

**RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO - Presupuestos. Elementos. Daño antijurídico. Imputación / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Presupuestos. Elementos. Daño antijurídico. Imputación / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Constitucionalización. Mecanismo de protección de los administrados**

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, sin distinguir su condición, situación e interés. Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, 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. Dicha imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar: i) 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 a lo anterior, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION DE 1991 - ARTICULO 90

**NOTA DE RELATORIA:** La responsabilidad del Estado como mecanismo de protección de los administrados, Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996, reiterada en la sentencia C-892 de 2001; cláusula general de responsabilidad estatal, Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001; finalidad de protección por parte de las autoridades públicas, Consejo de Estado, sentencia de 26 de enero de 2006, exp. AG-2001-213; elementos de la responsabilidad, Consejo de Estado, sentencia de 21 de octubre de 1999, exps. 10948 y 11643.

**RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Daño antijurídico / DAÑO ANTIJURIDICO - Principio de solidaridad. Principio de igualdad**

En cuanto al daño antijurídico, 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. De igual manera, el precedente jurisprudencial constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra a los “principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución”.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION DE 1991 - ARTICULOS 1 / CONSTITUCION DE 1991 - ARTICULO 2 / CONSTITUCION DE 1991 - ARTICULO 13 / CONSTITUCION DE 1991 - ARTICULOS 58

**NOTA DE RELATORIA:** Daño antijurídico, Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996 y sentencia C-832 de 2001.

**RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Imputación. Principio de imputabilidad / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Atribución jurídica / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Imputación objetiva**

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. 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”. Esto, sin duda, es un aporte que se representa en lo considerado por Larenz según el cual había necesidad de “excluir del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que éstos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar”. 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 no.

**NOTA DE RELATORIA:** Principio de imputabilidad, Corte Constitucional, sentencia C-254 de 25 de marzo de 2003.

**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:** Falla probada del servicio médico, Consejo de Estado, sentencias de agosto 31 de 2006, exp. 15772; octubre 3 de 2007, exp. 16402; 23 de abril de 2008, exp. 15750; 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; 23 de septiembre de 2009, exp. 17.986; 7 de octubre de 2009, exp. 35656; 18 de febrero de 2010, exp. 20536; 9 de junio de 2010, exp. 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**

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, exp. 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, T-421 de 2007 y T-104 de 2010.

**FALLA MEDICA - Atención inapropiada. Atención incompleta. Atención no continuada / RESPONSABILIDAD MEDICA - Atención inapropiada. Atención**

**incompleta. Atención no continuada / FALLA MEDICA - Dilación trámite administrativo. Deficiencias presupuestales / RESPONSABILIDAD MEDICA - Dilación trámite administrativo. Deficiencias presupuestales / FALLA MEDICA - Dilación en el tratamiento / RESPONSABILIDAD MEDICA - Dilación en el tratamiento**

La prestación del servicio no fue completa y continuada, y se vio interrumpida en el momento en el que el cuadro clínico de la paciente exigía la realización del tratamiento de hemodiálisis como procedimiento que era indispensable para el manejo de las condiciones de salud que presentaba la paciente, tal como se diagnosticó por el médico nefrólogo y en el propio dictamen médico legal rendido, lo que razonable y proporcionalmente habría permitido administrar las circunstancias que agravaban el estado de salud de la paciente, y 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 del agravamiento de las condiciones de salud, del cuadro clínico y a su posterior fallecimiento. Resulta determinante para la Sala, que la entidad demandada haya dilatado injustificadamente en el tiempo la realización del tratamiento de hemodiálisis a la paciente, aduciendo que no se cumplían las semanas cotizadas, que no era de competencia del centro médico, sino que debía remitirse a otra ciudad (Cali) y, que existían problemas presupuestales que impedían sufragar los costes del mismo.

**NOTA DE RELATORIA:** Paciente afectado por los problemas presupuestales de las entidades de salud, Corte Constitucional, sentencia T-366 de 1999 y sentencia T-1063 de 2002.

**SERVICIO DE SALUD - No condicionado a probabilidad de muerte / CENTROS MEDICOS - Dignidad humana del paciente**

No es aceptable formular como hipótesis, señalada por la demandada, que en cualquier caso en atención a las circunstancias y condiciones médicas el deceso de la paciente se iba a producir, porque sería tanto como aceptar que la prestación del servicio médico queda sujeta a si el (o la) paciente se encuentra en grave riesgo de muerte o no, lo que es, sin duda, absolutamente censurable ya que no se puede condicionar la protección del derecho a la salud, y la prestación del servicio a la indefectibilidad o no de la sucesión de la muerte como resultado irreversible. 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 práctica del tratamiento de hemodiálisis representó una prestación ineficiente del servicio médico al que estaba llamada a ofrecer. 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 la paciente, como fue su fallecimiento. Debe tenerse en cuenta que el servicio médico debe prestarse, en atención a la garantía constitucional del derecho a la salud, de manera diligente, lo que implica emplear todos los medios humanos, técnicos, científicos, diagnósticos, procedimentales, farmacéuticos, etc., que se correspondan con la atención que merece todo ciudadano, si se quiere que dicha prestación se corresponda con la tutela efectiva de la dignidad de la persona.

**NOTA DE RELATORIA:** Usuario del servicio de salud víctima de contingencias administrativas, Corte Constitucional, sentencia T-104 de 2010.

## **ACTO MEDICO - Complejo / ACTO MEDICO - lter continuado**

El acto médico es complejo, lo que significa que este como tal comienza con el diagnóstico y se extiende, en un iter continuado, dependiendo la situación, estado y condiciones que presente cada paciente en su estado de salud, y frente a lo que pueda demandar o necesitar. En nuestro caso, está claro que el servicio médico prestado a la señora Serna Garcés no se agotaba en la atención que se prestó en las oportunidades en las que acudió a los servicios médicos, ni en aquella suministrada cuando fue internada a finales de noviembre de 1996, sino que se extendía, teniendo en cuenta su enfermedad avanzada (nefropatía avanzada) hasta la realización de los tratamientos y/o procedimientos que la propia literatura científica establece como necesarios o indispensables a aplicar.

**NOTA DE RELATORIA:** Con aclaración de voto del Dr. Enrique Gil Botero.

### **CONSEJO DE ESTADO**

#### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION TERCERA**

#### **SUBSECCION C**

**Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

Bogotá D.C., Trece (13) de Abril de dos mil once (2011)

**Radicación: 66001-23-31-000-1998-00626-01(20220)**

**Actor: HERNAN DE JESUS RIOS Y OTROS**

**Demandado: INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES - SECCIONAL PEREIRA**

**Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (SENTENCIA)**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda del 23 de febrero de 2001, mediante la que se dispuso:

- “1. No prospera la excepción de caducidad planteada.*
- 2. Declarar administrativa y patrimonialmente responsable al Instituto de los Seguros Sociales de la muerte de la señora Luz Aleyda Serna Garcés, ocurrida el 10 de diciembre de 1996.*
- 3. Como consecuencia de la anterior declaración se condena en concreto a la entidad demandada a pagar por concepto de perjuicios morales, suma equivalente a mil (1000) gramos de oro para cada uno de los actores, Hernán de Jesús Ríos (compañero permanente); Jhonatan Ríos Serna y Abdenago Ríos Serna (hijos); Libardo Antonio Serna Ramírez y Blanca Cecilia Garcés de Serna (padres). El precio del gramo oro será el interno certificado por el Banco de la República, en el momento en que quede ejecutoriada esta sentencia, certificación que se allegará con la*

*correspondiente cuenta de cobro o se tendrá en cuenta la ordenar el pago de las sumas de dinero.*

*La entidad estatal le dará cumplimiento a los Artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.*

*Se enviarán copias al señor agente del Ministerio Público y a los interesados, precisando cuáles prestan mérito ejecutivo” (fl.99 cp).*

## **ANTECEDENTES**

### **1. La demanda**

1 Fue presentada el 29 de octubre de 1998 por Hernán de Jesús Ríos en nombre propio y en representación de su hijo Jhonatan Ríos Serna, Abdenago Ríos Serna, Blanca Cecilia Garcés de Serna y Antonio Serna Ramírez, 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:

*“Declárese al INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES DE PEREIRA administrativamente responsable de la muerte de la señora Luz Aleyda Serna Garcés (sic) y por consiguiente de la totalidad de los daños y perjuicios ocasionados a cada uno de los demandantes...*

*... Como consecuencia de la anterior declaración, hágase las siguientes o similares condenas –*

*\*-PERJUICIOS MORALES.*

*Se solicita la suma que reemplace lo que costaban un mil gramos de oro, el 1 de enero de 1981 y que según certificado del BANCO DE LA REPUBLICA, era de \$976.950 atendiendo (sic) la variación del Índice Nacional de Precios al Consumidor, y que para esa fecha de presentación de la demanda serían \$26.669.920; es decir, 2021 gramos de oro...*

*... En síntesis, los 1.000 gramos de oro para el 1o de enero de 1.981 (\$976.950), que ahora cuestan \$14.800.000.00 aproximadamente, deberán valer \$28.669.920.00, lo que traduce que de continuar indemnizando indistintamente con el equivalente en pesos de un mil graos de oro, constituye desconocimiento de la indemnización integral, toda vez que en la práctica sólo serían 494 gramos de oro fino” (fl.31 c1).*

2 Las anteriores pretensiones se fundamentan en los siguientes hechos presentados por los demandantes, que la Sala sintetiza:

Desde el año 1995 la señora Luz Aleyda Serna venía padeciendo de insuficiencia renal, la cual era controlada y atendida en el servicio médico del Instituto de los Seguros Sociales, como afiliada a dicha institución (fl.30 c1).

El 2 de diciembre de 1996 ante el estado deplorable de salud de la señora Serna, fue trasladada de la ciudad de Cartago a Pereira, específicamente a la Clínica Pío XII del Instituto de los Seguros Sociales, en donde debía ser objeto del tratamiento de hemodiálisis para atender su insuficiencia renal (fl.30 c1).

Desde que fue internada en la Clínica Pío XII de Pereira, esto es, por un período de 8 días, a la señora Serna no le fue aplicado el tratamiento de hemodiálisis. Infortunadamente, el 10 de diciembre de 1996 la mencionada señora falleció, manifestándose como causa la insuficiencia renal. Ese mismo día, ante la insistencia de los familiares de la paciente, el Director Jurídico de la Seccional del Instituto de los seguros Sociales en Pereira, expidió certificación en la que se consignó que a la institución de salud no le era posible atender a la paciente quien requería tratamiento de hemodiálisis, por no contar con el presupuesto para dicho año [1996] (l.31 c1).

Se señaló que el transcurso del tiempo que pasó entre el 2 y el 10 de diciembre sin que a la paciente se le hubiera aplicado el tratamiento de hemodiálisis produjo un riesgo que se fue incrementando progresivamente hasta agravar las circunstancias derivadas de la no prestación del servicio médico necesario para atender su insuficiencia renal, lo que tuvo como desenlace fatal el fallecimiento de la paciente (fl.31 c1).

## **2. Actuación procesal en primera instancia**

1 El Tribunal Administrativo Risaralda por auto de 17 de noviembre de 1998 inadmitió la demanda al no estimarse la cuantía de la demanda debidamente (fl.38 c1). En la oportunidad legal, la parte actora presentó escrito con el que subsanaba el defecto en virtud del cual se inadmitió la demanda 8fl.39 c1). El Tribunal mediante providencia del 4 de mayo de 1999 admitió la demanda (fl.48 c1), la cual fue notificada al Gerente del Instituto de los Seguros Sociales, Seccional Pereira, el 13 de julio de 1999 (fl.51 c1).

2 El Instituto de los Seguros Sociales contestó la demanda en la oportunidad legal, mediante escrito en el cual manifestó oponerse a todas las pretensiones, no constarle algunos hechos y cuestionar otros. En la misma, la demandada afirmó:

*“... Para el I.S.S. todas las personas son merecedoras de que se les haga los tratamientos que requieren. Lo que debió hacer la auxiliar de trabajo social fue investigar si la señora Luz Aleyda Serna tenía derecho y requería el tratamiento que se solicitaba.*

*... Puede que no se le haya hecho el tratamiento de hemodiálisis por motivos que habría que analizar pero lo mas (sic) seguro es que durante el tiempo que permaneció en la Clínica si se le brindaron las atenciones ordenadas por los médicos” (fl.66 c1).*

En cuanto a la certificación expedida por el entonces Director Jurídico de la institución, la demandada afirmó que no estaba autorizado para expedir ese tipo de documentos, el cual se produjo solo como consecuencia de la presión ejercida por los interesados, de tal manera que el director incurrió en exceso de funciones, “con el agravante de que (sic) no aparece que él hubiera averiguado antes las circunstancias de la muerte de la señora Serna” (fl.67 c1).

Así mismo, se sostuvo que no estaba plenamente demostrado que el fallecimiento de la paciente se produjo como consecuencia de las fallas en la prestación del servicio, así como se desconocía si la señora Serna cumplía los requisitos exigibles para que le hubiera sido aplicado el tratamiento de hemodiálisis (fl.67 c1).

La demandada propuso como excepción la caducidad de la acción (fl.67 c1).

3 Agotado el período probatorio, el cual se inició mediante auto del 30 de septiembre de 1999 (fls.71 a 74 c1) y, habiéndose a audiencia de conciliación por auto de 14 de agosto de 2000 (fl.76 c1) sin prosperar la misma, el Tribunal mediante auto del 31 de octubre de 2000 (fl.88 c1) corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y si fuera del caso se ordenaba el traslado especial al Ministerio Público para que emitiera su concepto.

4 Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

### **3. Sentencia de primera instancia**

El Tribunal Administrativo de Risaralda declaró administrativa y patrimonialmente responsable al Instituto de los Seguros Sociales de la muerte de Luz Aleyda Serna Garcés, ocurrida el 10 de diciembre de 1996. Dicha decisión la fundamentó en los siguientes argumentos:

En cuanto a la excepción propuesta, consideró que no había lugar a declarar que la acción había caducado ya que la fecha de acaecimiento de los hechos fue el 10 de diciembre de 1996, en tanto que la presentación de la demanda se efectuó el 29 de octubre de 1998, de manera que no había transcurrido el término de 2 años fijado por el artículo 136 numeral 8 del C.C.A [modificado por el artículo 44 de la ley 446 de 1998] (fl.93 cp).

Con relación al fondo del asunto, el fallo del *a quo* se fundamentó, especialmente, en la prueba pericial ordenada y practicada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, de acuerdo con el cual consideró:

*“Lo anterior le está dejando a la Sala, el convencimiento que el ISS, en el presente caso, no puso a disposición de quien solicito (sic) sus servicios todo lo que científica y administrativamente estaba obligado a brindar. Ello permite decir que si hay motivo para encontrar la supuesta responsabilidad endilgada al organismo estatal en la demanda.” “La responsabilidad se genera entonces en el sub-examine por la falla en el servicio consistente en la omisión de la entidad demandada en prestar el servicio al que estaba obligada, pues si hubiera adoptado a tiempo el tratamiento de hemodiálisis requerido por la paciente, posiblemente se hubiera evitado el fallecimiento de la señora Luz Aleyda Serna Garcés” (fl.96 cp).*

Lo anterior lo sustentó, también, en el testimonio rendido por Hernán Ríos y en la certificación expedida por el entonces Director Jurídico de la entidad demandada, resaltando en cuanto a este último que no se podía descartar que ésta constituía “prueba que la falta de tratamiento requerido por la paciente, obedeció a asuntos de índole eminentemente administrativos” (fl.96 cp).

El *a quo* luego de analizar el caudal probatorio concluyó:

*“... que si bien a la paciente se le trató en el tiempo que estuvo interna en el centro hospitalario con procedimientos adecuados por la ciencia médica, éstos eran provisionales a su problema renal. El hecho de que la paciente presentara un cuadro clínico complicado por padecimientos como la hipertensión, con enfermedad coronaria e insuficiencia cardíaca (sic) y renal, no son excluyentes de la responsabilidad que se le endilga a la entidad demandada, pues no se puede desconocer, tal como lo afirman los peritos médicos, que la omisión del Instituto de los Seguros Sociales en brindar el tratamiento de la hemodiálisis, indispensable para el manejo de la insuficiencia renal de la paciente, si contribuyó a la descompensación de la misma, lo que conllevó a su posterior fallecimiento” (fls.96 y 97 cp).*

Dicha conclusión llevó al *a quo* a adecuar la responsabilidad de la entidad demandada en el régimen de la falla o falta presunta, de manera que atendiendo a la carga de probar que radicada en aquella no se demostró “que hubiera obrado con la diligencia, suficiencia y oportunidad necesaria para el caso, ya que es un hecho probado en autos que la paciente, según anotaciones hechas en la misma historia clínica, requería para el tratamiento de su insuficiencia renal una hemodiálisis la cual no fue practicada en el término que estuvo hospitalizada antes de su muerte en el centro hospitalario” (fl.98 cp).

Finalmente, en cuanto a las dificultades presupuestales que se pudo argumentar en su momento desde la entidad demandada, el *a quo* señaló que “este tipo inconvenientes no los tiene por que sufrir ni soportar el beneficiario, a quien como



es apenas lógico se le deben poner a disposición todos los elementos y recursos necesarios para su debida atención” Y, siendo determinantes para el cumplimiento de las decisiones médicas, podía deducirse de dicha circunstancia fiscal la producción de un daño que debía resarcir la entidad demandada (fl.98 cp).

#### **4. El recurso de apelación.**

El 9 de marzo de 2001 la parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia del 23 de febrero de 2001 del Tribunal Administrativo de Risaralda, el cual fue concedido por el *a quo* mediante providencia del 16 de marzo de 2001 (fl.105 cp). En su sustentación la demandada reiteró lo manifestó en otras instancias procesales, resaltando que el dictamen pericial permitía eximir de responsabilidad a la entidad demandada, teniendo en cuenta los “factores concomitantes que llevaron al fallecimiento de la señora Serna”, agregándose,

*“Si se analiza concienzudamente esta situación, la omisión en el tratamiento no le causó perjuicios a la paciente porque no se puede afirmar que falleció por falta de él, ni a sus deudos quienes deben ser conscientes de que con la hemodiálisis la señora Serna no se iba a curar de sus males; ésta solamente le iba a prolongar la vida en el mismo estado crítico y no se sabe por cuánto tiempo”* (fl.103 cp).

#### **5. Actuación en segunda instancia**

1 Mediante auto del 18 de mayo de 2001 el despacho admitió el recurso de apelación y por auto del 8 de junio de 2001 corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y ordenó que en caso de solicitarse por Ministerio Público se surtiera el traslado especial para que emitiera su concepto (fls.110 y 112 cp).

2 Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

### **CONSIDERACIONES**

#### **1. Competencia**

1 Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo Risaralda del 23 de febrero de 2001, mediante la cual se declaró la responsabilidad administrativa y patrimonial del Instituto de los Seguros Sociales.

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. Revisada la condena, encuentra la Sala que la sentencia es consultable ya que la cuantía para la fecha de la misma era de \$9.320.150.00, lo que excedía de la establecida para que operara este grado jurisdiccional: \$86.084.000.00, por lo que en su decisión no se limitará a lo apelado por la demandada.

3 En ese sentido, la Sala estudiará la prosperidad o no de la excepción de caducidad; los presupuestos para establecer la responsabilidad extracontractual del Estado; el daño antijurídico, desde la determinación de la concurrencia de causas a partir del cuadro clínico que presentaba la paciente previo a la atención; si el tratamiento de hemodiálisis era indispensable, y si fue determinante el que no se practicara para que se produjera el desenlace fatal, y; la imputación jurídica si cabe imputar a la entidad demandada a título de falla del servicio la responsabilidad por la muerte de la paciente.

## **2. Caducidad de la acción**

1 La Sala después de estudiar el material probatorio encuentra que la acción de reparación directa impetrada por los demandantes contra el Instituto de los Seguros Sociales-Seccional Pereira no se encuentra caducada y así se declarara, confirmando lo afirmado por el *a quo*.

2 En ese sentido, se acreditó que la señora Luz Aleyda Serna Garcés falleció el día 10 de diciembre de 1996, como se consignó en el registro de defunción (fl.6 c1). Así mismo, está demostrado que la demanda fue presentada el 29 de octubre de 1998. En este marco, la Sala debe analizar los anteriores extremos a la luz del numeral 8º del artículo 136 del C.C.A., en el que se establece que el término de caducidad de la acción de reparación directa es de dos años contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquier otra causa. Luego de establecidas la fechas de los hechos y de la presentación de la demanda, encuentra la Sala que debe confirmarse la decisión del *a quo* de declarar que no prospera la excepción de caducidad planteada, toda vez que la misma no se concreta en el caso al haberse presentado la demanda dentro del término de ley fijado para el ejercicio de la acción de reparación directa.

### 3. Presupuestos para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado

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<sup>1</sup>, sin distinguir su condición, situación e interés<sup>2</sup>. 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 potestad<sup>3</sup>; 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”<sup>4</sup>.*

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, 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<sup>5</sup> tanto por la acción, como por la omisión. Dicha imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar: i) 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);

---

<sup>1</sup> 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 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.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> “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.

<sup>4</sup> MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*., ob., cit., pp.120-121.

<sup>5</sup> 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 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

Adicionalmente a lo anterior, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado.

En cuanto al daño antijurídico, 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. 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”*<sup>6</sup>.

De igual manera, el precedente jurisprudencial constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra a los “principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución”<sup>7</sup>.

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad<sup>8</sup>, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica<sup>9</sup>. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”<sup>10</sup>.

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”<sup>11</sup>. Siendo esto así, la imputación objetiva implica la “atribución”, lo

<sup>6</sup> Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996.

<sup>7</sup> Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001.

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> 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 25 de marzo de 2003.

<sup>10</sup> “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.org.es/recpc>], pp.6 y 7.

<sup>11</sup> “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

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*”<sup>12</sup>.

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*”<sup>13</sup>. 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 no<sup>14</sup>.

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.

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 protección frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible<sup>15</sup>. 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*

---

*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.*

<sup>12</sup> MIR PUIG, Santiago. Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

<sup>13</sup> LARENZ, K. “Hegelszurechnungslehre”, en MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

<sup>14</sup> JAKOBS, G. *La imputación objetiva en el derecho penal*. Bogotá, Universidad Externado, 1994.

<sup>15</sup> Cfr. Günther Jakobs. Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung. ZStW 89 (1977). Págs 1 y ss.

*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”<sup>16</sup>.*

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 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*

---

<sup>16</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

en los cuales el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en éstos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos<sup>17</sup><sup>18</sup>.

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.

“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 más 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 omisión<sup>19</sup>. 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<sup>20</sup>.

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.

#### 4. El régimen de la responsabilidad por actividad médica

---

<sup>17</sup> 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.

<sup>18</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

<sup>19</sup> 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.

<sup>20</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

Partiendo del análisis del caso en el marco de la falla probada del servicio como título de imputación<sup>21</sup>,

*“... 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...”<sup>22</sup>.*

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”<sup>23</sup>.*

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”<sup>24</sup>.*

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

---

<sup>21</sup> Sentencias de 31 de agosto de 2006. Exp.15772; de 3 de octubre de 2007. Exp. 16402; de 23 de abril de 2008. Exp. 15750; de 1 de octubre de 2008. Exps. 16843 y 16933; de 15 de octubre de 2008. Exp.16270; de 28 de enero de 2009. Exp. 16700; de 19 de febrero de 2009. Exp. 16080; de 18 de febrero de 2010. Exp. 20536; de 9 de junio de 2010. Exp. 18683.

<sup>22</sup> Sentencia de 23 de septiembre de 2009, Exp. 17986.

<sup>23</sup> Sentencia de 7 de octubre de 2009. Exp. 35656.

<sup>24</sup> Corte Constitucional, sentencia T-104 de 2010.



*“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 dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud”<sup>25</sup>.*

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 incomoda.*

*“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 paciente<sup>26</sup> 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”<sup>27</sup>*

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)”<sup>28</sup>.*

## **5. Hechos probados.**

<sup>25</sup> Corte Constitucional, sentencia T-1059 de 2006.

<sup>26</sup> En este sentido se ha pronunciado la Corporación, entre otras, en la sentencia T- 136 de 2004 MP Manuel José Cepeda Espinosa

<sup>27</sup> Corte Constitucional. Sentencias T- 1059 de 2006; T- 062 de 2006; T- 730 de 2007; T- 536 de 2007; T- 421 de 2007.

<sup>28</sup> Sentencia de 18 de febrero de 2010. Exp. 17655.

Dentro del proceso, se encuentran una serie de medios probatorios con base en los cuales se establecen los siguientes hechos:

En cuanto a la legitimación en la causa por activa, la parte actora aportó los siguientes documentos:

- Certificación del registro civil de nacimiento de Luz Aleida Serna Garcés (fl.3 c1)
- Copia auténtica del registro civil de nacimiento de Abdenago Ríos Serna, en el que se consignó que Luz Aleyda Serna Garcés era su madre (fl.4 c1).
- Copia auténtica del registro civil de nacimiento de Jhonatan Ríos Serna, en el que se consignó que Aleyda Serna era su madre (fl.5 c1).
- En su momento el Tribunal solicitó que se certificara si en el registro civil de nacimiento que correspondía a Jhonatan Ríos Serna obraba la diligencia de reconocimiento de hijo extramatrimonial, lo que fue respondido por la Notaria Primera (e) de Cartago, Valle, quien allegó el registro civil del menor en copia auténtica (fls.45 y 46 c1).
- Declaración extrajuicio rendida por Martha Lucía Castro Grisales y Hovver Alverto Serna Garcés, ante el Notario Primero del Círculo de Cartago el 16 de abril de 1998, en la que manifestaron:

*“Que conocimos de vista, trato y comunicación a la señora **LUZ ALEYDA SERNA GARCÉS**, que por el conocimiento que tuvimos de ella nos consta que durante más de veinte (20) años convivió en unión libre y en forma permanente y bajo el mismo techo hasta el momento de su fallecimiento con el señor **HERNAN DE JESUS RIOS**, con cédula de ciudadanía número 2.469.394 de Ansermanuevo Valle, de cuya unión hay dos (2) hijos llamados **JHONATAN RIOS SERNA** y **ABDENAGO RIOS SERNA**. Igualmente manifestamos que la señora **SERNA GARCÉS** dependía económicamente del señor **HERNAN DE JESUS RIOS** para su supervivencia”* (fl.7 c1).

En cuanto a la ocurrencia del daño, se allegó al proceso:

- Copia auténtica del registro de defunción de la señora Luz Aleyda Serna Garcés, en el que se consignó que murió el 10 de diciembre de 1996, a las 8:15, habiendo sido la causa “HIPERTENSION ARTERIAL CARDIOPATIA RENAL” (fl.6 c1).

Respecto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar, obran los siguientes medios probatorios:

- Constancia del Director Jurídico Seccional del Seguro Social Risaralda, en la que manifestó:

*“Que la EPS Seccional Risaralda, no le es posible atender a la Beneficiaria (sic) LUZ ALEIDA SERNA GARCES, quién (sic) requiere de Tratamiento (sic) de HEMODIALISIS por carencia de presupuesto en el presente año (1996)” (fl.9 c1).*

- Obra oficio 206329 de 6 de diciembre de 1999, del Gerente Seccional Administrativo con el que se allegó copia auténtica del “Manuel de las Funciones que desarrolla el Director Jurídico Seccional”, específicamente las que fueron atribuidas a la Dirección Jurídica Seccional (fls.9 a 11 c2).
- Obra oficio de diciembre 20 de 1999 de la Gerente (e) de la Clínica Pío XII del Seguro Social, con el que se allegó copia de la historia clínica de la señora Luz Aleyda Serna Garcés, con número de afiliación 246394. En el mismo se indicó los médicos que atendieron a la paciente en el mes de diciembre de 1996: “Dr.Carlos (sic) Prada, Dr.Antonio (sic), Dr.David (sic) Ramos, Dr.Eduardo (sic) Avila y el Dr. Juan Carlos Moncada Duque” (fl.13 c2 y fls.3 a 75 c3)

En cuanto a la historia clínica, se allegó:

- Registro de laboratorio de 6 de diciembre de 1996, en el que se estudio una muestra de sangre de la paciente, y la que fue remitida por la entidad demandada el 3 de diciembre del mismo año (fl.3 c3)
- Hoja de tratamiento de enfermería del servicio de nefrología donde se consignó:
 

*“XII-4 IC con Trabajo Social p/informe de Rx”. Ese mismo día se le administraron varios medicamentos. El 5 de diciembre de 1996 se anotó “Lab”. Como diagnóstico se estableció: “HTAcromica /Rcronica” (fl.4 c3). Además se tuvo como pendiente:*

*“XII-2 Pendiente nueva valoración x Nefrologo (sic) y M.I  
XII-02 Solicitar H.C Antigua en Cartago.  
XII-3 Rx de torax (sic) (ilegible).  
XII-2 Glicemia, ca –fos - acido (sic) urico (sic)-col-VDRL...  
XII-3 Rx torax (sic)-albumina (ilegible)”*

*Dentro de los cuidados de enfermería se consignó:*

*“suspender mtos hipertensivos avisar TA>140/90  
Cuidados con catéter peritoneal  
Monitorizar y avisar cambios  
Vigilar diuresis.  
Suspender transfusión pendiente hasta nueva orden” (fl.5 c3).*
- Ordenes médicas de 30 de noviembre y 1 de diciembre de 1996, en las cuales se consignó que estaba pendiente nueva valoración por nefrólogo y por medicina interna (fls.6 y 7 c3).
- Registro de retorno de diálisis de los días 1 y 2 de diciembre (fl.8 c3).

- Hoja de evolución de 30 de noviembre de 1996 en la que se consignó que las 19:15 de ese día ingresó la paciente Aleyda Serna Garcés “con cuadro de 5cu evolución de edema progresivo hasta (ilegible), 8 días con diarrea progresiva de pequeños esfuerzos y D.P.N, luego diarrea permanente ingresa urg. Del ISS el 28-11-996 con la historia referida... en malas condiciones generales, pálida, polipneica, mucosas húmedas (sic). RSCS rítmicos con soplo profundo sistólico de eyección. Pulmones con hipoventilación basal der Abdomen distendido (ilegible)... insuficiencia renal crónica y/o hospitalizaran.  
Valorada por Dr. Prada (Nefrologo) considera actual/ con nefropatía diabética avanzada, en (ilegible), edema pulmonar incipiente, sin signos de infección sistémica TA 160/120. Cx: 1 inicia diálisis peritoneal, 2) HIV... El 29-11-96 en la noche inician la diálisis peritoneal, el día de hoy están intercaladas... ordenan manejo medico (sic) y transfusión de 3 unid... Al estar terminando la 2ª unidad a las 18:00 Hrs presenta dolor precordial, ansiedad, diarrea no cede con isordil... solicitan valoración (sic) por Medico (sic) de la UCI, encuentro pac sentada, sudorosa, fría, álgida... a la unidad (UCI) ingresa con oxígeno por canula (sic)... IDX: 1. IC global secundaria, sobrecarga volumen 2. I.R crónica 3. H.T.A. crónica severa 4. Choque 5. Enfermedad coronaria crónica 6. Enfermedad de tejido conectivo?” (fl.9 ambas caras c3).
- Hoja de evolución del paciente de 2, 3 y 5 de diciembre de 1996, con valoración por nefrología (fl.10 ambas caras c3).
- Hoja de evolución del paciente de 3 de diciembre de 1996, en el que se consignó lo relativo a la trabajadora social, consignándose:

*“Se me informa que (sic) por solicitud del Dr Prada investigara [enmendado] derecho de la paciente antes mencionada [Aleyda Serna Garcés] con el fin de autorizar el tratamiento de diálisis (sic) al que debe ser dado.*

*Se dialoga con la familia de la misma y se pide los papeles de vinculación para así (sic) empezar a tramitarlos y dar inicio a la diálisis (sic). La familia queda de traerla para el otro día”*

*4 de diciembre de 1996:*

*“Se me entrega los papeles de vinculación a los cuales se anexa una carta para el Dr Jaime Ignacio Ospina... para que el nos de su concepto. El 5 de diciembre se va personalmente donde el Dr Jaime Ignacio quien me dice que (sic) si hablo con la familia de la paciente y le pida que (sic) lleve papeles y autoliquidación de más o menos 2 años de vinculación del esposo ya que la sra (sic) es beneficiaria la copia de L (sic) carta L firma el Dr. Jaime Ignacio y dice previa autorización con present (sic) de informe patronal.*

*El viernes nuevamente se dialoga con la Hermana (sic) de la paciente y queda (sic) en traer los nuevos papeles*

*El 9 de diciembre /96 El patron (sic) del sr. Hernan (sic) Rios (sic) dialoga conmigo informandome (sic) que (sic) el Dr Jaime Ignacio y el Dr*

*Jairo Ramirez (sic) dicen que (sic) el (sic) paciente no tiene derecho agregando además que (sic) como es de Seccional Valle entonces esta debe ser remitida hacia la ciudad de Cali. El día 9 el Sr en horas de la (sic) tarde llama al Dr Carlos Llano Fundación Valle del Lili y este le dice organice papeles, diagnostico (sic) del médico y organice traslado de el (sic) paciente en ambulancia...*

*10 de diciembre /96*

*El patron (sic) del sr Hernan (sic) Rios (sic) me llama en horas de la (sic) mañana y me dice que (sic) trae todo listo que (sic) me vuelve a llamar.*

*Como a las 9:00 Am llama y me pregunta que (sic) si (sic) paciente ha fallecido. Se confirma la noticia pues el (sic) pte había acabado de morir” (fl.11 ambas caras c3).*

- Hoja de evolución de los días 6 al 9 de diciembre donde se consignó la valoración por nefrología (fl.13 ambas caras c3).
  - Ordenes médicas de 5 y 9 de diciembre de 1996 (fls.14 y 15 c3).
  - Resultados y reportes de exámenes de laboratorio (fls.18 a 33 c3).
  - Hoja de evolución de 10 de diciembre de 1996 en el que se da cuenta que a las 8:30 am la paciente presentó paro cardiorespiratorio (fl.38 c3).
  - Notas de enfermería del 27 de noviembre de 1995 en la que se dejó consignado que ese día la señora Serna ingresó con orden de hospitalización del doctor Hugo Sánchez (fl.67 c3).
- Obra oficio 214116 de 12 de abril de 2000 de la Coordinación Auditoría Médica, Calidad y Vigilancia Epidemiológica en el que se consignó que por la muerte de la paciente no se encontró registro alguno de investigación administrativa o disciplinaria, pero “... si consta en los archivos de la entidad las razones por las que no se aplicó hemodiálisis a la señora Serna Garcés” (fl.20 c2).
- Testimonio rendido por Ricardo Durán García, en el que manifestó:

*“La señora Luz Aleyda Serna Garcés (sic) la conocí (sic) por su vinculo (sic) como esposa del señor HERNAN DE JESUS RIOS, trabajador de la empresa... INELMA LTDA, de cuya empresa soy el jefe del departamento de recursos Humanos de esta forma doy fe de que la señora Luz Aleyda Serna Garcés (sic) fue la compañera y esposa de nuestro trabajador Hernan de Jesús Rios... PREGUNTADO. Dígame al Juzgado su (sic) Usted tuvo conocimiento (sic) del estado (sic) de salud de la señora Luz Aleyda Serna durante los cinco años que usted manifiesta haberla conocido. CONTESTO. Conocí muy de cerca la evolución de su enfermedad y la falta de tratamiento adecuado presentado por el Instituto del Seguro Social, la señora Luz Aleyda, al momento de conocerla pues era ir y venir de una clínica (sic) para otra, investigandole (sic) una enfermedad que decían (sic) inicialmente que eran tumores hipertensión, diabetes sin prestar el tratamiento adecuado a ninguna de estas enfermedades. PREGUNTADO. Tuvo Usted conocimiento cuando la señora Luz Aleyda Serna fue trasladada a la clínica (sic) del Seguro Social de la ciudad de Pereira. CONTESTO. Fui informado por el señor Hernan Rios, que su señora se encontraba hospitalizada en la Clínica (sic) de Pereira y que tenía dificultad para que le realizaran un tratamiento o, (sic) me traslade a Pereira con el fin*

de colaborarle y me encuentre (sic) con que a la señora Luz Aleyda no le realizaban el tratamiento aduciendo que el trabajador no llevaba la (sic) semanas cotizadas para un tratamiento especializado, demostré con autoliquidaciones y formulario de ingreso a la empresa que si (sic) poseíamos (sic) dicho requerimiento luego le encuentro conque (sic) la clinica (sic) Pio (sic) XII de Pereira me informa que si tiene las semanas cotizadas pero que el tratamiento lo debe realizar un medico (sic) externo con el cual no existe contrato o mejor presupuesto para realizar dichas labores medicas (sic), dejando que esta señora no se le asista medicamente (sic) para lo que ella requería que era una hemodialisis (sic). PREGUNTADO. Recuerda Usted (sic), por cuantas oportunidades se trasladó a la ciudad de Pereira y más concretamente a la Clinica (sic) Pio (sic) XII del Seguro Social para (sic) tratar el asunto de la señora Luz Aleyda Serna. CONTESTO. Fueron innumerables las oportunidades que visité las oficinas administrativas del Instituto en una oportunidad me dirigí al Departamento Jurídico y les (sic) expuse al abogado mi situación y la única solución (sic) que medió (sic) o mejor respuesta a mi solicitud fue una carta donde me explicaba que no existía presupuesto para (sic) realizar dicho tratamiento. PREGUNTADO. Recuerda Usted (sic) cuantos (sic) días (sic) estuvo la señora (sic) Luz Aleyda Serna internada en la clinica (sic) Pio (sic) XII, del Instituto de los Seguros Sociales de Pereira, para finales del año de 1996, sin el tratamiento medico (sic) (hemodialisis –sic-) para controlar (sic) su insuficiencia renal. CONTESTO. Fueron (sic) aproximadamente cinco días... PREGUNTADO. A raíz (sic) de la muerte de la señora Luz Aleyda Serna Garcés, su esposo y sus hijos, aclaro si le consta o sabe los padecimientos morales que han tenido el esposo y los hijos a raíz (sic) del fallecimiento (sic) de la señora Luz Aleyda Serna. CONTESTO. Es obvio que con la pérdida (sic) de la esposa y madre hubo un desmembramiento del grupo familiar ya que sus hijos se fueron a vivir con los padres de Luz Aleyda a raíz (sic) de su muerte y esto ha afectado a los jóvenes (sic) y a su esposo, conozco de cerca el desenlace que conllevó la muerte” (fls.27 ambas caras y 28 c3).

- Dictamen pericial rendido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Dirección Regional Occidente, Sección Clínica Forense y entregado el 11 de julio de 2000 en el que se absolvió el siguiente cuestionario:

“PREGUNTA 1: “Si la causa del fallecimiento de la señora Luz Aleyda Serna fue la falta de hemodiálisis o si hubo otras causas”

RESPUESTA: Teniendo en cuenta la evolución del cuadro clínico de la paciente registrado en la historia clínica, el fallecimiento de la señora Luz Aleyda Serna está relacionado con un conjunto de causas. Se trataba de una paciente hipertensa, con enfermedad coronaria e insuficiencias cardíaca y renal. Su muerte sobrevino presentando un episodio de dificultad respiratoria y estertores pulmonares a la auscultación (sic) con ingurgitación yugular, hallazgos que se relacionan con descompensación de su insuficiencia cardíaca asociada a probable tromboembolismo pulmonar y/o edema pulmonar agudo. La falta de hemodiálisis, tratamiento indispensable para el manejo de la insuficiencia renal de la paciente no fue la causa exclusiva de la muerte, pero sí contribuyó a la descompensación de la paciente que conllevó a su fallecimiento.

PREGUNTA 2: “Si la paciente requería el tratamiento de hemodiálisis y si era apta para que se le practicara el mismo”.

*RESPUESTA: La paciente sí requería de hemodiálisis y era apta para que se le practicara dicho procedimiento. El tratamiento fue ordenado por médico especialista en Nefrología, previa evaluación de la paciente.*

*PREGUNTA 3: “Cual (sic) fue la razón por la que debió remitirse la señora Serna Garces a la Clínica (sic) Pío (sic) XII, qué tratamiento se le estaba aplicando y si este era o no el que la ciencia médica aconsejaba en su caso”.*

*RESPUESTA: La paciente ingresó a la Clínica Pío XII con un cuadro clínico de insuficiencia renal crónica (sic) descompensada. En la Clínica se le inició el tratamiento médico que se aconsejaba para este tipo de casos. Provisionalmente se le realizó diálisis peritoneal durante los primeros siete días de hospitalización, a tiempo que el médico (sic) tratante especialista en Nefrología solicitó autorización al ISS para realizar hemodiálisis, procedimiento indispensable para el manejo de la paciente. A la señora Serna Garcés se le realizaron todos los tratamientos indicados para el caso, a excepción de la hemodiálisis, que no se realizó.*

*PREGUNTA 4: “Si la razón del deceso de la señora Serna Garces no fue la falta de hemodiálisis, indicará si la ausencia de este tratamiento incidió o no en el resultado final”*

*RESPUESTA: Teniendo en cuenta lo expuesto en la respuesta N° 1, la ausencia de la hemodiálisis sí incidió en el resultado final de la paciente” (fls.36 y 37 c3).*

## **6. Problema jurídico.**

De lo anterior se puede plantear como problema jurídico: determinar si la no práctica del tratamiento de hemodiálisis fue la causa eficiente y adecuada, y fue determinante para producir el desenlace fatal que trajo como consecuencia el fallecimiento de la señora Serna Garcés.

## **7. Daño antijurídico.**

1 La Sala, mediante el análisis de los medios de prueba obrantes en el expediente, considera demostrado el daño consistente en la muerte de la señora Luz Aleyda Serna Garcés, como se demuestra con el registro de defunción (fl.6 c1), lo que produjo la afectación del compañero permanente, sus hijos y sus padres, ya que no estaban obligados a soportar dicha carga, tal como se desprende de lo establecido en el artículo 90 de la Carta Política.

## **8. La imputación de la responsabilidad.**

De conformidad con lo anterior, cabe afirmar que la señora Luz Aleyda Serna Garcés tenía el derecho a recibir un tratamiento completo, eficiente y necesario para su restablecimiento, sin que sea dable afirmar que la circunstancia de que hubiese estado hospitalizada, que se le hubieran practicado alguno de los exámenes ordenados y que se le hubieran suministrado medicamentos, resultaban suficientes para considerar cumplidas las obligaciones que estaban a

cargo de la entidad demandada, porque, se reitera, se omitió la práctica del tratamiento de hemodiálisis ordenado y señalado por el propio servicio de nefrología de la Clínica.

Advierte la Sala, que desde el 29 de noviembre de 1996 se inició “diálisis peritoneal”<sup>29</sup>, tratamiento que según la literatura científica es una de las dos técnicas, junto con la hemodiálisis que se prescribe para tratar a los pacientes que padecen de insuficiencia renal<sup>30</sup>. De acuerdo con la literatura científica que se emplea para la valoración del acercamiento probatorio, la “diálisis peritoneal” tiene como objetivo fundamental,

*“... conseguir la estabilidad clínica y capacitar la mejor recuperación del paciente renal, prolongando su supervivencia hasta alcanzar otros objetivos (trasplante renal) y conservando la membrana peritoneal para diálisis y protección visceral”<sup>31</sup>.*

De acuerdo con la hoja de evolución de 30 de noviembre de 1996, el nefrólogo doctor Prada consideró que la paciente, según su valoración, padecía para ese momento de una “nefropatía diabética avanzada”, por lo que se debía seguir el procedimiento de “diálisis peritoneal” (fl.9 c3). En ese sentido la literatura científica señala,

*“El paciente diabético puede ser tratado con cualquiera de las técnicas de tratamiento renal sustitutivo: hemodiálisis en todas sus modalidades, diálisis peritoneal (diálisis peritoneal continua ambulatoria manual o con cicladora continua o intermitente y trasplante renal”<sup>32</sup>.*

Existiendo dichas técnicas para atender a un paciente que como la señora Serna Garcés presentaba una “nefropatía diabética avanzada”, con la literatura científica se puede advertir,

*“El efecto relativo de la hemodiálisis y la diálisis peritoneal sobre la supervivencia de los pacientes diabéticos no está suficientemente aclarado, al variar los criterios de selección de pacientes de un centro a otro y de un país a otro, y existir diferencias en el conocimiento y utilización de las técnicas de diálisis que influyen de forma determinante en las tasas de supervivencia entre los centros. Esto es especialmente cierto para los pacientes en diálisis peritoneal, en los que el grado de experiencia del centro en el diagnóstico y prevención de las complicaciones tiene una influencia decisiva en el resultado final.*

*Algunos datos recientes del United States Renal Data System sugieren que los pacientes diabéticos tratados con DPAC pueden tener un 19% más de*

---

<sup>29</sup> En la literatura científica se establece que la diálisis peritoneal es en la actualidad el tratamiento sustitutivo de la insuficiencia renal “tanto en su forma transitoria (la única para los pacientes ancianos), con técnicas de diálisis, como en su forma definitiva, con el trasplante renal”. MONTENEGRO, Jesús; COREA-ROTTER, Ricardo; RIELLA, Miguel C. Tratado de diálisis peritoneal. Barcelona, Elsevier, 2009, p.1.

<sup>30</sup> *Ibíd.*, p.1.

<sup>31</sup> AVENDAÑO, L. Hernando (et al). *Nefrología clínica*. 3ª ed. Madrid, Editorial Médica Panamericana, 2008, p.936.

<sup>32</sup> *Ibíd.*, p.425.



*mortalidad que los pacientes en hemodiálisis. Sin embargo, en un estudio prospectivo con 820 pacientes en diálisis peritoneal tenían mayor supervivencia, que podría estar justificada, en parte, por menor comorbilidad y menor sobrecarga de pacientes que necesitaron comenzar la diálisis de forma aguda (derivación tardía al nefrólogo). La elección de la modalidad de tratamiento dialítico debe realizarse en función de las necesidades y habilidades del paciente, de sus problemas médicos y de las características logísticas y económicas”<sup>33</sup>.*

A lo que se agrega, que la hemodiálisis cuando se trata de nefropatía diabética (avanzada para la señora Serna Garcés) es,

*“... la técnica más difundida de tratamiento en los pacientes diabéticos. En la actualidad, gracias al avance tecnológico de los monitores de diálisis, que facilitan un adecuado control hemodinámico, y la generalización del bicarbonato como tampón, han mejorado los resultados de este tratamiento en los pacientes diabéticos”<sup>34</sup>.*

Como puede verse, si bien la entidad demandada ofreció a la señora Serna Garcés los servicios derivados de su hospitalización desde el 30 de noviembre y hasta el 10 de diciembre de 1996 (fecha en la que falleció), es necesario determinar si dicha prestación fue completa, integral, continuada y adecuada para la dolencia identificada por el médico nefrólogo, esto es, para la “nefropatía diabética avanzada”, o por la insuficiencia renal, y de qué manera el trámite administrativo que debía cumplirse fue también determinante, por razón del tiempo que transcurrió entre el 3 y el 10 de diciembre de 1996.

En ese sentido, el 3 de diciembre el nefrólogo doctor Prada solicitó a la trabajadora social de la Clínica de la entidad demandada que indagará si la paciente tenía el derecho a recibir el tratamiento de diálisis, lo que llevó a exigirse una serie de documentos y a un trámite dilatado que no permitió suministrarle la hemodiálisis, por el contrario se determinó que la paciente no tenía el derecho a este tipo de tratamiento, y que cómo se trataba de una paciente que estaba a cargo de la Seccional del Valle, debía ser remitida a Cali (fl.11 c3).

El hecho de no suministrarse la hemodiálisis quedó demostrado en lo afirmado en el oficio 214116 de 12 de abril de 2000, de la Coordinadora Auditoría Médica de Calidad y Vigilancia Epidemiológica de la entidad demandada en el que se dijo que “si consta en los archivos de la entidad las razones por las que no se aplicó hemodiálisis a la señora Serna Garcés” (fl.20 c2), pese a no determinarse las

---

<sup>33</sup> AVENDAÑO, L. Hernando (et al). *Nefrología clínica.*, ob., cit., p.425.

<sup>34</sup> *Ibíd.*, p.425.

mismas dentro del proceso, en lo consignado en el oficio del Director Jurídico de la entidad demandada y en el dictamen médico legal rendido.

El análisis probatorio, hasta aquí, permite a la Sala establecer que la prestación del servicio no fue completa y continuada, y se vio interrumpida en el momento en el que el cuadro clínico de la paciente exigía la realización del tratamiento de hemodiálisis como procedimiento que era indispensable para el manejo de las condiciones de salud que presentaba la paciente, tal como se diagnosticó por el médico nefrólogo y en el propio dictamen médico legal rendido, lo que razonable y proporcionalmente habría permitido administrar las circunstancias que agravaban el estado de salud de la paciente, y 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 del agravamiento de las condiciones de salud, del cuadro clínico y a su posterior fallecimiento.

No es aceptable formular como hipótesis, señalada por la demandada, que en cualquier caso en atención a las circunstancias y condiciones médicas el deceso de la paciente se iba a producir, porque sería tanto como aceptar que la prestación del servicio médico queda sujeta a si el (o la) paciente se encuentra en grave riesgo de muerte o no, lo que es, sin duda, absolutamente censurable ya que no se puede condicionar la protección del derecho a la salud, y la prestación del servicio a la indefectibilidad o no de la sucesión de la muerte como resultado irreversible.

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 práctica del tratamiento de hemodiálisis representó una prestación ineficiente del servicio médico al que estaba llamada a ofrecer.

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 la paciente, como fue su fallecimiento<sup>35</sup>.

Sin duda, el no practicarse el tratamiento de hemodiálisis para el momento preciso en el que se desencadenó el cuadro clínico de agravamiento de la salud de la paciente implica una ruptura de la continuidad que se exigía, estableciéndose como la causa determinante y que permite atribuir jurídicamente la responsabilidad por la falla derivada de la dilación generada en el trámite administrativo al que se sometió a la paciente para poder definir si procedía la práctica o no del mencionado tratamiento.

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

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 servicio-, 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 la señora Serna Gárces, a pesar del lastimoso desenlace de su deceso; 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 el tratamiento de hemodiálisis no realizado si fue determinante para el agravamiento de la salud de la paciente, lo que tuvo como desenlace su fallecimiento.

Debe tenerse en cuenta que el servicio médico debe prestarse, en atención a la garantía constitucional del derecho a la salud, de manera diligente, lo que implica emplear todos los medios humanos, técnicos, científicos, diagnósticos, procedimentales, farmacéuticos, etc., que se correspondan con la atención que merece todo ciudadano, si se quiere que dicha prestación se corresponda con la tutela efectiva de la dignidad de la persona.

---

<sup>35</sup> Corte Constitucional, sentencia T-104 de 2010.

Y se hace más sustancial, cuando el paciente advierte la existencia de una enfermedad (crónica o catastrófica) se debe considerar a este como una persona en situación de dependencia y sumisión, que no tiene alternativa de elegir, ni de exigir, sino que está sujeto y debe confiar en las decisiones médicas que se tome por los especialistas y las instituciones encargadas de su atención médica<sup>36</sup>.

Lo anterior, sin duda, reafirma el concepto según el cual el acto médico es complejo, lo que significa que este como tal comienza con el diagnóstico y se extiende, en un iter continuado, dependiendo la situación, estado y condiciones que presente cada paciente en su estado de salud, y frente a lo que pueda demandar o necesitar. En nuestro caso, está claro que el servicio médico prestado a la señora Serna Garcés no se agotaba en la atención que se prestó en las oportunidades en las que acudió a los servicios médicos, ni en aquella suministrada cuando fue internada a finales de noviembre de 1996, sino que se extendía, teniendo en cuenta su enfermedad avanzada (nefropatía avanzada) hasta la realización de los tratamientos y/o procedimientos que la propia literatura científica establece como necesarios o indispensables a aplicar.

Ahora bien, al análisis probatorio debe incorporarse la valoración del dictamen pericial rendido por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, con el que se busca despejar si cabe afirmar como causa determinante del fallecimiento de la señora Serna Gárces la no realización del tratamiento de hemodiálisis, o si se en su caso se produjo una concurrencia de causas.

En primer lugar, se consideró en el dictamen que la “falta de hemodiálisis, tratamiento indispensable para el manejo de la insuficiencia renal de la paciente no fue la causa exclusiva de la muerte, pero si contribuyó a la descompensación de la paciente que conllevó a su fallecimiento” (fl.36 c3).

En segundo lugar, el tratamiento si era requerido por la señora Serna Gárces, cumplía con las condiciones para practicárselo y fue ordenado por médico nefrólogo (fl.36 c3).

En tercer lugar, el cuadro clínico que presentó la señora Serna Gárces al momento de ingresar a la Clínica Pío XII era el de “insuficiencia renal descompensada”, la que fue tratada inicialmente realizándose “diálisis peritoneal durante los primeros siete días de hospitalización”, ordenándose por el médico nefrólogo que la trataba

---

<sup>36</sup> Sentencia de 31 de octubre de 2001, Exp.13008.

continuar su manejo mediante la realización del tratamiento de hemodiálisis que nunca se llevó a cabo (fl.37 c3).

Finalmente, en el dictamen se llegó a la conclusión según la cual el hecho de no haberse realizado el tratamiento de hemodiálisis tuvo incidencia en el fallecimiento de la paciente (fl.37 c3).

Para la Sala el anterior acervo probatorio obrante en el plenario es demostrativo de que la occisa, Aleyda Serna Garcés, padecía graves afecciones en su salud: insuficiencia renal crónica (nefropatía avanzada), que hicieron necesaria su constante atención por parte de médicos especializados en nefrología del Instituto de los Seguros Sociales, incluyéndose la práctica de múltiples procedimientos diagnósticos y la realización de diálisis peritoneales, por lo cual debió permanecer varios días hospitalizada en distintas oportunidades entre el 30 de noviembre y el 10 de diciembre de 1996 en la Clínica Pío XII de Pereira, en la cual, según las pruebas analizadas, le fue brindada al paciente toda la atención que requirió, desde el diagnóstico de la insuficiencia renal, hasta la práctica de los procedimientos indicados por la *lex artis* para el grado de evolución de la misma, de lo que se pudo constatar, con el material probatorio, que sus condiciones de salud fueron empeorando con el paso del tiempo, por lo que se requirió la práctica del tratamiento de hemodiálisis, situación que se evidenció en la última hospitalización a la que se tuvo que someter luego de sufrir diferentes dolencias.

Resulta determinante para la Sala, que la entidad demandada haya dilatado injustificadamente en el tiempo la realización del tratamiento de hemodiálisis a la paciente, aduciendo que no se cumplían las semanas cotizadas, que no era de competencia del centro médico, sino que debía remitirse a otra ciudad (Cali) y, que existían problemas presupuestales que impedían sufragar los costes del mismo. En cuanto a los problemas presupuestales, el precedente jurisprudencial constitucional señala:

*"se reiteró que las EPS no pueden sustraerse al cumplimiento de sus obligaciones, so pretexto de no disponer de los recursos presupuestales necesarios para ello, pues la atención de los derechos a la salud y la vida no dan espera y no es justo someter a sus beneficiarios a dilaciones que no les corresponde asumir y que no les son imputables"*<sup>37</sup>.

A lo que se agrega por el mismo precedente,

---

<sup>37</sup> Corte Constitucional, sentencia T-366 de 1999. Precedente que ha tenido continuidad en la sentencia T-1063 de 2002.

*“Es de anotar, como se dijo en la parte motiva de esta sentencia, que las discusiones que surjan en el seno de las entidades responsables del servicio de salud, sobre funcionarios responsables de la demora, o en temas relacionados con el porcentaje de participación en los gastos de tratamiento que a cada una le corresponde, o sobre cualquier otro aspecto de carácter operativo, no puede obstaculizar la prestación del servicio público de salud a quienes lo reclaman, en este caso en concreto a la actora, pues la protección de este derecho está por encima de los intereses económicos de aquellas”<sup>38</sup>.*

En tanto que frente a la dilatación de la práctica de un tratamiento médico el precedente jurisprudencial constitucional señala,

*“Los pacientes no pueden ver obstaculizado o impedido su tratamiento médico, por razón de los trámites internos adelantados por las entidades de salud. Estos procedimientos burocráticos deben ser ajenos a la prestación misma del servicio y, por tanto, no deben afectar la protección ofrecida por el Estado en esta materia. Además, quien presta un servicio de salud no debe efectuar acto alguno que pueda comprometer la continuidad del servicio y en consecuencia la eficiencia del mismo. Es obligación primordial, tanto de las entidades estatales como de los particulares que participen en la prestación del servicio público de salud, garantizar su continuidad y eficiencia”<sup>39</sup>.*

En su testimonio, el señor Ricardo Durán García manifestó que cuando acudió a la clínica tuvo conocimiento que el tratamiento que requería la señora Serna Gárces no podía realizarse, ya que el esposo, como trabajador, no contaba con las semanas cotizadas requeridas, pese a lo que informó que sí se cumplía dicho requisito. Así mismo, expresó que se informó desde la clínica que si bien se acreditaron las semanas cotizadas, dicho tratamiento no podía ser realizado en dicho centro hospitalario, sino que debía realizarlo un médico externo “con el cual no existe contrato o mejor presupuesto para realizar dichas labores medicas (sic)”. De lo manifestado en esta declaración, se ratificó lo relativo a las semanas cotizadas como requisito y que no había presupuesto para realizar el tratamiento, como se desprende la constancia expedida por el Director Jurídico Seccional del Seguro Social de Risaralda, quien aseguró que a la paciente no se le pudo atender “por carencia de presupuesto” en el año de 1996 (fl.9 c1).

Ese agravamiento, en criterio de la Sala, hacía imperativa la práctica de un tratamiento que como la hemodiálisis para el cuadro clínico que presentaba la señora Serna Gárces no permitía someter a esta a un trámite administrativo, cuando dicho tratamiento tenía que hacerse inmediatamente y a cualquier costo por estar pendiendo de ella la vida del paciente, lo que no daba tiempo a resolver un trámite, ni a que se surtiera la remisión a la ciudad de Cali.

---

<sup>38</sup> Corte Constitucional, sentencia T-1063 de 2002.

<sup>39</sup> Corte Constitucional, sentencia T-395 de 1998. Precedente que ha tenido continuidad en la sentencia T-1063 de 2002.

Esta opción no fue la escogida por la entidad hospitalaria en la cual fue atendida, con el fin de poner al paciente en las mejores condiciones posibles para evitar riesgos innecesarios durante su hospitalización.

En este punto, la Sala considera necesario reiterar que la prueba del mero contacto físico de la paciente con las entidades y empleados médico asistenciales no basta para imputarles responsabilidad por su agravamiento o deceso, sino que es necesario establecer que efectivamente fue una actuación u omisión concreta de aquellos la que originó el resultado dañoso, el cual sin mediar la misma, no se habría producido

A lo que se agrega, conforme al precedente de la jurisprudencia constitucional:

“Respecto de este elemento del derecho a la salud, dijo la Corte Constitucional:

*“En la medida en que las personas tienen derecho a que se les garantice el tratamiento de salud que requieran, integralmente, en especial si se trata de una enfermedad ‘catastrófica’ o si están comprometidas la vida o la integridad personal, las entidades territoriales no pueden dividir y fraccionar los servicios de salud requeridos por las personas.”<sup>40</sup>*

-Debe ser oportuno:

*“La jurisprudencia constitucional ha garantizado el derecho a acceder a los servicios de salud, libre de obstáculos burocráticos y administrativos. Así, por ejemplo, cuando por razones de carácter administrativo diferentes a las razonables de una administración diligente, una EPS demora un tratamiento médico al cual la persona tiene derecho, viola el derecho a la salud de ésta.<sup>41</sup> Los trámites burocráticos y administrativos que demoran irrazonablemente el acceso a un servicio de salud al que tienen derecho, y respetan el derecho de salud de las personas.”<sup>42</sup>*

Después de examinar los medios de prueba allegados al expediente, la Sala confirmará la decisión apelada en la que se declaró la responsabilidad patrimonial del Instituto de los Seguros Sociales.

## **9. Indemnización de perjuicios**

### **9.1. Perjuicios morales.**

---

<sup>40</sup> Sentencia T- 760 del 31 de julio de 2008.

<sup>41</sup> Corte Constitucional, sentencia T- 635 de 2001 (MP Manuel José Cepeda Espinosa) La accionante, quién padecía una enfermedad catastrófica, no había podido acceder al servicio de salud ordenado por su médico tratante. No se impartió orden alguna por ser un hecho superado, esa sentencia ha sido reiterada, entre otras, en las sentencias T- 614 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Linett), T- 881 de 2003 (MP Rodrigo Escobar Gil), T- 1111 de 2003 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T- 258 de 2004 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T- 566 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa)

<sup>42</sup> Sentencia T- 760 del 31 de julio de 2008.

En la sentencia del Tribunal se condenó a la entidad demandada a pagar a cada uno de los actores, Hernán de Jesús Ríos (compañero permanente); Jhonatan Ríos Serna y Abdenago Ríos Serna (hijos); Libardo Antonio Serna Ramírez y Blanca Cecilia Garcés de Serna (padres) la suma de mil (1000) gramos de oro, que será ajustado a los criterios que la Sala maneja para su tasación en salarios mínimos legales vigentes.

Conforme a lo expresado en sentencia del seis de septiembre de 2001, esta Sala ha abandonado el criterio según el cual se consideraba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980, para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicio moral; ha precisado, por el contrario, que la valoración de dicho perjuicio debe ser hecha por el juzgador en cada caso según su prudente juicio, y ha sugerido la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado.

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 apuntalarse 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 el presente caso, se decretarán perjuicios morales tasados en salarios mínimos legales mensuales en la siguiente forma:



Hernán de Jesús Ríos (compañero)	100 smlmv
Jhonatan Ríos Serna (hijo)	100 smlmv
Abdenago Ríos Serna (hijo)	100 smlmv
Libardo Antonio Serna Ramírez (padre)	100 smlmv
Blanca Cecilia Garcés de Serna	100 smlmv

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

**PRIMERO. MODIFIQUESE** la sentencia recurrida, esto es, la dictada por el Tribunal Administrativo del 23 de febrero de 2001, la cual quedará así:

- “1. No prospera la excepción de caducidad planteada.*
- 2. Declarar administrativa y patrimonialmente responsable al Instituto de los Seguros Sociales de la muerte de la señora Luz Aleyda Serna Garcés, ocurrida el 10 de diciembre de 1996.*
- 3. Como consecuencia de la anterior declaración se condena en concreto a la entidad demandada a pagar por concepto de perjuicios morales, suma equivalente a cien (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes para cada uno de los actores, Hernán de Jesús Ríos (compañero permanente); Jhonatan Ríos Serna y Abdenago Ríos Serna (hijos); Libardo Antonio Serna Ramírez y Blanca Cecilia Garcés de Serna (padres)”*

**SEGUNDO.** 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.

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

**CUARTO.** Ejecutoriada esta providencia, DEVUELVASE el expediente al tribunal de origen”

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE

**ENRIQUE GIL BOTERO**  
Presidente

**OLGA VALLE DE DE LA HOZ**  
Magistrada

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**  
**Magistrado**

**ACLARACION DE VOTO DEL DR. ENRIQUE GIL BOTERO**

**RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Imputación fáctica y jurídica**

No puedo sino manifestar mi sorpresa ante la decisión concreta, ya que, no sólo implica una contradicción interna entre lo establecido en el proceso y lo resuelto, sino que, de igual forma, se lleva de tajo toda la construcción teórica que la posición mayoritaria ha formulado desde el año 2006, en torno a la exigencia ineluctable que le asiste a la parte actora en los procesos de responsabilidad médico - hospitalaria de acreditar todos los elementos de la responsabilidad, esto es: i) el daño y ii) la imputación, entendida esta última en sus dos vertientes, es decir, la fáctica o material y la jurídica o de fundamento. Desde el año 2006 la postura mayoritaria ha reiterado la existencia del *onus probandi*, en asuntos de responsabilidad médica, a cargo de la parte actora, de conformidad con la regla probatoria contenida en el artículo 177 del C.P.C. En esa medida, no deja de ser sorprendente y paradójico que la Sección defienda una postura rígida a cargo de los demandantes en este tipo de procesos y, sin embargo, en el caso *sub examine* aplique un sistema absolutamente laxo y flexible, en donde, por lo demás, se desconocen los principios básicos del derecho de daños, esto es, que sólo se debe responder por los daños que sean imputables, es decir, que sean producto de la acción u omisión del demandado.

**RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Falla en la prestación del servicio médico. Relatividad de la falla**

De otro lado, en el asunto sub lite, no sólo se adoptó la decisión sin tener en cuenta la imputación fáctica o mal llamado nexo causal, sino que, de igual forma se omitió el estudio de la falla del servicio, ya que a efectos de declarar la responsabilidad patrimonial del Estado era imperativo definir por qué el supuesto abandono de la paciente fue constitutivo de una falla del servicio, como quiera que esta circunstancia se plantea en la providencia en los términos de una irregularidad mayúscula que por sí misma da origen a la condena, pero no se justificó, con apoyo en los medios de convicción que reposaban en el proceso, la razón para no declarar una falla relativa del servicio. En ese orden de ideas, no puedo sino apartarme del criterio mayoritario frente al contenido y alcance que se le está otorgando al derecho a la salud desde la óptica del derecho de daños, al considerar que cualquier falla del servicio que refleje un funcionamiento inoportuno o ineficiente de la actividad médico - hospitalaria configura un daño en sí mismo que debe ser reparado. Como se aprecia, la falla del servicio no puede ser analizada desde una perspectiva ideal, crítica o abstracta del funcionamiento del servicio, sino que debe ser estudiada desde un ámbito real que consulte las circunstancias de tiempo, modo, lugar y capacidad administrativa de la administración pública a al momento de producción del daño. Sin hesitación alguna, si en el caso concreto se hubiera abordado ese específico análisis, al margen de lo desafortunado que significa para un Estado y una sociedad que sus niños y niñas mueran sin ser atendidos por el servicio médico, la Sala habría llegado a una conclusión disímil a la contenida en el fallo.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**SUBSECCION C**

**Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

Bogotá D.C., Trece (13) de Abril de dos mil once (2011)

**Radicación: 66001-23-31-000-1998-00626-01(20220)**

**Actor: HERNAN DE JESUS RIOS Y OTROS**

**Demandado: INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES - SECCIONAL PEREIRA**

**Referencia: ACLARACION DE VOTO**

Con el acostumbrado respeto, procedo a señalar los motivos por los cuales, si bien comparto la decisión adoptada el 13 de abril del año en curso, aclaro mi voto en relación con un aspecto de la parte motiva del proveído.

**1. Contenido y alcance de la decisión materia de aclaración de voto**

En el caso concreto se reiteró, a modo de *obiter dictum*, un criterio jurisprudencial según el cual cualquier falla del servicio médico asistencial constituye un daño en sí mismo que debe ser reparado en sede de la responsabilidad patrimonial el Estado.

En efecto, compartí la decisión de fondo porque se constató la imputación fáctica y jurídica del daño en cabeza de la administración pública, como quiera que la muerte se relacionó de manera directa con la omisión en la adopción de un tratamiento para ayudar estabilizar la condición general de salud del paciente.

No obstante, se itera, discrepo de algunos apartes de la motivación que se desarrollaron a lo largo del fallo y que tienden a avalar un criterio o línea jurisprudencial que, de consolidarse, distorsiona el esquema de la responsabilidad patrimonial y la necesaria relación fáctica que es imprescindible entre el daño alegado en la demanda y la falla o fallas del servicio acreditadas en el proceso.

**2. Fundamentos de la aclaración**

Sobre el particular reitero, como lo he venido haciendo de forma sistemática, las razones contenidas en el salvamento de voto elaborado frente a la providencia del 18 de febrero de 2010, expediente No. 17.866 y en la aclaración de voto del 2 de febrero de 2011, expediente No. 17547, oportunidades en las que se insistió en los siguientes argumentos:

2.1. No puedo sino manifestar mi sorpresa ante la decisión concreta, ya que, no sólo implica una contradicción interna entre lo establecido en el proceso y lo resuelto, sino que, de igual forma, se lleva de tajo toda la construcción teórica que la posición mayoritaria ha formulado desde el año 2006, en torno a la exigencia ineluctable que le asiste a la parte actora en los procesos de responsabilidad médico - hospitalaria de acreditar todos los elementos de la responsabilidad, esto es: i) el daño y ii) la imputación, entendida esta última en sus dos vertientes, es decir, la fáctica o material y la jurídica o de fundamento.

Desde el año 2006 la postura mayoritaria ha reiterado la existencia del *onus probandi*, en asuntos de responsabilidad médica, a cargo de la parte actora, de conformidad con la regla probatoria contenida en el artículo 177 del C.P.C. En esa medida, no deja de ser sorprendente y paradójico que la Sección defienda una postura rígida a cargo de los demandantes en este tipo de procesos y, sin embargo, en el caso *sub examine* aplique un sistema absolutamente laxo y flexible, en donde, por lo demás, se desconocen los principios básicos del derecho de daños, esto es, que sólo se debe responder por los daños que sean imputables, es decir, que sean producto de la acción u omisión del demandado.

2.2. En efecto, en la sentencia de 31 de agosto de 2006, exp. 15772 se puntualizó:

“Por eso, de manera reciente la Sala ha recogido las reglas jurisprudenciales anteriores, es decir, las de presunción de falla médica, o de la distribución de las cargas probatorias de acuerdo con el juicio sobre la mejor posibilidad de su aporte, para acoger la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, para lo cual se puede echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño. Se acoge dicho criterio porque además de ajustarse a la normatividad vigente (art. 90 de la Constitución y 177 del Código de Procedimiento Civil), resulta más equitativa. La presunción de la falla del servicio margina del debate probatorio asuntos muy relevantes, como el de la distinción entre los hechos que pueden calificarse como omisiones, retardos o deficiencias y los que constituyen efectos de la misma enfermedad que sufra el paciente. La presunción traslada al Estado la carga de desvirtuar una presunción

que falló, en una materia tan compleja, donde el alea constituye un factor inevitable y donde el paso del tiempo y las condiciones de masa (impersonales) en las que se presta el servicio en las instituciones públicas hacen muy compleja la demostración de todos los actos en los que éste se materializa.”<sup>43</sup>

Tesis reiterada en el auto del 22 de mayo de 2008, expediente No. 26427, oportunidad en la que se sostuvo:

“De manera reciente la Sala ha recogido las tesis de la presunción de falla médica, o de la distribución de las cargas probatorias de acuerdo con el juicio sobre la mejor posibilidad de su aporte, para acoger la regla general que señala que **en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran**, para lo cual se puede echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño. **En cuanto a la prueba del vínculo causal, de manera reciente se precisó la necesidad de demostrar el vínculo causal entre el daño y la actuación médica, que haga posible imputar a la entidad que prestó el servicio, el daño por el cual se demanda indemnización, el cual puede ser acreditado de manera indirecta, mediante indicios.**”<sup>44</sup> (negritas y subrayado adicionales).

2.3. Así las cosas, considero que los argumentos contenidos en la providencia prohíjan un sistema de presunción de responsabilidad, en el que, la parte actora se limita a acreditar el daño antijurídico padecido, pero no estableció la imputación fáctica ni jurídica respecto del mismo.

En otros términos, la responsabilidad patrimonial del Estado no opera de manera automática ante la constatación o verificación de que existió o pudo configurarse una falla del servicio, es indefectible además que exista un daño que haya sido originado en el comportamiento de la entidad a la cual se le imputa el mismo.

Por consiguiente, si bien es deplorable y lamentable que las personas en Colombia mueran sin haber recibido atención médica, ello no supone que por ese sólo hecho deba declararse la responsabilidad del Estado; es necesario, para esos efectos, que se haya constatado la existencia de un daño que no se estaba en el deber de soportar y, consecuentemente, que esa lesión o afectación negativa del *statu quo*, haya sido originado material y jurídicamente por el demandado. Una circunstancia contraria podría configurar eventualmente una irregularidad y, por lo

---

<sup>43</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de agosto de 2006, exp. 15772, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>44</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 22 de mayo de 2008, exp. 26427, M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Con aclaración de voto del Consejero de Estado Enrique Gil Botero.

tanto, serían procedentes medidas de tipo administrativo o disciplinario, entre otras, pero no daría lugar a la responsabilidad patrimonial, ya que ésta presupone que el daño sea producto de la acción u omisión de la demandada, lo que implicaba, en el caso concreto, acreditar que fue la falta de atención oportuna e injustificada del servicio médico lo que desencadenó el deceso de la señora Salazar Agudelo, circunstancia que no quedó demostrada en el proceso.

Y, si bien, como Consejero de Estado he defendido la necesidad de formular o acoger un sistema de aligeramiento probatorio de la falla del servicio médico - sanitario, en aras de facilitar la difícil tarea a que se somete al paciente o sus familiares, quienes por cierto, en la mayoría de eventos, no poseen los conocimientos técnicos o científicos relacionados con los procedimientos aplicables, y más aún en aquellos casos en los que el paciente al momento de sufrir el daño se encontraba en estado de inconsciencia, lo cierto es que no puedo prohiar una teoría que desconozca los fundamentos filosóficos y conceptuales de la responsabilidad extracontractual, y que decrete condenas patrimoniales contra el Estado sin estar acreditada la imputación fáctica del daño. Este tipo de planteamientos ni siquiera se asemejan a la responsabilidad de tipo objetiva, sino que conllevan una *presunción de responsabilidad*<sup>45</sup>, en donde al demandante le bastaría delimitar la prueba del daño.

Sobre el particular, en relevantes pronunciamientos la Sección señaló:

“Recuérdese que si bien esta Corporación, en procura de aligerar la carga probatoria de las víctimas que resultan dañadas dentro del giro ordinario de la prestación de los servicios de salud, ha aceptado la aplicación de la tesis de la carga dinámica de la prueba, o en otros términos, de la presunción de falla, ello no puede comportar una presunción de causalidad, toda vez que dicho elemento estructural de la responsabilidad patrimonial ha de resultar debidamente acreditado a instancias del actor, entendido éste como el nexo o vínculo que permite deducir o imputar el resultado dañino a la conducta activa u omisiva del demandado.

“(...) Aquí es necesario tener en cuenta que la mera participación o contacto que haya tenido el profesional de la medicina o el centro

---

<sup>45</sup> Acerca de la impertinencia de este concepto, esta Corporación precisó: “Sea ésta la oportunidad para aclarar que no existe, en ningún caso, la llamada “presunción de responsabilidad”, expresión que resulta desafortunada, en la medida en que sugiere la presunción de todos los elementos que permiten configurar la obligación de indemnizar. Es claro, en efecto, que, salvo en contadas excepciones, generalmente previstas en la ley, en relación con el daño, siempre se requiere su demostración, además de la del hecho dañoso y la relación de causalidad existente entre uno y otro. El régimen así denominado por esta Corporación en varias oportunidades tenía, sin duda, todas las características del régimen objetivo de responsabilidad, en el que si bien no tiene ninguna injerencia la calificación subjetiva de la conducta -por lo cual no se requiere probar la falla del servicio ni se acepta al demandado como prueba para exonerarse la demostración de que su actuación fue diligente-, **los demás elementos de la responsabilidad permanecen y deben ser acreditados por la parte demandante.** Recae sobre la parte demandada la carga de la prueba de los hechos objetivos que permitan romper el nexo de causalidad, únicos con vocación para exonerarlo de responsabilidad.” (Se destaca). Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de marzo de 2000, exp. 11.401, M.P. Alíer E. Hernández E.

hospitalario para el caso concreto con el paciente o con el resultado, no siempre ha de resultar criterio suficiente para tener acreditada la relación de causalidad reclamada por el instituto de la responsabilidad patrimonial, particularmente dentro de la actividad médica...”<sup>46</sup>

“.....  
.....

“Se observa, conforme a lo anterior, que, tratándose de la relación de causalidad, no se plantea la inversión –ni siquiera eventual– del deber probatorio, que sigue estando, en todos los casos, en cabeza del demandante. No se encuentra razón suficiente para aplicar, en tales situaciones, el citado principio de cargas probatorias dinámicas. Se acepta, sin embargo, que la demostración se realice de manera indiciaria, siempre que, dadas las circunstancias del caso, resulte muy difícil –si no imposible– para el demandante, la prueba directa de los hechos que permiten estructurar ese elemento de la obligación de indemnizar.”<sup>47</sup>

Bajo la anterior perspectiva la administración pública sería responsable inclusive de los daños que son producto del comportamiento de la propia víctima, o del hecho de un tercero o de la fuerza mayor, pues si el perjuicio es imputable al Estado por el sólo hecho de que la persona no recibió atención médica se está negando, de manera absoluta, la posibilidad al demandado de acreditar cualquier eximente de responsabilidad o de que se comportó con la diligencia y cuidado necesarios para enervar la configuración de la falla. En esa medida, la organización estatal no puede ser declarada responsable patrimonialmente por cualquier funcionamiento irregular o anormal de un servicio, ya que se requiere la vinculación de ese comportamiento defectuoso con el daño irrogado, al margen de la existencia de otro tipo de acciones constitucionales u ordinarias encaminadas a que la administración cumpla con sus deberes o actúe de manera prioritaria cuando esté de por medio la amenaza o vulneración de un derecho fundamental del individuo; instrumentos jurídicos que, por regla general, a diferencia de la acción de reparación directa no tienen un fin resarcitorio sino preventivo o prestacional.

2.4. De otro lado, en el asunto *sub lite*, no sólo se adoptó la decisión sin tener en cuenta la imputación fáctica o mal llamado nexo causal, sino que, de igual forma se omitió el estudio de la falla del servicio, ya que a efectos de declarar la responsabilidad patrimonial del Estado era imperativo definir por qué el supuesto abandono de la paciente fue constitutivo de una falla del servicio, como quiera que esta circunstancia se plantea en la providencia en los términos de una irregularidad mayúscula que por sí misma da origen a la condena, pero no se

---

<sup>46</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de noviembre de 1997, exp. 11.701.

<sup>47</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de junio de 2001, exp. 11.901.

justificó, con apoyo en los medios de convicción que reposaban en el proceso, la razón para no declarar una *falla relativa del servicio*<sup>48</sup>, con especial atención al hecho de que el centro asistencial de El Tambo sólo tenía asignado un médico y que éste los días jueves y viernes tenía la obligación de efectuar visitas domiciliarias a otros corregimientos.

“En ese orden de ideas, no puedo sino apartarme del criterio mayoritario frente al contenido y alcance que se le está otorgando al derecho a la salud desde la óptica del derecho de daños, al considerar que cualquier falla del servicio que refleje un funcionamiento inoportuno o ineficiente de la actividad médico - hospitalaria configura un daño en sí mismo que debe ser reparado.

Acerca del contenido y alcance de la falla relativa del servicio, la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado:

“Si esta demostrado, entonces, que la ruptura de la duramadre ocurrida en la intervención quirúrgica practicada a la paciente (que no se considera tampoco causa eficiente del daño), constituye una circunstancia que se presenta con frecuencia en este tipo de intervenciones, tal como lo expusieron los médicos que rindieron declaración en el curso del proceso, su ocurrencia no puede entonces considerarse como producto de una conducta negligente ni determinar una falla en el servicio, sino simplemente como la verificación de un riesgo connatural de este tipo de intervenciones. Y no puede tampoco dejar de señalarse aquí, que la falla del servicio debe entenderse configurada sólo cuando teniendo en cuenta las posibilidades concretas de la atención con las que contaba la administración servicio, este fue prestado inadecuadamente, pues, como lo ha dicho la Sala, la falla del servicio no puede predicarse de un estado ideal sino que debe ser relativa a las circunstancias concretas en que dicho servicio se desarrolla.”<sup>49</sup>

“.....  
.....

“No es el Estado un asegurador general, obligado a reparar todo daño, en toda circunstancia, pues la administración de justicia, debe observar la ley sustantiva, consultar la jurisprudencia e inspirarse en la equidad, para aplicar los principios de derecho y fundamentar las decisiones en las diversas tesis sobre los cuales se edifica y sirve de razón a la imputación del deber reparador. Así en el caso presente la relatividad del servicio debe entenderse en cuanto no era exorbitante

---

<sup>48</sup> El concepto fue esbozado y desarrollado por el profesor Jean Rivero en los siguientes términos: “El juez, para apreciarla [se alude a la falla del servicio], no se refiere a una norma abstracta; para decidir, en cada especie, si hay falta o no, él se pregunta, lo que en ese caso debía esperarse del servicio, teniendo en cuenta de la dificultad más o menos grande de su misión, de las circunstancias de tiempo (períodos de paz, o momentos de crisis), de lugar, de los recursos de que disponía el servicio en personal y en material, etc.

“De ello resulta que la noción de falla del servicio tiene un carácter relativo, pudiendo el mismo hecho, según las circunstancias, ser reputado como culposo o como no culposo.” RIVERO, Jean “Derecho Administrativo”, 1984, traducción de la 9ª edición, Caracas, pág. 304 y 305.

<sup>49</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de abril de 1997, exp. 9467, M.P. Carlos Betancur Jaramillo.



disponer, porque existían elementos materiales y humanos para una misión debida. Se ha dicho que al Estado se le deben exigir los medios que corresponden a su realidad, haciendo caso omiso de las utopías de la concepción ideal del Estado perfecto, omnipotente y omnipresente. A esto se ha llamado la teoría de la relatividad del servicio, a fin de no pedir más de lo posible, pero con la misma lógica debe concluirse que el Estado debe hacer todo cuanto está a su alcance.”<sup>50</sup>

Como se aprecia, la falla del servicio no puede ser analizada desde una perspectiva ideal, crítica o abstracta del funcionamiento del servicio, sino que debe ser estudiada desde un ámbito real que consulte las circunstancias de tiempo, modo, lugar y capacidad administrativa de la administración pública a al momento de producción del daño.

2.5. De otro lado, la postura que amalgama la falla del servicio con el daño antijurídico desconoce, desde la otra orilla, los derechos de defensa y al debido proceso del demandado por alteración de la *causa petendi* –lo que traduce un desconocimiento al principio de congruencia de la sentencia– toda vez que, por ejemplo, si la demanda se estructuró sobre la base de establecer si el deceso de la paciente se produjo por la falta de realización de un procedimiento sobre esos supuestos recaerá el objeto del litigio, razón por la cual deviene inadmisibile que el juez de segunda instancia, al margen del daño antijurídico por el cual se demanda (muerte) y de la relación fáctica entre el comportamiento y esa lesión (nexo causal), determine que la sola ausencia de práctica del procedimiento constituye una falla del servicio por violación al derecho a la salud, lo que, a su vez, configura un daño antijurídico que debe ser reparado.

En esa perspectiva, con la lógica que se defiende en la providencia se altera la estructura propia de la responsabilidad patrimonial, así como la finalidad de la misma, ya que su objetivo no es sancionatorio, sino reparatorio y preventivo.

En consecuencia, si el tema del proceso recae en determinar si la muerte estuvo asociada a una específica falla del servicio (v.gr. necesidad de un cateterismo), resulta paradójico que el juez sorprenda a los sujetos procesales y determine que se impone la reparación de un daño causado por el funcionamiento irregular del servicio médico por la sola razón de que existió una demora en la atención, o que los recursos técnicos eran limitados, o no existía el médico especialista en ese lugar que atendiera al paciente, etc., sin que se constate que fue esa específica circunstancia la que produjo la muerte por la que se demanda.

---

<sup>50</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de febrero de 1996, exp. 9940, Jesús María Carrillo.

Considero que esa línea jurisprudencial refleja una función sancionatoria en cabeza de la responsabilidad que, al menos, el derecho colombiano no ostenta, debido a nuestro sistema de raigambre europeo - continental, pues está proscrito el daño punitivo, es decir, la indemnización vinculada al comportamiento irregular y, por lo tanto, desligada de la magnitud del daño antijurídico.

2.6. Dejo así planteada mi posición, para lo cual reitero el planteamiento que he efectuado de forma sistemática en múltiples salvamentos y aclaraciones de voto, en aras de que la Sala haga un alto en el camino para, en lugar de construir una jurisprudencia de caso, que se presta a contradicciones, adopte un sistema probatorio de principio en materia médico - hospitalaria que sin desconocer o subvertir los fundamentos estructurales de la responsabilidad reconozca el difícil escenario en que se sitúa al paciente y sus familiares a la hora de acreditar la falla del servicio en este tipo de supuestos, como lo hubo en el pasado.

Estoy convencido que una teoría que respete los anteriores parámetros, garantizará decisiones justas, que se acompañen con la realidad de nuestro país, y que, por encima de todo no se amenace el concepto y la naturaleza del derecho de daños<sup>51</sup>.

Atentamente,

**ENRIQUE GIL BOTERO**

*Fecha ut supra*

---

<sup>51</sup> "Todas las teorías son legítimas y ninguna tiene importancia. Lo que importa es lo que se hace con ellas."  
Jorge Luis Borges.