

SUCESION PROCESAL - Muerte litigante / SUCESION PROCESAL POR MUERTE DE LITIGANTE - Precedente jurisprudencial. Reiteración jurisprudencial

En su oportunidad los demandantes informaron al despacho en turno de la Corporación de la muerte de la señora María Leonor Moncada Arboleda y allegaron el registro civil de defunción, lo que llevó a invocar tácitamente la sucesión procesal en favor de sus hijos demandantes María Leonor, Joaquín Emilio, María Rosalva, Amanda Oliva y Luis Adolfo Gómez Moncada. En relación con la sucesión procesal prevista en el artículo 60 del CPC, se establece que al fallecimiento de un litigante (o al declararse ausente o en interdicción) el proceso podrá continuar con cónyuge, albacea con tenencia de bienes, herederos o curador. (...). Observa la Sala que en el caso concreto la noticia del fallecimiento de Juan Carlos Torres Ortiz se dio por los demandantes cuando el proceso se encontraba al despacho. Pero, como la Sala ha tenido conocimiento del deceso de la actora, procederá a modificar la sentencia de primera instancia, de tal manera que la condena que se profiera se hace a favor de la sucesión de María Leonor Moncada Arboleda.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 60

NOTA DE RELATORIA: Sobre sucesión procesal por muerte de litigante, consultar sentencia de 10 de marzo de 2005, expediente número16346; sentencia de 10 de septiembre de 1998, expediente número 12009; sentencia de 1 de marzo de 2006, expediente número 14408; sentencia de 3 de mayo de 2007, expediente número 16180; sentencia de 5 de diciembre de 2005, expediente número14536; sentencia del 11 de mayo de 2006, expediente número15626 y sentencia del 10 de marzo de 2005, expediente número16346.

EXCEPCION DE FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA - Acreditación. Servicio Seccional de Salud del departamento de Antioquia / EXCEPCION DE FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA - Precedente jurisprudencial. Reiteración jurisprudencial.

La Sala encuentra que debe confirmar la prosperidad de la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, respecto al Departamento de Antioquia, Servicio Seccional de Salud, si bien en relación con ella no se pronunció el *a quo*, si fue invocada por esta demandada (...) En el presente caso el daño por el cual se demandó la responsabilidad patrimonial del Estado consistió en la caída sufrida por María Leonor Moncada Arboleda de una camilla cuando se encontraba el 22 de junio de 1996 en el servicio de urgencia de la ESE Hospital de San Fernando de Amagá (Antioquia), hecho que no resulta endilgarle o atribuible al Departamento de Antioquia, Servicio Seccional de Salud, ya que no tuvo participación directa o indirecta, ni injerencia alguna en la producción del daño.

NOTA DE RELATORIA: Precedente y reiteración jurisprudencial sobre excepción de falta de legitimación en la causa por activa, consultar sentencia de 11 de noviembre de 2009, expediente número18163 y sentencia de 11 de noviembre de 2009, expediente número 18163

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Constitucionalización. Mecanismo de protección de los administrados / RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO - Cláusula general de responsabilidad. Fundamento

Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización” de la responsabilidad del Estado y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados y de su patrimonio, sin distinguir su condición, situación e interés. Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión.

NOTA DE RELATORIA: En relación con la constitucionalización de la responsabilidad del Estado, ver sentencias de la Corte Constitucional, C-832 de 2001, C-333 de 1996, C-892 de 2001 y C-832 de 2001. Sobre la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado, consultar sentencia C-864 de 2004 y sentencia C-037 de 2003. En cuanto a los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al estado, consultar Consejo de Estado, sentencias de 21 de octubre de 1999, expedientes números 10948 y 11643 y Corte Constitucional sentencias C-619 de 2002 y C-918 de 2002.

DAÑO ANTIJURIDICO - Concepto. Noción / ANTIJURIDICIDAD DEL PERJUICIO - Concepto / DAÑO ANTIJURIDICO - Principio de igualdad frente a las cargas públicas / DAÑO ANTIJURIDICO - Principios / DAÑO ANTIJURIDICO - Características / DAÑO ANTIJURIDICO - Precedente jurisprudencial / DAÑO ANTIJURIDICO - Precedente jurisprudencial constitucional

En cuanto al daño antijurídico, el precedente jurisprudencial constitucional señala que la, “... antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima. De otra lado, la concepción del daño antijurídico a partir de la consideración de que quien lo sufre no está obligado a soportarlo constituye otra forma de plantear el principio constitucional según el cual, la igualdad frente a las cargas públicas es sustento de la actividad de la administración pública”. Así pues, el precedente jurisprudencial constitucional ha señalado, “La Corte Constitucional ha entendido que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración”. De igual manera, el precedente jurisprudencial constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los “principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2 y 58 de la Constitución”. Así mismo, debe quedar claro que es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente de la Sala un “Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos”. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable, anormal y que se trate de una situación jurídicamente protegida.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 1 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 2 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 13 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 58

NOTA DE RELATORIA: Sobre daño antijurídico, consultar sentencias de la Corte Constitucional, C-254 de 2003, C-285 de 2002, C-333 de 1996, C-918 de 2002, C-

285 de 2002, C-333 de 1996 y C-832 de 2001. Consejo de Estado, sentencia de 19 de mayo de 2005, expediente número AG 2001-01541; sentencia de septiembre 14 de 2000, expediente número 12166 y sentencia de junio 2 de 2005, expediente número AG 1999-0238.

REGIMEN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Principio de imputabilidad / PRINCIPIO DE IMPUTABILIDAD - Concepto / IMPUTACION - Sustento fáctico y atribución jurídica / IMPUTACION OBJETIVA - Título autónomo de responsabilidad del Estado / IMPUTACION OBJETIVA - Noción

En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. (...) Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”. En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva, título autónomo que “parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”. Siendo esto así, la imputación objetiva implica la “atribución”, lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de “cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta”. (...) Dicha tendencia es la que marcó el precedente jurisprudencial constitucional, pero ampliando la consideración de la imputación (desde la perspectiva de la imputación objetiva) a la posición de garante donde la exigencia del principio de proporcionalidad es necesario para considerar si cabía la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico, y así se motivara el juicio de imputación. Dicho juicio, en este marco, obedece sin lugar a dudas a un ejercicio de la ponderación que el juez está llamado a aplicar, de tal manera que se aplique como máxima que: “Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro”.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el principio de imputabilidad, ver sentencia de la Corte Constitucional, C-254 de 2003. Sobre principio de proporcionalidad consultar sentencia SU-1184 DE 2001

FALLA MEDICA - Falla probada del servicio / FALLA DEL SERVICIO MEDICO ASISTENCIAL - Falla probada / RESPONSABILIDAD MEDICA - Falla probada del servicio

En el marco de la falla probada del servicio como título de imputación “... en la medida en que el demandante alegue que existió una falla del servicio médico asistencial que produjo el daño antijurídico por el cual reclama indemnización... deberá en principio, acreditar los tres extremos de la misma: la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquella y ésta...”. Dicho

título de imputación opera, como lo señala el precedente de la Sala no sólo respecto de los daños indemnizables derivados de la muerte o de las lesiones corporales causadas, sino que también comprende "... los que se constituyen por la vulneración del derecho a ser informado; por la lesión del derecho a la seguridad y protección dentro del centro médico hospitalario y, como en este caso, por lesión del derecho a recibir atención oportuna y eficaz".

NOTA DE RELATORIA: Sobre falla probada del servicio médico, consultar sentencia de agosto 31 de 2006, exp. 15772; sentencia de octubre 3 de 2007, expediente número 16402; sentencia de 23 de abril de 2008, expediente número 15750; sentencia de 1 de octubre de 2008, expediente números 16843 y 16933; sentencia de 15 de octubre de 2008, expediente número 16270; sentencia 28 de enero de 2009, expediente número 16700; sentencia de 19 de febrero de 2009, expediente número 16080; sentencia de 23 de septiembre de 2009, expediente número 17.986; sentencia de 7 de octubre de 2009, expediente número 35656; sentencia de 18 de febrero de 2010, expediente número 20536 y sentencia de 9 de junio de 2010, expediente número 18683.

FALLA MEDICA - Atención no oportuna. Atención ineficaz / FALLA DEL SERVICIO MEDICO ASISTENCIAL - Atención no oportuna. Atención ineficaz / RESPONSABILIDAD MEDICA - Atención no oportuna. Atención ineficaz / FALLA MEDICA - Derecho a la salud / FALLA DEL SERVICIO MEDICO ASISTENCIAL - Derecho a la salud / PRINCIPIO DE INTEGRIDAD - Prestación del servicio médico y hospitalario. Precedente jurisprudencial constitucional

Cuando la falla probada en la prestación del servicio médico y hospitalario se funda en la "lesión al derecho a recibir atención oportuna y eficaz", se debe observar que está produce como efecto la vulneración de la garantía constitucional que recubre el derecho a la salud, especialmente en lo que hace referencia al respeto del principio de integridad en la prestación de dicho servicio.

NOTA DE RELATORIA: Prestación oportuna, eficaz e integral del servicio de salud Consejo de Estado, sentencia de 18 de febrero de 2010, expediente número 17655 y Corte Constitucional, sentencias T-136 de 2004, T-1059 de 2006, T-062 de 2006, T-1059 de 2006, T-730 de 2007, T-536 de 2007 y T-421 de 2007. Sobre el principio de integridad consultar T-104 de 2010

ATENCION HOSPITALARIA - Obligaciones de seguridad del paciente / OBLIGACIONES DE SEGURIDAD DEL PACIENTE - Incumplimiento / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Incumplimiento de obligaciones de seguridad del paciente. Etapas

La Sala ha venido abordando la responsabilidad derivada del incumplimiento de las obligaciones de seguridad del paciente o en la atención hospitalaria, respecto de la que se ha marcado dos etapas: en la primera se hizo la distinción entre las denominadas "obligaciones de vigilancia y custodia" que son exigibles a los centros hospitalarios, específicamente cuando se trata de pacientes psiquiátricos. En dicho evento, se sustentó que cabía exigir al centro hospitalario una "específica y especial" obligación de seguridad personal del paciente. El precedente anterior fue superado al señalarse que en relación con todo paciente resulta materialmente exigible las obligaciones de vigilancia, custodia y seguridad, las cuales surgen de lo establecido en la ley 9 de 1979, la ley 23 de 1981, la ley 100 de 1993 y en las reglamentaciones en materia de seguridad y atención del paciente, y que en la actualidad se encuentra consagrado en el Decreto 1011 de 2006, con el que

emerge el “Sistema Obligatorio de Calidad de la Atención en Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud”.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el precedente de la Sala por responsabilidad derivada del incumplimiento de las obligaciones de seguridad del paciente o en la atención hospitalaria, consultar sentencia de 11 de abril de 2002, expediente número 13122; sentencia de 15 de diciembre de 2004, expediente número 14250 y sentencia de 27 de abril de 2006, expediente número 15352

DAÑO ANTIJURIDICO - Configuración / ACREDITACION DEL DAÑO ANTIJURIDICO - Precedente jurisprudencial

La Sala, mediante el análisis de los medios de prueba obrantes en el expediente, considera demostrado el daño consistente en la lesión de la cadera izquierda de María Leonor Moncada Arboleda ocurrida el 22 de junio de 1996 cuando al encontrarse en el servicio de urgencias del la ESE Hospital San Fernando de Amagá se cayó de la camilla donde se encontraba. Si bien la lesión está documentada en la historia clínica de la paciente y se afirma de ello en los testimonios rendidos, entre otros, por el médico Wiston Usma, no se conoce el alcance de la misma ya que no se realizó dictamen médico o valoración por médico legista para determinar la misma y sus secuelas, lo que delimita la producción del daño antijurídico a aquel que se ocasionó al producirse una fractura o lesión diferente de la patología de base, ya que se trata de una carga no soportable por la paciente que le llegó a afectar el disfrute de vida, atendiendo a la edad que tenía la paciente para la época de los hechos, que exige que las cargas asumibles por aquellos individuos que se encuentran en la edad de vejez son más rigurosamente escrutadas, lo que lleva a concluir en el presente caso la producción de un daño antijurídico.

NOTA DE RELATORIA: Precedente jurisprudencial. Sobre la configuración del daño antijurídico, consultar sentencia de 4 de diciembre de 2006, expediente número 13168

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO - Falla del servicio médico / RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO - Caída de paciente de camilla en el servicio de urgencias / FLEXIBILIZACION DE LA CARGA DE LA PRUEBA - Circunstancias especiales / FALLA DEL SERVICIO MEDICO - Daño antijurídico imputable a la entidad demandada

Para la Sala el estudio de la imputación del daño en el caso concreto parte de encuadrar el mismo en el régimen de la responsabilidad por falla en el servicio (que ya fue señalado en apartados anteriores). A lo que se agrega, que cabe la posibilidad de considerar la flexibilización de la carga de la prueba en atención a las circunstancias especiales del caso, teniendo en cuenta que sólo obra en el plenario como prueba la historia clínica y los testimonios del médico y una de las enfermeras que atendió a la paciente. La Sala, siguiendo el precedente jurisprudencial, considera que en el caso en concreto hay prueba suficiente que permite deducir directa o indiciariamente la imputación del daño causado a los demandantes. (...) desde el ámbito fáctico no hay duda que el daño antijurídico causado a la paciente tiene relación directa con el incumplimiento de la obligación de seguridad y atención que debía ofrecerse a la paciente, atendiendo a los deberes de seguridad, vigilancia y custodia que por diversas razones no se cumplieron a cabalidad, con eficiencia y de manera ajustada a las especiales condiciones de una paciente de 81 años de edad que presentaba isquemia cerebral

RESPONSABILIDAD MEDICA - Caída de paciente de camilla en el servicio de urgencias / FALLA EN EL SERVICIO - Configuración / FALLA EN EL SERVICIO - Incumplimiento de las obligaciones de seguridad y del paciente

Desde el ámbito de la imputación jurídica, o de atribución, el acervo probatorio, especialmente lo consignado en la historia clínica y lo afirmado en los testimonios del médico Wiston Usma, como de la enfermera Gloria Inés Vélez Álvarez, permiten establecer que hubo una falla en el servicio prestado en urgencias de la ESE Hospital San Fernando de Amagá, como consecuencia de la cual se produjo su caída y afectación, por fractura, de su cadera. Dicha falla en el servicio consiste en el incumplimiento de las obligaciones de seguridad y del paciente que tenía la entidad demandada para con la paciente, exigible conforme a los mandatos de la ley 23 de 1981, de la ley 100 de 1993 y de los reglamentos que para la época de los hechos eran aplicables en materia de seguridad y atención del paciente. En ese sentido, la Sala tiene en cuenta que la seguridad del paciente es condición indispensable para lograr que la atención médica sea de calidad. (...) Adicionalmente, encuentra la Sala que el cuidado del paciente es una de las iniciativas en las que persisten las organizaciones internacionales, como la Organización Mundial de la Salud (OMS), como una forma de alcanzar un respeto no sólo a la salud de las personas, sino especialmente la tutela efectiva de la dignidad de toda persona que accede al sistema de salud, ya sea en proceso de urgencias, o durante su hospitalización. (...) debe calificarse como una falla en el servicio y calificarse como culposa o negligente la prestación del servicio ofrecida por la entidad demandada, ya que no podía afirmarse que las obligaciones de seguridad y atención del paciente pueden ser dejadas en cabeza de un extraño a los deberes profesionales inherentes a tales obligaciones, ya que lo que se exigía del personal de la entidad demandada era que diligente y adecuadamente se atendiera a la paciente, y no como ocurre generalmente se atienda inicialmente y se le deje abandonada a su suerte hasta que se produzca o su hospitalización, su agravamiento o incluso su muerte, como se viene produciendo desde hace años en el sistema de salud del país.

RESPONSABILIDAD MEDICA - Caída de paciente de camilla en el servicio de urgencias / HOSPITAL SAN FERNANDO DE AMAGA - Incumplimiento de las obligaciones de seguridad y atención de paciente

La Sala puntualiza que cuando se encuentra que la ESE Hospital de San Fernando de Amagá incumplió las obligaciones de seguridad y atención del paciente, lo hace distinguiendo estas como servicios extra - médicos, esto es, que nada tienen que ver, con el acto médico propiamente dicho. Frente a dichas obligaciones se espera, por el paciente, el respeto a principios constitucionales como el de buena fe, ya que como lo señala la doctrina por, “el hecho de su estado, el enfermo no tiene la misma libertad, y no quiere tenerla: le entrega enteramente a la clínica el cuidado de garantizar su seguridad, se confía en ella; exige que no se produzca ningún accidente. Tan sólo, en caso de accidente, la prueba de la causa ajena liberaría, pues, al que haya hospitalizado a un enfermo”. La seguridad y atención del paciente debió llevar a la entidad demandada a adoptar las medidas para contar con el personal suficiente en un área crítica como son las urgencias médicas, a determinar la atención de la paciente con las precauciones necesarias, entre ellas no sólo la de pedir un acompañante, que es una circunstancia excepcional para el servicio de urgencias.

RESPONSABILIDAD MEDICA - Caída de paciente de camilla en el servicio de urgencias / CAUSALES EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD - No se configuraron

Luego, no es posible considerar ni que existe un hecho de la víctima, ni el hecho de un tercero como factores que contribuyeron tan determinadamente en la producción del daño antijurídico que permitían romper la relación con el incumplimiento de las obligaciones de seguridad y atención del paciente por parte de la entidad demanda, conclusión errónea a la que llegó el a quo, y que no es admisible al momento de resolver el presente asunto. Por el contrario, con base en las obligaciones de seguridad y atención del paciente el personal médico de la entidad demandada en la fecha de ocurrencia de los hechos estaban llamados a prestar (cada uno en el ámbito de sus competencias profesionales –médico y enfermeras-) la adecuada vigilancia, cuidado y asistencia a la paciente que había sido recluida en el servicio de urgencias y tenía orden de hospitalización, teniendo especial énfasis en su estado de salud que revelaba irritación e inquietud, lo que no puede desplazarse (dichas obligaciones y deberes) al familiar que la acompañaba.

RESPONSABILIDAD MEDICA - Caída de paciente de camilla en el servicio de urgencias / LIQUIDACION DE PERJUICIOS - Perjuicios morales / PERJUICIOS MORALES - Acreditación / MEDIOS DE PRUEBA - Registro civil. Partida de bautismo / PARTIDA DE BAUTISMO - Medio de prueba para acreditar estado civil. Precedente jurisprudencial

En relación con María Leonor, Joaquín Emilio, María Rosalva, Amanda Oliva Gómez Moncada, y revisado el acervo probatorio se encontró que se aportaron los registros civiles de nacimiento de estos, en los que se deja constancia que María Leonor Moncada Arboleda es la madre. En cuanto a María Leonor Moncada Arboleda y a Luis Adolfo Gómez Moncada se allegó solamente la partida de bautismo. En cuanto al valor probatorio de la partida de bautismo el precedente de la Sala indica: (...). En atención a dicho precedente, la Sala revisado el acervo probatorio encuentra que María Leonor Moncada Arboleda nació antes de la vigencia de la Ley 92 de 1938, con lo que le es aplicable lo establecido en el artículo 347 del CC y la ley 57 de 1887, de tal manera que se podía determinar su estado civil y reconocer la indemnización a favor de la sucesión o de quien haga sus veces. En cambio, respecto a Luis Adolfo Gómez Moncada, se encuentra que no es posible aplicar la misma normativa, puesto que este nació ya en vigencia de la ley 92 de 1938 y debe sujetarse el valor probatorio de los documentos para establecer el estado civil de las personas el registro civil de nacimiento, tal como lo señala aquella norma y el decreto 1260 de 1970, por lo que a Luis Adolfo Gómez Moncada no se le reconocerá perjuicio moral alguno.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el valor probatorio de la partida de bautismo para acreditar estado civil, consultar Sentencia de 22 de abril de 2009, expediente número 16694

RESPONSABILIDAD MEDICA - Caída de paciente de camilla en el servicio de urgencias / PERJUICIOS MORALES - Liquidación / PERJUICIOS MORALES - Aplicación del test de proporcionalidad / ARBITRIO IUDICIS - Ejercicio discrecional del Juez. Criterio del juez según la intensidad del daño / ARBITRIO JUDICIAL - Aplicación de los principios de proporcionalidad y razonabilidad. No es discrecionalidad / TEST DE PROPORCIONALIDAD - Principio de proporcionalidad

Considero que si bien a partir de 2001 la jurisprudencia viene aplicando como criterio de estimación de los perjuicios morales el salario mínimo mensual legal vigente (en una suerte de equivalencia con los gramos oro reconocidos en la primera instancia), no deja de seguir siendo un ejercicio discrecional (arbitrio iudicis) del juez de tasar tales perjuicios, sin lograr, aún, la consolidación de elementos objetivos en los que pueda apuntarse la valoración, estimación y tasación de los mismos, con lo que se responda a los principios de proporcionalidad y razonabilidad con lo que debe operar el juez y, no simplemente sustentarse en la denominada "cierta discrecionalidad". Así mismo, para el reconocimiento y tasación el juez se sujeta al criterio determinante de la intensidad del daño, que usualmente se demuestra con base en las pruebas testimoniales las cuales arrojan una descripción subjetiva de quienes, por la cercanía, conocimiento o amistad deponen en la causa, restando objetividad a la determinación de dicha variable, cuya complejidad en una sociedad articulada, plural y heterogénea exige la consideración de mínimos objetivos para la tasación proporcional, ponderada y adecuada de los perjuicios morales, sin que se constituya en tarifa judicial o, se pretenda el establecimiento de una tarifa legal.

RESPONSABILIDAD MEDICA - Caída de paciente de camilla en el servicio de urgencias / TASACION DE PERJUICIOS MORALES - Aplicación del test de proporcionalidad / TEST DE PROPORCIONALIDAD - Fundamento

La Sala empleará un test de proporcionalidad para la tasación de los perjuicios morales. (...) Dicho principio de proporcionalidad debe, por lo tanto, convertirse en el sustento adecuado para la determinación y dosificación ponderada del quantum indemnizatorio del perjuicio moral (...) (...) El fundamento, por lo tanto, del test de proporcionalidad no es otro, según los precedentes anteriores, el cual, a su vez, comprende tres sub-principios que son aplicables al mencionado test: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto.

RESPONSABILIDAD MEDICA - Caída de paciente de camilla en el servicio de urgencias / PERJUICIOS MORALES - Test de proporcionalidad. Idoneidad / TASACION DE PERJUICIOS MORALES - Test de proporcionalidad. Idoneidad

En cuanto al primero, esto es, la idoneidad, debe decirse que la indemnización del perjuicio debe estar orientada a contribuir a la obtención de una indemnización que se corresponda con criterios como intensidad del dolor, alcance y dosificación de la incapacidad.

RESPONSABILIDAD MEDICA - Caída de paciente de camilla en el servicio de urgencias / PERJUICIOS MORALES - Test de proporcionalidad. Necesidad / TASACION DE PERJUICIOS MORALES - Test de proporcionalidad. Necesidad

En cuanto al segundo, esto es la necesidad, la indemnización del perjuicio debe ser lo más benigna posible con el grado de afectación que se logre revelar en el o los individuos y que contribuyan a alcanzar el objetivo de dejarlos indemnes.

RESPONSABILIDAD MEDICA - Caída de paciente de camilla en el servicio de urgencias / PERJUICIOS MORALES - Test de proporcionalidad. Proporcionalidad stricto sensu / TASACION DE PERJUICIOS MORALES - Test de proporcionalidad. Proporcionalidad stricto sensu

Finalmente, en cuanto al tercero, esto es la proporcionalidad en estricto sentido, con el test se busca que se compensen razonable y ponderadamente los sufrimientos y

sacrificios que implica para la víctima (víctimas) la ocurrencia del daño y su desdoblamiento.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el test de proporcionalidad, Corte Constitucional, sentencias C-872 de 2003, C-125 de 2003 y C-858 de 2008.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C., veinticinco (25) de julio de dos mil once (2011)

Radicación número: 05001-23-26-000-1996-01596-01(20132)

Actor: LEONOR MONCADA ARBOLEDA Y OTROS

Demandado: HOSPITAL SAN FERNANDO DE AMAGA Y OTROS

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA -SENTENCIA-

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 30 de noviembre de 2000 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala de Descongestión con sede en Medellín, Sala Décima de Decisión, mediante la cual se dispuso,

“PRIMERO: NO SE ACCEDEN A LAS PRETENSIONES DE LA PARTE DEMANDANTE.

SEGUNDO: NO PROCEDE LA CONDENA EN COSTAS PARA LA PARTE ACTORA” (fl.348 cp).

ANTECEDENTES

1. La demanda

1 Fue presentada el 5 de septiembre de 1996 por María Leonor Moncada Arboleda, Luis Adolfo, Blanca Ligia, Amanda Oliva, María Rosalva, Joaquín Emilio y María Leonor Gómez Moncada, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“3.1. Que el **DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA SERVICIO SECCIONAL DE SALUD DE ANTIOQUIA; la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL SAN FERNANDO DEL MUNICIPIO DE AMAGA (ANT.) y el MUNICIPIO DE AMAGA (ANT.)**, son administrativamente responsable de la totalidad de los daños y perjuicios, patrimoniales y extrapatrimoniales, ocasionados a los demandantes: a **MARÍA LEONOR MONCADA ARBOLEDA, LUIS ADOLFO, BLANCA LIGIA, AMANDA OLIVA, MARÍA ROSALVA, JOAQUÍN EMILIO Y MARÍA LEONOR GÓMEZ MONCADA**, mayores de edad, por hechos ocurridos el día 21 de junio de 1996, cuando MARÍA LEONOR MONCADA, cayó de una camilla en el hospital San Fernando del municipio de Amaga, y a consecuencia de la misma, sufrió fractura de cadera por lo cual debió ser sometida a una intervención quirúrgica y a inmovilización de por vida.

3.2. Que, en consecuencia, el **DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA SERVICIO SECCIONAL DE SALUD DE ANTIOQUIA; la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL SAN FERNANDO DEL MUNICIPIO DE AMAGA (ANT.) y el MUNICIPIO DE AMAGA (ANT.)**, están obligados a cancelar a cada uno de los demandantes, **POR CONCEPTO DE PERJUICIOS MORALES**, la cantidad equivalente, a MIL GRAMOS DE ORO a la cotización más alta vigente en el mercado para el metal precioso, por la fecha en que quede en firme la sentencia que ponga fin al proceso, de manera definitiva, conforme a la certificación que al efecto expida el Banco de la República.

3.3. Que, además, y como consecuencia de la declaración establecida en el numeral 3.1., de esta demanda, se condene así mismo al **DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA SERVICIO SECCIONAL DE SALUD DE ANTIOQUIA; la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL SAN FERNANDO DEL MUNICIPIO DE AMAGA (ANT.) y el MUNICIPIO DE AMAGA (ANT.)**, a pagar en favor de **MARÍA LEONOR MONCADA ARBOLEDA**, la suma equivalente en moneda legal colombiana, hasta **DOS MIL GRAMOS DE ORO (2000)**, por concepto de **PERJUICIO FISIOLÓGICO**” (fls. 89 y 90 c1).

Las anteriores pretensiones se fundamentan en los siguientes hechos presentados por los demandantes:

“4.2. **MARÍA LEONOR MONCADA ARBOLEDA**, del corregimiento de Minas en jurisdicción del municipio de Amaga (Ant.), debió ser llevada de urgencia la noche del 21 de junio de 1996 al hospital San Fernando de Amaga (Ant.), hoy Empresa Social Hospital San Fernando de Amaga (Ant.), por presentar infección urinaria e isquemia cerebral transitoria.

4.3. **AMANDA OLIVA GÓMEZ**, se quedó en el Hospital san (sic) Fernando de Amaga (Ant.) acompañando a su señora madre **MARÍA LEONOR MONCADA** la noche del 21 de junio.

4.4. El día 22 de junio de 1996 el médico Dr. Winstón Usma le ordenó a **AMANDA OLIVA GÓMEZ** llevar una muestra de sangre de su mamá al laboratorio ubicado en el segundo piso, se le expresó a ésta, que le pondrían cuidado.

4.5. **MARÍA LEONOR MONCADA** se encontraba en una camilla en el servicio de urgencias.

4.6. Mientras **AMANDA OLIVA GÓMEZ** fue al laboratorio, se le atendió allí y regresó ya habían dejado caer de la camilla a su madre.

4.7. La **DRA. LILIANA CHAVARRIAGA** le expresó que su mamá se les había caído de la cama fracturándose la cadera y se debía remitir a la clínica León XIII o a la Clínica Antioquia en la ciudad de Medellín e Itagui, respectivamente.

(...)

4.10. MARÍA LEONOR MONCADA ARBOLEDA fue hospitalizada en la clínica Antioquia (Itagui) el día 22 de junio de 1996, donde permaneció cinco días.

4.11. De la clínica Antioquia (Itagui) MARÍA LEONOR MONCADA fue remitida al Hospital Universitario San Vicente de Paul para operarla, por presentar fractura de cadera izquierda, y así se hizo quedando hospitalizada hasta el día 30 de junio de 1996.

(...)

4.14... Fue intervenida quirúrgicamente el día 27 de junio de 1996.

4.15. Desde el momento de la operación a la fecha de presentar esta demanda la señora MARÍA LEONOR MONCADA no ha podido volver a caminar" (fls.90 a 93 c1).

2. Actuación procesal en primera instancia

1 El *a quo* mediante auto de 13 de septiembre de 1996 admitió la demanda (fls.110 y 111 c1), la cual fue notificada al Departamento de Antioquia, Servicio Seccional de Salud, por conducto de la representante legal de dicha entidad (fl.112 c1), al señor Alcalde del municipio de Amaga (fl.116 c1) y al Hospital San Fernando de Amaga, por conducto del Gerente General (fl.126 c1).

2 La demandada Empresa Social del Estado Hospital San Fernando del municipio de Amaga, contestó la demanda en la oportunidad legal, mediante escrito en el cual se manifestó que algunos hechos son ciertos total o parcialmente, otros no constan y los demás deben probarse. En la misma, la demandada afirmó:

"De acuerdo con las versiones de el (sic) personal médico y auxiliar que prestaba sus servicios el día de los hechos, la señora, el día sábado, se encontraba ansiosa: desorientada, pero respondía preguntas; tenía varios acompañantes, pero como en el servicio había tanto movimiento, se solicitó (sic) por parte de la auxiliar de turno que dejara solamente una persona y así fue. A la acompañante que quedó, las auxiliares de enfermería le solicitaron que estuviera pendiente de la paciente, pues ese es el objeto de tener una persona diferente al paciente dentro del servicio, que este sirva de apoyo a la labor de observación. A pesar de habersele solicitado esto, la acompañante pidió que le cuidaran a la paciente mientras llamaba a otro pariente para que la reemplazara en su cuidado o bien para que fuera a llevar la muestra para el exámen (sic) CPK MB (Creatina Fosfokinasa), se ausentó y unos minutos mas (sic) tarde regresó, pero sin decir nada se volvió a ausentar del servicio y se demoró entre dos y tres horas para regresar, durante ese tiempo no hubo ningún otro acompañante presto a las necesidades de la señora Moncada. En todo momento el médico WISTON USMA, advirtió a la acompañante que no debía irse sin tener a alguien que diera apoyo (sic) en el cuidado de la señora, puesto que el servicio estaba muy lleno y la señora se encontraba muy ansiosa. Tomando todas las medidas preventivas del caso, la señora se encontraba ubicada en una camilla la cual tenía las barandas levantadas y debidamente aseguradas, por ello el personal del servicio se encontraba tranquilo por las prevenciones tomadas y se dedicaron a realizar actividades

de atención a otros pacientes que estaban ingresando, el médico había dado la orden de hospitalización, una auxiliar estaba picando el medicamento que le debían suministrar a la paciente y la otra atendiendo un usuario quemado que estaba (sic) llegando, en este momento y muy a pesar de las medidas preventivas, la señora Moncada se deslizó por la parte inferior, tanto es, que después de haberse caído las barandas seguían levantadas y aseguradas. Inmediatamente se aprovechó la presencia del Dr. Carlos Gonzalez (sic) (ortopedista) en el servicio para que procediera a evaluar a la paciente: **“Paciente continúa muy inquieta, moviéndose (sic) frecuentemente en (sic) la camilla, esta se encontraba con las barandas arriba, la paciente se deslizó (sic) por la parte de los pies, la cogió el Médico de turno Dr. Wiston Usma. El Dr. Carlos Gonzalez (sic), ortopedista, se encontraba en el servicio haciendo un procedimiento, la evalúa y ordena Rayos X...** (...)

De acuerdo con lo anterior se puede afirmar que hubo muy buena atención por parte, tanto de los médicos como de los auxiliares de enfermería, razón entonces para decir que en ningún momento podrá argumentarse que el ente Hospitalario (sic) hubiere suministrado un mal servicio o haya fallado en la prestación del mismo, ya que se prestó a través del personal idóneo para ejercer el cargo asignado en procura de suministrar un eficiente y pronto servicio” (fls.133 y 134 c1).

La demandada propuso como excepción inexistencia de la obligación de la Empresa Social del estado Hospital San Fernando de Amagá (fl.135 c1).

3 La demandada Departamento de Antioquia, Dirección Seccional de Salud, contestó la demanda en la oportunidad legal, mediante escrito en el cual se manifestó que algunos hechos son ciertos, otros no constan y los demás los desconoce (fls.170 y 171 c1). En la misma, la demandada afirmó:

“Al Departamento de Antioquia-Dirección Seccional de Salud, no se le puede predicar la existencia de una falta o falla en el servicio de salud, por cuanto este se prestó a través de la E.S.E. Hospital San Fernando del municipio de Amagá, entidad que tiene su propia personería, con autonomía administrativa y financiera, por lo que es una institución diferente al departamento de Antioquia-Dirección Seccional de Salud y no tienen vínculo alguno. Las Direcciones Seccionales de Salud, son organismos que funcionan como dependencia administrativa de los Departamentos, a quienes les corresponde hacer cumplir los parámetros y políticas fijadas por el Ministerio de Salud de acuerdo con la Ley 10 de 1990” (fl.172 c1).

La demandada propuso como excepciones la de inexistencia de la obligación y la de ilegitimidad en la causa por pasiva (fl.172 c1)

4 Agotada la etapa probatoria a la que se dio inicio mediante auto del 1 de septiembre de 1997 (fls.176 y 177 c1), convocada la audiencia de conciliación por auto de 13 de septiembre de 1999 (fl.290 c1) y realizada el 15 de octubre de 1999

sin prosperar (fls.291 y 292 c1) y, por auto de 22 de marzo de 2000 el *a quo* corrió traslado a las partes para alegar conclusión y se advirtió del término de traslado especial que procede respecto del Ministerio Público (fl.316 c1).

5 El apoderado de la parte actora por escrito de 7 de julio de 1990 allegó el “registro civil de defunción de la señora MARÍA LEONOR MONCADA, quien falleció el día 20 de mayo de 1998” (fl.254 c1).

5. La demandada ESE Hospital San Fernando de Amagá, por escrito presentó sus alegatos de conclusión en la oportunidad legal, reiterando lo manifestado en otras instancias procesales (fls.317 a 320 c1). Así mismo, se agregó,

“2. Que en la fecha y hora en que ocurrieron los hechos, en el Servicio Urgencias del Hospital se atendía un gran número de pacientes por un accidente ocurrido en una mina de carbón de la localidad y, por tal razón, el médico de turno le solicitó a la hija de la señora MARIA LEONOR que por ningún motivo se separara de su madre sin avisar, caso contrario al (sic) sucedido con JOSE FRUTOS ARROYOS, narrado en la Sentencia (sic) mencionada por el señor apoderado en su demanda...

3. Que la señora MARIA LEONOR MONCADA ARBOLEDA, dado su estado de excitación e inquietud, producido tal vez por el deseo de un tinto y un cigarrillo, como quedó demostrada en autos, encontrándose por ende lúcida y consciente, advirtiéndole que no podía bajarse de la camilla por los lados, por cuanto allí encontró las barandas subidas, optó por correrse hacia los pies para apearse por aquella parte, sin medir las consecuencias de un golpe, como así sucedió...

5. Que ocurrido el hecho, la ESE Hospital San Fernando actuó con la diligencia debida, remitiendo a la paciente a otro Centro Asistencial de mayor nivel de complejidad, en donde fue atendida satisfactoriamente, habiendo sido sufragados los costos por parte de la Entidad Promotora de Salud (EPS) a la que se encontraba afiliada la señora Moncada Arboleda” (fls.319 y 320 c1).

6 La demandada Departamento de Antioquia -Dirección Seccional de Salud-, por escrito presentó sus alegatos de conclusión en la oportunidad legal, reiterando lo manifestado en otras instancias procesales (fls.321 a 324 c1), agregándose,

“La Dirección Seccional de Salud de Antioquia, tiene como misión la de garantizar el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud...Funciones éstas que la entidad demandada cumplió de manera oportuna y adecuada con respecto a la señora María Leonor Moncada Arboleda, al garantizarle el acceso a los servicios de salud a través de la Empresa social (sic) del Estado Hospital San Fernando del municipio de Amagá, quien brindó oportunamente la atención médica necesaria y acorde para el cuadro clínico que presentaba la paciente” (fls.321 y 322 c1).

7 El Ministerio Público guardó silencio.

3. Sentencia de primera instancia.

Mediante sentencia proferida el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala de Descongestión con sede en Medellín, Sala Décima de Decisión, no accedió a las pretensiones de la parte actora, sustentado en los siguientes argumentos:

En primer lugar, se pronuncia acerca de la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del departamento de Antioquia, Servicio Seccional de Salud, afirmando que no se encuentra la misma “porque como en Colombia el Servicio (sic) Público (sic) de Salud (sic) se presta en diferentes niveles, unos de dirección y otros de ejecución, con descentralización de las funciones, en el presente caso el departamento de Antioquia (Servicio Seccional de Salud) no estaba ejecutando directamente la prestación del servicio y en consecuencia los hechos y actos producidos en la actividad que desarrollaba el Hospital San Fernando del Municipio de Amagá (Empresa Social del Estado) no puede imputársele” (fls 336 y 337 cp).

En segundo lugar, se sostiene que no cabe endilgar la responsabilidad la entidad demandada puesto que “no es la falla del servicio del Hospital la que genera el daño en la señora Leonor Moncada, la causa del daño así las cosas es culpa exclusiva de la víctima, téngase en cuenta que la señora desde el momento mismo que ingreso (sic), se le efectuó una historia clínica en la que se dice que esta no se estaba (sic) desorientada en cuanto al especio, es decir era consciente y sabia (sic) donde se encontraba, además hay un hecho de un tercero toda vez que el equipo de urgencias advirtió constantemente a la hija acompañante de la señora no dejarla ni un instante sola, advertencia a la cual se hizo caso omiso” (fl.347 cp).

Por los anteriores motivos, encontró el *a quo* “que el Hospital demostró que actuó con la diligencia y cuidado que debía hacerlo, que prestó los servicios con le (sic) protocolo que se le exige y los medios adecuados, adviértase que la camilla en que descansaba la señora es la indicada para los pacientes en observación, simplemente su acompañante hecho (sic) de menos las advertencias del personal médico dando como resultado el insuceso (sic) poco afortunado para la señora y su familia; lo cual deja claro que no existió un nexo de causalidad en el daño del cual pueda predicarse una falla en el servicio” (fl.347 cp).

4. Recurso de apelación

1 El 25 de enero de 2001 la parte actora en la oportunidad legal y por escrito interpuso recurso de apelación contra la sentencia de 30 de noviembre de 2000 del Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala de Descongestión con sede en Medellín, Sala Décima de Decisión, y sustentó reiterando lo manifestado en otras instancias procesales (fls.350 a 356 cp).

2 El *a quo* mediante providencia del 30 de enero de 2001 concedió el recurso de apelación (fl.357 cp).

5. Actuación en segunda instancia

1 El despacho de la época en virtud de la providencia de 31 de mayo de 2001 admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora (fl.361 cp).

2 Mediante auto de 10 de julio de 2001 se corrió traslado a las partes para que presentaran los alegatos de conclusión y, en caso de haber sido solicitado por el Ministerio Público se surtiera el trámite previsto en el inciso segundo del artículo 59 de la ley 446 de 1998 (fl.363 cp).

3 Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

4 Los demandantes Luis Adolfo Gómez Moncada, Blanca Ligia Gómez Moncada, Amanda Oliva Gómez Moncada, María Rosalva Gómez Moncada, Joaquín Emilio Gómez Moncada y María Leonor Gómez Moncada obrando en nombre propio y en representación de la sucesión de María Leonor Moncada Arboleda informó al despacho de la época que falleció la mencionada señora Moncada Arboleda y que otorgaban poder a un nuevo apoderado, para lo que allegaron el poder y el registro de defunción en el que se indicó que el fallecimiento se produjo el 20 de mayo de 1998 (fls.367 a 369 cp).

5 Mediante escrito el Consejero de Estado Enrique Gil Botero, de 21 de febrero de 2007, manifestó que se declaraba impedido en el proceso de la referencia conforme a lo consagrado en el numeral 12 del artículo 150 del CPC, en concordancia con lo establecido en el artículo 160 del CCA, al haber intervenido en el mismo como apoderado judicial de una de las partes (fl.372 cp). Mediante

auto de 26 de marzo de 2007, la Sala aceptó el impedimento manifestado por el señor Consejero de Estado Enrique Gil Botero (fls.373 y 374 cp).

CONSIDERACIONES

1 Competencia

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 30 de noviembre de 2000 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala de Descongestión con sede en Medellín, Sala Décima de Decisión, mediante la cual no se accedió a las pretensiones de la parte actora.

2 La Sala observa que es competente para resolver el asunto *sub judice*, teniendo en cuenta que la pretensión mayor, referida en la demanda a los perjuicios morales excedía la cuantía mínima exigida para que opere la doble instancia, en aplicación del decreto 597 de 1988.

3 Advierte la Sala que en su oportunidad los demandantes informaron al despacho en turno de la Corporación de la muerte de la señora María Leonor Moncada Arboleda y allegaron el registro civil de defunción, lo que llevó a invocar tácitamente la sucesión procesal en favor de sus hijos demandantes María Leonor, Joaquín Emilio, María Rosalva, Amanda Oliva y Luis Adolfo Gómez Moncada. En relación con la sucesión procesal prevista en el artículo 60 del CPC, se establece que al fallecimiento de un litigante (o al declararse ausente o en interdicción) el proceso podrá continuar con cónyuge, albacea con tenencia de bienes, herederos o curador. En dicho evento, cuando fallece el litigante (que como en nuestro caso ocurrió con María Leonor Moncada Arboleda), como lo señala el precedente de la Sala,

(...) la sentencia producirá efectos respecto de ellos aunque no concurren. De acuerdo con la doctrina, esta figura procesal no constituye una intervención de terceros, sino un medio encaminado a permitir la alteración de las personas que integran la parte. En casos como éste, el fallecimiento de la parte actora no produce la suspensión o interrupción del proceso, ya que sus intereses los sigue defendiendo el apoderado o el curador, porque de conformidad con el inciso 5º del artículo 69 del C. de P.C. la muerte del mandante o la extinción de las personas jurídicas no pone fin al mandato judicial. En cambio, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 168 del C. de P.C. la

muerte o enfermedad grave del apoderado judicial de alguna de las partes si constituye causal de interrupción, lo cual no ocurrió en este caso. Es el artículo 60 del C.P.C. la norma destinada a tipificar la figura, la cual se estructura de manera diversa según se trate de personas naturales o jurídicas las sustituidas y si la causa la origina un acto entre vivos o sucesión por muerte de la persona natural. En relación con las personas naturales -que es la que nos interesa-, dispone el inciso primero que fallecido un litigante, y por tal se comprende tanto a quien integra una parte como al que actúa con cualquiera de las calidades de un tercero, o declarado ausente o en interdicción “el proceso continuará con el cónyuge, el albacea con tenencia de bienes, los herederos o el correspondiente curador”, aún (sic) cuando debe advertirse que en algunos procesos el deceso de la persona implica la terminación del mismo por cuanto no puede operar la figura, tal como sucede en los procesos de divorcio, separación de bienes, de cuerpos o de nulidad de matrimonio donde la muerte de una de las partes implica culminación inmediata de la actuación por sustracción de materia y en atención a la índole personalísima de las relaciones jurídicas en debate. Otro sector de la doctrina, ha dicho que la sucesión procesal se presenta cuando cualquiera de las partes es sustituida por otra o se aumenta o reduce el número de personas que la integran. Se define, conforme al sencillo concepto de Ramos Mendez, como “la sustitución de una de las partes por otra que ocupa su posición procesal”. Esta especie de crisis - como lo denomina AZULA CAMACHO-, consiste exclusivamente en el cambio de personas que integran cualquiera de las partes y, por tanto, es factible que afecte al demandante o al demandado o, incluso, a un tercero interviniente. El sucesor queda con los mismos derechos, cargas y obligaciones procesales que su antecesor. La sucesión procesal no entraña ninguna alteración en los restantes elementos del proceso. Por ser un fenómeno de índole netamente procesal, tampoco modifica la relación jurídica material, que, por tanto, continúa igual, correspondiéndole al funcionario jurisdiccional pronunciarse sobre ella como si la sucesión procesal no se hubiese presentado.

(...)

En lo relacionado con la transmisibilidad mortis causa del derecho a la reparación de los daños morales ha sido punto discutido entre quienes sostienen que tratándose de un derecho personalísimo -inherente a la personalidad-, es intransmisible e incesible (sic), por la consideración de que esa clase o categoría de derechos se encuentra íntimamente ligada a la existencia de su titular y sobreviniendo la muerte, no pueden transmitirse a los herederos; también se sostiene, en apoyo de esta postura, que los perjuicios morales dada su naturaleza intrínseca que se fundamenta en el dolor, el padecimiento, la congoja o la tristeza padecidos por la víctima, no pueden ser susceptibles de transmisión como que el único legitimado para reclamarlos es la propia víctima o el directamente afectado ya que resultaría “inmoral” aceptar la transmisión de este perjuicio, como que el dolor no puede ser susceptible de actos dispositivos que comporten la transmisibilidad del mismo. Sin embargo, la jurisprudencia ha considerado que no existe en el ordenamiento colombiano precepto prohibitivo que permita afirmar la intransmisibilidad de un derecho de naturaleza patrimonial, que desde luego puede ser ejercido bien directamente por el afectado o por los continuadores de su personalidad, sucesores mortis causa, que en su condición de herederos representan al de cujus, o más propiamente, ocupan el lugar y la posición jurídica que ostentaba el causante frente a la totalidad de los derechos y acciones de contenido patrimonial transmitidas por virtud del fallecimiento. Finalmente, si bien es cierto los perjuicios morales dependen necesariamente del sentimiento de un individuo en particular, cuando se solicita el reconocimiento de estos por parte de los

sucesores procesales, no es que se transmita el dolor, la angustia o la congoja causada por el daño a quien en vida lo padeció y sufrió, como equivocadamente lo advirtió el a quo, pues lo que se transmite es el derecho a reclamar por tal sufrimiento de la persona que era titular del mismo y por ende legitimada para demandar. En conclusión, como la señora Guzmán de Orjuela sufrió perjuicios morales antes de morir, el derecho a su reparación fue transmitido a su sucesión”¹.

A lo que se agrega, por siguiendo el precedente de la Sala que,

“(…) como la acción de reparación directa tiene un contenido puramente patrimonial y, aún la indemnización por daños morales, hace parte del derecho a la reparación que es de contenido económico, es evidente que procede ordenar el pago de la condena a la sucesión”².

Reiterándose en el mismo precedente de la Sala que,

“Normalmente, cuando el actor fallece, el apoderado debe dar noticia de este hecho al juez y el proceso, como reza el artículo 60 del C.P.C., continuará con el cónyuge, el albacea con tenencia de bienes, los herederos o el curador, es decir, que se surte una sucesión procesal y el proceso continúa, como si subsistiera el demandante original, puesto que las cuestiones de fondo que son objeto del litigio no se modifican ni afectan por su deceso. Por su parte, el artículo 62 del mismo código, establece que los sucesores, tomarán el proceso en el estado en que se halle en el momento de su intervención”³.

Observa la Sala que en el caso concreto la noticia del fallecimiento de Juan Carlos Torres Ortiz se dio por los demandantes cuando el proceso se encontraba al despacho. Pero, como la Sala ha tenido conocimiento del deceso de la actora, procederá a modificar la sentencia de primera instancia, de tal manera que la condena que se profiera se hace a favor de la sucesión de María Leonor Moncada Arboleda.

4 La Sala encuentra que debe confirmar la prosperidad de la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, respecto al Departamento de Antioquia, Servicio Seccional de Salud, si bien en relación con ella no se pronunció el *a quo*, si fue invocada por esta demandada, teniendo en cuenta los siguientes argumentos. De acuerdo con el precedente de la Sala,

¹ Sentencia de 10 de marzo de 2005, Exp.16346. Puede verse también sentencia de 10 de septiembre de 1998, Exp.12009.

² Sentencia de 1 de marzo de 2006, Exp.14408.

³ Sentencia de 3 de mayo de 2007, Exp.16180. Puede verse también las sentencias de 5 de diciembre de 2005, Exp.14.536; sentencia del 11 de mayo de 2006, Exp.15.626; sentencia del 10 de marzo de 2005, Exp.16.346.

“La legitimación en la causa puede ser de hecho o material, siendo la primera aquella relación que se establece entre las partes por razón de la pretensión procesal, es decir de la atribución de una conducta que el demandante hace al demandado en su demanda, mientras que la segunda, corresponde a la participación real de las personas en el hecho origen de la formulación de la demanda, independientemente de que dichas personas o hayan demandado o que hayan sido demandadas, por lo cual la ausencia de esta última clase de legitimación, por activa o por pasiva, no constituye una excepción de fondo porque no enerva la pretensión procesal en su contenido. La legitimación material en la causa, activa y pasiva, es una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado; el estar legitimado en la causa materialmente por activa o por pasiva, por sí solo, no otorga el derecho a ganar; si la falta recae en el demandante el demandado tiene derecho a ser absuelto pero no porque él haya probado un hecho nuevo que enerve el contenido material de las pretensiones sino porque quien lo atacó no es la persona que frente a la ley tiene el interés sustantivo para hacerlo -no el procesal-; si la falta de legitimación en la causa es del demandado, de una parte al demandante se le negarán las pretensiones no porque los hechos en que se sustenten no le den el derecho sino porque a quien se las atribuyó no es el sujeto que debe responder; por eso, de otra parte, el demandado debe ser absuelto, situación que se logra con la denegación de las súplicas del demandante”⁴.

En el presente caso el daño por el cual se demandó la responsabilidad patrimonial del Estado consistió en la caída sufrida por María Leonor Moncada Arboleda de una camilla cuando se encontraba el 22 de junio de 1996 en el servicio de urgencia de la ESE Hospital de San Fernando de Amagá (Antioquia), hecho que no resulta endilgarle o atribuible al Departamento de Antioquia, Servicio Seccional de Salud, ya que no tuvo participación directa o indirecta, ni injerencia alguna en la producción del daño. El precedente de la Sala señala,

“Al respecto, se observa que si bien es cierto el artículo 8 de la Ley 10 de 1990, por medio de la cual se reorganizó el Sistema Nacional de Salud, le atribuyó al Ministerio de Salud la Dirección del mismo, esta tarea la debe cumplir básicamente mediante la formulación de las políticas de este sector, de acuerdo con los planes y programas de desarrollo económico y social, y la expedición de las normas científico-administrativas que serán de obligatorio cumplimiento por las entidades que integran el Sistema; dentro de las funciones que dicha ley le atribuyó al referido Ministerio, no se halla ninguna que implique la prestación directa de servicios de salud, como sí les corresponde a otras entidades, públicas y privadas, que también hacen parte del Sistema Nacional de Salud, cuyo objeto es precisamente el de brindar atención médica y asistencial, y a ellas les corresponde asumir la responsabilidad en la dirección y prestación de dichos servicios de salud, entidades respecto de las cuales la Nación Ministerio de Salud se limita a establecer normas, directivas, pautas, instrucciones, etc., pero no existe ningún vínculo de dependencia o subordinación administrativa entre ellas y la Nación - Ministerio de Salud, ni ésta actúa por su intermedio, en la prestación de los servicios de salud, actividad en la cual las entidades ejecutoras gozan de

⁴ Sentencia de 11 de noviembre de 2009. Exp.18163.

*autonomía dentro del marco jurídico y político establecido desde el Gobierno Nacional*⁵.

5 El análisis de la impugnación se circunscribirá a los argumentos expuestos y desarrollados por los demandantes en el recurso de apelación, específicamente en lo que tiene que ver con el régimen de responsabilidad aplicado, si demostrado el daño antijurídico se probó que no se cumplió con las obligaciones de seguridad y atención para con la paciente, que derivó en la lesión causada en la cadera, lo que cabe imputar o no a la entidad demandada.

2. Presupuestos para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado

1 Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización”⁶ de la responsabilidad del Estado⁷ y se erigió como garantía de los derechos e intereses

⁵ Sentencia de 11 de noviembre de 2009. Exp.18163. Lo que se sostuvo, con anterioridad, en otro precedente: *“En el presente caso, la demanda fue presentada en contra de la Nación - Ministerio de Salud, el Servicio Seccional de Salud de Risaralda y el Hospital Mental de Pereira (Risaralda). Sin embargo, se observa que el hecho dañoso por el cual se reclama, consistente en la muerte del señor Ernesto Acosta Gutiérrez cuando en su condición de paciente psiquiátrico del Hospital Mental de Pereira (Risaralda) lo dejaron escapar apareciendo muerto días más tarde, no le es imputable a la Nación - Ministerio de Salud ni al Servicio Seccional de Salud, por cuanto no tuvieron injerencia ni directa ni indirecta en la producción de dicho evento. Al respecto, se observa que si bien es cierto el artículo 8 de la Ley 10 de 1990, por medio de la cual se reorganizó el Sistema Nacional de Salud, le atribuyó al Ministerio de Salud la Dirección del mismo, esta tarea la debe cumplir básicamente mediante la formulación de las políticas de este sector, de acuerdo con los planes y programas de desarrollo económico y social, y la expedición de las normas científico-administrativas que serán de obligatorio cumplimiento por las entidades que integran el Sistema; dentro de las funciones que dicha ley le atribuyó al referido Ministerio, no se halla ninguna que implique la prestación directa de servicios de salud, como sí les corresponde a otras entidades, públicas y privadas, que también hacen parte del Sistema Nacional de Salud, cuyo objeto es precisamente el de brindar atención médica y asistencial, y a ellas les corresponde asumir la responsabilidad en la dirección y prestación de dichos servicios de salud, entidades respecto de las cuales la Nación Ministerio de Salud se limita a establecer normas, directivas, pautas, instrucciones, etc., pero no existe ningún vínculo de dependencia o subordinación administrativa entre ellas y la Nación - Ministerio de Salud, ni ésta actúa por su intermedio, en la prestación de los servicios de salud, actividad en la cual las entidades ejecutoras gozan de autonomía dentro del marco jurídico y político establecido desde el Gobierno Nacional. Conforme a lo anterior, para la Sala es claro que en el presente caso, la Nación Ministerio de Salud no está llamada a responder por un hecho del cual se encuentra totalmente desligada, puesto que según los términos de la demanda, se produjo como consecuencia del defectuoso funcionamiento del servicio de la entidad en la que el occiso, señor Acosta Gutiérrez, se hallaba internado, con la cual, aquella demandada no tenía más vínculo que el de pertenecer al Sistema Nacional de Salud por ella dirigido, en términos de ente rector y orientador de la salud en el territorio nacional”*. Sentencia de 27 de abril de 2006. Exp.15352.

⁶ En precedente jurisprudencial constitucional se indica: *“El Estado de Derecho se funda en dos grandes axiomas: El principio de legalidad y la responsabilidad patrimonial del Estado. La garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos no se preserva solamente con la exigencia a las autoridades públicas que en sus actuaciones se sujeten a la ley sino que también es esencial que si el Estado en ejercicio de sus poderes de intervención causa un daño antijurídico o lesión lo repare íntegramente”*. Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

⁷ La *“responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de*

de los administrados⁸ y de su patrimonio⁹, sin distinguir su condición, situación e interés¹⁰. Como bien se sostiene en la doctrina,

“La responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad¹¹; los daños cubiertos por la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público”¹².

2 Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado¹³ tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública¹⁴ tanto por la acción, como por la omisión.

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

⁸ Derechos e intereses que constitucional o sustancialmente reconocidos “son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado”. ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). *Cátedra Ernesto Garzón Valdés*. 1ª reimp. México, Fontamara, 2007, p.49.

⁹ “La responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro ordenamiento jurídico tiene como fundamento un principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos”. Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

¹⁰ La “razón de ser de las autoridades públicas es defender a todos los ciudadanos y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Omitir tales funciones entraña la responsabilidad institucional y la pérdida de legitimidad. El estado debe utilizar todos los medios disponibles para que el respeto de la vida y derechos sea real y no solo meramente formal”. Sentencia de 26 de enero de 2006, Exp. AG-2001-213. En la doctrina puede verse STARCK, Boris. *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. Paris, 1947.

¹¹ “La responsabilidad, a diferencia de la expropiación, no representa un instrumento en manos de la Administración para satisfacer el interés general, una potestad más de las que ésta dispone al llevar a cabo su actividad, sino un mecanismo de garantía destinado a paliar, precisamente, las consecuencias negativas que pueda generar dicha actividad. La responsabilidad, por así decirlo, no constituye una herramienta de actuación de la Administración, sino de reacción, de reparación de los daños por ésta producidos”. MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*. 1ª ed. Madrid, Civitas, 2001, p.120.

¹² MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*, ob., cit., pp.120-121.

¹³ “3- Hasta la Constitución de 1991, no existía en la Constitución ni en la ley una cláusula general expresa sobre la responsabilidad patrimonial del Estado. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, en especial, del Consejo de Estado encontraron en diversas normas de la constitución derogada –en especial en el artículo 16- los fundamentos constitucionales de esa responsabilidad estatal y plantearon, en particular en el campo extracontractual, la existencia de diversos regímenes de responsabilidad, como la falla en el servicio, el régimen de riesgo o el de daño especial. Por el contrario, la actual Constitución reconoce expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado”. Corte Constitucional, sentencia C-864 de 2004. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-037 de 2003.

¹⁴ Conforme a lo establecido en el artículo 90 de la Carta Política “los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al estado son: a) el daño antijurídico y b) la imputabilidad del

3 En cuanto al daño antijurídico, el precedente jurisprudencial constitucional señala que la,

“... antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima. De otro lado, la concepción del daño antijurídico a partir de la consideración de que quien lo sufre no está obligado a soportarlo constituye otra forma de plantear el principio constitucional según el cual, la igualdad frente a las cargas públicas es sustento de la actividad de la administración pública”¹⁵.

Así pues, el precedente jurisprudencial constitucional ha señalado,

“La Corte Constitucional ha entendido que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración”¹⁶.

De igual manera, el precedente jurisprudencial constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los “principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral

Estado”. Sentencia de 21 de octubre de 1999, Exps.10948-11643. Es, pues “menester, que además de constatar la antijuridicidad del [daño], el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, ‘la imputatio juris’ además de la ‘imputatio facti’”. Sentencia de 13 de julio de 1993. En el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “En efecto, el artículo de la Carta señala que para que el Estado deba responder, basta que exista un daño antijurídico que sea imputable a una autoridad pública. Por ello, como lo ha reiterado esta Corte, esta responsabilidad se configura “siempre y cuando: i) ocurra un daño antijurídico o lesión, ii) éste sea imputable a la acción u omisión de un ente público”. Corte Constitucional, sentencias C-619 de 2002; C-918 de 2002.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. Así mismo, se considera: “El artículo 90 de la Carta, atendiendo las (sic) construcciones jurisprudenciales, le dio un nuevo enfoque normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado desplazando su fundamento desde la falla del servicio hasta el daño antijurídico. Ello implica la ampliación del espacio en el que puede declararse la responsabilidad patrimonial del Estado pues el punto de partida para la determinación de esa responsabilidad ya no está determinado por la irregular actuación estatal – bien sea por la no prestación del servicio, por la prestación irregular o por la prestación tardía- sino por la producción de un daño antijurídico que la víctima no está en el deber de soportar, independientemente de la regularidad o irregularidad de esa actuación”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002.

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-918 de 2002. A lo que se agrega: “El artículo 90 de la Constitución Política le suministró un nuevo panorama normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado. En primer lugar porque reguló expresamente una temática que entre nosotros por mucho tiempo estuvo supeditada a la labor hermenéutica de los jueces y que sólo tardíamente había sido regulada por la ley. Y en segundo lugar porque, al ligar la responsabilidad estatal a los fundamentos de la organización política por la que optó el constituyente de 1991, amplió expresamente el ámbito de la responsabilidad estatal haciendo que ella desbordara el límite de la falla del servicio y se enmarcara en el más amplio espacio del daño antijurídico”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002.

del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución”¹⁷.

Así mismo, debe quedar claro que es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente de la Sala un “Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos”¹⁸. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable¹⁹, anormal²⁰ y que se trate de una situación jurídicamente protegida²¹.

4 Ahora bien, en cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Precisamente, en el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene,

“La superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen”²².

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001.

¹⁸ Agregándose: “Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede exigirse al juez que, como no le alcanzan sus recursos fiscales, no le condene por ejemplo, por los atentados de la fuerza pública, contra la dignidad de la persona humana”. Sentencia de 9 de febrero de 1995. Exp.9550.

¹⁹ Sentencia de 19 de mayo de 2005. Rad. 2001-01541 AG.

²⁰ “por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio”. Sentencia de 14 de septiembre de 2000. Exp.12166.

²¹ Sentencia de 2 de junio de 2005. Rad. 1999-02382 AG.

²² Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

5 Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad²³, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica²⁴. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”²⁵.

6 En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva, título autónomo que “parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”²⁶. Siendo esto así, la imputación objetiva implica la “atribución”, lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de “cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta”²⁷.

²³ En los términos de Kant, dicha imputación se entiende: “Imputación (*imputatio*) en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (*causa libera*) de una acción, que entonces se llama acto (*factum*) y está sometida a leyes; si el juicio lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas del acto, es una imputación judicial (*imputatio iudiciaria*), en caso contrario, sólo una imputación dictaminadora (*imputatio diiudicatoria*)”. KANT, I. *La metafísica de las costumbres*. Madrid, Alianza, 1989, p.35. En nuestro precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “La jurisprudencia nacional ha recabado en ello al sentar la tesis de que la base de la responsabilidad patrimonial del Estado la constituye la imputabilidad del daño. En efecto, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Constitucional ha sostenido que la responsabilidad patrimonial del Estado y de las demás personas jurídicas públicas se deriva de la imputabilidad del perjuicio a una de ellas, lo cual impide extenderla a la conducta de los particulares o a las acciones u omisiones que tengan lugar por fuera del ámbito de la administración pública”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

²⁴ El “otro principio de responsabilidad patrimonial del Estado es el de imputabilidad. De conformidad con éste, la indemnización del daño antijurídico le corresponde al estado cuando exista título jurídico de atribución, es decir, cuando de la voluntad del constituyente o del legislador pueda deducirse que la acción u omisión de una autoridad pública compromete al Estado con sus resultados”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

²⁵ “Tenía razón Welzel al considerar que el Derecho debe respetar estructuras antropológicas como la capacidad de anticipación mental de objetivos cuando se dirige al hombre mediante normas. Desde luego, si el ser humano no tuviera capacidad de adoptar o dejar de adoptar decisiones teniendo en cuenta motivos normativos, sería inútil tratar de influir en el comportamiento humano mediante normas prohibitivas o preceptivas”. MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 05-05-2003 [<http://criminet.urg.es/recpc>], pp.6 y 7.

²⁶ “El Derecho se dirige a hombre y no a adivinos. Declarar típica toda acción que produzca un resultado dañoso, aun cuando éste fuese imprevisible, significaría que la ley no tiene en cuenta para nada la naturaleza de sus destinatarios; pues una característica del hombre es precisamente la de que no puede prever más que muy limitadamente las consecuencias condicionados por sus actos. Vincular un juicio de valor negativo (el de antijuridicidad) a la producción de un resultado que el hombre prudente no puede prever sería desconocer la naturaleza de las cosas (más concretamente): la naturaleza del hombre”. GIMBERNAT ORDEIG, E. *Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad*. Madrid, 1990, pp.77 ss.

²⁷ MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

7 Esto, sin duda, es un aporte que se representa en lo considerado por Larenz según el cual había necesidad de “*excluír del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que éstos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar*”²⁸. Con lo anterior, se logra superar, definitivamente, en el juicio de responsabilidad, la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de condiciones, como de la causalidad adecuada, ofreciéndose como un correctivo de la causalidad, donde será determinante la magnitud del riesgo y su carácter permisible o no²⁹.

8 Dicha tendencia es la que marcó el precedente jurisprudencial constitucional, pero ampliando la consideración de la imputación (desde la perspectiva de la imputación objetiva) a la posición de garante donde la exigencia del principio de proporcionalidad³⁰ es necesario para considerar si cabía la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico, y así se motivara el juicio de imputación. Dicho juicio, en este marco, obedece sin lugar a dudas a un ejercicio de la ponderación³¹ que el juez está llamado a aplicar, de tal manera que

²⁸ LARENZ, K. “Hegelszurechnungslehre”, en MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

²⁹ JAKOBS, G. *La imputación objetiva en el derecho penal*. Bogotá, Universidad Externado, 1994. Sin embargo, como lo sostiene el precedente de la Sala: “*De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 86 del Código Contencioso Administrativo... No obstante que la norma constitucional hace énfasis en la existencia del daño antijurídico como fuente del derecho a obtener la reparación de perjuicios siempre que el mismo le sea imputable a una entidad estatal, dejando de lado el análisis de la conducta productora del hecho dañoso y su calificación como culposa o no, ello no significa que la responsabilidad patrimonial del Estado se haya tornado objetiva en términos absolutos, puesto que subsisten los diferentes regímenes de imputación de responsabilidad al Estado que de tiempo atrás han elaborado tanto la doctrina como la jurisprudencia*”. Sentencia de 24 de febrero de 2005. Exp.14170.

³⁰ “*El principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: el principio de idoneidad; el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Estos principios expresan la idea de optimización... En tanto que exigencias de optimización, los principios son normas que requieren que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dadas sus posibilidades normativas y fácticas. Los principios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización relativa a lo que es fácticamente posible por lo que expresan la idea de optimalidad de Pareto. El tercer subprincipio, el de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a la optimización respecto de las posibilidades normativas. Las posibilidades normativas vienen definidas, fundamentalmente, por la concurrencia de otros principios; de modo que el tercer subprincipio podría formularse mediante la siguiente regla: Cuanto mayor ser el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro. Esta regla puede denominarse: “ley de la ponderación” (subrayado fuera de texto). ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). *Cátedra Ernesto Garzón Valdés.*, ob., cit., p.62.*”

³¹ “*La ley de la ponderación pone de manifiesto que la ponderación puede fraccionarse en tres pasos. El primero consiste en establecer el grado de insatisfacción o de detrimento del primer principio; el segundo, consiste en establecer la importancia de la satisfacción del segundo principio, que compite con el primero y, finalmente, el tercer paso consiste en determinar si, por su importancia, la satisfacción del segundo principio justifica la no satisfacción del primero*”. ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). *Cátedra Ernesto Garzón Valdés.*, ob., cit., p.64.

se aplique como máxima que: “Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro”³².

En ese sentido, el precedente jurisprudencial constitucional indica:

*“... el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar **si el sujeto era competente** para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección³³ frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible³⁴. Ejemplo: un desprevenido transeúnte encuentra súbitamente en la calle un herido en grave peligro (situación de peligro generante del deber) y no le presta ayuda (no realización de la acción esperada); posteriormente fallece por falta de una oportuna intervención médica que el peatón tenía posibilidad de facilitarle trasladándolo a un hospital cercano (capacidad individual de acción). La muerte no le es imputable a pesar de la evitabilidad y el conocimiento. En efecto, si no tiene una posición de garante porque él no ha creado el riesgo para los bienes jurídicos, ni tampoco tiene una obligación institucional de donde surja un deber concreto de evitar el resultado mediante una acción de salvamento, el resultado no le es atribuible. Responde sólo por la omisión de socorro y el fundamento de esa responsabilidad es quebrantar el deber de solidaridad que tiene todo ciudadano”³⁵.*

A lo que se agrega por el mismo precedente,

“En la actualidad, un sector importante de la moderna teoría de la imputación objetiva (la nueva escuela de Bonn: Jakobs, Lesch, Pawlik, Müssig, Vehling) estudia el problema desde una perspectiva distinta a la tradicional de Armin

³² ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). *Cátedra Ernesto Garzón Valdés.*, ob., cit., p.62. Sin embargo, se advierte que Habermas ha planteado objeciones a la ponderación: “... la aproximación de la ponderación priva de su poder normativo a los derechos constitucionales. Mediante la ponderación –afirma Habermas– los derechos son degradados a nivel de los objetivos, de las políticas y de los valores; y de este modo pierden la “estricta prioridad” característica de los “puntos de vista normativos”. HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms*, Trad. William Rehg, Cambridge, 1999, p.259. A lo que agrega: “... no hay criterios racionales para la ponderación: Y porque para ello faltan criterios racionales, la ponderación se efectúa de forma arbitraria o irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que está acostumbrado”. Para concluir que: “La decisión de un tribunal es en sí misma un juicio de valor que refleja, de manera más o menos adecuada, una forma de vida que se articula en el marco de un orden de valores concreto. Pero este juicio ya no se relaciona con las alternativas de una decisión correcta o incorrecta”. HABERMAS, Jürgen. “Reply to Symposium Participants”, en ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. *Habermas on Law and Democracy*. Los Angeles, Berkeley, 1998, p.430.

³³ Deberes de protección que es “una consecuencia de la obligación general de garantía que deben cumplir las autoridades públicas y se colige claramente de los artículos 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que regulan el derecho a disponer de un recurso efectivo en caso de violaciones a los derechos humanos”. CASAL H, Jesús María. *Los derechos humanos y su protección. Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales*. 2ª ed. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2008, p.31.

³⁴ Cfr. Günther Jakobs. Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung. ZStW 89 (1977). Págs 1 y ss.

³⁵ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

Kaufmann: el origen de las posiciones de garante se encuentra en la estructura de la sociedad, en la cual existen dos fundamentos de la responsabilidad, a saber:

1) *En la interacción social se reconoce una libertad de configuración del mundo (competencia por organización) que le permite al sujeto poner en peligro los bienes jurídicos ajenos; el ciudadano está facultado para crear riesgos, como la construcción de viviendas a gran escala, la aviación, la exploración nuclear, la explotación minera, el tráfico automotor etc. Sin embargo, la contrapartida a esa libertad es el surgimiento de **deberes de seguridad en el tráfico**, consistentes en la adopción de medidas especiales para evitar que el peligro creado produzca daños excediendo los límites de lo permitido. Vg. Si alguien abre una zanja frente a su casa, tiene el deber de colocar artefactos que impidan que un transeúnte caiga en ella. Ahora bien, si las medidas de seguridad fracasan y el riesgo se exterioriza amenazando con daños a terceros o el daño se produce - un peatón cae en la zanja- surgen los llamados **deberes de salvamento**, en los cuales el sujeto que ha creado con su comportamiento peligroso anterior (generalmente antijurídico) un riesgo para los bienes jurídicos, debe revocar el riesgo - prestarle ayuda al peatón y trasladarlo a un hospital si es necesario- (pensamiento de la injerencia). Esos deberes de seguridad en el tráfico, también pueden surgir por **asunción** de una función de seguridad o de salvamento, como en el caso del salvavidas que se compromete a prestar ayuda a los bañistas en caso de peligro.*

*Los anteriores deberes nacen porque el sujeto ha configurado un peligro para los bienes jurídicos y su fundamento no es la solidaridad sino la creación del riesgo. Son **deberes negativos** porque su contenido esencial es no perturbar o inmiscuirse en los ámbitos ajenos. Corresponde a la máxima del derecho antiguo de no ocasionar daño a los demás.*

2) *Pero frente a la libertad de configuración, hay deberes que proceden de instituciones básicas para la estructura social (competencia institucional) y que le son impuestas al ciudadano por su vinculación a ellas. Por ejemplo, las relaciones entre padres e hijos y ciertas relaciones del estado frente a los ciudadanos. Estos deberes se caracterizan, porque el garante institucional tiene la obligación de configurar un mundo en común con alguien, de prestarle ayuda y **protegerlo contra los peligros que lo amenacen**, sin importar que el riesgo surja de un tercero o de hechos de la naturaleza. Vg. El padre debe evitar que un tercero abuse sexualmente de su hijo menor y si no lo hace, se le imputa el abuso.*

*Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad. Se trata de **deberes positivos**, porque contrario a los negativos en los cuales el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en éstos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos³⁶³⁷.*

16. *En una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de si una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante.*

³⁶ Cfr. Günther Jakobs. Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre (studienausgabe). 2 Auflage. Walter de Gruyter. Berlin. New York. 1993. Pags. 796 y ss.

³⁷ Corte Constitucional, sentencia SU-1184 de 2001.

“Si alguien tiene deberes de seguridad en el tráfico, lo trascendente para la imputación es si esa persona desplegó deberes de diligencia para evitar que el peligro creado no excediera los límites de lo prohibido. Si se es garante, no interesa si el sujeto originó un curso causal (acción) o no impidió el desarrollo del mismo (omisión), sino, si ha cumplido con los deberes de seguridad que le impone el ejercicio de una actividad peligrosa. Vg. Si alguien maneja una represa y el agua se desborda ocasionándole daño a una población, en el juicio de imputación lo sustancial no es si el operario abrió la compuerta mas (sic) de lo debido (acción) o simplemente no la cerró a tiempo (omisión); lo fundamental es si cumplió o no con los deberes de seguridad que surgían del control de una fuente de peligro. Lo mismo acontece, cuando en virtud de relaciones institucionales se tiene el deber de resguardar un determinado bien jurídico contra determinados riesgos. El padre de familia incumple sus deberes de protección frente a su hijo, no sólo cuando entrega el arma homicida, también lo hace cuando no evita que un tercero le ocasione una lesión mortal. En la actualidad, se afirma que la técnica moderna y el sistema social, hacen intercambiables la acción y la omisión³⁸. Günther Jakobs ha demostrado que todos los problemas del delito de omisión son trasladables a la acción. Hay conductas activas, socialmente adecuadas, que se convierten en un riesgo jurídicamente desaprobado cuando la persona tiene una posición de garante. Ejemplo: es socialmente adecuado apagar la luz del portón de una casa (acción) aun cuando sea probable que un peatón puede tropezar en la oscuridad; pero se convierte en un comportamiento prohibido (apagar la luz) si el propietario ha realizado una construcción frente a ella, porque al crear una fuente de peligro aparecen deberes de seguridad en el tráfico: alumbrar la obra para que nadie colisione con ella”³⁹.

9 En los anteriores términos, la responsabilidad extracontractual del Estado se puede configurar una vez se demuestre el daño antijurídico y la imputación (desde el ámbito fáctico y jurídico). Conforme a lo anterior esquema, se analizará el caso a resolver.

3. El régimen de la responsabilidad por actividad médica

Partiendo del análisis del caso en el marco de la falla probada del servicio como título de imputación⁴⁰,

“... en la medida en que el demandante alegue que existió una falla del servicio médico asistencial que produjo el daño antijurídico por el cual reclama indemnización... deberá en principio, acreditar los tres extremos de la misma:

³⁸ Cfr. Javier Sánchez-Vera. Pflichtdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen. Duncker & Humboldt Berlin 1999. Pags. 51 y ss Kurt Seelmann. Grundlagen der Strafbarkeit. Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 1. Reihe. Alternativkommentare. Luchterhand. Neuwied. 1990. Pag.389.

³⁹ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

⁴⁰ Sentencias de agosto 31 de 2006. Exp. 15772; octubre 3 de 2007. Exp. 16.402; 23 de abril de 2008, Exp.15.750; 1 de octubre de 2008, Exp. 16843 y 16933; 15 de octubre de 2008, Exp. 16270; 28 de enero de 2009, Exp. 16700; 19 de febrero de 2009, Exp. 16080; 18 de febrero de 2010, Exp. 20536; 9 de junio de 2010, Exp. 18.683.

la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquella y ésta...⁴¹.

Dicho título de imputación opera, como lo señala el precedente de la Sala no sólo respecto de los daños indemnizables derivados de la muerte o de las lesiones corporales causadas, sino que también comprende

“... los que se constituyen por la vulneración del derecho a ser informado; por la lesión del derecho a la seguridad y protección dentro del centro médico hospitalario y, como en este caso, por lesión del derecho a recibir atención oportuna y eficaz”⁴².

Cuando la falla probada en la prestación del servicio médico y hospitalario se funda en la “lesión al derecho a recibir atención oportuna y eficaz”, se debe observar que está produce como efecto la vulneración de la garantía constitucional que recubre el derecho a la salud, especialmente en lo que hace referencia al respeto del principio de integridad en la prestación de dicho servicio, el cual según el precedente jurisprudencial constitucional:

“La protección al derecho fundamental a la salud no se limita simplemente al reconocimiento de los servicios que se requieren con necesidad; sino que comprende también su acceso de manera oportuna, eficiente y de calidad. La prestación del servicio de salud es oportuna cuando la persona lo recibe en el momento que corresponde para recuperar su salud sin sufrir mayores dolores y deterioros. En forma similar, el servicio de salud se considera eficiente cuando los trámites administrativos a los que se somete al paciente para acceder a una prestación requerida son razonables, no demoran excesivamente el acceso y no imponen al interesado una carga que no le corresponde asumir. Por otro lado, el servicio de salud es de calidad cuando las entidades obligadas a prestarlo actúan de manera tal “que los usuarios del servicio no resulten víctimas de imponderables o de hechos que los conduzcan a la desgracia y que, aplicando con razonabilidad los recursos estatales disponibles, pueden ser evitados, o su impacto negativo reducido de manera significativa para la persona eventualmente afectada”⁴³.

Dicho principio de integralidad del servicio exige considerar, según el precedente jurisprudencial constitucional, que

“todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal

⁴¹ Sentencia de 23 de septiembre de 2009, Exp. 17.986.

⁴² Sentencia de 7 de octubre de 2009. Exp. 35656.

⁴³ Corte Constitucional, sentencia T-104 de 2010.

*dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud*⁴⁴.

A lo que se agrega, según el precedente jurisprudencial constitucional:

“Se considera por tanto que hay un daño, cuando se produce un dolor intenso, cuando se padece la incertidumbre y cuando se vive una larga e injustificada espera, en relación con la prestación de servicios médicos, la aplicación de medicamentos o la ejecución de procedimientos que no llegan o que se realizan de manera tardía o incómoda.

“Al respecto cabe destacar que el derecho a la salud de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

-Debe ser integral:

“(…) la atención y el tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente⁴⁵ o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud”⁴⁶.

En ese sentido, la Sala ha manifestado en decisiones precedentes que dicha falla se circunscribe a una consideración básica:

“La obligación de prestar asistencia médica es compleja, es una relación jurídica total, compuesta por una pluralidad de deberes de conducta (debe de ejecución, deber de diligencia en la ejecución, deber de información, deber de guardar secreto médico, etc.). Ese conjunto de deberes conforma una trama, un tejido, una urdimbre de la vida social responde a la idea de organización - más que de organismos- en punto a la susodicha relación jurídico total (...) Por tanto, aquel deber jurídico principal supone la presencia de otros deberes secundarios de conducta, como los de diagnóstico, información, recepción de la voluntad jurídica del enfermo –llamada comúnmente consentimiento del paciente-, prescripción, guarda del secreto profesional, satisfacción del plan de prestación en su integridad (actividad que supone no abandonar al enfermo y cuidar de él hasta darlo de alta)⁴⁷ (subrayado fuera de texto).

⁴⁴ Corte Constitucional, sentencia T-1059 de 2006.

⁴⁵ En este sentido se ha pronunciado la Corporación, entre otras, en la sentencia T- 136 de 2004 MP Manuel José Cepeda Espinosa

⁴⁶ Corte Constitucional, sentencias T- 1059 de 2006; T- 062 de 2006; T- 730 de 2007; T- 536 de 2007; T- 421 de 2007.

⁴⁷ Sentencia de 18 de febrero de 2010. Exp.17655.

4. La responsabilidad derivada del incumplimiento de las obligaciones de seguridad del paciente o en la atención hospitalaria

1 La Sala ha venido abordando la responsabilidad derivada del incumplimiento de las obligaciones de seguridad del paciente o en la atención hospitalaria, respecto de la que se ha marcado dos etapas: en la primera se hizo la distinción entre las denominadas “obligaciones de vigilancia y custodia” que son exigibles a los centros hospitalarios, específicamente cuando se trata de pacientes psiquiátricos. En dicho evento, se sustentó que cabía exigir al centro hospitalario una “específica y especial” obligación de seguridad personal del paciente⁴⁸.

2 El precedente anterior fue superado al señalarse que en relación con todo paciente resulta materialmente exigible las obligaciones de vigilancia, custodia y seguridad, las cuales surgen de lo establecido en la ley 9 de 1979, la ley 23 de 1981, la ley 100 de 1993 y en las reglamentaciones en materia de seguridad y atención del paciente, y que en la actualidad se encuentra consagrado en el Decreto 1011 de 2006, con el que emerge el “Sistema Obligatorio de Calidad de la Atención en Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud”. En ese sentido, el precedente de la Sala, sentencia de 19 de agosto de 2009⁴⁹, plantea:

- a) Debe tratarse de un evento adverso imputable a la administración por la atención en salud u hospitalaria, que no tiene origen en la patología de base del paciente, para lo que resulta útil seguir lo reglamentado en la Resolución 1446 de 8 de mayo de 2006 [del Ministerio de la Protección Social], que es el anexo técnico aplicable al “Sistema de Información para la Calidad y se adoptan los indicadores de monitoría del Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención en Salud”. El evento adverso no tiene que ver con la preparación o manejo posterior a la ejecución del acto médico.
- b) El servicio público sanitario y hospitalario comprende, también, las obligaciones de seguridad, cuidado, vigilancia, protección y custodia de los usuarios.
- c) Como fundamentos constitucionales y legales de la responsabilidad patrimonial de la administración pública sanitaria y hospitalaria se encuentran: i) principio de la buena fe (artículos 86 CP y 1603 CC); ii)

⁴⁸ Puede verse como precedente de la Sala: sentencia de 11 de abril de 2002, Exp.13122; de 15 de diciembre de 2004, Exp.14250; de 27 de abril de 2006, Exp.15352.

⁴⁹ Sentencia de 19 de agosto de 2009, Exp.17733.

interés general y prestación del servicio (artículos 1 y 49 CP); iii) derechos de los consumidores.

- d) Cumplir con las características propias a la evaluación y mejora de la calidad de la atención en salud: accesibilidad, oportunidad, seguridad, pertinencia y continuidad (artículo 3 del Decreto 1011 de 2006).
- e) Se trata de actos extramédicos.
- f) El deber inherente a las obligaciones de seguridad deriva de la relación jurídica consistente en “evitar o mitigar todo posible daño que pueda ser irrogado al paciente durante el período en que se encuentre sometido al cuidado del centro hospitalario”.
- g) Se establece como supuesto de imputación el desconocimiento del deber de protección y cuidado de los pacientes durante su permanencia en el establecimiento sanitario.
- h) El título de imputación es el de la falla del servicio, bien sea por violación del deber objetivo de cuidado, o por la negligencia, impericia, imprudencia o violación de reglamentos.
- i) Se tiene en cuenta que el artículo 7 de la Resolución 741 de 1997, fija la necesidad de adoptar unos procedimientos especiales para la atención de los usuarios, cuando se trate de la Sala de partos, recién nacidos, psiquiátricos, geriátricos y discapacitados.
- j) La obligación de seguridad, integralmente considerada, es una sola y comprende diversas actividades.
- k) Se plantea como principio que “todo centro hospitalario tiene como finalidad principal la protección de la integridad de sus pacientes”.
- l) Es posible que no en todos los caso cabe imputar la responsabilidad, ya que “para un centro hospitalario general no resulta previsible que uno de sus pacientes se cause a sí mismo un daño”⁵⁰.}
- m) La transgresión a la obligación de seguridad hace parte de la imputatio iure,.

5. Hechos probados:

Al expediente fue allegado oportunamente y cumpliendo las exigencias legales para tener valor probatorio los siguientes elementos:

⁵⁰ Puede verse como precedente: Sentencias de 21 de enero de 1993; de 29 de septiembre de 2000, Exp.11405, en el que se afirma que los deberes de seguridad no representan obligaciones de seguridad.

- Derecho de petición presentado por el apoderado de los demandantes el 28 de agosto de 1996 ante el Jefe de la Oficina Jurídica del Servicio Seccional de Salud de Antioquia, con el que se solicitó se informara “sobre la naturaleza jurídica del **HOSPITAL SAN FERNANDO** ubicado en el municipio de Amaga (Ant.); qué vínculos o relaciones o dependencias tiene respecto al servicio seccional de salud del Departamento, como también, quién es el representante de dicho centro hospitalario” (fl.5 c1).

- Certificación del Jefe de la Oficina Jurídica de la Dirección Seccional de Salud de Antioquia, de 3 de agosto de 1996, en virtud de la cual se informó:

“Que la entidad denominada **HOSPITAL SAN FERNANDO** del Municipio **Amagá** (Antioquia), obtuvo su personería jurídica por medio de la resolución No.148 del 14 de agosto de 1964, emanada de la Gobernación de Antioquia y publicada en la Gaceta Departamental. Es una entidad sin ánimo de lucro dedicada a prestar servicios de salud a la comunidad. Por Ordenanza 44 del 16 de diciembre de 1.994, se definió como pública la Naturaleza (sic) Jurídica (sic) del Hospital. Ordenanza publicada en diciembre 20 en la Gaceta departamental No.12.410.

Que mediante Acuerdo No. 033 del 12 de mayo de 1995, el H. (sic) Concejo municipal de Amagá, reestructuró la entidad, transformándola en una **EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO**, con categoría especial de entidad municipal, dotada de personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, sometida al régimen jurídico previsto en el Capítulo III, Título II, Libro Segundo (sic) de la Ley 100 del 23 de diciembre de 1993.

La representación legal la tiene el gerente, cargo que en la actualidad ocupa el doctor **JULIO FREDYS DUMAR RUIZ**, identificado con la cédula de ciudadanía No 15.039.545 de Sahagún (Córdoba)” (fl.6 c1).

- Partida eclesiástica del matrimonio, de la Diócesis de Caldas, entre Joaquín Emilio Gómez y María Leonor Moncada (fl.7 c1).

- Partida de bautismo, de la Parroquia San Fernando Rey de la Diócesis de Caldas, de María Leonor Moncada Arboleda (fl.8 c1).

- Partida de bautismo, de la Parroquia Los Santos Ángeles de la Diócesis de Caldas, de Luis Adolfo Gómez Moncada (fl.9 c1).

- Partida de bautismo, de la Parroquia San Fernando Rey de la Diócesis de Caldas, de Blanca Ligia del Espíritu Santo Gómez Moncada (fl.10 c1).

- Copia auténtica del certificado de nacimiento, de la Notaría Única del Círculo de Amagá (Antioquia), de Amanda Oliva Gómez Moncada (fl.11 c1).

- Copia auténtica del certificado de nacimiento, de la Notaría Única del Círculo de Amagá (Antioquia), de María Rosalva Gómez Moncada (fl.12 c1).

- Copia auténtica del certificado de nacimiento, de la Notaría Única del Círculo de Amagá (Antioquia), de Joaquín Emilio Gómez Moncada (fl.13 c1).

- Copia auténtica del certificado de nacimiento, de la Registraduría Nacional del Estado Civil, de María Leonor Gómez Moncada (fl.14 c1).

- Oficio S.G 0331, del Secretario General y de Gobierno de Antioquia, de 6 de agosto de 1996, por medio del cual se remitió "copia del Acuerdo número 033 de mayo 12 de 1995 y el Acuerdo número 006 de febrero 14/96 con relación al Hospital San Fernando de Amagá" (fls.52 a 86 c1).

- Copia de la historia clínica aportada por la demandada ESE Hospital San Fernando de Amagá, contentiva de:

i) Registro médico de identificación y resumen de atenciones a Ma (sic) Leonor Moncada Arboleda, con fecha de inscripción 22 de junio de 1996, donde se consignó en el apartado de diagnóstico y procedimientos "Fx cadera" (fl.143 c1).

ii) Reporte de incidente en el servicio de urgencias de María Leonor Moncada de G, de 22 de junio de 1996, a las 13:00, en el que se consignó como diagnóstico previo "Infección urinaria - Isquemia cerebral transitoria. En cuanto al incidente, se consignó como resultado una lesión en cadera izquierda, y se relató:

"Luego de insistirle repetidamente al acompañante de no dejar sola la pte (sic), se fué (sic). La pte (sic) se encontraba en la camilla de observación en (sic) servicio de urgencias con las barandas arriba, pero la pte (sic) se cae desde la camilla en el momento en que se encontraba sola; pues a la hora de (sic) accidente los auxiliares estaban con los médicos atendiendo las urgencias que se hallaban en el servicio.

Nota: Este reporte fue llenado x (sic) Médico (sic) de urgencias; porque la jefe dice q' (sic) no estaba en el servicio y x (sic) eso no lo llenó.

MII (sic) con rotación externa acertado; con dolor a la movilización; pulsos H bilateralmente Rx cadera AP. Se observó Fx intertrocantera cadera izquierda no (ilegible) sensitivo, ni vascular...

El resto EF al ingreso del paciente sin cambios

DX LESION (INCIDENTE) Fx Intertrocantera cadera izquierda

CONDUCTA A SEGUIR: Remisión al ISS para manejo quirúrgico.

NOMBRE MEDICO: Dra Chavarriaga Liliana (Planta) Dr Wiston Usma" (fls.144 ambas caras y 147 c1).

iii) Registro médico de atención general de junio 22 de 1996, 11:05 am, en el que se consignó:

“Pte (sic) que fue traída por su hija (enmendado) ayer x (sic) presentar un lenguaje incoherente, además de dolor en región cervical post (sic); con ↓ (sic) de agudeza visual; consultó x (sic) C (sic) Ext. Hace dos días (sic) y se maneja (sic) para IVU con TMT - SMT 160/180 -+ B Hioscina y Metoclopramida.

RxS - vómito 1 día (sic) evolución (#s (sic) episodios)...

ECV hace 4 años - HTA Ho con captopril 25 mg/d . catopresan 150 mg/d y diurético q' (sic) no recuerda el nombre.

(...)

EF: Pte (sic) Desorientada (sic) en tiempo y persona mas (sic) no en espacio - hidratada al limite (sic)

PA= 190/90 (al ingreso) ahora PA= 160/1000

(...)

Nerologico (sic): No déficit motor, ni sensitivo

(...)

Imposibilidad para la marcha

Nota: Se comentó pte (sic) con Dr. Ruben D. Posada en el ISS quien sugiere dejar en hospitalización y de acuerdo a su evolución, enviar el lunes Para TAC cráneo

(...)

Idx: - IVU
- HTA
- Isquemia cerebral horia
- ECV

Cdta: Se hospitaliza” fl.145 ambas caras c1).

iv) Registro médico de atención en urgencias en el que se consignó que el paciente llegó el 21 de junio de 1996 traído por sus familiares y además:

“(...)

CF conciente (sic) orientada en tiempo y persona mas no en espacio...

Hidratada al limite (sic)

(...)

No déficit motor ni sensitivo ni sensitivo

(...)

Reflejos +++++

iDr...

Descartar ECV

HTA

Isquemia cerebral” (fl.146 ambas caras c1).

v) Registro médico de solicitud de remisión al servicio de ortopedia de 22 de junio de 1996, ordenada por el médico Wistón Usma, donde se refirió la situación establecida en el registro de ingreso a urgencias y se agregó que padecía una infección urinaria (fl.148 ambas caras c1).

vi) Hojas de resultados generales de exámenes de laboratorio de 22 de junio de 1996 realizados a la paciente (fls.149 a 151 c1).

vii) Registro médico de evolución de 22 de junio de 1996, en el que se consignó:

“7 AM Recibo usuaria de 81 años de edad en el servicio de urgencias, se encontraba en observación desde las 23 pm en el servicio de urgencias, por presentar malestar general dislalia, dificultad para la marcha. Al recibirla la encontramos desorientada en persona y tiempo no en espacio, muy ansiosa (sic) con dificultad para el habla afebril hidratada con venoclisis permeable [firma Angela Rojas].

(...)

12M Pte (sic) continua muy ansiosa (sic) pidiendo frecuente/ tinto y cigarrillo, se le hacen cambios de posición, se prepara para hospitalizar con PA 160/100 p 92... se le deja catéter heparinizado [firma Angela Rojas].

(...)

12:30 PACIENTE CONTINUA MUY INQUIETA MOVIENDOSE FRECUENTE/ EN LA CAMILLA ESTA SE ENCONTRABA CON LAS BARANDILLAS ARRIBA. LA PTE (sic) SE DESLIZO POR LA PARTE DE LOS PIES; LA COGIO EL MD DE TURNO DR WISTON USMA, EL DR CARLOS GONZALEZ ORTOPEDISTA SE ENCONTRAB EN EL SERVICIO HACIENDO UN PROCEDIMIENTO LA EVALUAO Y ORDENO RX DE CADERA. LUEGO SE ENCONTRABA EN LA CAMILLA SE LE ADMINISTRA...

EN EL MOMENTO EN QUE LA PTE (sic) SE CAYO ME ENCONTRABA PARTIENDO (PICANDO LA DROGA PARA ADMINISTRARSELA A LA PTE (sic) LA COMPAÑERA ATENDIE UN PTE (sic) QUEMADO QUE ACABA DE LLEGAR

14:30 LA PTE (sic) FUE REMITIDA PARA MEDELLIN...” (fl.152 ambas caras c1).

vii) Registro médico de evolución de 24 de septiembre de 1996, en el que se dio cuenta de la lesión en la cadera [ilegible] (fl.153 c1).

viii) Registro médico de evolución de 22 de junio de 1996, de las 13:30 que indicó:

“Pte (sic) que luego de avisársele a fliar (sic) de no dejarla sola, sufre Caída (sic) desde la camilla; se toman Rx cadera y muestra Fx Intertrocantera cadera izquierda. La pte (sic) se encontraba en camilla con barandas pero la fliar (sic) la dejó sola y en el momento del accidente habían (sic) varios pacientes en tratamiento en el servicio de urgencias y las 2 auxiliares del servicio se encontraban ocupadas atendiendo en compañía de los Médicos dichas urgencias.

Se comenta pte (sic) con ortopedista Dr Carlos Mario González quien dice q' (sic) se necesita HO Qx lo más pronto posible, por lo que se decide remitir al ISS para evaluar y manejar Qxco de la pte (sic), previa tracción de tejs (sic) blandos.

Se avisa a enfermera Jefe para q' llene reporte de accidente.

(...)

Se le informa al MD (sic) que se debe llenar reporte de accidente el cual es responsabilidad del médico de turno en este servicio ya que en el servicio de

urgencias no hay enfermera de turno la enfermera permanece en el hospital es de el (sic) servicio de hospitalización, y personal de enfermería debe aparecer en el reporte con testigos pertinentes” (fl.154 c1).

viii) Registro médico de órdenes médicas, en la que se dejó reflejado que el 21 de junio de 1996 debía vigilarse el estado de conciencia de la paciente, y avisar cambios (fl.155 c1).

ix) Se allegaron copias de modelos de camillas de la “Striker Medical”, sin indicarse si de este tipo existía en el servicio de urgencias de la ESE Hospital San Fernando de Amagá (fls.161 a 167 c1).

x) Certificación del Asesor Jurídico de la Dirección Seccional de Salud de Antioquia, de 13 de mayo de 1997, en virtud de la cual se informó:

“Que la entidad denominada **HOSPITAL SAN FERNANDO** del Municipio de **Amagá** (Antioquia), obtuvo su personería jurídica por medio de la resolución No.148 del 14 de agosto de 1964, emanada de la Gobernación de Antioquia y publicada en la Gaceta departamental. Es una entidad sin ánimo de lucro dedicada a prestar servicios de salud a la comunidad. Por Ordenanza 44 del 16 de diciembre de 1.994, se definió como pública la Naturaleza Jurídica del Hospital. Ordenanza publicada en diciembre de 20 en la Gaceta Departamental No.12.410.

Que mediante Acuerdo No.033 del 12 de mayo de 1995, el H. (sic) Concejo municipal de Amagá, reestructuró la entidad, transformándola en una **EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO**, con categoría especial de entidad pública, con calidad de entidad descentralizada del orden municipal, dotada de personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, sometida al régimen jurídico previsto en el Capítulo III, Título II, Libro Segundo (sic) de la Ley 100 del 23 de diciembre de 1993”⁵¹ (fls.168 y 285 c1).

- Oficio del servicio de Registros Médicos y Estadística de la Clínica Antioquia, de 27 de marzo de 1998, con el que se allegó la copia de la historia clínica de María Leonor Moncada Arboleda “quien estuvo hospitalizada desde junio 22 de 1996 hasta junio 27 del mismo año” (fl.196 c1).

i) Exámenes de laboratorio (fls.197 a 202 c1).

ii) Registro médico de solicitud de remisión al servicio de ortopedia de 22 de junio de 1996, ordenada por el médico Wistón Usma, donde se refirió la situación

⁵¹ Obra en el expediente una certificación en los mismo términos de 8 de enero de 1997 (fl.174 c1).

establecida en el registro de ingreso a urgencias y se agregó que padecía una infección urinaria (fl.203 ambas caras c1).

iii) Registros de enfermería,

- "22 06 96 3 45 Ingres a paciente al servicio de urgencias de 81 años de Edad (sic)...

En camilla acompañada de sus hijos, Amanda Gómez y Luis Adolfo Gómez, Remitida (sic) del I.S.S de Amaga (Hospital San Fernando Amaga, Ant), con un Dx de Enfermedad (sic) cerebro vascular. Fx de femur (sic) Izq (sic), conciente (sic), orientada en nombre, no sabe el tiempo, la edad, ni el lugar donde Esta (sic). La paciente refiere sed y dolor moderado en brazos y piernas. La paciente se observa palida (sic), Equimosis (sic) y laceraciones En (sic) ambos brazos. MSI con catéter heparinizado, del 21 de Junio (sic) en la noche con tracción Esqueletica (sic) en MII, Responde (sic) a los estímulos (sic).

(...)

4:45 El doctor ordena:

1° Evaluación y Hospitalización (sic) por Medicina (sic) Interna (Dr. Jairo Restrepo.

(...)

3° Posición semisentada.

4° Control S.V C/4 horas.

(...)

22 06 96 16 45 Recibo paciente despierta, llega en camilla con su familia y aux (sic) de enfermería de urgencias (ilegible) leve/ (sic) desorientada, dolor en MII al movilizarla" (fl.204 ambas caras c1).

- Hoja de ingreso de enfermería de 22 de junio de 1996 en el que se consignó:

"(...)

Impresión Dx con la cual viene remitido: Fx Femur (sic) Izq A.C.V.

Problema principal expresado por el paciente y que se sabe de su enfermedad:

Hace 10 días tuvo coma diabetico (sic), estaba ya recuperada pero ayer presentó dificultad para caminar y un momento después presentó imposibilidad; fue llevada a (sic) Hospital de amaga (sic) donde sufrió (sic) Caída (sic) de una camilla sufriendo Fx.

(...)

Observación de Signos - síntomas y reacciones:

Señora afebril en estado de estupor leve, con MII con vendaje limpio, trae fractura en dicho miembro, no refiere dolor se observan (ilegible) laceraciones y equimosis en piel (...) orientada por momentos.

(...)

RESUMEN DE LAS ACTIVIDADES DE ENFERMERIA

Doña Ma (sic) Leonor es una pte (sic) de 81 años de edad, quien ingresa al servicio de hospitalización el día 22 de Junio (sic) a las 10 ½ para ser tratada de una fractura de Tejidos (sic) blandos. La Sra (sic) reacciona muy bien al tratamiento se realizan cambios de posición y masajes con crema en zona de presión (...) Es trasladada para el hospital san (sic) vicente (sic) de Paul (sic) para Cx de Tejidos (sic) Blandos en MII (sic)" (fl.208 ambas caras c1).

- Oficio 16165 de la Coordinadora II de Administración del recurso Humano, de la Dirección Seccional de Salud de Antioquia, de 27 de marzo de 1998, con el que se informó “que en el proceso de descentralización que se realizó en el año 1996, el personal a cargo que tenía la Dirección Seccional de Salud de Antioquia, en la E.S.E. Hospital San Fernando de Amagá (Antioquia), fue incorporado a dicho hospital a partir del 1 de julio de 1996” (fl.217 c1).

- Hoja de remisión de copia auténtica de la historia clínica número 18111 81, del Jefe del Departamento de Registros Médicos y Estadística, de la Fundación Hospitalaria San Vicente de Paul (fl.225 c1).

i) Resumen de atención de 27 de junio de 1996, en cuyo diagnóstico de egreso principal se indicó fractura de cadera (fl.225 ambas caras c1).}

ii) Hoja de enfermería, drogas y tratamientos de 27 de junio de 1996, en la que se consignó,

“2:50 llega Pte (sic) a (ilegible) procedente de la Clínica (sic) Antioquia (sic) trae HC Rx pijama (...) Remitida de dicho lugar en camilla. Pte (sic) al ingreso en regulares condiciones generales (sic) conciente (sic), orientada con vena canalizada (...) tiene en diferentes partes del cuerpo equimosis y zona de presión en coxis en MII tiene tracción de tejidos blandos.

(...)

3:10 Le realizan osteosíntesis de cadera con placa tubo.

termina (sic) procedm aro sin complicaciones suturan x (sic) planos” (fl.229 ambas caras c1).

iii) Resumen final:

“FECHA DE INGRESO VI/27/96 FECHA DE EGRESO VI/30/96

DIAGNOSTICO DEFINITIVOS: 1) Fx de cadera izq

(...)

INTERVENCIONES QUIRURGICAS Osteosíntesis

HISTORIA RESUMIDA: A) MOTIVO CONSULTA al caer desde la cama tuvo Trauma (sic) de cadera izq (sic) sufriendo fractura” (fl.237 ambas caras c1).

iv) Hoja de inscripción, admisión y egreso de 27 de junio de 1996 en la que se consignó que se justificó su estancia en el Hospital por “Fx” de cadera (fl.236 ambas caras c1).

- Oficio 00202797, de 5 de mayo de 1998, de la Coordinadora de Servicios de Salud del Seguro Social, Seccional Antioquia, con la que se allegó el “convenio N°

0178 suscrito entre el Instituto de los seguros Sociales Seccional Antioquia y la Clínica Antioquia” (fls.237 a 244 c1).

- Certificado de registro civil de defunción de la Notaría Segunda de Itagüí, en la que se estableció que María Leonor Moncada de Gómez murió el 20 de mayo de 1998 (fl.255 c1).

- Oficio 001276, de 1 de julio de 1998, de la Subdirectora Administrativa de la Empresa Social del Estado Hospital San Fernando, con el que se allegó copia de los cuadros de turnos del personal asistencial “que se encontraba laborando el día 22 de junio de 1996” (fl.278 c1). En el primero de los cuadros aparece que el médico Wiston Jairo Usma Mejía se encontraba en urgencias, Germán Flórez Villamil (fl.279 c1), Francisco Roberto Granados, Sonia Yaneth Londoño G (fl.280 c1), Silvia Rojas y Gloria Inés Velez (fl.281 c1) se encontraban en el servicio.

- Testimonio rendido por el médico Wiston Usma Mejía, en el que afirmó,

“(…) hace más o menos dos años, no recuerdo la fecha, yo estaba atendiendo en urgencias del Hospital San Fernando, era día sábado, en horas de la mañana, yo estaba con la Dra. LILINA (sic) CHAVARRIAGA, allí ingresó una paciente, creo que se llama LEONOR MONCADA, esta señora es de avanzada edad. Yo ese día recibí turno a las ocho de la mañana, ahí (sic) en urgencias, y el compañero que me entregó el turno, creo que era DIEGO NARANJO, y ahí en este turno me entregó (sic) a esta paciente, estaba dicha señora en observación ahí en urgencias, lo que el compañero me dijo que era una señora que la habían llevado al parecer de un cuadro de ISQUEMIA CEREBRAL TRANSITORIA, que la habían llevado en las horas de madrugada, y él la había dejado en observación, y que yo ya la evaluara y decidiera ya la conducta a seguir con la paciente, y no recuerdo muy bien que (sic) tratamiento le estaban haciendo en ese momento, sé que la tenían (sic) con suero, le habían tomado un electrocardiograma y estaba con la dróga (sic) que la paciente esta (sic) tomando, creo que también sufría de hipertensión, y estaba en una camilla de observación que había en urgencias que es donde se deja a los pacientes que ya han pasado la fase crítica y se deja en observación para mirar la evolución. Yo recibí la paciente, ella (sic) estaba con una hija, no recuerdo el nombre (sic) de la hija, yo miré que (sic) enfermos habían más prioritarios allí, y en ese momento llegaron varios heridos, unos mineros accidentados, no recuerdo (sic) los nombres de ellos (sic), por lo que se procedió la urgencia de los mineros, eran mineros lesionados que habían tenido un accidente en la mina; yo estaba evaluando (sic) a la señora LEONOR, cuando llegaron los heridos, y cuando ya la señora estaba estable (sic) y en ese momento no ameritaba algo urgente, entonces procedí a atender (sic) a los heridos para poder seguir con ella (sic) después; ya cuando superamos la emergencia, seguí evaluando a la mencionada señora y decidí en vista de que la señora todavía estaba, no se había restablecido totalmente porque estaba muy inquieta le dije a la familia que era pertinente hospitalizarla para estudiarla, yo la evalué y dejé las órdenes de

hospitalización y ya me dediqué a atender otras urgencias que estaban llegando, pero antes le había dicho a la hija de ella (sic) que si podía, o mejor que la familia debía de llevar un exámen (sic) a caldas (sic), porque no lo hacían ahí en el (sic) hospital, entonces la señora me dijo que si podía llevar, corrijo, que si podía dejar a la señora sola, yo le dije a la hija que por ningún motivo se podía dejar sola porque todavía estaba muy inquieta, la mencionada señora estaba localizada en una camilla que quedaba al fondo recostada a una pared, yo estaba atendiendo otros heridos que llegaron, ya al rato y cuando sentí el golpe (sic) de que la señora se había caído de la camilla, la señora cayó por la parte de debajo de la camilla, hacia el lado de los pies de ella (sic), se deslizó al parecer, y al parecer intentó incorporarse [enmendado] y se fue deslizada por la camilla y cayó al piso, yo sentí el golpe, pero yo ya no estaba pendiente de ella (sic), yo estaba atendiendo otros usuarios que habían (sic) en urgencias, yo me dirigí hacia ella (sic), la recogí y la volví a montar a la camilla, en ese momento había [enmendado] una ortopedista que había en urgencias, éste me ayudó a recogerla, la evaluamos nuevamente y la paciente refería dolor en la cadera, no recuerdo si era la derecha o la izquierda, el Ortopedista (sic), por sugerencia del Ortopedista (sic) se solicitó rayos equis, y se evidenció una fractura en la cadera, pero no recuerdo en que (sic) cadera fue; yo indagué por la familia y me dijeron que en ningún momento se habían dado cuenta cuando la señora cayó de la camilla, pues las auxiliares estaban ocupadas con nosotros atendiendo otros pacientes de urgencia, o sea que en ese momento cuando cayó la señora estaba sola; yo le pregunté a las auxiliares que que (sic) pasó con la familia y como que no se dieron (sic) cuenta cuando cayó la señora de la camilla; y la hija de ella (sic) que estaba acompañandola (sic) como que se retiró de allí y no dijo nada, dejó sola a la señora, ya después llegó dandose (sic) cuenta del asunto, y se enojó groseramente en contra de nosotros, yo le expliqué y le dije que por eso le habían dicho que a la paciente no se podía dejar sola que era mucho riesgo para ella (sic), entonces ella (sic) nos dijo que si no servíamos (sic) para nada que (sic) estábamos (sic) haciendo allí, yo le expliqué que el servicio de urgencias en ese momento estaba muy congestionado y desafortunadamente no podía estar al pie (sic) de ella (sic) y que por eso yo le había dicho que no se fuera, que no dejara sola a la mamá, y ella (sic) dijo que apenas había salido un ratito, pero ella siempre se demoró mucho, pero a mi (sic) no (sic) consta cuando ella (sic) salió, no me di (sic) cuenta cuando ella salió, esta señora salió dos veces de allí, laprimera (sic) vez avisó y las auxiliares quedaron pendientes de la paciente, y ya la segunda vez se volvió a perder ella (sic) no avisó y la paciente quedó sola; cuando yo digo que la paciente estaba inquieta, es por el cuadro que ella (sic) tenía, era una paciente que estaba irritable y se movía 8sic) mucho ahí en la camilla, incluso tenía puesta la camilla la varanda (sic), y ella (sic) se deslizó por los pies, y por eso no era aconsejable dejarle sola y son los únicos casos que uno permite familiares en urgencias; yo le dije a la familia que había que remitirla al ISS, a Medellín por lo de la cadera, pero la familia dijo que ellos (sic) la llevaban a la Clínica Antioquia en Itagüí que porque ellos (sic) tenían muy buenas referencias de ello allí. PREGUNTADO: Díga (sic) cuanto personal Médico (sic) había ese día allí en urgencias? CONTESTO: estaba la compañera mía, el ortopedista que estaba atendiendo otro paciente de ortopedia que estaba en consulta, sos (sic) auxiliares de enfermería y yo; y ese día urgencias estaba muy congestionado como antes dije, y los fines de semana ese servicio es muy congestionado (...)

PREGUNTADO: Dúga (sic) si el día veintidos (sic) de Julio (sic) de mil novecientos noventa y seis, ud. (sic) le ordenó a AMANDA OLIVA GOMEZ, hija de MARIA LEONOR MONCADA, llevar una muestra de sangre de su mamá al laboratorio ubicado en el segundo piso y le expresó que mientras ella

(sic) hacía esa diligencia en urgencias le pondrían cuidado a la señora MARIA LEONOR MONCADA? CONTESTO: Yo no le ordené a ella (sic) eso, yo le dije que había que llevar unos exámenes a caldas (sic), y que en ningún momento la señora no se podía quedar sola, que si era posible que otro familiar fuera a llevar las muestras a caldas (sic) (...) PREGUNTADO: Digamos (sic) cuantos (sic) pacientes aproximadamente eran atendidos en el servicio de urgencias cuando la señora MARIA LEONOR MONCADA, se cayó de la camilla? CONTESTO: En ese día habían cinco o seis camillas ahí en urgencias, y todas estaban llenas, con pacientes de mucha urgencias (sic), pacientes que habían llegado heridos y con otras patologías. PREGUNTADO: Díganos si ha ocurrido durante el tiempo que ud. (sic) lleva laborando en el (sic) hospital que otros pacientes se hayan caído de las camillas? CONTESTO: No ha llegado a ocurrir. PREGUNTADO: Díga (sic) si el personal de auxiliares que había en ese momento, eran suficientes para atender la emergencia que se presentó CONTESTO: En servicio de urgencias para ese momento si era suficiente. PREGUNTADO: Díga (sic) si es permitido que un paciente con los cuadros clínicos que presentaba la señora MARIA LEONOR MONCADA, estuviera solo (sic) en el (sic) servicio de urgencias? CONTESTO: No es permitido, porque por eso se permitió la compañía de un familiar. PREGUNTADO: Díga (sic) cual (sic) es la sintomatología (sic) de la ISQUEMIA CEREBRAL TRANSITORIA? CONTESTO: Hay alteración de comportamiento del paciente, en algunas ocasiones el paciente refiere pérdida (sic) momentánea del conocimiento; cuando ya se van recuperando al principio algunos pacientes refieren dificultad de mover algún brazo, alguna pierna, otros no pierden el conocimiento y dicen que vieron estrellitas y que se les vá (sic) la visión momentáneamente, y ya en la evolución es muy importante la inquietud (sic)” (fls.261 a 263 ambas caras c1).

- Testimonio rendido por la enfermera Gloria Inés Vélez Álvarez, quien manifestó,

“(...) ocurre que el día de los hechos yo estaba como auxiliar en urgencias del hospital San Fernando; recibí turno a las siete de la mañana, en ese turno entregaron la paciente que se llama LEONOR MONCADA, que había ingresado a urgencias en horas de la noche anterior, esta señora estaba en una camilla, en observación (sic), ella (sic) estaba ansiosa, hablando enredado, estaba orientada en el tiempo, espacio, pero no en el (sic) lugar donde estaba, ya estaba atendida, estaba evaluada, tenía su suero, la señora se presentaba muy inquieta, decía que estaba muy cansada; y esta señora estaba acompañada [enmendado] de un familiar, de una hija de nombre AMANDA y otra señora que no sé el nombre de ella; y la otra señora salió y trajo un café para la señora, y la hija se quedó con ella (sic), ya nosotros le ayudabamos (sic) a ella (sic), a la señora LEONOR, le dimos el café, se le cambió de ropa y se le cambiaba de posición frecuentemente porque ella (sic) decía que estaba muy cansada, y ahí también estaba pendiente la hija de ella (sic), la señora AMANDA, creo que se llama así; después ya la señora que acompañaba a Amanda, se fue; y quedó Amanda acompañando a la señora LEONOR; y así fue toda la mañana, hasta que ya el Médico (sic) WISTON, le dijo que había que tomarle unos exámenes y llevarlos a caldas (sic), a laboratorio, y ya la señora dijo que ella (sic) iba a salir a llamar a un familiar para que viniera y se quedara con la paciente, ella (sic) salió de urgencias a llamar, y después de eso, tomamos las muestras de sangre y las llevamos (sic) al laboratorio, las muestras; ya no volvimos a ver a la señora AMANDA, no volvió a aparecer, ni ningún familiar, y entonces se siguieron los cuidados con la señora, ella (sic) seguía muy inquieta, la paciente LEONOR, llamando a AMANDA, le pedía

tinto y cigarrillo frecuente; ya el Medico (sic) había decidido a hospitalizarla, le estábamos (sic) haciendo [enmendado] el ingreso a la señora para llevarla a hospitalización, la dróga (sic), el tratamiento, todo eso se hace en urgencias, yo me encontraba organizando la dróga (sic) triturando la dróga (sic) para dársela a la paciente, y mi compañera estaba con otro paciente quemado que había llegado en ese momento; y en ese momento sentimos un golpe y miramos y era que la señora LEONOR, se había caído (sic) de la camilla, se deslizó por la parte de los pies, pues la camilla tenía sus varandas al lado y lado, entonces la señora cayó, de ahí la recogimos, el Dr. (sic) WISTON, la recogió y la subió a la camilla (sic);, y ahí (sic) en ese momento estaba el ortopedista colocándole (sic) un yeso a un paciente en urgencias, él inmediatamente acudió, la evaluó y se tomó una radiografía de cadera, entonces ya viendo la radiografía él ordenó que la paciente fuera remitida a Medellín, porque había habido (sic) fractura [enmendado] en la cadera; ya la familia, un familiar apareció una vez se cayó, otra señora, y la señora osfusco (sic) en contra de nosotros en contra del personal que (sic) estábamos (sic) ahí, ya se le explicó a la señora, el Médico (sic) WISTON, le explicó a la señora, y entonces ya se hicieron los (sic) trámites para remitirla a Medellín, previo el tratamiento que había que hacerle. PREGUNTADO: En ese instante en que la señora LEONOR, cayó de la camilla estaba sola? CONTESTO: Si estaba sola, pues la familiar que había había (sic) salido a llamar a otro familiar y ella (sic) no volvía, no regresó; y nosotros todo el personal de (sic) urgencias, estábamos (sic) ocupados, yo estaba preparando la dróga (sic) para darle a la mencionada paciente; mi compañera ANGELA AMPARO ROJAS, estaba atendiendo un paciente que acababa de llegar quemado, el Médico (sic) se encontraba al lado mío, y el ortopedista estaba atendiendo el paciente que le estaba colocando el yeso; y ahí en la mañana todo el tiempo estuvo muy congestionado urgencias con pacientes, toda la mañana estuvo muy congestionada; después de que la señora se cayó se le dió (sic) la dróga (sic) que había que darle, se inició tratamiento, y ya se organizó para remitirla. PREGUNTADO: El Médico (sic) WISTON (sic), que estaba haciendo lado (sic) suyo, en el momento del accidente? CONTESTO: Estábamos (sic) hablando del tratamiento de la señora. PREGUNTADO: Cuénteles (sic) al despacho si los familiares que acompañaban a la mencionada paciente fueron advertidos de que no se podía dejar sola, CONTESTO: Si, yo escuché que el Médico (sic) WISTON, le dijo a la señora que estaba acompañando a la paciente que por favor no la dejaran sola, y ella (sic) salió a llamar. PREGUNTADO: Cuando la acompañante fue a efectuar la llamada, les puso sobreaviso a uds. (sic) allí en urgencias? CONTESTO: Ella dijo que iba a ir a llamar a alguien, y yo no la volví a ver. PREGUNTADO: Cuando la señora salió a efectuarla (sic) llamada quien (sic) quedó al lado de la paciente en su cuidado? CONTESTO: Nosotras dos, las dos auxiliares, siempre estuvimos pendientes las dos de ella, pero en ese momento del accidente, fue cosa de segundos, yo en ese momento estaba triturando la dróga (sic), la otra auxiliar estaba con un paciente que estaba quemado, y y (sic) el Dr. WINSTON (sic), que estaba al lado mío, le decía a la otra auxiliar (sic) como (sic) darle el tratamiento al quemado, en ese instante ocurrió el accidente; y eso fue debido a que la señora se movía (sic) frecuentemente, muy inquieta, y ella en todo el tiempo pedía cigarrillo y tinto; la paciente era una señora avanzada de edad (...)

PREGUNTADO: A consecuencia de la caída que (sic) lesiones sufrió la señora MARIA LEONOR MONCADA? CONTESTO: Por lo que dijo el Ortopedista (sic) que tenía (sic) una fractura de cadera (...)

PREGUNTADO: Díga (sic) si el personal de auxiliares que había en esos momentos en urgencias, era suficiente para atender en forma debida y oportuna a todos los pacientes que se encontraban allí? CONTESTO: En el hospital siempre ha habido deficiencia

de personal, pero normalmente por turno en urgencias (sic) somos dos auxiliares y un Médico (sic), en ese tiempo, y aunque haya mucho trabajo siempre estamos dos personas auxiliares no más de turno. PREGUNTADO: Díga (sic) si se puede dejar solo el servicio de urgencias aunque sea por un momento sin personal auxiliar? CONTESTO: Nunca lo dejamos solo, porque cuando una compañera o el médico va a salir, siempre (sic) le comentamos a la persona con (sic) compañera o médico del mismo servicio que nos vamos a ausentar. PREGUNTADO: Díganos si durante el tiempo que ud. (sic) lleva laborando en el hospital se han caído otros pacientes de la camilla? CONTESTO: Nunca me ha sucedido, yo llevo veinte años de trabajo y nunca ha sucedido, que yo me haya dado cuenta no. PREGUNTADO: Díga si el Dr. WISTON USMA, en algún (sic) momento mandó a la señora AMANDA OLIVA GOMEZ, a llevar una muestra de sangre de su mamá al laboratorio indicado en el (sic) segundo piso y se le expresó que le pondrían cuidado? CONTESTO: Yo sé que el Dr, (sic) le dijo que tenía que llevar una muestra pero a caldas (sic), y que la señora necesitaba quedarse con alguien (sic), eso si escuché yo" (fls.264 a 266 ambas caras c1).

- Testimonio rendido por Carlos León Vanegas, en el que expresó,

"(...) PREGUNTADO: Ud. (sic) sabe que (sic) enfermedad sufre (sic) la mencionada señora? CONTESTO: Yo no conozco que enfermedad sufre, pero siempre la he visto muy decaída, ella (sic) ha estado en el (sic) hospital de Amagá, inclusive una de esas hospitalizaciones acá en el (sic) hospital de Amagá, se escuchó (sic) el comentario que la dejaron caer en el (sic) hospital y sufrió una fractura en los lados de las caderas. Dicha señora sufrió el accidente hace más de año y medio o dos años; La (sic) señora MARIA LEONOR MONCADA, antes de sufrir dicha fractura se movilizaba normalmente, por sí sola, por sus propios medios como toda persona normal; y después de que sufrió ese accidente la tenían que bregar, incluso en silla, y la movían ahí, la bregaban y no se recuperó del todo pues ella (sic) para poderse movilizar tiene que utilizar un aparato que se llama caminador; ella (sic) duró con ese caminador hasta que murió, ella (sic) murió la semana pasada, hace unos diez o doce días; y a ella como le digo durante el tiempo de convalecencia la familia la tuvo que bregar de un todo y por todo, para ir al baño, para bañarla, para sacarla, para darle los alimentos; ella (sic) vivía con todos sus hijos en la misma casa, bajo el mismo techo, y sus hijos fueron los que bregaron y estuvieron al cuidado de ella (sic) hasta que murió esta semana pasada; pero no sé de que (sic) murió; dicha señora era muy estimada por sus hijos, la querían (sic) mucho y la han tenido muy en cuenta, pues la querían y le daban todo el amor de hijo a madre y viceversa. Con el (sic) accidente que ella (sic) sufrió, ella estuvo en un estado lamentable, sufrió mucho físico (sic) y moralmente [enmendado], también sus hijos, pues la han querido mucho, y ya estos la tenían que bregar de un todo y por todo y brindarle toda la protección hasta que murió; este accidente que sufrió la señora LEONOR MONCADA, causó mucha consternación entre los familiares y dolor; además de los gastos médicos que tuvieron con ella (sic) y con la movilización de ella (sic)" (fls.267 y 268 ambas caras c1).

- Testimonio rendido por Walther Saúl Vanegas Sánchez, en el que señaló,

“(…) Yo me dí (sic) cuenta que señora MARIA LEONOR MONCADA, sufrió un accidente estando hospitalizada enel (sic) Hospital de Amagá, ahí dentro del hospital la dejaron caer de la camilla, esome (sic) dí (sic) cuenta por comentarios, y élla (sic) sufrió una fractura en la cadera; ya élla (sic) estaba avanzada de edad; y ese accidente hace más de ocho meses, pero no estoy seguro del tiempo, sé que se accidentó ahí en el hospital, que la dejaron caer de la camilla, pero no estoy seguro del tiempo; la mencionada señora antes de sufrir ese accidente era una persona normal, se movilizaba normalmente por sus propios medios y son la ayuda de nadie; y después de ese accidente era una persona normal, se movilizaba normalmente por sus propios medios y sin la ayuda de nadie; y después de ese accidente quedó impedida, inhabil (sic), la tuvieron que bregar mucho sus hijos y familiares en la casa, la tuvieron que bregar mucho sus hijos y familiares en la casa, tenían que movilizarla, llevarla al baño, a las necesidades fisiológicas, inclusive darle la comida, esa señora sufrió mucho con ese accidente y en esa convalecencia [enmendado]; élla (sic) no se recuperó úes estuvo con un caminador, élla (sic) no se podía valer por sus propios medios, siempre tenía que estar uno de sus hijos o un familiar al lado de élla (sic) ayudandole (sic) a moverse conel (sic) caminador, élla (sic) como el digo quedó impedida y sufrió mucho hasta que murió (...) este estado de esta señora le causó a élla (sic) gran tristeza, gran consternación y dolor, mucho sufrimiento, tanto a élla (sic) como a sus hijos y familiares, tuvo muchos perjuicios (...) PREGUNTADO: Díga si los hijos de la señora LEONOR, fueronsolidarios (sic) con élla (sic) después del accidente que tuvo enel (sic) hospital, y le brindaron apoyo económico y moral? CONTESTO: Si, claro, élla (sic) vivía con ellos (sic) bajo el mismo techo” (fls.268 y 269 ambas caras c1).

- Testimonio rendido por Henry Horario Londoño, en el que afirmó,

“(…) Tengo conocimiento que la señora MARIA LEONOR MONCADA ARBOLEDA, tuvo un accidente estando hospitalizada enel (sic) hospital San Fernando de Amagá; ese accidente ocurrió desde hace más de ocho meses, no sé concretamente cuanto hace, pero si sé que sufrió un accidente allí enel (sic) hospital estando hospitalizada y se fracturó la cadera, pues de la (sic) dejaroncaer (sic) de la camilla ahí dentro del hospital; yo de esto me dí (sic) po (sic) comentarios y me tocoó ver a la señora con el impedimento de la fractura. La mencionada señora LARIA LEONOR MONCADA, antes de ingresar a ese hospital y sufrir ese accidente, se movilizaba pro sus propios medios, era norma, se movilizaba normalmente sin ningún impedimento; ya despues (sic) de ese accidente élla (sic) sufrió mucho, sentada a toda hora, la tenían que bregar, sus familiares la bregaban, sus hijos, élla (sic) sufrió fisico (sic) y moralmente, porque ua no pudo volverse a valer por sí sola, a élla (sic) la tenían quellevar (sic) a las necesidades fiológicas (sic), darle el alimento, bañarla, moverla, la tenían que lidiar de un todo y por todo y eso le causó mucho sufrimiento y dolor; igualmente para sus hijos y familiares, pues ellos (sic) la querpian (sic) mucho y se preocupaban mucho por élla (sic), y eran muy solidarios con élla (sic) y vivían pendiente (sic) de élla (sic), hasta que murió, élla (sic) murió hace poco, hace unos diez o doce días; y murió sin recuperarse de ese accidente, a veces se movilizaba con un caminador, siempre en compañía de un hijo o familiar que le ayudaba a moverse hasta que murió; la familia, sus hijos y élla (sic) misma sufrieron mucho con ese accidente (...) PREGUNTADO: Díga si a raíz del accidente que sufrió la señora LEONOR, su hijos se vieron tristes y afligidos? CONTESTO: Si, se vieron tristes y preocupados por la situación” (fls.269 y 270 ambas caras c1).

5. Problema jurídico

De lo anterior se puede plantear como problema jurídico: determinar si la caída de la camilla de María Leonor Moncada Arboleda y sus consecuencias se produjo como consecuencia de la falla del servicio en la prestación del servicio médico, al incumplirse las obligaciones de seguridad y atención para con el paciente, en la que incurrió la entidad demandada y el personal médico que la trató durante toda la actividad médica.

6. Daño antijurídico.

La Sala, mediante el análisis de los medios de prueba obrantes en el expediente, considera demostrado el daño consistente en la lesión de la cadera izquierda de María Leonor Moncada Arboleda ocurrida el 22 de junio de 1996 cuando al encontrarse en el servicio de urgencias del la ESE Hospital San Fernando de Amagá se cayó de la camilla donde se encontraba. Si bien la lesión está documentada en la historia clínica de la paciente y se afirma de ello en los testimonios rendidos, entre otros, por el médico Wiston Usma, no se conoce el alcance de la misma ya que no se realizó dictamen médico o valoración por médico legista para determinar la misma y sus secuelas, lo que delimita la producción del daño antijurídico a aquel que se ocasionó al producirse una fractura o lesión diferente de la patología de base, ya que se trata de una carga no soportable por la paciente que le llegó a afectar el disfrute de vida, atendiendo a la edad que tenía la paciente para la época de los hechos, que exige que las cargas asumibles por aquellos individuos que se encuentran en la edad de vejez son más rigurosamente escrutadas, lo que lleva a concluir en el presente caso la producción de un daño antijurídico. En el precedente de la Sala se afirma:

“Entre las consideraciones acerca de la naturaleza del daño antijurídico se ha sostenido que, en cada caso, ha de corresponder al juez determinar si el daño va más allá de lo que, normalmente y sin compensación alguna, debe soportar una persona por el hecho de vivir en una comunidad jurídicamente organizada y comportarse como un sujeto solidario. En ese orden de ideas, no pocas veces se ha concluido que constituye daño antijurídico aquel que se experimenta en el ámbito puramente material, por vía de ejemplo, cuando se devalúa un bien inmueble por la proximidad de un puente vehicular que ha sido construido y puesto en funcionamiento para el bienestar de toda la colectividad... El umbral de resistencia de los ciudadanos ha de ser mayor

cuando se trata de cargas públicas cuya asunción se hace necesaria para garantizar la sostenibilidad de la existencia colectiva, pero deberá analizarse la magnitud de tales cargas con un escrutinio más estricto y comprensivo —siempre desde la perspectiva de la víctima— allí en donde estén involucrados aspectos que tocan en toda su plenitud la esfera de derechos fundamentales del individuo, al punto de, incluso, poder llegar a hacer inviable su proyecto personal de vida”⁵².

7. La imputación de la responsabilidad

1 El *a quo* encontró que no accedía a las pretensiones de la parte actora atendiendo a los siguientes aspectos concretos: i) el daño no era soportable por parte de la paciente María Leonor Moncada Arboleda (fl.343 cp); ii) con base en lo anterior, parte de encuadrar el asunto en el título de imputación de la falla presunta (fl.344 cp); iii) encuentra significativo que en la historia clínica se reitera que la paciente fue dejada sola por su acompañante pese a haberse insistido de no hacerlo (fl.344 cp); iv) encontró que la paciente fue “debidamente tratada por los médicos y el personal de turno, que el galeno que la atendió fue diligente y la diagnóstico (sic), se dio cuenta que la paciente estaba agitada e inquieta, la mando (sic) a reposar a una camilla que es especialmente par (sic) estos casos en urgencias cuando el paciente es analizado y sigue en observación, la camilla presta la seguridad que normalmente se puede preveer esto es tiene brazo a los lados los cuales estaban levantados con el fin de evitar precisamente que la paciente se cayera, como si fuera poco el médico haciendo una excepción y dándose cuenta de lo inquieta que estaba la señora permite que una de sus hijas la acompañe y le advierte de manera expresa que la paciente no puede dejarse sola” (fls.346 y 347 cp), y; v) con todo lo anterior, concluyó que lo determinante fue la culpa exclusiva de la víctima y el hecho de un tercero al no haber la acompañante de la paciente atendido la advertencia de no dejarla sola (fl.347 c1).

2 Para la parte actora como apelante, el Tribunal debió orientarse en la resolución del caso fundándose en las siguientes cuestiones: i) si bien se le pidió a la hija de la paciente como acompañante que no la dejara sola, debía atenderse a dos circunstancias: la necesidad de llevar unas muestras de su madre (paciente) a un laboratorio en Caldas, y ante ello la hija salió un momento para comunicarse con otro familiar para que se quedara a acompañarla; ii) luego, no existe jurídicamente

⁵² Sentencia de 4 de diciembre de 2006, Exp.13168.

ni la culpa de la víctima, ni el hecho de un tercero; iii) por el contrario, genéricamente las entidades de salud están llamadas a “preservar la integridad física de los pacientes”, la que se constituye en una obligación de resultado.

3 Para la Sala el estudio de la imputación del daño en el caso concreto parte de encuadrar el mismo en el régimen de la responsabilidad por falla en el servicio (que ya fue señalado en apartados anteriores). A lo que se agrega, que cabe la posibilidad de considerar la flexibilización de la carga de la prueba en atención a las circunstancias especiales del caso, teniendo en cuenta que sólo obra en el plenario como prueba la historia clínica y los testimonios del médico y una de las enfermeras que atendió a la paciente. Y debe recordarse, como lo hace la doctrina extranjera:

“Lo que nunca podrá presumirse es la relación de causalidad que habrá que demostrar en cualquier ámbito tanto civil como administrativo y el problema concreto será el de determinar si los daños acaecidos han sido causados por las deficiencias sanitarias –o por la actuación de la Administración Pública Sanitaria sin más- o simplemente por la naturaleza del enfermo o por otra causa”⁵³.

4 La Sala, siguiendo el precedente jurisprudencial, considera que en el caso en concreto hay prueba suficiente que permite deducir directa o indiciariamente la imputación del daño causado a los demandantes. En primer lugar, se tiene probado que María Leonor Moncada Arboleda fue llevada en la noche del 21 de junio de 1996 al servicio de urgencias de la ESE Hospital San Fernando de Amagá al presentar una insuficiencia urinaria e isquemia cerebral, permaneciendo esa noche y el día siguiente (22 de junio de 1996) en el servicio de urgencias de la entidad demandada. Si bien estuvo acompañada por su hija Amanda Gómez Moncada, ésta tuvo que salir en dos ocasiones, la primera para requerir la presencia de otro familiar para que se quedara con su madre mientras ella adelantaba el trámite de llevar los exámenes de laboratorio practicados al municipio de Caldas.

Así mismo, se tiene probado que en la noche del 21 y en la mañana del 22 de junio de 1996 el servicio de urgencias estaba congestionado y que había poco personal para la atención a las personas que llegaban al servicio de urgencias, lo

⁵³ FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. *Sistema de responsabilidad médica*. 5ª ed. Granada, Comares, 2007, p.598.

que llevó a que tanto el médico Wiston Usma, como las enfermeras presentes tuvieran que multiplicarse para ofrecer una mínima prestación a las personas.

Se tiene probado que la señora María Leonor Moncada Arboleda tenía 81 años para la época de los hechos, y que si bien fue dejada en una camilla en el servicio de urgencias con las barandas arriba, se encontraba en una situación médica que con probabilidad representaba un riesgo por los efectos que ofrece la isquemia cerebral, sumado a la insuficiencia urinaria, que llevó a ratificar en los testimonios que la paciente se encontraba muy inquieta, lo que debió exigir una mayor precaución y una atención oportuna de la paciente para que se hubiera surtido su hospitalización que ya se había ordenado, y no haberla dejado en el servicio de urgencias sin el cuidado, vigilancia y custodia adecuado y suficiente para haber evitado la caída y posterior lesión de cadera que sufrió.

5 Luego, desde el ámbito fáctico no hay duda que el daño antijurídico causado a la paciente tiene relación directa con el incumplimiento de la obligación de seguridad y atención que debía ofrecerse a la paciente, atendiendo a los deberes de seguridad, vigilancia y custodia que por diversas razones no se cumplieron a cabalidad, con eficiencia y de manera ajustada a las especiales condiciones de una paciente de 81 años de edad que presentaba isquemia cerebral⁵⁴.

6 Desde el ámbito de la imputación jurídica, o de atribución, el acervo probatorio, especialmente lo consignado en la historia clínica y lo afirmado en los testimonios del médico Wiston Usma, como de la enfermera Gloria Inés Vélez Álvarez, permiten establecer que hubo una falla en el servicio prestado en urgencias de la ESE Hospital San Fernando de Amagá, como consecuencia de la cual se produjo su caída y afectación, por fractura, de su cadera. Dicha falla en el servicio consiste en el incumplimiento de las obligaciones de seguridad y del paciente que tenía la entidad demandada para con la paciente, exigible conforme a los mandatos de la ley 23 de 1981, de la ley 100 de 1993 y de los reglamentos que para la época de los hechos eran aplicables en materia de seguridad y atención del paciente.

En ese sentido, la Sala tiene en cuenta que la seguridad del paciente es condición indispensable para lograr que la atención médica sea de calidad. En los procesos de atención de urgencias y de hospitalización, la seguridad del paciente

⁵⁴ Según la doctrina científica, la isquemia cerebral puede producir alteraciones motoras "monoparesias o hemiparesias". NAVARRO GÓMEZ, María Victoria. *Enfermería médico quirúrgica. Necesidad de movimiento*. Barcelona, Masson, 2000, p.156. También se pueden manifestar síntomas o signos de inicio brusco, denominados "ictus". TORRES MORERA, Luis Miguel. *Tratado de cuidados críticos y emergencias*. T.II. Madrid, Aran, 2002, p.1849.

comprende, siguiendo a la doctrina, un “conjunto de estructuras o procesos organizacionales que reducen la probabilidad de que ocurran eventos adversos como resultado de la exposición al sistema de atención médica durante la atención de enfermedades”⁵⁵. Así mismo, se indica por la doctrina que “cuando el paciente está ingresado en el hospital aparte del contrato médico propiamente dicho existe el denominado <<contrato de hospitalización>>”⁵⁶, del que puede derivar “una obligación de seguridad en base a la situación específica del paciente ingresado”.

Adicionalmente, encuentra la Sala que el cuidado del paciente es una de las iniciativas en las que persisten las organizaciones internacionales, como la Organización Mundial de la Salud (OMS), como una forma de alcanzar un respeto no sólo a la salud de las personas, sino especialmente la tutela efectiva de la dignidad de toda persona que accede al sistema de salud, ya sea en proceso de urgencias, o durante su hospitalización.

7 La Sala puntualiza que cuando se encuentra que la ESE Hospital de San Fernando de Amagá incumplió las obligaciones de seguridad y atención del paciente, lo hace distinguiendo estas como servicios extra - médicos, esto es, que nada tienen que ver, con el acto médico propiamente dicho⁵⁷. Frente a dichas obligaciones se espera, por el paciente, el respeto a principios constitucionales como el de buena fe, ya que como lo señala la doctrina por, “el hecho de su estado, el enfermo no tiene la misma libertad, y no quiere tenerla: le entrega enteramente a la clínica el cuidado de garantizar su seguridad, se confía en ella; exige que no se produzca ningún accidente. Tan sólo, en caso de accidente, la prueba de la causa ajena liberaría, pues, al que haya hospitalizado a un enfermo”⁵⁸.

La seguridad y atención del paciente debió llevar a la entidad demandada a adoptar las medidas para contar con el personal suficiente en un área crítica como son las urgencias médicas, a determinar la atención de la paciente con las precauciones necesarias, entre ellas no sólo la de pedir un acompañante, que es una circunstancia excepcional para el servicio de urgencias, como lo enseña el

⁵⁵ RUELA BARAJAS, Enrique. *Seguridad del paciente hospitalizado*. México, Editorial Panamericana, 2007.

⁵⁶ FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. *Sistema de responsabilidad médica*. Granada, Comares, 2007, p.420.

⁵⁷ En la jurisprudencia comparada puede verse la sentencia del Tribunal Supremo Español de 12 de marzo de 2004, RJ 2004/2146.

⁵⁸ MAZEUD y TUNC, citado en FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. *Sistema de responsabilidad médica*, ob., cit., p420.

propio testimonio de la enfermera Vélez Álvarez, de manera que no era atribuible a la hija de la paciente carga alguna respecto a la caída que sufrió por no encontrarse a su lado, ya que sería invocar la falta de atención como una circunstancia ordinaria, cuando el médico y la enfermera manifestaron que en el tiempo en que tenían laborando con la entidad demandada nunca había ocurrido un incidente como el que es objeto de demanda.

8 Luego, no es posible considerar ni que existe un hecho de la víctima, ni el hecho de un tercero como factores que contribuyeron tan determinadamente en la producción del daño antijurídico que permitían romper la relación con el incumplimiento de las obligaciones de seguridad y atención del paciente por parte de la entidad demanda, conclusión errónea a la que llegó el *a quo*, y que no es admisible al momento de resolver el presente asunto. Por el contrario, con base en las obligaciones de seguridad y atención del paciente el personal médico de la entidad demandada en la fecha de ocurrencia de los hechos estaban llamados a prestar (cada uno en el ámbito de sus competencias profesionales –médico y enfermeras-) la adecuada vigilancia, cuidado y asistencia a la paciente que había sido recluida en el servicio de urgencias y tenía orden de hospitalización, teniendo especial énfasis en su estado de salud que revelaba irritación e inquietud, lo que no puede desplazarse (dichas obligaciones y deberes) al familiar que la acompañaba, máxime cuando del testimonio de la enfermera se revela que la hija de la paciente avisó cuando se tuvo que ausentar al personal de enfermeras que trabajaba ese día, por lo menos en una ocasión. Por lo tanto, debe calificarse como una falla en el servicio y calificarse como culposa o negligente la prestación del servicio ofrecida por la entidad demandada, ya que no podía afirmarse que las obligaciones de seguridad y atención del paciente pueden ser dejadas en cabeza de un extraño a los deberes profesionales inherentes a tales obligaciones, ya que lo que se exigía del personal de la entidad demandada era que diligente y adecuadamente se atendiera a la paciente, y no como ocurre generalmente se atiende inicialmente y se le deje abandonada a su suerte hasta que se produzca o su hospitalización, su agravamiento o incluso su muerte, como se viene produciendo desde hace años en el sistema de salud del país.

9 El análisis probatorio, hasta aquí, permite a la Sala establecer que la prestación del servicio no fue completa y con se correspondió con las obligaciones de seguridad y atención del paciente, a las que le es inherente un deber que debe reflejarse en el servicio ofrecido por la entidad demandada a la paciente. No olvida

la Sala, que el todo paciente tiene unos derechos constitucionalmente reconocidos, a la salud, a la integridad y a la vida, los cuales se refuerzan cuando se trata de preservar y vigilar adecuadamente su seguridad y la atención que se brinda cuando se encuentran en las instalaciones del centro hospitalario, sustentándose, además, en la primacía sustancial de la dignidad. Sin duda, a la entidad demandada le es atribuible el daño antijurídico causado a la paciente, como consecuencia de las deficiencias asistenciales que llevaron a que se desencadenara el desenlace dañoso, las que de haberse observado habría permitido evitar secuelas irrazonables que agravaban el estado de salud de la paciente, e incluso no someterla a las contingencias administrativas que se viene a ofrecer como elemento causal adecuado y sustancial para incidir determinadamente, o por lo menos con cierta probabilidad preponderante en la ocurrencia de la lesión en la cadera, que vino a complicar el precario estado de salud de la paciente, teniendo en cuenta su avanzado estado de edad.

10 La Sala, en este sentido, hace un llamado de atención a la entidad demandada y la conmina a considerar en sus argumentos de defensa, y en la prueba de su diligencia a respetar la dignidad de la persona como principio esencial del Estado Social de Derecho, por lo que en el presente caso se reprocha y se advierte que existe la concreción desde el ámbito fáctico y jurídico de la imputación a la entidad demandada, toda vez que la dilación en la intervención quirúrgica del miembro inferior derecho representó una prestación ineficiente del servicio médico al que estaba llamada a ofrecer⁵⁹.

11 En este sentido, se ratifica el precedente jurisprudencial constitucional según el cual toda entidad de salud está obligada a prestar el servicio de salud de tal forma que el usuario no resulte víctima de “imponderables o de hechos que los conduzcan a la desgracia”, lo que se concreta en la aplicación de los medios, recursos, tratamientos y medidas disponibles razonablemente que permita evitar aquellos, por lo menos reducir el impacto negativo que se habría producido en el paciente, como fue la perturbación funcional del miembro inferior derecho⁶⁰.

12 Y, en gracia de discusión, cabe afirmar que esta situación generó, como se demuestra en el acervo probatorio, el incumplimiento de los mandatos de la ley 23 de 1981, de la Carta Política de 1991 e implica que se haya puesto en situación de

⁵⁹ Sentencia de 13 de abril de 2011, Exp.20220. Puede verse también sentencia de 13 de abril de 2011, Exp.20480.

⁶⁰ Corte Constitucional, sentencia T-104 de 2010.

extremado riesgo al paciente, exacerbando lo que era asumible por ella en ese preciso momento.

13 Desde el punto de vista de la falla del servicio que se imputa a la entidad demandada –y que como es bien sabido, consiste en la inexistente o irregular, tardía o deficiente prestación del correspondiente servicio⁶¹–, considera la Sala que no quedó plenamente acreditada en el proceso la actuación oportuna, diligente y acertada en la atención que le brindó la institución médico asistencial a Juan Carlos Torres Ortiz, a pesar del desenlace; actuación que quedó debidamente plasmada en la historia clínica del paciente y que se desprende tanto de la documentación aportada al proceso como del dictamen, que el manejo no fue adecuado y ajustado a los soportes científicos para esos casos, que la no realización de la intervención quirúrgica si fue determinante para la producción de la perturbación funcional del miembro inferior derecho del paciente.

14 Las razones que se dejan expuestas son suficientes para revocar la decisión del Tribunal que no accedió a las pretensiones de la demanda, pues el daño antijurídico resulta imputable a la entidad demandada.

9. Perjuicios

9.1. Perjuicios morales.

La parte actora en la demanda solicitó 100 gramos de oro para cada una de los demandantes: María Leonor Moncada Arboleda (víctima); María Leonor, Joaquín Emilio, María Rosalva, Amanda Oliva y Luis Adolfo Gómez Moncada (hijos).

En relación con María Leonor, Joaquín Emilio, María Rosalva, Amanda Oliva Gómez Moncada, y revisado el acervo probatorio se encontró que se aportaron los registros civiles de nacimiento de estos, en los que se deja constancia que María Leonor Moncada Arboleda es la madre.

En cuanto a María Leonor Moncada Arboleda y a Luis Adolfo Gómez Moncada se allegó solamente la partida de bautismo. En cuanto al valor probatorio de la partida de bautismo el precedente de la Sala indica:

⁶¹ Sentencia de 13 de abril de 2011, Exp.20220. Puede verse también sentencia de 13 de abril de 2011, Exp.20480.

“En vigencia del artículo 347 del C.C., y la Ley 57 de 1887, el estado civil respecto de personas bautizadas, casadas o fallecidas en el seno de la Iglesia, se acreditaba con los documentos tomados del registro del estado civil, o con las certificaciones expedidas por los curas párrocos, pruebas que, en todo caso, tenían el carácter de principales. Para aquellas personas que no pertenecían a la Iglesia Católica, la única prueba principal era la tomada del registro del estado civil. Con la entrada en vigencia de la Ley 92 de 1938 se estableció la posibilidad de suplir la falta de las pruebas principales por supletorias. Para acudir a éstas últimas, era necesario demostrar la falta de las primeras. Esta demostración consistía en una certificación sobre la inexistencia de la prueba principal, expedida por el funcionario encargado del registro civil, que lo era el notario, y a falta de éste, el alcalde. Por su parte, el Decreto 1260 de 1970 estableció como prueba única para acreditar el estado civil de las personas, el registro civil de nacimiento. En el sub judice, según la partida de bautismo de Eleusepio Edison Lozano Viera, éste nació el 2 de octubre de 1938, esto es en vigencia la Ley 92 de 1938, la cual entró a regir el 26 de mayo de ese año; es decir, la partida de bautismo aludida tiene el carácter de prueba supletoria. Sin embargo, no obra prueba alguna en el plenario que acredite la ausencia de la prueba principal, de suerte que el documento aludido no resulta suficiente en este caso para acreditar el parentesco con la víctima, según las normas atrás citadas”⁶².

En atención a dicho precedente, la Sala revisado el acercó probatorio encuentra que María Leonor Moncada Arboleda nació antes de la vigencia de la Ley 92 de 1938, con lo que le es aplicable lo establecido en el artículo 347 del CC y la ley 57 de 1887, de tal manera que se podía determinar su estado civil y reconocer la indemnización a favor de la sucesión o de quien haga sus veces. En cambio, respecto a Luis Adolfo Gómez Moncada, se encuentra que no es posible aplicar la misma normativa, puesto que este nació ya en vigencia de la ley 92 de 1938 y debe sujetarse el valor probatorio de los documentos para establecer el estado civil de las personas el registro civil de nacimiento, tal como lo señala aquella norma y el decreto 1260 de 1970, por lo que a Luis Adolfo Gómez Moncada no se le reconocerá perjuicio moral alguno.

Ahora bien, respecto de los perjuicios morales en cabeza de los demás demandantes con ocasión de la lesión sufrida por María Leonor Moncada Arboleda, con base en las reglas de la experiencia, hace presumir que su lesión, limitaciones y padecimientos fruto de la lesión en la cadera, en las circunstancias en que ocurrió, que los parientes cercanos debieron afrontar un profundo dolor, angustia y aflicción, teniendo en cuenta que dentro del desarrollo de la

⁶² Sentencia de 22 de abril de 2009, Exp.16694.

personalidad y del individuo está la de hacer parte de una familia como espacio básico de toda sociedad⁶³.

Si bien a partir de 2001 la jurisprudencia viene aplicando como criterio de estimación de los perjuicios morales el salario mínimo mensual legal vigente (en una suerte de equivalencia con los gramos oro reconocidos en la primera instancia), no deja de seguir siendo un ejercicio discrecional (*arbitrio iudicis*) del juez de tasar tales perjuicios, sin lograr, aún, la consolidación de elementos objetivos en los que pueda apuntarse la valoración, estimación y tasación de los mismos, con lo que se responda a los principios de proporcionalidad y razonabilidad con lo que debe operar el juez y, no simplemente sustentarse en la denominada “cierta discrecionalidad”.

Así mismo, para el reconocimiento y tasación el juez se sujeta al criterio determinante de la intensidad del daño, que usualmente se demuestra con base en las pruebas testimoniales las cuales arrojan una descripción subjetiva de quienes, por la cercanía, conocimiento o amistad deponen en la causa, restando objetividad a la determinación de dicha variable, cuya complejidad en una sociedad articulada, plural y heterogénea exige la consideración de mínimos objetivos para la tasación proporcional, ponderada y adecuada de los perjuicios morales, sin que se constituya en tarifa judicial o, se pretenda el establecimiento de una tarifa legal.

En relación con el perjuicio moral, el precedente de la Corte Suprema de Justicia sostiene su carácter inconmensurable, lo que exige que su tasación no obedezca a criterio alguno de compensación. En ese sentido, se señala,

“En torno al perjuicio moral es de recordar que su indemnización no obedece a un criterio compensatorio, desde luego que la vida humana es inconmensurable, sino a uno satisfactorio, destinado a mitigar en lo posible la enorme pena que en el fondo queda ante la ausencia de un ser amado, razón por la cual en a su apreciación han de considerarse el dolor de quien lo sufre, la intensidad de su congoja, la cercanía con el ser perdido, entre otras cosas, para con cimiento en la equidad arribar al más justo valor, distante por lo general de la matemática exactitud con que se escruta el daño material”⁶⁴.

⁶³ Sentencias del 18 de marzo de 2010, Expedientes: 32651 y 18569 M.P. Enrique Gil Botero

⁶⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia de 15 de abril de 2009. Exp. 1995-10351.

De acuerdo con lo anterior, la Sala empleará un test de proporcionalidad para la tasación de los perjuicios morales. En cuanto al fundamento de este test, el precedente jurisprudencial constitucional establece,

“La proporcionalidad en el derecho refiere a una máxima general y parámetro de acción para la totalidad de la actividad estatal, aunque no exclusivamente, ya que el principio de proporcionalidad puede llegar a aplicarse también en el ámbito de las relaciones particulares regidas por el derecho privado. En sentido constitucional, la proporcionalidad es un principio de corrección funcional de toda la actividad estatal que, junto con otros principios de interpretación constitucional –unidad de la Constitución, fuerza normativa, fuerza integradora, concordancia práctica, armonización concreta, inmunidad de los derechos constitucionales e interpretación conforme a la Constitución–, busca asegurar que el poder público, actúe dentro del marco del estado de derecho, sin excederse en el ejercicio de sus funciones. Su fundamento normativo último está dado por los principios fundamentales de Estado de Derecho (artículo 1 C.P.), fuerza normativa de la Constitución (artículo 4 C.P.) y carácter inalienable de los derechos de la persona humana (artículo 5 C.P.). En el derecho penal, la proporcionalidad regula las relaciones entre diversas instituciones, como entre la gravedad de la conducta punible y la sanción penal a imponer por su comisión, entre las causales de justificación y la posible eximente de punibilidad, entre las causales de agravación o atenuación y la graduación de la pena, o entre la magnitud del daño antijurídico causado y la sanción pecuniaria correspondiente a fijar por el juez, como se analiza en la presente providencia.

De las funciones que cumple el principio de proporcionalidad en el control constitucional de la legislación y en la tutela de los derechos fundamentales depende en gran parte la efectividad del Estado Social de Derecho, el respeto de la dignidad humana y la inalienabilidad de los derechos de la persona. Es por ello que se hace necesario un manejo adecuado del principio de proporcionalidad, diferenciando su sentido general -como máxima de interpretación que evita el desequilibrio, la desmesura o el exceso en el ejercicio del poder público- de su sentido específico como parte constitutiva del juicio de igualdad⁶⁵. Tal distinción entre un sentido genérico y uno específico con que se usa el concepto de proporcionalidad conduce al problema de los métodos para su aplicación. 8.2. Un uso general, no técnico, del concepto de proporcionalidad en el control de constitucionalidad, prescinde de un método para su aplicación. La relación de equilibrio entre dos magnitudes, instituciones, conductas, etc., se establece en forma intuitiva, conectada muchas veces a un juicio de grado. Se afirma, por ejemplo, que un acto es proporcionado, desproporcionado, leve o manifiestamente desproporcionado. La inexistencia de método para establecer el grado a partir del cual dicho acto pierde la proporción hasta el punto de verse afectada su constitucionalidad, conlleva la concentración en el juez de la facultad de decidir discrecionalmente sobre la juridicidad de las actuaciones de otros órganos del poder público. Tal consecuencia no es compatible en un estado democrático de derecho donde los órganos del Estado cumplen funciones separadas. Es por ello que el uso coloquial de la proporcionalidad o desproporcionalidad, en el sentido de exceso o desmesura, requiere ser sustituido por métodos objetivos y controlables que permitan al juez

⁶⁵ Sobre la proporcionalidad como elemento del juicio de igualdad únicamente cuando el test es estricto, ver la sentencia C-673 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; aclaración de voto de Jaime Araujo Rentería

constitucional ejercer su misión de salvaguarda de la Constitución y de los derechos constitucionales, dentro de un marco jurídico respetuoso de las competencias de las demás autoridades públicas, en especial del legislador democrático. La proporcionalidad concebida como principio de interpretación constitucional puede adoptar la forma de dos mandatos: la prohibición de exceso y la prohibición de defecto. El primero tiene que ver principalmente con la limitación del uso del poder público de cara a las libertades fundamentales. El segundo se aplica por lo general respecto de los deberes positivos del Estado y la protección de los derechos que comprometen la actuación de las autoridades para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado. El método de aplicación del principio de proporcionalidad es la ponderación. Generalmente, el objeto de la ponderación son intereses enfrentados que han recibido alguna protección constitucional, la cual es mayor en el caso de intereses cobijados por derechos fundamentales. Los intereses ponderados también se concretan en medidas y fines estatales. Se pondera, por una parte, las medidas y los fines estatales y, por otra parte, la afectación de parámetros formales o materiales consagrados en la Constitución. Existe, por lo tanto, una clara relación conceptual entre la proporcionalidad y la ponderación. La primera es establecida mediante la segunda, puesto que siendo la primera un concepto relacional, los extremos de dicha relación han de ser comparados y sopesados, esto es, ponderados con el fin de establecer si ellos mantienen el equilibrio, el balance o la medida debida o, por el contrario, se desconocen las prohibiciones de exceso o defecto.

No existe un solo método de ponderación. Se pueden aplicar diferentes formas de ponderar según la materia de que se trate. Por ejemplo, cuando se analiza si una medida policiva es desproporcionada, la comparación se efectúa, generalmente, entre la gravedad de las circunstancias, de un lado, y la magnitud con la cual la medida afecta intereses constitucionalmente protegidos. En el juicio de razonabilidad, cuando éste incluye un análisis de proporcionalidad en sentido estricto, la comparación se realiza, usualmente, entre los fines y las medidas estatales, de un lado, y la afectación de intereses protegidos por derechos constitucionales. Los métodos de ponderación se distinguen no solo según qué es lo que se sopesa, sino también por los criterios para decidir cuando la desproporción es de tal grado que procede una declaración de inexecutable. No se exige una proporcionalidad perfecta puesto que el legislador no tiene que adecuarse a parámetros ideales de lo que es correcto por no ser excesivo.

Por lo anterior, el análisis de proporcionalidad del límite de mil salarios mínimos legales, se hará de conformidad con el siguiente método: (i) identificar y clarificar cuáles son los intereses enfrentados regulados por la norma; (ii) sopesar el grado de afectación que sufre cada uno de esos intereses por la aplicación del límite fijado en la norma; (iii) comparar dichas afectaciones; (iv) apreciar si la medida grava de manera manifiestamente desproporcionada⁶⁶ uno de los intereses sopesados protegidos por la Constitución, y, en caso afirmativo, (v) concluir que resulta contraria a la Constitución⁶⁷ (subrayado fuera de texto).

Dicho principio de proporcionalidad debe, por lo tanto, convertirse en el sustento adecuado para la determinación y dosificación ponderada del quantum

⁶⁶ Ver entre otras la sentencia C-758 de 2002, MP: Álvaro Tafur Galvis. Allí la Corte justifica que en materia de sanciones el límite entre lo constitucionalmente inadmisibles y lo permitido se traza con el criterio de la desproporción manifiesta

⁶⁷ Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002.

indemnizatorio del perjuicio moral, respecto de lo que el precedente jurisprudencial constitucional señala,

“Frente a los llamados perjuicios morales objetivables, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, ha estimado que en algunos casos pueden ser valorados pecuniariamente⁶⁸, con base en criterios como el dolor infligido a las víctimas⁶⁹, el perjuicio estético causado⁷⁰ o el daño a la reputación⁷¹. Si de la aplicación de tales criterios surge que dichos perjuicios superan el límite fijado por el legislador, habría una afectación grave del interés de las víctimas por lograr una indemnización integral de los perjuicios que se le han ocasionado y cuyo quantum ha sido probado. Al igual que con los perjuicios materiales, el límite resultaría manifiestamente desproporcionado frente al derecho de las víctimas a la reparación integral, como quiera que el riesgo de arbitrariedad del juez es menor cuando el valor de los perjuicios ha sido acreditado en el juicio por factores que no dependen de su apreciación subjetiva.

Esta desproporción resulta más evidente si se tiene en cuenta que ni en la jurisdicción civil ni en la jurisdicción contencioso administrativa existe una disposición legal que restrinja la discrecionalidad del juez para decidir la reparación de perjuicios morales. En dichas jurisdicciones se ha fijado una cifra para la valoración de ciertos perjuicios que depende de consideraciones puramente subjetivas y cuyo quantum ha sido reconocido tradicionalmente hasta por 1000 gramos oro, o más recientemente hasta por 2000 y 4000 gramos oro⁷²⁷³.

El fundamento, por lo tanto, del test de proporcionalidad no es otro, según los precedentes anteriores,, el cual, a su vez, comprende tres sub-principios que son

⁶⁸ Ver entre otras las sentencias del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera del 13 de abril de 2000, CP: Ricardo Hoyos Duque, Radicación No. 11892; 19 de julio de 2001, CP: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Radicación No. 13086; 10 de mayo de 2001, CP: Ricardo Hoyos Duque, Radicación No.13.475 y del 6 de abril de 2000, CP: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Radicación No. 11.874. Ver también, por ejemplo, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal del 29 de mayo de 1997, MP: Juan Manuel Torres Fresneda, Radicación 9536

⁶⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, 6 de agosto de 1982, CP: Carlos Betancur Jaramillo, Expediente 3139, donde se reconoció como perjuicio moral el “malestar psíquico” sufrido a raíz del accidente. Consejo de Estado, Sección Tercera, 4 de abril de 1997, CP: Jesús María Carrillo Ballesteros, Expediente 12007, que reconoció como perjuicio moral por el hecho de que la víctima “estuvo sometida al miedo, la desolación, a la zozobra, a la tristeza, mientras se produjo su liberación.”

⁷⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, 31 de julio de 1989, CP: Antonio José de Irisarri Restrepo, Expediente 2852. Consejo de Estado, Sección Tercera, 6 de mayo de 1993, CP: Julio César Uribe Acosta, Expediente 7428

⁷¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de marzo de 1990, CP: Antonio José de Irisarri Restrepo, Expediente 3510.

⁷² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias de 25 de septiembre de 1997, Sección Tercera, Expediente 10.421, CP: Ricardo Hoyos Duque, que fijó una indemnización por perjuicios morales de 2.000 gramos oro. Sentencia del 19 de julio de 2000, Expediente 11.842, CP: Alier Eduardo Hernández Enríquez, que fijó una indemnización por perjuicios morales de 4.000 gramos oro

⁷³ Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002.

aplicables al mencionado test: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto⁷⁴.

En cuanto al primero, esto es, la idoneidad, debe decirse que la indemnización del perjuicio debe estar orientada a contribuir a la obtención de una indemnización que se corresponda con criterios como dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego.

En cuanto al segundo, esto es la necesidad, la indemnización del perjuicio debe ser lo más benigna posible con el grado de afectación que se logre revelar en el o los individuos y que contribuyan a alcanzar el objetivo de dejarlos indemnes. Sin duda, este sub-principio exige que se dosifique conforme a la intensidad que se revele de los criterios propios a la idoneidad, de tal manera que la indemnización se determine atendiendo a la estructura de la relación familiar, lo que debe llevar a proyectar un mayor quantum cuando se produce la muerte, que cuando se trate de lesiones (e incluso se deba discernir la intensidad del dolor que se padece por las condiciones en las que se encuentra la víctima lesionada). Lo anterior, debe permitir concretar un mayor quantum indemnizatorio cuando se trata del dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego, que ocurre en el núcleo familiar inmediato (cónyuge, hijos, padres), de aquel que pueda revelarse en otros ámbitos familiares (hermanos, primos, nietos), sin olvidar para su estimación los criterios que deben obrar en función del principio de idoneidad.

Finalmente, en cuanto al tercero, esto es la proporcionalidad en estricto sentido, con el test se busca que se compensen razonable y ponderadamente los sufrimientos y sacrificios que implica para la víctima (víctimas) la ocurrencia del dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego, y su desdoblamiento, sin que se produzca una ruptura de los mandatos de prohibición de exceso y prohibición de defecto.

⁷⁴ La doctrina señala que “la propia estructura del principio de proporcionalidad consiste, en efecto, en la aplicación del conocido test tripartito sobre una medida determinada, adoptada de ordinario por un sujeto distinto a aquel que desarrolla el juicio de control”. ARROYO JIMENEZ, Luis. “Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo”, en ORTEGA, Luis; SIERRA, Susana de la (Coords). *Ponderación y derecho administrativo*. Madrid, Marcial Pons, 2009, p.33.

De acuerdo con lo anterior, para el reconocimiento y tasación del perjuicio moral en el presente caso se sujetara a los anteriores criterios objetivos, los que ordinariamente están demostrados con base en la prueba testimonial, de la que se deriva la denominada “presunción de aflicción” la que debe aplicarse conjuntamente con los mencionados criterios, de manera que la tasación de este tipo de perjuicios responda a la complejidad de una sociedad articulada, plural y heterogénea que exige la consideración de mínimos objetivos para la tasación proporcional, ponderada y adecuada, sin que constituya una tarifa legal o judicial.

En este sentido, se establece lo siguiente en cuanto al quantum indemnizatorio por concepto de perjuicios morales:

María Leonor Moncada Arboleda (sucesión)	100 smlmv
María Leonor Gómez Moncada (hija)	100 smlmv
Joaquín Emilio Gómez Moncada (hijo)	100 smlmv
María Rosalva Gómez Moncada (hija)	100 smlmv
Amanda Oliva Gómez Moncada (hija)	100 smlmv

9.2. Perjuicio fisiológico

Perjuicio fisiológico.

Finalmente, la parte actora reclamó el pago de la indemnización a título de perjuicio fisiológico, teniendo en cuenta la afectación que produjo la lesión de la cadera a favor de María Leonor Moncada Arboleda. En cuanto a este tipo de perjuicio, el precedente de la Sala señala,

“... con la filosofía que enseña que toda interpretación que tienda a ampliar el ámbito de la responsabilidad es preferible a lo que restrinja, con el manejo del principio general del derecho que predica que la indemnización debe dejar ‘indemne’ a la víctima del daño injusto... esto es debe procurar una reparación integral que dicho daño ha causado en el patrimonio material y espiritual de la víctima, y con conciencia plena del valor que tiene la persona humana, no dentro del marco materialista ... ni tampoco dentro de una perspectiva simplemente humanista, que predica que el hombre es la forma más alta de ser que haya evolucionado en el universo material, pero sí con una visión cristiana del hombre... el perjuicio fisiológico... exige que se repare la pérdida de la posibilidad de realizar ‘otras actividades, que aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia’”⁷⁵.

⁷⁵ Sentencia de 6 de mayo de 1993. Exp.7428.

Posteriormente, el precedente de la Sala delimita el perjuicio fisiológico de la siguiente manera,

“(1) ellos son de inspiración eminentemente jurisprudencial porque no hay una norma que los reconozca; (2) pertenecen a una categoría intermedia de daño y se conforman ya de perjuicios morales ya de perjuicios materiales, pero se diferencian puesto que están acompañados de una frustración de hacer una actividad de la cual el lesionado obtenía placer físico o espiritual; (3) se deben reparar en concreto y en consecuencia el juez debe tener en cuenta las circunstancias particulares, personales y sociales de la víctima; (4) para su cuantificación se debe considerar que los perjuicios fisiológicos pueden ser genéricos, aquellos que se produzcan a todas las personas (pérdida de un órgano), o también específicos, es decir la incidencia de la lesión en las actividades que antes de la lesión daban placer a la víctima y que no puede realizar más”⁷⁶.

Recientemente, el precedente de la Sala consolida el alcance de este perjuicio expresando,

“Los perjuicios fisiológicos, comprendidos dentro de lo que se ha denominado como grave alteración a las condiciones de existencia derivadas de la afección que un perjuicio físico causa en el desarrollo social, personal del afectado cuando la lesión es de carácter permanente, se hayan acreditados en caso, puesto que si bien no se aportó una prueba idónea para el establecer que la afección hubiere producido en el paciente una disminución de su capacidad laboral, sí se acreditó que el hecho imputable a la Administración le produjo “deformidad física, perturbación funcional de miembro inferior derecho, perturbación funcional del órgano de la locomoción y perturbación funcional del sistema nervioso periférico. Todas las anteriores de carácter permanente”, según datos consignados en el dictamen practicado por el Instituto de Medicina Legal. Además, las declaraciones de Lindelia Peralta Paula y Carlos Astorquiza Aguierra relatan que el menor quedó cojo de una pierna, lo cual le produce serios problemas de locomoción, razón por la cual permanece constantemente acostado, puesto que no puede movilizarse por sí solo, ahora no ha vuelto a jugar, además sufre de constantes dolores, todo lo cual ha hecho que el desarrollo normal de su vida se vea afectado en un cien por ciento. Con fundamento en lo anterior, la Sala encuentra acreditado que con la actuación de la entidad demandada se causó un perjuicio a Luis Eduardo Toro Murillo que afecta en buena medida su desarrollo personal, social y sentimental, razón por la cual confirmará la sentencia en cuanto impuso una condena de 50 S.M.L.M.V., precisando que la misma deviene no sólo del perjuicio fisiológico sino de la grave alteración a las condiciones de existencia que sufre el lesionado”⁷⁷.

Siguiendo este último precedente, se encuentra que en el caso en concreto tampoco existe prueba idónea y suficiente para establecer la afección y su alcance en relación con María Leonor Moncada Arboleda, ya que se trataba de una mujer

⁷⁶ CORTÉS, Edgar. *Responsabilidad civil y daños a la persona. El daño a la salud en la experiencia italiana ¿un modelo para América Latina?*. 1ª ed. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, pp.255-256. Sentencia de 13 de junio de 1997. Exp. 12499.

⁷⁷ Sentencia de 11 de febrero de 2009. Exp.17050.

de 81 años que no tenía actividad laboral propiamente, y no hubo un reconocimiento o dictamen médico legal que permitiera establecer las secuelas y la incapacidad que pudo sufrir la paciente. Simplemente se cuenta con las declaraciones de Carlos León Vargas, Walther Saúl Vanegas Sánchez y Henry Horario Londoño, quienes relataron que la señora al quedar limitada por la lesión en su cadera, tenía serias limitaciones de movilidad, teniendo que utilizar un caminador, o una silla, viéndose restringida en sus actividades relacionales, lo que además la ha vuelto una persona dependiente. De acuerdo con lo anterior, encuentra la Sala acreditado el perjuicio fisiológico reclamado por la señora María Leonor Moncada Arboleda derivado de la actuación de la entidad demandada que se lo causó, lo que afecta severamente su desarrollo personal, social, sentimental y la autonomía de locomoción, lo que lleva a condenar por este concepto a la entidad demandada a pagar 50 smlmv a la mencionada señora, precisándose que no se modifica la *causa petendi* al comprender que dicha indemnización comprende tanto el perjuicio fisiológico, como la grave alteración a las condiciones de existencia que vino a sufrir la paciente.

Finalmente, no habrá lugar a condenar en costas porque para el momento en que se dicta este fallo la ley 446 de 1998 indica, en el artículo 55, que sólo hay lugar a su imposición cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente, y en este proceso no existe prueba que señale temeridad para alguna de ellas.

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

FALLA

REVOQUESE la sentencia de 30 de noviembre de 2000 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala de Descongestión con sede en Medellín, Sala Décima de Decisión, la que quedará así:

PRIMERO. DECLARAR que la ESE Hospital de San Fernando de Amagá (Antioquia) es patrimonialmente responsable de los daños y perjuicios sufridos por María Leonor Moncada Arboleda en hechos ocurridos el 22 de junio de 1996.

SEGUNDO. CONDENAR a la ESE Hospital de San Fernando de Amagá (Antioquia) a pagar por concepto de perjuicios morales a favor de la sucesión de MARÍA LEONOR MONCADA ARBOLEDA, MARIA LEONOR GÓMEZ MONCADA, JOAQUIN EMILIO GÓMEZ MONCADA, MARÍA ROSALVA GÓMEZ MONCADA y AMANDA OLIVA GÓMEZ MONCADA la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes para cada uno.

TERCERO. CONDENAR a la ESE Hospital de San Fernando de Amagá (Antioquia) a pagar por concepto de perjuicio fisiológico a favor de la sucesión de MARÍA LEONOR MONCADA ARBOLEDA la suma equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales vigentes.

CUARTO. Declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva en relación con el Departamento de Antioquia, Servicio Seccional de Salud.

QUINTO. ABSTENERSE de condenar en costas a las partes.

SEXTO. Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del art. 115 del Código de Procedimiento Civil y con observancia de lo preceptuado en el art. 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

SÉPTIMO. Cúmplase lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

OCTAVO. Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen”

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

ENRIQUE GIL BOTERO
Presidente

OLGA VALLE DE DE LA HOZ
Magistrada

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Magistrado