

CADUCIDAD DE LA ACCION - Noción / CADUCIDAD DE LA ACCION - Definición / CADUCIDAD DE LA ACCION - Sanción / CADUCIDAD DE LA ACCION - Pérdida de una oportunidad procesal

La caducidad es la sanción que consagra la ley por el no ejercicio oportuno del derecho de acción, en tanto al exceder los plazos preclusivos para acudir a la jurisdicción, se ve limitado el derecho que le asiste a toda persona de solicitar que sea definido un conflicto por el aparato jurisdiccional del poder público. Es decir, las normas de caducidad tienen fundamento en la seguridad jurídica que debe imperar en todo ordenamiento, en el sentido de impedir que situaciones permanezcan en el tiempo, sin que sean definidas judicialmente. En otros términos, el legislador establece unos plazos razonables para que las personas, en ejercicio de una determinada acción y, con el fin de satisfacer una pretensión específica, acudan al aparato jurisdiccional a efectos de que el respectivo litigio o controversia, sea resuelto de manera definitiva por un juez de la república con competencia para ello. Así las cosas, es la propia ley la que asigna una carga a los integrantes del conglomerado social para que, ante la materialización de un determinado hecho, actúen con diligencia en cuanto a la reclamación efectiva de los derechos reconocidos sustancialmente por las disposiciones jurídicas que de dichos supuestos fácticos se desprenden, sin que las partes puedan convenir en su desconocimiento, modificación o alteración. (...) debe entenderse la caducidad como un fenómeno jurídico en virtud del cual el administrado pierde la facultad de accionar ante la jurisdicción, por no haber ejercido su derecho dentro del término que señala la ley. Ello ocurre cuando el plazo concedido por el legislador para formular una demanda vence sin que se haya hecho ejercicio del derecho de acción. Dicho lapso está edificado sobre la conveniencia de señalar un plazo objetivo, invariable, para que quien considere ser titular de un derecho opte por accionar o no.

CADUCIDAD DE LA ACCION - Regulación normativa / CADUCIDAD DE LA ACCION - Cómputo / CADUCIDAD DE LA ACCION - Reiteración jurisprudencial

En relación con la caducidad de la acción de reparación directa, el numeral 8 del artículo 136 del C.C.A. - modificado por el artículo 44 de la ley 446 de 1998- establece lo siguiente: (...) En ese contexto, la Sala ha señalado, en reiteradas ocasiones, que el término de caducidad de la acción de reparación directa debe computarse a partir del día siguiente a la fecha en que tuvo ocurrencia el hecho, la omisión o la operación administrativa fuente o causa del perjuicio. De otro lado, es posible que, en específicas ocasiones, el daño se prolongue en el tiempo, con posterioridad al momento de acaecimiento de los hechos dañosos que sirven de fundamento de la acción, sin embargo, lo cierto es que ello no puede significar que el término de caducidad se postergue de manera indefinida, por cuanto la norma no consagra dicho supuesto. Es decir, la disposición no establece que el cómputo de la caducidad empieza a correr en el momento en que el daño se concreta por completo, sino que por el contrario determina que el mismo debe empezar a partir del día siguiente al hecho que le sirve de basamento a la pretensión, esto es, la fecha en que acaece el suceso o fenómeno que genera el daño, de no ser así se confundiría a aquél con las secuelas o efectos del mismo. Cosa distinta es que la parte demandante sólo haya tenido conocimiento del daño tiempo después de la ocurrencia del hecho, omisión u operación, pues en tales eventos, en aplicación del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal (artículo 228 C.P.), el conteo debe iniciarse a partir de la fecha en que la persona -o personas- tuvieron conocimiento del daño; una interpretación contraria supondría cercenar el mencionado derecho fundamental, así como el derecho de acción, y el supuesto

lógico de que lo que no se conoce sólo existe para el sujeto cuando lo advierte o se pone de manifiesto.

FUENTE FORMAL: CONSITITUCION POLITICA - ARTICULO 228 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 136. NUMERAL 8 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 44

NOTA DE RELATORIA: Consultar sentencia de 11 de mayo de 2000, expediente número 12200; sentencia de 10 de noviembre de 2000, expediente número 18805; sentencia de 10 de abril de 1997, expediente número 10954 y sentencia de 3 de agosto de 2006, expediente número 32537. En el mismo sentido ver auto de 3 de agosto de 2006, expediente número 32537 y auto de 7 de febrero de 2007, expediente número 32215.

FALLA MEDICA - Caducidad de la acción / FALLA DE LA ACTIVIDAD MEDICA - Caducidad de la acción / FALLA DEL SERVICIO MEDICO HOSPITALARIO - Caducidad de la acción / RESPONSABILIDAD MEDICA - Caducidad de la acción / CADUCIDAD DE LA ACCION EN FALLA MEDICA - Presupuestos / CADUCIDAD DE LA ACCION EN LA FALLA DE LA ACTIVIDAD MEDICA - Presupuestos / CADUCIDAD DE LA ACCION EN FALLA DEL SERVICIO MEDICO HOSPITALARIO - Presupuestos / CADUCIDAD DE LA ACCION EN RESPONSABILIDAD MEDICA - Presupuestos / CADUCIDAD DE LA ACCION - Cómputo / CADUCIDAD DE LA ACCION - Supuestos / CADUCIDAD DE LA ACCION - Falla médica. Reiteración jurisprudencial / CADUCIDAD DE LA ACCION - Falla de la actividad médica. Reiteración jurisprudencial / CADUCIDAD DE LA ACCION - Falla del servicio médico hospitalario. Reiteración jurisprudencial / CADUCIDAD DE LA ACCION - Responsabilidad médica. Reiteración jurisprudencial

En materia médico - sanitaria la regla general se mantiene inalterable, esto es, que el cómputo del término inicia a partir del día siguiente de la ocurrencia del hecho, omisión u operación que desencadena el daño, lo cierto es que existen dos supuestos en los cuales el citado principio de la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal hace que se aligere o aliviane la disposición del numeral 8 del artículo 136 del C.C.A.; estos dos hipótesis son: i) hasta tanto la persona no tenga conocimiento del daño, al margen de que el hecho o la omisión médica se haya concretado en un día distinto o años atrás del momento en que se establece la existencia de la lesión antijurídica y ii) cuando existe un tratamiento médico que se prolonga en el tiempo y respecto del cual se le genera al paciente una expectativa de recuperación. En el segundo escenario el paciente tiene pleno conocimiento del daño pero el servicio médico le brinda esperanzas de recuperación al someterlo a un tratamiento que se prolonga en el tiempo. En este tipo de circunstancias, el conteo de la caducidad no inicia hasta tanto no se haya proferido el diagnóstico definitivo del paciente; entonces, si el paciente padece el daño y, por lo tanto, conoce el hecho o la omisión y el daño antijurídico, pero no ha sido expedido un diagnóstico concluyente, sino que, por el contrario es parcial o temporal, no es posible radicar en cabeza de la persona el deber de demandar o accionar puesto que no conoce, hasta el momento, las condiciones de la lesión, esto es, si es definitiva, temporal, parcial, total, reversible o irreversible, etc. Es necesario insistir que el matiz introducido sólo tiene aplicación sobre la base de que la demanda se relaciona con la responsabilidad extracontractual del servicio sanitario, salvedad que quedó contenida en la sentencia de 14 de abril de 2010. (...) en el caso concreto la caducidad no hace parte del debate probatorio y, además, la interposición de la acción fue en tiempo porque los dos años empezaron a contarse desde noviembre de 1994, fecha en la que fue extraído el oblitio

quirúrgico que fue dejado en la humanidad de William Humberto al ser intervenido por el ISS.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 136. NUMERAL 8

NOTA DE RELATORIA: Consultar sentencia de 14 de abril de 2010, expediente número 19154

FALLA MEDICA - Oblito quirúrgico / FALLA DEL SERVICIO MEDICO HOSPITALARIO - Oblito quirúrgico / RESPONSABILIDAD MEDICA - Oblito quirúrgico / OBLITO QUIRURGICO - Falla probada del servicio / SISTEMA DE ALIGERAMIENTO PROBATORIO - Regla res ipsa loquitur / REGLA RES IPSA LOQUITUR - Las cosas hablan por sí mismas

El criterio de la Corporación, en relación con los casos de oblito quirúrgico, ha tenido por establecido que esos olvidos se consideran una culpa o falla probada a partir de la aplicación del sistema de aligeramiento probatorio del res ipsa loquitur, es decir, las cosas hablan por sí solas. (...) en criterio de esta Subsección, en este tipo de escenarios resulta pertinente detenerse en el estudio de los diferentes daños asociados con el oblito quirúrgico; lo anterior, en la medida que será posible en esta clase de asuntos invocar de manera autónoma o conjunta dos tipos de detrimentos o lesiones antijurídicas que se pueden o no presentar de forma autónoma o conjunta, circunstancia de la que dependerá qué tipo de régimen de responsabilidad gobierna el caso. En efecto, si el daño deprecado consiste en el hecho mismo de que se haya verificado la existencia de un cuerpo extraño en el organismo del paciente, sin que se presenten daños o perjuicios adicionales, la responsabilidad estará regida por el concepto de falla del servicio probada a partir de la máxima res ipsa loquitur, lo que generará un acercamiento o aligeramiento probatorio entre el daño y la imputación. (...) en este tipo de demandas el juez tendrá que establecer la naturaleza del daño por el que se reclama, ya que aquellos constituidos por el oblito quirúrgico en sí mismos están gobernados por la falla probada del servicio como título jurídico por excelencia, porque evidencian y ponen de presente un yerro en la prestación del servicio médico - asistencial, toda vez que el hecho de que a un paciente se le deje en su organismo un cuerpo extraño configura un palmario descuido que no requiere mayor acreditación pues se pone de presente desde la sola constatación del daño.

NOTA DE RELATORIA: En relación con la regla res ipsa loquitur y su procedencia, consultar sentencia de 19 de agosto de 2009, expediente número 18364

FALLA MEDICA - Oblito quirúrgico / FALLA DEL SERVICIO MEDICO HOSPITALARIO - Oblito quirúrgico / RESPONSABILIDAD MEDICA - Oblito quirúrgico / OBLITO QUIRURGICO - Régimen de responsabilidad objetivo

Si en la demanda se solicitan o reclaman daños irrogados por la cosa misma, en virtud de la peligrosidad que le es intrínseca, y que han desencadenado patologías como por ejemplo infecciones, gangrenas, obstrucciones, etc., la responsabilidad de la administración sanitaria bajo estas hipótesis estará presidida por un régimen objetivo en el que no es posible eximirse o exonerarse de responsabilidad con la acreditación del comportamiento diligente y cuidadoso. Este tipo de situaciones se rige por un régimen de responsabilidad objetivo ya que poco interesa determinar si el comportamiento de la entidad fue diligente o cuidadoso, por cuanto es el cuerpo extraño y el riesgo asociado al mismo lo que produjo en el plano fáctico o material

el daño antijurídico por el que se demanda. En efecto, el régimen objetivo se impone en este tipo de hipótesis porque en aras de exonerarse de responsabilidad no deviene relevante que la entidad pública demuestre que se comportó de manera diligente y cuidadosa. En otros términos, el fundamento de la objetividad en el régimen de responsabilidad dimana de la peligrosidad que es inherente al oblitio y de los efectos dañinos que de él se desprenden. Por lo tanto, la entidad demandada sólo podrá exonerarse si se acredita una causa extraña, esto es, una fuerza mayor o el hecho determinante y exclusivo de la víctima o de un tercero. (...) en los casos en que la reclamación judicial se estructura sobre la existencia de patologías que han sido ocasionadas por los efectos que irroga el hecho de que el cuerpo extraño se encuentre depositado en el cuerpo humano, o cuando se reclama de manera simultánea por ambos daños –esto es, por el oblitio quirúrgico y por las patologías por él desencadenadas– la responsabilidad se torna objetiva como quiera que está directamente relacionada con el riesgo o peligrosidad de la cosa. En situaciones de esta naturaleza, no se imbrica la cosa con el actuar humano a diferencia de otros eventos (v.gr. daños causados por bisturís o por agujas) porque en los oblitos quirúrgicos el daño no se desprende del acto médico o paramédico, sino lo que se cuestiona es la afectación que se genera a partir de la cosa misma o cuerpo extraño que se encuentra depositada en el organismo. Es decir, el daño está directamente asociado a la cosa y no es el acto médico el que desencadena el mismo sino un instrumento o material que desprendido del procedimiento científico al haber quedado olvidado en el cuerpo humano representa la lesión antijurídica que debe ser reparada.

NOTA DE RELATORIA: Consultar sentencia de 19 de agosto de 2009, expediente número 17733

FALLA MEDICA - Aplicación régimen objetivo de responsabilidad. Procedencia / FALLA DEL SERVICIO MEDICO HOSPITALARIO - Aplicación régimen objetivo de responsabilidad. Procedencia / RESPONSABILIDAD MEDICA - Aplicación régimen objetivo de responsabilidad. Procedencia / REGIMEN OBJETIVO DE RESPONSABILIDAD - Supuestos

En consecuencia, no pretende esta postura desconocer que la responsabilidad médico - hospitalaria se encuentra asentada sobre la base de un criterio culpabilista en el que mal haría la jurisprudencia administrativa en tildar a la medicina como una actividad riesgosa; no obstante, se insiste, existen varios escenarios en los que es posible predicar la existencia de un régimen objetivo. A modo ilustrativo se pueden destacar los siguientes supuestos: i) en virtud de la peligrosidad de la cosa, del procedimiento o del tratamiento empleado, siempre y cuando la herramienta riesgosa cause el daño de manera directa o por ella misma, pues si la lesión es producto de una ejecución irregular del acto médico, aunque medie un instrumento que represente peligro o riesgo, el caso específico estará regido por la responsabilidad subjetiva o culposa, ii) cuando respecto de un medicamento, tratamiento o procedimiento que implica o conlleva un progreso en la ciencia y, por lo tanto, se considera novedoso, se desconocen las consecuencias o secuelas a largo plazo del mismo, iii) cuando en el acto médico se emplean químicos o sustancias peligrosas (v.gr. eventos de medicina nuclear), iv) en supuestos de vacunas porque se asume de manera implícita su eventual peligrosidad y reacciones adversas en los diferentes organismos, v) cuando el daño es producto de una infección nosocomial o intrahospitalaria, vi) cuando el daño se irroga por la cosa misma sin que medie el acto humano, circunstancias en las que, al margen del riesgo del elemento la responsabilidad es de tipo objetiva.

**PERJUICIOS - Acreditación / PERJUICIOS MORALES - Acreditación /
PERJUICIOS MORALES - Liquidación / CONDICION DE CONYUGE O
COMPAÑERO PERMANENTE - Requiere de prueba solemne y documental**

En el proceso sólo obran los registros civiles de William Humberto Melguizo y de David Melguizo Ocampo, motivo por el cual la presunción de aflicción que ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación, sólo puede predicarse respecto de este último y no frente a Luz Dary Ocampo y Catalina Melguizo. Y, si bien, el hecho de que repose en el proceso el registro civil de nacimiento de David Melguizo que acredita que su madre es la señora Luz Dary Ocampo, ello por sí mismo no demuestra el vínculo social, afectivo o jurídico que existe entre el demandante principal William Humberto y Luz Dary; de allí que, en el caso sub examine, era imprescindible que, ante la ausencia de prueba del vínculo matrimonial o de unión marital, se probara la aflicción y el sufrimiento que significó para Luz Dary y Catalina la lesión de William Humberto Melguizo. En otros términos, al no operar la inferencia o presunción de sufrimiento –para lo cual se insiste es necesario establecer el parentesco o el vínculo existente entre los demandantes– la carga de la prueba del daño moral se radicaba en cabeza de las dos citadas demandantes quienes contaban con todos los medios probatorios que consagra el ordenamiento jurídico para su constatación. De otro lado, el hecho de que el señor Álvaro de Jesús Carvajal Sosa haya mencionado en su declaración que conoció en una ocasión a la señora Luz Dary Ocampo, ello no permite dar por establecido la congoja o la aflicción de ésta respecto a la lesión inguinal que padeció William Humberto Melguizo debido al oblitio quirúrgico, puesto que lo manifestado por el testigo no constituye prueba de la aflicción constitutiva del perjuicio moral y, además, esa naturaleza de medio probatorio no permite dar por establecido el vínculo matrimonial, puesto que tanto la condición de cónyuge como de compañera permanente requieren de prueba solemne y documental en los términos del Decreto 1260 de 1970 y la ley 979 de 2005.

NOTA DE RELATORIA: CON ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA SUBSECCION C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil once (2011)

Radicación número: 05001-23-24-000-1996-02181-01(20836)

Actor: WILLIAM HUMBERTO MELGUIZO MARQUEZ Y OTROS

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 15 de febrero de 2001, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en la que se decidió lo siguiente:

“PRIMERO: DECLARAR la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual del INSTITUTO DEL SEGURO SOCIAL (SECCIONAL ANTIOQUIA), por la falla en la prestación médica brindada al señor WILLIAM HUMBERTO MELGUIZO MÁRQUEZ desde el 11 de junio de 1990 hasta el 11 de noviembre de 1994, cuando al hacerse la última intervención quirúrgica se encontró en su interior un cuerpo extraño dejado en otro procedimiento médico; y por consiguiente, es responsable de los perjuicios ocasionados.

“SEGUNDO: En consecuencia, CONDENAR al INSTITUTO DEL SEGURO SOCIAL (SECCIONAL ANTIOQUIA) a pagar a WILLIAM HUMBERTO MELGUIZO MÁRQUEZ por concepto de perjuicios morales, la suma equivalente, en moneda nacional, a SEISCIENTOS (600) GRAMOS ORO. El valor del oro de acuerdo con certificación del Banco de la República al momento de la ejecutoria del fallo.

“TERCERO: CONDENAR al INSTITUTO DEL SEGURO SOCIAL (SECCIONAL ANTIOQUIA) a pagar a DAVID MELGUIZO OCAMPO por concepto de perjuicios morales, la suma equivalente, en moneda nacional, a TRESCIENTOS (300) GRAMOS ORO. El valor del oro de acuerdo con la certificación del Banco de la República al momento de la ejecutoria del fallo.

“CUARTO: Se dará cumplimiento a los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.” (fl. 138 cdno. ppal. 2ª instancia –mayúsculas del original)

I. ANTECEDENTES

1. Demanda y trámite de primera instancia

1.1. En demanda presentada el 8 de noviembre de 1996, William Humberto Melguizo Márquez y Luz Dary Ocampo Gallego, quienes actúan en nombre propio y en representación de sus hijos menores: Catalina y David Melguizo Ocampo, solicitaron, por intermedio de apoderado judicial, que se declare al Instituto de los Seguros Sociales “ISS” patrimonialmente responsable de los perjuicios que les fueron ocasionados con motivo de las lesiones padecidas por el primero (fls. 34 a cdno. ppal.).

En consecuencia, deprecaron que se condenara a la entidad demandada, así: i) por concepto de perjuicios morales, el valor equivalente a 1.000 gramos de oro para cada uno, ii) al pago de los daños materiales padecidos por los demandantes de conformidad con lo acreditado en el proceso, y con estricta aplicación de las reglas de la equidad establecidas en el preámbulo de la Constitución Política y en la ley 153 de 1887, y iii) a la cancelación de los honorarios profesionales en que se incurrió para la presentación de la demanda, que se tasarán conforme a las tablas de los colegios de abogados.

En apoyo de las pretensiones se expusieron, en síntesis, los siguientes hechos (fl. 35 a 39 cdno. ppal.):

1.1.1. El 1º de junio de 1990, el señor William Humberto Melguizo se presentó en la clínica del ISS para solicitar una revisión a causa de un fuerte dolor que presentaba en un testículo. Una vez valorado se le programó una cita para acudir a consulta con cirujano el 10 de julio de esa anualidad.

1.1.2. El paciente fue intervenido quirúrgicamente el 11 de de julio de 1990 por el doctor Augusto Romero, médico encargado para el efecto por el ISS.

1.1.3. Esa noche y durante los diez días siguientes, la fiebre y los intensos dolores le hacían imposible su recuperación, razón por la que visitó varios galenos del ISS, entre ellos a quien lo operó, y todos ellos le manifestaron que esos síntomas eran normales, se le medicó con penicilina , diclosil y sal de magnesio.

1.1.4. Como el dolor continuaba y la herida se iba hinchando con el paso del tiempo, el paciente en un acto de desesperación se punzó la misma con una aguja desinfectada y se evacuaron casi 100 c.c. de materia o podre.

1.1.5. Luego de drenar la herida se presentó el 24 de julio ante el doctor Romero quien le manifestó que continuara con el antibiótico y le asignó una cita para septiembre de 1990, oportunidad esta en la que se le ordenó continuar el tratamiento con antibiótico.

1.1.6. En mayo de 1991, fue valorado por la doctora Marta Luz Estrada, quien conceptuó que el paciente debía ser evaluado por cirugía general.

De nuevo el actor se hizo una punción para liberarse de la materia infecciosa. El 27 de junio de 1991, asistió a consulta por cirugía general con el doctor Romero quien continuó recetándole antiinflamatorios y antibióticos.

1.1.7. Dos años y un mes después de la operación, el 24 de agosto de 1992, el señor Melguizo fue atendido por el doctor Jairo Campuzano quien encontró la herida bastante infectada, como consta en la historia clínica y de nuevo lo remitió a valoración por cirugía general.

1.1.8. En mayo de 1993 la herida una vez más se abrió y empezó a supurar materia, y por ello se ordenó realizar una ecografía y efectuar un cultivo, lo que arrojó como resultado la existencia de una fístula inguinal posquirúrgica e infección localizada.

1.1.9. El 2 de junio de 1993, el doctor Herrera Valenzuela hizo una evaluación general del paciente, le introdujo una pinza para determinar la profundidad de la herida y concluyó que era de seis centímetros.

1.1.10. El 5 de mayo de 1994, casi cuatro años después de la primera intervención, volvió a ser valorado por el doctor Augusto Romero quien le señaló que era imperioso una vasectomía, la cual se le practicó, y así mismo se le hizo un desbridamiento inguinal izquierdo.

1.1.11. Con posterioridad, el señor Melguizo interpuso acción de tutela contra el ISS en aras de que le solucionara, de manera definitiva, sus quebrantos de salud que se venían presentando desde el año 1990, por la deficiente atención médica.

1.1.12. En cumplimiento de la sentencia proferida el 24 de junio de 1994, el paciente fue remitido y valorado en Profamilia, y se ordenó practicarle una nueva ecografía.

El 13 de julio de 1994, en la ecografía se encuentra un cuerpo extraño.

Finalmente, el 11 de noviembre de 1994, fue intervenido por el doctor Jaime Restrepo Cuartas, quien le realizó un orificio fistuloso y le extrajo siete hilos de color verdoso, bastante grandes y rodeados de cuerpos infectados y un copo de algodón.

El 17 de noviembre de 1994, le fueron retirados los puntos y se verificó que la herida había sanado completamente.

1.2. El Tribunal Administrativo de Antioquia admitió la demanda en auto del 22 de noviembre de 1996 (fl. 46 cdno. ppal.); el 10 de octubre de 1997, se decretaron las pruebas solicitadas por las partes (fls. 72 y 73 cdno. ppal.) y, por último, en proveído del 15 de febrero de 2000, se corrió traslado para alegar de conclusión (fl. 103 cdno. ppal.).

1.3. La institución demanda se opuso a las súplicas del libelo demandatorio, en los siguientes términos (fls. 63 a 70 cdno. ppal.):

1.3.1. Mal hace el apoderado de la parte demandante al solicitar daños morales en favor de los familiares de William Humberto Melguizo, pues ello sería tanto como afirmar que ese perjuicio es transmisible, o lo que es lo mismo, que los padecimientos íntimos que sufrió el paciente durante cuatro años a consecuencia de un supuesto tratamiento clínico inadecuado, así como la imposibilidad de procrear a que se ha visto sometido, sean también reconocidos en cabeza de su familia, toda vez que eso sería tanto como pretender que una patología además de ser padecida por el enfermo lo es por su familia.

1.3.2. Los daños materiales no fueron acreditados y, además, si las incapacidades se encontraran establecidas, habría que concluir que la acción de la víctima fue temeraria pues como se reconoce en la demanda el paciente en varias oportunidades se hizo a sí mismo filtraciones y punciones en la herida.

1.3.3. La acción de reparación directa, en los términos del artículo 136 del C.C.A., se encuentra prescrita en el caso concreto, razón por la que es procedente declarar la caducidad por haber sido interpuesta de forma extemporánea, es decir, con posterioridad a los dos años desde la ocurrencia del daño, ya que el cómputo de ese plazo se inició el 11 de julio de 1990.

1.4. Corrido el traslado para alegar de conclusión, intervino la parte actora para reiterar los argumentos desarrollados en el libelo petitorio (fls. 104 a 110 cdno. ppal.).

2. Sentencia de primera instancia

En sentencia del 15 de febrero de 2001, el Tribunal Administrativo de Antioquia accedió parcialmente a las súplicas de la demanda. El *a quo*, declaró la responsabilidad del ISS pues, en su criterio, existió una falla del servicio consistente en dejar en un procedimiento quirúrgico un objeto extraño en la humanidad de William Melguizo, así como un error al no haber diagnosticado de manera oportuna la existencia de ese material que fue extraído en noviembre de 1994.

De otro lado, el *a quo* denegó los perjuicios reclamados por Luz Dary Ocampo y Catalina Melguizo por no encontrar acreditada su legitimación en la causa por activa.

Entre otros aspectos, el tribunal puntualizó:

“(…) De acuerdo con el material probatorio recaudado y que fue relacionado en el acápite correspondiente de esta providencia, se estableció con certeza la ocurrencia de una falta o falla en el servicio médico. Es claro que hubo un diagnóstico equivocado, al igual que el tratamiento médico dado al paciente desde la primera operación, realizada el 11 de julio de 1990, hasta que se intervino por última vez, el 11 de noviembre de 1994, cuando le extrajeron 7 hilos trenzados de color verde muy grandes y un hilo de algodón.

“No hay duda que en la atención médica otorgada al señor William Humberto Melguizo Márquez hubo negligencia o impericia por parte de los médicos que lo atendieron e intervinieron quirúrgicamente en dos oportunidades, pues nada puede explicar que hayan dejado un cuerpo extraño en el paciente y que no hayan podido detectarlo en más de cuatro años de atención y observación. El dictamen pericial practicado y obrante en autos es contundente: el 5 de mayo de 1994 se hace diagnóstico de fístula espermocutánea y se interviene quirúrgicamente, sin que este diagnóstico sea debidamente comprobado y realmente éste no era el verdadero problema del paciente. El cirujano que lo intervino no logró dar con la causa real del asunto y que no fue otra que la propia falla médica en una intervención quirúrgica, pues se había dejado un cuerpo extraño. Es claro que durante todo este tiempo se presentó una omisión por parte del personal médico adscrito a la entidad demandada y que generó gran sufrimiento para el paciente.

“Por ello, al estar claramente probada la falta o falla del servicio, se declarará la responsabilidad del Instituto del Seguro Social en la ocurrencia del hecho y por los perjuicios ocasionados.

“(…)” (fls. 119 a 139 cdno. ppal.)

3. Recurso de apelación y trámite procesal en la segunda instancia

Inconforme con la decisión, la parte actora la recurrió en apelación (fls. 140 a 144 cdno. ppal. 2ª instancia); en providencia del 8 de mayo de 2001, fue concedido el recurso por el *a quo* y admitido por esta Corporación en auto del 26 de julio de 2001 (fls. 145 y 149 cdno. ppal. 2ª instancia).

El fundamento de la impugnación fue desarrollado con el siguiente razonamiento:

3.1.1. Manifiesta el Tribunal que no está probado que el señor William Humberto haya reducido sus ingresos en razón de la enfermedad que padecía, como quiera que no presentó la documentación correspondiente a las incapacidades ni las relaciones laborales que se afirma tuvo, ni los contratos que celebraba, ni las condiciones en que se realizan y el dinero que ganaba.

Aduce el impugnante que fue precisamente por esta razón que solicitó una condena en equidad, a efectos de compensar la merma que indudablemente tuvo en sus ingresos durante el período de incapacidad, o cuando pese a no estarlo, los mismos se disminuían por su improductividad.

3.1.2. El actor disminuyó su rendimiento laboral el que dicho sea le permitía ser contratado de manera permanente hasta antes de sufrir esa penosa enfermedad; y con su trabajo obtenía ingresos que, de acuerdo con la declaración de los testigos, eran para los años 1988 y 1991 aproximadamente de \$400.000,00 mensuales.

3.1.3. De otro lado, se debieron reconocer en favor de los demandantes las sumas en que tuvieron que incurrir por concepto de honorarios de abogado, para lo cual era pertinente emplear las tarifas del Colegio Antioqueño de Abogados y la de la Corporación Nacional de Abogados "CONALBOS".

3.1.4. Por último, si el certificado del menor David Melguizo Ocampo, como dice el honorable Tribunal, sirve para demostrar la condición de hijo de William Humberto Melguizo porque en él está el nombre de sus padres, es imperioso concluir que Luz Dary Ocampo Gallego es la cónyuge o compañera permanente de aquél, aunado al hecho de que los testigos son coherentes al señalar que conocen a la

esposa y los dos hijos del afectado, razón por la que se impone el reconocimiento de perjuicios morales a favor de la cónyuge y de la hija del demandante principal.

4. Alegatos de conclusión en la segunda instancia

El 30 de agosto de 2001, se corrió a las partes y al Agente del Ministerio Público traslado para alegar de conclusión (fl. 151 cdno. ppal. 2ª instancia), etapa en la que las partes guardaron silencio, pero intervino la Procuradora Quinta Delegada ante esta Corporación para emitir concepto en los términos que se desarrollan a continuación:

4.1. Como la parte demandada no impugnó la sentencia de primera instancia y la condena no alcanza para que proceda el grado jurisdiccional de consulta, la apelación se debe circunscribir a los puntos de inconformidad contenidos en el recurso, es decir, el reconocimiento de perjuicios materiales y morales para los demandantes.

4.2. El hecho de que la señora Luz Dary Ocampo sea madre del menor David Melguizo Ocampo, como se encuentra plenamente demostrado en el documento visible a folio 4 del cuaderno principal, y de que igual calidad ostenta respecto de la menor Catalina Melguizo Ocampo como así lo reconoció expresamente al otorgar poder al abogado para que los representara dentro de la presente acción indemnizatoria, no admite discusión, sin embargo tal calidad *per se* no legitima en la causa para demandar la indemnización de los perjuicios sufridos como consecuencia del errado y prolongado tratamiento médico quirúrgico al que debió someterse William Humberto Melguizo Márquez, ni siquiera en su condición de compañera permanente como lo pretende el recurrente, toda vez que al proceso no se allegó ni siquiera prueba sumaria que permite inferir tal calidad, pues a pesar de que los testimonios visibles a folios 75 y siguientes, refieren conocer a la familia del señor Melguizo Márquez, más exactamente a la esposa y los hijos, únicamente Álvaro de Jesús Carvajal Sosa la menciona para afirmar que “a la Sra. Luz Dary muy poco la conocí , en una reunión de integración de los trabajadores”, manifestación que no tiene la suficiente fuerza de convicción para dar por demostrada su calidad de compañera permanente del lesionado, de suerte que sus pretensiones indemnizatorias no están llamadas a prosperar.

4.2. No se encontró en el plenario, prueba de la ocurrencia o generación de perjuicios materiales, ya que no existe evidencia de que con ocasión del tratamiento médico el paciente haya debido suspender el ejercicio de su actividad como mecánico automotriz, o que tal situación le hubiera ocasionado una merma en sus ingresos.

No es posible solicitarle al juzgador que emplee la equidad y las reglas de la experiencia para establecer el término de incapacidad, los ingresos de la víctima, la disminución de la capacidad laboral, etc., y con base en esos supuestos cuantificar el perjuicio sufrido, lo que supondría que el fallador supliera las falencias probatorias a cargo de la parte actora.

II. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites propios de la segunda instancia, sin que exista causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el asunto sometido a su consideración, a través del siguiente derrotero: 1) competencia de la Sala; 2) los hechos probados, 3) valoración probatoria y conclusiones, y 4) condena en costas.

1. Competencia de la Sala

La Sala es competente para conocer del asunto en segunda instancia, como quiera que la pretensión mayor, individualmente considerada (\$23.774.740,00)¹, supera la necesaria para que un proceso iniciado en 1996 tuviera esa vocación, esto es, \$13.460.000,00.

De otro lado, por no existir una condena superior a 300 SMMLV en contra de la entidad demandada, la Sala se abstendrá de tramitar el grado jurisdiccional de consulta en los términos del artículo 184 del C.C.A.

Así las cosas, tal y como lo señaló el Ministerio Público, el ámbito de la impugnación se circunscribirá o limitará a los argumentos contenidos en el recurso de apelación, razón por la que tiene plena vigencia el principio constitucional de la

¹ Suma que corresponde a la deprecada a título de daños materiales por lucro cesante, según lo establecido en el acápite de la demanda de estimación razonada de la cuantía y que obra a folio 43 del cuaderno principal.

no reformatio in pejus, sin que sea posible hacer más gravosa la situación del apelante único.

2. Los hechos probados

Del acervo probatorio allegado al expediente, se destacan los siguientes aspectos:

2.1. Experticia rendida por los médicos Ernesto Botero Ramírez y Augusto Antonio Arias Hurtado, designados por el *a quo*, en la que se consignó:

“(…) Resumen de la historia clínica del paciente:

“Este es un paciente operado en el ISS el 11-07-90 por una hernia inguinal indirecta izquierda, de forma ambulatoria, el cual el día 13 postoperatorio presenta tumefacción dolor local intenso con drenaje espontáneo de material purulento.

“Nota de septiembre de 1990 o sea dos meses después, refiere herida quirúrgica de buen aspecto, leve hipertrofia de genitales.

“Aparece otra nota de nueve meses después de la última revisión o sea el 28-05 de 1991 donde el paciente se queja de protrusión a ese nivel y dolor especialmente con las relaciones sexuales, al otro día es evaluado por cirugía general donde se describe salida de masa en el punto orificio inguinal profundo, el paciente refiere haber presentado salida de puntos en el momento del drenaje, se le prescriben antibióticos y antiinflamatorios.

“Catorce meses después o sea el 24 de agosto de 1992 vuelve a consultar por el problema y se le palpa masa blanda renitente se le da cita para cirugía e incapacidad, el 14 de septiembre que tenía cita para cirugía el paciente no asiste a la consulta, pues según relata el con los antibióticos y antiinflamatorios que se le prescribieron por el médico que lo evaluó en esa oportunidad el proceso se enfrió y se calmó nuevamente y el paciente pensó que ya estaba bien y por eso en la evaluación me manifestó que esa era la razón de no haber asistido en esa oportunidad, vuelve a consultar el 7 de mayo de 1993 o sea 9 meses después, consultando por dolor y supuración en el sitio de la herida quirúrgica. Y se hace el diagnóstico presuntivo de la fístula inguinal postquirúrgica.

“El 5 de mayo de 1994, se hace diagnóstico de fístula espermocutánea, diagnóstico que no fue comprobado debidamente y el 20 de mayo de 1994 es intervenido quirúrgicamente para vasectomía y desbridamiento inguinal izquierdo el cual se le realiza con el propósito de que el paciente mejore definitivamente lo cual no se logra, pues al parecer y como se verá más adelante éste no era el verdadero problema u origen de sus constantes evaluaciones, y el cirujano que lo intervino fue el mismo que lo operó y que no logró dar con la causa real del asunto.

“El paciente ya cansado de esta situación y obviamente buscando una atención que le resolviera definitivamente el problema, mediante acción de tutela logra que sea evaluado e intervenido quirúrgicamente por otro cirujano diferente al que lo operó en dos oportunidades sin lograr resolver en forma definitiva el asunto y es así como llega a las manos del doctor Jaime Restrepo Cuartas.

“El 11-11 de 1994 es operado nuevamente por el Dr. Jaime Restrepo Cuartas, que describe abrir parcialmente el trayecto fistuloso y se extraen siete hilos de color verde y un hilo de algodón. Y se cierra la fístula.

“O sea se extrajo el material que estaba haciendo el efecto de cuerpo extraño y que no permitía la resolución definitiva del problema, se cierra la fístula y el paciente se recupera totalmente después de esta intervención.

“Cuestionario:

“Pregunta: evaluación de la incapacidad permanente parcial de William Humberto Melguizo Márquez.

“Respuesta: según el manual único de calificación de invalidez, y teniendo en cuenta la historia clínica y la evaluación del paciente la incapacidad permanente parcial del paciente en mención es de 6,9%.

“Pregunta: qué consecuencias acarrea la inasistencia sistemática de un paciente a las consultas.

“Respuesta: la inasistencia sistemática de un paciente a la consulta, acarrea que al no poder ver al paciente con más frecuencia se pierdan detalles que impidan seguir la evolución de su estado de salud y, en consecuencia, no poder tomar las medidas correctivas a tiempo.

“En el caso que nos ocupa el paciente asistía cada que presentaba sintomatología, sólo dejó de asistir en una oportunidad pues la causa que lo había hecho consultar había desaparecido con el tratamiento de antibióticos y antiinflamatorios que un mes antes, cuando consultó, le habían prescrito en el ISS.

“Pregunta: puede ello conducir a dificultades en el diagnóstico de una dolencia determinada.

“Respuesta: obviamente que al no poder ver al paciente y no poder ver su estado o condición de salud se dificulta el diagnóstico preciso, y más que el diagnóstico preciso el diagnóstico oportuno de una dolencia determinada.” (fls. 85 a 88 cdno. ppal.).

2.2. Declaración del señor Álvaro de Jesús Carvajal Sosa, rendida ante el a quo, quien interrogado sobre los supuestos fácticos que se debaten en el proceso puntualizó:

“(…) Preguntado por el Despacho luego de que se le pusiera de presente el objeto de su testimonio: Diga si conoce al señor WILLIAM HUMBERTO MELGUIZO MÁRQUEZ, LUZ DARY OCAMPO GALLEGO y a los menores CATALINA Y DAVID MELGUIZO OCAMPO. En caso positivo desde cuándo, por qué y qué nexos ha tenido con ellos? Contestó: sí conozco a WILLIAM como mecánico que fue de mi compañía SUMAR Ltda. A la Sra. LUZ DARY muy poco la conocí, es una reunión de integración de trabajadores de la compañía. Preguntado: cuánto tiempo laboró el señor Melguizo en su compañía y cómo fue el comportamiento laboral? Contestó: él laboró con la compañía alrededor de unos tres o cuatro años, no recuerdo exactamente. Él era mecánico general en el ramo Diesel y gasolina. Eso fue por los años 1988, 1989 y 1990 o 1991, algo así. Él se ganaba unos cuatrocientos mil pesos mensuales por esa época y tenía bonificaciones que le hacían variar su salario... yo no recuerdo la fecha exacta hasta la que trabajó pero sí recuerdo que fue como hasta finales de 1991...” (fls. 75 y 76 cdno. ppal. - mayúsculas del original).

2.3. Testimonio recibido por el Tribunal de primera instancia del señor Jorge Hernando Pérez Reyes, quien manifestó:

“(…) A WILLIAM MELGUIZO lo conocí cuando trabajaba en obras públicas, de una compañía que se llama Tratecsa y ahí tuve la oportunidad de conocer a la familia de él, la esposa y los hijos. Luego ya él se retiró de allí y empezó a trabajar independiente como contratista. PREGUNTADO: recuerda de qué época a qué época trabajó en FRATECSA? CONTESTÓ: Por 1991 y 1992, más o menos. Fratecsa es como una filial de GECOLSA donde tienen personal calificado, técnicos y se los suministraban a GECOLSA por determinado tiempo. Yo en GECOLSA era el jefe de servicios. Tratecsa me suministraba a mí los técnicos de acuerdo a las necesidades que yo tuviera en el taller. William era el administrador de las oficinas de Tratecsa en Medellín y yo me entendía con él para esos efectos. PREGUNTADO: sabe si WILLIAM MELGUIZO padeció alguna enfermedad que le diera dificultades en su trabajo? CONTESTÓ: cuando WILLIAM decidió independizarse como contratista, en varias oportunidades tuve la necesidad de sus servicios. GECOLSA es distribuidor exclusivo de Caterpillar en Colombia. Yo adquiría un compromiso con un contratista para la reparación de un componente en determinado tiempo y los resultados que yo obtuve con WILLIAM como contratista en ese tiempo no fue el mejor de todos se le notaba digamos deficiencia física y en algunas oportunidades más bien decidí no darle trabajo porque estaba quedando con los trabajos adquiridos... En algunas oportunidades por incumplimiento, no puedo decir que por enfermo no me consta, le quedaba yo mal al contratista. Fuera WILLIAM yo

manejaba otros contratistas que sí me suplían las necesidades de tiempo... Yo diría que él dejó de percibir dinero por ineficiencia digamos así, por no entregarme los trabajos a tiempo..." (fls. 76 a 78 cdno. ppal. - mayúsculas del original).

2.4. Historia clínica del señor William Humberto Melguizo en la que se lee:

"(...) Nota operatoria:

"11-XI-94 Bajo anestesia general se abre parcialmente el orificio fistular y se extraen 7 hilos trenzados de color verde muy grandes y 1 hilo de algodón. Cirujano Jaime Restrepo." (fl. 27 cdno. ppal.)

3. Valoración probatoria y conclusiones

Analizados los medios probatorios que integran el proceso, la Sala revocará parcialmente la decisión apelada, para confirmar la responsabilidad de la demandada y hacer algunos reconocimientos, conversiones y actualizaciones frente a la condena.

3.1. Sea lo primero advertir que al margen de que la caducidad no haya sido un aspecto objeto de apelación y, por lo tanto, sobre este tema recaiga la limitación que impone el derecho fundamental de la *no reformatio in pejus* respecto del apelante único, lo cierto es que, en aras de suministrar claridad en la materia, y debido a las particularidades fácticas del proceso, la Sala efectuará algunas precisiones relevantes respecto a esta figura procesal y su operatividad frente a supuestos de responsabilidad médico - sanitaria.

La caducidad es la sanción que consagra la ley por el no ejercicio oportuno del derecho de acción, en tanto al exceder los plazos preclusivos para acudir a la jurisdicción, se ve limitado el derecho que le asiste a toda persona de solicitar que sea definido un conflicto por el aparato jurisdiccional del poder público.

Es decir, las normas de caducidad tienen fundamento en la seguridad jurídica que debe imperar en todo ordenamiento, en el sentido de impedir que situaciones permanezcan en el tiempo, sin que sean definidas judicialmente. En otros términos, el legislador establece unos plazos razonables para que las personas, en ejercicio de una determinada acción y, con el fin de satisfacer una pretensión específica, acudan al aparato jurisdiccional a efectos de que el respectivo litigio o

controversia, sea resuelto de manera definitiva por un juez de la república con competencia para ello.

Así las cosas, es la propia ley la que asigna una carga² a los integrantes del conglomerado social para que, ante la materialización de un determinado hecho, actúen con diligencia en cuanto a la reclamación efectiva de los derechos reconocidos sustancialmente por las disposiciones jurídicas que de dichos supuestos fácticos se desprenden, sin que las partes puedan convenir en su desconocimiento, modificación o alteración.

Ahora bien, en relación con la caducidad de la acción de reparación directa, el numeral 8 del artículo 136 del C.C.A. - modificado por el artículo 44 de la ley 446 de 1998- establece lo siguiente:

“La de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por acusa de trabajo público o por cualquier otra causa.”

En ese contexto, la Sala ha señalado, en reiteradas ocasiones³, que el término de caducidad de la acción de reparación directa debe computarse a partir del día siguiente a la fecha en que tuvo ocurrencia el hecho, la omisión o la operación administrativa fuente o causa del perjuicio.

De otro lado, es posible que, en específicas ocasiones, el daño se prolongue en el tiempo, con posterioridad al momento de acaecimiento de los hechos dañosos que sirven de fundamento de la acción, sin embargo, lo cierto es que ello no puede significar que el término de caducidad se postergue de manera indefinida, por cuanto la norma no consagra dicho supuesto. Es decir, la disposición no establece que el cómputo de la caducidad empieza a correr en el momento en que el daño se concreta por completo, sino que por el contrario determina que el mismo debe empezar a partir del día siguiente al hecho que le sirve de basamento a la

² “(...) durante la marcha del proceso son innumerables las ocasiones en que corresponde a la parte ejercitar determinado acto, cuya omisión le traerá la pérdida de una oportunidad procesal; es lo que se denomina cargas procesales.” DEVIS Echandía, Hernando “Teoría General del Proceso”, Ed. Universidad Editores, Buenos Aires, Pág. 44.

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de: 11 de mayo de 2000 exp. 12200; 10 de noviembre de 2000 exp. 18805; 10 de abril de 1997 exp. 10954, y de 3 de agosto de 2006, exp. 32537. Autos de: 3 de agosto de 2006, exp. 32537; 7 de febrero de 2007, exp. 32215.

pretensión, esto es, la fecha en que acaece el suceso o fenómeno que genera el daño, de no ser así se confundiría a aquél con las secuelas o efectos del mismo.

Cosa distinta es que la parte demandante sólo haya tenido conocimiento del daño tiempo después de la ocurrencia del hecho, omisión u operación, pues en tales eventos, en aplicación del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal (artículo 228 C.P.), el conteo debe iniciarse a partir de la fecha en que la persona -o personas- tuvieron conocimiento del daño; una interpretación contraria supondría cercenar el mencionado derecho fundamental, así como el derecho de acción, y el supuesto lógico de que lo que no se conoce sólo existe para el sujeto cuando lo advierte o se pone de manifiesto.

De otra parte, debe entenderse la caducidad como un fenómeno jurídico en virtud del cual el administrado pierde la facultad de accionar ante la jurisdicción, por no haber ejercido su derecho dentro del término que señala la ley. Ello ocurre cuando el plazo concedido por el legislador para formular una demanda vence sin que se haya hecho ejercicio del derecho de acción. Dicho lapso está edificado sobre la conveniencia de señalar un plazo objetivo, invariable, para que quien considere ser titular de un derecho opte por accionar o no.

La facultad potestativa de accionar comienza con el término prefijado por la ley, y nada obsta para que se ejercite desde el primer día, pero fenece definitivamente al caducar o terminar el plazo, momento en el que se torna improrrogable y, por ende, preclusivo.

Y, si bien en materia médico - sanitaria la regla general se mantiene inalterable, esto es, que el cómputo del término inicia a partir del día siguiente de la ocurrencia del hecho, omisión u operación que desencadena el daño, lo cierto es que existen dos supuestos en los cuales el citado principio de la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal hace que se aligere o aliviane la disposición del numeral 8 del artículo 136 del C.C.A.; estos dos hipótesis son: i) hasta tanto la persona no tenga conocimiento del daño, al margen de que el hecho o la omisión médica se haya concretado en un día distinto o años atrás del momento en que se establece la existencia de la lesión antijurídica y ii) cuando existe un tratamiento médico que se prolonga en el tiempo y respecto del cual se le genera al paciente una expectativa de recuperación.

En el segundo escenario el paciente tiene pleno conocimiento del daño pero el servicio médico le brinda esperanzas de recuperación al someterlo a un tratamiento que se prolonga en el tiempo. En este tipo de circunstancias, el conteo de la caducidad no inicia hasta tanto no se haya proferido el diagnóstico definitivo del paciente; entonces, si el paciente padece el daño y, por lo tanto, conoce el hecho o la omisión y el daño antijurídico, pero no ha sido expedido un diagnóstico concluyente, sino que, por el contrario es parcial o temporal, no es posible radicar en cabeza de la persona el deber de demandar o accionar puesto que no conoce, hasta el momento, las condiciones de la lesión, esto es, si es definitiva, temporal, parcial, total, reversible o irreversible, etc.

Es necesario insistir que el matiz introducido sólo tiene aplicación sobre la base de que la demanda se relaciona con la responsabilidad extracontractual del servicio sanitario, salvedad que quedó contenida en la sentencia de 14 de abril de 2010, oportunidad en la que esta Sección discurrió así:

“Por consiguiente, la valoración médica y la finalización del tratamiento, en el asunto específico, no modifica el conteo de la caducidad, ya que como se señaló, los demandantes fueron conscientes y, por lo tanto, advertidos del daño desde la fecha en que se produjo el incidente, esto es, el 19 de mayo de 1996, sin que en el caso concreto el conocimiento de las secuelas del mismo, ni la cesación del servicio médico influyan en el cómputo del plazo de caducidad, máxime si se tiene en cuenta que la demanda se dirige a que sean indemnizadas las lesiones producto del accidente, no las que devienen de un yerro médico.”⁴ (Se destaca).

Como se aprecia, la excepción referida a la “valoración médica final” o de “diagnóstico definitivo”, sólo tiene la virtualidad de prolongar el cómputo de la caducidad en asuntos de responsabilidad médica - hospitalaria, es decir, cuando el daño se concretó en desarrollo del servicio de salud bien a través de un acto médico, paramédico o extramédico.

No obstante las anteriores precisiones, se insiste, en el caso concreto la caducidad no hace parte del debate probatorio y, además, la interposición de la acción fue en tiempo porque los dos años empezaron a contarse desde noviembre de 1994, fecha en la que fue extraído el oblitio quirúrgico que fue dejado en la humanidad de William Humberto al ser intervenido por el ISS.

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente No. 19.154.

3.2. De otro lado, la Sala mantendrá la decisión apelada en cuanto se refiere a la responsabilidad patrimonial de la demandada porque: i) no es un aspecto que haga parte del objeto de la apelación en los términos del artículo 357 del C.P.C., y ii) la atribución del daño en cabeza del ISS se encuentra absolutamente establecido toda vez que se dejó un objeto en el cuerpo del demandante principal, compuesto por siete hilos de color verde y un hilo de algodón, circunstancia que generó un daño antijurídico imputable a la administración pública por ser la que intervino al paciente y dejó ese oblito quirúrgico que sólo vino a ser extraído el 11 de noviembre de 1994.

El criterio de la Corporación, en relación con los casos de oblito quirúrgico, ha tenido por establecido que esos olvidos se consideran una culpa o falla probada a partir de la aplicación del sistema de aligeramiento probatorio del *res ipsa loquitur*⁵, es decir, las cosas hablan por sí solas. Así lo ha señalado la doctrina:

“Entendemos por oblito quirúrgico aquellos casos en los cuales con motivo de una intervención quirúrgica, se dejan olvidados dentro del cuerpo del paciente instrumentos o materiales utilizados por los profesionales intervinientes. Por lo común los elementos olvidados son instrumental quirúrgico (pinzas, agujas, etc.) y, más frecuentemente, gasas o compresas.

“Este tipo de irregularidades quirúrgicas - a veces justificadas - por lo general ocasionan un daño al paciente, quien con seguridad deberá como mínimo someterse a una nueva intervención al solo efecto de la extracción del material olvidado...

“Estos supuestos, en consecuencia, se han transformado en frecuente causa de responsabilidad civil médica, por lo que han sido objeto de tratamiento por la doctrina en forma reiterada⁶.

“Bueres, en la primera edición de su clásica obra sobre responsabilidad de los médicos, recordaba que en Francia

⁵ En sentencia de 19 de agosto de 2009, exp. 18364, la Sección Tercera del Consejo de Estado puntualizó: “1. La regla *res ipsa loquitur*, la cosa que habla por sí misma; es el nombre dado a una forma de evidencia circunstancial que crea una deducción de negligencia. Procede de los ordenamientos de common law donde cada día tiene mayor aceptación; el demandante solo tiene que probar el daño anormal o excepcional sufrido y la imputación del mismo a una entidad de derecho público; en su esencia indica que los daños producidos no se verifican normalmente si no existe una culpa, el hecho habla por si como prueba de la culpa. A modo de ejemplo, no será necesario demostrar la negligencia del médico o del hospital en el que amputaron al enfermo la pierna equivocada o le extirparon un órgano distinto al que debían, o en el que murió un niño como consecuencia de una operación corriente.”

⁶ Adorno - Garrido, El art. 1113 del Cód. Civil. Comentado. Anotado, cit., p. 252 y ss.; Bueres, Responsabilidad civil de los médicos, cit., p. 244; Mosset Iturraspe - Lorenzetti, Contratos médicos, cit., p. 199; Trigo Represas, Félix, Responsabilidad civil de los médicos por el empleo de las cosas inanimadas en el ejercicio de la profesión, LL, 1981-B-777 y siguientes.

originariamente los tribunales admitieron, en ciertos casos, la exoneración de la responsabilidad médica, partiendo de la base de que en el estado en que se encontraba la cirugía no resultaba factible utilizar procedimientos infalibles para evitar este tipo de accidentes, pero luego la justicia se fue mostrando cada vez más severa en situaciones de esta índole, por entender que existen mecanismos adecuados a fin de evitar los olvidos⁷.

“(...)

“Respecto a la frecuencia de este tipo de olvidos, en un fallo, con cita de un tratado de medicina legal se ha dicho que "... lo que acabamos de manifestar no es una exención de culpa para todos los casos de olvidos de gasas. Hay casos en que el olvido será un error, pero hay otros, y los hemos visto en nuestra práctica, que son indiscutibles casos de responsabilidad médica, por la impericia, la imprudencia o la negligencia demostrada por el médico tanto durante la intervención quirúrgica como después, durante el postoperatorio, frente a la sintomatología del paciente progresivamente agravada sin aparente causa, y en donde el todo arrancaba no sólo de la existencia de una gasa o compresa olvidada sino, y en grado más importante aún, en no haberse preocupado por esclarecer las causas de esa deficiente evolución y en no haber llevado a cabo, en última instancia, una reintervención para aclarar el porqué de esa evolución atípica..."⁸.

La jurisprudencia de esta Sección también ha sido enfática al respecto y ha razonado de la siguiente forma:

"El hecho de haber dejado una aguja quirúrgica en el cuerpo de la paciente, constituye sin lugar a dudas una evidente falla en la prestación del servicio médico, porque esa situación no puede obedecer sino al descuido con que se actuó en tal intervención y no obra en el proceso prueba que pueda exonerar a la administración de la responsabilidad que le corresponde".⁹

"Sobre el particular, encuentra la Sala que las entidades demandadas en ningún momento desvirtuaron la negligencia que predicen los actores, la cual tuvo lugar en la cirugía de la víctima al dejar dentro de su humanidad cuerpos extraños "*gasas y agujas*" (fl. 28 cdno. Ppal), que dieron lugar a una peritonitis abdominal, shock séptico, insuficiencia renal aguda y trombolismo pulmonar (fl. 5 cdno ppal).

"Afirmación que se corrobora con el testimonio del doctor Carlos Escobar Gónima, ginecólogo del Hospital Universitario San Vicente de Paúl de Medellín, quien atendió de urgencia a la paciente en esa institución cuando fue remitida por el hospital San Juan de Dios de

⁷ Bueres, Responsabilidad civil de los médicos, cit., p. 244 - 245.

⁸ Vázquez Ferreyra, Roberto. Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina. 1ª edición colombiana 1993. Editorial Dike. Pág. 199 a 201.

⁹ Sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado proferidas el 3 de septiembre y 3 de noviembre de 1992, expedientes 7221 y 7336, respectivamente.

Yarumal, y el cuál manifestó que aquella:

"...ingreso al servicio de urgencias de ginecología en malas condiciones y a quien se le encontró hallazgos pulmonares y una masa abdominal. El diagnóstico de quien la ingresó que fui yo, fueron tres diagnósticos: un hematoma abdominal por anticoagulación o "souvenir" que es el nombre que damos a un cuerpo extraño y una sepsis o infección generalizada. La señora ese mismo día en las horas de la noche, fue intervenida quirúrgicamente, encontrándose un cuerpo extraño en el abdomen. La cirugía fue la extracción de la gasa y una recepción intestinal y de colón izquierdo y lavado de la cavidad."¹⁰

No obstante lo anterior, en criterio de esta Subsección, en este tipo de escenarios resulta pertinente detenerse en el estudio de los diferentes daños asociados con el oblitio quirúrgico; lo anterior, en la medida que será posible en esta clase de asuntos invocar de manera autónoma o conjunta dos tipos de detrimentos o lesiones antijurídicas que se pueden o no presentar de forma autónoma o conjunta, circunstancia de la que dependerá qué tipo de régimen de responsabilidad gobierna el caso.

En efecto, si el daño deprecado consiste en el hecho mismo de que se haya verificado la existencia de un cuerpo extraño en el organismo del paciente, sin que se presenten daños o perjuicios adicionales, la responsabilidad estará regida por el concepto de falla del servicio probada a partir de la máxima *res ipsa loquitur*, lo que generará un acercamiento o aligeramiento probatorio entre el daño y la imputación. *A contrario sensu*, si en la demanda se solicitan o reclaman daños irrogados por la cosa misma, en virtud de la peligrosidad que le es intrínseca, y que han desencadenado patologías como por ejemplo infecciones, gangrenas, obstrucciones, etc., la responsabilidad de la administración sanitaria bajo estas hipótesis estará presidida por un régimen objetivo en el que no es posible eximirse o exonerarse de responsabilidad con la acreditación del comportamiento diligente y cuidadoso.

Este tipo de situaciones se rige por un régimen de responsabilidad objetivo¹¹ ya que poco interesa determinar si el comportamiento de la entidad fue diligente o

¹⁰ Sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado proferida el 16 de marzo de 2000, expediente 11.890.

¹¹ A modo de ejemplo, en la sentencia de 19 de agosto de 2009, exp. 17733, la Sección Tercera de esta Corporación disertó de la siguiente forma: "Así mismo, se hace claridad en que los daños derivados de: infecciones intrahospitalarias o nosocomiales, la aplicación de vacunas, el suministro de medicamentos, o el empleo de métodos terapéuticos nuevos y de consecuencias poco conocidas todavía, constituyen lesiones antijurídicas que se analizan dentro de los actos médicos y/o

cuidadoso, por cuanto es el cuerpo extraño y el riesgo asociado al mismo lo que produjo en el plano fáctico o material el daño antijurídico por el que se demanda.

Sobre el particular, la doctrina sobre la materia ha señalado:

“Es claro que la mera presencia de la cosa no transporta la responsabilidad al ámbito objetivo; menos aún cuando ésta se subsume dentro del acto del hombre, perdiendo trascendencia, adoptando un mero carácter instrumental. Cuando la cosa ha sido una extensión de la mano del hombre, como ocurre con el bisturí o la jeringa de la enfermera, o la anestesia del especialista, no desplaza al actuar humano.

“(…) Cuando se utiliza un bisturí eléctrico por ejemplo, y éste produce una descarga dañosa para el enfermo, es notorio que la cosa ha excedido el actuar humano, interviniendo activamente en la relación causal, por lo que se tratará del supuesto de responsabilidad por riesgo contemplado en el artículo 1113...

“Por último, dentro de los daños causados por la cosa, podrían caer los supuestos tan comunes de olvidos en que incurren los cirujanos (oblitos quirúrgicos), en tanto éstos sean fuente de daños.”¹² (Negrillas de la Sala).

En efecto, el régimen objetivo se impone en este tipo de hipótesis porque en aras de exonerarse de responsabilidad no deviene relevante que la entidad pública demuestre que se comportó de manera diligente y cuidadosa. En otros términos, el fundamento de la objetividad en el régimen de responsabilidad dimana de la peligrosidad que es inherente al oblito y de los efectos dañinos que de él se desprenden. Por lo tanto, la entidad demandada sólo podrá exonerarse si se acredita una causa extraña, esto es, una fuerza mayor o el hecho determinante y exclusivo de la víctima o de un tercero.

En consecuencia, no pretende esta postura desconocer que la responsabilidad médico - hospitalaria se encuentra asentada sobre la base de un criterio

paramédicos, y que, por consiguiente, se rigen por protocolos científicos y por la *lex artis*; en consecuencia, si bien gravitan de manera cercana a la obligación de seguridad hospitalaria, no pueden vincularse con la misma, motivo por el que en su producción no resulta apropiado hacer referencia técnicamente a la generación de un evento adverso. Por el contrario, aquéllos constituyen daños antijurídicos que tienden a ser imputados o endilgados –y así ha sido aceptado por la mayoría de la doctrina y jurisprudencia extranjeras– desde una perspectiva objetiva de responsabilidad, razón por la que no tendrá relevancia jurídica la acreditación de que la entidad hospitalaria actuó de manera diligente o cuidadosa, sino que lo determinante es la atribución fáctica o material del daño en cabeza del servicio médico y sanitario brindado, asociado con el factor de riesgo que conllevan las mencionadas circunstancias.”

¹² LORENZETTI, Ricardo Luis “Responsabilidad Civil de los Médicos”, Ed. Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 424 y 428.

culpabilista en el que mal haría la jurisprudencia administrativa en tildar a la medicina como una actividad riesgosa; no obstante, se insiste, existen varios escenarios en los que es posible predicar la existencia de un régimen objetivo. A modo ilustrativo se pueden destacar los siguientes supuestos: i) en virtud de la peligrosidad de la cosa, del procedimiento o del tratamiento empleado, siempre y cuando la herramienta riesgosa cause el daño de manera directa o por ella misma, pues si la lesión es producto de una ejecución irregular del acto médico, aunque medie un instrumento que represente peligro o riesgo, el caso específico estará regido por la responsabilidad subjetiva o culposa, ii) cuando respecto de un medicamento, tratamiento o procedimiento que implica o conlleva un progreso en la ciencia y, por lo tanto, se considera novedoso, se desconocen las consecuencias o secuelas a largo plazo del mismo, iii) cuando en el acto médico se emplean químicos o sustancias peligrosas (v.gr. eventos de medicina nuclear), iv) en supuestos de vacunas porque se asume de manera implícita su eventual peligrosidad y reacciones adversas en los diferentes organismos, v) cuando el daño es producto de una infección nosocomial o intrahospitalaria, vi) cuando el daño se irroga por la cosa misma sin que medie el acto humano, circunstancias en las que, al margen del riesgo del elemento la responsabilidad es de tipo objetiva.

Así las cosas, en este tipo de demandas el juez tendrá que establecer la naturaleza del daño por el que se reclama, ya que aquellos constituidos por el oblito quirúrgico en sí mismos están gobernados por la falla probada del servicio como título jurídico por excelencia, porque evidencian y ponen de presente un error en la prestación del servicio médico - asistencial, toda vez que el hecho de que a un paciente se le deje en su organismo un cuerpo extraño configura un palmario descuido que no requiere mayor acreditación pues se pone de presente desde la sola constatación del daño. En consecuencia, radicar en cabeza del demandante el deber de acreditar esos elementos constitutivos de la falla del servicio es inadmisibles porque sería imponerle una carga en extremo difícil para la demostración de ese elemento de la responsabilidad, razón por la que, con base en criterios de equidad y justicia, se ha empleado el citado criterio de aligeramiento probatorio de la culpa basado en la contundencia de los hechos que constituyen el daño antijurídico.

De otro lado, en los casos en que la reclamación judicial se estructura sobre la existencia de patologías que han sido ocasionadas por los efectos que irroga el hecho de que el cuerpo extraño se encuentre depositado en el cuerpo humano, o

cuando se reclama de manera simultánea por ambos daños –esto es, por el oblitio quirúrgico y por las patologías por él desencadenadas– la responsabilidad se torna objetiva como quiera que está directamente relacionada con el riesgo o peligrosidad de la cosa. En situaciones de esta naturaleza, no se imbrica la cosa con el actuar humano a diferencia de otros eventos (v.gr. daños causados por bisturís o por agujas) porque en los oblitos quirúrgicos el daño no se desprende del acto médico o paramédico, sino lo que se cuestiona es la afectación que se genera a partir de la cosa misma o cuerpo extraño que se encuentra depositada en el organismo. Es decir, el daño está directamente asociado a la cosa y no es el acto médico el que desencadena el mismo sino un instrumento o material que desprendido del procedimiento científico al haber quedado olvidado en el cuerpo humano representa la lesión antijurídica que debe ser reparada.

3.3. En cuanto se refiere a la indemnización por daños morales, la Sala modificará la decisión adoptada para, en principio, acoger los planteamientos desarrollados por la señora agente del Ministerio Público, en la medida que no se encuentran demostrados los perjuicios cuyo reconocimiento se pretende alcanzar con el recurso de alzada, pero, de otro lado, incrementar los reconocidos a favor de William Humberto y su hijo David Melguizo.

En efecto, en el proceso sólo obran los registros civiles de William Humberto Melguizo y de David Melguizo Ocampo, motivo por el cual la presunción de aflicción que ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación, sólo puede predicarse respecto de este último y no frente a Luz Dary Ocampo y Catalina Melguizo.

Y, si bien, el hecho de que repose en el proceso el registro civil de nacimiento de David Melguizo que acredita que su madre es la señora Luz Dary Ocampo, ello por sí mismo no demuestra el vínculo social, afectivo o jurídico que existe entre el demandante principal William Humberto y Luz Dary; de allí que, en el caso *sub examine*, era imprescindible que, ante la ausencia de prueba del vínculo matrimonial o de unión marital, se probara la aflicción y el sufrimiento que significó para Luz Dary y Catalina la lesión de William Humberto Melguizo. En otros términos, al no operar la inferencia o presunción de sufrimiento –para lo cual se insiste es necesario establecer el parentesco o el vínculo existente entre los demandantes– la carga de la prueba del daño moral se radicaba en cabeza de las

dos citadas demandantes quienes contaban con todos los medios probatorios que consagra el ordenamiento jurídico para su constatación.

De otro lado, el hecho de que el señor Álvaro de Jesús Carvajal Sosa haya mencionado en su declaración que conoció en una ocasión a la señora Luz Dary Ocampo, ello no permite dar por establecido la congoja o la aflicción de ésta respecto a la lesión inguinal que padeció William Humberto Melguizo debido al oblitio quirúrgico, puesto que lo manifestado por el testigo no constituye prueba de la aflicción constitutiva del perjuicio moral y, además, esa naturaleza de medio probatorio no permite dar por establecido el vínculo matrimonial, puesto que tanto la condición de cónyuge como de compañera permanente requieren de prueba solemne y documental en los términos del Decreto 1260 de 1970 y la ley 979 de 2005.

Por la anterior circunstancia, ante la falta de los documentos legales que permitieran acreditar la relación de parentesco entre las demandantes Luz Dary Ocampo y Catalina Melguizo Ocampo, se impone la confirmatoria de la decisión apelada en cuanto denegó el reconocimiento y pago de perjuicios morales a favor de ellas.

Así mismo, como se precisó, se otorgará en el caso concreto el máximo de 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes a favor del demandante principal, en atención a las particularidades del caso, esto es, cuatro años de sufrimiento, una vasectomía obligatoria y la necesidad de tener el paciente que infiltrarse a sí mismo para obtener un hálito de tranquilidad frente a los fuertes dolores que le producía la purulencia radicada en sus órganos genitales. De igual forma, se reconocerán 50 SMMLV a David Melguizo Ocampo a título de perjuicios morales.

Además, huelga señalar que si bien, en el caso concreto, se podría llegar a reconocer otro tipo de perjuicio inmaterial como por ejemplo el daño a la salud, máxime si existieron múltiples afecciones que alteraron de manera significativa la integridad psicofísica de William Humberto, lo cierto es que al no haber sido solicitado en el libelo demandatorio hace imposible proceder a su reconocimiento con apego al principio de congruencia que rige la materia.

3.4. De otro lado, en cuanto se refiere al pago de daños materiales, en la modalidad de lucro cesante, la Sala revocará parcialmente la providencia apelada

por las siguientes razones: i) de conformidad con el dictamen pericial practicado en el proceso, la incapacidad laboral del paciente corresponde al 6,9% por tal motivo se reconocerá y liquidará el lucro cesante teniendo como referencia ese referencia; ii) además, en aplicación del principio de equidad, invocado en la demanda y en el recurso de apelación, y sin que se hubiera deprecado un monto determinado para la liquidación del daño, se tomará como base de liquidación un salario mínimo mensual legal vigente.

En ese sentido, la Sala se aparta del criterio contenido en la sentencia de 20 de mayo de 2009, caso en el que se constató la pérdida anatómica testicular de un paciente y la incapacidad del 12,85% pero se denegó la indemnización por daño material, en la modalidad de lucro cesante, al considerar que el hecho de perder una de las gónadas no implicaba disminución laboral porque la actividad económica del lesionado no estaba relacionada con esa parte específica del cuerpo.

En efecto, en la citada oportunidad la Sala señaló:

“En el presente asunto, la Sala estima necesario precisar que si bien la Junta de Calificación de Invalidez del Ministerio de Protección Social, Seccional Valle del Cauca, certificó la invalidez del señor Fabián Vicente Benavides por la pérdida de uno de sus testículos, en un porcentaje equivalente al 12.85%, lo cierto es que dicha pérdida anatómica no implica necesariamente el detrimento o disminución de la capacidad laboral, salvo, claro está, en aquellos eventos en los cuales dicha glándula fuera utilizada en algún tipo de labor productiva, circunstancia que no se encuentra acreditada en el proceso.”¹³

Para la Sala el razonamiento allí contenido limita de manera injustificada el principio de reparación integral, toda vez que el juez no tenía elementos técnicos o científicos para apartarse de la calificación de invalidez que había sido realizada por los peritos. En ese orden de ideas, al asociar la pérdida anatómica con la actividad lucrativa que al momento del daño desempeñaba el paciente, se introduce una restricción injustificada que impide la reparación plena del perjuicio causado, ya que la prueba idónea está dando cuenta de la existencia del daño y el porcentaje que aqueja al respectivo demandante.

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 20 de mayo de 2009, exp. 16925.

En otros términos, deviene inadmisibles que verificada de manera técnica la incapacidad laboral y su porcentaje, el fallador se aparte de ese hecho probado con el argumento de que la pérdida anatómica o la lesión (v.gr. un ojo, una mano, un testículo, una lesión inguinal, etc.) no estaba asociada o relacionada con la actividad productiva del paciente. Así las cosas, la afectación a la pérdida laboral genérica en el porcentaje que se encuentre establecida en el proceso, salvo prueba en contrario, debe ser reparada en el respectivo porcentaje si es inferior al 50%, o de manera plena si es superior a ese porcentaje, según los lineamientos del artículo 38 de la ley 100 de 1993.

En relación con la aplicación de la equidad en la valoración y cuantificación del daño, la Sección con apoyo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha discurrido sin ambages en los términos que se transcriben¹⁴:

“En conclusión, las entidades demandadas deberán garantizar el pago de una indemnización que se traduzca en una “pensión de invalidez”, la cual deberá ser cancelada desde el momento en que cumpla 18 años (7 de junio del año 2015), hasta que suceda el desafortunado momento de su fallecimiento, pensión que corresponderá a un (1) SMMLV, y que refleja una obligación de dar a la cual quedan vinculadas las entidades demandadas de forma solidaria. Y, si bien, no existe en el expediente un medio probatorio del que se desprenda la valoración del citado daño, ni su cuantificación monetaria precisa, lo cierto es que el juez cuenta con el principio de equidad para la ponderación y valoración del daño, tal y como lo precisó la Corte Suprema de Justicia, en los siguientes términos:

“En efecto, ante la configuración de excepcionales circunstancias fácticas que imposibiliten o hagan en extremo difícil deducir un equivalente exacto entre el monto de la indemnización y el daño material padecido por las víctimas y por cuanto “dicho monto no viene a desempeñar, en la generalidad de los casos, sino la función de satisfacer, frente de los beneficiarios, cierto bienestar que reemplace al que fue arrebatado por la muerte de una persona”, se colige, siguiendo otros precedentes jurisprudenciales, que la simple dificultad de tipo probatorio, *per se*, no puede cerrar el paso a la merecida indemnización, pues “si ello fuere así, los perjuicios morales de tan inasible evaluación, no podrían jamás representarse en cantidades pecuniarias”, lo que, en el entendido de que “la ley no dice cuál es el criterio adoptable para tales justiprecios”, lleva ineluctablemente a concluir que **“en esta labor es indispensable acudir a las reglas generales del derecho”**, admitiendo que “el juez está dotado de alguna relativa libertad para llegar a conclusiones

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 1º de octubre de 2008, exp. 27268.

que consulten la equidad, siendo, como es, irrealizable a todas luces una justicia de exactitud matemática”, y que, tratándose de daños ciertos que se proyectan en el futuro, “la prestación de la indemnización debe consultar una compensación equitativa que ponga a los damnificados en una situación patrimonial más o menos equivalente a la que tenían antes del acontecimiento que les causó el menoscabo” (XLVI, págs. 689 y 690).

“Y no está por demás recordar que la equidad se erige en uno de los más caros criterios teleológicos que debe caracterizar la gestión judicial, no sólo para interpretar la ley cual lo disponen los artículos 32 del Código Civil y 8º de la Ley 153 de 1887, sino para definir tópicos ajenos a la labor hermenéutica propiamente dicha, inclusive de naturaleza probatoria, pues, *v. gr.*, de conformidad con la Ley 446 de 1998, dentro de cualquier proceso que se surta ante la administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas, **“atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”** (art. 16, se subraya)”¹⁵.

“Y, por su parte, la Sala en reciente oportunidad puntualizó:

“El ingreso calculado para los afectados, con base en el ingreso promedio de profesionales universitarios, se realiza en aplicación del principio de reparación integral, establecido en el artículo 16 de la ley 446 de 1998. Debe señalarse que no es un recurso extraño a la jurisprudencia de la Sala. En sentencia del 18 de junio de 1997, no se consideraron los ingresos del afectado al momento de su muerte sino los calculados con base en su trayectoria profesional...”¹⁶

En esa línea de pensamiento, se acogerá el planteamiento del recurrente al indicar que el daño se encuentra probado y debe ser reparado en equidad con apoyo en las reglas de la experiencia, razón por la que se empleará el salario mínimo mensual vigente para liquidar el citado perjuicio.

Así las cosas, se liquidará el lucro cesante consolidado que comprende la indemnización sobre el porcentaje de incapacidad correspondiente al período existente entre la fecha del daño y la de expedición de la sentencia. De otro lado, se liquidará el lucro cesante futuro desde la fecha del fallo hasta la vida probable del lesionado, para lo que se tendrá en cuenta que el demandante principal nació

¹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del cinco de octubre de 2004, expediente: 6975, Magistrado Ponente: Pedro Octavio Munar Cadena.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 31 de mayo de 2007, exp. 15170, M.P. Enrique Gil Botero.

el 24 de enero de 1962 y las tablas de mortalidad expedidas por la Superintendencia Bancaria de Colombia (hoy Financiera), de manera concreta la resolución 497 de 1997.

3.4.1. Lucro cesante consolidado:

$$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$$

En donde se tiene que: (Ra) es la renta actualizada, en el caso concreto corresponde al salario mínimo mensual legal vigente con el que se liquidará el perjuicio y sobre ese porcentaje se tomará el de 6,9% que corresponde a la incapacidad reconocida. (N) comprende el número de meses transcurridos desde el momento del daño y la fecha de la sentencia, e (i) es una constante.

$$S = \$36.956,00, \frac{(1 + 0.004867)^{247,13} - 1}{0.004867}$$

$$\mathbf{S = \$17.613.638,00}$$

3.4.2. Lucro cesante futuro

$$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i (1 + i)^n}$$

$$S = \$36.956,00 \frac{(1 + 0.004867)^{28,58} - 1}{0.004867 (1 + 0.004867)^{28,58}}$$

$$\mathbf{S = \$999.827,00}$$

3.5. Por último, la Sala confirmará el proveído impugnado en cuanto denegó la indemnización por concepto de daño emergente consistente en el pago de

honorarios de abogado conforme a las tablas de los colegios de abogados, puesto que no se acreditó el hecho de que se haya sufrido ese daño o detrimento patrimonial y, por lo tanto, al no acreditarse la existencia de la afectación mal haría el juzgador en emplear la equidad en la presunción de un perjuicio cuya prueba se encontraba a cargo de la parte actora en los términos del artículo 177 del C.P.C.

En consecuencia, a diferencia de lo ocurrido con el lucro cesante deprecado, se impone la negativa del daño emergente reclamado porque se desconoce la existencia del daño alegado.

4. Condena en costas

Como quiera que el recurso de apelación prosperó de manera parcial, de conformidad con lo reglado en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998, no habrá lugar a condenarla en costas; de otro lado, no se evidencia que las partes hayan actuado con temeridad o mala fe.

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. Modifícase la sentencia apelada, esto es, la proferida del 15 de febrero de 2001, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

Segundo. Como consecuencia de lo anterior, **declárase** administrativa y extracontractualmente responsable a la entidad demandada de los perjuicios causados a los demandantes, señalados en la parte motiva de esta providencia.

Tercero. Condénase al Instituto de los Seguros Sociales “ISS”, a pagar las siguientes sumas de dinero:

1) A título de lucro cesante para William Humberto Melguizo Márquez la suma de dieciocho millones seiscientos trece mil cuatrocientos sesenta y cinco pesos m/cte

\$18.613.465,00

2) Por daño moral, las sumas de dinero que se determinan a continuación, todas ellas expresadas en salarios mínimos mensuales legales vigentes:

Para William Humberto Melguizo Márquez: 100 SMMLV

Para David Melguizo Ocampo: 50 SMMLV

Cuarto. Deniégnese las demás pretensiones de la demanda.

Quinto. Cúmplase lo dispuesto en esta providencia, en los términos establecidos en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

Sexto. En firme este fallo **devuélvase** el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento y expídanse a la parte actora las copias auténticas con las constancias de las que trata el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

ENRIQUE GIL BOTERO
Presidente de la Sala

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

OLGA VALLE DE LA HOZ

ACLARACION DE VOTO DEL DR. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

FALLA MEDICA - Caducidad de la acción / FALLA DE LA ACTIVIDAD MEDICA - Caducidad de la acción / FALLA DEL SERVICIO MEDICO HOSPITALARIO - Caducidad de la acción / RESPONSABILIDAD MEDICA - Caducidad de la acción / CADUCIDAD DE LA ACCION EN FALLA MEDICA - Fundamento constitucional de la caducidad y del termino fijado en la ley y la Constitución / CADUCIDAD DE LA ACCION EN FALLA DE LA ACTIVIDAD MEDICA - Fundamento constitucional de la caducidad y del término fijado en la ley y la Constitución / CADUCIDAD DE LA ACCION EN LA FALLA DEL SERVICIO MEDICO HOSPITALARIO - Fundamento constitucional de la caducidad y del término fijado en la ley y la Constitución / CADUCIDAD DE LA ACCION EN RESPONSABILIDAD MEDICA - Fundamento constitucional de la caducidad y del término fijado en la ley y la Constitución / CADUCIDAD DE

LA ACCION - Cómputo / CADUCIDAD DE LA ACCION - Precedente constitucional jurisprudencial

La caducidad como instituto procesal debe examinarse en el marco de su fundamento constitucional, que no es otro que el artículo 228 de la Constitución en el que se apoya la ratio de los términos procesales, los cuales deben responder al principio de diligencia de todos los sujetos que actúan en el proceso. (...) Dicho fundamento constitucional orienta la aplicación de los términos procesales desde una perspectiva social, propia a la justicia distributiva [Rawls, Dworkin, Dobson], cuyo sustento se encuentra en la efectiva protección de los derechos y en la resolución definitiva de los conflictos que surgen a diario en el complejo tejido social. (...) Lo anterior plantea una primera distinción necesaria respecto a lo fallado por la Sala, ya que se está poniendo de presenta la necesidad de considerar que el derecho de acceso a la administración de justicia debe ser considerado, valorado y apreciado sin que haya lugar a su deformación y/o distorsión, porque sería como admitir su propia negación al colapsar el sistema jurídico, restarle eficacia y eficiencia al juez y plantear una suerte de ruptura al principio de confianza legítima. Sin duda, los supuestos considerados por la Sala relativos al cómputo del término de caducidad para eventos de responsabilidad derivada de falla en la actividad médica es contradictoria, especialmente el segundo de ellos, puesto que produce un retroceso en la concepción individualista del derecho procesal, desestimándose el avance que vino a producirse con la constitucionalización del derecho de acceso a la administración de justicia, cuya vocación es eminentemente colectiva, lo que daría cabida al cumplimiento de la justicia distributiva, que permite que todos los ciudadanos tengan posibilidades reales de ver resueltos sus conflictos, y no que se vean limitados o prolongados en la decisión por la admisión de criterios de flexibilización que serían contrarios a la Constitución, como se resalta por el precedente jurisprudencial constitucional.

FALLA MEDICA - Caducidad de la acción / FALLA DE LA ACTIVIDAD MEDICA - Caducidad de la acción / FALLA DEL SERVICIO MEDICO HOSPITALARIO - Caducidad de la acción / RESPONSABILIDAD MEDICA - Caducidad de la acción / OBLITO QUIRURGICO - Caducidad de la acción / CADUCIDAD DE LA ACCION - Improcedencia de la flexibilización del término. Precedente jurisprudencial constitucional

Es claro que la tutela constitucional del derecho al acceso a la administración de justicia en el que está inmersa la consideración del término de caducidad no puede pretender que se ampare la "inacción o negligencia del titular", pese a que se revelen circunstancias que pongan en cuestión no la causa sino el desencadenamiento continuado de las consecuencias, como sucede en el asunto decidido por la Sala, donde la determinación de los efectos de la etiología que venía padeciendo se viene a establecer con ocasión de la ecografía realizada el 13 de julio de 1994 y de la intervención realizada el 11 de noviembre de 1994 en las que se encontró el oblito quirúrgico. No se puede, en cualquier caso, prodigar el abandono del ejercicio de los derechos, porque sería tanto como respaldar el ejercicio indiscriminado de las acciones judiciales en cualquier tiempo sin que se manifieste la verdadera voluntad de conservar o no su derecho. (...) la flexibilización que se pretende operar se hace sustentada en la invocación de la denominada "expectativa de recuperación" que es una manifestación, sin, duda, de la afirmación de un derecho subjetivo como prevalente, cuando, como lo resalta el precedente jurisprudencial constitucional el sentido del instituto procesal de la caducidad es la protección del interés general. Además, porque lo que justifica la aplicación de la caducidad es precisamente evitar la incertidumbre respecto al deber o no que cabría achacar al estado de reparar un daño antijurídico causado.

(...) los términos de caducidad, en especial para el ejercicio de la acción de reparación directa, están fijados para ofrecer la certeza jurídica a todo ciudadano que se crea con la posibilidad de invocar la tutela judicial, pero también a toda la colectividad, especialmente cuando se trata del respeto que merece proteger frente a la estabilidad cuando se trata de daños antijurídicos cuya causa y ocurrencia se consolidó en un momento temporal preciso, sin perjuicio del carácter continuado del mismo. En ese sentido, permitir la aplicación de la flexibilización del término de caducidad en materia de responsabilidad de la administración pública por falla en la actividad médica, que implica el ejercicio en cualquier tiempo de la acción, puede vulnerar los derechos al debido proceso y a la pronta administración de justicia, tal como se ha sostenido por el precedente jurisprudencial constitucional.

NOTA DE RELATORIA: Precedente jurisprudencial constitucional. Consultar Corte Constitucional. Sentencia SC - 165 de 1993; sentencia SC - 351 de 1994; sentencia SC - 418 de 1994; sentencia SC - 115 de 1998; sentencia SC - 832 de 2001; sentencia C - 394 de 2002; sentencia C - 1033 de 2006 y sentencia C- 410 de 2010

FALLA MEDICA - Caducidad de la acción / FALLA DE LA ACTIVIDAD MEDICA - Caducidad de la acción / FALLA DEL SERVICIO MEDICO HOSPITALARIO - Caducidad de la acción / RESPONSABILIDAD MEDICA - Caducidad de la acción / CADUCIDAD DE LA ACCION - Improcedencia de la flexibilización del término. Precedente jurisprudencial

Se afirma para no abrir la puerta a una suerte de flexibilización de los términos de caducidad cuando no se tiene plenas garantías de las circunstancias que motivaron al accionante a o ejercer la acción de reparación cuando se manifestó el afloramiento del hecho dañoso, y no de sus efectos o consecuencias continuadas, sin perjuicio de dividir el iter causal y considerar el último evento como un daño autónomo de su origen. Teniendo en cuenta lo anterior, la posición más reciente de la Sala en la sentencia de 14 de abril de 2010 (Exp.19154), se encamina por los mismos postulados del precedente de 1985, y contrario a lo decidido en el fallo que es objeto de aclaración, ya que plantea: i) que el cómputo de la caducidad “empieza a correr a partir de la ocurrencia del hecho y no desde la cesación de sus efectos perjudiciales”; ii) siendo esto así, “cuando no puede conocerse, en ese momento su existencia o realidad, debe tenerse en cuenta la fecha en la que se le determina y el paciente tiene conocimiento de ello”; iii) pero no operara lo anterior, cuando se pueda determinar el inicio del cómputo a partir de la certeza del conocimiento del daño producido, siempre que su ocurrencia sea simultánea; iv) así mismo, “la valoración médica y la finalización del tratamiento no modifica el conteo de la caducidad “cuando la víctima fue consciente y estuvo advertida del daño desde que se produce el evento o incidente, sin que las secuelas”, “ni la cesación del servicio médico” influya en el cómputo del plazo de caducidad”; v) por lo que, se concluye, la “caducidad es un fenómeno que tiene por objeto consolidar situaciones jurídicas, que de lo contrario permanecería indeterminadas en el tiempo, creando con ello inseguridad jurídica, ya que una vez configurada impide el acudir ante la Jurisdicción para que sea definida por ella determinada controversia”. En mi criterio, es este el precedente jurisprudencial al que debe darse continuidad ya que de lo contrario se estaría enviando un mensaje equívoco a la sociedad y a los operadores jurídicos, de manera que no se garantice la seguridad jurídica, la certeza y la prevalencia del interés general, puesto que la línea señalada por la Sala en el fallo, induce a pensar que se está configurando un supuesto adicional del momento a partir del cual se debe producir el cómputo,

elemento adicional que pone en cuestión su afirmación en sede judicial, ya que esta competencia es privativa del legislador.

NOTA DE RELATORIA: Precedente jurisprudencial. Consultar sentencia de 14 de abril de 2010, expediente número 19154 y sentencia de 10 de diciembre de 2009, expediente número 35528, entre otras.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA SUBSECCION C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil once (2011)

Radicación número: 05001-23-24-000-1996-02181-01(20836)

Actor: WILLIAM HUMBERTO MELGUIZO MARQUEZ Y OTROS

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

ACLARACION DE VOTO

Aunque compartí la decisión adoptada en sentencia de 24 de marzo de 2011, me permito aclarar voto en cuanto al alcance que se quiere dar a la aplicación de la caducidad en los eventos en los que se discute la responsabilidad derivada de la falla de la administración pública en la actividad médica. En mi criterio la consideración de la caducidad en un caso de este tipo de responsabilidad debe analizar: 1) el fundamento constitucional de la caducidad y del término fijado en función del artículo 228 de la Carta Política; y; 2) el fundamento que la Sala en materia de caducidad, y su proyección al caso.

1) Fundamento constitucional de la caducidad y del término fijado en el artículo 136 numeral 8º del Código Contencioso Administrativo, en función del artículo 228 de la Carta Política.

1 La caducidad como instituto procesal debe examinarse en el marco de su fundamento constitucional, que no es otro que el artículo 228 de la Constitución en el que se apoya la *ratio* de los términos procesales, los cuales deben responder al principio de diligencia de todos los sujetos que actúan en el proceso. En cuanto a este primer argumento, el precedente jurisprudencial constitucional señala,

“... la Constitución no sólo pretende que los derechos de los ciudadanos se hagan efectivos, esto es, que se borre la consabida brecha entre normas válidas y normas eficaces, también pretende que los mecanismos por medio de los cuales los ciudadanos ven garantizados sus derechos sean efectivos. De ahí el énfasis en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad de la función administrativa consagrada en el artículo 209 y la exigencia contemplada en el artículo 228 de que los términos procesales se observen con diligencia so pena de sanciones.

(...)

Dicho precepto legal, por lo demás, expresa nítidamente el interés general que todos los ciudadanos tienen en la buena y pronta marcha de la justicia.

... La constitucionalidad de la sanción en cuestión no puede ser vista desde la estrecha óptica de la relación individual de autoridad entre juez y parte. Ello, por cuanto su "justicia" es la resultante no de su conformidad con las expectativas -siempre cambiantes, variables e inciertas- de los individuos considerados como sujetos de una relación procesal, sino por su correspondencia con los valores que el propio Constituyente priorizó en la Carta de 1991, entre los cuales se cuenta el restablecimiento de la confianza ciudadana en la justicia, y su prestación recta y eficaz¹⁷.

Dicho fundamento constitucional orienta la aplicación de los términos procesales desde una perspectiva social, propia a la justicia distributiva [Rawls, Dworkin, Dobson], cuyo sustento se encuentra en la efectiva protección de los derechos y en la resolución definitiva de los conflictos que surgen a diario en el complejo tejido social. Lo anterior ratifica el precedente jurisprudencial constitucional según el cual,

“Desde esta perspectiva, es claro que la justicia, entendida como la resultante de la efectiva y recta mediación y resolución con carácter definitivo de los conflictos surgidos en el transcurso del devenir social, se mide en términos del referente social y no de uno de sus miembros¹⁸.

Con base en estos presupuestos, la el precedente jurisprudencial constitucional ha señalado que,

“Para nadie es desconocido que la sociedad entera tiene interés en que los procesos y controversias se cierren definitivamente, y que atendiendo ese propósito, se adoptan instituciones y mecanismos que pongan término a la posibilidad de realizar intemporal o indefinidamente actuaciones ante la administración de justicia, para que las partes actuen (sic) dentro de ciertos plazos y condiciones, desde luego, con observancia plena de las garantías

¹⁷ Corte Constitucional, SC-165 de 1993.

¹⁸ Corte Constitucional, SC-165 de 1993.

*constitucionales que aseguren amplias y plenas oportunidades de defensa y de contradicción del derecho en litigio*¹⁹.

2 Lo anterior plantea una primera distinción necesaria respecto a lo fallado por la Sala, ya que se está poniendo de presenta la necesidad de considerar que el derecho de acceso a la administración de justicia debe ser considerado, valorado y apreciado sin que haya lugar a su deformación y/o distorsión, porque sería como admitir su propia negación al colapsar el sistema jurídico, restarle eficacia y eficiencia al juez y plantear una suerte de ruptura al principio de confianza legítima. En este sentido, el precedente jurisprudencial constitucional considera,

*“El derecho de acceso a la administración de justicia, sufriría grave distorsión en su verdadero significado si, como lo desean los demandantes, este pudiera concebirse como una posibilidad ilimitada, abierta a los ciudadanos sin condicionamientos de ninguna especie. Semejante concepción conduciría a la parálisis absoluta del aparato encargado de administrar justicia. Implícitamente supondría además la exoneración del individuo de toda ética de compromiso con la buena marcha de la justicia, y con su prestación recta y eficaz. Y, en fin (sic), el sacrificio de la colectividad, al prevalecer el interés particular sobre el general. En suma, esa concepción impediría su funcionamiento eficaz, y conduciría a la imposibilidad de que el Estado brindara a los ciudadanos reales posibilidades de resolución de sus conflictos. Todo lo cual sí resultaría francamente contrario a la Carta*²⁰.

A lo que se agrega por le precedente jurisprudencial constitucional,

*“El derecho de acceso a la administración de justicia, sufriría grave distorsión en su verdadero significado si, como lo desean los demandantes, éste pudiera concebirse como una posibilidad ilimitada, abierta a los ciudadanos sin condicionamientos de ninguna especie. Semejante concepción conduciría a la parálisis absoluta del aparato encargado de administrar justicia... En suma, esa concepción impediría su funcionamiento eficaz, y conduciría a la imposibilidad de que el Estado brindara a los ciudadanos reales posibilidades de resolución de sus conflictos. Todo lo cual sí resultaría francamente contrario a la Carta*²¹.

Sin duda, los supuestos considerados por la Sala relativos al cómputo del término de caducidad para eventos de responsabilidad derivada de falla en la actividad médica es contradictoria, especialmente el segundo de ellos, puesto que produce un retroceso en la concepción individualista del derecho procesal, desestimándose el avance que vino a producirse con la constitucionalización del derecho de acceso a la administración de justicia, cuya vocación es eminentemente colectiva,

¹⁹ Corte Constitucional, SC-351 de 1994.

²⁰ Corte Constitucional, SC-351 de 1994.

²¹ Corte Constitucional, SC-418 de 1994.

lo que daría cabida al cumplimiento de la justicia distributiva, que permite que todos los ciudadanos tengan posibilidades reales de ver resueltos sus conflictos, y no que se vean limitados o prolongados en la decisión por la admisión de criterios de flexibilización que serían contrarios a la Constitución, como se resalta por el precedente jurisprudencial constitucional.

3 Desde la perspectiva propiamente del instituto de la caducidad, su alcance, conforme al fundamento constitucional que se expresó, debe considerarse en los términos que el precedente constitucional ofrece,

“... la institución jurídica de la caducidad de la acción se fundamenta en que, como al ciudadano se le imponen obligaciones relacionadas con el cumplimiento de los deberes de colaboración con la justicia para tener acceso a su dispensación, su incumplimiento, o lo que es lo mismo, su no ejercicio dentro de los términos señalados por las leyes procesales -con plena observancia de las garantías constitucionales que integran el debido proceso y que aseguran plenas y amplias posibilidades de ejercitar el derecho de defensa-, constituye omisión en el cumplimiento de sus obligaciones de naturaleza constitucional y, por ende, acarrea para el Estado la imposibilidad jurídica de continuar ofreciéndole mayores recursos y oportunidades, ante la inactividad del titular del derecho en reclamar el ejercicio que le corresponde (sic).

De ahí que tampoco sea sostenible el argumento según el cual la caducidad frustra el derecho de acceso a la justicia pues, mal podría violarse este derecho respecto de quien gozando de la posibilidad de ejercerlo, opta por la vía de la inacción. Es imposible que pueda desconocerse o vulnerarse el derecho de quien ha hecho voluntaria dejación del mismo, renunciando a su ejercicio o no empleando la vigilancia que la preservación de su integridad demanda”²².

En este marco, es claro que la tutela constitucional del derecho al acceso a la administración de justicia en el que está inmersa la consideración del término de caducidad no puede pretender que se ampare la “inacción o negligencia del titular”, pese a que se revelen circunstancias que pongan en cuestión no la causa sino el desencadenamiento continuado de las consecuencias, como sucede en el asunto decidido por la Sala, donde la determinación de los efectos de la etiología que venía padeciendo se viene a establecer con ocasión de la ecografía realizada el 13 de julio de 1994 y de la intervención realizada el 11 de noviembre de 1994 en las que se encontró el oblitio quirúrgico. No se puede, en cualquier caso, prodigar el abandono del ejercicio de los derechos, porque sería tanto como respaldar el ejercicio indiscriminado de las acciones judiciales en cualquier tiempo sin que se manifieste la verdadera voluntad de conservar o no su derecho.

²² Corte Constitucional, SC-351 de 1994.

Y cabe resaltar, que el ejercicio de la acción de reparación directa dentro de los términos fijados por el artículo 136 numeral 8º del C.C.A., representa una manifestación clara del principio de seguridad jurídica y de la prevalencia del interés general, por lo que el precedente jurisprudencial constitucional considera que la caducidad se constituye en el,

“... límite dentro del cual el ciudadano debe reclamar del Estado determinado derecho; por ende, la actitud negligente de quien estuvo legitimado en la causa no puede ser objeto de protección, pues es un hecho cierto que quien, dentro de las oportunidades procesales fijadas por la ley ejerce sus derechos, no se verá expuesto a perderlos por la ocurrencia del fenómeno indicado”²³.

A lo que se agrega, siguiendo el precedente jurisprudencial constitucional,

“La caducidad es una institución jurídico procesal a través del cual, el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia. Su fundamento se haya en la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad jurídica, para evitar la paralización del tráfico jurídico. En esta medida, la caducidad no concede derechos subjetivos, sino que por el contrario apunta a la protección de un interés general. La caducidad impide el ejercicio de la acción, por lo cual, cuando se ha configurado no puede iniciarse válidamente el proceso”²⁴.

Todo lo anterior no encuentra correspondencia con lo sostenido por la Sala en el fallo, donde claramente se busca conceder derechos subjetivos a aquellos que encontrándose en determinadas circunstancias y/o condiciones médicas puedan invocar en cualquier tiempo la acción de reparación directa, como cuando se afirma que “cuando existe un tratamiento médico que se prolonga en el tiempo y respecto del cual se genera una expectativa de recuperación” derivada del suministro de un tratamiento prolongado, el cómputo de la caducidad “no inicia hasta tanto no se haya proferido el diagnóstico definitivo del paciente”.

Está claro, en mi criterio, que la flexibilización que se pretende operar se hace sustentada en la invocación de la denominada “expectativa de recuperación” que es una manifestación, sin, duda, de la afirmación de un derecho subjetivo como prevalente, cuando, como lo resalta el precedente jurisprudencial constitucional el sentido del instituto procesal de la caducidad es la protección del interés general. Además, porque lo que justifica la aplicación de la caducidad es precisamente

²³ Corte Constitucional, SC-115 de 1998.

²⁴ Corte Constitucional, SC-832 de 2001. Puede verse también sentencias C-394 de 2002, C-1033 de 2006, C-410 de 2010.

evitar la incertidumbre respecto al deber o no que cabría achacar al estado de reparar un daño antijurídico causado. En este sentido, el precedente jurisprudencial constitucional señala,

“La justificación de la aplicación de la figura de la caducidad en las acciones contencioso administrativas, tiene como fundamento evitar la incertidumbre que podría generarse ya sea por la eventual anulación de un acto administrativo, o el deber que podría recaer sobre el Estado de reparar el patrimonio del particular afectado por una acción u omisión suya. Así, en esta materia, se han establecido plazos breves y perentorios para el ejercicio de estas acciones, transcurridos los cuales el derecho del particular no podrá reclamarse en consideración del interés general”²⁵.

4 En mi criterio, los términos de caducidad, en especial para el ejercicio de la acción de reparación directa, están fijados para ofrecer la certeza jurídica²⁶ a todo ciudadano que se crea con la posibilidad de invocar la tutela judicial, pero también a toda la colectividad, especialmente cuando se trata del respeto que merece proteger frente a la estabilidad cuando se trata de daños antijurídicos cuya causa y ocurrencia se consolidó en un momento temporal preciso, sin perjuicio del carácter continuado del mismo. En ese sentido, permitir la aplicación de la flexibilización del término de caducidad en materia de responsabilidad de la administración pública por falla en la actividad médica, que implica el ejercicio en cualquier tiempo de la acción, puede vulnerar los derechos al debido proceso y a la pronta administración de justicia, tal como se ha sostenido por el precedente jurisprudencial constitucional,

“De ahí que, la posibilidad de ejercer la acción de reparación directa en cualquier tiempo, como lo pretende el actor, no sólo vulneraría los derechos al debido proceso y a la pronta administración de justicia, sino la seguridad y certeza jurídicas en que se fundamenta el Estado de derecho”²⁷.

2) El fundamento que la Sala en materia de caducidad, y su proyección al caso.

Partiendo del precedente de la Sala, cuando se de determinar el cómputo de la caducidad de la acción [en similares condiciones a la prescripción extintiva que opera en materia civil]

²⁵ Corte Constitucional, SC-832 de 2001.

²⁶ Corte Constitucional, SC-115 de 1998.

²⁷ Corte Constitucional, SC-115 de 1998.

“Si la prescripción extintiva de una acción no se cuenta sino desde el día en que ésta nace, o como dice Chiovenda, desde «el día en que tenga el poder de pedir la actualización de la ley», una acción de responsabilidad comienza a prescribir desde el día en que la víctima sufre el perjuicio, desde el día en que se causa el daño, porque es en este momento cuando nace el derecho a obtener la reparación. Mas, no quiere ello decir que después de una primera demanda, la víctima no puede reclamar una nueva indemnización mediante el ejercicio de una acción nacida de un nuevo perjuicio, porque precisamente ésta no empieza a prescribir sino desde el día en que el perjuicio se realiza. Y esto no sólo es exacto cuando se trata de daños repetidos, sino también cuando el perjuicio es continuado. Ahora bien, los perjuicios que causa la abstención u omisión de un deber no se producen siempre en forma instantánea, pues, cuando se trata de bienes jurídicos no susceptibles de destrucción o disminución, los efectos nocivos de la omisión no surgen ni se agotan en un instante, porque ella apenas viene a hacer un obstáculo en el disfrute de tales bienes. Después de la lesión que se realiza en el primer momento, la violación del derecho y el daño o perjuicio consiguiente, se renuevan continuamente, mientras dura o permanece el estado de abstención u omisión, en relación con tal clase de bienes jurídicos. Así, por ejemplo, la omisión o abstención para resolver una solicitud de licencia para exportar banano, que es un bien susceptible de destrucción, puede causar el daño de la pérdida del cargamento en un instante dado; en cambio la omisión, o abstención en resolver sobre una licencia para edificar, constituye apenas un obstáculo para el disfrute del inmueble, mediante edificación y por eso el daño que causa no se produce de una vez, sino que se renueva en forma indefinida, mientras dura o permanece la omisión. En este caso los perjuicios son continuados, la acción de resarcimiento nace desde que principian a causarse, pero no prescribe al mismo tiempo respecto de todos, porque no se realizan o consuman en un mismo instante. Bien puede decirse que si la acción es la misma en su naturaleza, cada vez que se renueva el perjuicio nace el derecho a obtener la reparación y comienza desde que el nuevo daño se produce”²⁸ (subrayado fuera de texto).

Lo anterior, incluso, se afirma para no abrir la puerta a una suerte de flexibilización de los términos de caducidad cuando no se tiene plenas garantías de las circunstancias que motivaron al accionante a o ejercer la acción de reparación cuando se manifestó el afloramiento del hecho dañoso, y no de sus efectos o consecuencias continuadas, sin perjuicio de dividir el iter causal y considerar el último evento como un daño autónomo de su origen

Teniendo en cuenta lo anterior, la posición más reciente de la Sala en la sentencia de 14 de abril de 2010 (Exp.19154), se encamina por los mismos postulados del precedente de 1985, y contrario a lo decidido en el fallo que es objeto de aclaración, ya que plantea: i) que el cómputo de la caducidad “empieza a correr a partir de la ocurrencia del hecho y no desde la cesación de sus efectos perjudiciales”; ii) siendo esto así, “cuando no puede conocerse, en ese momento

²⁸ Sentencia de 27 de junio de 1985.

su existencia o realidad, debe tenerse en cuenta la fecha en la que se le determina y el paciente tiene conocimiento de ello”; iii) pero no operara lo anterior, cuando se pueda determinar el inicio del cómputo a partir de la certeza del conocimiento del daño producido, siempre que su ocurrencia sea simultánea; iv) así mismo, “la valoración médica y la finalización del tratamiento... no modifica el conteo de la caducidad “cuando la víctima fue consciente y estuvo advertida del daño desde que se produce el evento o incidente, sin que las secuelas”, “ni la cesación del servicio médico” influya en el cómputo del plazo de caducidad” (subrayado fuera de texto); v) por lo que, se concluye, la “caducidad es un fenómeno que tiene por objeto consolidar situaciones jurídicas, que de lo contrario permanecería indeterminadas en el tiempo, creando con ello inseguridad jurídica, ya que una vez configurada impide el acudir ante la Jurisdicción para que sea definida por ella determinada controversia”.

En mi criterio, es este el precedente jurisprudencial al que debe darse continuidad ya que de lo contrario se estaría enviando un mensaje equívoco a la sociedad y a los operadores jurídicos, de manera que no se garantice la seguridad jurídica, la certeza y la prevalencia del interés general, puesto que la línea señalada por la Sala en el fallo, induce a pensar que se está configurando un supuesto adicional del momento a partir del cual se debe producir el cómputo, elemento adicional que pone en cuestión su afirmación en sede judicial, ya que esta competencia es privativa del legislador.

Ahora bien, y en gracia de discusión, ni siquiera en el supuesto de desaparición forzada el precedente de la Sala ha modificado la esencia del instituto de la caducidad, sino que plegándose a la modificación operada por el legislador respecto al momento en que inicia el cómputo de la misma ha ratificado que una vez se produce la aparición de la víctima, o la ejecutoria del fallo definitivo en la jurisdicción penal, se empezará a contar el término de caducidad el cual no varía. En ese sentido el precedente de la Sala sostiene,

“La Sala reitera que la ocurrencia de los eventos consignados en la norma en cita no implica que no opere la caducidad para la reclamación de los perjuicios causados con el evento de “desaparición forzada”, toda vez que lo que el legislador hizo fue introducir una variación en relación con el momento en que se inicia el conteo del término para intentar la acción, el cual queda pues sometido al acaecimiento de una de dos condiciones: i) el apareamiento de la víctima; o ii) la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal. Por manera que el término de dos años previstos en la

*norma, no varía*²⁹.

En este sentido dejo presentada mi aclaración de voto.

Fecha ut supra

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

²⁹ Sentencia de 10 de diciembre de 2009. Exp.35528.