

## **FALLA DEL SERVICIO MEDICO / CARGA DE LA PRUEBA / FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA**

Una operación proyectada hacia determinado objetivo, se pasó inconsultada e intempestivamente a un campo no previsto expresamente en la estrategia quirúrgica y de la cual el mayor interesado y afectado nada sabía. Por norma general le corresponde al actor la demostración de los hechos y cargos relacionados en la demanda. Sin embargo, con mucha frecuencia se presentan situaciones que le hacen excesivamente difícil, cuando no imposible, las comprobaciones respectivas, tal el caso de las intervenciones médicas, especialmente quirúrgicas. Los médicos podrán exonerarse de responsabilidad y con ello los centros clínicos oficiales que sirven al paciente, mediante la comprobación, que para ellos es más fácil y práctica, de haber actuado con la eficiencia, prudencia e idoneidad requeridas por las circunstancias propias al caso concreto permitiéndole al juzgador un mejor conocimiento de las causas, procedimientos, técnicas y motivos que llevaron al profesional a asumir determinada conducta o tratamiento.

## **CULPA DE LA VICTIMA**

A pesar de la delicada lesión diagnosticada radiológicamente, el paciente se abstuvo de concurrir a exámenes y consultas de control, cuando dada la gravedad de su lesión se hizo necesario intervenirlo quirúrgicamente. Sin duda el comportamiento omisivo repercutió en la agravación de su enfermedad, permitió el proceso infeccioso y, consecuentemente facilitó las dificultades para adelantar el tratamiento de cirugía a que se sometió y que culminó con la parálisis facial del lado derecho. Estima la Sala que hubo culpa parcial de la víctima en el resultado dañoso que lo afectó, culpa que calculada en un 20 %, implica a su vez atenuar la responsabilidad del ente demandado y la correspondiente condena en el mismo porcentaje.

## **ACCION DE REPARACION DIRECTA / CADUCIDAD**

No comparte la Sala la forma de calcular el término de caducidad por parte del Ministerio Público, toda vez que si bien es cierto el hecho dañoso se produjo durante la intervención quirúrgica, la situación fue prolongada en el tiempo por el propio ISS al pretender días más tarde, hacerle un injerto con resultados negativos, de donde se infiere que realmente sólo hasta esta segunda intervención se consolidó y aseguró la consecuencia dañosa, que originó la demanda, fecha ésta última frente a la cual no había transcurrido el plazo de caducidad, cuando se introdujo la demanda.

## **CONSEJO DE ESTADO**

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

### **SECCION TERCERA**

**Consejero ponente: DANIEL SUAREZ HERNANDEZ**

Santafé de Bogotá, D.C., Julio treinta (30) de mil novecientos noventa y dos (1992)

**Radicación número: 6897**

**Actor: GUSTAVO EDUARDO RAMIREZ Y OTRO**

Procede la Sala a decidir sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia dictada el 12 de julio de 1991 por el Tribunal Administrativo de Risaralda, en la cual se negaron las súplicas de la demanda.

## **I. ANTECEDENTES**

1o. La demanda. -

Con fecha 9 de julio de 1990, los señores Gustavo Eduardo Ramírez Morales y Adiel Ocampo Rivera, en ejercicio de la acción de reparación directa, ante el Tribunal Administrativo de Risaralda formularon demanda contra el Instituto de los Seguros Sociales, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas :

"1o. Condénase al INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES a pagar a GUSTAVO EDUARDO RAMIREZ MORALES los daños y perjuicios materiales que se presenten por la pérdida de su capacidad laboral, habida consideración que este tipo de enfermedades producen deterioros de salud importantes, que impiden el desempeño normal de actividades laborales.

"Estos daños y perjuicios se pagarán al afectado o a quien sus derechos representaren al momento del fallo.

"Subsidiariamente:

"A falta de bases suficientes para la liquidación., El Honorable Tribunal se servirá fijarlos, por razones de equidad, en el equivalente en pesos a la fecha de la ejecutoria de la sentencia de cuatro mil gramos oro fino, de conformidad con lo reglado en los Arts. 4o. y 8o. de la Ley 153 de 1887, los mismo que el Art. 107 del Código Penal.

" 2o. Condénese al INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES a pagar a GUSTAVO EDUARDO RAMIREZ MORALES y a ADIELA OCAMPO RIVERA o a quienes sus derechos representaren al momento del fallo, los daños y perjuicios morales ocasionados por la parálisis facial, permanente e irreversible que sufre el primero de los nombrados, como consecuencia de la intervención quirúrgica que le fuera practicada el 7 de Julio de 1988 en la Clínica del INSTITUTO en Pereira (R).

"Se reclaman para cada uno de los demandantes el equivalente en pesos a un mil gramos oro fino, al precio que se encuentre el metal en la fecha en que se ejecutorie la sentencia y de conformidad con la certificación que en tal sentido expida el Banco de la República (Art. 106 del Código Penal).

" 3o. Condénase al INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES, a pagar a la TOTALIDAD de los actores, o a quien o quienes sus derechos representaren al momento del fallo, los INTERESES que se causen desde la fecha de la ejecutoria de la sentencia.

" Con fundamento en lo dispuesto en el Art. 1653 del C.C., todo pago se imputará primero a intereses.

" Se pagarán intereses comerciales desde la fecha de la ejecutoria y transcurridos seis (6) meses los de mora.

" 4o. EL INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES dará cumplimiento a la sentencia dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de la ejecutoria de la sentencia, conforme a lo reglado en los Arts. 176, 177 y 178 del C.C.A.". (Fols. 54 a 57).

## 2o. Fundamentos de hecho

Se relaciona en la demanda a folios 57 a 60, y se reducen, en síntesis, a lo siguiente :

El señor Gustavo Eduardo Ramírez Morales como afiliado del Instituto de los Seguros Sociales consultó con un especialista de dicho organismo, doctor Manuel López Eslava, quien dispuso su hospitalización para someterlo a tratamiento quirúrgico por una otitis derecha que lo afectaba. El 7 de julio de 1988 se le practicó una mastoidectomía simple y timpanoplastía , ambas del lado derecho. A consecuencia del procedimiento quirúrgico el paciente presentó una parálisis facial derecha porque se había seccionado el nervio facial. Así consta en la historia clínica.

Posteriormente, el 24 de julio de 1988, se lo hospitaliza para hacerle un injerto neural tendiente a corregir la deficiencia surgida de la operación inicial, desafortunadamente sin resultados favorables para el paciente.

De lo anterior deduce la parte actora su derecho a reclamar indemnización por una mala prestación del servicio que genera la responsabilidad extracontractual del ente demandado.

## 3o. Actuación procesal. -

Notificado el Gerente Seccional del Instituto de Seguros Sociales del auto que admitió el libelo demandatorio, designó representante judicial quien en memorial de folios 85 a 92 dio contestación a la demanda, y precisó: que la lesión no era otitis, sino otomastoiditis, detectada desde el 16 de octubre de 1986 y que la cirugía se efectuó el 8 de julio de 1990.

Sostiene que "de no haberse realizado esta intervención quirúrgica los daños que le esperaban al señor Ramírez Morales eran progresivos con graves alteraciones y complicaciones para su estado normal de salud...".

Advierte la entidad demandada que ante la presencia de una otomastiditis crónica bilateral esta " ... debió tratarse continuamente pero que, de acuerdo a la historia clínica, no fue tratado, ya que el paciente durante el período comprendido entre el 9 de octubre de 1986 y el 23 de febrero de 1988 no volvió a consultar ". En tales condiciones el único tratamiento era el quirúrgico y se efectuó sin que pueda hablarse de impericia o imprudencia, porque "fue una operación normal, realizada por un profesional idóneo, capacitado y ético, que solo buscaba aliviar y procurar el bienestar que requería su paciente".

Sostiene la apoderada del ente oficial, que la sección parcial " era un daño en el nervio, que no se manifestaba aún externamente, pero que con el aumento de la infección necesariamente iba a terminar en una sección total, con graves implicaciones ...". Rechaza, de otra parte, la posibilidad de una mala atención o mala prestación del servicio "cuando en menos de 15 días se le realizan dos cirugías tratando de lograr la recuperación total o parcial de un paciente". Afirma también que la parálisis facial no ha disminuido la capacidad laboral del actor porque la lesión no tiene relación directa con sus labores. Por último manifiesta que el señor Ramírez, sin ninguna razón no regresó a fisioterapia.

Agotado el período probatorio, se dispuso el traslado respectivo para que las partes presentaran sus alegaciones, como en efecto lo hicieron. El Instituto demandado en escrito de folios 149 a 152 para reiterar su oposición a las pretensiones de la parte actora, concreta así sus planteamientos :

" De todo lo que se pudo establecer en el proceso, resultan los siguientes aspectos :

" La cirugía realizada al señor GUSTAVO EDUARDO RAMIREZ era necesaria y el único recurso médico en la patología que éste presentaba.

" - El acto quirúrgico se realizó de acuerdo con los procedimientos científicos que existen para estos casos y con las prescripciones y atenciones médicas especializadas que requirió este asunto.

" - Se logró la recuperación del señor RAMIREZ evitándole mayores complicaciones y agravamiento en su estado general de salud. La medicina es de medio no de resultado. Cuando se realiza una cirugía se pretende: salvar al paciente y esto es lo ideal, pero no siempre se logra.

" - De acuerdo con las normas que regulan los diferentes riesgos en el Seguro Social, el señor GUSTAVO EDUARDO RAMIREZ no tiene derecho al reconocimiento de pensión o indemnización, ya que por el riesgo de enfermedad común la calificación de inválido significa no poderse procurar los medios de subsistencia en un porcentaje inferior al 50% de lo que corresponde a un trabajador de iguales condiciones en la región". (Fols. 151 y 152).

La parte actora, en escrito de folios 153 a 169 reitera las peticiones de su demanda en el sentido de declarar la responsabilidad administrativa del Instituto de Seguros Sociales por una falla en el servicio cuya configuración deduce de los siguientes puntos :

" 1o. GUSTAVO EDUARDO RAMIREZ MORALES no había llegado a sufrir parálisis facial antes de ser intervenido de otitis derecha.

" 2o. No existía la sección parcial acusada por cuanto la Historia Clínica por su tratamiento no reportaba cuadro sintomático correspondiente a tal anomalía funcional.

" 3o. La Parálisis Facial es post - quirúrgica, esto es, como consecuencia de la intervención practicada al paciente.

" 4o. No se practicaron todos los exámenes pertinentes por el demandado en procura de obtener mejores resultados, y en prevención de riesgos, que en últimas , ocasiona la parálisis facial reseñada.

" 5o. Tampoco aparecen constancias en la Historia Clínica correspondiente al señor RAMIREZ MORALES, respecto a la información por parte del galeno, sobre los riesgos que conllevaba la intervención quirúrgica a que iba a ser sometido, en cuanto a su futuro estado salubre y compromiso de otros centros físicos vitales.

" 6o. En síntesis, GUSTAVO EDUARDO RAMIREZ MORALES ingresó a la sala de cirugía bien su aspecto físico aparente y salió de la misma con una parálisis facial que deforma su rostro, que no presentaba momentos previos a la intervención, ni en su existencia". (Fols. 164 y 165).

Al rendir su concepto de rigor, consideró la Fiscalía del Tribunal que sí se presentó una falla del servicio "ya que no se le notificó al señor Ramírez, de las consecuencias de la operación y el Dr. López Eslava, continuó con una actividad de riesgo, no obstante haber advertido que el nervio se encontraba expuesto y envuelto en el mismo proceso inflamatorio, sin medir las consecuencias que esto podía implicar, debiendo haberlo hecho de acuerdo a su profesión y actividad que desarrollaba".

#### 4o. La sentencia recurrida

El Tribunal, luego de referirse al material probatorio aportado al proceso, especialmente los antecedentes clínicos que condujeron a la intervención y los testimonios de los médicos Manuel Antonio López Eslava y Rodrigo Posada Trujillo, cirujanos que respectivamente intervinieron a Ramírez Morales, concluyó que no existió en caso bajo estudio falla en el servicio. En los siguientes términos se comprendía el criterio del a - quo:

" Así las cosas, se demostró que no existió imprudencia o imprevisión por parte de los médicos puesto que se le brindaron todos los medios adecuados para el caso; que la cirugía era absolutamente necesaria; los procedimientos fueron correctos; se hizo uso de los medios que la Medicina podía ofrecer y se obtuvo que la enfermedad no siguiera causando peores complicaciones al demandante. Desafortunadamente apareció la parálisis facial, pero por circunstancias totalmente ajenas al querer de los galenos y solamente por los motivos anotados en párrafos anteriores.

" Sabido es que toda operación o tratamiento médico tiene un margen de riesgo, que potencialmente puede causar un perjuicio temporal o definitivo en el paciente, pero en el caso sometido a nuestro estudio quedó demostrado que hubo diligencia, cuidado, exámenes, tratamientos adecuados, médicos especialistas. Recordemos que la primera operación duró 7 horas, y posteriormente fue intervenido con el único fin de encontrar la total recuperación del paciente, lo cual nos lleva a la conclusión de que no existió falla del servicio por parte de los Seguros Sociales, Seccional de Risaralda, en el caso del señor Gustavo Eduardo Ramírez Morales". (Fols. 196 y 197).

Consecuencialmente el a - quo negó las súplicas de la demanda.

#### 5o. La segunda instancia. -

Inconforme con el fallo del Tribunal, el apoderado de la actora interpuso recurso de apelación contra el mismo, para sostener la inexistencia de la fuerza mayor y de la culpa de la víctima planteadas en la sentencia. Descarta la primera por cuanto es de su propia naturaleza su imprevisibilidad y en el caso estudiado la lesión no tenía tal característica dados los antecedentes clínicos que el médico tratante conocía y que le permitía prever los efectos del procedimiento quirúrgico ejecutado. En cuanto a la culpa de la víctima en la causación de la parálisis facial sostiene el recurrente que no la hubo, por cuanto ésta se presentó luego de la operación, sin que sobre la misma se encuentre información que permita sostener su presencia previa al procedimiento quirúrgico.

Para la Fiscalía Décima de la Corporación la acción había caducado porque el hecho dañoso se presentó el 8 de julio de 1988 y la demanda se presentó el 9 de julio de 1990 cuando el plazo para el ejercicio de la acción de reparación directa había caducado.

## II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para efectos de la decisión que se va a tomar en esta providencia, la Sala encuentra probados los siguientes puntos :

- El señor Gustavo Ramírez Morales se encontraba afectado por una ostoimastoiditis crónica bilateral con marcada esclerosis, la cual le fue establecida radiológicamente en octubre de 1986. No obstante habersele ordenado diversos exámenes, el paciente no concurrió, ni lo hizo a los tratamientos correspondientes. Como consecuencia, desde octubre de 1986 hasta febrero de 1988 cuando volvió a consulta por la misma lesión, el proceso infeccioso progresó y las facultades auditivas también habían disminuido.

- El 8 de julio de 1988 fue intervenido en la clínica del Instituto de Seguros Sociales de Pereira, por el médico otorrinolaringólogo Manuel López Eslava quien le practicó una mastoidectomía simple derecha y timpanoplastía del mismo lado.

- Según la historia clínica, en la intervención se advirtieron los siguientes hallazgos :

"Mastoides ebornea, esclerosa, nervio facial expuesto y con sección parcial, se trató de suturar lo cual fue imposible a pesar de múltiples intentos. Se coloca injerto de facia sobre huesecillos. Abundante secreción en tubo endotraqueal".

- Igualmente se anotó en la historia clínica del actor una "parálisis facial derecha completa". Al practicársele una electroneurografía 7o. día comparativa presentó degeneración valeriana 100% y lesión severa total del nervio facial derecho.

- El 24 de julio de 1988 se intenta mediante cirugía un injerto del nervio facial derecho, cuyos resultados no fueron favorables para la recuperación del paciente.

- Examinado en la Sección de Medicina, Higiene y Seguridad Industrial del Ministerio de Trabajo, Seccional de Risaralda, presentó "pérdida de la agudeza auditiva bilateral" y "parálisis total a nivel periférico del nervio facial derecho" además el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral se determinó en un quince por ciento (15%).

Con los antecedentes fácticos relacionados corresponde a la Sala establecer si en el caso bajo estudio se dio la falla del servicio planteada por el actor como fundamento de sus pretensiones o, si por contrario, fue acertada la decisión recurrida en cuanto absolvió al ente demandado porque consideró que no se había acreditado la aludida falla de la administración.

Para la Sala, el comportamiento médico quirúrgico asumido por el Instituto de Seguros Sociales frente al demandante Ramírez Morales debe analizarse y valorarse haciendo una clara separación entre los objetivos previstos y estudiados de la cirugía encaminada a conseguir la reparación de las lesiones auditivas y el procedimiento que se siguió sobre el nervio facial para que éste resultare lesionado. En torno del primer aspecto mal se podría censurar la conducta del ente oficial cuando a través de la historia clínica fácilmente se demuestra que el paciente Ramírez Morales, desde años atrás a la intervención quirúrgica, había recibido una satisfactoria atención médico - hospitalaria en la cual se destaca más bien la irresponsabilidad y descuido del paciente en el cumplimiento de las órdenes y tratamientos establecidos por los profesionales que lo examinaron.

Diferente es la situación en cuanto se relaciona con la parálisis facial que sobrevino al demandante como secuela del procedimiento quirúrgico. En efecto, de acuerdo con el historial clínico - probatorio el señor Gustavo Eduardo Ramírez Morales antes de ser intervenido quirúrgicamente no presentaba lesión del nervio

facial. Así se concluye del examen detenido de las pruebas documentales originadas y respaldadas por el propio ente demandado así como de las declaraciones de los profesionales que intervinieron al demandante. Se puede aseverar entonces con certeza que la parálisis facial se generó en la sección total del nervio facial durante la operación.

Igualmente no hay comprobación en el proceso que permita admitir que por parte del médico tratante cirujano se le hicieron las observaciones, advertencias y precisiones necesarias al paciente respecto de las consecuencias que el acto quirúrgico podía originarle, entre ellas, una posible, dada la localización del campo operativo, la de lesionar el nervio facial y los efectos físicos y psicológicos que le sobrevendrían, así como las posibilidades ciertas de recuperación, período de la misma, etc., que le permitieran al enfermo disponer con entera libertad e independencia sobre su salud personal y futura.

Infortunadamente nada hizo el médico de Seguros Sociales con miras, de una parte, a una ejecución especializada y cuidadosa del procedimiento en torno al nervio facial, ni en advertir y consultar al paciente sobre las secuelas traumáticas frecuentes en estas operaciones.

Estima la Sala que para cirugía de esta naturaleza, en las que puede resultar comprometido el nervio facial, se requiere una especial conducta quirúrgica, complementada igualmente con un instrumental y equipo especial de cirugía que le facilite la labor al cirujano y, por consiguiente, le garantice en alto porcentaje un resultado favorable para el paciente.

Al respecto, se infiere del acervo probatorio la aludida falla, pues lo cierto es que de una operación proyectada hacia determinado objetivo, se pasó inconsulta e intempestivamente a un campo no previsto expresamente en la estrategia quirúrgica y del cual el mayor interesado y afectado nada sabía, pues así mismo, enseña el proceso que dentro de los exámenes pre - operatorios no se atendió al estado del nervio facial pues sobre el particular se omitieron los estudios necesarios, lo cual generó, como era apenas natural, que la lesión de dicho nervio tomara al cirujano desprevenido y lo llevara a cumplir su labor en torno del facial sin los aditamentos, sin la preparación y sin los estudios previos para enfrentar las complicaciones quirúrgicas que surgieran, como en efecto surgieron al seccionarse totalmente el facial derecho con los resultados conocidos, frutos de una conducta imprudente y contraria al buen sentido que debe regir el ejercicio de la medicina, esto sin contar con la situación sicofísica del paciente cuya confianza no sólo en el cirujano, sino en los servicios médicos oficiales se vio burlada e irrespetada al someterlo a un riesgo quirúrgico para el cual no había sido examinado, ni preparado, mucho menos advertido.

Ahora bien, por norma general le corresponde al actor la demostración de los hechos y cargos relacionados en la demanda. Sin embargo, con mucha frecuencia se presentan situaciones que le hacen excesivamente difícil, cuando no imposible, las comprobaciones respectivas, tal el caso de las intervenciones médicas, especialmente quirúrgicas, que por su propia naturaleza, por su exclusividad, por la privacidad de las mismas, por encontrarse en juego intereses personales o institucionales etc., en un momento dado se constituyen en barreras infranqueables, para el paciente, para el ciudadano común obligado procesalmente a probar aspectos científicos o técnicas profesionales sobre los cuales se edifican los cargos que por imprudencia, negligencia o impericia formula en el ejercicio de una determinada acción judicial, contra una institución encargada de brindar servicios médicos u hospitalarios.

Sin duda, resultaría más beneficioso para la administración de justicia en general, resolver esta clase de conflictos, si en lugar de someter al paciente, normalmente el actor o sus familiares, a la demostración de las fallas en los servicios y técnicas científicas prestadas por especialistas, fueron éstos, los que por encontrarse en las mejores condiciones de conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta profesional, quienes satisficieran directamente las inquietudes y cuestionamientos que contra sus procedimientos se formulan.

Podrán así los médicos exonerarse de responsabilidad y con ello los centros clínicos oficiales que sirven al paciente, mediante la comprobación, que para ellos, se repite, es más fácil y práctica, de haber actuado con la eficiencia, prudencia o idoneidad requeridas por las circunstancias propias al caso concreto, permitiéndose al juzgador un mejor conocimiento de las causas, procedimientos, técnicas y motivos que llevaron al profesional a asumir determinada conducta o tratamiento.

Esta, por lo demás, es la orientación moderna de algunas legislaciones, que pretenden en los casos de los profesionales liberales atribuir a éstos la carga de la prueba de haber cumplido una conducta carente de culpa.

Precisamente, en relación con el tema comentado y su consagración en el "Proyecto de unificación de la legislación civil y comercial" de Argentina, el profesor Augusto M. Morello en su obra "La Prueba. Tendencias modernas", Editorial Platense - Abeledo - Perrot, 1991, páginas 84 y 85 escribe:

"1) En consonancia con las ideas hoy predominantes, se ha desplazado el eje de referencia hacia el consumidor jurídico - quien es el que recaba la tutela jurisdiccional - más que colocarlo en el vértice del operador (juez o abogado) del fenómeno litigioso involucrado.

"2) Responde solidariamente a la más conveniente función razonablemente posible, del lado del consumidor e, igualmente, del lado del profesional accionado, con los concurrentes beneficios para el órgano destinatario de la prueba.

"Si como con acierto se ha puntualizado, en principio y como regla, no es otro que el médico y no el enfermo el que mejor conoce "cuál fue la situación al comienzo de la atención, qué terapia era la más conveniente de acuerdo con el diagnóstico, qué dificultades se presentaron, con qué medios técnicos disponían, cuáles fueron las causas probables de la frustración, qué rol le cupo a la entidad sanatorial", la norma insinuada recoge esa evidencia de la situación real para reglamentarla en la asignación de un deber de cooperación (carga) que no significa, de por sí, atribuir culpa en el obrar del médico en el caso.

"3) Las dos anteriores se enlazan, así mismo, con la incidencia económica que tanto CALABRESI, como ALPA en su contexto más global y reparando en la dimensión social que lleva hoy la mayoría de los fenómenos jurídicos, advierten con claridad;..."

En el caso que es objeto de análisis, ha debido entonces, el ente demandado acreditar que frente al procedimiento quirúrgico que seccionó el nervio facial se habían adoptado las medidas de precaución anteriores, tales como exámenes y análisis del paciente encaminadas a la prevención de la lesión de dicho nervio o, por lo menos, haber enterado al paciente Ramírez Morales de la situación comprometida de aquel, sus complicaciones y consecuencias dañosas, con miras a que el enfermo participara en la decisión de un acto quirúrgico que afectaría su futuro estado físico y emocional. Ante la omisión probatoria que en tal sentido se



observa por parte del Instituto de Seguros Sociales resulta evidente para la Sala la falla del servicio que a la larga originó los perjuicios materiales y morales causados a Gustavo Eduardo Ramírez Morales y a su esposa, en una situación tal de conexidad que sin aquella los daños no se hubieran ocasionado. Se dan pues los elementos básicos de la responsabilidad extracontractual administrativa y así, lo declarará la Sala en esta providencia.

Ahora bien, como se precisó anteriormente en este mismo fallo, los antecedentes consignados en la historia clínica del actor enseñan que a pesar de la delicada lesión diagnosticada radiológicamente desde octubre de 1986, el paciente se abstuvo de concurrir a exámenes y consultas de control hasta el año 1988 cuando dada la gravedad de su lesión se hizo necesario intervenirle quirúrgicamente. Sin duda alguna el comportamiento omisivo de Gustavo Eduardo Ramírez Morales repercutió en la agravación de su enfermedad, permitió el proceso infeccioso y, consecuentemente facilitó las dificultades para adelantar el tratamiento de cirugía a que se sometió y que culminó con la parálisis facial del lado derecho. En tales condiciones, estima la Sala que hubo culpa parcial de la víctima en el resultado dañoso que lo afectó, culpa que calculada en un 20%, implica a su vez atenuar la responsabilidad del ente demandado y la correspondiente condena en el mismo porcentaje.

Para efectos de liquidar el monto de los perjuicios causados a los demandantes, se toman en consideración dos aspectos : uno, el que se refiere al porcentaje de culpa atribuible al actor (20%) y, otro, la valoración de su incapacidad laboral cuya disminución fue establecida por Medicina Laboral del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social en un 15%.

Se deduce del proceso que el actor se desempeña como operario de pintura de muebles de madera y que el salario que devengaba para julio de 1988 era de \$25.637.40 (Decreto 0254 de 1987). Así mismo se acreditó que la demandante Adielia Ocampo Rivera contrajo matrimonio con la víctima. (Fol.5).

Hay lugar entonces al reconocimiento de perjuicios morales derivados de la afectación personal, física y anímica del actor y su cónyuge, cuya demostración en autos la Sala la encuentra suficiente según los testimonios de los allegados y compañeros de trabajo del lesionado y su esposa. Les corresponde como indemnización por este concepto el equivalente en pesos a 800 gramos de oro fino para Gustavo Eduardo Morales, y el equivalente en pesos a 400 gramos del mismo metal para su esposa, conforme a las deducciones antes mencionadas y la prudente discrecionalidad que le corresponde aplicar al juzgador, en cada caso particular, conforme a reiterada jurisprudencia de la Sección.

Los perjuicios materiales se liquidarán sobre la base salarial antes anotada, la cual deberá actualizarse mediante la fórmula:  $V_p : V_h \text{ Índice Final} / \text{Índice Inicial}$ ; donde  $V_p$ , es el valor presente;  $V_h$ , es el valor presente;  $V_h$ , es el valor histórico (\$ 25.637.40); Índice Inicial el que regía en julio de 1988 (93.34) e Índice Final el vigente a la fecha en que se proyecta este fallo (243.87).

$$V_p : 25.637.40 \frac{243.87}{93.34} = \$ 66.983.00$$

Valor de la renta actualizada \$ 66.983.00

Indemnización debida, antes de la reducción (20%) :

Comprende desde la época en que se causó el daño hasta la fecha de esta providencia, es decir <48.6 meses. Se utiliza la fórmula :

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

$$S = 66.983.00 \frac{(1+0.004867)^{48.6} - 1}{0.004867} = 3.662.619.51$$

Indemnización futura, antes de la reducción (20%):

Abarca desde la fecha del fallo hasta el cumplimiento del término de vida probable, el cual, de acuerdo con la Tabla Colombiana de Mortalidad adoptada por la Superintendencia Bancaria corresponde a 42.66 años ó 512 meses.

Se utiliza la fórmula :

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

$$S = 66.983 \frac{(1 + 0.004867)^{512} - 1}{0.004867 (1+0.004867)^{512}} = 12.616.889.23$$

Valor total de la liquidación: \$ 16.279.508.74, antes de la reducción (20%); se entiende la que tendría derecho si la incapacidad hubiera sido del 100 por 100%, pero como perdió sólo un 15% de la suma anterior se deduce un 15% correspondiente a la pérdida de capacidad laboral, cuyo valor es de \$ 2.441.926.31, monto éste del cual hay lugar a descontar un 20% que corresponde a la proporción en que dada la concurrencia de culpa del actor se atenúa la responsabilidad pecuniaria del Instituto de Seguros Sociales, para obtener como cifra indemnizatoria definitiva, por concepto de perjuicios materiales la cantidad de \$ 1.953.541.04.

Advierte la Sala que el Señor Fiscal Colaborador al momento de rendir su concepto propuso la caducidad de la acción por cuanto si el hecho sucedió el 8 de julio de 1988 y la demanda se presentó el 9 de julio de 1990, "a la fecha de la presentación de la demanda, el plazo para el ejercicio de la acción directa había caducado".

No comparte la Sala la forma de calcular el término de caducidad por parte del Ministerio Público, toda vez que si bien es cierto el hecho dañoso se produjo durante la intervención quirúrgica, la situación fue prolongada en el tiempo por el propio Instituto de Seguros Sociales al pretender días más tarde, el 24 de julio, hacerle un injerto con resultados negativos, de donde se infiere que realmente sólo hasta esta segunda intervención se consolidó y aseguró la consecuencia dañosa que originó la demanda, fecha esta última frente a la cual no había transcurrido el plazo de caducidad cuando se introdujo el 9 de julio de 1990 la demanda ante el Tribunal Administrativo de Risaralda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en desacuerdo con el concepto fiscal,

administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

**FALLA:**

PRIMERO : Revócase la sentencia apelada, esto es, la proferida el 12 de julio de 1991, por el Tribunal Administrativo de Risaralda.

SEGUNDO : Declárase administrativamente responsable, en proporción de un ochenta por ciento (80%), al Instituto de Seguros Sociales por los daños causados al señor Gustavo Eduardo Ramírez Morales al ser intervenido quirúrgicamente por médicos de dicha entidad, el ocho (8) de julio de 1988.

TERCERO : Como consecuencia de la anterior declaración condénese al Instituto de Seguros Sociales a pagar los siguientes valores :

a) Por concepto de indemnización por perjuicios morales el equivalente en pesos a 800 gramos de oro fino para Gustavo Eduardo Ramírez Morales y la equivalencia en pesos a 400 gramos del mismo metal para su esposa Adiela Ocampo Rivera.

El Banco de la República certificará sobre el precio interno del oro a la fecha de ejecutoria de esta providencia y los interesados allegarán copia de la certificación con las respectivas cuentas de cobro.

b) Por concepto de indemnización por perjuicios materiales en favor de Gustavo Eduardo Ramírez Morales la suma de un millón novecientos cincuenta y tres mil quinientos cuarenta y un pesos con 04 / 100 (\$ 1.953.541.04) moneda legal.

CUARTO: Deniéganse las demás pretensiones.

QUINTO: Para el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del C.C.A., expídanse las copias respectivas de la sentencia, con constancia de su ejecutoria, con destino a las partes, haciendo precisión sobre cuál resulta idónea para hacer efectivos los derechos reconocidos (artículo 115 del C. de P.C.).

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUÉLVASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, treinta (30) de julio de mil novecientos noventa y dos (1992).

Daniel Suárez Hernández  
Presidente de la Sala

Juan de Dios Montes Hernández

Carlos Betancur Jaramillo

Julio Cesar Uribe Acosta

Ruth Stella Correa Palacio  
Secretaria