

DAÑO ANTIJURIDICO - Concepto. Definición. Noción / DAÑO ANTIJURIDICO - Perjuicio provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo / DAÑO ANTIJURIDICO - Amputación del antebrazo izquierdo

El concepto del daño antijurídico cuya definición no se encuentra en la Constitución ni en la ley, sino en la doctrina española, particularmente en la del profesor Eduardo García de Enterría, ha sido reseñado en múltiples sentencias desde 1991 hasta épocas más recientes, como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. Este concepto 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". (...) En relación con el hecho constitutivo del daño que se predica en este caso, ha de decirse que se tendrá acreditado con la copia de la historia clínica de la paciente Marlen del Carmen Mestra Salcedo, remitida por la Empresa Social del Estado Hospital Departamental San Diego, el cual se concretó en la amputación del antebrazo izquierdo.

NOTA DE RELATORIA: En relación con el daño antijurídico, ver sentencias del Consejo de Estado, de junio 27 de 1991, M.P. Julio César Uribe Acosta, exp. 6454; de junio 6 de 2007, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, exp. 16460. Así mismo, puede consultar la sentencia de la Corte Constitucional, C-333 de 1996.

IMPUTABILIDAD - Responsabilidad de la entidad demandada y del médico tratante / FALLA EN LA PRESTACION DEL SERVICIO MEDICO - Omisión en dar orden de hospitalización y demora en intervención quirúrgica / TITULO JURIDICO DE IMPUTACION - Falla probada del servicio / FALLA PROBADA DEL SERVICIO - Título jurídico de imputación / RESPONSABILIDAD DE LOS ESTABLECIMIENTOS PRESTADORES DEL SERVICIO DE SALUD - Falla del servicio / FALLA DEL SERVICIO - Falta de diligencia / FALLA PROBADA DEL SERVICIO - Acto médico hospitalario / DAÑO ANTIJURIDICO - Amputación del antebrazo izquierdo / FALLA EN LA PRESTACION DEL SERVICIO MEDICO - Fractura de antebrazo sin tratamiento adecuado / DAÑO ANTIJURIDICO - Gangrena

En casos como el presente en donde se discute la responsabilidad de los establecimientos prestadores del servicio de salud, la Sección ha establecido que el régimen aplicable es el de falla del servicio, realizando una transición entre los conceptos de falla presunta y falla probada, constituyendo en la actualidad posición consolidada de la Sala en esta materia, aquella según la cual es la falla probada del servicio el título de imputación bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria. Así las cosas y teniendo en cuenta que en la sentencia de primera instancia se atribuyó la responsabilidad a la entidad demandada y al médico tratante por haber omitido dar la orden de hospitalización e intervenir quirúrgicamente en forma oportuna a la paciente Mestra Salcedo de la fractura cabalgada del Radio del antebrazo izquierdo, la Sala, con soporte en el acervo probatorio arrimado al proceso, procederá a determinar si se dio o no tal orden de hospitalización y si ello incidió o no en el resultado dañino presentado en la integridad personal de la paciente. (...) Como puede observarse, en la historia clínica no se consignó la orden de hospitalización inmediata de la paciente el día 2 de diciembre de 1993, fecha en que se fracturó y acudió por primera vez al hospital, siendo atendida por el Médico Torres Arrázola. Por el contrario, todo indica que no se ordenó su hospitalización inmediata, sino que le fueron formulados analgésicos y

antiinflamatorios, tal como se deduce de las fórmulas médicas de fechas 2, 5 y 6 de diciembre de 1993. Es más, en esta última fecha, en la historia clínica se consignó expresamente que se hospitalizaría el nueve (9) de diciembre para practicarle la cirugía el diez (10) de esas calendas.

NOTA DE RELATORIA: Respecto de la falla probada del servicio, ver sentencias del Consejo de Estado, de agosto 31 de 2006, exp. 15772, M.P. Ruth Stella Correa; de octubre 3 de 2007, exp. 16402, M.P. Mauricio Fajardo Gómez; de abril 23 de 2008, exp. 15750; de octubre 1 de 2008, exps. 16843 y 16933; de octubre 15 de 2008, exp. 16270, M.P. Myriam Guerrero de Escobar; de enero 28 de 2009, exp. 16700, M.P. Mauricio Fajardo Gómez; de febrero 19 de 2009, exp. 16080, M.P. Mauricio Fajardo Gómez; de febrero 18 de 2010, exp. 20536, M.P. Mauricio Fajardo Gómez; de junio 9 de 2010, exp. 18683, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

HISTORIA CLINICA - Características / HISTORIA CLINICA - Naturaleza jurídica / HISTORIA CLINICA - Valor probatorio / FALLA EN LA PRESTACION DEL SERVICIO MEDICO - Fractura de antebrazo sin tratamiento adecuado / DAÑO ANTIJURIDICO - Gangrena / DAÑO ANTIJURIDICO - Amputación del antebrazo izquierdo / FALLA DEL SERVICIO MEDICO - Omisión en la prestación del servicio médico o prestación deficiente

La jurisprudencia de esta Sección, se ha ocupado de estudiar el tema concerniente a las características y exigencias de la historia clínica dentro de los procesos en los cuales se discute la responsabilidad extracontractual del Estado, derivada del despliegue de actividades médico-asistenciales y ha precisado la naturaleza jurídica de documento público que corresponde a tales historias y, por ende, su valor probatorio, en los siguientes términos: “Es de resaltarse que la historia clínica asentada en entidades públicas es un documento público, que da fe, desde el punto de vista de su contenido expreso, de la fecha y de las anotaciones que en ella hizo quien la elaboró (art. 264 del C. P. C.), y desde el punto de vista negativo, también da fe de lo que no ocurrió, que para este caso revela que al paciente no se le practicó arteriografía”. Ahora bien, comprobado que no se ordenó la hospitalización inmediata de la paciente para la práctica de la cirugía, entra la Sala a analizar si esa circunstancia –la de no haberse ordenado su hospitalización inmediata- y el tratamiento médico que se le siguió fue el adecuado o por el contrario fue el que condujo al resultado dañino presentado en la integridad personal de la paciente. (...) concluye la Sala que se presentó la falla en el servicio en la atención médica de la paciente, porque durante los días dos, cuatro, cinco y seis de diciembre, que acudió al centro asistencial no se le dio un adecuado manejo a la fractura que padecía, puesto que el médico tratante se limitó a observarla y a esperar que le cediera la inflamación para practicarle la cirugía, sin estudiar la sintomatología que presentaba para confirmar o descartarle el síndrome compartimental, sino hasta el día nueve de diciembre cuando al confirmarse este diagnóstico, la única solución fue la amputación.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 264

NOTA DE RELATORIA: Acerca de la historia clínica, ver sentencias del Consejo de Estado, de febrero 9 de 2011, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, exp. 18793; de agosto 10 de 2007, M.P. María Elena Giraldo Gómez, exp. 15178.

FALLA EN LA PRESTACION DEL SERVICIO MEDICO - Fractura de antebrazo sin tratamiento adecuado / ESTABLECIMIENTOS PRESTADORES DEL SERVICIO DE SALUD - Deber de proveer atención oportuna y eficaz / ESTABLECIMIENTOS PRESTADORES DEL SERVICIO DE SALUD - Deberes

Considera la Sala que no puede justificarse el haber omitido intervenir quirúrgicamente a la paciente en forma oportuna, con la carencia del material de osteosíntesis en el Hospital, puesto que las Entidades Prestadoras del Servicio de Salud, se encuentran en la obligación Constitucional (artículo 11 Constitución Política) de proveer los medios necesarios para que la atención requerida por sus pacientes sea oportuna y eficaz y, en el caso de no contar con ellos, la conducta a seguir debió ser el disponer el traslado de la paciente a un lugar donde pudiera ser intervenida, por cuanto la suerte que corra la integridad de una persona no puede limitarse a los recursos con los que se cuente en el centro asistencial en determinado momento.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 11

NOTA DE RELATORIA: Sobre el deber de los establecimientos prestadores del servicio de salud, ver sentencia del Consejo de Estado, de marzo 26 de 2008, M. P. Myriam Guerrero de Escobar, exp.14432.

PROTECCION DEL DERECHO A LA SALUD - Normatividad internacional y nacional / ENTIDADES PRESTADORAS DEL SERVICIO DE SALUD - Obligaciones con los pacientes / FALLA PROBADA DEL SERVICIO - Acto médico hospitalario / FALLA EN LA PRESTACION DEL SERVICIO MEDICO - Omisión en dar orden de hospitalización y demora en intervención quirúrgica / DAÑO ANTIJURIDICO - Gangrena / DAÑO ANTIJURIDICO - Amputación del antebrazo izquierdo

Los profesionales de las diversas especialidades médicas son hoy más conscientes que nunca de que la promoción, recuperación y conservación de la salud son las metas que debe buscar alcanzar y que cualquier acción que las contraríe riñe abiertamente con ella. El enfermo tiene derecho a que se le prodiguen cuidados compatibles con su condición de ser humano, vale decir, un buen trato y diálogo permanente con su médico acerca de la naturaleza, evolución y terapia de sus dolencias. Dentro de ese contexto, una de las mayores responsabilidades profesionales es, sin duda, proteger el bienestar de su paciente y minimizar los riesgos globales de sus terapias. La Sala ha querido hacer referencia a todo lo anterior, porque allí se encuadra el contenido obligatorio de las prestadoras de servicios médicos, contenido obligatorio que no fue observado por la entidad demandada, por cuanto del estudio de la historia clínica, del dictamen pericial y de los testimonios recaudados, se deduce que se presentó efectivamente una señalada demora en la atención de la paciente Mestra Salcedo, quien desde el primer momento en que sufrió la fractura cabalgada acudió al Hospital San Diego de Cereté, dejando a su cargo el adquirir el material de osteosíntesis que se requería, situación que generó que después de ocho días y a pesar de haber concurrido en tres oportunidades anteriores para que se la tratara, tuviese que sobrevenir como solución la amputación de su antebrazo por efecto de la gangrena que se presentó, situación que sin duda implicó un daño antijurídico para la paciente Mestra Salcedo y su núcleo familiar, que no estaban en el deber jurídico de soportarlo.

FUENTE FORMAL: DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS - ARTICULO 25 / PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES / LEY 74 DE 1968 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 49

NOTA DE RELATORIA: En relación con los derechos de los pacientes, ver sentencia de la Corte Constitucional, T-548/92, M.P. Ciro Angarita Barón.

PERJUICIOS - Reconocimiento por el juez de oficio / PERJUICIO - Alteración en las condiciones de existencia / PRINCIPIO DE REPARACION INTEGRAL - Reconocimiento de indemnización por perjuicios no solicitados en la demanda / ALTERACION EN LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA - Amputación del antebrazo izquierdo

En la sentencia de primera instancia, también se condenó a la Empresa Social del Estado- Hospital San Diego de Cereté, a pagar a la señora Marlen del Carmen Mestra Salcedo por concepto de “daño a la vida de relación”, la suma equivalente a setecientos (700) gramos de oro fino. La parte demandada impugnó esta condena, porque este tipo de perjuicios al no haberse solicitado por el demandante en el libelo introductorio, no podía el juez reconocerlos de oficio. De tiempo atrás la sección en aplicación del artículo 165 de la ley 446 de 1998 que establece el principio de reparación integral ha dado aplicación al reconocimiento de esta tipología de perjuicios cuando a pesar de no haberse solicitado expresamente en la demanda, de su contenido se infiere tal solicitud y además se encuentre debidamente probado. (...) En el asunto materia de análisis, se observa que el a quo obró adecuadamente al reconocer indemnización por esta clase de perjuicios, hoy conocidos como alteración en las condiciones de existencia, porque del análisis integral del contenido de la demanda se deduce con suficiente claridad que hizo referencia a ellos y además sin lugar a dudas que la pérdida de anatómica de una extremidad, como fue el caso de la amputación del antebrazo de la señora Mestra Salcedo, genera una alteración en su condición de vida, razón más que suficiente para reconocerle indemnización por este tipo de perjuicios, los cuales únicamente se modificarán en cuanto a su tasación en salarios mínimos mensuales legales vigentes, por cuanto fueron reconocidos en gramos oro. Por tal razón, se reconocerá indemnización a favor de la señora Mestra Salcedo por alteración en sus condiciones de existencia en setenta (70) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

FUENTE FORMAL: LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 165

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON

Bogotá, D. C, siete (7) de julio de dos mil once (2011)

Radicación número: 23001-23-31-000-1995-37279-01(21294)

Actor: MARLEN DEL CARMEN MESTRA SALCEDO Y OTROS

Demandado: HOSPITAL SAN DIEGO DE CERETE E.S.E. Y OTRO

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

Decide la Sala el recurso de apelación presentado por la parte demandada en contra de la sentencia de 5 de enero de 2001 proferida por el Tribunal Administrativo Sala de Descongestión Sede Barranquilla, en la que se determinó:

“Primero. Declárase probada la excepción propuesta por el Departamento de Córdoba denominada de “Falta de Legitimación en causa por pasiva”

Segundo. Declárase que la Empresa Social del Estado- Hospital San Diego es directa y administrativamente responsable de la falla médica que se dejó descrita en los considerandos de esta sentencia.

Tercero. Como consecuencia de la declaratoria anterior, CONDENASE a la Empresa Social del Estado- Hospital San Diego de Cereté a pagar por concepto de daño moral las siguientes cantidades: A la Víctima la suma equivalente a 1.000 gramos de oro fino; al señor FANOR DE JESUS PEREZ BEDOYA, la suma equivalente a doscientos cincuenta gramos de oro fino, y a los menores ELMER DE JESUS Y WILMER ENRIQUE PEREZ MESTRA, en sus calidades de hijos de la víctima, la suma equivalente a doscientos cincuenta (250) gramos de oro fino para cada uno de ellos.

Cuarto. CONDENASE, igualmente a la Empresa Social del Estado- Hospital San Diego de Cereté, a pagar a la señora MARLEN DEL CARMEN MESTRA SALCEDO por concepto de “daño a la vida de relación”, la suma equivalente a setecientos (700) gramos de oro fino.

(...)

Quinto. Declárase que el Dr. AUGUSTO TORRES ARRAZOLA, es responsable frente a la Empresa Social del Estado –Hospital San Diego de Cereté (Córd.) (sic) del daño antijurídico causado a la señora MARLEN DEL CARMEN MESTRA SALCEDO.

Sexto. Desestímense las demás pretensiones esbozadas por la actora”

I. Antecedentes

1. Mediante demanda presentada el 1 de diciembre de 1995, la señora Marlen del Carmen Mestra Salcedo, quien actuó en nombre propio y en el de sus hijos menores, Elmer de Jesús y Wilmer Enrique Pérez Mestra y, el señor Fánor de Jesús Pérez Bedoya, por intermedio de apoderado solicitaron se declarara administrativamente responsable a la Empresa Social del Estado Hospital San Diego de Cereté y/o solidariamente al Departamento de Córdoba y al Doctor Augusto Torres Arrázola, por la falla del servicio de salud que condujo a la amputación del brazo izquierdo a la señora Mestra Salcedo, en hechos ocurridos en el entonces denominado Hospital San Diego de Cereté, el 9 de diciembre de 1993 y que, como consecuencia de tal declaración, se condenara a los

demandados al pago de la indemnización por perjuicios morales y materiales en favor de los demandantes.

2. Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señalaron que el día 2 de diciembre de 1993, la señora Marlen del Carmen sufrió una caída de una bicicleta que le provocó traumatismos en el brazo izquierdo, por lo que fue llevada al servicio de urgencias de la Empresa Social del Estado, Hospital San Diego de Cereté, en donde le dieron atención inicialmente los médicos internos, quienes ordenaron tomarle una radiografía y que fuera valorada por el ortopedista de turno, Doctor Augusto Torres Arrázola.

Dicen los demandantes que el Ortopedista mencionado examinó la radiografía y le manifestó a la lesionada que no era nada importante y agregó, sin embargo, que si tenía la suma de \$59.000, inmediatamente sería intervenida quirúrgicamente, o, de lo contrario, debería esperar hasta el 10 de diciembre de 1993 para la cirugía. Afirma la demanda que, como no tenía la lesionada los recursos exigidos por el Doctor Torres Arrázola, no la intervinieron, sino que le formularon medicamentos para el dolor y un antiinflamatorio.

Indican los demandantes que el día 3 de diciembre de ese año, el señor Fánor Pérez, esposo de la lesionada, fue hasta la residencia del médico Torres Arrazola a llevarle el dinero exigido y que éste le dijo que el día 10 de diciembre de 1993 le practicaría la cirugía.

Relata el libelo que el día 5 de diciembre de esas calendas, la señora Mestra Salcedo volvió al hospital por el dolor intenso que tenía en su brazo y que los médicos internos le indicaron que tomara analgésicos.

Manifiesta la demanda que el día 9 de diciembre de 1993, cuando la señora Marlen del Carmen Mestra Salcedo, deambulaba por los pasillos del mencionado hospital, se encontró con el Médico Especialista en Cirugía General Doctor Lázaro Franchezky Robert, quien al ver el estado del brazo de la señora la llevó a Sala de Cirugía, donde se convocó a una junta de médicos que consideraron que el Doctor Torres Arrázola, debía operar inmediatamente y que, la única solución para el problema que entonces presentaba, era amputarle el brazo .

Señalan los actores que el Doctor Torres Arrázola trabajó en el Hospital San Diego como Médico Especialista de planta en Ortopedia y Traumatología hasta agosto de 1994 con documentos presuntamente falsos que avalaban su especialidad (fol. 1 a 13 C.1).

3. La demanda fue admitida por el Tribunal Administrativo de Córdoba mediante auto de 21 de marzo de 1996 (fol. 59 C.1), providencia que fue notificada al Ministerio Público el 9 abril de 1996(fol. 60 C.1), al Departamento de Córdoba el 2 de mayo de ese mismo año (fol. 60 C.1), al Doctor Augusto Torres Arrázola el 8 de esas calendas (fol. 60 C.1) y al Director del Hospital San Diego de Cereté, el 4 de junio de 1996 (fol. 65 vto. C.1)

3.1. Dentro de la oportunidad legal La Empresa Social de Estado- Hospital San Diego de Cereté -, contestó la demanda para oponerse a todas las pretensiones y señaló que no existió la falla del servicio que se le atribuyó en la demanda por cuanto dicha entidad prestó la atención inmediata y eficaz a la paciente.

Indicó que tan pronto ingresó la Señora Mestra Salcedo al hospital fue atendida en el servicio de urgencias por el médico de turno, quien la remitió al Doctor Torres Arrázola que le diagnosticó una fractura cabalgada del tercio inferior del radio con leve inflamación del brazo, por lo que procedió a inmovilizar con férula, le formuló analgésicos y recomendó la inmediata hospitalización, pero que la paciente por voluntad propia decidió no hospitalizarse sino irse para su casa porque vivía cerca del Hospital.

Mencionó, además, que cuando la paciente se presentó nuevamente al hospital el 7 de diciembre de 1993, presentaba el brazo untado con papa rayada y hojas de col, manifestando tanto ella como su cónyuge, que había sido sobada por un sobandero con el producto veterinario Vecol.

Sostuvo que lo que realmente originó el estado necrosado del brazo de la paciente fue su descuido al no querer hospitalizar, con el agravante de haber sido manipulada o sobada por un empírico que, en vez de ayudarle, lo que hizo fue empeorarle el estado mismo del brazo (fol. 68 a 69 C.1).

3.2. Por su parte, el médico Augusto Torres Arrázola contestó la demanda para oponerse a las pretensiones y sostuvo que atendió a la paciente en urgencias de

forma inmediata y que al observar un proceso inflamatorio consideró que había que hacerlo ceder un poco para proceder a la cirugía, por lo que le inmovilizó el brazo, le ordenó que lo mantuviera en alto y le formuló antiinflamatorios.

Sostuvo que le informó a la paciente que se necesitaban ciertos elementos ortopédicos que no había en el hospital, por lo que debía buscarlos en los almacenes de Cereté o Montería y que, en caso de que no los consiguiera, existía en Barranquilla un almacén especializado que vendía esta clase de artículos y del cual él tenía un catálogo, cuyo valor de acuerdo al catálogo era de \$59.000, razón por la cual el día 4 de diciembre el cónyuge de la paciente le llevó el dinero, pidiéndole el favor que los solicitara a Barranquilla, porque no los había encontrado y fue así como el día lunes seis (6) hizo el pedido.

Afirmó que este día valoró a la paciente y que como observó que la inflamación estaba cediendo y en atención a que se había ya hecho el pedido de los elementos necesarios a Barranquilla, programó la cirugía para el día 10 de diciembre, con orden de hospitalización para el día anterior, pero que lo que ocurrió fue que a partir del día 6 y hasta el 9 de diciembre, la paciente desatendió las recomendaciones médicas y acudió a los servicios de un "componedor" quien le manipuló el brazo, le hizo sobamientos (sic) con una pomada para uso veterinario y que, todo esto, como es natural produjo las consecuencias ya conocidas (fol. 74 a 81 C. 1).

3.3. El Departamento de Córdoba contestó la demanda y propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, porque, en virtud de lo dispuesto por la Ordenanza No. 39 de 1994, la Empresa Social del Estado Hospital San Diego de Cereté, tiene personería jurídica y que, por lo tanto, se demandó a quién no debía (fol. 126 a 128 C. 1).

4. Concluida la etapa probatoria iniciada por auto de 5 de agosto de 1996 (fol. 133 a 135 C.1) y fracasada la etapa de conciliación que se ordenó por auto de 24 de julio de 1997 (fol. 454 C.2), se dio traslado a las partes para alegar de conclusión por auto de 11 de junio de 1998 (fol. 477 C.2), término durante el cual las partes presentaron sus respectivos memoriales de alegaciones, así:

4.1 La Empresa Social del Estado San Diego de Cereté, en esta oportunidad reiteró los argumentos presentados en la contestación de la demanda y, además,

señaló que los testimonios recaudados coinciden en que la señora Mestra Salcedo fue debidamente atendida en el hospital, que no se quiso hospitalizar, se hizo sobar de un empírico, por lo que se configuró la culpa exclusiva de la víctima (fol.479 a 481 C.2).

4.2 La parte demandante también reiteró los argumentos expuestos en el libelo introductorio y agregó que está probada en el proceso la impericia con que actuó el Doctor Torres Arrázola en el tratamiento de la paciente Mestra Salcedo, al omitir hospitalizarla el día 2 de diciembre de 1993 cuando acudió por primera vez al Hospital y que, además, si el centro asistencial no contaba con los elementos de osteosíntesis para la cirugía, debió haberla remitido a otro hospital mejor dotado.

Criticó los testimonios de las enfermeras por su parcialidad al pretender defender al Hospital con el que tenían vínculo laboral y, por el contrario, resaltó que sí se debe dar credibilidad a los testimonios de los galenos Rodríguez Espitia y Guerra Baranoa que explican científicamente lo inadecuado del tratamiento que siguió el Doctor Torres Arrázola, circunstancia que fue la que dio origen a la gangrena y/o miosistis esquemica compartimental (sic) que culminó con la amputación del brazo de la paciente.

Reiteró que el médico Torres Arrázola laboró como especialista en Ortopedia y Traumatología sin tener el título de especialista en este campo, y que los documentos que lo acreditaban como tal resultaron falsos (fol. 484 a 487).

4.3. El Doctor Augusto Torres Arrázola en su memorial de alegatos también reiteró los argumentos plasmados en la contestación de la demanda y afirmó que el tratamiento que le dio a la paciente fue el adecuado, lo cual se deduce de los testimonios y el dictamen pericial practicado. Adujo que los hechos por los cuales se reclama son imputables a la víctima que no atendió las recomendaciones médicas y que las dificultades en los trámites académicos que dificultaron la convalidación de su título en Colombia no fueron la causa eficiente del daño sufrido por la señora Mestra Salcedo (fol. 523 a 525 C.2).

4.4. El Ministerio Público guardó silencio en esta etapa procesal.

II. Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo, Sala de Descongestión, Sede Barranquilla, mediante la sentencia de 5 de enero de 2001, Declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el Departamento de Córdoba, declaró que la Empresa Social del Estado-Hospital San Diego es directa y administrativamente responsable de la falla médica y la condenó a pagar la indemnización de perjuicios morales en favor de los demandantes en las sumas ya descritas, como también por los perjuicios por daño a la vida de relación en favor de la víctima directa.

Así mismo, declaró que el Dr. Augusto Torres Arrázola era responsable frente a la Empresa Social del Estado –Hospital San Diego de Cereté (Córdoba) del daño antijurídico causado a la señora Marlen Del Carmen Mestra Salcedo.

Como fundamento de la decisión el *a quo* concluyó que era evidente que el médico actuó con negligencia cuando decidió no hospitalizar de inmediato, ni recetar antibióticos a la paciente no empero haber acudido ésta prácticamente todos los días al hospital quejándose del dolor que sentía en su miembro afectado, y que el haber acudido la paciente a donde un sobandero no fue la causa de la amputación, conforme determinó el dictamen pericial (fol. 528 a 552 C.2).

III. Recurso de apelación

El Hospital San Diego de Cereté impugnó la sentencia al considerar que no se había probado la falla del servicio médico asistencial por la parte demandante y que, al contrario, la parte demandada sí había acreditado la diligencia y cuidado en la atención de la afectada.

Mencionó que el dictamen pericial es claro en poner de presente la diligencia de la entidad, pero que, sin embargo, el *a quo* lo tomó como prueba en contra del hospital para condenarlo.

De igual manera, criticó el que no se hubiese realizado una valoración conjunta de la prueba testimonial, sino que se hizo de manera parcializada, dándole credibilidad a las desfavorables al ente demandado.

Finalmente sostuvo que, el Tribunal de instancia condenó a pagar perjuicios por pérdida a la vida de relación en favor de la víctima directa, los cuales no fueron pedidos en la demanda (fol. 559 a 561 C.2).

IV. Trámite de la segunda instancia

Por auto de 20 de junio de 2001, el Tribunal Administrativo de Córdoba concedió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (fol. 563 C. 2), siendo admitido por el Consejo de Estado por auto del 19 de octubre de 2001 (fol. 567 C.2), por auto de 29 de octubre de 2001 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión (fol. 568 C. 2), término procesal que transcurrió en silencio.

V. Consideraciones:

1. Competencia

Corresponde a esta Sala decidir el recurso de apelación dado que la providencia recurrida fue proferida en un proceso de doble instancia, pues la pretensión mayor correspondiente al perjuicio material en la modalidad de lucro cesante reclamado en favor de la víctima directa demandante se estimó en \$ 44.064.000, mientras que el monto exigido para el año 1995, para que un proceso adelantado en ejercicio de la acción de reparación directa tuviera vocación de segunda instancia era de \$ 9.610.000¹.

2. El ejercicio oportuno de la acción

De conformidad con lo previsto en el artículo 136 del C.C.A., la acción de reparación directa debía instaurarse dentro de los dos años contados –decía la norma en la época de presentación de la demanda- a partir del acaecimiento del hecho, omisión, operación administrativa u ocupación temporal o permanente de inmuebles por causa de trabajos públicos.

En el sub examine la responsabilidad administrativa que se impetra en la demanda se originó en los daños sufridos por los demandantes por la falla en la prestación del servicio médico asistencial que conllevó a la amputación del brazo izquierdo de

¹ Decreto 597 de 1988.

la señora Marlen del Carmen Mestra Salcedo, el 9 de diciembre de 1993, lo que significa que la parte demandante tenía hasta el día 9 de diciembre de 1995 para presentar oportunamente su demanda, y como ello se hizo el 1 de diciembre de 1995, resulta evidente que el ejercicio de la acción fue dentro del término previsto por la ley.

3. El asunto materia de debate

Teniendo en cuenta que la sentencia de primera instancia declaró la responsabilidad del Hospital San Diego de Cereté por la falla médica asistencial de la paciente Mestra Salcedo y que en la apelación se refuta la existencia de esta falla, al afirmarse que obró en forma adecuada y oportuna, la Sala entrará a analizar si se reúnen los elementos para derivar la responsabilidad extracontractual de la entidad pública demandada, previstos en el artículo 90 de la Constitución Política, como son el daño antijurídico y la imputación.

3.1. El hecho generador del daño

El concepto del daño antijurídico cuya definición no se encuentra en la Constitución ni en la ley, sino en la doctrina española, particularmente en la del profesor Eduardo García de Enterría, ha sido reseñado en múltiples sentencias desde 1991² hasta épocas más recientes³, como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo.

Este concepto 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 Administración⁴.

De igual manera y conforme a los lineamientos de la Corte Constitucional, 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 del

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 27 de junio de 1991, C. P. Dr. Julio César Uribe Acosta, expediente 6454.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 6 de junio de 2007, C. P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio, expediente N° 16460.

⁴ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996.

patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución”⁵.

En relación con el hecho constitutivo del daño que se predica en este caso, ha de decirse que se tendrá acreditado con la copia de la historia clínica de la paciente Marlen del Carmen Mestra Salcedo, remitida por la Empresa Social del Estado Hospital Departamental San Diego, el cual se concretó en la amputación del antebrazo izquierdo.

Así se consignó este hecho:

“9-XII-92. 12 AM. Se le realizó amputación por encima de codo previa fasciotomía y comprobación del daño vascular por reacción dermoepitelial y espasmo vascular al Vacol (sic), se cubre con triple esquemas y pasa a recuperación en buenas condiciones generales” (fol. 188 C.1)

3.2. La imputabilidad

En casos como el presente en donde se discute la responsabilidad de los establecimientos prestadores del servicio de salud, la Sección ha establecido que el régimen aplicable es el de falla del servicio, realizando una transición entre los conceptos de falla presunta y falla probada, constituyendo en la actualidad posición consolidada de la Sala en esta materia, aquella según la cual es la **falla probada del servicio** el título de imputación bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria.⁶

Así las cosas y teniendo en cuenta que en la sentencia de primera instancia se atribuyó la responsabilidad a la entidad demandada y al médico tratante por haber omitido dar la orden de hospitalización e intervenir quirúrgicamente en forma oportuna a la paciente Mestra Salcedo de la fractura cabalgada del Radio del antebrazo izquierdo, la Sala, con soporte en el acervo probatorio arrojado al proceso, procederá a determinar si se dio o no tal orden de hospitalización y si ello

⁵ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001.

⁶ Sentencia de agosto 31 de 2006, expediente 15772, M.P. Ruth Stella Correa. Sentencia de octubre 3 de 2007, expediente 16.402, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 23 de abril de 2008, expediente 15.750; del 1 de octubre de 2008, expedientes 16843 y 16933. Sentencia del 15 de octubre de 2008, expediente 16270. M.P. Myriam Guerrero de Escobar. Sentencia del 28 de enero de 2009, expediente 16700. M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 19 de febrero de 2009, expediente 16080, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 18 de febrero de 2010, expediente 20536, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 9 de junio de 2010, expediente 18.683, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

incidió o no en el resultado dañino presentado en la integridad personal de la paciente.

En relación con el procedimiento que se le adelantó a la paciente, en la historia clínica se consignó lo siguiente:

“ORTOPEDIA. 6-12-93 Paciente de 31 años quien sufrió traumatismo de brazo izquierdo el 2- XII-93, presentando dolor, edema moderado y deformidad en 1/3 interior del antebrazo, se le ordena Rx. Apresandose(sic) Fx de 1/3 inferior de Radio con leve cabalgamiento, al examen físico se encontró edema moderado, pulsos presentes, así como llenado vascular distal, por lo que se indica inmovilización con férula posterior, reposo y mantener MSI (sic) elevado y cita para el lunes 6 de diciembre para valorar disminución del edema para programación de cirugía –

Actualmente la paciente con disminución del edema, pulsos presente, llenado capilar distal conservados, continúa con su férula posterior y (sic) indicaciones de mantener el miembro elevado , así como Naprosyn 700 y Ketron 1C/6 horas

ID. Fx 1/3 Distal de Radio Cerrada; Plan quirúrgico para Cirugía 10-XII-93- se hospitaliza 9-XII-93”

“7-XII-93 Paciente quien es traída por familiar. Manifestando dolor en forma moderada, manifestando el esposo no cumplir con indicación de mantener el brazo elevado. Se aplicó por su cuenta hojas de col y papa rallada en el antebrazo por lo que se indica retirar esto. Al examen físico disminución del edema, pulsos presentes, así como llenado capilar distal conservado por lo que se propone continuar con plan quirúrgico por mejoría de la inflamación- Continúa con analgésicos-Desinflamatorios y brazo en alto”.

“ORTOPEDIA. 9-XII-93. Paciente traída por familiares (madre y esposo) por notar mano y antebrazo negro y lleno de ampollas, manifiesta el familiar que el brazo tomó esta coloración posterior a la aplicación de Vecol por lo que le lavan el brazo con alcohol en la noche anterior.

Examen físico: brazo y mano fría, negro con flictenas (sic) disminución de pulsos (ausentes) Edema. Se procede a realizar acto quirúrgico previa autorización del esposo”

“9-XII-92. 12 AM. Se le realizó amputación por encima de codo previa fasciotomía y comprobación del daño vascular por reacción dermoepitelial

y espasmo vascular al Vacol (sic), se cubre con triple esquemas y pasa a recuperación en buenas condiciones generales” (fol. 188 C.1).

Como puede observarse, en la historia clínica no se consignó la orden de hospitalización inmediata de la paciente el día 2 de diciembre de 1993, fecha en que se fracturó y acudió por primera vez al hospital, siendo atendida por el Médico Torres Arrázola. Por el contrario, todo indica que no se ordenó su hospitalización inmediata, sino que le fueron formulados analgésicos y antiinflamatorios, tal como se deduce de las fórmulas médicas de fechas 2, 5 y 6 de diciembre de 1993 (fol. 31 a 32 C.1). Es más, en esta última fecha, en la historia clínica se consignó expresamente que se hospitalizaría el nueve (9) de diciembre para practicarle la cirugía el diez (10) de esas calendas.

La jurisprudencia de esta Sección⁷, se ha ocupado de estudiar el tema concerniente a las características y exigencias de la historia clínica dentro de los procesos en los cuales se discute la responsabilidad extracontractual del Estado, derivada del despliegue de actividades médico-asistenciales y ha precisado la naturaleza jurídica de documento público que corresponde a tales historias y, por ende, su valor probatorio, en los siguientes términos:

*“Es de resaltarse que la historia clínica asentada en entidades públicas es un documento público, que da fe, desde el punto de vista de su contenido expreso, de la fecha y de las anotaciones que en ella hizo quien la elaboró (art. 264 del C. P. C.), y desde el punto de vista negativo, también da fe de lo que no ocurrió, que para este caso revela que al paciente no se le practicó arteriografía” (subraya la Sala)*⁸.

Lo anterior, le resta credibilidad a las afirmaciones de Martina Josefa Garcés Arrieta, Ester del Carmen Andrade Vallejo y Delsy Josefa Doria de Galeano, quienes trabajaban como Auxiliares de Enfermería en el Hospital San Diego de Cereté y que, en sus declaraciones, afirmaron que el Médico Torres Arrázola le

⁷ Sentencia del 9 de febrero de 2011, C. P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez, Radicación número: 73001-23-31-000-1998-00298-01(18793).Actor: Nancy Ducuara y otro.

⁸ Nota original de la sentencia citada: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 10 de agosto de 2007, Expediente No. 15178, Consejero Ponente: María Elena Giraldo Gómez.

ordenó a la paciente Mestra Salcedo se hospitalizara, pero que ésta no quiso porque vivía cerca al centro asistencial (fol. 288 a 293 C.1).

Ahora bien, comprobado que no se ordenó la hospitalización inmediata de la paciente para la práctica de la cirugía, entra la Sala a analizar si esa circunstancia –la de no haberse ordenado su hospitalización inmediata- y el tratamiento médico que se le siguió fue el adecuado o por el contrario fue el que condujo al resultado dañino presentado en la integridad personal de la paciente.

Al respecto obra en el plenario el concepto técnico rendido por los Médicos Ortopedistas Rodrigo Barreneche y Roger Alean Madrid, quienes suministraron las siguientes respuestas al interrogatorio que les fue formulado (fol. 78 a 79 y 134 C.1), así:

Con relación a la necesidad o no, en el caso del tipo de fractura sufrido por la Señora Mestra Salcedo, de ser sometida a cirugía de inmediato cuando existía un proceso inflamatorio, indicaron:

“Si la fractura cabalgada está comprometiendo el paquete vascular se debe llevar inmediatamente a cirugía, si no es una urgencia relativa que amerita una cirugía programada” (Subraya la Sala)

En relación con la atención brindada a la paciente en el Hospital, ha de decirse que en la historia clínica se consignó el 6 de diciembre de 1993, haciendo referencia a lo encontrado el día 2 del mismo mes y año, cuando la paciente ingresó por urgencias que presentaba fractura de 1/3 inferior de Radio con leve cabalgamiento y que al examen físico se encontró edema moderado, pulsos presentes, así como llenado vascular distal.

De igual manera, al examen físico practicado para el día 6 de diciembre de esa anualidad, se consignó que la paciente se presentaba con disminución del edema, pulso presente y llenado capilar distal conservado.

Para el día 7 se encuentra consignado: al examen físico disminución del edema, pulsos presentes, así como llenado capilar distal conservado, por lo que se propone continuar con plan quirúrgico por mejoría de la inflamación.

Sin embargo, para el día 9 –dos días después- el estado de salud de la paciente cambió sustancialmente, tal como se consignó historia clínica, al presentar “brazo y mano fría, negro con flictenas (sic) disminución de pulsos (ausentes) Edema”. Frente a tal evidencia la conducta asumida se registró así:

“Se le realizó amputación por encima de codo previa fasciotomía y comprobación del daño vascular, por reacción dermoepitelial y espasmo vascular al Vecol (sic)”.

De otra parte está demostrado que la paciente acudió en forma constante al Hospital, durante los días dos, cinco y seis de diciembre, en donde únicamente le formularon analgésicos y antiinflamatorios(fol. 31 a 32 C.1).

Tal como se observa en la última anotación de la historia clínica, el médico tratante le atribuyó la complicación que sufrió la señora Mestra Salcedo, al hecho de haber supuestamente usado la pomada Vecol, prescrita para uso animal, diagnóstico que es controvertido por el concepto técnico rendido por los médicos especialistas en ortopedia, quienes al ser consultados respecto a si la causa de la gangrena que presentó la paciente obedeció al hecho de haber movido el brazo y sometido a sobamientos con pomadas y movimientos de los que comúnmente utilizan los “curanderos y componedores de fracturas”, explicaron:

“La gangrena no se produce por la movilización del brazo y ni si se le somete a sobamientos con pomadas y movimientos de curanderos y compositores.

Porque la gangrena es una celulitis de la piel que va progresando hacia el interior de la piel, hasta llegar al músculo y luego al hueso; asociada o no a lesiones vasculares.

La causa más común de gangrena en pacientes fracturados es el uso inadecuado de inmovilizaciones con yeso” (folio 509 a 510 C3).

De igual manera, soporta la conclusión de la inadecuada atención que le fue brindada a la paciente Mestra Salcedo el testimonio de Luis Alfredo Guerra Baranoa, Médico Especialista en Ortopedia y Traumatología que trabajaba en el Hospital San Diego de Cereté para la fecha de los hechos, quien hizo un relato de los hechos de acuerdo a lo conocido por referencias y boletines informativos y, además, al haber leído la historia clínica en la que observó la descripción quirúrgica y el tratamiento que ofrecido a la paciente y, quien al preguntársele en

su calidad de especialista si la sintomatología de la paciente Mestra Salcedo ameritaba o hacía necesaria intervención quirúrgica o la prescripción del analgésico y antiinflamatorio e inmovilización con férula como ocurrió en este caso, manifestó:

*“en primera medida, los pacientes con trauma músculo esqueléticos concretamente con fracturas de tibia y antebrazo, los hospitales donde me formé se hospitalizaban (sic), se les ordenaba tener el miembro afectado elevado, vigilancia del estado neurovascular distal del miembro e informar en caso de que apareciera parestesia o si el dolor iba en aumento y no cedía con analgésico lo anterior se hacía con el fin de detectar la aparición del síndrome compartimental que se considera súper urgencia, en traumatología, tanto como su diagnóstico y su tratamiento inmediato ya que sus secuelas son irreversibles en los casos en los cuales el hospital no disponía de camas en el servicio de urgencias ni en hospitalizado (sic) se les daba las instrucciones precisa (sic) tanto verbales como escritas al paciente para que consultara de inmediato en caso de presentar parestesia y que el dolor fuera intolerable y en aumento y que no cedía al analgésico ordenado, en el caso que nos ocupa pienso que la paciente consultó varias veces por dolor y no fue hospitalizada, normalmente se huzan (sic) femulas (sic) y antiinflamatorios para el manejo de fracturas cerradas pero reitero en los centros donde me formé como especialista se daban las indicaciones antes anotadas y si el paciente consultaba se hospitalizaba de inmediato, se descartaba o confirmaba por métodos clínicos la presencia del síndrome compartimental y de sospecharse éste, de inmediato al paciente se le procedía practicar FASCIOTOMIA lo cual hacia casi siempre el residente de primer año, **considero que de acuerdo a lo relato (sic) por la paciente, la sintomatología que presentaba y la obligaba a consultar era el dolor por lo cual considero que la paciente debió descartársele o confirmársele un síndrome compartimental y de confirmárselo debió practicarse de inmediato Fasciotomia del antebrazo del cual es una medida salvadora y no se requiere elementos de osteosíntesis para hacerla**” (folio 303 a 306 C1) (destaca la Sala).*

De lo anteriormente reseñado, concluye la Sala que se presentó la falla en el servicio en la atención médica de la paciente, porque durante los días dos, cuatro, cinco y seis de diciembre, que acudió al centro asistencial no se le dio un

adecuado manejo a la fractura que padecía, puesto que el médico tratante se limitó a observarla y a esperar que le cediera la inflamación para practicarle la cirugía, sin estudiar la sintomatología que presentaba para confirmar o descartarle el síndrome compartimental, si no hasta el día nueve de diciembre cuando al confirmarse este diagnóstico, la única solución fue la amputación.

Ahora bien, considera la Sala que no puede justificarse el haber omitido intervenir quirúrgicamente a la paciente en forma oportuna, con la carencia del material de osteosíntesis en el Hospital, puesto que las Entidades Prestadoras del Servicio de Salud, se encuentran en la obligación Constitucional (artículo 11 Constitución Política) de proveer los medios necesarios para que la atención requerida por sus pacientes sea oportuna y eficaz y, en el caso de no contar con ellos, la conducta a seguir debió ser el disponer el traslado de la paciente a un lugar donde pudiera ser intervenida, por cuanto la suerte que corra la integridad de una persona no puede limitarse a los recursos con los que se cuente en el centro asistencial en determinado momento⁹.

De otra parte, se criticó en el escrito de impugnación que el a quo no había valorado los testimonios supuestamente favorables a la entidad demandada, crítica que no está acorde con la realidad procesal, pues cosa distinta es que el testimonio de las auxiliares de enfermería en relación con la supuesta orden inmediata de hospitalización y la negativa de la paciente a cumplirla hayan sido desvirtuadas con las anotaciones contenidas en la historia clínica, tal como ya se analizó.

De igual manera, lo afirmado en la declaración rendida por el Médico Cirujano Miguel Ramiro Moreno Ramos, respecto a que la paciente Mestra Salcedo no atendió la citación que le hiciera el médico tratante para que acudiera al hospital para realizarle la reducción de la fractura, quedó desvirtuada con lo consignado en la historia clínica y las fórmulas médicas que se le expidieron, en las que se constata la asistencia periódica de la paciente al centro asistencial.

⁹ Sentencia del 26 de marzo de 2008. C. P. Dra. Myriam Guerrero de Escobar. Radicación No: 76001-23-31-000-1995-00169-01(14432)

3.2.1. La normatividad internacional y nacional en materia de protección del derecho a la salud.

El artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos señala que toda persona tiene derecho a la asistencia médica; así mismo el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de la Naciones Unidas y ratificado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968, reconoce el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y del goce de los beneficios del progreso científico.

La Constitución de 1991 en el artículo 49, determinó que la atención a la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado y que se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Simultáneamente con los grandes avances de la medicina surgen hoy movimientos encaminados a lograr una creciente humanización de los derechos de los pacientes que se traduzca en atención de mayor calidad, respeto a su intimidad, creencias y costumbres y el derecho de escoger el médico libremente.

En desarrollo de tales previsiones, la Resolución 13.437 del 1° de noviembre de 1991 expedida por el Ministerio de Salud, además de crear los Comités de Ética Hospitalaria, adoptó el “Decálogo de los Derechos de los Pacientes”.

Entre los derechos que la resolución reconoce a todo paciente, figuran expresamente:

“(..)

“3. Su derecho a recibir un trato digno...”

(..)

“5. Su derecho a que se le preste durante todo el proceso de la enfermedad, la mejor asistencia médica disponible...”

Los profesionales de las diversas especialidades médicas son hoy más conscientes que nunca de que la promoción, recuperación y conservación de la salud son las metas que debe buscar alcanzar y que cualquier acción que las contraríe riñe abiertamente con ella.

El enfermo tiene derecho a que se le prodiguen cuidados compatibles con su condición de ser humano, vale decir, un buen trato y diálogo permanente con su médico acerca de la naturaleza, evolución y terapia de sus dolencias.

Dentro de ese contexto, una de las mayores responsabilidades profesionales es, sin duda, proteger el bienestar de su paciente y minimizar los riesgos globales de sus terapias¹⁰.

La Sala ha querido hacer referencia a todo lo anterior, porque allí se encuadra el contenido obligacional de las prestadoras de servicios médicos, contenido obligacional que no fue observado por la entidad demandada, por cuanto del estudio de la historia clínica, del dictamen pericial y de los testimonios recaudados, se deduce que se presentó efectivamente una señalada demora en la atención de la paciente Mestra Salcedo, quien desde el primer momento en que sufrió la fractura cabalgada acudió al Hospital San Diego de Cereté, dejando a su cargo el adquirir el material de osteosíntesis que se requería, situación que generó que después de ocho días y a pesar de haber concurrido en tres oportunidades anteriores para que se la tratara, tuviese que sobrevenir como solución la amputación de su antebrazo por efecto de la gangrena que se presentó, situación que sin duda implicó un daño antijurídico para la paciente Mestra Salcedo y su núcleo familiar, que no estaban en el deber jurídico de soportarlo.

De conformidad con las anteriores razones, encuentra la Sala que no le asiste razón al apelante y por lo tanto se confirmará la sentencia de primera instancia, en lo que respecta a la responsabilidad de la demandada.

4. Precisión sobre la calidad de la entidad condenada

En la sentencia de primera instancia se condenó al Hospital San Diego de Cereté en calidad de Empresa Social del Estado, sin embargo debe precisarse que para la época de los hechos -9 de diciembre de 1993- tenía la calidad de Establecimiento público del orden departamental, conforme se desprende de la Ordenanza No: 13 de 10 de diciembre de 1991, proferida por la Asamblea Departamental de Córdoba (fol. 445 a 449 C.3), transformado en Empresa Social

¹⁰Sentencia T-548/92. M.P. Dr. Ciro Angarita Barón

del Estado con las mismas características mediante la ordenanza No: 039 del 29 de noviembre de 1994, (fol. 16 a 22 C. 1).

No obstante lo anterior, esta situación en nada varía la responsabilidad de la entidad asistencial, pero se realizará la claridad en la parte resolutive de esta sentencia.

5. Los perjuicios

5.1. Actualización de los perjuicios morales.

En la sentencia de primera instancia se condenó a la Empresa Social del Estado-Hospital San Diego de Cereté a pagar por concepto de daño moral a la víctima directa Marlen del Carmen Mestra Salcedo, la suma equivalente a mil (1.000) gramos de oro fino; a su cónyuge Fánor de Jesús Pérez Bedoya, la suma equivalente a doscientos cincuenta (250) gramos de oro fino, y a sus hijos menores Elmer de Jesús y Wilmer Enrique Pérez Mestra, la suma equivalente a doscientos cincuenta (250) gramos de oro fino para cada uno de ellos.

En cuanto se refiere a la cuantía de la indemnización de este perjuicio inmaterial, debe recordarse que, de conformidad con lo expresado en sentencia del 6 de septiembre de 2001, esta Sala ha abandonado el criterio según el cual se estimaba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980, para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicios morales; se ha considerado, en efecto, que la valoración de dicho perjuicio debe ser hecha por el juzgador, en cada caso, según su prudente juicio¹¹.

Así las cosas, se modificará la condena impuesta en gramos oro y se reconocerá a título de indemnización por perjuicios morales una indemnización equivalente a cien (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes, para la víctima directa Marlen del Carmen Mestra Salcedo, para su cónyuge Fánor de Jesús Pérez Bedoya, la suma de veinticinco (25) salarios mínimos mensuales legales vigentes y para sus hijos menores Elmer de Jesús y Wilmer Enrique Pérez Mestra, la

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente 13.232-15.646, actor: Belén González y otros - William Alberto González y otra.

suma veinticinco (25) salarios mínimos mensuales legales vigentes, para cada uno de ellos.

5.2. Los perjuicios por pérdida a la vida de relación, conocidos ahora como Alteración en las condiciones de existencia.

En la sentencia de primera instancia, también se condenó a la Empresa Social del Estado- Hospital San Diego de Cereté, a pagar a la señora Marlen del Carmen Mestra Salcedo por concepto de “daño a la vida de relación”, la suma equivalente a setecientos (700) gramos de oro fino.

La parte demandada impugnó esta condena, porque este tipo de perjuicios al no haberse solicitado por el demandante en el libelo introductorio, no podía el juez reconocerlos de oficio.

De tiempo atrás la sección en aplicación del artículo 165 de la ley 446 de 1998 que establece el principio de reparación integral ha dado aplicación al reconocimiento de esta tipología de perjuicios cuando a pesar de no haberse solicitado expresamente en la demanda, de su contenido se infiere tal solicitud y además se encuentre debidamente probado.

Sostuvo la Sala ¹²en esta oportunidad:

“En efecto, si bien en la demanda no se solicitó expresamente la indemnización de los perjuicios a la vida de relación de los citados actores, ya que al formular las pretensiones sólo se hizo referencia a los perjuicios morales y materiales, la Sala reiteradamente ha señalado que deben reconocerse tales perjuicios, toda vez que una interpretación de la demanda, permite establecer que la misma hizo referencia a la alteración de las condiciones normales de vida de los doctores José Joaquín Valencia Díaz, Euclides Roa Escobar y Hernán Vicente Verástegui García y sus familias”.

¹² Consejo de Estado. Sentencia del 20 de marzo de 2003, C.P. Dr. Germán Rodríguez Villamizar Radicación No: 73001-23-31-000-1994-1445-01(11308)

De igual manera, en relación con el reconocimiento oficioso de este tipo de perjuicios, en sentencia de 10 de agosto de 2000 (exp. 12718 - actor: Elver R. Arias Z. Y otros), la Sala precisó:

“Si bien es cierto que la reparación de este perjuicio no fue solicitada expresamente en la demanda, la Sala reitera lo que ha afirmado en decisiones anteriores en el sentido de que el perjuicio fisiológico -hoy denominado daño a la vida de relación¹³ o alteración de las condiciones de existencia-, debe ser indemnizado cuando el mismo se encuentra debidamente acreditado, aunque no haya sido pedido en la demanda¹⁴.”

En el asunto materia de análisis, se observa que el a quo obró adecuadamente al reconocer indemnización por esta clase de perjuicios, hoy conocidos como alteración en las condiciones de existencia, porque del análisis integral del contenido de la demanda se deduce con suficiente claridad que hizo referencia a ellos y además sin lugar a dudas que la pérdida de anatómica de una extremidad, como fue el caso de la amputación del antebrazo de la señora Mestra Salcedo, genera una alteración en su condición de vida, razón más que suficiente para reconocerle indemnización por este tipo de perjuicios, los cuales únicamente se modificarán en cuanto a su tasación en salarios mínimos mensuales legales vigentes, por cuanto fueron reconocidos en gramos oro.

Por tal razón, se reconocerá indemnización a favor de la señora Mestra Salcedo por alteración en sus condiciones de existencia en setenta (70) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

6. No hay lugar a condena en costas.

Finalmente, toda vez que para el momento en que se profiere este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, en el *sub lite*, debido a que ninguna procedió de esa forma, no habrá lugar a imponerlas.

¹³ Sentencia del 19 de julio de 2000, exp: 11.842

¹⁴ Al respecto pueden consultarse sentencias del 18 de febrero de 1999, exp: 12.210; del 3 de mayo de 1999, exp: 11.169 y del 2 de marzo de 2000. exp: 11.250.

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

FALLA:

primero: confirmar los numerales primero, quinto y sexto de la sentencia de 5 de enero de 2001, proferida por el tribunal administrativo sala de descongestión sede barranquilla.

segundo: modificar los numerales segundo, tercero y cuarto de la sentencia de 5 de enero de 2001, proferida por el tribunal administrativo sala de descongestión sede barranquilla, los cuales quedarán así:

“segundo. declarar que el hospital san diego de cereté, establecimiento público transformado en empresa social del estado, es patrimonial y administrativamente responsable de la falla médica que se dejó descrita en los considerandos de esta sentencia.

*tercero. como consecuencia de la declaratoria anterior, condenar hospital san diego de cereté, establecimiento público transformado en empresa social del estado, a pagar por concepto de **daño moral** las siguientes cantidades:*

*- a la víctima directa marlen del carmen mestra salcedo, la suma de **cien (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes.***

*- al señor fánor de jesús perez bedoya, cónyuge de la víctima directa, la suma de **veinticinco (25) salarios mínimos mensuales legales vigentes.***

*- A los menores ELMER DE JESUS Y WILMER ENRIQUE PEREZ MESTRA, en sus calidades de hijos de la víctima, la suma **veinticinco (25) salarios mínimos mensuales legales vigentes, para cada uno de ellos.***

Cuarto. CONDENAR, igualmente Hospital San Diego de Cereté, Establecimiento Público transformado en Empresa Social del Estado a pagar a la señora Marlen del Carmen Mestra Salcedo por concepto de “alteración en las condiciones de existencia”, la suma de **setenta (70) salarios mínimos mensuales legales vigentes**”.

TERCERO: No hay lugar a condena en costas

Una vez en firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y PUBLIQUESE

HERNAN ANDRADE RINCON

MAURICIO FAJARDO GOMEZ

GLADYS AGUDELO ORDOÑEZ (E)