gravísimos dolores físicos que padeció y que aún le atormentan, y, (sic)

"62.6. de la disfiguración corporal o perjuicio estético debido a la maceración de su antebrazo y brazo derecho."

"8. Daños y perjuicios, todos, que frente a la imposibilidad de colocar física y fisiológicamente al demandante en la situación que tenía antes del 8 de mayo de 1988, habrán de compensársele por su equivalencia en dinero, y lo mismo habrá de hacerse con sus afligidos padres, ya edad senecta, e hija apenas empezando el duro camino de crecer frente a su madre impotente de valerse por sí misma aún en sus funciones más elementales."

"A fs. 10 y 11 del proceso, cita los fundamentos de Derecho.

"El juicio se adelantó con oposición de la parte demandada.

"CONCEPTO FISCAL.

"Intervino en el presente negocio, el señor Fiscal Cuarto de la Corporación, quien conceptuó que se profiera sentencia DESFAVORABLE a las pretensiones de la demanda.

"Como no se observan causales de nulidad que invaliden la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes

"CONSIDERACIONES:

"Se encamina la presente acción incoada por el señor Fabio Ruiz Ospina y otros en contra de la Nación Colombiana - Ministerio de Obras Públicas y Fondo Vial Nacional -, a que administrativamente se le declare responsable de los perjuicios sufridos por tales personas, con ocasión de la falta o culpa en la prestación del servicio público de conservación de carreteras, concretamente representados En las lesiones graves padecidas y por razón de haber caído una piedra sobre el vehículo particular que conducía, el día 8 de mayo de 1.988, en el Corregimiento "San Juan" Municipio de Ipiales, Kilómetro 21.500 de la Carretera Panamericana Sur.

"La reiterada jurisprudencia del H. Consejo de Estado, afirma que la responsabilidad extracontractual del Estado "encuentra un respaldo jurídico en las normas de la Constitución Política especialmente, en las que conforman el Título Tercero del dicho estatuto, que trata de los 'Derechos Civiles y Garantías Sociales', constitutivos del objeto fundamental de la organización de la nación como estado de derecho y de sus autoridades como personas del mismo, guardianes de su integridad y ejecutoras de aquéllos ordenamientos tutelares de los derechos y garantías sociales de los ciudadanos, fines justificativos de la organización y funcionamiento del Estado y del sometimiento del

conglomerado humano a sus poderes exorbitantes. Y entre tales normas, la jurisprudencia ha hecho rendir, mediante profundo análisis de su contenido filosófico, jurídico y político todas sus consecuencias a las previsiones contenidas en los Arts. 16, 20, 21, 30, 31, 32, 33, 44, 45 y 51, que aparecen hoy, por reiteradas decisiones de la Corporación como aportes jurídicos principales de la responsabilidad extracontractual de la Administración, lo mismo que sus desarrollos legislativos contenidos en el Código Contencioso Administrativo...." (Sentencia de 28 de octubre de 1.976. Sala de lo Contencioso Sección Tercera. Ponente. Dr. Valencia Arango. Expediente 1482.)

"Precisa el H. Consejo de Estado en tal sentencia y en otras, que para configurarse la responsabilidad extracontractual del Estado y la consiguiente obligación indemnizatoria, se requiere la ocurrencia de tres elementos importantes: una falta o falla del servicio a cargo de la administración, por acción u omisión; un daño o perjuicio, cierto, determinado o determinable, y, una relación de causalidad entre la falla y el daño.

"Y al referirse al Art. 16 de la C.N., que constituye uno de los soportes jurídicos fundamentales de la dicha responsabilidad, en Fallo reciente anotó el Consejo:

"El Artículo 16 de la Constitución Nacional, en su fórmula primigenia, consagra el principio de que 'las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes', principio que sólo puede tener vigencia en un país de leyes, expresión positiva del concepto de estado de derecho.

"Ese principio ha sido elevado, entre nosotros, como en otros pueblos a la misma vocación democrática y jurídica, a la categoría de un axioma y, en contraposición a las teorías transpersonalistas, expresa la concepción humana del hombre, el Estado y el Derecho.

"Esa concepción político filosófica coloca la vida humana en un rango superior dentro de la escala o jerarquía de los valores, de cual son manifestaciones, o sea, expresión de lo que el hombre y de lo que él hace, la sociedad, el Estado y el Derecho, todas instituciones y, en general, la cultura, que aquélla, como primera Libertad, les da origen y sustentación, pues sin ella no podrían esto es, ni hacer subsistir. No puede entonces ser sacrificada a razón del Estado ni a ninguna otra de índole social, ni ndiai, a fortiori corolario de ese principio constitucional, en je concierne a la vida humana, es la prohibición que establece la misma Carta, en su Art. 29, de imponer la pena de muerte, que co es lícita la que consiste en daño corporal..." Sentencia de Marzo de 1.984, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. :e Dr. Vanín Tello. Expediente Nro. 10.768.)

“Los citados conceptos jurisprudenciales, constituyen sin lugar a dudas el marco teórico con base en el cual, debe establecerse el evento sub-judice y de acuerdo a las probanzas obrantes en el proceso, se configura la responsabilidad del Estado. Aunque en principio, porque como puede verse, por la parte demandada propuesto como Excepción de Fondo la de Fuerza Mayor, debiendo el mismo circunscribirse nuestro estudio en primer lugar, a ello.

Retamos anteriormente, que los elementos axiológicos de la Acción planteada se reducen a: la falla en el servicio, el daño y la relación de causalidad entre la falla y el daño.

"Sabemos así mismo, que como causales de exoneración de la responsabilidad administrativa extracontractual que deben acreditarse obviamente, se tiene la intervención o participación de un elemento extraño, la fuerza mayor o caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa de la víctima.

"El caso fortuito o fuerza mayor está contemplado en nuestra legislación por la Ley 95 de 1.890, en su artículo lo., as': "... el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc."

"Es obvio claro está, que los hechos antes enumerados en tal disposición, no son los únicos que constituyen caso fortuito, existiendo razonablemente con otros como es natural y lo deja entender el "etcétera" final de la norma.

"Así, sobre esta figura se ha dicho:

"Al definir la ley como caso fortuito o fuerza mayor el imprevisto a que no es posible resistir, lo imprevisto de que trata esta disposición no significa que el hecho a que se atribuye aquél carácter sea desconocido, sino que, por ser inopinado u ocasional, no se sabe o no puede preverse cuándo ni en qué circunstancia podrá acontecer, y una vez presentado es absolutamente irresistible, como ocurre, verbigracia, con un naufragio en el mar". (Cas. 18 marzo de 1.925. XXXI, 186.)

"Ningún acontecimiento en Si mismo constituye fuerza mayor o caso fortuito liberatorio con respecto a una determinada obligación contractual. La cuestión de la fuerza mayor no es una cuestión de clasificación mecánica de acontecimientos. Cuando de tal fenómeno jurídico se trata, no sólo hay que examinar la naturaleza misma del hecho, sino indagar también sí este reúne, con respecto a la obligación inejecutada, los siguiente caracteres: a.-) No ser imputable al deudor; b.-) no haber concurrido con una culpa de éste, sin la cual no se habría producido el perjuicio inherente al incumplimiento contractual; c.-) ser irresistible, en el sentido de que no haya podido ser impedido y que haya

colocado al deudor dominado por el acontecimiento en la imposibilidad absoluta (no simplemente en la dificultad ni en la imposibilidad 'relativa') de ejecutar la obligación; d.-) haber sido imprevisible, es decir, que no haya sido lo suficientemente probable que el deudor haya debido razonablemente precaverse contra él, aunque por lo demás haya habido con respecto del acontecimiento de que se trate, como lo hay con respecto a toda clase de acontecimientos, una posibilidad vaga de realización." (Cas. 5 de julio de 1.935. XLII, 54.)

"El doctor Arturo Alessandri Rodríguez, dice por su parte en NA obra "De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil, lo siguiente sobre el tema:

""EL CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR.- Se llama caso fortuito o fuerza Mayor el imprevisto a que no es posible resistir, como estas expresiones son sinónimas (2): las diferencias que algunos autores (3) pretenden establecer entre ellas no tienen aplicación en nuestro Derecho.

"El caso fortuito o la fuerza mayor supone, según esto, un acontecimiento Imprevisto e irresistible (4). Ese imprevisto, cuando no hay ninguna razón especial para creer en su realización (5) e irresistible, cuando no es posible evitar sus consecuencias.

"El hecho debe ser imprevisto e irresistible en sí mismo, es decir, que ni el agente ni ninguna otra persona colocada en las mismas circunstancias de tiempo y de lugar habría podido preverlo. Se requiere una imposibilidad absoluta. (1) Una simple dificultad (2) o una imposibilidad relativa, personal del agente (3), no basta; la culpa se aprecia in abstracto. Un hecho que hubiera podido prever y evitar con mayor diligencia o a costas de un mayor esfuerzo o sacrificio no es caso fortuito; un hombre prudente lo habría previsto y evitado. Esto es suficiente para privarlo de ese carácter." (Págs. 599 y 600).

"Además, para que el caso fortuito o la fuerza mayor constituya causí eximente de responsabilidad, es necesario que sea la causa única del daño.

"Veamos entonces, qué se demostró en el proceso sobre los hecho que darían lugar, bien a deducir la responsabilidad invocada, si por el contrario se llegó a demostrar la configuración de alguna causal, que libere de aquélla a la parte demandada.

"Como puede verse y observarse de las afirmaciones de la parte actor una de las imputaciones que se hace al Ministerio de Obras Pública es la referente a que la cantidad de explosivos utilizados en construcción de la carretera Panamericana Sur, provocó la inestabilidad del terreno, principalmente en el llamado "talud" y que lógicamente ello condujo a permanente o frecuente rodamiento de piedra hace la carretera dicha.

Esta afirmación, si bien no puede descartar por completo en cuanto a la utilización de los dichos explosivos no da margen en ningún momento para achacar toda responsabilidad; al Ministerio de Obras Públicas que construyó directamente o por intermedio de otras entidades la carretera a que nos referimos; Pues, si bien se ha demostrado por los varios testimonios recepcionados y aún por la inspección judicial llevada a cabo al probable lugar de los hechos, que allí se encontraban algunas piedras, no puedes afirmar que ellas provengan de la parte alta o talud, en primer lugar, porque ningún elemento de juicio de los recaudados precisa que ellas rodaron de la parte alta de la carretera, menos que el ocurrió en el momento preciso en que por el lugar transitaba pequeño vehículo automotor del demandante. En segundo lugar, porque tampoco se pudo establecer a ciencia cierta, que tales piedras de la misma naturaleza del tan nombrado talud.

"Se conoce además, por la misma Inspección Judicial llevada acá por juez comisionado, así como por las declaraciones recepcionadas a los Ingenieros que hacen el mantenimiento de la vía, que el estaba perfectamente señalizada, aunque por cierto no hayan existido advertencias permanentes sobre la caída de piedra en el lugar, sien además, que los Ingenieros Palacios, Caiza y Mera dan cuenta precisa también de la existencia de barras o defensas metálicas colocar en los sitios de mayor peligro.

"Así mismo, hay base firme, para no creer, que en la posible de piedra haya jugado sólo el descuido o negligencia de los funcionarios del Ministerio de Obras Públicas, porque la verdad el también está establecido que en las partes altas de la car: se encuentran zonas explotadas agrícolamente y que allí como cualquier otro sitio, se dan fenómenos atmosféricos o de e: que fácilmente pueden provocar no sólo la caída de piedra sino de movimientos de tierras de mayor proporción. Pues, es de creer, que la ocurrencia de tales hechos, los funcionarios del Ministerio Obras se encuentran en imposibilidad absoluta para evitar un de provocado por la caída de piedras a la carretera, porque no p pasar por alto que aún en el caso de vigilancia permanente de zonas, en cualquier momento una piedra podría rodar, ya por de los fuertes vientos, ya por acción directa de los cultivos de la tierra, etc., sin que los vigilantes permanentes puedan nada para impedirlo, por lo que también a resultaría exagerado a que todo se debe a no haber colocado avisos sobre el peligro rodamiento de materiales rocosos, con tanta mayor razón si se en cuenta, que en nuestras, vías no existen sitios especiales ofrezcan éstos peligros, sino grandes tramos de carretera c cualquier momento puede caer una piedra y causar muertes o le como las aquí puestas de presente.

"Y es que tampoco podemos pasar inadvertida la preocupación entidad demandada, cuando dispuso que el Ministerio de Obras ce los servicios de Grupos Pre-cooperativos como se conocen el campo, y con el fin de que ejerzan labores de conservación una de las vías de nuestro

departamento, las que comprenden lógicamente las de limpieza de la misma, retiro de obstáculos etc., aunque cierto ellos no vayan a trepar todos los días a los lugares de acceso para en un recorrido largo y penoso ir advirtiendo los peligros que ofrecen los taludes, o quitando las piedras de lo alto del terreno están próximas a caer.

"Todos sabemos ciertamente que problemas como lo que se dice acá el 8 de mayo de 1988, cuando salió lesionado el demandante, provenir de varias causas, por lo que se han tejido varias hipótesis sobre el siniestro, habiendo prácticamente quedado reducidas ya mencionadas y que hacen relación a los fenómenos atmosféricos y a las labores de los campesinos que cultivan tierras altas, siendo además, que no está demostrado que la piedra de que se habla causó las lesiones al señor Ruíz, haya caído del talud contiguo. En primer lugar, porque nadie vio u observó en forma personal y directa tal acontecer, y también, porque ni siquiera se pudo establecer, el sitio o lugar exacto por donde tal piedra o roca pudo caer. Véase los testimonios de Leoncio Isaac Mendoza (Folio 214), Jorge Hernando Paredes (Folios 214 a 216) y Olga Nelly Tarapuez y se verá que ninguno de ellos presencié el accidente y que sólo dan cuenta de los hechos por haber escuchado comentarios posteriores.

"Como se puede ver entonces, si bien es cierto que en el caso de autos quedó evidenciado que el demandante señor Fabio Ruíz Ospina sufrió unas lesiones, no se puede decir que ellas son consecuencia directa de haber soportado el impacto de un cuerpo extraño, posiblemente una piedra, cuando él conducía el vehículo de su propiedad, sitio San Juan y en el día y hora a que hace mención el libelo demandatorio. No es menos evidente así mismo, y en el supuesto de aceptar que la piedra caída del talud de la carretera golpeó al conductor del vehículo que no se allegó al proceso la prueba plena o completa para demostrar la relación de causalidad entre esas lesiones sufridas y la falta de eficiencia, vigilancia y mal control en el sostenimiento y conservación de la Carretera Panamericana Sur, y que permitan hablar de responsabilidad con obligación de indemnizar al actor por haber obedecido a falla en el servicio, exclusivamente a cargo de la Nación (Ministerio de Obras Públicas). Y es que además, ni siquiera se probó el perjuicio económico por la pérdida de su capacidad de trabajo. Vale decir, no se pudo establecer en el proceso de conformidad con la ley que hubo negligencia, desidia, culpa de la administración (Ministerio de 00. PP. Distrito # 14) en el hecho objeto de la controversia que motive a esta Corporación a despachar favorablemente las pretensiones de la demanda, por concurrencia de los elementos esenciales que permitan estructurar responsabilidad estatal en el asunto planteado y que configuran una falla del servicio, ora por acción o bien por omisión en el cumplimiento de su gestión administrativa.

"O en otras palabras no existe por tanto probanza alguna que tipifique una actuación culposa de la entidad de derecho público que figura como

demandada, para que se le condene a resarcir los perjuicios que se 1© reclaman a través de la demanda que dio lugar a este proceso.

"Pues, a esta conclusión se llega por el Tribunal, corno secuela del estudio que se realizó ya de los planteamientos contenidos en la demanda, normas legales infringidas, concepto violatorio expresado frente a los diferentes medios de prueba de que se valieron las partes - testimonios - inspección judicial - documentos etc. - ya por compartir los planteamientos del señor Fiscal Cuarto de la Corporación, que luego insertaremos, con absoluto respaldo para la posición defensiva de los argumentos esgrimidos por la señora apoderada de la parte demandada.

"Y es que, repetimos e insistimos, en que es un verdadero misterio la manera como pudo originarse el accidente del automotor conducido por el ahora demandante, ya que ni siquiera logramos establecer la verdad de la afirmación referente a que el vehículo fue golpeado por una piedra desprendida del talud próximo al Kilómetro 21.500, menos sabemos, de darse por aceptado tal hecho, que en ello hubo falla del servicio. Hay un enigma al respecto y por ello no puede hablarse de responsabilidad que permita cimentar una sentencia de condena como la que invoca la parte demandante. Existen serios indicios de que involuntariamente terceras personas pueden provocar la caída de piedra desde las partes altas de la carretera y de que éstos fenómenos bien pueden ocurrir también por desestabilización de taludes, que constituyen sin lugar a duda "causas imprevisibles" porque no son controlables en forma fácil por el hombre ni por los entes estatales que se encargan de la prestación de servicios. Examínese los resultados que provocan un movimiento de la corteza terrestre, las lluvias fuertes, los vientos, la quema, erosión y se confirmará lo antes aseverado.

"Veamos entonces lo que ha expresado nuestro colaborador fiscal al emitir su concepto de rigor, en lo pertinente:

"... a.-) En el término probatorio, de este proceso, no se demostró por el actor o por su apoderado, de que la caída de piedras al momento en que transitaba el automotor por la carretera Panamericana, obedeció a efectos de explosivos en la construcción de la carretera, o falta de mantenimiento de la misma, que permitieran deducir una responsabilidad extracontractual del Estado.

"Las diligencias que se han practicado en el decurso de esta investigación, son ampliamente informativas de que en el sector Pasto-Ipiales, de la carretera Panamericana, se cumplió con las normas estrictas sobre construcción, afirmación, pavimentación y conservación, sin que se pueda desconocer la seguridad que ofrece la misma para el tránsito vehicular."

"b.-) No obstante las anteriores consideraciones, no puede dejar de observar los peligros que ofrece la misma carretera, por factores

ineludibles, como es la topografía accidentada en los sectores donde ocurrió el accidente, que se agrava por la erosión, por los fuertes vientos, y por las tareas agrícolas de los campesinos de la región, que producen quemas y movimientos de tierras, circunstancias que de todo punto de vista son producidas por factores de la naturaleza y por personas extrañas a la voluntad del Estado, es decir, por casos fortuitos o fuerza mayor, que no pueden ser evitados por la actividad diligente, prudente de las autoridades encargadas del mantenimiento de la carretera."

"Basta darse cuenta de los abismos que ofrece la topografía del Departamento de Nariño y por los cuales cruza la carretera Panamericana, que sería imposible controlar todos los accidentes debidos a factores de la naturaleza, como a conductas humanas, relacionadas con las labores agrícolas, estos nos permite expresar que se estaría ante un caso de fuerza mayor o caso fortuito, que escaparía a la voluntad de la administración, y como consecuencia, la falla del servicio que se pretende demostrar."

"c.-) A folios 247 del cuaderno principal, milita el testimonio del ingeniero EDUARDO CAIZA, quien pone en conocimiento sobre los riesgos existentes en la carretera Panamericana, en los primeros años de construcción, que se han logrado evitar por la pavimentación efectuada por los hermanos Solarte y con la supervisoría del deponente, además anota, que la desestabilización de los taludes obedece a las quemas, por la construcción de zanjas que hacen los campesinos con fines agrícolas, por los fuertes vientos que arrecian en los sectores que atraviesa la carretera, y por fenómenos debidos al movimiento de la capa terrestre, causas éstas que son imposibles de prever y de evitarlas."

"Como se anotó al comienzo de este concepto Fiscal, en el decurso de la etapa probatoria no se estableció que el accidente con el cual se pretende acreditar responsabilidad extracontractual del Estado, se hubiese causado por culpa del Estado o de su Agente, pues basta leer desprevenidamente la prueba testimonial y los conceptos de los ingenieros, que dan cuenta del buen mantenimiento de la carretera y de los costos que esta función demanda, como también de los factores de la naturaleza en los cuales ninguna autoridad por más eficiente estaría en capacidad de controlar."

"d.-) Se ha indicado como factores de desestabilización de los taludes, el tráfico de animales, vientos, temblores de la capa terrestre, quemas, labores agrícolas y demás factores de erosión, como causas esenciales que en determinado momento pueden ocasionar el desprendimiento de piedras en el sector aludido, cuyo control escaparía a la actividad del Estado, y se ubicaría dentro de los conceptos de caso fortuito o fuerza mayor, en el primer lugar, cuando intervienen conductas extrañas a la administración o a factores de la naturaleza, que son los principales,

debido a la topografía accidentada que ofrece las cordilleras en el Departamento de Nariño."

"Estas argumentaciones permiten expresar que en ningún momento se ha demostrado, por parte del actor de la demanda, que el accidente indicado, obedezca a una falla del servicio, pues, únicamente se ha comprobado el daño ocasionado, pero no los demás presupuestos de la responsabilidad extracontractual, que éste se hubiere producido por los Agentes de la administración y que exista una relación de causalidad entre el daño y la falla del servicio."

"Los factores de desestabilización de los taludes obedecen a causas imprevisibles , y que tienen su fundamento en los movimientos de la corteza terrestre, los vientos, lluvias, labores agrícolas, quemas y erosión, fenómenos que no pueden controlarse por la eficiente actividad estatal, y que al producir ciertos resultados, se ubicarían, más técnicamente, dentro del concepto de fuerza mayor, y como consecuencia no podría formularse la responsabilidad extracontractual, por lo tanto, la Fiscalía es de opinión que deben DENEGARSE las pretensiones de la demanda.

"Por otro lado, queremos poner de presente igualmente, que en este caso concreto no se puede tampoco hablar de la configuración del llamado riesgo excepcional. Pues, falla un elemento importante que está traducido como se dijo, en no haberse demostrado ni el perjuicio, ni menos que la caída de piedra fue la causa del accidente sufrido por el actor. Y es que, el llamado riesgo excepcional responsabilidad sin falta tiene operancia, cuando el Estado, en desarrollo de una obra de servicio público utiliza recursos o medios que colocan a los particulares o a sus bienes en situación de quedar expuestos a un riesgo de naturaleza excepcional. Pero aquí, si bien, la carretera Panamericana Sur se construyó sobre terrenos rocosos de los cuales ocasionalmente caen piedras sobre ella, la existencia de la mentada vía, por sí sola no crea un riesgo excepcional para quienes transitan por toda su extensión. Pues, hay riesgo para todos los que circulan por nuestras carreteras pero no excepcional para todos ellos.

"Al Ministerio de 00.PP. (Nación Colombiana) no se le puede atribuir negligencia alguna con relación a la vigilancia y conservación de la vía carretable al sur del departamento y que tiene a su cargo. Varias pruebas que se agregaron a los autos dan cuenta de que tal vía fue construida con todas las especificaciones técnicas de la ingeniería y que la misma siempre es vigilada y conservada. No hubo por lo mismo falla en el servicio, ni se comprobó igualmente que se produjo un daño como el señalado en la demanda, amén de que si se hubiera producido, él no se debió a descuido o error de la administración. La caída de piedra si es que efectivamente ocurrió, se produjo sin que mediara acción u omisión de los miembros del Ministerio de Obras. El accidente en tal caso, máxime podría decirse ocurrió por un hecho de las cosas. Menos

todavía decirse que el caso en estudio corresponde a uno de los eventos que comprende la responsabilidad sin falta. Pues, para aplicar el Art. 16 de la C.N., era menester acreditar que aquí sí ocurrió el perjuicio y que está establecido además, que su causa directa fue la caída de la piedra que se dice se incrustó en el parabrisas del automóvil.

"Como resumen entonces de lo antes expresado, tenemos lo siguiente: El actor pretende como ya se anotó derivar la falla del servicio de la Administración Nacional -Ministerio de Obras Públicas, de la negligencia y omisión de tal ente como obligado directo al mantenimiento y conservación de la Carretera Panamericana Sur. No obstante tal afirmación, se olvidó el actor, de que era su obligación si quería ver prosperar su demanda, cumplir con la carga probatoria correspondiente y para este caso tendiente a acreditar que en verdad, el desprendimiento de la piedra que causó las lesiones al señor Fabio Ruiz Ospina, así como los perjuicios que se afirma sufrió por tal hecho, lo fueron por causa imputable únicamente a los funcionarios de tal dependencia. 0 En otros términos: debió probar y no lo hizo, que el referido deslizamiento de la piedra que causó las mentadas lesiones al actor, ocurrió por falta de mantenimiento de la vía y que además, los perjuicios que puede haber sufrido se debieron a falta de colaboración y ayuda de las autoridades encargadas de velar por la seguridad de las personas.

"Además, no debe pasarse por alto, como bien lo ha sostenido la jurisprudencia nacional, que el sólo hecho de permitir el tránsito automotor y de personas por sitios potencialmente peligrosos, no constituye una falla administrativa generadora de responsabilidad. Pues, únicamente cuando la tolerancia en tal sentido se da en lugares o sitios verdaderamente peligrosos, es cuando se puede predicar responsabilidad estatal, toda vez que, "El Estado no puede en ningún momento permitir que los asociados se sometan con plena seguridad al peligro...".

"Y esto es lo que en grado extremo puede haber sucedido en el caso que nos ocupa, porque como se puede deducir del mismo concepto o estudio realizado por la Universidad nacional y el Ministerio de Obras y que se encuentra agregado al proceso (Folios 117 y ss.), el peligro que ofrece la carretera Pasto-Rumichaca nunca se constituyó en una verdadera realidad sino cuando más, en un mero peligro en potencia, toda vez se repite e insiste, que nadie se atreve a afirmar, que en tal vía a través de los tiempos, se hayan venido presentando deslizamientos mayores y permanentes. Por eso precisamente, nunca por parte de las autoridades de Policía Vial o de Tránsito se ha conocido orden de restricción de tráfico y cierre temporal o definitivo como si ha ocurrido en otros lugares de Colombia.

"Como se puede observar entonces, muy diferente resulta alertar a las personas que con vehículos automotores transitan por nuestras carreteras cuando hay peligros inminentes por amenazas reales de

deslizamientos u otros fenómenos, porque allí sí que de verdad los poderes del estado deben aprovecharse al máximo, aún cerrando vías o construyendo desvíos.; al hecho de estar pendiente de la ocasional caída de una piedra que puede también producir daños materiales a las personas y las cosas. Pues ante el primer supuesto, es decir, frente al peligro inminente, real, permanente, el Estado debe alertar cuando menos a las autoridades policivas para que vigilen e impidan el tránsito vehicular por aquellos lugares. Pero, cuando nos ubicamos en la otra situación, esto es, que el peligro no es cierto o manifiesto sino meramente potencial, creemos no se debe exigir de la administración el uso de esos poderes tan drásticos como los señalados últimamente. Mucho hacen nuestros Estados con abrir o construir vías que se creen seguras y que tiendan a eliminar esos peligros potenciales, porque como se viene afirmando, la actuación ante los peligros sólo surge cuando son verdaderamente reales. Lo ideal ciertamente es que el Estado pudiera prevenir los mínimos riesgos, situación que a nuestro medio no es posible por las múltiples dificultades que ofrece el ejercicio de una vigilancia durante las 24 horas del día, no sólo por la zona carretable, sino como también ya se anotó, sobre las zonas de taludes, que es por donde ocasionalmente puede producirse el rodamiento de piedras.

"Veamos como el H. Consejo de Estado desarrolló el pensamiento que se acaba de consignar, en fallo de fecha 7 de diciembre de 1.977. Indemnización de Perjuicios por accidente en "Quebrada blanca". Ponente: Dr. Carlos Portocarrero. Expediente 1564.- Así dijo en lo pertinente:

"...Teóricamente, la obligación del Estado es la de construir vías seguras que permitan la comunicación de los ciudadanos entre los distintos lugares del territorio nacional, y además, hagan posible el abastecimiento de víveres, combustibles, etc., a todos los colombianos. Igualmente sería deseable que en todas las carreteras, sitios de reunión, etc., existieran permanentemente unidades policivas que velaran por la seguridad no sólo de las personas sino también de sus bienes; y también sería de desear que en todos los sitios existieran señales de prevención de posibles accidentes de advertencias de peligro, etc., que a cada persona se le suministrara al entrar a una carretera planos, memorandos de advertencia, etc. Pero si no se puede exigir del Estado únicamente construya vías seguras y elimine los peligros potenciales de los transeúntes, sí es obligación actual del Estado Colombiano ACTUAR ANTE LOS PELIGROS REALES a que se encuentren sometidos los residentes en el país "

"Si en el caso que nos ocupa, nunca la administración nacional se enfrentó a peligros inminentes y reales, no cree la Sala se pueda exigir del Estado Colombiano cumpla con todas y cada una de esas obligaciones que se han mencionado porque ciertamente y eso no lo podemos negar, hay :>tal imposibilidad de cumplir en todos estos frentes

los fines establecidos, porque hay carencia de medios, generalmente de carácter económico.

"Así vuelve a expresarse el H. Consejo de Estado sobre este particular, en fallo antes citado:

"Lógicamente, sólo podrá deducirse responsabilidad estatal en los casos en que la falta o falla administrativa es el resultado de omisiones, actuaciones, extralimitaciones en los servicios que el Estado está en capacidad de prestar a los asociados, más no en los casos en que la falta tiene su causa en la imposibilidad absoluta por parte de los entes estatales de prestar un determinado servicio..." (Lo subrayado es nuestro.)

"De todo lo anteriormente dicho sacamos en claro y de acuerdo a las pruebas que obran en el proceso, que la acción de terceros pudo haber sido la causa de la supuesta caída de piedra y la consiguiente lesión al actor, si se llegare a aceptar que se presentó como consecuencia de tal hecho, lo mismo que tal deslizamiento pudo resultar por el acaecimiento de alguno de los fenómenos naturales a que se ha hecho referencia en esta misma sentencia, situaciones que bien podrían ser producto de caso fortuito o fuerza mayor. Pero, desafortunadamente no hay una prueba dicente al respecto que nos permita dar por establecido tales acontecimientos. Pues, no se olvide que quien alega no estar obligado al pago de los perjuicios procedentes de hechos lesivos, porque diga que fueron causados debido a una fuerza mayor o caso fortuito, debe probar la excepción que propone. Y esto en razón de que se presume culpa y responsabilidad; habiéndola, está obligado a indemnización del daño producido; si alega la extinción o inexistencia de las obligaciones, debe probarlo. Y lo que es más perentorio: el inciso 3o. del Art. 1.604 del Código Civil, obliga a probar el caso fortuito o fuerza mayor.

"El Ministerio de Obras (Nación Colombiana) por intermedio de su apoderada, sólo afirmó configurarse estos fenómenos, pero no demostró en forma plena su configuración.

"Pero si bien no fue posible demostrar el acaecimiento de estos fenómenos por parte del decepcionante, tampoco el actor pudo acreditar que hubo falla de servicio. Pues como se viene afirmando ni siquiera pudo demostrar que la causa de la lesión sufrida por el señor Ruiz Ospina, haya sido la caída de piedra.

"De consiguiente, si bien la Fuerza Mayor y el Caso Fortuito alegado por la parte demandada, constituyen causales de exoneración de responsabilidad administrativa, ellos no están demostrados, por lo que la absolución a la parte demandada no se fundará en el acaecimiento de tales fenómenos, sino en la consideración referente a que hay ausencia o carencia de prueba respecto a la supuesta falla del servicio, (fls. 466-486, C.1)

SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 488 y siguientes del cuaderno Nro. 1, obra el escrito en que el apoderado de la parte actora hace sus valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica, orientadas a defender la perspectiva desde la cual él ha estudiado el caso para lo cual discurre dentro del siguiente universo:

"Revisada la actuación, podemos concluir que sí se dan las probanzas que infieren muchas omisiones de los entes públicos demandados y que les aparejan la consecuente responsabilidad administrativa por falta o falla en el servicio.

"La utilización de explosivos en la construcción de la vía Panamericana Pasto-Ipiales quedó evidenciada con el estudio aportado por la Universidad Nacional, que se adjuntara por la Secretaría General de Carreteras del Ministerio de Obras Públicas, produciéndose con ello, el agrietamiento de los taludes que bordean la carretera mencionada. No puede descartarse fácilmente el hecho de la existencia de piedras en la vía, sean producto de la caída continua de la parte superior de los bloques agrietados, pues la razón natural lo enseña, que éstas se encuentran allí por ese único desplazamiento y no otro, que sí resultaría ilógico.

"Tampoco es dable descartar la responsabilidad administrativa de la Nación (Ministerio de Obras Públicas) pasando por alto, que al no prevenir a los transeúntes o usuarios de la vía sobre el inminente peligro que representan la caída de piedras en forma permanente en el lugar, hace que el sitio deba ser necesariamente clasificado como potencialmente peligroso por la Jurisprudencia. Así se reconoce en la sentencia, cuando se advierte la inexistencia de señales de tránsito preventivas sobre caída de piedra en el lugar. No puede justificarse esta omisión administrativa argumentándose que a falta de este tipo de señales, existen otras que le dan matices a la vía de "perfectamente señalizada".

"Es que la Carta fundamental en su artículo 16 dispone la garantía a todos los habitantes del territorio nacional en sus vidas, honra y bienes. Precepto claramente vulnerado por cuanto es obligación de la administración el mantener las vías públicas en perfecto estado de ser transitadas, cumpliendo para ese efecto con todas las previsiones y disposiciones no su alcance sino legales y reglamentarias, debidamente aprobadas.

"Y es que al parecer, ni siquiera existe el conocimiento de la existencia de la requerida señal de tránsito preventivo, en cabeza de los funcionarios de Ministerio de Obras Públicas. Ello, es conclusión a que en la carretera Panamericana Pasto-Ipiales, no se encuentra al menos una de ellas.

"La Inspección Judicial que se practica concretamente en el sitio exacto de ocurrencia del hecho demandado nos permite la conclusión de la existencia de piedras, que el A-quo no tiene en cuenta para el compromiso de los entes involucrados, sino que se le otorgan condiciones de una prueba diabólica que no tiene, toda vez que advierte no poder darse por probado que el material rocoso se haya efectivamente desprendido del talud. Ahora, como no puede determinarse que alguien hasta allí las haya llevado a depositarlas, debe concluirse forzosamente su desprendimiento, pues analizado en conjunto con otras pruebas, mal podría afirmarse lo contrario.

"Por último, en pronunciamiento hecho por nuestra máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo, donde fuera Actor la Flota Macarena, por situación similar a la aquí debatida, se estableció la responsabilidad de la Nación, una vez clasificarse el sitio de ocurrencia del siniestro como Potencialmente Peligroso, donde afloraba el compromiso de la misma por falla en el servicio." (Fls. 489-491, C.Principal)

CONDUCTA PROCESAL DE LA APODERADA DEL CENTRO DE IMPUTACIÓN JURÍDICA DEMANDADO

Dentro del término de ley, alegó de conclusión dentro del siguiente

"El artículo 10. De la Ley 95 de 1980, establece: "Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir". Es, un acontecimiento natural que ocasiona un daño, causado entre otros, por agentes atmosféricos.

"Es de afirmarse, que las circunstancias de irresistibilidad e imprevisibilidad que existen en la fuerza mayor o caso fortuito, se deben analizar en cada caso concreto, pues es difícil establecer de manera absoluta, cuáles son esas causas, en qué o a qué pautas o requisitos deben someterse.

"No existe prueba que afirme lo contrario, que el mencionado desprendimiento de materiales no pertenece al terreno faldoso alledaño del corte del talud, como se ha venido sosteniendo.

"Acertadamente lo afirma el Demandante, en los hechos de su Demanda, el suceso obedeció a un desprendimiento "repentino e inesperado", más no, por la falta de previsión o control de mis poderdantes.

"Ha quedado demostrado que la causa del hecho fue distinto a los vicios de la construcción de la Carretera Pasto - Ipiales; a la falta de mantenimiento; o a la falta de cuidado y vigilancia de la misma y sus partes integrantes.

"El suceso escapó a las previsiones normales de mis Representados, porque si ciertamente se presentó dicho fenómeno, se debió a fuerzas externas y ajenas a la voluntad y control de la parte Demandada.

"No fue su Equipo Humano o Técnico el que lo provocó, con ocasión de los trabajos de obras públicas, sino que se produjo por deslizamiento de material pétreo, perteneciente al terreno aledaño a la cara del talud, de propiedad de un tercero, cuya vigilancia y control compete a otras entidades.

"Para que exista responsabilidad imputable a la parte Demandada, debe estar plenamente probado: la existencia del daño, del hecho y el nexo causal entre los dos, además de la propiedad que el Fondo Vial Nacional pueda tener sobre esa franja de terreno, para aducir titularidad del dominio público sobre esa zona aledaña al corte del talud. Jamás dicho Establecimiento Público lo adquirió, porque no fue necesario para la construcción de la mencionada carretera, como lo faculta el Decreto 2862 de 1968, para adquirir todas las zonas de terreno, cantevas, minas; necesarias para la construcción, mejoramiento y ensancha de las carreteras nacionales.

"Por lo anteriormente expresado, el hecho que se invoca como fuerza mayor o caso fortuito, no se deriva en modo alguno de la conducta de mis Representados, de su estado de culpa precedente o concomitante del hecho.

"Por tal razón, solicito a la Honorable Sala, confirmar la sentencia proferida, por el señor Magistrado, por estar sus planteamientos ajustados. a Derecho, (fls. 497-498, cuaderno principal).-

VITSTA FISCAL

El Fiscal Décimo de la Corporación, Dr. FERNANDO OSPINA HENAO, en de

fondo, OBSERVA:

"El señor Fabio Ruiz Ospina el día 8 de mayo de 1.988, sufrió lesiones que causaron daños en su integridad física. Eso por lo menos, es lo que se deduce de la fotocopia de la Historia Clínica que sin autenticar obra a folio 155 a 156, del Concepto No. 1862 del Jefe Médico Legal del Ministerio de Justicia, expedido el 8 de agosto de 1.990 (folio 424) y de los testimonios de referencia, vistos a folio 212, 214 y 216.

"Leoncio Isaac Mendoza Chávez, expone:

" CONTESTO: Señor Juez, yo me encontraba en compañía de mis hijos y de mis hijos (sic) y de mi esposa en el Corregimiento de San Juan, frente a la Policía, ese día era domingo, mi esposa llama Martha Lucía, mis hijos Isabel la mayor, la segunda llama Paola y Germán David el último, de 14, 11 y 5 años de edad, respectivamente, ahí habíamos llegado en el carro particular nuestro, en ese momentico llegó él venía de Pasto y subía y se quedó en San Juan, pero ya cuando había sucedido el accidente, yo no fui al lugar del accidente, yo miré el carro donde fue el golpe, el carro lo venía manejando el señor Fabio Ruiz, ahí se acercó y nos contó lo que había sucedido, la piedra estaba dentro del carro más o menos de unos tres kilos de peso, ahí pedimentos auxilio (sic) por el teléfono de San Juan, para que lo ayuden porque no podía manejar, yo le dije qué se le ofrece estoy a la orden para lo que se le pueda ofrecer, pero yo no fui hasta el sitio de los hechos"

"Jorge Hernando Paredes Muñoz, declara:

" CONTESTO: "Señor Juez, si conozco el motivo de mi declaración. Es sobre el accidente de don Fabio Ruiz, pues yo se que venían de Pasto, don Fabio, la señora y los dos niños, en un carro mazda de color rojo, de propiedad de don Fabio Ruiz, le cayó una piedra en el trayecto Pasto-San Juan, y quedó imposibilitado la mano derecha, yo no estuve en el lugar de los acontecimientos, sino que me contaron lo del accidente. El estuvo incapacitado como cinco meses por la lesión, y el sigue mal todavía de la mano, en el accidente el no más salió lesionado. La esposa de don Fabio llama Cecilia Guerrero de Ruiz y los hijos Luis Fernando y Juliana Guerrero, de 10 y 8 años. Eso fue por ahí más o menos en Mayo de 1988, y esto llegué a saber porque yo trabajaba en el Almacén Jhorman, ya no trabajo como hace un año, ahí yo tenía el cargo de empleado de mostrador.

"Olga Nelly Tarapuez Estrada, manifiesta:

" CONTESTO: "Señor Juez, si conozco el motivo. Es sobre n accidente que le ocurrió a don Fabio Ruiz, más o menos unos dos años, en el mes de mayo, la fecha no, venían con la señora y los niños, la señora se llama Cecilia Guerrero y los niños Luis Fernando y Juliana, de

10 y 8 años de edad, venían de Pasto en un mazda de propiedad de ellos, ocurrió que le cayó una piedra en el parabrisas y le fracturó el brazo derecho, el sitio no sé. El estuvo hospitalizado en Pasto en los Seguros, no fue a trabajar como cuatro meses, de lo que le dieron de alta quedó enyesado, le dieron incapacidad como cuatro meses no fue al almacén, el brazo le quedó mal, el antebrazo donde sufrió la herida, actualmente creo que le duele todavía, hay perturbación todavía en el brazo. En ese accidente únicamente sufrió lesiones don Fabio Ruiz, la señora y los niños no, a ellos no les pasó nada, pero si llegaron bastante asustados, y durante el tiempo que él estuvo hospitalizado les causó bastantes traumas a la familia, ya que la señora Cecilia trabaja, y le tocaba pedir permiso para ir a verlo y todo. Esto yo sé porque yo trabajé con él en el Almacén Jhorman, ya no trabajo como hace unos quince días, yo tenía el cargo de sastre...."

"Razón tuvo el a-quo al afirmar que nadie vio u observó en forma directa tal acontecer, "ni siquiera se pudo establecer el sitio o lugar exacto por donde tal piedra o roca pudo caer." Esta afirmación llevó al recurrente a expresar que lo sostenido en la sentencia "no es cierto", sin que hubiera podido desvirtuar la interpretación y el análisis probatorio del sentenciador en el escrito de apelación.

"Respecto a la afirmación de que hubo defectos de diseño y de construcción de la vía y omisión en el mantenimiento y señalización vial preventiva, tampoco el apelante aportó elementos de juicio que sirvieran de respaldo a su aseveración.

"Las probanzas del informativo indican lo contrario. A folios 437 y siguientes obra la declaración del Ingeniero Vicente Enrique Mera Álvarez, quien manifiesta que en el sector Rumichaca-Pasto, la vía tiene su debida señalización horizontal y vertical requerida, y que por intermedio del Distrito No. 14 se realizan las labores de mantenimiento con el equipo y personal necesario, de acuerdo a la clase de dificultad que se presente.

"En igual sentido se expresa el declarante, Ingeniero Eduardo Caiza Flores, quien a folio 246 y siguientes afirma que la carretera Panamericana fue diseñada y construida de acuerdo a las especificaciones técnicas que se requieren para una carretera de primera categoría.

"En lo que hace relación al mantenimiento y conservación de la vía, obran a folios 241 y 421, los oficios Nros. 19414 de julio 13 de 1.990 y No. 21376, de julio 30 de 1.990, suscritos por la Ministra de Obras Públicas y Transporte, en los cuales se constatan las sumas de dinero que han sido invertidas en tales menesteres.

"Por último, aún dando por probado el acaecimiento del hecho que ocasionó el daño en la integridad física del demandante, señor Fabio

Ruiz Ospina, esta Fiscalía considera que el nexo de causalidad que se exige para la declaratoria de responsabilidad estatal, desaparece cuando se presenta el fenómeno conocido como Fuerza Mayor, dadas las circunstancias de irresistible e imprevisible que se predicen respecto al hecho dañoso.

"A folios 194 y siguientes obra un estudio, elaborado por investigadores de la Universidad Nacional de Colombia, en el cual se señala el grado de amenaza, natural de deslizamientos en la zona XI que comprende, entre otras, la región donde ocurrió el insuceso. De dicho estudio, esta agencia fiscal, destaca lo siguiente:

" De lo anterior se desprende que la provincia XI localizada En una parte del territorio Andino, de intenso desarrollo económico y social densamente poblado donde se proyectan importantes desarrollos hidroeléctricos de Colombia y que comprende la mayor parte de la zona cafetera, se puede considerar como la de más Alta Amenaza de deslizamientos y constituye sin duda un terreno geológico de los más inestables de Sur-América, debido posiblemente, a la convergencia de varios factores desfavorables: el reciente levantamiento de la cordillera, la alta sismicidad, precipitaciones intensas en la parte norte, la topografía abrupta y rocas intensamente degradadas por descomposición y por actividad tectónica. El grado de amenaza por esta provincia es muy alto...."

"En el caso que se debate, se está en presencia de un evento incontrolable, que pudo ocurrir o no, hubiera o no señales preventivas. Su ocurrencia obedeció a factores naturales, ajenos a la humana previsión, a pesar del cuidado y de la diligencia en el mantenimiento y en la conservación de la vía, supuestos Tácticos condicionantes de la eximente, debidamente acreditadas en el proceso", (fls. 521-524, cuaderno principal).-

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) La sentencia será revocada, pues el ad quem no hace suya la perspectiva jurídica que manejó el a-quo, al hacer la valoración jurídica y Táctica de todas las circunstancias particulares del caso.

En el sub-lite quedó debidamente demostrado, y el demandado no lo niega, que el accidente ocurrió. Así lo testimonia el declarante LEONCIO ISAAC MENDOZA

CHAVES, quien ilustra al sentenciador dentro del siguiente universo:

"...Se trata sobre un accidente en la vía panamericana, sobre la caída de la piedra que accidentó al señor Fabio Ruiz, que de milagro quedó vivo que yo le di ánimo en ese rato, llegué en ese momentico, les di ánimo porque estaba la señora llorando, los niños llorando, fue a mirar la piedra que rompió el parabrisas y le cogió el brazo a don Fabio, que venía manejando, quedó el brazo sin movimiento en el que le cayó la piedra, pues el no quiso que le prestara auxilios porque estaba muy dolorido, no permitió que se los preste por el fuerte dolor que tenía, esto ocurrió en la carretera Panamericana entre San Juan y la Josefina, en ese trayecto de la curva donde está una bandera tricolor ahí cae mucha piedra, el señor venía con cinco sentidos (sic), era en ese trayecto de las cuatro y media a las cinco que nos encontrábamos, en ese trayecto es muy peligrosa la carretera porque cae mucha piedra, yo estaba ahí en San Juan, en otro carro, ahí se hizo las diligencias para llamar a la casa, para que lo recojan el carro y le presten el servicio para llevarlo al hospital al señor Fabio no creo que sea más, eso es todo....Señor Juez, de la fecha es más o menos unos dos años, un ocho un día de la madre de mayo de 1.988, eso fue entre las cuatro y media y cinco de la tarde, estaba un poquito lloviznando, pero no lloviendo, en el sitio del accidente no había maquinaria, ni obreros trabajando, eso lo tienen abandonado, la piedra que cae por la mañana la recogen por la tarde, no se ve mantenimiento en esa vía. PREGUNTADO. Díganos en forma clara y concreta si usted recuerda si el Señor Fabio Ruiz Ospina, el día de los hechos a los cuales se ha referido, qué clase de vehículo automotor conducía, y con qué personas. CONTESTO: Señor Juez, venía en un Renault cuatro, venía con su esposa que se llama Cecilia Guerrero, y sus hijos el hijo se llama Luis Fernando de unos cuatro años me parece y la niña no recuerdo el nombre por el momento, entre los seis y los cuatro años, aclaro la niña unos cinco años, el carro es de propiedad de él, el carro estaba roto el parabrisas, y donde cayó la piedra en el volante, donde fractura la piedra cae en el lado derecho, la fractura en el brazo es en el derecho también. Lesiones a la familia no, lo que estaban era descontrolados por el golpe al papá, porque la piedra fue grande la piedra estaba dentro del carro más o menos de unos tres kilos de peso. Quiero agregar de que la marca del carro estaba confundida, es un Mazda 323 "

Quien así depone es una persona de 49 años de edad, de profesión comerciante, y sin generales de ley con las partes.

Para la Sala la prueba testimonial que se deja transcrita, en lo sustancial, demuestra las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrieron los

hechos, y, por lo mismo, el sentenciador la valora en todo su universo, es decir, tiene por probado que en puridad de verdad el Señor FABIO RUIZ OSPINJ sufrió, en plena vía pública, el accidente que se relata en la causa pretendida la demanda.

Agrégase a todo lo anterior que en la diligencia de Inspección Judicial, que practicó el Señor Juez Segundo Civil del Circuito de Ipiales, el funcionario comisionado pudo vivenciar que el sitio es particularmente peligroso pues en él se

" observa un talud o montaña en roca en su mayor extensión y en la base también rocosa pero en tierra. Hacia el costado de la montaña rocosa o talud se observa en el sardinel que bordea la vía vestigios de piedra» con la aclaración de que parte del sardinel en el sitio de los acontecimientos se encuentra obstruido por piedras y tierra, esta carretera se encuentra entre la aludida montaña o talud y al otro extremo está el río Guáitara, a una distancia aproximada de unos cien metros. Así mismo al extremo opuesto del talud en el otro sardinel de la vía se aprecia también vestigios de piedras en distintos tamaños y algunas piedras dentro de la calzada en número de cuatro, las que :se hallan a una distancia las dos primeras de las dos últimas de doce metros aproximadamente y a una distancia de metro y medio de la berma Efectuadas las anteriores anotaciones de conformidad a los puntos contenidos en el despacho comisorio tenemos:

"al punto 41.1, el sitio donde ocurrió el accidente se halla ubicado en la carretera panamericana que de Ipiales conduce a Pasto cuyas características y demás especificaciones dejamos consignadas anteriormente; al punto 41.2, como lo hemos venido indicando si se aprecia la existencia de un talud empinado en piedra y su base piedra y tierra de una altura aproximada de unos sesenta metros el mismo que se halla hacia el costado derecho en dirección Pasto Ipiales y costado izquierdo en dirección Ipiales Pasto.- Al punto 41.3, en el talud o montaña rocosa se observa varios agrietamientos sin poderse precisar con exactitud si en la roca que se observa exista piedras que estén próximas a desprenderse, toda vez que la estructura rocosa con los agrietamientos anotados se encuentran en la parte superior con vegetación y en la parte inferior vegetación piedra y tierra.- Al punto

41.4, Como se anotó en el punto anterior existe dificultad para poder precisar si existen piedras sueltas que amenacen con caer a la calzada, pero si se observa varias piedras en los extremos de la calzada como tuvimos la oportunidad de puntualizarlo en el momento en que hacíamos la identificación de este sitio." Fl. 219-220, C. 1).-

Dentro del marco probatorio anterior, resulta imposible para el ad quem aceptar la valoración probatoria que hizo el fallador de instancia, cuando reconoce que es cierto que si demandante Señor Fabio Ruiz Ospina sufrió una lesiones, pero que no se puede decir "...que ellas son consecuencia directa de haber soportado el impacto de un cuerpo extraño, posiblemente una piedra....". Tampoco es de recibo el temperamento de su razonar cuando afirma que aun aceptando que la piedra cayó del talud y golpeó al conductor del vehículo, quedó sin demostrar" la relación de causalidad entre esas lesiones sufridas y la falta de eficiencia, vigilancia y mal control en el sostenimiento y conservación de la Carretera Panamericana Sur, y que permitan hablar de responsabilidad con obligación de indemnizar al actor por haber obedecido a falla en el servicio...". Y no se patrocina esta manera de razonar, porque el caso no se deja manejar con esta última perspectiva jurídica, sino con la filosofía que informa la idea de "LESIÓN", esto es, como todo perjuicio antijurídico, que es la base o fundamento del deber de reparación, y que encuentra su apoyo constitucional en el artículo 90 de la Carta, que a la letra reza:

"El estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas."

Es verdad que en la ley de leyes no se define el concepto de "daños antijurídicos", realidad que lleva a indagar el alcance actual del mismo. Y es la doctrina española la que lo precisa en todo su universo. Para LEGUINA, "...un daño será antijurídico cuando la víctima del mismo no esté obligada por imperativo explícito del ordenamiento- a soportar la lesión de un interés patrimonial garantizado por la

norma jurídica " (Cita de J.M de la Cuétara. La Actividad de la Administración. Tecnos, pág. 554).

Dentro del anterior perfil, la responsabilidad se torna OBJETIVA, pues como lo enseña este último tratadista,

"...no se trata de ningún perjuicio CAUSADO antijurídicamente, sino de un PERJUICIO ANTIJURÍDICO EN SI MISMO; por otra parte, se desvincula de la licitud o ilicitud de la actuación de la que se deriva la lesión, con lo que se hace capaz de abarcar la totalidad de supuestos de responsabilidad posibles...La jurisprudencia, por su parte, ha acogido ampliamente los términos en que está formulada la teoría, insistiendo especialmente en la idea de que la responsabilidad surge cuando un particular no está obligado a soportar un detrimento patrimonial. A continuación se transcriben unos párrafos en los que se desarrolla con claridad meridiana la postura del Tribunal Supremo:

"Sentencia de 27 mar. 1980 (Sala 4a. Ref. no. 2249):

"Por responsabilidad de la Administración central o local ha de entenderse aquella obligación general que a la misma incumbe fuera del ámbito del ejercicio de sus potestades expropiatorias -que tienen una regulación especial de resarcir a los particulares de los daños y perjuicios, que no estando obligados por imperativo legal u otro vínculo jurídico a soportar, sean consecuencia del quehacer administrativo de aquella.

"Siempre que se produzca un daño o un perjuicio en el patrimonio de un particular, sin que éste venga obligado por una disposición legal o vínculo jurídico a soportarlo, encontrando su causa dese cadenante precisa en el mencionado funcionamiento, mediante un nexo de efecto a causa, ha de entenderse que se origina automáticamente en la Administración la obligación de su directo y principal resarcimiento.

"La ratio legis" verdadera consiste en que cualquier particular, por el solo hecho de haber entrado en la obligada esfera de actuación administrativa que el principio de soberanía comporta, quedando subordinado a ella sin un deber expreso de sacrificio, siempre que haya sufrido un daño o sacrificio que reúna las condiciones de "injusto, efectivo, económicamente evaluable y susceptible de individualización personal o grupal", ha de tener la garantía por parte de la Administración de su resarcimiento, dotándole de acción procesal directa contra la misma, sin que sea para ello preciso identificar si en el mencionado actuar lesionante hubo comportamiento voluntario, doloso o culposo, de la persona o personas que encarnan el órgano administrativo que lo

produjo, máxime cuando el daño o perjuicio hubiera sido originado por un comportamiento institucional."

"Dentro del mismo universo discurre el Profesor Eduardo García de Enterría, quien sobre el particular enseña:

"2. El Concepto técnico-jurídico de lesión resarcible y sus notas características.

"Al construir la institución de la responsabilidad de la Administración al margen de toda idea de ilicitud o culpa, el fundamento de aquella se desplaza desde la perspectiva tradicional de la acción del sujeto responsable (que parte de la concepción primitiva de ver en la responsabilidad patrimonial la sanción a una conducta culpable) a la del patrimonio de la persona lesionada. La responsabilidad pasa a reposar de este modo sobre un principio abstracto de garantía de los patrimonios, dejando de ser una sanción personal por un comportamiento inadecuado para convertirse en un mecanismo objetivo de reparación, que se pone en funcionamiento sólo si, en la medida en que, se ha producido una lesión patrimonial. El concepto de lesión patrimonial se convierte de este modo en el basamento mismo del sistema, lo cual hace especialmente necesario caracterizarlo con toda precisión desde un punto de vista técnico jurídico; nada perjudicaría tanto al progresivo sistema establecido en nuestro Derecho que interpretarlo como una fórmula inespecífica, que o bien pudiese justificar cualquier pretensión indemnizatoria, por absurda que fuese, o bien remitirse a valoraciones de equidad según libres estimaciones de los aplicadores del Derecho en cada caso. Nuestro sistema positivo, por el contrario, reposa sobre un profundo rigor técnico, que sólo precisa de una explicación coherente.

"A estos efectos conviene comenzar por distinguir el concepto jurídico de lesión del concepto vulgar de perjuicio. En este último sentido, puramente económico o material, por perjuicio se entiende un detrimento patrimonial cualquiera. Para que exista lesión resarcible se requiere, sin embargo, que es detrimento patrimonial sea antijurídico, no ya porque la conducta de su autor sea contraria a Derecho (antijuricidad subjetiva), sino, mas simplemente, porque el sujeto que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo (antijuricidad objetiva: vid., por ejemplo, los Dictámenes del Consejo de Estado de 5 de abril de 1963 y 8 de julio de 1971, entre otros muchos). Como dice con toda corrección la S de 27 de enero de 1971 y reitera el Auto de 10 de febrero de 1972, la lesión supone un "perjuicio que no es antijurídico por la manera de producirse, sino porque el titular del bien o derecho lesionado no tiene el deber jurídico de soportarlo, aún cuando el agente que lo ocasione obre dentro del marco de la licitud". La antijuricidad susceptible de convertir el perjuicio económico en lesión indemnizable se predica, pues, del efecto de la acción administrativa (no de la actuación del agente de la Administración causante material del daño), a partir de un principio

objetivo de garantía del patrimonio de los ciudadanos que despliega su operatividad postulando la cobertura del daño causado en tanto en cuanto no existan causas de justificación que legitimen como tal el perjuicio de que se trate". ,

Este nuevo enfoque de la responsabilidad administrativa en el derecho colombiano se consignó en sentencia de 27 de Junio de mil novecientos noventa y uno (1.991), Expediente Nro. 6454, Actor EDGAR PÉREZ RODRÍGUEZ. Demandado Instituto de Crédito Territorial, y se reitera ahora. Fácilmente se comprende que los ciudadanos que transitan por las vías públicas no tienen porqué soportar ningún detrimento patrimonial por el hecho de hacerlo. La sola circunstancia de que una piedra se desprenda de las alturas, y cause un daño al peregrino que pasa, permite afirmar que se ha registrado una ANTIJURICIDAD OBJETIVA, centro del temperamento en que discurre el profesor García de Enterría en el aparte de su obra ya transcrito.

La verdad jurídica que se deja expuesta lleva al sentenciador a revocar la sentencia de primera instancia y a proferir una de condena, que se informa con la filosofía de "LESIÓN".

B) Del dictamen médico-legal que obra al folio 424 del Cuaderno ro. 1, se desprende que el demandante señor FABIO RUIZ presenta "...fractura "de cubito y radio derecho, causada por elemento contundente, lo cual produjo incapacidad médico legal DEFINITIVA DE SESENTA DÍAS (60), las cuales fueron reparadas quirúrgicamente sin secuelas...." A folios 224 y citas del Cuaderno No. 1, obrar, en fotocopia, los recibos de pago de salarios por los meses de Mayo y Junio de 1.988, de cuya lectura se desprende que recibió ingresos por \$24.320.00 y \$36.908.40, en su orden, respectivamente, cubiertos por ALMACÉN JHORMAN. Promediando el ingreso en los dos meses, se tiene un salario mensual de TREINTA MIL SEISCIENTOS CATORCE PESOS CON VEINTE CENTAVOS (\$30.614.20) que es el que se tiene en cuenta para fijar el monto de la condena por los dos meses

cié incapacidad. Se registra así una suma total de SESENTA Y UN MIL DOSCIEN-VEINTIOCHO PESOS CON CUARENTA CENTAVOS (£61.228.40), que es el monto de los perjuicios materiales. Esta cantidad deberá actualizarse, como se pidió en la demanda, por el período comprendido entre el primero (lo.) de Julio de 1.988, momento en que se considera que terminó la incapacidad, y el momento .de ejecutoria de la presente sentencia, con aplicación de la siguiente fórmula:

$$V_p = V_h \frac{\text{Índice Final (Fecha ejecutoria sentencia)}}{\text{Índice Inicial (julio 1.938)}}$$

Esta condena se hace en concreto, y para el cobro bastará acompañar a la cuenta los índices de precios certificados por el Dañe en los dos momentos en el tiempo físico ya indicado, esto es, el primero de Julio de 1938 y la fecha de ejecutoria de la presente sentencia.

Se condenará también a LA NACIÓN-MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS FONDO VIAL NACIONAL a pagar al Señor FABIO RUIZ OSPINA, por concepto de perjuicios morales, CIEN GRAMOS DE ORO FINO (100) los que se cubrirán con el precio que este metal tenga en el momento de quedar ejecutoriado este fallo, según certificación al efecto expida el Banco da la República.

Se condenar igualmente a la NACION-MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS-FONDO VIAL NACIONAL, a pagar a CECILIA DEL ROSARIO GUERRERO CÓRDOBA, y JULIANA y LUIS - i UIZ GUERRERO, por concepto de perjuicios morales cincuenta gramos de oro fino (50) para cada uno, que se pagarán también con el precio que este metal tanga en el momento de ejecutoria de este proveído, según certificación que expida el Banco de la República.

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

F A L L A

lo) REVÓCASE la sentencia calendada el día tres (3) de Diciembre de mil novecientos noventa (1.990), proferida por el Tribunal Administrativo de Marino, dentro del proceso del rubro, por las razones dadas en los considerandos de este proveído, y, en su lugar RESUELVE:

A) DECLÁRASE que la nación MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS-FONDO VIAL NACIONAL, es administrativamente responsable de las lesiones causadas al señor FABIO RUIZ OSPINA, dentro del marco de circunstancias de que da cuenta el presente proceso;

B) Como consecuencia de la declaratoria anterior, se condena a LA NACIÓN-MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS-FONDO VIAL NACIONAL, a pagar al demandante señor FABIO RUIZ OSPINA, la suma de SESENTA Y UN MIL DOSCIENTOS VEINTIOCHO S CON CUARENTA CENTAVOS (\$61.228.40), por concepto de perjuicios materiales, monto que deberá actualizarse por el período comprendido entre el primero de julio de 1.988 y el momento en que quede ejecutoriado el presente fallo, con aplicación de la siguiente fórmula:

$$V_p = V_h \frac{\text{Índice Final (Fecha ejecutoria sentencia)}}{\text{Índice Inicial (Julio 1.988)}}$$

Esta condena se hace en concreto y para su cobro bastará acompañar a la cuenta de cobro los índices de precios al consumidor, certificados por el Dane en los dos

momentos en el tiempo físico ya indicados, este es, el primero de Julio de 1.9G8 y la fecha de ejecutoria de este fallo.

CONDÉNASE igualmente a LA NACIÓN-MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS-FONDO VIAL NACIONAL, a pagar al señor FABIO RUIZ OSPINA, cien gramos de oro fino (100), por concepto de perjuicios morales, los cuales se deberán cubrir con el precio que este metal tenga en el momento de ejecutoria de esta sentencia.

C) CONDÉNASE a la NACIÓN-MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS-FONDO VIAL NACIONAL, a pagar a CECILIA DEL ROSARIO GUERRERO CÓRDOBA, JULIANA y LUIS FERNANDO RUIZ GUERRERO, por concepto de perjuicios morales, cincuenta gramos de oro fino (50) a cada uno, los cuales se cubrirán con el precio que este metal tenga en el momento de quedar ejecutoriado este fallo, según certificación que expida el Banco de la República.

D) Deniéngase las demás pretensiones de la demanda;

E) Al presente fallo se le deberá dar cumplimiento en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

2o) Ejecutoriado el presente fallo, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNIQUÉSE y CÚMPLASE,

CARLOS BETANCUR JARAMILLO
Presidente de la Sala

JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ

DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ

JULIO CÉSAR URIBE ACOSTA

RUTH STELLA CORREA PALACIO
Secretaria

Anexo I Pie e página No. 56**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
-SECCIÓN TERCERA-**

Santafé de Bogotá D.C. Julio treinta (30) de mil novecientos noventa y dos (1.992)

Ref. Expediente No. 6941 – Indemnizaciones
Actor: NINFA RUBIO VIUDA DE CELIS.-

Procede la sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 27 de junio de 1.991, dictada por el tribunal administrativo del Valle -del Cauca y mediante la cual se dispuso:

“1º.- DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

“2º.- DECLARAR a las EMPRESAS PUBLICAS MUNICIPALES DE CALI -EMCALI - , responsable de los daños y perjuicios de que han sido objeto y seguirán siéndolo, NIN FA RUBIO VDA. DE CELIS, las menores ADRIANA, MARÍA -LUISA y PAOLA CELIS RUBIO, a consecuencia de la muerte de su esposo y padre, RUBÉN DARÍO CELIS SÁNCHEZ, ocurrida el 27 de septiembre de 1.985.por electrocución, originada en conducta omisiva del ente administrativo señalado.

“3º.- Como consecuencia de la declaración anterior, condenase al Establecimiento Público EMPRESAS MUNICI-PALES DE CALI, a reconocer y pagar a los demandantes por concepto de perjuicios morales en moneda de curso Legal en Colombia a la fecha del fallo, el monto o -sumas equivalentes al Oro Fino que luego se precisará, según el precio que certifique el BANCO DE LA RE PUBLICA, así: UN MIL (1.000) GRAMOS ORO, en favor de cada una de las siguientes demandantes: NINFA RUBIO VDA. DE CELIS, (esposa), ADRIANA CELIS RUBIO (hija), MARÍA LUISA CELIS RUBIO (hija) y PAOLA CELIS RUBIO (hija).

“4º.- CONDENASE IN GENERE a las EMPRESAS MUNICI-PALES DE CALI -EMCALI - a pagar a NINFA RUBIO VDA. DE CELIS, y a sus hijas ADRIANA CELIS RUBIO, MARÍA LUISA CELIS RUBIO y PAOLA CELIS

RUBIO, los perjuicios -materiales causados con motivo de la muerte por electrocución en las circunstancias de tiempo. Modo y lugar de que da cuenta la parte motiva de esta providencia. La regulación se hará conforme a lo dispuesto por el artículo 172 del Código Contencioso Administrativo y el 308 del Código de Procedimiento Civil, con sujeción a las pautas ya precisadas.

“5º.- La suma de dinero que resulte de la liquidación de perjuicios materiales, causará intereses comerciales corrientes, dentro de los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia, y, de ahí en adelante, intereses moratorios. Igual regulación se aplicará a la condena concreta de los perjuicios morales.

“6º.- La Compañía ASEGURADORA COLSEGUROS S.A. llamada en garantía, está obligada al reembolso de la suma de lo que EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI -EMCALI - por concepto de pagos tuvieron que hacer con motivo de esta sentencia, teniendo en cuenta el límite del valor asegurado.

“7º.- El Establecimiento Público, Instituto descentralizado del orden municipal, denominado, EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI -EMCALI -, deben dar cumplimiento al presente fallo, en los términos que expresan -los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.”

En la demanda, presentada el día 16 de febrero de 1.987, se narraron, en síntesis, los siguientes hechos:

" Que el día 27 de septiembre de 1.985, el señor Rubén Darío Celis se trasladó de la ciudad de Bogotá a la ciudad de Cali, municipio al cual arribó a eso de las 6.p.m. luego de visitar a su esposa e hijas, departió con algunos amigos hasta aproximadamente las 11.p.m. Hora en que tomó camino a casa de su hermano, el Señor LUIS FERNANDO CELIS, y al pasar por el par -que de la Iglesia de Nuestra Señora de la Merced, más concretamente por el frente de los templetos que sostienen el poste que soporta los cables de fluido eléctrico, el señor RUBÉN DARÍO CELIS, sufrió un accidente que le causó la muerte al ponerse en contacto de alguna manera con la energía eléctrica."

Cumplido el trámite de la primera instancia el tribunal decidió en la forma indicada atrás. De ese fallo, se destaca:

“Para el tribunal, la prueba testimonial aportada a en tender, entre otras manifestaciones que con anterioridad al infausto accidente del señor

RUBÉN DARÍO CELIS SÁNCHEZ, los moradores de la cuadra, habían hecho la observación a las Empresas Municipales de Cali, acerca del estado en que se encontraban los templetes que sostienen el poste que soporta los cables de fluido eléctrico, ubicado en el parque de la Iglesia de Nuestra Señora de la Merced, en la Avenida 3E Norte entre calles 44 y 44A, de Cali. Manifiestan -los interrogados que " esos templetes siempre han estado en malas condiciones ", esa bombilla nunca ha -funcionado porque siempre se funde ", " se presentaron quejas por parte de la Junta Comunal y los vecinos del sector" " hay un ruido constante en el poste y la bombilla la viven cambiando ", "y también en varias ocasiones cuando veíamos el carro de las Empresas cuando estaban colocando bombillos, les comentábamos del ruido que se presentaba en el poste cuando bombillo estaba bueno."

"Las anteriores expresiones, sacadas del acervo probatorio, nos señalan una situación irregular que periódicamente se viene presentando, que los vecinos -del lugar inquietan con sus voces que tiene una manifestación en el constante fundir de las bombillas -que son instaladas, que tiene un tródo referido no solo al mes que ocurre el trágico insuceso, sino a un espacio de tiempo que abarca tres años, lapso suficiente para una reparación de fondo y completa de los daños presentados. No estamos en el caso en mención de la clásica hipótesis del vendaval o gran tormenta que desgaja un árbol cae sobre las cuerdas llamadas Primarias y electrocuta a un desprevenido ciudadano; donde cabría acomodar los supuestos fácticos a la -llamada teoría de riesgo, sino a una conducta imprevisiva y negligente de la administración, omisiva en la implementación de las soluciones técnicas necesarias para corregir a fondo y sobre seguro un daño recurrente que tenía su expresión en el continuo fundir de las bombillas en el alumbrado del sector. El dictamen pericial nos ilustra al respecto: " hicimos la observación que los conductores (alambres) entre el revelador de control del alumbrado y las lámparas, por efectos de roces o envejecimiento del material aislante, pudieron tener contacto directo con el cable de la retenida, si este cable no estaba interrumpido con un aislador, era el camino fácil y lógico de una corriente hasta tierra". Según los peritos, a partir de 1.975 se estableció como norma el instalar tales aisladores y se determinó un programa de colocación paulatina en aquellos sectores que no los han tenido. Para la época de los hechos, según el peritazgo, tales aisladores no estaban colocados en -las retenidas secundarias del sector en mención.

"Los testimonios rendidos se caracterizan por su claridad y precisión, son concordantes en los aspectos fundamentales. De otra parte, es prueba verosímil objetiva, imparcial.

"Para el Tribunal, la prueba allegada al proceso ya relacionada, demuestra que hubo ineficiencia por par te de las Empresas Municipales de Cali, al no haber -llevado a cabo los arreglos técnicos necesarios en el sector de los hechos ante requerimientos y peticiones de moradores

del sector, que para cualquier espíritu previsor y atento denotaban fallas técnicas graves de un elemento de alto riesgo como lo es la energía eléctrica, y que produjeron al contacto con -RUBÉN DARÍO CELIS S. su muerte por electrocución."

Inconforme la entidad demandada con el fallo, interpuso apelación y la sustentó en escrito que obra a folios 212 y siguientes. Insiste la entidad pública que la muerte del señor Rubén Darío Celis se debió a fuerza mayor o caso fortuito, ya que el fuerte aguacero que cayó sobre la ciudad esa noche energizó el templete y desencadenó la tragedia. De ese escrito se destaca el siguiente aparte:

"Escapa a cualquier entidad encargada de la prestación del servicio público de energía el control de -que en un poste determinado, en el momento de un fuerte aguacero, se produzca un fenómeno circunstancial que haga que el tensor correspondiente quede energizado durante algunos instantes y una persona en esos instantes se adhiera a él.

"Como ya se manifestó con anterioridad, la responsabilidad del estado en la prestación de los servicios públicos tiene un límite ya que de exigirse a EMCALI la previsión de accidentes debidos a fuerza mayor o caso fortuito, implicaría exigir que cada uno de los miles de tensores de los postes de energía de la ciudad Cali y de los municipios vecinos donde EMCALI atiende también el servicio de energía, fuere custodiado continuamente por grupos de emergencia que atendieran accidentes que no se sabe siquiera si van o ocurrir.

"Por lo anterior no se comparte el criterio del Honorable Tribunal de que la causa del accidente haya sido por una conducta imprevista y negligente de la administración si no que se configuró la fuerza mayor o caso fortuito y por lo tanto a EMCALI no le es imputable responsabilidad alguna por el accidente motivo de la demanda."

Cumplido el trámite de la segunda instancia, es oportuno decidir. Para ello, se considera:

Para el señor fiscal décimo de la corporación, Doctor Fernando Ospina Henao, la sentencia merece ser confirmada. Así en su vista de 20 de marzo de 1.992,

observa:

"Conforme a la prueba testimonial recepcionada en el proceso, se concluye que los habitantes del sector en que ocurrió el accidente que causó la muerte al señor CELIS SÁNCHEZ, con anterioridad a dicho insuceso, habían detectado irregularidades acerca del estado en el cual se encontraban los templetes que sostienen el poste que soporta los cables que conducen la energía eléctrica, y por tal razón habían llamado a las empresas Municipales de Cali, a fin de comentarles -los ruidos que se presentaban en el poste, y que dichas anomalías datan de hace algunos años.

"Así lo declaran ALBEIRO DE JESÚS GRIJALES CHICA, -MARÍA DEL PILAR ERAZO JURADO, GLORIA EUGENIA ERAZO -JURADO, MANUEL DE JESÚS VASQUEZ Y MARÍA GILMA JURA -DO DE ERAZO (Fls. 67 a 74 y 139 a 140 Cuad. 1), declaraciones que el Tribunal a-quo transcribe en su -sentencia y a las que se remite este despacho (Folio 198 y ss.). Se deja observación por parte de esta agencia fiscal, que la declaración que el tribunal en su fallo, atribuye a MARÍA EDILMA JURADO DE ERAZO, no corresponde a dicha declarante, sino a la declarante GLORIA EUGENIA ERAZO JURADO (Fol. 72 y ss. Cuad.I).

"Es por lo tanto que no se puede hablar de Fuerza Mayor o caso fortuito en el presente caso, por cuanto -el daño ya había sido detectado desde hacía mucho tiempo por la comunidad, y esta había comunicado dicha anomalía a las Empresas Municipales de Cali a fin de que arreglaran el posible daño, sin resultado alguno. Solo bastó que se presentase la muerte del desprevenido ciudadano, para que los empleados de en Cali, subsanaran los daños que en ese lugar se presentaban, con los postes y templetes que soportaban las -cuerdas conductoras de energía eléctrica.

"Se puede afirmar por lo tanto que hubo desidia por parte de los funcionarios de en Cali, quienes a pesar de haber sido advertidos por los habitantes del sector, del daño que allí había, nada hicieron para solucionarlo, razón por la cual el ente demandado se hace administrativamente responsable por falla en el servicio, con ocasión de la muerte del señor CELIS SÁNCHEZ por electrocución y debe indemnizar los per -juicios ocasionados.

"La calidad de quienes comparecen al proceso como demandantes, se acredita con los documentos obrantes a folios 4 y 7 a 9 del cuaderno 1."

Para la sala le asiste la razón a la parte actora. La sentencia aquí recurrida y que acoge las súplicas de la demanda deberá confirmarse, ya que se ajusta a la realidad procesal.

Aparecen bien demostrados los extremos de la responsabilidad. En primer término, la muerte del señor Celis Sánchez y las circunstancias que la rodearon. En segundo término que esa muerte le es imputable a la entidad pública Empresas Municipales de Cali, a cuyo cargo está el servicio de energía de la ciudad. En tercero, que esa conducta omisiva de la entidad produjo un daño a las personas damnificadas con el deceso del señor Celis Sánchez; personas que acreditaron estar legitimadas en su carácter de parientes del mencionado señor, mediante la prueba documental que se adjuntó al proceso y que muestran a la señora Ninfa Rubio Vda. de Celis, como cónyuge supérstite y a las menores Adriana, Paola y María Luis Celis Rubio, como hijas legítimas del matrimonio Celis Rubio.

Para la sala la sentencia no merece reparos y el asunto estuvo bien manejado por el tribunal con apoyo en la tesis de la falla del servicio, puesto que tanto él a que como la fiscalía llegaron a la conclusión del manejo descuidado y negligente de la empresa demandada; la cual, pese a haber sido advertida con anticipación de la irregularidad que presentaba la instalación eléctrica en el sector de la tragedia, nada hizo para solucionarla.

Estima la sala que en eventos como el aquí estudiado es más fácil el manejo del litigio desde la nueva perspectiva que presenta la carta constitucional en su artículo 90. Norma esta que a la letra dice:

“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

“En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste.”

Del texto que se deja transcrito se desprende, en términos generales:

- a) Que la responsabilidad del Estado, directa y objetiva, surge de una acción u omisión.
- b) Que esa acción u omisión debe ser imputable a una Autoridad pública.
- c) Que esa acción u omisión, imputable a una autoridad, cause un daño antijurídico a una persona natural o jurídica.

Con estos supuestos se entiende, en primer intento, la carga de la prueba de las personas implicadas en la controversia de responsabilidad, así: De un lado, deberá la parte demandante probar: a) La conducta de la administración (su acción u -omisión); b) el daño que produjo a una persona o a un grupo de personas; y c) que entre aquélla conducta y este daño existe una relación de causalidad adecuada.

A su turno la entidad demandada solo podrá exonerar se o exculparse alegando y probando la fuerza mayor, el hecho exclusivo de la víctima y el hecho, también exclusivo y determinante, de un tercero.

No se exonerará demostrando que actuó con diligencia y cuidado, es decir, sin culpa o negligencia o que todo se debió a un caso fortuito.

Se entiende así porqué se califica esa responsabilidad de objetiva. En principio, no juega el problema de la culpa, ya que la norma constitucional desplaza el

problema de la anti juridicidad de la conducta de la persona administrativa (funcionamiento irregular del servicio público) y lo radica en la antijuricidad del daño. Daño que es antijurídico no sólo cuando la administración actúa en forma irregular o culposa (forma obvia de antijuricidad), sino también cuando esa actuación, pese a ser lícita o ajustada a la ley, lesiona a alguien que no tenía porqué soportar dicho daño.

Se dice, en principio, porque pueden existir hipótesis que no permiten el manejo de la responsabilidad desde la perspectiva exclusiva de ese daño antijurídico. Piénsese por ejemplo -en algunos casos de responsabilidad nacidos del incumplimiento de obligaciones de medio y en los cuales esa responsabilidad sólo -resultará comprometida cuando dentro de la infraestructura del servicio no se pusieron todos los instrumentos o elementos adecuados e idóneos para evitar la ocurrencia del perjuicio.

Juega aquí en la calificación de la responsabilidad por el daño antijurídico causado por la actividad lícita de la administración, un papel trascendental el principio de la igualdad frente a las cargas públicas, que no es más que una derivación obvia del principio constitucional de la igualdad de todas las personas frente a la ley (artículo 13)

También se entiende y justifica esa responsabilidad en tales términos con base en el principio fundamental contemplado en el artículo 1º de la carta, el que nos habla de que *"Colombia Es un Estado social de derecho fundado en el respecto a la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran."* (subrayas fuera de texto).

Sobre el alcance que tiene el concepto " daño antijurídico" (lesión resarcible, en otros términos), razona así el profesor García de Enterría: " Al construir la institución de la responsabilidad de la Administración al margen de toda idea de

ilicitud o culpa, el fundamento de aquélla se desplaza desde la perspectiva tradicional de la acción del sujeto responsable (que parte de la concepción primitiva de ver en la responsabilidad patrimonial la sanción a una conducta culpable) a la del patrimonio de la persona lesionada. La responsabilidad pasa a reposar de este modo sobre un-principio abstracto de garantía de los patrimonios, dejando de ser una sanción personal por un comportamiento inadecuado para convertirse en un mecanismo objetivo de reparación, que se pone en funcionamiento sólo si, y en la medida en que, se ha producido una lesión patrimonial. El concepto de lesión patrimonial se convierte de este modo en el basamento mismo del sistema, lo cual hace especialmente necesario caracterizarlo con toda precisión desde un punto de vista técnico jurídico; nada perjudicaría tanto al progresivo sistema establecido en nuestro Derecho que interpretarlo como una fórmula inespecífica, que o bien pudiese justificar cualquier pretensión indemnizatoria, por absurda que fuese, o bien remitirse a valoraciones de equidad según libres estimaciones de los aplicadores del Derecho en cada caso. Nuestro sistema positivo, por el contrario, reposa sobre un profundo rigor técnico, que sólo precisa de una explicación coherente.

"A estos efectos conviene comenzar por distinguir el concepto jurídico de lesión del concepto vulgar de perjuicio. En este último sentido puramente económico o material, por perjuicio se entiende un detrimento patrimonial cualquiera. Para que exista lesión resarcible se requiere sin embargo, que ese detrimento patrimonial sea antijurídico, no ya porque la conducta de su autor sea contraria a Derecho (antijuricidad subjetiva), sino, más simplemente, porque el sujeto que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo".

Sobre los perjuicios morales tampoco tiene reparos la sala. Estuvo bien hecha la condena, la cual se estima ajustada a la orientación jurisprudencial.

En cuanto a los materiales estima la sala que la condena deberá hacerse en concreto, pero no con base en 570.000.00 que se dice devengaba mensualmente el señor Celis, sino con apoyo en un ingreso de 540.000.00, suma esta que quedó bien demostrada, mediante el testimonio del Doctor Carlos Arturo Vélez C... quien lo tuvo como dependiente en el bufete de abogado que tenía en esta ciudad.

No se acepta el ingreso que se dice le pagaba el arquitecto Camilo Torres Orozco, porque éste en la ratificación de su testimonio habla de que lo utilizaba solo en forma ocasional y no periódica.

De ese ingreso se tendrá en cuenta el 50% que se estima destinaba Celis para su subsistencia en esta ciudad; el otro 50% para su familia, ya que ésta residía en ciudad diferente, o sea en Cali.

Así, esos \$20.000.00 se distribuirán para la liquidación de la siguiente forma: \$ 10.000.00 para su cónyuge y el resto, por partes iguales, para sus hijas.

En este orden de ideas, la liquidación quedará así:

1.- Indemnización Debida:

a) Para Ninfa Rubio de Celis:

Ingreso: \$10.000.00 = Índices: Septiembre /85 = 50.94
Junio /92 = 249.35

$$Ra = 10.000.00 \times \frac{249.35}{50.94} = 10.000 \times 4,894974479$$

$$Ra = \$48.950 = i = 0,004867$$

$$n = \text{Sept 28/85 a Julio 08/92} = 6 \text{ años } 9 \text{ meses} = 81 \text{ meses}$$

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i} = \frac{43.950 (1,004867)^{81} - 1}{0.004867}$$

$$S = 48.950 \times \frac{0.4818195}{0.004867}$$

$$S = 48.950 \times 98.99722621 = \$ 4' 845.914$$

$$S = \$4' 845.914.00$$

b) Para Adriana Celis Rubio:

Nació Abril 2/72; Mayoridad: Abril. 2/90

n= Sept.28/85 a Abril 2/90 = 4 años 6 meses=54 meses

Ingreso = 3a parte de S10.000. = \$3.333.33

$$Ra = 3.333.33 \times \frac{249.35}{50.94} = 3.333.33 \times 4,894974$$

$$Ra = \$16.316.57 ; i = 0.004867$$

$$S = \frac{16.316.57 (1.004867)^{54} - 1}{0.004867}$$

$$S = 16.316.57 \times \frac{0.2997611}{0.004867}$$

$$S = 16.316.57 \times 61.59052804 = \$ 1'004.946 = S = \$ 1'004.946$$

c) Para Paola Celis Rubio:

Nació: Sept.5/75; Mayoridad : Sept.5/93

n= Sept.28/85 a julio 8/92= 6 años 9 meses =81 meses

Ra= \$16.316.57 ; i = 0.004867

$$S = \frac{\$16.316.57 (1,004867)^{81} - 1}{0.004867}$$

$$S = 16.316.57 \times 98.99722621$$

$$S = \$ 1' 615.295.00$$

d) Para María Luisa Celis Rubio:

Nació: Marzo 16/80; Mayoridad: Marzo 16/98

n= Sept.28/85 a Julio 8/92= 81 meses

Ra= 516.316.57; i = 0,004867

$$S= 16.316.57 \times 98,9972221 = \$ 1' 615.295.00$$

2) Indemnización Futura

a) Para Ninfa Rubio de Celis:

Nació: Junio 2/50

Rubén Darío Celis Sánchez (cónyuge) nació: Mayo 13/49

Vida probable: 36 años 4 meses = 38,04

$$n = 38.04 \times 12 = 456.48 - 81 = 375.48$$

$$Ra = \$48.950.00 = ; i = 0.004867$$

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

$$S = \frac{48.950 (1,004867)^{375,48} - 1}{0.004867 (1,004867)^{375,48}}$$

$$S = 48.950 \times \frac{5,1905777}{0,030129541} = 48.950 \times 172.2753658$$

$$S = 16.316.57 \times 57,77434953$$

$$S = \$ 942.679.00$$

RESUMEN:

1.- Para Ninfa Rubio de Celis

- a) Indemnización Debida \$ 4 '845.914.00
- b) Indemnización Futura \$8'432.879.00 \$13'278.793.00

2.- Para Adriana Celis Rubio

Indemnización Debida

1'004.946.00

3.- Para María Luisa Celis Rubio

- a) Indemnización Debida \$ 1'615.255.00
- b) Indemnización Futura \$ 942.679.00 \$ 2'557.974.00

4.- Para Paola Celis Rubio

- a) Indemnización Debida \$1'615.295.00
- b) Indemnización Futura \$ 2.20.306.00 S 1'835.601.00

Gran Total \$18'677.314.00

Por lo expuesto y de acuerdo con la fiscalía, el -Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A:

Confírmase la sentencia de junio 27 de 1.991, dictada por el tribunal administrativo del Valle, en sus ordinales 1º, 2º, 3º, 5º, 6º y 7º.

Revócase el ordinal 4º, el cual quedará así:

Condénase igualmente a la citada entidad a pagar, -por concepto de perjuicios materiales, a la señora Ninfa Rubio Vda. de Celis la suma de TRECE MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS NOVENTA Y TRES PESOS M/CTE (\$13'278.793); a Adriana Celis Rubio UN MILLÓN CUATRO MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS M/CTE (S1'004.946.00) a María Luisa Celis Rubio DOS MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS SETENTA Y CUATRO PESO M/CTE (S2'557.974) y a Paola

Celis Rubio UN MILLÓN OCHOCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS UN PESOS M/CTE (\$1'835.601).

Expídanse las copias para su cumplimiento. CÓPIESE,
NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.

Esta providencia fué aprobada per la sala en su sesión celebrada el día 30 de Julio de 1.992.

DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ
Presidente de la Sala

CARLOS BETANCUR JARAMILLO

JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ

JULIO CÉSAR URIBE ACOSTA

RUTH STELLA CORREA PALACIO
Secretaria

UNIVERSIDAD DE LA SABANA
INSTITUTO DE POSTGRADOS
RESUMEN ANALÍTICO DE INVESTIGACIÓN

ORIENTACIONES PARA SU ELABORACIÓN:

El Resumen Analítico de Investigación (RAI) debe ser elaborado en Excel según el siguiente formato registrando la información exigida de acuerdo la descripción de cada variable. Debe ser revisado por el asesor(a) del proyecto. EL RAI se presenta (quema) en el mismo CD-Room del proyecto como un segundo archivo denominado: " RAI "

No.	VARIABLES	DESCRIPCIÓN DE LA VARIABLE
1	NOMBRE DEL POSTGRADO	ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y DEL ESTADO
2	TÍTULO DEL PROYECTO	ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA AL ESTADO EN MATERIA DE ANESTESIOLOGÍA
3	AUTOR(es)	MARIN REINA YEYMMY DAYANA
4	AÑO Y MES	FEBRERO DE 2010
5	NOMBRE DEL ASESOR(a)	IBARRA MARTÍNEZ FREDY HERNANDO
6	DESCRIPCIÓN O ABSTRACT	<p>EN COLOMBIA SE VIENE JUZGANDO LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS MÉDICOS BAJO EL TÍTULO DE FALLA DEL SERVICIO, PERO, SEGÚN EL PARÁGRAFO DEL ARTÍCULO 1 DE LA LEY 9 DE 1991, LA RESPONSABILIDAD DEL MÉDICO DEBE SER OBJETIVA, DADO QUE, DICHA ESPECIALIDAD DE LA MEDICIA ES UNA ACTIVIDAD PELIGROSA Y, PORQUE A TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 90 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, PODRÍA TRATARSE DE UNA OBLIGACIÓN DE RESULTADO, YA QUE, NO ES POSIBLE ACEPTAR QUE NO SE SUPRIMA EN EL PACIENTE: ANCIEDAD, DOLOR, O LA ACTIVIDAD REFLEJA, ETC., CUANDO ES ELLOO PRECISAMENTE LO QUE SE BUSCA, MAS AÚN SI SE TIENE EN CUENTA EL CONENIDO Y ALCANCE DEL ARTÍCULO 1º DE LA LEY 9 DE 1991.</p> <p>The Court in Colombia has been judging the responsibility of the State for the medical provision services against failure of service, but, according to the paragraph in article 1 of rule 9 / 1991, the liability's doctor should be objective, because that medicine speciality is a dangerous activity. Because according to article 90 of the political constitution it could be an a result obligation that is why YOU CAN NOT ACCEPT TO DELETE DE PATEINT: anxiety, pain or reflex activity, etc., WHEN IT IS EXACTLY WHAT YOU WANTED</p>
7	PALABRAS CLAVES O DESCRIPTORES	RESPONSABILIDAD OBJETIVA DEL ESTADO EN ANESTESIOLOGÍA
8	SECTOR ECONÓMICO AL QUE PERTENECE EL PROYECTO	MÉDICO Y JURÍDICO
9	TIPO DE INVESTIGACIÓN	ENSAYO
10	OBJETIVO GENERAL	¿ES POSIBLE IMPUTAR RESPONSABILIDAD OBJETIVA AL ESTADO EN CUANTO TIENE QUE VER CON LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS MÉDICOS DE ANESTESIOLOGÍA?
11	OBJETIVOS ESPECÍFICOS	1. ¿QUÉ NORMATIVIDAD REGULA LA PRÁCTICA DE LA ANESTESIOLOGÍA EN COLOMBIA?. 2. ¿CUÁL HA SIDO LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL QUE HA FIJADO EL CONSEJO DE ESTADO SOBRE EL TEMA? 3. ¿QUÉ CRITERIOS LES MERECE LA MATERIA A LOS DOCTRINANTES?. 4. ¿CÓMO DEBE TRATARSE EL PUNTO?.

12	FUENTES BIBLIOGRÁFICAS	<p>BOERES, Alberto José y REMEDIOS DE CARRECCO, Ana. "Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio". Abeledo-Perrot Buenos Aires (Argentina). 1997.</p> <p>COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 6. (16, enero, 1991). Por la cual se reglamenta la especialidad médica de anestesiología y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 1991. No. 39.631.</p> <p>COLOMBIA. GOBIERNO NACIONAL - MINISTERIO DE SALUD (hoy Ministerio de la Protección Social). Decreto 0097. (12, enero, 1996). Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 6 de 1991, sobre la especialidad médica de Anestesiología. Bogotá, D.C. 1996.</p> <p>DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA ALCALÁ, Calixto. "Responsabilidad Objetiva y Nexo Causal en el Ámbito Sanitario". Edit. Comares, S.L. Granada, 2006.</p> <p>GHERSI, Carlos Alberto. "Responsabilidad Profesional". Edit. Astrea Buenos Aires (Argentina), 1996.</p> <p>LORENZETTI, Ricardo Luis. "Responsabilidad Civil de los Médicos". Rubinzal-Culzoni Editores Buenos Aires (Argentina), 1997.</p> <p>FERNÁNDEZ MUÑOZ, Mónica Lucía. "La Responsabilidad Médica. Problemas Actuales". Grupo Editorial Ibáñez Bogotá (Colombia), 2008.</p> <p>HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Alier Eduardo y FRANCO GÓMEZ, Catalina. "Responsabilidad Extracontractual del Estado, Análisis de la Jurisprudencia del Consejo de Estado". Edit. Ediciones Nueva Jurídica Bogotá, 2007.</p>
13	RESUMEN O CONTENIDO	<p>Con el presente ensayo se pretende establecer si es posible imputar responsabilidad objetiva al Estado en cuanto tiene que ver con la prestación de los servicios médicos de anestesiología, dado que, la norma que regula la materia, esto es, la ley 6 de 1991, ha tenido diversas interpretaciones, sin que sea unánime la opinión al respecto, por lo que, la investigación se realizó en cuatro capítulos, a saber: en una primera parte estableció qué normatividad regula la materia, para lo cual se realizó un análisis de las normas vigentes que fijan las reglas sobre la práctica de la anestesiología en Colombia; en un segundo acápite, se hizo un estudio de la evolución jurisprudencial que ha fijado el Consejo de Estado en relación con dicho campo; en el tercero, se fijó el criterio de los doctrinantes sobre la materia, y en el último capítulo, se puso de presente la posición propia sobre cómo debe tratarse la responsabilidad patrimonial del Estado en el campo de los servicios de anestesiología.</p> <p>En Colombia existe una marcada tendencia a tratar el tema de la responsabilidad médica únicamente bajo el régimen subjetivo de atribución de responsabilidad, luego, resulta interesante explorar y proponer que, en algunos precisos eventos, como en materia de anestesiología, si es posible o no una perspectiva de análisis diferente, y respecto al tema objeto de estudio, no se impute responsabilidad a título de falla del servicio.</p> <p>En Colombia la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la responsabilidad médica ha tenido diversas fases, aunque, siempre se ha hablado de que el título de imputación en materia médica es la falla del servicio, es decir, que en Colombia se ha venido juzgando la responsabilidad médica estatal bajo el régimen de atribución subjetiva, donde necesariamente se debe calificar la conducta del demandado.</p>
14	METODOLOGÍA	INVESTIGATIVA, ANALÍTICA Y COMPARATIVA.
15	CONCLUSIONES	La responsabilidad del Estado por la prestación de los servicios médicos asistenciales siempre ha sido de corte subjetivo, siendo la falla del servicio el título jurídico de atribución de responsabilidad por excelencia.