

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Falla del servicio médico. Por desconocimiento de la garantía en la prestación de servicio y la garantía del mayor beneficio para el usuario / FALLA DEL SERVICIO MEDICO - Daño antijurídico. Atención médica tardía cuando paciente ya se encontraba inconsciente / FALLA DEL SERVICIO MEDICO - Adulto mayor, persona de tercera edad. Persona de protección constitucional

Nótese que la misma historia clínica refiere que el paciente fue “traído inmediatamente al seguro” y que fue “mientras se atendía”, es decir durante el tiempo de espera, que presentó la pérdida de la conciencia, cianosis y sudoración, luego de lo cual, y sólo hasta entonces, fue “atendido inmediatamente”. De lo anterior queda claramente evidenciado que la clínica esperó a que el paciente entrara en estado crítico para prestarle el servicio inicial de urgencia, pues, se itera, la atención únicamente tuvo lugar luego de que el paciente sufrió un paro respiratorio.(...) Entonces queda evidenciado el desconocimiento de la garantía de calidad en la prestación del servicio y de la garantía del mayor beneficio para el usuario, así como la omisión en la disminución del riesgo que involucraba el estado de salud del paciente frente a su derecho a la vida, riesgo que no se disminuyó, no se atendió y que al ingreso del paciente a la institución médica ni siquiera se determinó, en tanto la prestación del servicio no se hizo de manera oportuna sino que ella fue completamente tardía y nugatoria de los derechos del paciente.(...) Visto lo anterior, está claro para la Sala que sólo hasta cuando el señor Gildardo Antonio perdió el conocimiento y entró en estado crítico recibió la atención médica requerida, de manera que no bastó la insistencia del paciente ni de sus acompañantes frente a la urgencia del servicio de salud, ni fue suficiente su alarma o su angustia, porque, se itera, el personal médico únicamente reaccionó ante la crisis, situación ésta que no es nueva en nuestro país donde el servicio de salud, lejos de dar cumplimiento a los principios y reglas que rigen su prestación, se acostumbró a actuar solamente cuando evidencia un deterioro extremo en la salud, lo que resulta completamente reprochable y contrario a los deberes de precaución y prevención que desarrollan la adecuada atención médica.(...) En la misma dirección se prevé que en el caso de autos, la demandante, esposa de la víctima, y el testigo presencial de los hechos son coincidentes en afirmar que Gildardo Antonio llevaba aproximadamente media hora solicitando atención médica, que el médico “Dr. Bravo” que se encontraba desocupado, no lo atendió porque la víctima no estaba herida, sin siquiera preocuparse por verificar los síntomas expuestos por el paciente, que como también se observa, no era un paciente común, por el contrario, se trataba de una persona de especiales características, características tales como su diabetes, su hipertensión, su edad de 64 años, factores estos que aumentaban la situación de riesgo en que se encontraba la salud y la vida del paciente, pues, al respecto, no puede perderse de vista que se trataba de un sujeto de especial protección constitucional, en tanto el daño recayó sobre una persona perteneciente a la tercera edad.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA

FALLA DEL SERVICIO MEDICO - Historia clínica: Requisitos / HISTORIA CLINICA - Requisito

Obra en el plenario copia de las notas de enfermería expedida por el Seguro Social Clínica Pio XII, del señor Gildardo Antonio López Ramírez, documento éste que forma parte de la historia clínica y que llama la atención por su ilegibilidad y por la ausencia de la fecha y hora del mismo, es decir, que no cumple con este requisito mínimo de las notas de enfermería. Sin embargo del documento se logra extraer que el paciente ingresa en estado crítico, no se logra su reanimación y

fallece. (...) Sobre este punto no sobra recordar que la Historia Clínica y cada uno de los documentos que la componen son de obligatorio diligenciamiento, en ellos deben registrarse cronológicamente las condiciones de salud del paciente, los actos médicos y los demás procedimientos ejecutados por el equipo de salud que intervienen en su atención.(...) Al efecto, la Resolución 1995 de 1999, citada por la entidad demandada dentro de sus argumentos de defensa y por la cual se establecen normas para el manejo de la Historia Clínica, dispuso que la Historia Clínica debe diligenciarse en forma clara, legible, sin tachones, enmendaduras, intercalaciones, sin dejar espacios en blanco y sin utilizar siglas. Cada anotación debe llevar la fecha y hora en la que se realiza, con el nombre completo y firma del autor de la misma. (...) Situación ésta que en la jurisprudencia de la Sala ha sido valorada como factor de ineficacia en la prestación del servicio médico, entre tanto que se ha considerado que de su elaboración, manejo y comprensión se puede deducir el adecuado o inadecuado manejo de las patologías y de los pacientes.

FUENTE FORMAL: RESOLUCION 1995 DE 1999

NOTA DE RELATORIA: Al respecto puede consultarse la sentencia de 24 de enero de 2011, exp. 17547

DERECHO A LA SALUD - Deber de prestación del servicio a la salud. Atención integral / DERECHO A LA SALUD - Derecho a la atención psicofísica y la recuperación

Al respecto, considera la Sala que los derechos que se protegen mediante la prestación del servicio de salud son, principalmente, el derecho a la vida y a la integridad psicofísica del paciente, así como el mismo derecho a la salud y a su recuperación.(...) En este entendido deben observarse los derechos a la salud y a la recuperación de la salud, que bajo las voces del artículo 49 constitucional se promocionan y protegen mediante la garantía del servicio público de salud, que a su vez resguardan los derechos a la vida y la integridad psicofísica del paciente. Así las cosas, la Sala considera que si bien en el caso de autos se vio afectado el derecho a la vida de Gildardo Antonio López Ramírez, lo cierto es que este, además, tenía derecho a recuperar o restablecer su salud mediante la prestación del servicio, especialmente, del servicio inicial de urgencia.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA - ARTICULO 49

DERECHO A LA SALUD - Definición, concepto, noción

De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo No. 02 de 2009, la atención de la salud es un servicio público a cargo del Estado, a quien le corresponde garantizar a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.(...) Sin embargo, tal como lo ha pregonado insistentemente la Corte Constitucional, la salud no sólo puede considerarse desde la perspectiva de un servicio público sino también, y esta es su mayor caracterización, como un derecho fundamental de los asociados, máxime si se tiene en cuenta que está en íntima conexidad con otros derechos fundamentales como la vida, la dignidad humana y la integridad personal, derechos todos estos que a su vez permiten el ejercicio de otros derechos de la misma estirpe.(...) En cuanto a la caracterización del derecho a la salud como fundamental del ser humano, la Corte constitucional ha dicho: “la jurisprudencia constitucional ha dejado de decir que tutela el derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida y a la integridad personal, para pasar a proteger el derecho ‘fundamental autónomo a la salud’. Para la jurisprudencia

constitucional (...) no brindar los medicamentos previstos en cualquiera de los planes obligatorios de salud, o no permitir la realización de las cirugías amparadas por el plan, constituye una vulneración al derecho fundamental a la salud.”(...) Entonces, observa la Sala que dentro de los beneficios del sistema de seguridad social en salud, como servicio público esencial y como derecho fundamental de los colombianos, se encuentran las atenciones de urgencia, entre estas, la atención inicial de urgencias, la cual debe garantizarse en todo caso y en todo el territorio nacional, como servicio de atención inmediata y sin someterse a períodos de espera.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 49 / ACTO LEGISLATIVO 2 DE 2009

NOTA DE RELATORIA: Al respecto puede consultarse las sentencias de la Corte Constitucional: T- 185 de 2009, T- 736 de 2004; T- 589 de 2009; T- 195 de 2011; T- 845 de 2006.

CAUSAL EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD - Culpa exclusiva de la víctima. No precede / CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA - Concurrencia de culpas / CONCURRENCIA DE CULPAS - Entre la víctima y la entidad demandada. No procede

En el caso de autos se hace énfasis en que el derecho lesionado en la víctima fue aquel que lo hace acreedor a recibir una atención médica que eventualmente le brinde la probabilidad de recuperar la salud o evitar un resultado fatal, por lo que, se insiste, mal podría hablarse de una participación de la víctima, mucho menos cuando ella y sus acompañantes requirieron al personal médico la atención inmediata y lo informaron de sus patologías de base sin obtener la prestación del servicio, que no se produjo sino hasta cuando el paciente entró en estado crítico y perdió la consciencia, por paro respiratorio.(...) Visto lo anterior, debe concluirse que no opera la teoría del hecho de la víctima ni como eximente de responsabilidad ni como conducta concurrente en la producción del daño, por lo tanto, no puede aplicarse la reducción en su apreciación, pues ésta está reservada para cuando el que ha sufrido el daño se expuso a él imprudentemente.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 49

RECURSO DE APELACION - Apelante único. Principio de no reformatio in pejus

No obstante, en atención a que en el sub judice la entidad demandada obra en calidad de apelante único y en aplicación del principio de la non reformatio in pejus, por regla general, no puede agravarse su situación, lo que quiere decir que no puede agravarse la condena impuesta al ISS, pues esta garantía constitucional ampara el derecho individual de la parte que resultó parcialmente vencida en el proceso, consistente en que, si apela, no puede ser modificado lo que le fue favorable porque la contraparte, al no recurrir, consintió en lo que se decidió en su contra, luego, quien consiente en lo desfavorable de un fallo, dispone de su interés al someterse inmediatamente a él, no obstante tener la posibilidad legal de alzarse contra la decisión mediante la interposición y sustentación del recurso de apelación.(...) Entonces, el principio de la non reformatio in pejus muestra en el trasfondo la protección de un interés individual que se ampara precisamente porque la otra parte dispuso del suyo al no recurrir lo que le fue desfavorable, evento en el cual las facultades del juez se restringen para proteger el derecho individual del apelante único.(...) En conclusión, aun cuando la Sala considera que

en el caso de autos no se configuró el hecho de la víctima y, en consecuencia, no había lugar a la reducción de la condena en un 20% como equivocadamente lo determinó el Tribunal, la sentencia apelada se confirmará.

NOTA DE RELATORIA: Con aclaración de voto de la consejera Olga Mélida Valle de De La Hoz. A la fecha, en esta Relatoría, no se cuenta con el medio físico ni magnético de dicha aclaración

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de marzo de dos mil catorce (2014).

Radicación número: 66001-23-31-000-2001-00766-01(26924)

Actor: LUZ DARY ARIAS QUINTERO Y OTROS

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (APELACION SENTENCIA)

Decide la Sala el recurso de apelación¹ interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 13 de noviembre de 2003² proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda, mediante la que se dispuso:

“Primero: Declarar administrativa y patrimonialmente responsable al Instituto de Seguros Sociales por la muerte de Gildardo Antonio López Ramírez, dentro de las circunstancias que se dejaron precisadas en la parte motiva.

Segundo: Como consecuencia de lo anterior, se condena a la demandada a pagar el equivalente a ochenta (80) salarios mínimos legales mensuales, en la fecha de esta sentencia: a cada uno de los actores: Luz Dary Arias Quintero (esposa) y Jhon Jairo López Arias, Luis Fernando López Arias, Jacqueline López Arias y Marta Isabel López Arias (hijos). (...).”

ANTECEDENTES

1. La demanda

¹ Fls 108- 114 del C- 4

² Fls 95 -106 del C – 4

Fue presentada el 17 de agosto de 2001³ por Luz Dary Arias Quintero (Esposa), Jhon Jairo López Arias (hijo), Luis Fernando López Arias (hijo), Yaqueline López Arias (hija) y Marta Isabel López Arias (Hija), quienes mediante apoderado judicial y en ejercicio de la acción de reparación directa contenida en el artículo 86 del C.C.A., solicitaron que se declare administrativa y patrimonialmente responsable al Instituto de Seguros Sociales – Seccional Risaralda, por la muerte del señor Gildardo Antonio López Ramírez.

1.2 Como consecuencia de la anterior declaración, la parte actora solicitó condenar al Instituto de Seguros Sociales – Seccional Risaralda a pagar a su favor las siguientes condenas⁴:

Por concepto de perjuicios morales, para cada uno de los demandantes, la suma equivalente a 2.021 gramos de oro puro.

1.3 Como fundamento de sus pretensiones la parte actora expuso los hechos⁵ que la Subsección sintetiza así:

El señor Gildardo Antonio López Ramírez, pensionado del Instituto de Seguros Sociales – Seccional Risaralda, era diabético y estaba vinculado al programa de diabéticos de la entidad. Esto lo informó, inmediatamente, cuando fue llevado al Centro Asistencial en Urgencias del ISS, el día 27 de enero de 2.000, por presentar dolor precordial intenso. Mientras esperaba que lo llamaran al consultorio, el dolor se hizo más intenso, situación que obligó al paciente y a su esposa a dirigirse a la sección de trauma y sutura buscando la atención médica, *“situación ésta que no conmovió al galeno., (sic) porque su respuesta no se hizo espera (sic) “no señor yo sólo atiando heridos le toca esperar que lo llamen del consultorio”*.

El paciente esperó durante 30 minutos, hasta cuando empezó a verse *“morado, sudoroso e inconsciente, situación ésta que conmovió a los galenos quienes inmediatamente lo atendieron”*. El paciente falleció 20 minutos después, luego de las maniobras de reanimación.

2. Actuación procesal en primera instancia

2. 1. Admisión de la demanda

Mediante auto de 8 de octubre del 2001⁶, el Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda admitió la demanda, providencia que fue notificada personalmente al Director Administrativo Seccional del Instituto de Seguros Sociales, el 14 de diciembre del 2001⁷.

2.2 Escrito de contestación a la demanda

2.2.1 Encontrándose dentro del término legal, el 24 de enero del 2002⁸, el Instituto de Seguros Sociales – Seccional Risaralda, por intermedio de apoderado judicial, presentó su escrito de contestación a la demanda en el cual manifestó oponerse a todas y cada una de las pretensiones, por carecer de fundamento de hecho y de

³ Fls 25 – 38 del C - 1

⁴ Fls 26 – 28 del C - 1

⁵ Fls 29 – 31 del C - 1

⁶ Fls 43 -44 del C.1

⁷ Fls 47 del C. 1

⁸ Fls 54 - 58 del C.1

derecho, en la que argumentó como razones de su defensa:

“Es importante anotar que el paciente se sometió a un ejercicio físico exagerado para su edad y condición de salud, desencadenando una falla de difícil manejo.

No es cierto, que se hubiere presentado falla en el servicio por omisión, fue la atención oportuna y conducta diligente en la prestación de servicio médico cuestionado la que quedó demostrada y consignada en la historia clínica y los registros médicos. El ISS atendió oportuna y correctamente a su paciente, ritó (sic) el protocolo adecuado, practicó las técnicas de reanimación requeridas durante un gran lapso de tiempo (50 minutos) y la consideración de que se hubiera podido evitar la muerte del paciente si se le hubiera dado una atención o tratamiento diferente, es definitivamente una afirmación temeraria y que no admite prueba porque no la tiene”

Adicionalmente, la entidad demandada propuso las excepciones que denominó falta de causa y nexo causal y la excepción genérica. La primera, por cuanto consideró *“demostrado con la ocurrencia de la secuencia lógica de los hechos antecedentes a la muerte y por demás registrados en la historia clínica de la (sic) paciente fallecida (sic), que (...) estas mismas circunstancias de su patología de base (H T A diabetes M.) propiciaron muy seguramente su deceso, y, la segunda, para que se declare cualquier excepción que el fallador encuentre probada en este proceso.*

Mediante auto proferido el 07 de marzo del 2002⁹ el Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda ordenó correr traslado a la parte demandante de las excepciones propuestas por el Instituto de Seguros Sociales – Seccional Risaralda. Al respecto, la parte actora, en escrito radicado el 18 de marzo de 2002¹⁰, dio contestación y expresó que la causa de la muerte fue la demora en la atención.

2.3 Periodo probatorio

Mediante auto proferido el 11 de junio del 2002¹¹ el Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda ordenó abrir el proceso a pruebas y en consecuencia decretó, hasta donde la ley lo permita, tener como tales los documentos aportados con la demanda y su contestación y la práctica de aquellas solicitadas.

2.4 Audiencia de conciliación y Alegatos de conclusión

Mediante auto de 5 de mayo de 2003¹², el Tribunal Administrativo de Risaralda corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera su correspondiente concepto. Lo anterior, sin citar a audiencia de conciliación.

2.4.1 El Instituto de Seguros Sociales presentó alegatos de conclusión mediante escrito radicado el 16 de mayo de 2003¹³, en los que solicitó la desestimación total de las pretensiones de la demanda, argumentando lo siguiente.

“El fundamento de la AUSENCIA de RESPONSABILIDAD en cabeza de la Entidad DEMANDADA se sustenta en la INEXISTENCIA de la FALLA en el SERVICIO, por

⁹ Fls 70 del C. 1

¹⁰ Fls 71 - 72 del C. 1

¹¹ Fls 74 – 76 del C. 1.

¹² Fls 78 del C. 1

¹³ Fls 79 - 81 del C. 1

cuanto se consigna en la HISTORIA CLINICA como: “inmediatamente ingresa al paciente se pasa a sala de críticos” (...).

El paciente llegó en estado crítico, fue atendido de inmediato y se rituló el procedimiento debido, sin lograr un resultado positivo, pero colocando a su disposición todos los medios y recursos técnicos y humanos de que disponía la Entidad, de manera eficiente y oportuna, porque de acuerdo al cuadro clínico presentado por el Sr. GILDARDO ANTONIO LÓPEZ RAMÍREZ y las condiciones en que ingresó al centro asistencial, su desenlace era inevitable entre otras muchas razones, por los antecedentes de HIPERTENSION y DIABETES que unido a su EDAD y la ACTIVIDAD FISICA excesiva y prolongada (por más de 15 cuadras recorridas en bicicleta) que sometió abruptamente al afiliado fallecido, a un EJERCICIO CARDIO-PULMONAR desmesurado, causando falla cardíaca y como consecuencia la muerte.

Desvirtuada totalmente se encuentra con la probanza procesal obrante en el expediente la FALLA del SERVICIO por la pretendida FALTA de ATENCIÓN MEDICA porque tomando como punto de partida la hora de ingreso registrada en la HISTORIA CLINICA de URGENCIAS a la “13+03” y la hora de la DEFUNCIÓN establecida en la correspondiente acta de registro civil de defunción: “HORA: 0150 PM” se establece que el paciente fue ‘ATENDIDO INMEDIATAMENTE’ como textual y expresamente se consignó en el INFORME DEL MÉDICO TRATANTE(...).”

2.4.2 Por su parte, los demandantes presentaron escrito de alegatos de conclusión el 21 de mayo de 2003¹⁴ en los que solicitaron declarar al ISS administrativamente responsable de la muerte del señor Gildardo Antonio López y consecuentemente acceder a las súplicas de la demanda. Al respecto manifestaron:

“Se demostró en el proceso que el paciente ingresó a Urgencias de la Clínica Pío XII a las 12:30, así lo indicó la señora Luz Dary Arias Quintero en interrogatorio formulado en el Tribunal el 23 de septiembre de 2002, cuando manifestó: “ingresé con él a eso de las 12:20 o 12:30 del medio día (sic). Arranqué con él a eso de las 12:15 p.m. desde el lugar donde lo recogí, me acompañaba un señor muy amigo de la familia don Juan Bautista.” (...).

La entidad demandada no aportó la prueba solicitada en la demanda en el numeral 2 de las pruebas documentales, donde consta la hora de ingreso a ventanilla y la hora de egreso del paciente, simplemente se limitó a indicar que no se encontró dicho documento y trata de subsanar dicho yerro anexando certificación o constancia indicando que el paciente ingresó a la una de la tarde el día 27 de enero de 2000; documento éste que ni de hecho ni de derecho, desvirtúa lo manifestado por los testigos(...).

(...) En el escrito de contestación a la demanda la entidad se defiende manifestando que el paciente debía tomar precauciones y tener una vida más reposada sin abuso ni exageraciones del ejercicio físico, porque esas circunstancias propiciaron muy seguramente su deceso, descartando así cualquier falla en el servicio que establezca el nexo causal entra la prestación del servicio y el resultado dañoso.

Lo anterior queda sin ningún piso jurídico o documental en atención a que en la historia clínica del paciente no aparece prueba alguna donde se le hayan hecho advertencias sobre el ejercicio físico (...).”

2.4.3. Finalmente, el Ministerio Público rindió su correspondiente concepto

¹⁴ Fls. 82 – 85 del C – 1

mediante escrito radicado el día 5 de junio de 2003¹⁵, en el que solicitó acceder a las súplicas de la demanda por cuanto consideró que *“si bien la demandada puso al servicio de su paciente los medios que tenía a su alcance, el servicio no fue oportuno, hubo una mora en su prestación la cual no ha justificada (sic) ni desvirtuada y por lo mismo se configura la falla del servicio imputadas y por la cual resulta administrativamente responsable la demandada”*

3. Sentencia de primera instancia

El día 13 de noviembre de 2003¹⁶, el Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda profirió sentencia de primera instancia, mediante la cual declaró administrativa y patrimonialmente responsable al Instituto de Seguros Sociales por la muerte de Gildardo Antonio López Ramírez y, en consecuencia, lo condenó a pagar, a cada uno de los actores, el equivalente a ochenta (80) salarios mínimos legales mensuales por concepto de perjuicios morales.

Como fundamento de su decisión el *A quo* consideró:

“Las evidencias que se acaban de desatar, sumadas a lo que enseña la historia clínica del fallecido (Anexo 1), específicamente el folio 1, le dejan concluir al tribunal que el paciente no fue atendido tan pronto como llegó al ISS; que transcurrieron no menos de 30 minutos entre el momento en que se presentaron los documentos para ello en la ventanilla respectiva y aquel en que se vino a prestar el servicio, se comprende, cuando ya la persona se estaba muriendo. La historia clínica refiere que los médicos vinieron a tener contacto con la víctima directa a la 1 y 03 p.m., pudiéndose deducir con las versiones transcritas antes que la llegada del demandado al servicio se dio aproximadamente a las 12 y 30 p.m.

Las referencias de los declarantes en el sentido que el afiliado era hipertenso y diabético, sumadas a lo que acredita el documento del folio 4, le dejan decir a la Corporación que el fallecido, efectivamente, era diabético, certificado por el propio ISS y sumado ello al cuadro que presentaba, ameritaba la atención de urgencias. A tal situación no respondió el Instituto demandado, sin que aparezca dentro del plenario explicación de ninguna índole que permita justificar la tardanza. Por tanto, es propio concluir que se dio la alegada falla en la prestación del servicio. Este no se presentó oportunamente. Los médicos de la entidad estatal sólo aparecieron, cuando ya era tarde, y, únicamente, ante las manifestaciones desesperadas de la esposa del señor Gildardo López, cuando comprendía que fallecía.

Le llama poderosamente la atención a los magistrados la indolencia del médico, se comenta de apellido Bravo, a quien acudieron quienes reclamaban servicio, incluido allí el fallecido, para que atendiera la urgencia, y la respuesta fue negativa.

El ISS no explicó el porqué de la tardanza, seguramente, porque no se podía explicar lo inexplicable. A folio 18 del cdno dos, observamos que el 23 de septiembre de 2002 no asistieron los médicos del ISS que se citaron para que explicaran lo correspondiendo, atendiendo, inclusive, a solicitud que hizo la parte demandada.

Como ésta no demostró lo de su parte, fuerza es concluir que, en este caso, no fueron puestos al servicio de quien se presentó en su demanda, los medios de atención médica de que disponía la institución, encerrándose, se repite la falla del servicio aducida en el libelo (...).”

¹⁵ Fls. 88-93 del C. 4

¹⁶ Fls 95 – 106 del C - 4

Sin embargo, es de anotar que el *A quo* halló concurrente la responsabilidad de la administración con el hecho de la víctima en un 20%, con fundamento en los siguientes argumentos:

“La que se acaba de plantear, entonces, conlleva a que se acceda a las súplicas de la demanda, al encontrar responsable a la entidad estatal del fallecimiento del señor Gildardo Antonio López Ramírez; pero dejando aclarado que éste contribuyó a ese desenlace fatal, si se tiene en cuenta la situación que dejó evidenciada, especialmente su esposa, cuando declaró lo siguiente:

(...)

Esa realidad nos presenta a una persona sujeta de una conducta imprudente y negligente, encarnando así una actividad irresponsable y concurrente de su deceso. Esa participación, desde luego, no fue exclusiva ni determinante, acorde con lo que ya se dejó explicado; pero la misma se califica en un veinte por ciento (20%). Esto, por tanto, se tendrá en cuenta al momento de fijar la indemnización”.

4. Recurso de Apelación

El 27 de noviembre de 2003¹⁷ la entidad demandada interpuso y sustentó su recurso de apelación en contra de la sentencia del 13 de noviembre de 2003, el cual fue concedido mediante auto de 22 de enero del 2004¹⁸.

De esta manera, la entidad demandada solicitó revocar la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda, para que en su lugar fueran desestimadas las pretensiones de la parte demandante y se exonerara de toda responsabilidad administrativa al ISS, bajo el siguiente argumento:

“(...) no puede afirmarse que la falla del servicio en la que se presume que incurrió la entidad DEMANDADA tenga incidencia en el resultado y, ni aun en el evento de que en el caso sub-exámene pudiera presumirse la FALLA en el SERVICIO, sería posible condenar al ISS porque no se acreditó por la parte DEMANDANTE el vínculo causal entre la falla (actividad de la administración por acción u omisión) y el hecho dañoso de la muerte, porque la precaria condición de salud del Sr. GILDARDO ANTONIO LÓPEZ y la actividad de la víctima como culpa a él imputable, así lo impide, como se probó en su oportunidad con la HISTORIA CLINICA cuando consignó su “ ESTADO GENERAL de salud y a la que me remito(...).

*En relación con la CULPA de la VICTIMA está por encontrarse debidamente acreditada dentro del proceso, fue reconocida por el H. TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO pero NO de manera EXCLUSIVA y determinante, aunque se expresó en la SENTENCIA impugnada en relación con la VICTIMA: “(...) **Esa realidad nos presenta a una persona sujeta de una conducta imprudente y negligente y concurrente de su deceso.** Esa participación, desde luego, no fue exclusiva ni determinante acorde con lo que dejó explicado, pero la misma **se califica en un veinte por ciento (20%)**”. (Resaltado y subrayado fuera de texto.), calificación que no se comparte en su alcance y graduación, porque consideramos que se configura la culpa de la víctima con nota de exclusividad, por la imprudencia en grado sumo del occiso, como se demostró tanto en los registros de la HISTORIA CLINICA como en la prueba DOCUMENTAL recaudada, se establece que ella si fue DEFINITIVA y determinante como CAUSA EFICIENTE de la MUERTE, (...)*

(...) se concluye que si eventualmente y en subsidio se encontrara probada la CONCURRENCIA de CULPAS, la actividad de la víctima por su magnitud, imprudencia e incidencia en el hecho dañoso de la muerte deberá entonces ser

¹⁷ Fls 108 - 114 del C. 4

¹⁸ Fls 116 del C. 4

graduada con mayor significación en su repercusión el campo indemnizatorio, correlativamente con la culpa al occiso atribuible y teniendo en cuenta los CRITERIOS JURISPRUDENCIALES imperantes para su graduación porcentual (...)”.

5. Trámite de la segunda instancia

El recurso de apelación interpuesto por la parte actora fue admitido por el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera el 25 de junio de 2004¹⁹.

Mediante auto de 15 de julio de 2004²⁰ la Corporación corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera el respectivo concepto.

En esta instancia las partes y el Ministerio Público guardaron silencio²¹, en consecuencia, el proceso entró para fallo el día 3 de febrero de 2005.

CONSIDERACIONES

1. Competencia

En atención a lo previsto en los artículos 120 del Código Contencioso Administrativo y 1 del Acuerdo 55 de 2003, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia de 13 de noviembre de 2003 proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda.

Adicionalmente, comoquiera que la sentencia de primera instancia y el recurso de apelación tuvieron lugar para el año 2003, la norma aplicable, a efectos de determinar la segunda instancia, es el Decreto 597 de 1988, el cual señalaba que para el año 2001, fecha de presentación de la demanda, la cuantía mínima para que un proceso en acción de reparación directa fuere susceptible del recurso de apelación era de \$26.390.000.00, la cual se determina por el valor de las pretensiones sin tomar en cuenta los frutos, intereses, multas o perjuicios reclamados como accesorios, que se causen con posterioridad al libelo introductorio. En el caso concreto la pretensión mayor fue por concepto de perjuicios morales por valor de 2.021 gramos oro para cada uno de los demandantes.

2. Sustento fáctico y objeto del recurso de apelación

Al respecto es preciso resaltar que:

“Para el juez de segunda instancia su marco fundamental de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia de la sentencia como el principio dispositivo”²², razón

¹⁹ Fls 121 del C. 4

²⁰ Fls 122 del C. 4

²¹ Fls 125 del C. 4

²² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 1 de abril de 2009. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Rad. 32800. “De conformidad con el principio de congruencia, al

por la cual se ha sostenido que “las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: ‘tantum devolutum quantum appellatum’”²³..

Lo anterior obliga a destacar que el recurso de apelación se encuentra limitado a los aspectos indicados por los apelantes, por lo cual, en principio, los demás asuntos, diversos a los planteados por los recurrentes, están llamados a excluirse del debate en la instancia superior, sin perjuicio de los casos previstos o autorizados por la Constitución Política o por la ley, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia²⁴ de la sentencia como el principio dispositivo²⁵⁻²⁶.

En este sentido la Sala Plena de la Corporación, en reciente pronunciamiento reiteró que mediante el recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una determinada decisión judicial – en este caso la que contiene una sentencia –, por lo cual corresponde a los recurrentes confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, con sus propias consideraciones o apreciaciones, para efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se plantean ante la segunda instancia. Lo anterior lo sostuvo de conformidad con lo establecido en la parte inicial del artículo 357 del C. de P. C.²⁷.

Dicho lo anterior, la Sala, limitará su estudio a esclarecer la imputación del daño antijurídico, esto es la muerte del señor Gildardo Antonio López Ramírez a la entidad demandada y a verificar la participación del hecho de la víctima en la concreción de dicho daño. Lo anterior, por cuanto estos fueron los puntos objeto de apelación.

2.1 La imputación del Daño Antijurídico – Presupuesto de la Responsabilidad.

superior, cuando resuelve el recurso de apelación, sólo le es permitido emitir un pronunciamiento en relación con los aspectos recurridos de la providencia del inferior, razón por la cual la potestad del juez en este caso se encuentra limitada a confrontar lo decidido con lo impugnado en el respectivo recurso y en el evento en que exceda las facultades que posee en virtud del mismo, se configurará la causal de nulidad prevista en el numeral 2 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, relativa a la falta de competencia funcional”.

²³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 10 de febrero de 2010. C.P. Hernán Andrade Rincón. Rad. 16306. Cfr. Corte Constitucional C-583 de 1997.

²⁴ En relación con la aplicabilidad del principio de congruencia en lo que corresponde a la resolución del recurso de apelación puede consultarse el pronunciamiento efectuado recientemente por la Sala, mediante providencia fechada en abril 1 de 2009, dentro del expediente 32.800, con ponencia de la señora Magistrada Ruth Stella Correa Palacio, en la cual se puntualizó: “De conformidad con el principio de congruencia, al superior, cuando resuelve el recurso de apelación, sólo le es permitido emitir un pronunciamiento en relación con los aspectos recurridos de la providencia del inferior, razón por la cual la potestad del juez en este caso se encuentra limitada a confrontar lo decidido con lo impugnado en el respectivo recurso y en el evento en que exceda las facultades que posee en virtud del mismo, se configurará la causal de nulidad prevista en el numeral 2 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, relativa a la falta de competencia funcional”.

²⁵ Dicho principio ha sido definido por la doctrina como: “La facultad exclusiva del individuo de reclamar la tutela jurídica del Estado para su derecho, y en la facultad concurrente del individuo con el órgano jurisdiccional, de aportar elementos formativos del proceso y determinarlo a darle fin”. O como dice COUTURE, es el principio procesal que asigna a las partes y no a los órganos de la jurisdicción la iniciativa, el ejercicio y el poder de renunciar a los actos del proceso” “Son características de esta regla las siguientes: “(...) El campo de decisión del juez queda determinado especial y esencialmente por las pretensiones del demandante debido a que el juez no puede decidir sobre objeto diverso a lo en ellas contemplado” (negrillas adicionales). López Blanco, Hernán Fabio, Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Parte General, Tomo I, Dupré Editores, Bogotá, 2005, Pág. 106.

²⁶ Consejo de Estado – Sección Tercera – Sala Plena, sentencia de 9 de febrero de 2012, Exp. 21.060.

²⁷ Consejo de Estado – Sala Plana de Sección Tercera, sentencia de 9 de febrero de 2012, Exp. 21060.

Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización”²⁸ de la responsabilidad del Estado²⁹ y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados³⁰ y de su patrimonio³¹, sin distinguir su condición, situación e interés³². De esta forma se reivindica el sustento doctrinal según el cual la *“acción administrativa se ejerce en interés de todos: si los daños que resultan de ella, para algunos, no fuesen reparados, éstos serían sacrificados por la colectividad, sin que nada pueda justificar tal discriminación; la indemnización restablece el equilibrio roto en detrimento de ellos”*³³. 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”³⁴; 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”³⁵.

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la

²⁸ En la jurisprudencia constitucional se indica: “El Estado de Derecho se funda en dos grandes axiomas: El principio de legalidad y la responsabilidad patrimonial del Estado. La garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos no se preserva solamente con la exigencia a las autoridades públicas que en sus actuaciones se sujeten a la ley sino que también es esencial que si el Estado en ejercicio de sus poderes de intervención causa un daño antijurídico o lesión lo repare íntegramente”. Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

²⁹ 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 culpable 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.

³⁰ Derechos e intereses que constitucional o sustancialmente reconocidos “son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado”. ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés. 1ª reimp. México, Fontamara, 2007, p.49. La “responsabilidad es, desde luego, en primer lugar una garantía del ciudadano, pero, coincidiendo en esto con otros autores (sobre todo franceses: Prosper Weil, André Demichel), creo que la responsabilidad es también un principio de orden y un instrumento más de control del Poder”. MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración.: Un balance y tres reflexiones”, en AFDUAM. No.4, 2000, p.308.

³¹ “La responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro ordenamiento jurídico tiene como fundamento un principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos”. Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

³² 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”. Sección Tercera, sentencia de 26 de enero de 2006, expediente AG-2001-213. En la doctrina puede verse STARCK, Boris. *Essai d une théorie general de la responsabilité civile* considerée en sa double fonction de garantie et de peine privée. Paris, 1947.

³³ RIVERO, Jean. *Derecho administrativo*. 9ª ed. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, p.293. Puede verse también esta construcción doctrinal en: BERLIA. “Essai sur les fondements de la responsabilité en droit public français”, en *Revue de Droit Public*, 1951, p.685; BÉNOIT, F. “Le régime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique”, en *JurisClasseur Publique*, 1954. T.I, V.178.

³⁴ “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.

³⁵ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*., ob., cit., pp.120-121.

responsabilidad patrimonial del Estado³⁶ tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública³⁷ tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo³⁸, argumentación que la Sala Plena de la Sección Tercera acogió al unificar la jurisprudencia en las sentencias de 19 de abril de 2012³⁹ y de 23 de agosto de 2012⁴⁰.

En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica⁴¹, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Precisamente, en la jurisprudencia constitucional se sostiene, que la “superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen”⁴².

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad⁴³, según el cual, la indemnización

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

³⁷ 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. En el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “En efecto, el artículo de la Carta señala que para que el Estado deba responder, basta que exista un daño antijurídico que sea imputable a una autoridad pública. Por ello, como lo ha reiterado esta Corte, esta responsabilidad se configura “siempre y cuando: i) ocurra un daño antijurídico o lesión, ii) éste sea imputable a la acción u omisión de un ente público”. Corte Constitucional, sentencias C-619 de 2002; C-918 de 2002.

³⁸ “Toda acción administrativa concreta, si quiere tenerse la certeza de que realmente se trata de una acción administrativa, deberá ser examinada desde el punto de vista de su relación con el orden jurídico. Sólo en la medida en que pueda ser referida a un precepto jurídico o, partiendo del precepto jurídico, se pueda derivar de él, se manifiesta esa acción como función jurídica, como aplicación del derecho y, debido a la circunstancia de que ese precepto jurídico tiene que ser aplicado por un órgano administrativo, se muestra como acción administrativa. Si una acción que pretende presentarse como acción administrativa no puede ser legitimada por un precepto jurídico que prevé semejante acción, no podrá ser comprendida como acción del Estado”. MERKL, Adolfo. Teoría general del derecho administrativo. México, Edinal, 1975, pp.212 y 213.

³⁹ Sección Tercera, sentencia 19 de abril de 2012, expediente 21515. Pon. Hernán Andrade Rincón.

⁴⁰ Sección Tercera, sentencia 23 de agosto de 2012, expediente 23492. Pon. Hernán Andrade Rincón.

⁴¹ “La imputación depende, pues, tanto de elementos subjetivos como objetivos”. SANCHEZ MORON, Miguel. Derecho administrativo. Parte general., ob., cit., p.927.

⁴² Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

⁴³ 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

del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica⁴⁴. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”⁴⁵.

En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva que “parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”⁴⁶. 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”⁴⁷.

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”⁴⁸. 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 no⁴⁹. Es más, se sostiene doctrinalmente “que la responsabilidad

acto, es una imputación judicial (*imputatio iudiciaria*), en caso contrario, sólo una imputación dictaminadora (*imputatio diiudicatoria*)”. KANT, I. *La metafísica de las costumbres*. Madrid, Alianza, 1989, p.35. En nuestro precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “La jurisprudencia nacional ha recabado en ello al sentar la tesis de que la base de la responsabilidad patrimonial del Estado constituye la imputabilidad del daño. En efecto, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Constitucional ha sostenido que la responsabilidad patrimonial del Estado y de las demás personas jurídicas públicas se deriva de la imputabilidad del perjuicio a una de ellas, lo cual impide extenderla a la conducta de los particulares o a las acciones u omisiones que tengan lugar por fuera del ámbito de la administración pública”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

⁴⁴ El “otro principio de responsabilidad patrimonial del Estado es el de imputabilidad. De conformidad con éste, la indemnización del daño antijurídico le corresponde al estado cuando exista título jurídico de atribución, es decir, cuando de la voluntad del constituyente o del legislador pueda deducirse que la acción u omisión de una autoridad pública compromete al Estado con sus resultados”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

⁴⁵ “Tenía razón Welzel al considerar que el Derecho debe respetar estructuras antropológicas como la capacidad de anticipación mental de objetivos cuando se dirige al hombre mediante normas. Desde luego, si el ser humano no tuviera capacidad de adoptar o dejar de adoptar decisiones teniendo en cuenta motivos normativos, sería inútil tratar de influir en el comportamiento humano mediante normas prohibitivas o preceptivas”. MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 05-05-2003 [<http://criminet.urg.es/recpc>], pp.6 y 7.

⁴⁶ “El Derecho se dirige a hombre y no a adivinos. Declarar típica toda acción que produzca un resultado dañoso, aun cuando éste fuese imprevisible, significaría que la ley no tiene en cuenta para nada la naturaleza de sus destinatarios; pues una característica del hombre es precisamente la de que no puede prever más que muy limitadamente las consecuencias condicionadas 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.

⁴⁷ MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

⁴⁸ LARENZ, K. “Hegelszurechnungslehre”, en MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

⁴⁹ JAKOBS, G. *La imputación objetiva en el derecho penal*. Bogotá, Universidad Externado, 1994. Sin embargo, como lo sostiene el precedente de la Sala: “De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 86 del Código Contencioso Administrativo... No obstante que la norma constitucional hace énfasis en la existencia del daño antijurídico como fuente del derecho a obtener la reparación de perjuicios siempre que el mismo le sea imputable a una entidad estatal, dejando de lado el análisis de la conducta productora del hecho dañoso y su calificación como culposa o no, ello no significa que la responsabilidad patrimonial del Estado se haya tornado objetiva en términos absolutos, puesto que subsisten

objetiva puede llegar a tener, en algunos casos, mayor eficacia preventiva que la responsabilidad por culpa. ¿Por qué? Porque la responsabilidad objetiva, aunque no altere la diligencia adoptada en el ejercicio de la actividad (no afecte a la calidad de la actividad), sí incide en el nivel de la actividad (incide en la cantidad de actividad) del sujeto productor de daños, estimulando un menor volumen de actividad (el nivel óptimo) y, con ello, la causación de un número menor de daños⁵⁰.

Dicha tendencia es la que marcó la jurisprudencia 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 proporcionalidad⁵¹ es necesario para considerar si cabía la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico, y así se motivara el juicio de imputación. Dicho juicio, en este marco, obedece sin lugar a dudas a un ejercicio de la ponderación⁵² que el juez está llamado a aplicar, de tal manera que se aplique como máxima que: “Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro”⁵³.

En ese sentido, la jurisprudencia constitucional indica que “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

los diferentes regímenes de imputación de responsabilidad al Estado que de tiempo atrás han elaborado tanto la doctrina como la jurisprudencia”. Sentencia de 24 de febrero de 2005. Exp.14170.

⁵⁰ MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.171.

⁵¹ “El principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: el principio de idoneidad; el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Estos principios expresan la idea de optimización (...) En tanto que exigencias de optimización, los principios son normas que requieren que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dadas sus posibilidades normativas y fácticas. Los principios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización relativa a lo que es fácticamente posible por lo que expresan la idea de optimalidad de Pareto. El tercer subprincipio, el de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a la optimización respecto de las posibilidades normativas. Las posibilidades normativas vienen definidas, fundamentalmente, por la concurrencia de otros principios; de modo que el tercer subprincipio podría formularse mediante la siguiente regla: Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro. Esta regla puede denominarse: “ley de la ponderación” (subrayado fuera de texto). ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.62.

⁵² “La ley de la ponderación pone de manifiesto que la ponderación puede fraccionarse en tres pasos. El primero consiste en establecer el grado de insatisfacción o de detrimento del primer principio; el segundo, consiste en establecer la importancia de la satisfacción del segundo principio, que compite con el primero y, finalmente, el tercer paso consiste en determinar si, por su importancia, la satisfacción del segundo principio justifica la no satisfacción del primero”. ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.64.

⁵³ ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.62. Sin embargo, se advierte que Habermas ha planteado objeciones a la ponderación: “... la aproximación de la ponderación priva de su poder normativo a los derechos constitucionales. Mediante la ponderación –afirma Habermas– los derechos son degradados a nivel de los objetivos, de las políticas y de los valores; y de este modo pierden la “estricta prioridad” característica de los “puntos de vista normativos”. HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms*, Trad. William Rehg, Cambridge, 1999, p.259. A lo que agrega: “... no hay criterios racionales para la ponderación: Y porque para ello faltan criterios racionales, la ponderación se efectúa de forma arbitraria o irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que está acostumbrado”. Para concluir que: “La decisión de un tribunal es en sí misma un juicio de valor que refleja, de manera más o menos adecuada, una forma de vida que se articula en el marco de un orden de valores concreto. Pero este juicio ya no se relaciona con las alternativas de una decisión correcta o incorrecta”. HABERMAS, Jürgen. “Reply to Symposium Participants”, en ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. *Habermas on Law and Democracy*. Los Angeles, Berkeley, 1998, p.430.

desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección⁵⁴ frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible⁵⁵. Ejemplo: un desprevenido transeúnte encuentra súbitamente en la calle un herido en grave peligro (situación de peligro generante del deber) y no le presta ayuda (no realización de la acción esperada); posteriormente fallece por falta de una oportuna intervención médica que el peatón tenía posibilidad de facilitarle trasladándolo a un hospital cercano (capacidad individual de acción). La muerte no le es imputable a pesar de la evitabilidad y el conocimiento. En efecto, si no tiene una posición de garante porque él no ha creado el riesgo para los bienes jurídicos, ni tampoco tiene una obligación institucional de donde surja un deber concreto de evitar el resultado mediante una acción de salvamento, el resultado no le es atribuible. Responde sólo por la omisión de socorro y el fundamento de esa responsabilidad es quebrantar el deber de solidaridad que tiene todo ciudadano⁵⁶.

⁵⁴ Deberes de protección que es “una consecuencia de la obligación general de garantía que deben cumplir las autoridades públicas y se colige claramente de los artículos 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que regulan el derecho a disponer de un recurso efectivo en caso de violaciones a los derechos humanos”. CASAL H, Jesús María. Los derechos humanos y su protección. Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales. 2ª ed. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2008, p.31.

⁵⁵ Cfr. Günther Jakobs. Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung. ZStW 89 (1977). Págs 1 y ss.

⁵⁶ 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 en los cuales el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en éstos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos (Cfr. Günther Jakobs. Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre (studienausgabe). 2 Auflage. Walter de Gruyter. Berlin. New York. 1993. Págs. 796 y ss)”. Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001. En la doctrina se afirma que la “posición de garantía” debe modularse: “(...) todos deben procurar que su puño no aterrice violentamente en la cara de su congénere, o que su dedo índice no apriete el gatillo de un arma de fuego cargada apuntada sobre otra persona, etc. Sin embargo, también aparecen sin dificultad algunos fundamentos de posiciones de garantía referidas a supuestos de omisión: quien asume para sí una propiedad, debe procurar que de ésta no emanen riesgos para otras personas. Se trata de los deberes de aseguramiento en el tráfico, deberes que de modo indiscutido forman parte de los elementos de las posiciones de garantía y cuyo panorama abarca desde el deber de aseguramiento de un animal agresivo, pasando por el deber de asegurar las

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 sí una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante⁵⁷.

Dicha formulación no debe suponer, lo que debe remarcarse por la Sala, una aplicación absoluta o ilimitada de la teoría de la imputación objetiva que lleve a un desbordamiento de los supuestos que pueden ser objeto de la acción de reparación directa, ni a convertir a la responsabilidad extracontractual del Estado como herramienta de aseguramiento universal⁵⁸, teniendo en cuenta que el riesgo, o su creación, no debe llevar a “una responsabilidad objetiva global de la Administración, puesto que no puede considerarse (...) que su actuación [de la administración pública] sea siempre fuente de riesgos especiales”⁵⁹, y que además debe obedecer a la cláusula del Estado Social de Derecho⁶⁰.

Debe plantearse un juicio de imputación en el que demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir la motivación razonada, sin fijar un sólo título de imputación en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado⁶¹, sino que cabe hacer el proceso de examinar si procede encuadrar en la falla en el servicio sustentada en la vulneración de deberes normativos⁶², que en muchas ocasiones no se reducen al

tejas de una casa frente al riesgo de que caigan al suelo hasta llegar al deber de asegurar un carro de combate frente a la posible utilización por personas no capacitadas o al deber de asegurar una central nuclear frente a situaciones críticas”. JAKOBS, Günther. Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal. 1ª reimp. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p.16.

⁵⁷ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

⁵⁸ “La profesora BELADIEZ comparte sin reservas la preocupación por los excesos que desfiguran la institución, admite que con alguna frecuencia se producen <<resultados desproporcionados e injustos>> para la Administración e insiste en advertir que la responsabilidad objetiva no es un seguro universal que cubra todos los daños que se produzcan con ocasión de las múltiples y heterogéneas actividades que la Administración lleva cotidianamente a cabo para satisfacer los intereses generales”. LEGUINA VILLA, Jesús. “Prólogo”, en BELADIEZ ROJO, Margarita. Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos. Con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo. Madrid, Tecnos, 1997, p.23.

⁵⁹ MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.204.

⁶⁰ “(...) el tema de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas ha sido abordado tradicionalmente desde la óptica de las garantías individuales. Se trata de una institución que protege al individuo frente a los daños causados por las Administraciones Públicas como consecuencia de la amplia actividad que éstas desarrollan. Pero, desde la perspectiva de la posición de la Administración, la responsabilidad está en el mismo centro de su concepción constitucional como derivación de la cláusula del Estado social de Derecho; derivación que, en hipótesis extrema, puede conllevar que los límites del sistema resarcitorio público estén condicionados por los propios límites del llamado Estado social de Derecho”. MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración.: Un balance y tres reflexiones”, ob., cit., p.308.

⁶¹ Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente 21515; de 23 de agosto de 2012, expediente 23492.

⁶² Merkl ya lo señaló: “El hombre jurídicamente puede hacer todo lo que no le sea prohibido expresamente por el derecho; el órgano, en fin de cuentas, el estado, puede hacer solamente aquello que expresamente el derecho le permite, esto es, lo que cae dentro de su competencia. En este aspecto el derecho administrativo se presenta como una suma de preceptos jurídicos que hacen posible que determinadas actividades humanas se atribuyan a los órganos administrativos y, en último extremo, al estado administrador u otros complejos orgánicos, como puntos finales de la atribución. El derecho administrativo no es sólo la *conditio sine qua non*, sino *conditio per quam* de la administración”. MERKL, Adolfo. Teoría general del derecho administrativo. México, Edinal, 1975, p.211. Para Martín Rebollo: “Un sistema de responsabilidad muy amplio presupone un

ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho; en caso de no poder hacer su encuadramiento en la falla en el servicio, cabe examinar si procede en el daño especial, sustentado en la argumentación razonada de cómo (probatoriamente) se produjo la ruptura en el equilibrio de las cargas públicas; o, finalmente, si encuadra en el riesgo excepcional. De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera “(...) en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1.991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso en concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá que adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos “títulos de imputación” para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas –a manera de recetario- un específico título de imputación”⁶³.

Así mismo, debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede reducirse a su consideración como herramienta destinada solamente a la reparación, sino que debe contribuir con un efecto preventivo⁶⁴ que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada.

Además, cabe considerar la influencia que para la imputación de la responsabilidad pueda tener el principio de precaución, al exigir el estudiarla desde tres escenarios: peligro, amenaza y daño. Sin duda, el principio de precaución introduce elementos que pueden afectar en el ámbito fáctico el análisis

estándar medio alto de calidad de los servicios. Y si eso no es así en la realidad puede ocurrir que el propio sistema de responsabilidad acabe siendo irreal porque no se aplique con todas sus consecuencias o se diluya en condenas a ojo, sin reglas fijas o casi con el único criterio de que las solicitudes indemnizatorias no «parezcan» excesivamente arbitrarias o desproporcionadas. Aunque, claro está, lo que sea proporcionado o no, en ausencia de referentes externos sobre cómo debe ser y actuar la Administración, acaba siendo también una decisión subjetiva. De ahí la conveniencia de la existencia de parámetros normativos que señalen cuál es el nivel, la pauta o la cota de calidad de los servicios, es decir, el elemento comparativo y de cotejo sobre cómo debe ser la Administración”. MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración.: Un balance y tres reflexiones”, ob., cit., p.311.

⁶³ “En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado”. Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente 21515. Pon. Hernán Andrade Rincón; de 23 de agosto de 2012, expediente 24392. Pon. Hernán Andrade Rincón.

⁶⁴ “En consecuencia, la función de la responsabilidad extracontractual (sic) no puede ser ni única ni primariamente indemnizatoria. Tiene que ser, ante todo, preventiva o disuasoria, o se trataría de una institución socialmente absurda: ineficiente”. PANTALEÓN, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, en AFDUAM, No.4, 2000, p.174. De acuerdo con Martín Rebollo “(...) es que la responsabilidad pública es un tema ambivalente que, a mi juicio, no debe ser enfocado desde el estricto prisma de la dogmática jurídico-privada. Esto es, no debe ser analizado sólo desde la óptica de lo que pudiéramos llamar la justicia conmutativa, aunque tampoco creo que éste sea un instrumento idóneo de justicia distributiva. La responsabilidad es, desde luego, siempre y en primer lugar, un mecanismo de garantía. Pero es también un medio al servicio de una política jurídica. Así lo señala Ch. Eisenmann: el fundamento de la responsabilidad puede ser la reparación del daño, pero su función «remite a la cuestión de los fines perseguidos por el legislador cuando impone una obligación de reparar. En este sentido –concluye– la responsabilidad es un medio al servicio de una política jurídica o legislativa»”. MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración: Un balance y tres reflexiones”, en AFDUAM: no.4, 2000, p.307.

de la causalidad (finalidad prospectiva de la causalidad⁶⁵), ateniendo a los criterios de la sociedad moderna donde los riesgos a los que se enfrenta el ser humano, la sociedad y que debe valorar el juez no pueden reducirse a una concepción tradicional superada.

La precaución es una acepción que viene del latín *precautio* y se compone del *prae* (antes) y la *cautio* (guarda, prudencia). En su definición, se invoca que el “*verbo precavere implica aplicar el prae al futuro –lo que está por venir-, tratándose de un ámbito desconocido pese a las leyes de la ciencia, incapaces de agotar los recursos de la experiencia humana y el verbo cavere que marca la atención y la desconfianza*”⁶⁶. Su concreción jurídica lleva a comprender a la precaución, tradicionalmente, como aquella que es “utilizada para caracterizar ciertos actos materiales para evitar que se produzca un daño”⁶⁷. Entendida la precaución como principio⁶⁸, esto es, como herramienta de orientación del sistema jurídico⁶⁹ “exige tener en cuenta los riesgos que existen en ámbitos de la salud y del medio ambiente pese a la incertidumbre científica, para prevenir los daños que puedan resultar, para salvaguardar ciertos intereses esenciales ligados más a intereses colectivos que a los individuales, de manera que con este fin se ofrezca una respuesta proporcionada propia a la evitabilidad preocupada de una evaluación de riesgos (...) Si subjetivamente, el principio implica una actitud a tener frente a un riesgo, objetivamente, se dirige directamente a la prevención de ciertos daños en ciertas condiciones determinadas”⁷⁰. Luego, la precaución es un principio que implica que ante la ausencia, o insuficiencia de datos científicos y técnicos⁷¹, es conveniente, razonable y proporcional adoptar todas aquellas medidas que impida o limiten la realización de una situación de riesgo (expresada como amenaza inminente, irreversible e irremediable) que pueda afectar tanto intereses individuales, como colectivos (con preferencia estos).

En los anteriores términos, cabe estudiar la responsabilidad extracontractual del Estado a la luz de la prestación del servicio de salud y en el caso concreto.

2.1.1 Prestación del servicio de salud.

⁶⁵ “La finalidad prospectiva del nexo de causalidad resulta de naturaleza preventiva de la acción de responsabilidad fundada sobre el principio de precaución. El daño no existe todavía, el nexo de causalidad no se ha podido realizar, el mismo (...) se trata a la vez de prevenir el daño y al mismo tiempo evitar que tal actividad no cause tal daño. La finalidad del nexo causal es por tanto prospectiva ya que se busca que el nexo de causalidad sin permitir reparar el perjuicio si se anticipa a él (...) Opuesto a una responsabilidad reparadora que exigiría un nexo causal a posteriori, la responsabilidad preventiva exige en la actualidad un nexo causal a priori, es decir un riesgo de causalidad”. BOUTONNET, Mathilde, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, LGDJ, París, 2005, p.560.

⁶⁶ BOUTONNET, Mathilde, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, LGDJ, París, 2005, p.3

⁶⁷ BOUTONNET, Mathilde, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, ob., cit., p.4.

⁶⁸ DWORKIN, Ronald, *Taking rights seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977, p.24: “el principio es una proposición jurídica que no es necesariamente escrita y que da orientaciones generales, a las cuales el derecho positivo debe conformarse. Esto implica que no se aplicará según la modalidad de “all or nothing”, sino que se limitará a dar al juez una razón que milite a favor de un tipo de solución u otro, sin pretender tener la apariencia de una norma vinculante”.

⁶⁹ SADELEER, Nicolás, “Reflexiones sobre el estatuto jurídico del principio de precaución”, en GARCÍA URETA, Agustín (Coord), *Estudios de Derecho Ambiental Europeo*, Lete, Bilbao, 2005, p.270: “entre otras funciones encontramos la función de inspiración del legislador, de orientación del derecho positivo, de relleno de lagunas, de resolución antinomias, así como la función normativa”.

⁷⁰ BOUTONNET, Mathilde, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, ob., cit., p.5.

⁷¹ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asunto C-57/96 National Farmers Union y otros; asunto C-180/96 Reino Unido c. Comisión; asunto C-236/01 Monsanto Agricultura Italia: “cuando subsistente dudas sobre la existencia o alcance de riesgos para la salud de las personas, pueden adoptarse medidas de protección sin tener que esperar a que se demuestre plenamente la realidad y gravedad de tales riesgos”.

De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo No. 02 de 2009, la atención de la salud es un servicio público a cargo del Estado, a quien le corresponde garantizar a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud⁷².

Sin embargo, tal como lo ha pregonado insistentemente la Corte Constitucional,⁷³ la salud no sólo puede considerarse desde la perspectiva de un servicio público sino también, y esta es su mayor caracterización, como un derecho fundamental de los asociados, máxime si se tiene en cuenta que está en íntima conexidad con otros derechos fundamentales como la vida, la dignidad humana y la integridad personal, derechos todos estos que a su vez permiten el ejercicio de otros derechos de la misma estirpe.

En cuanto a la caracterización del derecho a la salud como fundamental del ser humano, la Corte constitucional ha dicho:

“la jurisprudencia constitucional ha dejado de decir que tutela el derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida y a la integridad personal, para pasar a proteger el derecho ‘fundamental autónomo a la salud’⁷⁴. Para la jurisprudencia constitucional (...) no brindar los medicamentos previstos en cualquiera de los planes obligatorios de salud, o no permitir la realización de las cirugías amparadas por el plan, constituye una vulneración al derecho fundamental a la salud.^{75”} (Subraya la Sala)

Asimismo, en el Derecho Convencional, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, aprobado por la Ley 74 de 1968, dispone en el numeral primero del artículo 12 que *“Los Estados Partes en el presente pacto **reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental**”,* y en el numeral segundo añade que *“entre las medidas que deberán adoptar los Estados partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para... **d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.**”* (Resalta la sala).

Por su parte el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General No. 14, aprobada en el año 2000, señala que *“la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos...8. El derecho a la salud no debe entenderse como un*

⁷² Artículo 49. Modificado por el Acto Legislativo No 02 de 2009. La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley. Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad. La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria. Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad.

⁷³ Ver entre otras las sentencias T- 185 de 2009, T-589 de 2009 y T- 195 de 2011.

⁷⁴ Corte Constitucional. Sentencia T- 845 de 2006.

⁷⁵ En la sentencia T- 736 de 2004 (MP Clara Inés Vargas Hernández) la Corte consideró que imponer costos económicos no previstos por la ley a una persona para acceder a la servicio de salud que requiere *“(...) afecta su derecho fundamental a la salud, ya que se le imponen límites no previstos en la ley, para que acceda a su tratamiento y a la vez la entidad se libra de su obligación de brindar integralmente los tratamientos y medicamentos al paciente.”* Puede verse sentencia T- 438 de 2004.

derecho a estar sano. El derecho a la salud entraña libertades y derechos...En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud. 9. El concepto del “más alto nivel posible de salud”, a que se hace referencia en el párrafo 1 del artículo 12, tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado. Existen varios aspectos que pueden abordarse únicamente desde el punto de vista de la relación entre el Estado y los individuos; en particular, un Estado no puede garantizar la buena salud ni puede brindar protección contra todas las causas posibles de la mala salud del ser humano. Así, los factores genéticos, la propensión individual a una afección y la adopción de estilos de vida malsanos o arriesgados suelen desempeñar un papel importante en lo que respecta a la salud de la persona. **Por lo tanto, el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud.** ... 13. La lista incompleta de ejemplos que figura en el párrafo 2 del artículo 12 sirve de orientación para definir las medidas que deben adoptar los Estados. En dicho párrafo se dan algunos ejemplos genéricos de las medidas que se pueden adoptar a partir de la definición amplia del derecho a la salud que figura en el párrafo 1 del artículo 12, con la consiguiente ilustración del contenido de ese derecho, según se señala en los párrafos siguientes:... Apartado d) del párrafo 2 del artículo 12. El derecho a establecimientos, bienes y servicios de salud. 17.”La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”. (apartado d) del párrafo 2 del artículo 12), tanto física como mental, incluye el acceso igual y oportuno a los servicios básicos preventivos, curativos y de rehabilitación, así como la educación en materia de salud; programas de reconocimientos periódicos; tratamiento apropiado de enfermedades, afecciones, lesiones...” (Resalta la Sala).

Pues bien, nótese que de acuerdo con estos preceptos el derecho a la salud, entendido como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud, supone, entre otras medidas, el establecimiento de condiciones que aseguren que todas las personas tendrán acceso igualitario y oportuno a los correspondientes servicios médicos y hospitalarios y por consiguiente, toda decisión, disposición o acuerdo que establezca requisitos o imponga limitaciones, en uno y en otro caso, caprichosos, poco razonables, que miren más a la conveniencia del intermediario o del prestador del servicio y no al derecho del paciente, o que finalmente hagan nugatorio el derecho a la salud, debe ser tomada como una decisión, disposición o convenio que viola las normas imperativas que regulan ese derecho fundamental y por ende le debe sobrevenir el consecuencial juicio negativo de valor.

Ahora bien, en lo que respecta al sistema de seguridad social en salud, éste se encuentra regulado por la Ley 100 de 1993, según la cual son reglas rectoras del servicio público de salud, la equidad⁷⁶, la obligatoriedad⁷⁷, la protección integral⁷⁸,

⁷⁶ Equidad. El sistema general de seguridad social en salud proveerá gradualmente servicios de salud de igual calidad a todos los habitantes en Colombia, independientemente de su capacidad de pago. Para evitar la discriminación por capacidad de pago o riesgo, el sistema ofrecerá financiamiento especial para aquella población más pobre y vulnerable, así como mecanismos para evitar la selección adversa.

⁷⁷ Obligatoriedad. La afiliación al sistema general de seguridad social en salud es obligatoria para todos los habitantes en Colombia. En consecuencia, corresponde a todo empleador la afiliación de sus trabajadores a este sistema y del Estado facilitar la afiliación a quienes carezcan de vínculo con algún empleador o capacidad de pago.

⁷⁸ Protección integral. El sistema general de seguridad social en salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico,

la libre escogencia⁷⁹, la autonomía de las instituciones⁸⁰, la descentralización administrativa⁸¹, la participación social⁸², la concertación⁸³ y la muy importante calidad del servicio⁸⁴, de donde vale, igualmente, la pena resaltar que dentro de las características básicas del sistema general de salud, se encuentra el ingreso de todos los colombianos al régimen de seguridad social en aras de garantizar la salud de la población colombiana, mediante la debida organización y prestación del servicio público de salud y la atención de urgencias en todo el territorio nacional⁸⁵.

Asimismo, la mencionada Ley 100 estableció los niveles de complejidad de las instituciones prestadoras de servicios (Baja⁸⁶, Media⁸⁷ y Alta⁸⁸) y los niveles de atención⁸⁹ que se prestan respecto a las actividades, procedimientos e intervenciones (Nivel I, Nivel II, Nivel III), a los cuales debe corresponder la prestación de los servicios de consulta médica, hospitalización y, en general, todos los eventos, según su complejidad⁹⁰, donde el tercer nivel de atención incluye

tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del plan obligatorio de salud.

⁷⁹ Libre escogencia. El sistema general de seguridad social en salud permitirá la participación de diferentes entidades que ofrezcan la administración y la prestación de los servicios de salud, bajo las regulaciones y vigilancia del Estado y asegurará a los usuarios libertad en la escogencia entre las entidades promotoras de salud y las instituciones prestadoras de servicios de salud, cuando ello sea posible según las condiciones de oferta de servicios. Quienes atenten contra este mandato se harán acogedores a las sanciones previstas en el artículo 230 de esta ley.

⁸⁰ Autonomía de las instituciones. Las instituciones prestadoras de servicios de salud tendrán, a partir del tamaño y complejidad que reglamente el gobierno, personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, salvo los casos previstos en la presente ley.

⁸¹ Descentralización administrativa. La organización del sistema general de seguridad social en salud será descentralizada y de ella harán parte las direcciones seccionales, distritales y locales de salud. Las instituciones públicas del orden nacional que participen del sistema adoptarán una estructura organizacional, de gestión y de decisiones técnicas, administrativas y financieras que fortalezca su operación descentralizada.

⁸² Participación social. El sistema general de seguridad social en salud estimulará la participación de los usuarios en la organización y control de las instituciones del sistema general de seguridad social en salud y del sistema en su conjunto. El Gobierno Nacional establecerá los mecanismos de vigilancia de las comunidades sobre las entidades que conforman el sistema. Será obligatoria la participación de los representantes de las comunidades de usuarios en las juntas directivas de la entidades de carácter público.

⁸³ Concertación. El sistema propiciará la concertación de los diversos agentes en todos los niveles y empleará como mecanismo formal para ello a los consejos nacional, departamentales, distritales y municipales de seguridad social en salud.

⁸⁴ Calidad. El sistema establecerá mecanismos de control a los servicios para garantizar a los usuarios calidad en la atención oportuna, personalizada, humanizada, integral, continua y de acuerdo con estándares aceptados en procedimientos y práctica profesional. De acuerdo con la reglamentación que expida el gobierno, las instituciones prestadoras deberán estar acreditadas ante las entidades de vigilancia.

⁸⁵ Numeral 2º del artículo 159 de la Ley 100 de 1993: Garantías de los afiliados.

⁸⁶ Baja complejidad: Son aquellas instituciones que habilitan y acreditan en su mayoría servicios considerados de baja complejidad y se dedican a realizar intervenciones y actividades de promoción de la salud y prevención de la enfermedad, consulta médica y odontológica, internación, atención de urgencias, partos de baja complejidad y servicios de ayuda diagnóstica básicos en lo que se denomina primer nivel de atención.

⁸⁷ Mediana complejidad: Son instituciones que cuentan con atención de las especialidades básicas como lo son pediatría, cirugía general, medicina interna, ortopedia y ginecobstetricia con disponibilidad las 24 horas en internación y valoración de urgencias, además ofrecen servicios de consulta externa por especialista y laboratorios de mayor complejidad, en lo que es el segundo nivel de atención.

⁸⁸ Alta complejidad: Cuentan con servicios de alta complejidad que incluyen especialidades tales como neurocirugía, cirugía vascular, neumología, nefrología, dermatología, etc. con atención por especialista las 24 horas, consulta, servicio de urgencias, radiología intervencionista, medicina nuclear, unidades especiales como cuidados intensivos y unidad renal. Estas Instituciones con servicios de alta complejidad atienden el tercer nivel de atención, que incluye casos y eventos o tratamientos considerados como de alto costo en el POS.

⁸⁹ Los Niveles de Atención en la Salud se definen como la capacidad que tienen todos los entes prestadores de servicios de salud y se clasifican de acuerdo a la infraestructura, recursos humanos y tecnológicos.

⁹⁰ atención de urgencias de especialidades básicas y subespecialidades tales como: Cardiología, Neumología, Gastroenterología, Neurología, Dermatología, Endocrinología, Hematología, Psiquiatría, Fisiatría, Genética, Nefrología, Cirugía General, Ortopedia, Otorrinolaringología, Oftalmología, Urología, Cirugía pediátrica,

aquellas intervenciones o enfermedades de alta complicación y costo que requieren para su atención del nivel más especializado y de la mayor calidad de atención humana, técnica y científica⁹¹.

Por otro lado, considera la Sala que mediante el Acuerdo 461 de 1994⁹², artículo 6º, se determinó que el Instituto de Seguros Sociales tenía por objeto dirigir, administrar, controlar, vigilar y garantizar la prestación del servicio de salud en los términos que establece la Constitución, la ley y los reglamentos, esto es, principalmente, los antes anotados, marco bajo el cual, el Seguro Social estaba bajo la obligación de garantizar la prestación eficiente y oportuna del servicio, ya fuera directamente o a través de cualquier mecanismo⁹³.

Al efecto, el Decreto 1403 de 1994 instituyó la Gerencia Nacional de Calidad del Servicio de Salud, encargada, entre otras, de planificar, diseñar y ajustar los sistemas de garantía de calidad, elaborar los procedimientos de calidad a que debía sujetarse la prestación del servicio de salud, evaluar y controlar la calidad de dicho servicio y en general garantizar que el servicio de salud se prestara con calidad⁹⁴.

A la sazón, el Decreto 2174 de 1996 señaló que la atención en salud refiere tanto a los servicios propios del aseguramiento y administración de los recursos que desarrollan las EPS, como a las IPS en sus fases de promoción y fomento, prevención de enfermedad, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, cuya calidad está dada por el conjunto de características técnico – científicas, humanas, financieras y materiales que debe tener la Seguridad Social en Salud, bajo la responsabilidad de las personas e instituciones que integran el sistema y la correcta utilización de los servicios por parte de los usuarios. Entendiendo por sistema el conjunto de instituciones, normas, requisitos y procedimientos indispensables que deben cumplir sus integrantes para garantizar a los usuarios de los servicios el mayor beneficio, a un costo razonable y con el mínimo riesgo posible.

Añádase a lo anterior, que también para la época de los hechos, frente a la prestación del servicio de salud mediante la atención de urgencias, el Decreto 412 de 1992 reglamentó los servicios de urgencias bajo disposiciones aplicables a todas las entidades prestadoras de servicios de salud, públicas y privadas⁹⁵, todas ellas obligadas a prestar la atención inicial de urgencia, independientemente de la persona solicitante del servicio⁹⁶, en cuyo efecto se adoptaron las siguientes definiciones:

Neurocirugía, Cirugía plástica, entre otras; cuidado crítico adulto, pediátrico y neonatal, atención de partos y cesáreas de alta complejidad, laboratorio e imagenología de alta complejidad, atención odontológica especializada, otros servicios y terapias de apoyo para rehabilitación funcional.

⁹¹ Calidad de la atención es el conjunto de características técnico- científicas, materiales y humanas que debe tener la atención de salud que se provea a los beneficiarios, para alcanzar los efectos posibles con los que se obtenga el mayor número de años de vida saludables y a un costo que sea social y económicamente viable para el sistema y sus afiliados. Sus características son: oportunidad, agilidad, accesibilidad, continuidad, suficiencia, seguridad, integralidad e integridad, racionalidad lógico-científica, costo-efectividad, eficiencia, humanidad, información, transparencia, consentimiento y grado de satisfacción de los usuarios.

⁹² Decreto 461 de 1994, Por el cual se aprueba el Acuerdo número 003 del 3 de mayo de 1993 del Consejo Directivo del Instituto de Seguros Sociales, empresa industrial y comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, que adopta los Estatutos de esa entidad.

⁹³ Artículo 7, literal c) ibídem

⁹⁴ Artículo 20 del Decreto 1403 de 1994.

⁹⁵ Artículo 1º. Campo de aplicación. Las disposiciones del presente Decreto se aplicarán a todas las entidades prestatarias de servicios de salud, públicas y privadas.

⁹⁶ Artículo 2º ibídem.

“1. URGENCIA. Es la alteración de la integridad física y/o mental de una persona, causada por un trauma o por una enfermedad de cualquier etiología que genere una demanda de atención médica inmediata y efectiva tendiente a disminuir los riesgos de invalidez y muerte.

2. ATENCION INICIAL DE URGENCIA. Denomínase como tal a todas las acciones realizadas a una persona con patología de urgencia y que tiendan a estabilizarla en sus signos vitales, realizar un diagnóstico de impresión y definirle el destino inmediato, tomando como base el nivel de atención y el grado de complejidad de la entidad que realiza la atención inicial de urgencia, al tenor de los principios éticos y las normas que determinan las acciones y el comportamiento del personal de salud.

3. ATENCION DE URGENCIAS. Es el conjunto de acciones realizadas por un equipo de salud debidamente capacitado y con los recursos materiales necesarios para satisfacer la demanda de atención generada por las urgencias.

4. SERVICIO DE URGENCIA. Es la unidad que en forma independiente o dentro de una entidad que preste servicios de salud, cuenta con los recursos adecuados tanto humanos como físicos y de dotación que permitan la atención de personas con patología de urgencia, acorde con el nivel de atención y grado de complejidad previamente definidos por el Ministerio de Salud para esa unidad.

5. RED DE URGENCIAS. Es un conjunto articulado de unidades prestatarias de atención de urgencias, según niveles de atención y grados de complejidad, ubicado cada uno en un espacio poblacional concreto, con capacidad de resolución para la atención de las personas con patologías de urgencia, apoyado en normas operativas, técnicas y administrativas expedidas por el Ministerio de Salud.

La red actuará coordinadamente bajo una estructura conformada por subsistemas de información comunicaciones, transporte, insumos, educación, capacitación y de laboratorios⁹⁷.

Ahora bien, frente a la atención inicial de urgencia, el mencionado Decreto refirió en su artículo 4º la responsabilidad de las entidades de salud para supeditarla al nivel de atención y grado de complejidad que a cada entidad le determinara el Ministerio de salud y la fijó desde el momento de la atención hasta que el paciente fuera dado de alta o, en el evento de remisión, hasta el momento en que el mismo ingresara a la entidad receptora.

Al respecto y en concordancia con la normatividad constitucional y convencional antes citada e, igualmente, en armonía con los desarrollos jurisprudenciales sobre la materia, la Sala considera aclarar, en primer lugar, que si bien la responsabilidad de las entidades prestadoras de salud se circunscribe al nivel de atención y grado de complejidad que a cada una le determine el Ministerio de Salud, o el que haga sus veces, lo cierto es que ello no obsta para establecer la responsabilidad de las instituciones médicas en aquellos casos en que no se efectúa una correcta valoración del paciente o cuando se omite la remisión oportuna del mismo.

En segundo lugar, debe quedar igualmente claro que si bien el mencionado Decreto refiere la responsabilidad de la entidad prestadora de salud desde el momento de la atención, éste momento ha de entenderse desde el instante mismo en que el paciente ingresa al centro médico, clínico u hospitalario, lo cual implica que tal responsabilidad se origina, incluso, cuando el paciente ingresa a sus

⁹⁷ Artículo 3 ibídem.

instalaciones, momento en el cual nace la obligación de garante de la atención inicial de urgencia y, en consecuencia, del servicio de promoción, protección y recuperación de la salud⁹⁸.

Finalmente, dentro de las normas aplicables a la época de los hechos, corresponde referir el Decreto 806 de 1998 según el cual, en desarrollo de los artículos 48 y 49 de la Constitución Política el Estado garantiza el acceso a los servicios de salud y al conjunto de beneficios a que tienen derecho los afiliados como servicio público esencial, con el propósito de mantener o recuperar la salud de los asociados y evitar el menoscabo de su capacidad económica derivada de incapacidad temporal por enfermedad general y maternidad. Bajo este entendido, al Estado le corresponde garantizar los beneficios del sistema de salud, en forma directa o a través de terceros, con el objeto de proteger de manera efectiva el derecho a la salud⁹⁹.

Entonces, observa la Sala que dentro de los beneficios del sistema de seguridad social en salud, como servicio público esencial y como derecho fundamental de los colombianos, se encuentran las atenciones de urgencia, entre estas, la atención inicial de urgencias¹⁰⁰, la cual debe garantizarse en todo caso y en todo el territorio nacional¹⁰¹, como servicio de atención inmediata y sin someterse a períodos de espera. Así lo colige esta Sala de Subsección frente al artículo 62¹⁰² del último Decreto mencionado.

2.1.2 Valoración del caso concreto

Con relación a los hechos que dieron lugar al presente juicio de imputación, el acervo probatorio permitió acreditar que Gildardo Antonio López Ramírez se encontraba afiliado al Instituto de Seguros Sociales – Seccional Risaralda y al programa de diabéticos¹⁰³ y que consultó el servicio de urgencias de la clínica Pio XII de la ciudad de Pereira, centro médico donde recibía constante atención, el día 27 de enero de 2000, aproximadamente en horas del mediodía, cuando, luego de realizar actividades deportivas y de esfuerzo físico, sufrió una aparente cardiopatía.

Al respecto obra el siguiente material probatorio:

⁹⁸ Artículo. 49 constitucional.

⁹⁹ Artículo. 2º del Decreto 806 de 1998.

¹⁰⁰ Artículo 16 ibidem. Atención inicial de urgencias. El Sistema General de Seguridad Social en Salud garantiza a todos los habitantes del territorio nacional la atención inicial de urgencias. El costo de los servicios será asumido por la Entidad Promotora de Salud o administradora del Régimen Subsidiado a la cual se encuentre afiliada la persona o con cargo al Fosyga en los eventos descritos en el artículo precedente.

¹⁰¹ Artículo 41 ibidem. Cobertura en diferentes municipios. Los beneficiarios de la cobertura familiar podrán acceder a los servicios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, siempre que todos los miembros que componen el grupo familiar, cotizantes o no, se encuentren afiliados a la misma Entidad Promotora de Salud. En este caso, para la prestación de los servicios, si la entidad promotora correspondiente no tiene cobertura en el lugar de residencia, deberá celebrar convenios con las entidades promotoras de salud del lugar o en su defecto, con las instituciones prestadoras de servicios de salud. En todo caso las entidades promotoras de salud deberán garantizar la atención en salud a sus afiliados en casos de urgencias en todo el territorio nacional.

¹⁰² Artículo 62. Excepciones a los períodos mínimos de cotización. Serán de atención inmediata sin someterse a períodos de espera las actividades, intervenciones y procedimientos de promoción y fomento de la salud y prevención de la enfermedad, que se hagan en el primer nivel de atención, incluido el tratamiento integral del embarazo, parto, puerperio, como también la atención inicial de urgencia.

En ningún caso podrá aplicarse períodos mínimos de cotización al niño que nazca estando su madre afiliada a una EPS. El bebé quedará automáticamente afiliado y tendrá derecho a recibir de manera inmediata todos los beneficios incluidos en el POS-S, sin perjuicio de la necesidad de registrar los datos del recién nacido en el formulario correspondiente.

¹⁰³ Fls 4 del C. 1

- Testimonio de Juan Bautista Ramírez, rendido el día 26 de noviembre de 2002, quien aseguró conocer al señor Gildardo Antonio López Ramírez, hace 5 años porque eran vecinos y declaró:

“(…) El día del fallecimiento de don Gildardo Antonio yo cerré mi consultorio de odontología a las 12 meridiano, pasé a su residencia par (sic) saludarlo y dialogar con él toqué la puerta y la señora Luz Dary me abrió, me mandó a sentar, le pregunté por don Gildardo yo ya le había notado nervios a ella, me dijo que no se encontraba que precisamente acababa de recibir una llamada de él en donde le decía que fuera a recogerlo a algún lugar, que se encontraba mal de salud, por hay derecho me pidió el favor que si la acompañaba, yo le dije que cómo no, salimos hacía la avenida, cogimos un taxi, fuimos donde él estaba y lo recogimos, la señora le dijo al taxista que lo llevara al ISS, llegamos allá y pasaron los papeles a la niña de la ventanilla y ella le dijo siéntese por favor, pasó algún rato y a él no lo atendieron, yo me levanté del asiento, le dije a la niña que cómo se llamaba el médico que había al frente, me respondió que era el doctor Bravo, yo me dirigí hacia el doctor le dije doctor qué pasa que no atienden al señor que está ahí que lo veo muy enfermo, no me había respondido todavía nada cuando sentí que la señora Luz Dary y el señor Gildardo también se habían levantado del asiento y estaban al lado mío, el señor Gildardo le dijo doctor atiéndame por favor que yo soy hipertenso, diabético y tengo mucho dolor en la espalda, el doctor muy decentemente le dijo, yo sólo atiendo heridos, siéntse (sic) por favor que ya lo atiando, en estos momentos están en cambio de turno, nos regresamos y nos sentamos, pasó algún momento más y el señor Gildardo comenzó a ponerse cianótico con respiración aguda, yo en ese momento me preocupé porque sabía que estaba al frente de una cardiopatía, me le acerque al señor, le estaba haciendo masajes, le levantaba el brazo tratando de reanimarlo, un momento después el hombre perdió el conocimiento y se deslizó hacia el suelo, la señora gritó llamándolo a él por su nombre con un grito de exclamación y dijo me lo dejaron morir, ahí fue cuando aparecieron varios galenos y lo llevaron ya. PREGUNTADO: dígame al despacho cuanto tiempo pudieron ustedes estar en el centro asistencial entre el momento de llegada y el momento de atención por parte de los galenos que usted cita? CONTESTO: en ese momento es un poco difícil precisar la hora, pero paso más o menos media hora. PREGUNTADO: dígame al despacho si usted tuvo conocimiento que en el lugar se hallaren más médicos que el doctor Bravo en caso afirmativo cuántos? CONTESTO: Solo vi dos galenos cuando ya la señora gritó en esa forma. PREGUNTADO: Dígame al despacho si cuando usted habló con el doctor Bravo éste estaba atendiendo otros pacientes o sólo estaba esperando la llegada de pacientes heridos? CONTESTO: No se doctor, pero no estaba haciendo nada. PREGUNTADO: Dígame al despacho si al momento de ingresar el señor Gildardo al centro asistencial habían allí otros pacientes esperando turno en caso afirmativo más o menos cuántos? CONTESTO: Como hay (sic) entra y sale tanta gente, yo vi que habían dos personas sentadas no sé si esperando turno o no (...) PREGUNTADO: tuvo usted conocimiento después de la crisis presentada por el señor Gildardo donde ya fue atendido por los galenos cuánto tiempo posterior duró? CONTESTO: yo me quede afuera por hay unos diez minutos para oír la noticia de que había muerto (...).

- Copia auténtica de la historia clínica expedida por el Seguro Social Clínica Pio XII, del señor Gildardo Antonio López Ramírez¹⁰⁴, en la cual se observa que el paciente era usuario de los servicios del ISS desde hacía más de 15 años, que tenía un diagnóstico de diabetes desde hacía aproximadamente la misma época, que consultaba regularmente los servicios médicos y que en las anotaciones efectuadas el día de los hechos se plasmó que se trata de un paciente de 64 años, que ingresó el 27 de enero de 2000 a las 13:03, y cuyo motivo de consulta fue:

¹⁰⁴ Fls 11 – 12 del C. 2

“paciente que ingresó por haber referido dolor precordial intenso, hace aproximadamente 40 minutos antes, mientras montaba bicicleta, la familiar refiere que presentó mareo y desmayo, traído inmediatamente al seguro mientras se atendía en el triage (sic) presentó pérdida de la conciencia, cianosis, sudoración. Atendido inmediatamente.

Antecedentes personales. Diabetes en tratamiento, niega enf. coronaria previa

Estado general. Malas condiciones generales, inconsciente, cianótico, en paro respiratorio, pulso no palpable”

Nótese que la misma historia clínica refiere que el paciente fue “traído inmediatamente al seguro” y que fue “mientras se atendía”, es decir durante el tiempo de espera, que presentó la pérdida de la conciencia, cianosis y sudoración, luego de lo cual, y sólo hasta entonces, fue “atendido inmediatamente”. De lo anterior queda claramente evidenciado que la clínica esperó a que el paciente entrara en estado crítico para prestarle el servicio inicial de urgencia, pues, se itera, la atención únicamente tuvo lugar luego de que el paciente sufrió un paro respiratorio.

Entonces queda evidenciado el desconocimiento de la garantía de calidad en la prestación del servicio y de la garantía del mayor beneficio para el usuario, así como la omisión en la disminución del riesgo que involucraba el estado de salud del paciente frente a su derecho a la vida, riesgo que no se disminuyó, no se atendió y que al ingreso del paciente a la institución médica ni siquiera se determinó, en tanto la prestación del servicio no se hizo de manera oportuna sino que ella fue completamente tardía y nugatoria de los derechos del paciente.

Al respecto, también obra en el plenario copia de las notas de enfermería expedida por el Seguro Social Clínica Pio XII¹⁰⁵, del señor Gildardo Antonio López Ramírez, documento éste que forma parte de la historia clínica y que llama la atención por su ilegibilidad y por la ausencia de la fecha y hora del mismo, es decir, que no cumple con este requisito mínimo de las notas de enfermería. Sin embargo del documento se logra extraer que el paciente ingresa en estado crítico, no se logra su reanimación y fallece.

Sobre este punto no sobra recordar que la Historia Clínica y cada uno de los documentos que la componen son de obligatorio diligenciamiento, en ellos deben registrarse cronológicamente las condiciones de salud del paciente, los actos médicos y los demás procedimientos ejecutados por el equipo de salud que intervienen en su atención¹⁰⁶.

Al efecto, la Resolución 1995 de 1999, citada por la entidad demandada dentro de sus argumentos de defensa y por la cual se establecen normas para el manejo de la Historia Clínica, dispuso que la Historia Clínica debe diligenciarse en forma clara, legible, sin tachones, enmendaduras, intercalaciones, sin dejar espacios en blanco y sin utilizar siglas. Cada anotación debe llevar la fecha y hora en la que se realiza, con el nombre completo y firma del autor de la misma.

Situación ésta que en la jurisprudencia de la Sala ha sido valorada como factor de ineficacia en la prestación del servicio médico, entre tanto que se ha considerado que de su elaboración, manejo y comprensión se puede deducir el adecuado o inadecuado manejo de las patologías y de los pacientes¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Fls 11 del C. 1

¹⁰⁶ Artículo 1º de la Resolución 1995 DE 1999, por la cual se establecieron las normas para el manejo de la Historia Clínica.

¹⁰⁷ Consejo de Estado, sentencia de 24 de enero de 2011, Exp. 17.547, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Visto lo anterior, está claro para la Sala que sólo hasta cuando el señor Gildardo Antonio perdió el conocimiento y entró en estado crítico recibió la atención médica requerida, de manera que no bastó la insistencia del paciente ni de sus acompañantes frente a la urgencia del servicio de salud, ni fue suficiente su alarma o su angustia, porque, se itera, el personal médico únicamente reaccionó ante la crisis, situación ésta que no es nueva en nuestro país donde el servicio de salud, lejos de dar cumplimiento a los principios y reglas que rigen su prestación, se acostumbró a actuar solamente cuando evidencia un deterioro extremo en la salud, lo que resulta completamente reprochable y contrario a los deberes de precaución y prevención que desarrollan la adecuada atención médica.

En la misma dirección se prevé que en el caso de autos, la demandante, esposa de la víctima, y el testigo presencial de los hechos son coincidentes en afirmar que Gildardo Antonio llevaba aproximadamente media hora solicitando atención médica, que el médico “Dr. Bravo” que se encontraba desocupado, no lo atendió porque la víctima no estaba herida, sin siquiera preocuparse por verificar los síntomas expuestos por el paciente, que como también se observa, no era un paciente común, por el contrario, se trataba de una persona de especiales características, características tales como su diabetes, su hipertensión, su edad de 64 años, factores estos que aumentaban la situación de riesgo en que se encontraba la salud y la vida del paciente, pues, al respecto, no puede perderse de vista que se trataba de un sujeto de especial protección constitucional, en tanto el daño recayó sobre una persona perteneciente a la tercera edad¹⁰⁸.

Asimismo, se resalta que es la historia clínica de Gildardo Antonio López la que evidencia que éste sólo recibió atención médica cuando ya se encontraba inconsciente y en estado crítico.

Ahora bien, aunque no es objeto del recurso de apelación el debate sobre la configuración o no del daño antijurídico, la Sala hace relación a dicho daño por cuanto es de él de donde deriva el juicio de imputación que aquí se analiza.

Al respecto, considera la Sala que los derechos que se protegen mediante la prestación del servicio de salud son, principalmente, el derecho a la vida y a la integridad psicofísica del paciente, así como el mismo derecho a la salud y a su recuperación.

En este entendido deben observarse los derechos a la salud y a la recuperación de la salud, que bajo las voces del artículo 49 constitucional¹⁰⁹ se promocionan y protegen mediante la garantía del servicio público de salud, que a su vez resguardan los derechos a la vida y la integridad psicofísica del paciente. Así las cosas, la Sala considera que si bien en el caso de autos se vio afectado el derecho a la vida de Gildardo Antonio López Ramírez, lo cierto es que este, además, tenía derecho a recuperar o restablecer su salud mediante la prestación del servicio, especialmente, del servicio inicial de urgencia.

Por lo anterior no es de recibo el criterio de la entidad apelante, según el cual no *“no puede afirmarse que la falla del servicio en la que se presume que incurrió la*

¹⁰⁸ Artículo 46. El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria. El Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia.

¹⁰⁹ Artículo 49. Modificado por el Acto Legislativo No 02 de 2009. La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

entidad DEMANDADA tenga incidencia en el resultado (...) porque no se acreditó por la parte DEMANDANTE el vínculo causal entre la falla (actividad de la administración por acción u omisión) y el hecho dañoso de la muerte”. Nótese que la hipótesis así planteada refiere la muerte¹¹⁰, esto es, la afectación del derecho a la vida, como el único daño antijurídico que sufrió la víctima, pero pierde de vista que éste devino de la vulneración de su derecho a recuperar la salud mediante la prestación del servicio público de salud, ya que como bien lo sostuvo la misma apelante el paciente se encontraba en una “precaria condición de salud” y, se itera, fue privado de la oportunidad de recuperarla, pues es claro, que el paciente tenía derecho a recibir la atención médica “inicial de urgencia” tendiente a restaurar, o por lo menos estabilizar, su salud pero, inconscientemente, la entidad demandada lo privó de tal posibilidad y sólo lo atendió cuando éste se hallaba “en estado crítico”, momento en el cual su reanimación se hizo imposible.

Al respecto, cita la Sala un pronunciamiento reciente de la Subsección A, en el cual se dijo:

Así las cosas, si bien es cierto que en este asunto no puede concluirse con la fuerza de convicción necesaria que la actuación –o mejor– la omisión de la entidad demandada en haber retardado por dos horas la intervención quirúrgica que necesitaba el paciente o, en no haber suministrado la cantidad de sangre que se requería, pudieran erigirse en las causas determinantes del deceso del señor Jhon Fernando Urueña García, no es menos cierto que dichas omisiones excluyen la diligencia y cuidado con que debió actuar la entidad para dispensar una eficaz prestación del servicio público. Así pues, si el Hospital EL Tunal III Nivel hubiera dado cumplimiento a dichos requerimientos para recobrar la salud del paciente, no le habría hecho perder al aludido paciente el “chance” o la oportunidad de recuperarse.

Así las cosas, para el sub examine, resulta evidente la pérdida de la oportunidad de recobrar la salud del paciente, toda vez que la omisión de la entidad demandada le restó oportunidades a la víctima de sobrevivir, puesto que -bueno es reiterarlo-, le dejó de brindar atención durante las dos primeras horas, así como no realizó la transfusión que necesitaba el paciente -pues no contaba con la suficiente cantidad de sangre- y, cuando finalmente se dio cumplimiento a dicho requerimiento, éste no pudo recobrar su salud y falleció horas después, por manera que ante un hecho evidente, como lo era la progresiva hemorragia del señor Urueña García, la entidad demandada debió, en un primer momento, brindar la atención durante esas dos primeras horas de evolución de su cuadro clínico y, en segundo término, disponer de la cantidad necesaria de sangre para transfundirlo antes de que su estado hubiere empeorado al punto de ser irreversible. Por lo tanto, la Sala declarará la responsabilidad del Hospital El Tunal III Nivel por la pérdida de la oportunidad de curación y de sobrevivir, la cual tiene relación y/o nexo directo con la actuación de dicha entidad.

En casos como el presente, en los cuales se ha declarado la responsabilidad del Estado con fundamento en la denominada pérdida de oportunidad, la Jurisprudencia de esta Sección ha razonado de la siguiente forma:

“...Debe señalarse que la mayor parte de los desarrollos relacionados con este tópico han tenido lugar, siguiendo la línea que se evidencia en otras latitudes –a lo cual se hizo alusión precedentemente– en el derecho de daños y, más puntualmente, en el ámbito de la responsabilidad médica; es, entonces, en este terreno, aquél en el cual principalmente puede referirse la existencia de pronunciamientos en los cuales la Sala ha reconocido algunos de los elementos de

¹¹⁰ Copia auténtica del certificado de defunción expedido por la Notaría Sexta del Círculo de Pereira – Risaralda, en el que consta que bajo el folio No. 3510219, se halla inscrita la muerte del señor Gildardo Antonio López Ramírez, el 27 de enero de 2000 en el Municipio de Pereira – Risaralda (Fls 10 del C.1)

la figura de la pérdida de chance, como la combinación de elementos de certeza y de incertidumbre que comporta¹¹¹, su aparente proximidad —que no identificación— con la antes mencionada causalidad probabilística, así como la distinción —también referida previamente en este proveído— entre la relación causal del hecho considerado dañino con la ventaja finalmente perdida o con el detrimento a la postre padecido por la víctima, de un lado y con la desaparición de la probabilidad de alcanzar dicho provecho o de evitar el deterioro patrimonial, de otro, como modalidades de daño claramente diferenciables:

“Ahora bien, la Sala se pregunta: ¿ese cúmulo de deficiencias, fue la causa exclusiva del deceso del paciente ? o fue causa de la pérdida del chance para la recuperación del paciente?.

- En cuanto al primer punto: “la muerte” del paciente tiene su causa en la negligencia administrativa?.

Al respecto no existe prueba que conduzca a la Sala a afirmar lo uno o lo otro y, en esa medida, no puede sostenerse por ejemplo, que la falta de valoración oportuna por un especialista de neurología haya sido la causa que concurrió con la patología del enfermo al desenlace fatal. Tampoco puede concluirse que la no práctica oportuna del scanner tenga la suficiente eficacia causal para comprometer la responsabilidad demandada. Pero lo que si resulta absolutamente claro, es que las omisiones en que incurrió el grupo médico o la organización institucional en la prestación del servicio de salud, excluyen la idea de diligencia y cuidado, de regularidad y eficaz prestación del servicio público.

(...).

En cuanto al otro punto: ¿la negligencia administrativa fue causa de la pérdida de “chance” u oportunidad para la recuperación del paciente?.

Para la Sala no es claro que aún si la Administración hubiera actuado con diligencia el señor Franklin habría recuperado su salud; pero sí le es claro, con criterio de justicia, que si el demandado hubiese obrado con diligencia y cuidado

¹¹¹ Así, en pronunciamiento en el cual condenó a la entidad demandada —Hospital Militar Central— por entender que incurrió en una falla en la prestación del servicio a su cargo al incurrir en una omisión en el deber de información al paciente que le impidió a éste optar por someterse o rehusar la intervención médica, con lo cual se le privó de “la oportunidad de no resultar afectado por una intervención que podía aceptar o no”, la Sala expresó lo siguiente en relación con el contenido de la noción de “pérdida de oportunidad” que invocó como sustento de la condena:

“Así ocurre en materia de pérdida de oportunidad y en cada caso se impone el examen de los hechos que permita calificar el daño. La pérdida de oportunidad en ocasiones es un perjuicio actual y en otras un perjuicio futuro. Invocada la posibilidad de un perjuicio cuya realización no puede constatarse, la incertidumbre subsistirá por siempre pero la oportunidad existía, se perdió y en forma definitiva. Hipótesis en el terreno judicial suelen concebirse como la del abogado que no apeló y por ello se perdió la oportunidad de éxito en el recurso. Si la oportunidad aparece como nula o prácticamente nula el perjuicio se limita a los gastos resultantes para el cliente por el error cometido por el responsable.(...)”

La pérdida de la oportunidad de curarse o de sobrevivir se toma en consideración cuando es virtual y atribuible al accidente, en tanto que si ella es apenas eventual no será tenida como reparable: “Si la víctima o sus causahabientes pueden establecer que sus oportunidades de curación hubiesen sido más grandes si el médico le hubiera dispensado cuidados más atentos, ella podría obtener por ese concepto indemnización de daños y perjuicios” —La Responsabilité Civile, Philippe Le Tourneau, Dalloz, 1972, p. 112 —.(...)”

Se recuerda que la falla no consistió en la atención médica propiamente dicha, la cual fue diligente y oportuna (ver su copiosa historia clínica contenida en el c. 3), sino en la pérdida de oportunidad del paciente, ampliamente comentada. Esto nos conduce necesariamente a reflexionar sobre el monto de la condena.(...)”

Entonces, tomando como referencia el ya deteriorado estado de salud presentado por LUIS ALFREDO SÁNCHEZ antes del 13 de mayo de 1993, y el dictamen médico laboral rendido con posterioridad, la Sala, en aplicación del principio de arbitrio judicial, considera justo y proporcional al 50% del perjuicio causado, reconocer a los demandantes las siguientes sumas: ...” (énfasis añadido). Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 24 de enero de 2002; Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros; Radicación número: 25000-23-26-000-1994-9875-01(12706).

no le habría hecho perder al paciente el chance u oportunidad de recuperarse”.

La jurisprudencia ya trató antes ese punto. En sentencia dictada el día 26 de abril de 1999 se dijo:

‘Si bien es cierto que no existe certeza en cuanto a que de haberse realizado un tratamiento oportuno el paciente no hubiera muerto pues nunca se tuvo un diagnóstico definitivo de la enfermedad que padecía, sí lo es en cuanto a que el retardo de la entidad le restó oportunidades de sobrevivir. Se trata en este caso de lo que la doctrina ha considerado como una ‘pérdida de una oportunidad’. Al respecto dice Ricardo de Angel Yaguez:

‘Es particularmente interesante el caso sobre el que tanto ha trabajado la doctrina francesa, esto es, el denominado la perte d’une chance, que se podría traducir como ‘pérdida de una oportunidad’.

‘CHABAS ha hecho una reciente recapitulación del estado de la cuestión en este punto, poniendo, junto a ejemplos extraídos de la responsabilidad médica (donde esta figura encuentra su más frecuente manifestación), otros como los siguientes: un abogado, por negligencia no comparece en un recurso y pierde para su cliente las oportunidades que éste tenía de ganar el juicio; un automovilista, al causar lesiones por su culpa a una joven, le hace perder la ocasión que ésta tenía de participar en unas pruebas para la selección de azafatas.

‘Este autor señala que en estos casos los rasgos comunes del problema son los siguientes: 1. Una culpa del agente. 2. Una ocasión perdida (ganar el juicio, obtención del puesto de azafata), que podía ser el perjuicio. 3. Una ausencia de prueba de la relación de causalidad entre la pérdida de la ocasión y la culpa, porque por definición la ocasión era aleatoria. La desaparición de esa oportunidad puede ser debida a causas naturales o favorecidas por terceros, si bien no se sabrá nunca si es la culpa del causante del daño la que ha hecho perderla: sin esa culpa, la ocasión podría haberse perdido también. Por tanto, la culpa del agente no es una condición sine qua non de la frustración del resultado esperado.

‘En el terreno de la Medicina el autor cita el caso de una sentencia francesa. Una mujer sufría hemorragia de matriz. El médico consultado no diagnostica un cáncer, a pesar de datos clínicos bastante claros. Cuando la paciente, por fin, consulta a un especialista, es demasiado tarde; el cáncer de útero ha llegado a su estado final y la enferma muere. No se puede decir que el primer médico haya matado a la enferma. Podría, incluso tratada a tiempo, haber muerto igualmente. Si se considera que el perjuicio es la muerte, no se puede decir que la culpa del médico haya sido una condición sine qua non de la muerte. Pero si se observa que la paciente ha perdido ocasiones de sobrevivir, la culpa médica ha hecho perder esas ocasiones. El mismo razonamiento se puede aplicar a un individuo herido, al que una buena terapia habría impedido quedar inválido. El médico no aplica o aplica mal aquella terapéutica, por lo que la invalidez no puede evitarse. El médico no ha hecho que el paciente se invalide, sólo le ha hecho perder ocasiones de no serlo’. (RICARDO DE ANGEL YAGUEZ. Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño). Madrid, Ed. Civitas S.A., 1995, págs. 83-84).

En conclusión la falla del servicio de la entidad demandada que consistió en la falta de diligencia para realizar un diagnóstico oportuno de la enfermedad sufrida por el paciente e iniciar de manera temprana el tratamiento adecuado, implicó para éste la pérdida de la oportunidad de curación y de sobrevivir”¹¹².

La pérdida por parte de Franklin, de esa oportunidad para recuperarse sí tiene

¹¹² Nota original de la sentencia citada: Sección Tercera. Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 10.755. Actor Elizabeth Bandera Pinzón. Demandado: I.S.S.

nexo directo con la falencia administrativa.

El elemento de responsabilidad, nexo de causalidad, se estableció indiciariamente: ...” (negritas en el texto original).

En otra ocasión la Sala formuló consideraciones que mediante el presente pronunciamiento se reiteran en punto de la naturaleza jurídica de la noción de pérdida de oportunidad, de su ubicación en la estructura del juicio de responsabilidad por fuera del examen de la causalidad —de modo que la figura en cuestión mal podría considerarse como un sucedáneo de la acreditación del vínculo causal, mismo que, no obstante, se recalcó que puede probarse valiéndose de la demostración de una probabilidad determinante o suficiente, con apoyo en prueba indiciaria¹¹³—, de la necesidad de cuantificar científica y estadísticamente la probabilidad de acceder a una ventaja o de evitar un perjuicio que desapareció como consecuencia de la acción o de la omisión del demandado y, especialmente, la insoslayable exigencia de que entre el hecho dañino y la pérdida de chance como daño a reparar se acredite —como no podría ser de otro modo— la existencia del correspondiente ligamen causal, por manera que si dicha relación entre la falla del servicio y la pérdida de oportunidad cuya reparación se procura no queda debidamente probada, deben denegarse las pretensiones de la demanda¹¹⁴:

“También ha señalado la Sala que para que haya lugar a la reparación no es necesario acreditar que una adecuada prestación del servicio médico asistencial hubiera impedido el daño, porque bastaría con establecer que la falla del servicio le restó al paciente oportunidades de sobrevivir o de curarse.

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

¹¹³ En relación con este extremo la Sala sostuvo lo siguiente:

“En cuanto a la prueba del vínculo causal, ha considerado la Sala que cuando resulte imposible esperar certeza o exactitud en esta materia, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación, “el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia” — Cfr. RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ. Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño), Ed. Civitas S.A., Madrid, 1995, p. 42.—, es decir, que la relación de causalidad queda probada “cuando los elementos de juicio suministrados conducen a ‘un grado suficiente de probabilidad’, que permita tenerlo por establecido.

De manera más reciente se precisó que la exigencia de “un grado suficiente de probabilidad”, no implicaba la exoneración del deber de demostrar la existencia del vínculo causal entre el daño y la actuación médica, que hiciera posible imputar a la entidad que prestara el servicio, sino que esta era una regla de prueba, con fundamento en la cual el vínculo causal podía ser acreditado de manera indirecta, mediante indicios — Ver, por ejemplo, sentencias de 14 de julio de 2005, exps: 15.276 y 15.332.— Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 31 de agosto de 2006; Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio; Radicación número: 68001-23-31-000-2000-09610-01(15.772).

¹¹⁴ Como de hecho fueron denegadas en el caso concreto resuelto mediante el pronunciamiento en cita, en el cual el análisis se centró en establecer si existía, o no, vínculo causal entre la producción del paro cardiorrespiratorio que sufrió un menor de edad en fase de pos operatorio y la prestación del servicio médico que la parte demandante calificaba como negligente y errada en todas sus etapas; por el contrario, el Hospital demandado adujo en su defensa que el referido paro fue una consecuencia natural e inevitable de la grave enfermedad que aquejaba al paciente. La Sala consideró que si bien las pruebas testimonial y documental recaudadas en el proceso hacían evidente la ocurrencia de irregularidades en la prestación del servicio médico, no existía elemento acreditativo alguno que permitiera construir un indicio en torno de la existencia de nexo causal entre el paro cardiorrespiratorio que sufrió el menor en el pos operatorio y la irregular atención que se le brindó desde su llegada al Hospital y en el acto quirúrgico propiamente dicho. Al contrario, la Sala estimó que obraban pruebas en el expediente que confirmaban que el daño constituyó una secuela natural de la propia enfermedad, la cual no pudo ser evitada por los médicos que lo asistieron y, en consecuencia —como se ha dicho— fueron denegadas las pretensiones de la demanda, para lo cual se argumentó que la noción de pérdida de oportunidad no puede ser empleada como sucedáneo de la prueba del vínculo causal entre la falla y el daño a reparar.

recuperar su salud es aleatoria, regularmente difícil de establecer en términos porcentuales.

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

(...)

Ahora bien, se afirma que el hecho de que no se hubiera realizado un diagnóstico más temprano de la enfermedad, o de que la cirugía no se le hubiera practicado, al menos, en la fecha en que lo recomendó el cardiólogo, hicieron perder al paciente la oportunidad de obtener el restablecimiento pleno de su salud. Sin embargo, esas afirmaciones se quedan en el marco de la mera especulación pues no existe ninguna prueba directa ni indiciaria que acredite que el paciente tenía posibilidades reales de recuperar su salud, sin que la enfermedad le dejara secuelas, siempre que la cirugía se le hubiera practicado en los primeros días de su ingreso al Hospital demandado, **y menos, que en el evento de existir tales posibilidades se pudiera establecer cuáles eran éstas en términos porcentuales**^{115,116,117}.

En el caso de autos, forzoso es resaltar que si bien no se acreditó la hora exacta de entrada del paciente a las instalaciones de la clínica Pio XII de Pereira, lo cierto es que el dicho de los demandantes, según los cuales la llegada fue aproximadamente a las 12:30 del mediodía, se encuentra plenamente corroborado mediante el testimonio de Juan Bautista Ramírez y mediante los diferentes hechos indicadores probados en el plenario, tales como la ausencia en las notas de enfermería de la fecha y la hora de atención y la omisión de la entidad demandada en certificar la hora en que el paciente se acercó a la ventanilla de facturación para cancelar el valor correspondiente a la prestación del servicio, certificación ésta que fue requerida por el Tribunal *A quo* y por los demandantes en múltiples oportunidades. Al respecto obra el siguiente material probatorio:

- Copia auténtica del derecho de petición interpuesto por el apoderado de Luz Dary Arias Quintero, ante el jefe de facturación del Instituto de Seguros Sociales Seccional Risaralda, Clínica Pio XII, en el que solicitó copia de los documentos referentes a la atención del fallecido Gildardo Antonio López Ramírez¹¹⁸, especialmente, la factura en donde consta la hora de ingreso a ventanilla del paciente.

- Copia auténtica del derecho de petición interpuesto el 25 de enero de 2001, por el apoderado de Luz Dary Arias Quintero, ante el gerente de la Clínica Pio XII, del Instituto de Seguros Sociales Seccional Risaralda, donde demandó la respuesta al derecho de petición presentado seis meses atrás, esto es, el día 30 de junio del 2.000, en el cual reiteró la solicitud de copia de los documentos referentes a la atención del fallecido Gildardo Antonio López Ramírez¹¹⁹, especialmente, la factura en donde consta la hora de ingreso a ventanilla del paciente.

¹¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 31 de agosto de 2006; Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio; Radicación número: 68001-23-31-000-2000-09610-01(15772).

¹¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de julio de 2011. Exp. 20.139. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹¹⁷ Consejo de Estado, sentencia de 14 de marzo de 2013, Exp. 23.632, C.P.: Dr. Hernán Andrade Rincón.

¹¹⁸ Fls 13 – 14 del C. 1

¹¹⁹ Fls 15 – 16 del C.1

- Copia autentica del oficio expedido por el señor Francisco Javier Mesa, gerente de la Clínica Pio XII, del Instituto de Seguros Sociales Seccional Risaralda, en el que declaró la imposibilidad de enviar la valorización de servicios individual a nombre del señor Gildardo Antonio López¹²⁰.
- Copia del oficio expedido por el señor Carlos Alberto Morales Gómez, Coordinador de Facturación Clínica Pio XII, con fecha 19 de febrero de 2001, en el que manifestó que la valorización de servicios del mencionado paciente no se encontró en el archivo de facturación, pues la caja aparece abierta y además informó que se verificó el Backup y se constató que esta valorización (sic) se hizo por paquete, razón por la cual no aparece individualizada la respectiva factura¹²¹.
- Copia del oficio expedido por el señor Francisco Javier Mesa, gerente de la Clínica Pio XII, con fecha 26 de enero de 2001, en el que consta que se trasladó a Coordinación de Facturación y Cobranzas la diligencia requerida en el derecho de petición¹²².
- Copia del oficio expedido por el señor Francisco Javier Mesa, gerente de la Clínica Pio XII, dirigido al Dr. Carlos Alberto Morales G, Coordinador de Facturación y Cobranzas Clínica Pio XII, con fecha 25 de enero de 2001, en el que se solicita copia de la valoración de servicios del paciente Gildardo Antonio López¹²³.
- Copia del oficio N° 4241, expedido por el Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda, con fecha 02 de octubre de 2002, por medio del cual solicitan completar el oficio N° 2443 del 02 de julio de 2002, en el sentido de que se sirva remitir copia íntegra y autentica de la factura de suministro de medicamentos, en donde consta el tratamiento brindado, la hora de ingreso a ventilla y la hora de egreso del paciente Gildardo Antonio López Ramírez¹²⁴.
- Copia autentica del oficio expedido por la señora Olga Mercedes León Castañeda, enfermera de la Clínica Pio XII, del Instituto de Seguros Sociales Seccional Risaralda, en el que informa que después de revisado el archivo de auditoria médica y calidad no se encontró investigación alguna de este proceso¹²⁵.
- Copia de la solicitud realizada por el apoderado de Luz Dary Arias Quintero, en la que solicitó completar la remisión íntegra y auténtica de la factura de suministros de medicamentos, en que conste el tratamiento que le fue brindado al señor Gildardo Antonio López Ramírez¹²⁶.
- Copia del oficio expedido por el Departamento Jurídico Clínica Pío XII Instituto de Seguros Sociales, con fecha 21 de noviembre de 2002, en el que solicitó información sobre la calidad del paciente Gildardo Antonio López Ramírez, (afiliado – beneficiario - pensionado) para adelantar la búsqueda en los archivos que se encuentran en medio magnético y además se expresó que se encontró en los archivos que el paciente en mención ingresó a las 13:01 del día 27 de enero de

¹²⁰ Fls 17 del C. 1

¹²¹ Fls 18 del C.1

¹²² Fls 19 del C. 1

¹²³ Fls 20 del C. 1

¹²⁴ Fls 26 del C. 2

¹²⁵ Fls 9 del C. 2

¹²⁶ Fls 17 del C. 2

2000¹²⁷.

En primer lugar debe anotarse que así como la renuencia a aportar la historia clínica constituye un indicio en contra de la entidad demandada¹²⁸, de la misma manera la renuencia a aportar la información o la factura que contiene la hora de llegada del paciente al centro médico, debe valorarse en contra de dicha entidad.

Ahora, si bien en algunas anotaciones de la historia clínica y en la certificación antes mencionada, la entidad demandada anotó que la atención o el ingreso del paciente se efectuó a las “13:01” o 13:03”, este hecho sólo acredita que esta fue la hora en que el personal médico tuvo contacto con el paciente, lo cual permite inferir que efectivamente Gildardo Antonio López aguardó en la sala de espera de la Clínica Pio XII un lapso de tiempo aproximado de 30 minutos, pues si se afirma que la llegada fue a las 12:30, el testigo sostiene que la espera fue de 30 minutos y las anotaciones médicas fueron hechas a las 13:01, es claro que el tiempo de espera fue el señalado.

Así las cosas, en el hecho de haber dejado pasar 30 minutos aproximadamente antes de valorar la urgencia del señor y en la falta de oportunidad y de prestación del servicio inicial de urgencia, se halla el retardo, la negligencia y falta de sensibilidad frente a la dolencia del señor Gildardo Antonio López, lo que a todas luces constituye una falla en el servicio consistente en la falta de oportunidad del servicio público de salud que impidió que el paciente ejerciera el derecho de recuperar su salud, o por lo menos de estabilizarla, al amparo del artículo 49 constitucional, aspecto éste que afecta la calidad en la prestación del servicio y torna imputable a la entidad demandada el resultado lesivo.

2.2 Concurrencia del hecho de la víctima en la concreción del daño antijurídico

En el *sub judice* el *A quo*, pese a encontrar responsable a la entidad estatal del fallecimiento del señor Gildardo Antonio López Ramírez, aclaró que éste contribuyó al desenlace fatal con su conducta imprudente y negligente, consistente en practicar ejercicio y actividades de esfuerzo físico a su edad y en su estado de salud, participación a la que le atribuyó un 20% de responsabilidad, el cual tuvo en cuenta para disminuir en este porcentaje del quantum indemnizatorio.

Por su parte, la entidad demandada en su escrito de apelación consideró que la culpa de la víctima está acreditada y, aunque fue reconocida por el Tribunal Contencioso de Risaralda, no compartió que tal reconocimiento no se hiciera de manera exclusiva. En consecuencia, solicitó que se declare que la muerte de Gildardo Antonio López Ramírez obedeció de manera definitiva, determinante y eficiente al hecho de la víctima, o en subsidio, en el evento en que se encontrara probada la concurrencia de culpas que se establezca que “*la actividad de la víctima por su magnitud, imprudencia e incidencia en el hecho dañoso de la muerte deberá entonces ser graduada con mayor significación en su repercusión el campo indemnizatorio*”.

En relación con el hecho de la víctima como eximente de responsabilidad, la doctrina y la jurisprudencia han elaborado esta tesis bajo la aplicación de cuatro

¹²⁷ Fls 29 del C. 2

¹²⁸ Consejo de Estado, sentencia de 8 de junio de 2011, Exp. 19.573, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, en cita de la Sentencia de 31 de agosto de 2006. Exp.15772.

elementos. Así, se ha dicho que la actuación de la víctima debe ser exclusiva¹²⁹ y única, determinante¹³⁰, imprevisible¹³¹ e irresistible¹³² para que se convierta en exoneratorio de la responsabilidad de la administración.

Al respecto ha dicho la jurisprudencia:

“Por otra parte, a efectos de que operen las citadas eximentes de responsabilidad, es necesario aclarar, en cada caso concreto, si el proceder -activo u omisivo- de la víctima tuvo, o no, injerencia y en qué medida, en la producción del daño. En ese orden de ideas, resulta dable concluir que para que el hecho de la víctima tenga plenos efectos liberadores de la responsabilidad estatal, resulta necesario que la conducta desplegada por la víctima sea tanto causa del daño, como la raíz determinante del mismo, es decir, que se trate de la causa adecuada, pues en el evento de resultar catalogable como una concausa en la producción del daño no eximirá al demandado de su responsabilidad y, por ende, del deber de indemnizar, aunque, eso sí, habrá lugar a rebajar su reparación en proporción a la participación de la víctima”.

En este orden de ideas, y como se dejó dicho que el derecho lesionado de la víctima no sólo fue su derecho a la vida, sino que antes de ello se vulneró el derecho de éste a recuperar su salud mediante el servicio público de atención médica, resulta ilógico pensar en atribuirle un porcentaje de participación a la víctima.

Debe tenerse como obvio que, por lo regular, sólo acuden al servicio de urgencias de las entidades hospitalarias las personas que ostentan un quebranto en su estado de salud y que el objeto del servicio público de salud, conforme al varias veces mencionado artículo 49 constitucional, es, precisamente, el restablecimiento de la misma; entonces, es este el objeto con que el paciente acude al servicio de urgencias, por lo que resulta absurdo atribuir responsabilidad a la víctima de un accidente, de un deporte extremo o de cualquier eventualidad que produzca un daño en la salud, cuando finalmente éste no fallece como consecuencia directa de tal evento sino como producto de la falta de oportunidad en el servicio médico, esto es, por una falla de la entidad prestadora del servicio de salud.

Sin embargo, en el caso de autos se hace énfasis en que el derecho lesionado en la víctima fue aquel que lo hace acreedor a recibir una atención médica que eventualmente le brinde la probabilidad de recuperar la salud o evitar un resultado fatal, por lo que, se insiste, mal podría hablarse de una participación de la víctima, mucho menos cuando ella y sus acompañantes requirieron al personal médico la atención inmediata y lo informaron de sus patologías de base sin obtener la prestación del servicio, que no se produjo sino hasta cuando el paciente entró en estado crítico y perdió la consciencia, por paro respiratorio.

Visto lo anterior, debe concluirse que no opera la teoría del hecho de la víctima ni como eximente de responsabilidad ni como conducta concurrente en la producción del daño, por lo tanto, no puede aplicarse la reducción en su apreciación, pues ésta está reservada para cuando el que ha sufrido el daño se expuso a él

¹²⁹ Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición, presenta la siguiente definición: 1. Adj. Que excluye o tiene fuerza o virtud para excluir. 2. Adj. Único, solo, excluyendo a cualquier otro.

¹³⁰ Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición, presenta la siguiente definición: Que determina o hace tomar alguna resolución.

¹³¹ Es decir, que no se puede prever lo que ha de suceder, ya sea mediante conjeturas, señales o indicios.

¹³² Que no pueda resistirse, rechazarse u oponerse a su fuerza.

imprudentemente¹³³.

No obstante, en atención a que en el *sub judice* la entidad demandada obra en calidad de apelante único y en aplicación del principio de la *non reformatio in pejus*, por regla general¹³⁴, no puede agravarse su situación, lo que quiere decir que no puede agravarse la condena impuesta al ISS, pues esta garantía constitucional¹³⁵ ampara el derecho individual de la parte que resultó parcialmente vencida en el proceso, consistente en que, si apela, no puede ser modificado lo que le fue favorable porque la contraparte, al no recurrir, consintió en lo que se decidió en su contra, luego, quien consiente en lo desfavorable de un fallo, dispone de su interés al someterse inmediatamente a él, no obstante tener la posibilidad legal de alzarse contra la decisión mediante la interposición y sustentación del recurso de apelación.

Entonces, el principio de la *non reformatio in pejus* muestra en el trasfondo la protección de un interés individual que se ampara precisamente porque la otra parte dispuso del suyo al no recurrir lo que le fue desfavorable, evento en el cual las facultades del juez se restringen para proteger el derecho individual del apelante único.

En conclusión, aun cuando la Sala considera que en el caso de autos no se configuró el hecho de la víctima y, en consecuencia, no había lugar a la reducción de la condena en un 20% como equivocadamente lo determinó el Tribunal, la sentencia apelada se confirmará.

3. Costas

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

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

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 13 de noviembre de 2003¹³⁶ proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda, por los argumentos expuestos en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Una vez ejecutoriada la presente sentencia **DEVUÉLVASE** inmediatamente el expediente al Tribunal de origen.

¹³³ Artículo 2357 del Código Civil. Reducción de la Indemnización. La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente.

¹³⁴ Este principio admite como excepción, que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella y los casos en que debe surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte que no apeló. (Consejo de Estado, sentencia de 24 de marzo de 2011, Exp. 18118).

¹³⁵ El artículo 31 superior, al consagrar el principio de la doble instancia, impone como una limitación a la actividad del Juez, el agravar la condición de quien comparece como apelante único en segunda instancia.

¹³⁶ Fls 95 -106 del C - 4

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

ENRIQUE GIL BOTERO
Presidente

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Magistrado
Aclaró voto

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Magistrado