

ACTIVIDADES MEDICO ASISTENCIALES - Responsabilidad extracontractual. Régimen jurídico aplicable. Evolución jurisprudencial / RESPONSABILIDAD MEDICA - Régimen jurídico aplicable. Evolución jurisprudencial

Este aspecto que no ha sido pacífico en la jurisprudencia, comoquiera que paralelamente a la postura que en una época propendió por cimentar la responsabilidad estatal en estos casos sobre la falla presunta del servicio, ha tenido acogida, igualmente, la posición –por lo demás prohijada por la Sala en sus más recientes fallos– de acuerdo con la cual el título jurídico de imputación a tener en cuenta en los supuestos en comento es el de la falla del servicio probada. Así pues, de la aceptación –durante un significativo período de tiempo– de la aplicabilidad de la tesis de la falla del servicio presunta a este tipo de casos por entender más beneficioso para la Administración de Justicia que en lugar de someter al paciente a la demostración de las fallas en los servicios y técnicas científicas prestadas por especialistas, se impusiese a éstos –por encontrarse en las mejores condiciones de conocimiento técnico y real de cuanto hubiere ocurrido– la carga de atender los cuestionamientos que contra sus procedimientos se formulan por los accionantes, posteriormente se pasó al entendimiento de acuerdo con el cual el planteamiento en mención condujo a que en todos los litigios originados en los daños causados con ocasión de la prestación del servicio médico asistencial se exigiese, a las entidades públicas demandadas, la prueba de que dicho servicio hubiere sido prestado debidamente, para posibilitarles la exoneración de responsabilidad, cuando en realidad “... no todos los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente tienen implicaciones técnicas o científicas. Habrá que valorar, en cada caso, si éstas se encuentran presentes o no. Así, habrá situaciones en las que, sin duda, es el paciente quien se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos relacionados con la actuación de la entidad respectiva. Allí está, precisamente, la explicación del dinamismo de las cargas, cuya aplicación se hace imposible ante el recurso obligado a la teoría de la falla del servicio presunta, donde simplemente se produce la inversión permanente del deber probatorio”.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el régimen jurídico aplicable en casos de responsabilidad extracontractual del Estado por las actividades médico asistenciales, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de marzo 10 de 2011, exp. 19347; 30 de julio de 1992, C.P. Daniel Suárez Hernández; 24 de agosto de 1992, exp. 6754; 7 de diciembre de 2004, exp. 14421.

ACTIVIDADES MEDICO ASISTENCIALES - Falla probada del servicio. Carga de la prueba / RESPONSABILIDAD MEDICA - Falla probada del servicio. Carga de la prueba / FALLA MEDICA - Falla probada del servicio. Carga de la prueba / FALLA DEL SERVICIO MEDICO ASISTENCIAL - Falla probada. Carga de la prueba

Con fundamento en dicha consideración, se determinó que la demostración de la falla en la prestación del servicio médico asistencial corre por cuenta de la parte demandante, por manera que será el régimen de la falla probada del servicio, con las consecuencias probatorias que le son propias, aquél de conformidad con el cual deberá estructurarse la responsabilidad del Estado, con lo cual ésta solamente podrá resultar comprometida como consecuencia del incumplimiento, por parte de la entidad demandada, de alguna obligación legal o reglamentaria, de suerte que sea dable sostener que la mencionada entidad cumplió insatisfactoria, tardía o ineficientemente con las funciones a su cargo o las inobservó de manera absoluta (...).

NOTA DE RELATORIA: Sobre la falla probada del servicio en casos de responsabilidad extracontractual del Estado por las actividades médico asistenciales, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de diciembre 7 de 2004, exp. 14421; octubre 3 de 2007, exp. 16402

FALLA MEDICA - Prueba indiciaria del nexo causal. Reiteración jurisprudencial / FALLA DEL SERVICIO MEDICO ASISTENCIAL - Prueba indiciaria del nexo causal. Reiteración jurisprudencial / RESPONSABILIDAD MEDICA - Prueba indiciaria del nexo causal. Reiteración jurisprudencial / NEXO CAUSAL - Prueba indiciaria en responsabilidad médica. Reiteración jurisprudencial / NEXO DE CAUSALIDAD - Prueba indiciaria en responsabilidad médica. Reiteración jurisprudencial

Ahora bien, no pueden perderse de vista las dificultades que caracterizan la actividad probatoria en procesos como el que mediante el presente pronunciamiento se decide, habida cuenta de que la actividad médica entraña conocimientos técnicos y científicos de difícil constatación que, en determinados supuestos, le impiden al juez tener plena certeza sobre el nexo de causalidad existente entre un específico procedimiento médico y el resultado que al mismo se le pretende imputar. No obstante, la dificultad que conlleva el análisis de las pruebas en materia médica no faculta al juez para presumir la existencia del aludido nexo causal. Empero, también se ha sostenido y así se reitera que, en aplicación del principio de libertad probatoria, el juez de la causa puede recurrir a cualquier medio demostrativo que le resulte útil para formar su convencimiento en relación con la existencia y las particularidades de los presupuestos fácticos relevantes para resolver de fondo la litis, mecanismos acreditativos entre los cuales el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil consagra el indicio como uno de los que válidamente puede apreciar el operador judicial con el propósito de formar su íntima convicción (...). En consonancia con lo anterior, esta Corporación estimó procedente que los sujetos procesales, en juicios en los cuales se discute la responsabilidad extracontractual del Estado por razón del despliegue de actividades médicas, procuren la demostración de la existencia del nexo causal entre éstas y el daño irrogado a los demandantes a través de la prueba indiciaria (...).

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 175

NOTA DE RELATORIA: Sobre la prueba indiciaria, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 3 de octubre de 2007, exp. 30155

FALLA MEDICA - Atención médica inadecuada / FALLA DEL SERVICIO MEDICO ASISTENCIAL - Atención médica inadecuada

La Corporación encuentra igualmente la existencia de la deprecada falla en el servicio, por cuanto se probó en el proceso que la atención médica suministrada al paciente fue inadecuada en el sentido de que se dispuso su salida del centro hospitalario, no obstante que no se había recuperado completamente de las dolencias que lo aquejaban y además no se había determinado, de manera concreta, cuál era la patología que presentaba. (...) De conformidad con lo expuesto, la Sala estima que la prestación del servicio médico-asistencial suministrado por la entidad demandada al paciente fue indebido —e incluso denegado—, dado que se dispuso su salida del centro asistencial, no obstante que no había recuperado su salud y, lo que es peor, con desconocimiento de cuál era la patología que presentaba, todo lo cual comporta una evidente falla en el

servicio, por virtud de la cual el I.S.S., sí está llamado a responder patrimonialmente.

FALLA MEDICA - Historia clínica integral. Historia clínica completa / FALLA DEL SERVICIO MEDICO ASISTENCIAL - Historia clínica integral. Historia clínica completa / RESPONSABILIDAD MEDICA - Historia clínica integral. Historia clínica completa / HISTORIA CLINICA - Elaboración integral

La Sección Tercera de la Corporación se ha pronunciado insistentemente respecto de la necesidad de elaborar historias clínicas claras, fidedignas y completas, las cuales permitan garantizar el adecuado seguimiento y el acierto en el diagnóstico y en la atención de los pacientes, aspecto que no fue tenido en cuenta en este caso por la entidad demandada, comoquiera que dentro del historial clínico de la víctima no se detalló su salida del centro hospitalario ni mucho menos las razones que llevaron a tal determinación por parte del personal médico, omisión que constituye una inobservancia a lo dispuesto en la Resolución 1995 de 1999 del Ministerio de Salud (...).

FUENTE FORMAL: RESOLUCION 1995 DE 1999 DEL MINISTERIO DE SALUD

NOTA DE RELATORIA: Sobre el deber de elaborar historias clínicas adecuadas, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 10 de febrero de 2000, exp. 11878

FALLA MEDICA - Pérdida de oportunidad de recuperar la salud / FALLA DEL SERVICIO MEDICO ASISTENCIAL - Pérdida de oportunidad de recuperar la salud

Debe precisar igualmente la Sala que frente a este asunto podría predicarse la pérdida de oportunidad de la víctima en recuperar su salud (...), ello ante la conducta irregular de la entidad que al disponer el retiro del paciente le impidió ser objeto de otros análisis y de estudios más especiales para determinar cuál era su enfermedad y, por ende, cuál debía ser el tratamiento a seguir frente a la misma para tratar de salvarle su vida o al menos concederle el chance de recuperar su salud; sin embargo, en este caso se encuentra acreditada una falla en el servicio atribuible al ente demandado.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la pérdida de oportunidad de recuperar la salud, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de agosto 11 de 2006, exp. 18593.

IMPUTACION JURIDICA - Analisis jurídico de imputación

Ahora bien, aunque podría sostenerse que causalmente la mencionada falla no se erige en la fuente determinante del daño, lo cierto es que la responsabilidad que le asiste al I.S.S., no emerge de la simple existencia de una relación puramente naturalística de causalidad entre la actuación médico-asistencial y la muerte del paciente, sino que surge del análisis jurídico de imputación que explica cómo la falla en el servicio cuya ocurrencia se ha puesto de presente, hace jurídicamente atribuible el resultado lesivo de los derechos e intereses de la parte actora, a la Administración accionada.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la imputación jurídica del daño en casos de responsabilidad extracontractual del Estado por las actividades médico

asistenciales, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de marzo 10 de 2011, exp. 19347

DICTAMEN PERICIAL - Valoración. Reiteración jurisprudencial / PRUEBA PERICIAL - Valoración. Reiteración jurisprudencial

Pues bien, en primer lugar debe precisarse que la prueba a la cual alude la entidad demandada no es propiamente un dictamen pericial, dado que en realidad se trata de un informe elaborado por un médico forense en respuesta a unos interrogantes elaborados por ambas partes. Aún si en gracia de discusión se acogiere esa prueba como un dictamen pericial, ello tampoco constituiría óbice para desestimarla, pues como lo ha sostenido esta Sección del Consejo de Estado, de conformidad con el artículo 241 del Código de Procedimiento Civil, el juez, al valorar o apreciar el dictamen, tendrá en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos y la competencia de los peritos (...).

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 241

NOTA DE RELATORIA: Sobre la valoración de la prueba pericial, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de agosto 19 de 2009, exp. 17957.

FUNCIONARIO LLAMADO EN GARANTIA - Responsabilidad

Como una manifestación del principio de la responsabilidad estatal, el inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política señala que “en el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste”. De acuerdo con lo previsto en los artículos 77 y 78 del Código Contencioso Administrativo, los funcionarios serán responsables por los daños que causen en el ejercicio de sus funciones por culpa grave o dolo, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda al Estado. En todo caso, cuando prospere la demanda contra la entidad, la sentencia dispondrá que ésta satisfaga los perjuicios y si el funcionario ha sido llamado al proceso (artículo 57 del C.P.C.), determinará la responsabilidad de aquél. En tal sentido, la acción de repetición se consagró en el artículo 78 del Código Contencioso Administrativo, declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-430 de 2000, como un mecanismo para que la entidad condenada judicialmente en razón de una conducta dolosa o gravemente culposa de un funcionario o ex funcionario suyo o de un particular en ejercicio de funciones públicas pueda solicitar de éste el reintegro de lo que ha pagado como consecuencia de una sentencia. De conformidad con la disposición anotada, el particular afectado o perjudicado con el daño antijurídico por la acción u omisión estatal se encuentra facultado para demandar a la entidad pública, al funcionario o a ambos. En este último evento, la responsabilidad del funcionario habrá de establecerse durante el proceso. El mandato constitucional del inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política encuentra hoy su desarrollo en la Ley 678 del 3 de agosto de 2001, “por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición”. Esta ley definió la repetición como una acción de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado lugar al reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto. La misma acción se ejercerá contra el particular que investido de

una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION DE 1991 - ARTICULO 90 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 77 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 78 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 57 / LEY 678 DE 2001

NOTA DE RELATORIA: Sobre la valoración de la prueba pericial, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de abril 28 de 2010, exp. 17537; de agosto 11 de 2010, exp. 16074

LLAMAMIENTO EN GARANTIA CON FINES DE REPETICION - Régimen legal

La Ley 678 de 2001 reguló tanto los aspectos sustanciales como los procesales de la acción de repetición y del llamamiento en garantía, fijando, bajo la égida de los primeros, generalidades como el objeto, noción, finalidades, deber de ejercicio, y especificidades, al igual que las definiciones de dolo y culpa grave con las cuales se califica la conducta del agente y el establecimiento de presunciones legales, con obvias incidencias en materia de la carga probatoria dentro del proceso; y con el cobijo de los segundos, asuntos relativos a la jurisdicción y competencia, legitimación, desistimiento, procedimiento, caducidad, oportunidad de la conciliación judicial o extrajudicial, cuantificación de la condena y determinación de su ejecución, así como lo atinente al llamamiento en garantía con fines de repetición y las medidas cautelares en el proceso. Sin embargo, los hechos y actos ocurridos bajo el régimen jurídico anterior a la expedición de la Ley 678 de 2001, potencialmente constitutivos de la acción de repetición y del llamamiento en garantía contra funcionarios o exfuncionarios o particulares en ejercicio de función pública, tenían un régimen integrado por varias disposiciones tanto sustanciales como procesales, que aunque dispersas, permitían exigir la responsabilidad del agente del Estado en los términos consagrados en el inciso segundo del artículo 90 de la Carta Política.

LLAMAMIENTO EN GARANTIA CON FINES DE REPETICION - Tránsito legislativo / ACCION DE REPETICION - Tránsito legislativo

Así las cosas, para dilucidar el conflicto de leyes por el tránsito de legislación, la jurisprudencia ha sido clara al aplicar la regla general según la cual la norma nueva rige hacia el futuro, de manera que aquella sólo será aplicable respecto de los hechos producidos a partir de su expedición y hasta el momento de su derogación; sólo de forma excepcional, las leyes pueden tener efectos retroactivos. Lo anterior da a entender, válidamente, que los actos o hechos que originaron la responsabilidad patrimonial del servidor público acaecidos con anterioridad a la Ley 678 de 2001, continúan rigiéndose por la normatividad anterior, máxime cuando la responsabilidad del agente es subjetiva, en tanto única y exclusivamente compromete su patrimonio por razón de su conducta calificada dolosa o gravemente culposa. De manera que, si los hechos o actos que originaron la responsabilidad patrimonial del servidor público resultan posteriores a la entrada en vigencia de Ley 678 de 2001, para determinar y enjuiciar la falla personal del agente público será aplicable esta normativa en materia de dolo y culpa grave, sin perjuicio de que dada la estrecha afinidad y el carácter civil que se le imprime a la acción en el artículo 2º de la misma ley, excepcionalmente se acuda al apoyo del Código Civil y a los elementos que doctrinal y jurisprudencialmente se han estructurado en torno a la responsabilidad patrimonial por el daño, en lo que no resulte irreconciliable con aquella y los fundamentos

constitucionales que estructuran el régimen de responsabilidad de los servidores públicos –artículos 6, 90, 121, 122 y 124 C.P.–.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION DE 1991 - ARTICULO 6 / CONSTITUCION DE 1991 - ARTICULO 90 / CONSTITUCION DE 1991 - ARTICULO 121 / CONSTITUCION DE 1991 - ARTICULO 122 / CONSTITUCION DE 1991 - ARTICULO 124

LLAMAMIENTO EN GARANTIA CON FINES DE REPETICION - Dolo. Culpa grave / ACCION DE REPETICION - Dolo. Culpa grave / DOLO Y CULPA GRAVE - Características de cada caso. Incumplimiento grave de las funciones. Reglamentos. Buena fe

Frente a estos conceptos, el Consejo de Estado ha señalado que para determinar la existencia de la culpa grave o del dolo el juez no se debe limitar a las definiciones contenidas en el Código Civil, sino que debe tener en cuenta las características particulares del caso que deben armonizarse con lo previsto en los artículos 6º y 91 de la Constitución Política sobre la responsabilidad de los servidores públicos, como también la asignación de funciones contempladas en los reglamentos o manuales respectivos. Así mismo, es necesario tener en cuenta otros conceptos como los de buena y mala fe que están contenidos en la Constitución Política y en la ley, a propósito de algunas instituciones como por ejemplo contratos, bienes y familia. En consideración a lo anterior, la Sala ha explicado que para determinar la responsabilidad personal de los agentes, ex agentes estatales o particulares investidos de funciones públicas, el análisis de sus actuaciones dolosas o gravemente culposas comporta, necesariamente, el estudio de las funciones a su cargo y si respecto de ellas se presentó un incumplimiento grave. Igualmente, se requiere establecer si dicho incumplimiento se debió a una actuación consciente y voluntaria del agente, es decir con conocimiento de la irregularidad de su comportamiento y con la intención de producir las consecuencias nocivas –actuación dolosa–, o si al actuar pudo prever la irregularidad en la cual incurriría y el daño que podría ocasionar y aún así lo hizo o confió imprudentemente en poder evitarlo –actuación gravemente culposa–. Es claro entonces que se trata de establecer una responsabilidad subjetiva cualificada, en la cual juega un papel decisivo el análisis de la conducta del agente; por ello, no cualquier equivocación, no cualquier error de juicio, no cualquier actuación que desconozca el ordenamiento jurídico permitirá deducir la responsabilidad del agente, ex agente estatal o particular en ejercicio de funciones públicas y, por ello, resulta necesario comprobar la gravedad de la falla en su conducta.

NOTA DE RELATORIA: Sobre los conceptos de culpa grave y dolo, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de agosto 31 de 1999, exp. 10865; noviembre 27 de 2006, exp. 23049

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA - SUBSECCION A

Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Bogotá, D.C., abril veintisiete (27) de dos mil once (2011).

RADICACION: 52001-23-31-000-1998-00157-01(19192)

DEMANDANTE: MONICA VARONA DE OSEJO Y OTROS

DEMANDADO: INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES

REFERENCIA: APELACION SENTENCIA DE REPARACION DIRECTA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia que dictó el Tribunal Administrativo de Nariño el día 14 de septiembre de 2000, mediante la cual dispuso:

PRIMERO.- DECLARANSE no probadas las excepciones propuestas por el Ente demandado y los llamados en garantía.

SEGUNDO.- DECLARASE al Instituto de los Seguros Sociales, administrativa y patrimonialmente responsable por la muerte del señor MARIO FERNANDO OSEJO MARTINEZ acaecida en la ciudad de Pasto el día 28 de marzo de 1997 en la Clínica Maridíaz de dicha Entidad.

TERCERO.- Como consecuencia de la anterior declaración, condénase al Instituto de los Seguros Sociales, a pagar las siguientes sumas de dinero:

A.- Por concepto de perjuicios morales a favor de LUIS ENRIQUE OSEJO ORDOÑEZ, ELVIA MARTINEZ DE OSEJO, MONICA VARONA DE OSEJO, ALEJANDRA OSEJO VARONA, MARIA PAULA OSEJO VARONA y ANDRES FELIPE OSEJO VARONA, o a quien sus intereses represente, la suma equivalente en pesos colombianos a un mil (1.000) gramos de oro fino para cada uno y, a favor de JORGE LUIS OSEJO MARTINEZ, MARIA MERCEDES OSEJO MARTINEZ, ARMANDO OSEJO MARTINEZ y RUBY ALICIA OSEJO MARTINEZ, o a quien sus intereses represente, una suma equivalente en pesos colombianos a quinientos (500) gramos del mismo metal, para cada uno.

“

B.- Por concepto de perjuicios materiales y a favor de MONICA VARONA DE OSEJO, ALEJANDRA OSEJO VARONA Y MARIA PAULA OSEJO VARONA, o a quien sus derechos represente, en la modalidad de lucro cesante, las sumas que resulten de la liquidación incidental que se hará conforme a lo ordenado por el artículo 172 del C.C.A., en concordancia con los artículos 135 ss. del C. de P. C., para lo cual se tendrán en cuenta las pautas dadas en la parte motiva de este fallo. La parte interesada presentará la liquidación dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de este fallo.

CUARTO.- Deniéganse las demás súplicas de la demanda.

“.....”

SEXO.- Absolver a los llamados en garantía, Doctores BYRON NOGUERA SILVA y CARLOS ABEL CASTRO MELO, de toda responsabilidad patrimonial frente al Ente demandado (...).

I. ANTECEDENTES:

1.- La demanda.

En escrito presentado el día 26 de marzo de 1998 (fl. 1 c 1), los ciudadanos Mónica Varón de Osejo, en nombre propio y en el de sus menores hijos Alejandra, María Paula y Andrés Felipe Osejo Varona; Luis Enrique Osejo Ordóñez, Elba Martínez de Osejo; Jorge Luis, María Mercedes, Armando Antonio y Ruby Alicia Osejo Martínez, a través de apoderado judicial, formularon acción de reparación directa contra el Instituto de los Seguros Sociales - Seccional Nariño, con el fin de que se le declare administrativamente responsable por los perjuicios materiales e inmateriales a ellos ocasionados, como consecuencia de la muerte del señor Mario Fernando Osejo Martínez, acaecida el 27 de marzo de 1997, como consecuencia de *“una actuación irresponsable, negligente, deficiente e inadecuada del personal médico que lo atendió en la Clínica Maridíaz del Seguro Social de la ciudad de Pasto, lo que constituye una clara y evidente falla del servicio médico asistencial”* (fls. 2 a 12 c 1).

En este sentido, la parte actora solicitó la suma de \$ 50'0000.000 por concepto de lucro cesante a favor de los demandantes; por daño emergente la suma de \$10'000.000 y un monto equivalente a 1.000 gramos de oro para cada actor, a título de perjuicios morales.

2.- Los hechos.

La parte actora narró, en síntesis, que el día 27 de marzo de 1997 el señor Mario Fernando Osejo Martínez presentó un fuerte dolor en su pecho, el cual se extendió hacia su brazo izquierdo, por lo cual fue conducido por su esposa a la clínica del I.S.S., denominada Maridíaz en la ciudad de San Juan de Pasto.

Sostuvo que a las 8:00 A.M., ingresó por urgencias y al revisarse sus signos vitales se detectó una *“considerable hipotensión”* y al indagar al paciente acerca de los alimentos o bebidas por él consumidos, se le diagnosticó una intoxicación etílica ante la manifestación del señor Osejo Martínez de que la noche anterior había ingerido *“unos pocos tragos de aguardiente”*.

Señaló que a la esposa de la víctima se le ordenó comprar unas inyecciones de complejo “B”, a lo cual procedió, no obstante que sabía que su esposo no había ingerido demasiado licor; una vez se le inyectó ese medicamento, el paciente no mostró signos de mejoría, puesto que el dolor tanto en su pecho como en su brazo izquierdo se tornaban cada vez más intensos.

Posteriormente se le practicó a la víctima un electrocardiograma, el cual fue analizado más adelante por un médico general, quien determinó que el examen resultó satisfactorio. Dado que el dolor persistía, se le aplicaron al paciente otros medicamentos, tales como buscapina y ranitidina para el *“malestar estomacal”*; a las 2:00 P.M., se produjo el relevo del personal médico y de enfermería.

Agregó que a las 3:00 PM., luego de que fue revisado por otro médico, se dispuso la orden de salida del señor Osejo Martínez del centro hospitalario, toda vez que se consideró que *“su estado no ameritaba la reclusión ya que las molestias estomacales eran muy leves y solo producto del ‘guayabo’, y su recuperación perfectamente la podía lograr en su casa”*.

Manifestó, además, que a la esposa de la víctima se le ordenó adquirir más medicamentos para suministrárselos en su casa, pero cuando regresó de la droguería halló a su cónyuge con deficiencias respiratorias, asfixia severa, dolor en el pecho y con abundancia de vómito, frente a lo cual se le diagnosticó una *‘esofaguitis’*, la cual, según el médico tratante, *“no era de preocuparse”*.

Indicó que no obstante que el dolor y las molestias en el pecho del paciente persistían, se dispuso su salida del hospital, prácticamente en contra de la voluntad de la víctima y de su esposa, sin que le hubieren sido practicados exámenes más especializados y sin haber sido revisado por un internista o por un cardiólogo.

Según la parte demandante, la salud del señor Mario Fernando Osejo Martínez empeoraba, motivo por el cual se decidió trasladarlo nuevamente de su residencia hasta el I.S.S., y en esa ocasión se le introdujo una sonda nasogástrica; hacia la media noche se le practicaron unos exámenes que al parecer fueron ordenados por un médico vía telefónica y también se le suministró un medicamento denominado *“Demerol”*, el cual le calmó el dolor y lo hizo dormir de inmediato; luego el paciente fue llevado a una habitación y se le ordenó a la señora Mónica Varona –esposa de la víctima– abandonar el centro asistencial, puesto que según el personal médico, el paciente se presentaba mejoría. Sin embargo, a las 4:00 A.M., la esposa de la víctima fue notificada de que el estado de salud de este último empeoró y al llegar a la clínica se enteró de que el señor Osejo Martínez había fallecido, sin que se le hubiere explicado la causa del deceso de su cónyuge.

3.- Contestación de la demanda.

3.1.- Notificado del auto admisorio, el Instituto de los Seguros Sociales, actuando a través de apoderado judicial, contestó la demanda para oponerse a las pretensiones de la misma, por cuanto consideró que no existió falla alguna en el servicio, puesto que el daño devino de la actuación negligente de los médicos que atendieron al paciente, lo cual constituye una falla personal de los agentes (fls. 39 a 41 c 1).

Propuso como excepciones *i)* el hecho de la víctima, porque los medicamentos le habrían sido suministrados al paciente mucho después de serle formulados, a lo cual agregó que el paciente mintió al haber sostenido que sólo había ingerido *“4 copas de licor”*, cuando ello no fue cierto, señalamiento que alteró los resultados del tratamiento aplicado; *ii)* fuerza mayor, dado que el diagnóstico clínico se tornó en imprevisible y ajeno a la entidad demandada, debido a la versión errónea del paciente, quien ocultó el hecho de haber consumido grandes cantidades de alcohol y ello, a su vez, impidió obtener un diagnóstico *“adecuado e imposible de evitar”*, pues las condiciones fisiológicas del paciente impedían preservar su vida y *iii)* la falla personal de los agentes, por cuanto el daño habría sido causado por la negligencia de los médicos que trataron a la víctima.

3.2.- En el mismo escrito de contestación a la demanda, el I.S.S., llamó en garantía a los profesionales de la medicina que para la época de los hechos

habrían atendido al paciente, petición que fue aceptada por el *a quo* mediante auto de fecha 10 de septiembre de 1998 (fls. 56 a 59 c 1).

3.3.- El médico Byron Noguera Silva contestó la demanda (fls. 72 a 76 c 1), y señaló:

Que en la historia clínica del paciente se consignaron los diagnósticos probables y los exámenes ordenados, a lo cual adicionó que el paciente reconoció que había ingerido bebidas embriagantes durante los dos días anteriores a su ingreso al centro asistencial.

Señaló que el médico de turno ordenó un electrocardiograma y la dosificación de amilasa sérica, con el fin de descartar una patología cardíaca o una pancreatitis; una vez desechados ambos cuadros clínicos, se formularon analgésicos y ranitidina, por ser el tratamiento adecuado frente a una gastritis.

Indicó que su procedimiento estuvo acorde con la historia clínica y los exámenes ordenados por el médico que le precedió, puesto que los diagnósticos iniciales y probables fueron gastritis aguda por intoxicación etílica, pancreatitis secundaria e isquemia cardíaca, pero una vez obtenidos los resultados del electrocardiograma y de la dosificación de enzima sérica, se descartó la presencia de las dos últimas patologías –pancreatitis secundaria e isquemia cardíaca– y, por ende, se obtuvo el diagnóstico de gastritis aguda, patología que fue tratada con analgésicos endovenosos y un antiácido; finalmente se ratificó el egreso del centro asistencial, el cual había sido dispuesto por el médico anterior, debido a la mejoría del paciente.

Agregó que no es cierto que encontrándose el paciente en observación hubiere presentado vómito y dificultad respiratoria alguna.

Sostuvo que la historia clínica demuestra que al paciente se le ordenó, en dos oportunidades, la práctica de los mencionados exámenes para descartar una pancreatitis secundaria o una isquemia cardíaca, dado que tales evaluaciones fueron ordenadas tanto por el médico que le precedió como por el profesional de la medicina que lo reemplazó, obteniendo como resultado, en ambas oportunidades, un cuadro de gastritis frente al cual se le suministró el tratamiento adecuado.

Manifestó que si bien es cierto que en el registro de defunción de la víctima se anotó como causa de la muerte una pancreatitis, también lo es que los exámenes de laboratorio practicados al paciente –y descritos en su historial clínico– descartaron tal patología, a lo cual adicionó que la causa real del deceso del señor Osejo Martínez no pudo determinarse científicamente, por cuanto sus familiares se opusieron a la práctica de la respectiva necropsia.

En relación con el llamamiento en garantía formulado en su contra sostuvo que resulta inaceptable la generalización que hace la entidad demandada respecto de *“la conducta personal de los agentes”*, habida cuenta que al paciente se le diagnosticaron tres patologías probables, pero ante los resultados obtenidos mediante las pruebas científicas practicadas, se descartó una pancreatitis o un infarto, amén de que nunca se le diagnosticó perforación por úlcera péptica; agregó que tampoco es cierto que el paciente hubiese ocultado una ingestión alcohólica, pues ésta quedó consignada en la historia clínica; señaló, también, que a la víctima no se le practicó la correspondiente necropsia.

Añadió que frente a este caso no puede predicarse la falla personal de los médicos, cuando la misma no se explica por parte del ente demandado y enfatizó en que la mencionada culpa del agente no exime de responsabilidad a la parte demandada, pues lo que ello permite, en caso de que se configure, es que se repita contra el agente que dio lugar a la declaratoria de tal responsabilidad.

Indicó, finalmente, que no se incurrió en irregularidad alguna frente al tratamiento suministrado al paciente, toda vez que se desestimaron dos diagnósticos probables, máxime cuando se desconoce cuál fue la causa de la muerte de la víctima, por cuanto no se le practicó la respectiva necropsia.

Formuló como excepción "*Falta de Nexo Causal*", puesto que el daño no devino de su conducta médica.

3.4.- Por su parte, el doctor Carlos Abel Castro Melo contestó igualmente la demanda (fls. 78 a 80 c 1) e indicó, en primer lugar, que la práctica del electrocardiograma no obedeció a la intención y el querer de la enfermera de turno sino porque ello devino de una orden médica, la cual fue dada por el mencionado médico, quien se desempeñó como "*Especialista de llamada*" para evaluar a los pacientes en medicina interna y cardiología.

Señaló que en la historia clínica obran las constancias del caso y en tales hechos no tuvo ingerencia alguna el doctor Castro Melo, por cuanto él no se hallaba de turno en ese momento.

Indicó que al ser consultado dispuso los exámenes y las pruebas de laboratorio que constan en el historial clínico, lo cual descartó una pancreatitis y una isquemia cardiaca, determinándose una gastritis a la cual se le imprimió un óptimo tratamiento.

Frente al llamamiento en garantía formulado en su contra se refirió en idénticos términos que el otro médico vinculado al proceso e igualmente propuso como excepción la "*Falta de Nexo Causal*", la cual fue sustentada bajo los argumentos recién expuestos.

4.- Alegatos de conclusión en primera instancia.

4.1.- La parte actora se refirió a los hechos materia del proceso, al material probatorio que, según su juicio, determina la existencia de la deprecada falla en el servicio y a la procedencia de los perjuicios solicitados en el libelo demandatorio (fls. 377 a 387 c 1).

4.2.- La parte demandada, a su turno, se pronunció acerca del deber que le asiste a su contraparte de acreditar el nexo de causalidad entre el daño y la actuación de la entidad accionada, el cual, sostuvo, no fue satisfecho en este litigio.

Adicionó a lo anterior que al no haberse probado, por un lado, cuál fue la causa de la muerte de la víctima y, por el otro, que el I.S.S., actuó con diligencia y cuidado frente al tratamiento impartido al paciente, no puede declararse su responsabilidad patrimonial (fls. 388 y 389 c 1).

4.3.- El Ministerio Público, por su parte, solicitó denegar las pretensiones de la demanda, puesto que luego de hacer un recuento de los hechos materia de litigio, del material probatorio recaudado en el expediente y del análisis del mismo, consideró que no existe fundamento legal y probatorio para acceder a la

declaratoria de responsabilidad del Estado, dado que el daño no le resultaba imputable al ente demandado, pues ni siquiera se logró determinar cuál fue la verdadera causa del deceso del señor Osejo Martínez (fls. 391 a 400 c 1).

5.- La sentencia apelada.

El Tribunal Administrativo de Nariño, mediante sentencia proferida el 14 de septiembre de 2000 (fls. 444 a 492 c ppal), accedió a las pretensiones de la demanda porque estimó que hubo “*exceso de confianza*” en el diagnóstico que, por intoxicación etílica, se le dio al paciente, pues pese a que presentaba una “*epigastralgia*” y “*pirosis interna*” no se dejó en observación sino que fue dado de alta del centro hospitalario sin descartar la presencia de otras enfermedades mediante la práctica de exámenes de apoyo de diagnóstico.

Agregó que no se efectuaron los estudios suficientes para identificar cuál era la enfermedad que presentaba el paciente, no obstante que en su segundo ingreso al ente demandado se determinó una gastritis aguda y se sospechó de una pancreatitis o de una perforación por úlcera péptica, cuando esta última patología se podía determinar a través de una endoscopia, la cual no fue ordenada.

Según el Tribunal de primera instancia, dentro de la historia clínica no aparece anotación alguna en el sentido de que la posible existencia de una pancreatitis o de una perforación por úlcera péptica hubiere sido establecida mediante la realización de exámenes complementarios o la remisión a especialistas y, no obstante tal omisión, se prescribió un tratamiento médico inapropiado debido a la no determinación de la patología que presentaba el paciente.

Indicó, además, que el señor Mario Fernando Osejo Martínez no fue valorado por un especialista, pese a la persistencia de la sintomatología y agregó en este punto que los exámenes realizados siempre fueron analizados por médicos generales, quienes los hallaron normales sin reparar que el hemograma practicado reportaba cifras elevadas de leucocitos y amilasa.

Respecto de la responsabilidad de los llamados en garantía, el *a quo* sostuvo que la misma no se configuraba, por cuanto sus actuaciones no pueden catalogarse como dolosas o gravemente culposas.

6.- La apelación.

Inconformes con la referida sentencia de primera instancia, las partes interpusieron recurso de apelación.

La parte actora sólo se opuso a la determinación que dentro de la parte considerativa del fallo de primera instancia adoptó el *a quo*, en el sentido de limitar la indemnización por lucro cesante a la suma de \$ 50'000.000, por cuanto ese monto fue el que se solicitó en la demanda, no obstante que el incidente de liquidación de perjuicios arrojase una cifra superior.

Según la parte demandante, aunque ese monto sí se indicó en la demanda, también es cierto que allí se dejó abierta la posibilidad de que pudiere ser un valor superior, dado que tal cifra se solicitó sin perjuicio de que en el proceso se demostrare una suma de dinero mayor (fls. 501 y 502 c ppal).

La entidad demandada, por su parte, reprochó el hecho de que el Tribunal de primera instancia no le hubiere concedido el mérito probatorio suficiente al dictamen pericial rendido dentro del proceso, cuando dicha prueba “... viene

siendo el epicentro de la actividad de valoración y es la que precisamente señala que el seguimiento que se hizo al paciente fue el adecuado...”

Agregó que la mencionada pericia determina que la actuación desplegada por la entidad demandada se ajustó a derecho y que nunca se le privó a la víctima del servicio médico e hizo todo lo que se encontraba a su alcance para tratar de salvar al paciente.

Señaló que si se dispuso la salida del paciente del centro asistencial, ello obedeció a la disminución de la sintomatología que presentó inicialmente la víctima, pero se ignora qué sucedió después de ese hecho.

Posteriormente, la parte demandada hizo alusión a diversos pronunciamientos de esta Corporación en relación con la responsabilidad patrimonial del Estado derivada de los actos médicos para concluir que a pesar de la diligencia y del cuidado con el cual actuó el personal médico asistencial frente al paciente Osejo Martínez, su deceso se produjo por causas desconocidas y no imputables a la entidad demandada (fls. 506 a 516 c ppal).

7.- Alegatos de conclusión en segunda instancia.

Los sujetos procesales guardaron silencio en esta oportunidad procesal (fl. 535 c ppal).

II. CONSIDERACIONES

1.- Cuestión previa.

La Sala precisa, en primer lugar, que los documentos allegados por el apoderado judicial de uno de los médicos llamados en garantía (fl. 406 c 1), no serán objeto de valoración probatoria, toda vez que fueron aportados en copia simple y, por lo mismo, carecen de eficacia probatoria.

En efecto, el mandatario de unos de los llamados en garantía aportó copia simple del acta del comité *ad-hoc* del I.S.S., por medio de la cual se evaluó la conducta médica del doctor Byron Noguera en relación con la atención que se brindó al paciente Mario Fernando Osejo Martínez y del auto de archivo de la investigación adelantada por dicha entidad en contra del mencionado médico por los hechos materia de proceso (fls. 407 a 435 c 1), documentos que, como se dijo, carecen de valor probatorio, pues como de manera reiterada lo ha sostenido esta Corporación, las copias simples no constituyen medios de convicción que puedan tener la virtualidad de hacer constar o de demostrar los hechos que con tales documentos se pretenden hacer valer ante la Jurisdicción, en cuanto su estado desprovisto de autenticación impide su valoración probatoria, de conformidad con lo normado en los artículos 252 y 254 del Código de Procedimiento Civil¹.

2.- Régimen jurídico aplicable a los supuestos en los cuales se reclama el reconocimiento de responsabilidad extracontractual del Estado, ocasionada por los daños causados por razón de las actividades médico-asistenciales².

¹ En este sentido se pronunció, de manera reciente esta Subsección, a través de sentencia de marzo 10 de 2011, exp. 19.347.

² Esta Subsección de la Sección Tercera del Consejo de Estado, de manera reciente, se pronunció al respecto mediante sentencia de marzo 10 de 2011, exp. 19.347.

Este aspecto que no ha sido pacífico en la jurisprudencia, comoquiera que paralelamente a la postura que en una época propendió por cimentar la responsabilidad estatal en estos casos sobre la falla presunta del servicio, ha tenido acogida, igualmente, la posición –por lo demás prohijada por la Sala en sus más recientes fallos– de acuerdo con la cual el título jurídico de imputación a tener en cuenta en los supuestos en comento es el de la falla del servicio probada.

Así pues, de la aceptación –durante un significativo período de tiempo– de la aplicabilidad de la tesis de la falla del servicio presunta a este tipo de casos por entender más beneficioso para la Administración de Justicia que en lugar de someter al paciente a la demostración de las fallas en los servicios y técnicas científicas prestadas por especialistas, se impusiese a éstos –por encontrarse en las mejores condiciones de conocimiento técnico y real de cuanto hubiere ocurrido– la carga de atender los cuestionamientos que contra sus procedimientos se formulan por los accionantes³, posteriormente se pasó al entendimiento de acuerdo con el cual el planteamiento en mención condujo a que en todos los litigios originados en los daños causados con ocasión de la prestación del servicio médico asistencial se exigiese, a las entidades públicas demandadas, la prueba de que dicho servicio hubiere sido prestado debidamente, para posibilitarles la exoneración de responsabilidad, cuando en realidad

“... no todos los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente tienen implicaciones técnicas o científicas. Habrá que valorar, en cada caso, si éstas se encuentran presentes o no. Así, habrá situaciones en las que, sin duda, es el paciente quien se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos relacionados con la actuación de la entidad respectiva. Allí está, precisamente, la explicación del dinamismo de las cargas, cuya aplicación se hace imposible ante el recurso obligado a la teoría de la falla del servicio presunta, donde simplemente se produce la inversión permanente del deber probatorio”⁴.

Con fundamento en dicha consideración, se determinó que la demostración de la falla en la prestación del servicio médico asistencial corre por cuenta de la parte demandante⁵, por manera que será el régimen de la falla probada del servicio, con las consecuencias probatorias que le son propias, aquél de conformidad con el cual deberá estructurarse la responsabilidad del Estado⁶, con lo cual ésta

³ Especialmente a partir de la unificación de criterios en torno al tema, la cual tuvo lugar con la sentencia de 30 de julio de 1992, con ponencia del Magistrado Daniel Suárez Hernández, referida, junto con toda la evolución hasta entonces evidenciada en relación con este tipo de asuntos, en: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 24 de agosto de 1992; Expediente 6754; Actor Henry Enrique Saltarín Monroy.

⁴ Sección Tercera, sentencia del 7 de diciembre de 2004, exp. 14.421.

⁵ Aunque se matizará el referido aserto con la aseveración de acuerdo con la cual dicha regla general se excepcionaría cuando la carga probatoria atribuida al demandante “resulte extraordinariamente difícil o prácticamente imposible y dicha carga se torne, entonces, excesiva. Sólo en este evento y de manera excepcional, será procedente la inversión del deber probatorio, previa la inaplicación del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil –que obligaría a la parte actora a probar siempre el incumplimiento por el demandado de su deber de prestar debidamente el servicio mencionado–, por resultar la regla en él contenida, en el caso concreto, contraria a la equidad, prevista en el artículo 230 de la Constitución Política como criterio auxiliar de la actividad judicial”. Cfr. Sección Tercera, sentencia del 7 de diciembre de 2004, exp. 14.421.

⁶ Sección Tercera, sentencia del 3 de octubre de 2007, exp.16.402.

solamente podrá resultar comprometida como consecuencia del incumplimiento, por parte de la entidad demandada, de alguna obligación legal o reglamentaria, de suerte que sea dable sostener que la mencionada entidad cumplió insatisfactoria, tardía o ineficientemente con las funciones a su cargo o las inobservó de manera absoluta, título jurídico subjetivo de imputación cuyos elementos han sido descritos reiteradamente por esta Sala de la siguiente manera:

“En cuanto tiene que ver con los elementos cuya acreditación resulta necesaria en el expediente para que proceda declarar la responsabilidad del Estado con base en el título jurídico —subjetivo— de imputación consistente en la falla en el servicio, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido reiterada y uniforme en el sentido de señalar que se precisa de la concurrencia de (i) un daño o lesión de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial, cierto y determinado —o determinable—, que se inflige a uno o varios individuos; (ii) una conducta activa u omisiva, jurídicamente imputable a una autoridad pública, con la cual se incumplen o desconocen las obligaciones a cargo de la autoridad respectiva, por haberle sido atribuidas las correspondientes funciones en las normas constitucionales, legales y/o reglamentarias en las cuales se especifique el contenido obligacional que a la mencionada autoridad se le encomienda y (iii) una relación o nexo de causalidad entre ésta y aquél, vale decir, que el daño se produzca como consecuencia directa de la circunstancia consistente en que el servicio o la función pública de la cual se trate, no funcionó o lo hizo de manera irregular, ineficiente o tardía”⁷.

Ahora bien, no pueden perderse de vista las dificultades que caracterizan la actividad probatoria en procesos como el que mediante el presente pronunciamiento se decide, habida cuenta de que la actividad médica entraña conocimientos técnicos y científicos de difícil constatación que, en determinados supuestos, le impiden al juez tener plena certeza sobre el nexo de causalidad existente entre un específico procedimiento médico y el resultado que al mismo se le pretende imputar. No obstante, la dificultad que conlleva el análisis de las pruebas en materia médica no faculta al juez para presumir la existencia del aludido nexo causal.

Empero, también se ha sostenido y así se reitera que, en aplicación del principio de libertad probatoria, el juez de la causa puede recurrir a cualquier medio demostrativo que le resulte útil para formar su convencimiento en relación con la existencia y las particularidades de los presupuestos fácticos relevantes para resolver de fondo la litis, mecanismos acreditativos entre los cuales el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil consagra el indicio como uno de los que válidamente puede apreciar el operador judicial con el propósito de formar su íntima convicción; en relación con dicho medio probatorio, la más autorizada doctrina ha sostenido lo siguiente:

“Etimológicamente y de acuerdo con el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, la palabra indicio denota ‘el fenómeno que permite conocer o inferir la existencia de otro no percibido’ (....) el indicio parte de la base necesaria de que exista un hecho conocido, denominado hecho indicador, el artículo 248 del C. de P.C. exige que el

⁷ Sección Tercera, sentencia del 20 de febrero de 2008, exp. 16.739.

mismo ‘deberá estar debidamente probado en el proceso’, con lo cual establece que será a través de otros medios de prueba que deberá acreditarse el hecho conocido, de ahí que tal como lo comenta el profesor Devis Echandía ‘el indicio es una prueba que necesita ser probada y, por tanto, si los medios empleados para este fin adolecen de nulidad o carecen de valor procesal por vicios en el procedimiento para su aducción, ordenación, admisión o práctica, el juez no podrá otorgarles mérito probatorio y, en consecuencia el hecho indiciario le será procesalmente desconocido’, sin perjuicio, claro está, de que el juez pueda ordenar de oficio pruebas que le permitan, corregidos los vicios advertidos de las dejadas sin efecto, analizar los indicios.

Bien se observa entonces que el hecho conocido, o sea aquel a partir del cual se va a realizar la inferencia, debe estar cabalmente probado dentro del proceso por cualquier medio de prueba admisible, requisito central para que a partir del mismo el juez pueda arribar al hecho desconocido”⁸.

En consonancia con lo anterior, esta Corporación estimó procedente que los sujetos procesales, en juicios en los cuales se discute la responsabilidad extracontractual del Estado por razón del despliegue de actividades médicas, procuren la demostración de la existencia del nexo causal entre éstas y el daño irrogado a los demandantes a través de la prueba indiciaria; así, en sentencia del 3 de octubre de 2007, se sostuvo:

“La Sala estima necesario recordar los criterios jurisprudenciales que gobiernan la prueba del nexo causal en los casos que se pretende imputar responsabilidad al Estado por la prestación del servicio de salud, para lo cual es bastante ilustrativa la sentencia del 14 de junio de 2001⁹, en la cual se dijo lo siguiente al punto de la demostración de dicho requisito:

‘Ahora bien, observaciones similares a las anteriores, que se refieren a las dificultades que ofrece para el demandante la demostración de la falla del servicio, se han hecho respecto de la prueba de la relación de causalidad existente entre el hecho de la entidad demandada y el daño del cual resultan los perjuicios cuya indemnización se reclama. En efecto, también en ello están involucrados elementos de carácter científico, cuya comprensión y demostración resulta, en ocasiones, muy difícil para el actor.

Por esta razón, se ha planteado un cierto aligeramiento de la carga probatoria del demandante, a quien, conforme a lo dispuesto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, corresponde demostrar los supuestos de hecho del artículo 90 de la Constitución Política, que sirve de fundamento a sus pretensiones.

Así, en sentencia del 3 de mayo de 1999, esta Sala manifestó:

‘En consideración al grado de dificultad que representa para el actor la prueba de la relación de causalidad entre la acción del

⁸ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio, *Procedimiento Civil, Pruebas*, Dupré Editores, Bogotá, 2001. p 271 y ss.

⁹ Expediente 11.901.

agente y el daño en los casos en que esté comprometida la responsabilidad profesional, 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 causal, se afirma que cuando sea imposible esperar certeza o exactitud en esa materia **'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. 77), **es decir, que la relación de causalidad queda probada 'cuando los elementos de juicio suministrados conducen a un grado suficiente de probabilidad'**. (ibídem, p. 77). Al respecto ha dicho la doctrina:

*'En términos generales, y en relación con el 'grado de probabilidad preponderante', puede admitirse que el juez no considere como probado un hecho más que cuando está convencido de su realidad. En efecto, un acontecimiento puede ser la causa cierta, probable o simplemente posible de un determinado resultado. El juez puede fundar su decisión sobre los hechos que, aun sin estar establecidos de manera irrefutable, aparecen como los más verosímiles, es decir, los que presentan un grado de probabilidad predominante. No basta que un hecho pueda ser considerado sólo como una hipótesis posible. Entre los elementos de hecho alegados, el juez debe tener en cuenta los que le parecen más probables. Esto significa sobre todo que quien hace valer su derecho fundándose en la relación de causalidad natural entre un suceso y un daño, no está obligado a demostrar esa relación con exactitud científica. Basta con que el juez, en el caso en que por la naturaleza de las cosas no cabe la prueba directa, llegue a la convicción de que existe una 'probabilidad' determinante'. (Ibídem, p. 78, 79)...'*¹⁰

En sentencia del 7 de octubre de 1999, la Sala precisó lo siguiente:

'... de acuerdo con los criterios jurisprudenciales reseñados, la causalidad debe ser siempre probada por la parte demandante y sólo es posible darla por acreditada con la probabilidad de su existencia, cuando la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos involucrados o la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación impidan obtener la prueba que demuestre con certeza su existencia'.¹¹
(Se resalta)

Se observa, conforme a lo anterior, que, tratándose de la relación de causalidad, no se plantea la inversión –ni siquiera eventual– del deber probatorio, que sigue estando, en todos los casos, en cabeza del demandante. No se encuentra razón suficiente para aplicar, en tales situaciones, el citado principio de las cargas probatorias dinámicas. **Se acepta, sin embargo, que**

¹⁰ Nota original de la sentencia citada: Expediente 11.169.

¹¹ Sentencia del 22 de marzo de 2001, expediente 13.284.

la demostración de la causalidad se realice de manera indiciaria, siempre que, dadas las circunstancias del caso, resulte muy difícil –si no imposible– para el demandante, la prueba directa de los hechos que permiten estructurar ese elemento de la obligación de indemnizar.

En la valoración de estos indicios tendrá especial relevancia el examen de la conducta de las partes, especialmente de la parte demandada, sin que pueda exigírsele, sin embargo, que demuestre, en todos los casos, cuál fue la causa del daño, para establecer que la misma es ajena a su intervención”¹²
(Se deja destacado en negrillas).

Efectuadas las anteriores precisiones, se impone establecer si, en el *sub judice*, concurren los elementos necesarios para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, esto es si en el plenario se encuentran demostrados el daño, la lesión o el menoscabo –de tipo patrimonial o moral, cierto y determinado–, que afecta a los demandantes; la conducta activa u omisiva de la entidad demandada, mediante la cual la misma desatiende las obligaciones normativamente a su cargo y la relación de causalidad entre ésta y aquél, la evidencia de que el daño se originó como consecuencia directa de la actuación u omisión atribuida a la Administración, a lo cual vale la pena agregar que la Sala puede analizar el asunto –en segunda instancia– sin limitación alguna, comoquiera que ambas partes impugnaron el proveído de primera instancia (art. 357 C. de P. C.).

3.- El caudal probatorio obrante en el expediente.

Dentro de la respectiva etapa procesal y con el lleno de los requisitos legales, se recaudaron los siguientes elementos probatorios:

3.1.- Copia autenticada del registro civil de defunción del señor Mario Fernando Osejo Martínez, quien según dicho documento falleció el 28 de marzo de 1997, a causa de “PANCREATITIS AGUDA”. (fl. 22 c 1).

3.2.- Copia auténtica de la historia clínica No. 2259 (fls. 102 a 116 c 1), perteneciente al señor Mario Fernando Osejo Martínez, de la cual se extrae la siguiente información:

- Ingresó el 27 de marzo de 1997 al I.S.S. –Clínica Maridíaz– del Municipio de San Juan de Pasto; diagnóstico de ingreso: gastritis - pancreatitis; diagnóstico principal: pancreatitis aguda (fl. 103 c 1);

- Resumen de la historia clínica (fl. 104 c 1):

Fecha de ingreso: 27 de marzo de 1997. Fecha de salida: 28 de marzo de 1997. Motivo de la consulta: dolor en epigastrio y mesogastrio, nauseas. Hallazgos físicos de importancia: “dolor abdominal difuso que se (ilegible) a región lumbar”, “sudoración profusa” y palidez. Evolución: “paciente en muy mal estado general, álgido, sudoroso, hace paro cardio respiratorio súbitamente y a pesar de maniobras de resucitación, paciente fallece”. Diagnósticos: Pancreatitis aguda. Laboratorio de importancia: se discriminan unos exámenes, a través de fórmulas y

¹² Sección tercera, sentencia del 3 de octubre de 2007; exp. 30.155.

abreviaturas, las cuales resultan incomprensibles. Tratamiento: ranitidina, buscapina y demerol.

3.3.- Copia auténtica del acta del comité *ad-hoc* No. 013 del I.S.S., fechada en septiembre 8 de 1997, mediante la cual se conceptuó acerca de la atención médica asistencial suministrada al señor Mario Fernando Osejo Martínez, con ocasión de la queja elevada por la señora Mónica Varona de Osejo –cónyuge de la víctima–, en la cual se efectuó una reseña del tratamiento y de los procedimientos practicados al paciente en las dos oportunidades en las cuales estuvo internado en el centro hospitalario, información que resulta importante tener en cuenta, puesto que proviene de la propia entidad y además se extrajo del historial clínico del paciente y, por lo mismo, complementa la información que se dejó descrita anteriormente:

"HISTORIA CLINICA

NOMBRE DEL PACIENTE: MARIO FERNANDO OSEJO MARTINEZ

No. de AFILIACION: 10.527.711

Edad: 43 años

SEXO: MASCULINO

PROCEDENCIA: PASTO (NARIÑO)

CLINICA DE URGENCIAS

FECHA: Marzo 27 de 1997

HORA: 8:27 A.M.

M.C. Dolor en pecho, vómito 'Ingirió alcohol'. T.A. 70/50

P62X: Vómito, malestar y parestesia en Mil post ingesta de alcohol, hace más o menos 18 horas que no ingiere alimentos.

EF: Pálido hipotenso. ORL normal, aliento etílico; FC 60 por minuto; rítmico informa dolor retroesternal.

IDX: Intoxicación etílica.

PLAN: 5% SS mil, pasar en cuatro horas

1:30 P.M. Paciente refiere pertinencia de Epigastralgia y pirosis intensa. Resto normal.

1. 1.500 c.c. de ringer

2. Buscapina Compuesta IV

3. Milanta 30 c.c. cada 4H

4. Continuar con ranitidina.

Dr. Byron Noguera Silva

Temperatura 36C

TA 140/100

Pulso no se registra

M.C. Dolor en epigástrico, nauseas, vómito y mareo

Paciente pálido, afébril, sudoroso, escleras pálidas, boca y mucosas normales, cardiopulmonar. C.N. abdomen dolorido, depresible, tiene dolor al palpar en todo el abdomen especialmente en EPI y mesogástrico. El paciente está intranquilo no se alivia en ninguna posición. Permanece en posición fetal.

IDX: Gastritis aguda?

Pancreatitis?

Perforación de úlcera péptica?

CONDUCTA: 2 ringer

Ranitidina ampolla-Buscapina compuesta

C.H. Amilasas Séricas
Hospitalizar
Dr. Lis Checa

HOSPITALIZACION

M.C. Dolor abdominal

Paciente que consulta esta mañana por dolor al pecho y vómito; parestesias de miembros inferiores, post ingesta de alcohol (18 horas y no ingiere alimentos); ahora regresa por continuar con dolor abdominal y vómito. Esta mañana le aplicaron DAD 10% y complejo B, Ranitidina-Buscapina compuesta, le tomaron EKG y amilasa 117.8 UA/di VN (120).

E.F. T.A. 140/100 T° 36 C

A. General: Paciente pálido, sudoroso, afébril, intranquilo, no le calma el dolor, adopta varias posiciones algidas.

Piel y Faneras: Pálido.

“

Ojos: Escleras pálidas.

“

ABDOMEN: Blando, depresible, doloroso al palpar en todo el abdomen especialmente en epi y mesogastrio, peristaltismo normal.

“

Impresión Diagnóstica:

1° Gastritis aguda.

2° Pancreatitis.

3° Perforación Úlcera Péptica.

Dr. Luis Checa

Hora: 11:30 P.M. Se comenta el caso con el Dr. Castro, ordena se realice enzimas cardíacas y se evolucione al paciente con resultados de éstos.

Al momento pasa estable, igual.

Dr. Luis Martínez

Fecha: Marzo 28 de 1997

Hora: 0.30 horas. Paciente algido, sudoroso, refiere dolor intenso abdominal difuso que irradia a región lumbar, drena líquido espumoso en poca cantidad por sonda nasogástrica. T.A. 130/80 F.C. 78 por minuto.

Hora: 3:30 A.M. Paciente en mal estado general, hace paro súbitamente y a pesar de maniobras de resucitación, paciente fallece.

Dra. Narcisa Luna.

ORDENES MEDICAS

Marzo 27 de 1997

1. Hospitalizar en Medicina Interna
2. Informar al internista de turno
3. Canalizar vena con ringer 1500 c.c. DAD 5% 1.500 c.c.
4. Buscapina más dipirona IV cada 8h
6. CH. Amilasas
7. SVR
8. Modo por V.O.
9. Pasar sonda Nasogástrica

Hora: 11:30 P.M.

1. CH. CKMB TGO LDH
2. Subir a piso (Orden telefónica por el Dr. Castro)
3. Sigue igual dr. Martínez
4. Valoración de resultados por el médico hospitalario. Dr. Martínez

Marzo 28 de 1997

Hora: 0:30 A.M.

1. Demerol 3 amp. Diluidas en 10 c.c. en SSN y aplicar 4 c.c. cada 4 horas EV lento
2. Pendiente valoración internista turno

Hora: 3:30 A.M. Paciente en muy mal estado general, sudoroso, persistente dolor intenso en abdomen en forma generalizada. Hace paro cardiorespiratorio, a pesar de realizar maniobras de resucitación fallece.

NOTAS DE ENFERMERIA

Marzo 27 de 1997

Hora. 10:00. Ingresa paciente de 43 años de edad, estado civil casado, refiere que hace más o menos 17 horas presentó dolor a nivel de epigástrico, vómito en varias ocasiones, que no sede al tratamiento médico. Además presenta palidez generalizada, sudoración. Dr. Checa valora paciente y ordena hospitalizar; Diagnóstico: Gastritis aguda, Pancreatitis, se observa paciente bastante álgido, no refiere alergias a medicamentos, paciente estuvo ingiriendo licor hace 24 horas; su T.A. 130/80. T 36 C.

Hora: 10:45. Se pasa sonda nasogástrica, pero paciente no colabora.

Hora: 11:30. Se pasa sonda nasogástrica, paciente colabora procedimiento, líquido de retorno blanquespumoso más o menos 40 c.c., se reciben reportes de los exámenes de laboratorio y se informa al Dr. Castro, ordenando subir a piso, tomar pruebas de función cardiaca e informarle el resultado. Se informa a jefe de piso P/resultado de Laboratorio (Beatriz E).

Hora 12:30. Se reciben órdenes de Laboratorio las cuales se muestran al médico hospitalario, el paciente continúa con mucho dolor abdominal. La Dra. Narcisa ordena aplicarle demerol, 1 amp. Diluida hasta 10 c.c. y aplicar 4 c.c. IV c/4h. Se cumple orden y el paciente se tranquiliza.

Hora 12:35. Recibe paciente en camilla canalizando vena con sonda No. 6, con drenaje líquido blanco en poca cantidad, dolor intenso abdominal, sudoroso, pálido.

Hora. 1:00 A.M. Por orden del Médico hospitalario se aplica demerol 4 c.c. diluido en agua 10 c.c. de A.D., afébril. Pendiente valoración por internista, que está informando del caso del paciente.

Hora: 1:40 Se observa calmado, afébril, refiere presentar dolor leve T.A. 150/90 P. 75

Hora. 3:00 A.M. Paciente refiere intenso dolor, se informa a médico hospitalario, quien valora paciente, ordena llamar a internista de turno.

Hora: 3:25 A.M. Paciente en mal estado al realizar maniobras de resucitación por presentar paro, se coloca oxígeno, paciente muere, hospitalario certifica muerte. Se arregla cadáver y se informa a los familiares. Por orden de la enfermera jefe se aplica Formol 60 c.c. en abdomen”.

De conformidad con la anterior información, el Comité del I.S.S., designado para estudiar el caso, consideró:

“ANALISIS DE LA INFORMACION

*(...) Al inicio por clínica se debió solicitar electrolitos; sin embargo según la historia clínica, el manejo fue adecuado hasta las 2:20 P.M. Luego se desconoce la conducta que se tomó ya que no hay constancia en la historia clínica; aparentemente el paciente fue dado de alta. Por lo anteriormente expuesto, **si fue dado de alta, esta conducta no era la más pertinente, pues se debió complementar su estudio con otros exámenes de apoyo diagnóstico, según la evolución y dejar en observación.** El tratamiento instaurado por el Médico General a las 10 P.M., hora de su reingreso fue pertinente ... En la Clínica Maridíaz la especialidad de medicina interna realiza turnos de disponibilidad, lo que implica que sólo viene ante la solicitud del médico general, si lo considera necesario; pero creemos que el especialista de turno debió evaluar al paciente en el momento en el que se solicitó su valoración (...).*

CONCEPTO

Es desfavorable por falla institucional, por no tener turnos de estancia en medicina Interna y falla profesional de los Doctores: BYRON NOGUERA, por el no registro de las conductas seguidas y CARLOS CASTRO MELO, por no responder a la interconsulta”. (Se destaca) - (fls. 169 a 1175 c 1).

3.4.- Copia autenticada de la ampliación al concepto emitido por el comité *ad-hoc* de la entidad, en la cual se indicó: *“El Comité Ad-Hoc ratifica que la falta institucional se motiva por el hecho de que el Seguro Social en la Clínica Maridíaz, no cuenta con el Médico Internista permanente en Urgencias, pues sólo dispone*

de especialistas en Medicina Interna, bajo la modalidad de turnos de disponibilidad y tiempos parciales". (fl. 176 c 1).

3.5.- Testimonio de la señora Nicolasa Francia Segura de Noguera (fls. 304 a 314 c 1), quien relató:

"Tuve la oportunidad de recogerlo [a la víctima directa] en el Seguro cuando le dieron de alta a las 3:30 de la tarde del día jueves Santo, no recuerdo la fecha, creo que era el 27 de marzo de 1997, a razón de que MONICA mi amiga me llamó para pedirme ayuda porque la habían sacado de la urgencia (sic) quería saber si conocía a alguien del Seguro para hacerla entrar a urgencias a ver a MARIO, que lo habían sacado porque ella estaba pidiendo que le hicieran más exámenes, una ecografía, en vista de que no le podían hacer el examen, ella se enojó mucho y la sacaron de urgencias, el médico que lo estaba atendiendo era de apellido NOGUERA para que hablara con él y la hiciera pasar, bajé pero en realidad yo no conocía al médico, busqué un enfermero conocido en el Seguro y le pedimos el favor de que vaya a mirar cómo estaba MARIO, él bajó a urgencias y la hizo entrar a MONICA; luego salió dejando MONICA a adentro y me informó que ya le iban a dar de alta que estaban esperando que se le termine el suero y que lo tenían por intoxicación etílica, que tan pronto termine el suero ya salía. Ante eso me quedé esperando que le dieran la salida para llevarlos a la casa, unos veinte minutos después ya salió MARIO yo lo veía muy malo decía que estaba con dolor, lo acompañé hasta el carro para que quedara más cómodo y regresé con MONICA a recibir la droga, luego los llevé a la casa de MARIO se quejaba de dolor en todo momento y me despedí de ellos y luego la siguiente noticia fue a las cuatro pasadas de la madrugada del 28 en que MONICA me llamó para informarme que el marido había muerto (...)"

3.6.- Declaración de la señora María Elena Hernández Arcos (fls. 324 a 330 c 1), quien señaló:

"Yo llegué a recibir turno a la una de la tarde, el paciente se encontraba en una camilla con una vena canalizada, no sabría informar a qué horas llegó en la mañana, pero cuando yo llegué el paciente ya estaba, en la entrega de turno mi compañera me informa que se trata de un paciente con un diagnóstico de una intoxicación etílica. Se le habían realizado exámenes de laboratorio, un electrocardiograma. Una hora más tarde fue valorado por el médico de la tarde que se encontraba de turno, se le volvió a repetir un electrocardiograma, inclusive esos electros se los indicó a un médico internista que era el Dr. HUMBERTO DAVILA donde él dijo que eran normales que no tenía ninguna alteración y en vista de eso se le dio salida al paciente. El paciente sale caminando, consciente, alentado, acompañado de la esposa y como que se le dio una fórmula esto no lo tengo muy presente (...)"

3.7.- Concepto emitido por un médico forense del Instituto de Medicina Legal, calendado en agosto 12 de 1999 (fls. 341 y 342 c 1), según el cual:

"1.- El hoy occiso se le diagnosticó una gastritis aguda, pancreatitis interrogada (sic) y perforación de úlcera gástrica. No existiendo causas concomitantes que determinen la muerte. Además no se le practicó necropsia en el Seguro Social o en Medicina Legal."

2.- Se revisa historia clínica del Seguro Social en donde no se encuentra soporte alguno o diagnóstico que hagan pensar en patología de grandes vasos.

3.- Según historia clínica del Seguro Social al hoy occiso se le aplicaron analgésicos, antiespasmódicos y recibió antiácidos. No se puede determinar patología específica que desencadene la muerte ya que no se practicó la necropsia.

4.- La información del páncreas comprende una amplia gama de trastornos que varía desde una pancreatitis hemorrágica aguda, un cuadro catastrófico, con una elevada mortalidad, hasta una pancreatitis crónica recidivante, una patología caracterizada por episodio de dolor en hemiabdomen superior y en última instancia insuficiencia pancreática. Las causas de la pancreatitis son múltiples. El tratamiento en la mayoría de los pacientes (aproximadamente el 85 al 90%) con pancreatitis aguda, la enfermedad cura espontáneamente, 3 a 7 días después de iniciado el tratamiento. El objetivo del tratamiento médico es disminuir la secreción pancreática y esencialmente dejar que el páncreas descanse. Las medidas convencionales consisten. En 1) analgésicos para el dolor. 2) Líquidos intravenosos para mantener el volumen intravascular normal. 3) No dar alimentos por boca. 4) Aspiración nasogástrica que es electivo y no obligatorio. Si se piensa además en una sobreinfección agregada secundaria al proceso se deben agregar antibióticos. Con lo anterior se puede decir que el paciente Mario Osejo recibió el tratamiento adecuado para este diagnóstico (pancreatitis).

5.- Al paciente en mención se le realiza el diagnóstico de pancreatitis y gastritis que son de tratamiento quirúrgico inmediato; si se complica con la formación de absceso, flemón o seudoquistes se lleva a cirugía. El otro diagnóstico fue de úlcera duodenal para lo cual primero se debe realizar una endoscopia y así decidir el tratamiento.

6.- Según notas de control de medicamentos recibió Suero, Buscapina, Ranitidina y Demerol. La Buscapina es analgésico, antiespasmódico, como efectos secundarios puede producir hipersensibilidad como la urticaria (ronchas) y raros casos de reacciones de Shock. La Ranitidina es un antagonista H2 (inhibe la secreción de ácido clorhídrico a nivel gástrico) por lo general es bien tolerado, pero puede presentar cambios en la función hepática. El Demerol (meperidina) administrado por vía intravenosa produce descenso de la presión arterial y discreta disminución de la frecuencia cardíaca y respiratoria, y acción espasmolítica (disminución de contracciones) del estómago, e intestino. La intoxicación aguda por meperidina (Demerol) provoca a dosis elevadas alteraciones nerviosas, respiratorias y cardiovasculares. En general es una droga no muy tóxica, y sujetos que habían recibido hasta dos (2) gramos han podido salvarse.

7.- Como no se realizó necropsia médico legal o clínica no se puede determinar causa de muerte y por lo tanto si la ingesta o negligencia en aplicarse los medicamentos le ocasionaron complicación en su cuadro”.

El anterior informe fue ampliado en el siguiente sentido: <<No se puede determinar sin necropsia si la ingesta o no ingesta de medicamentos influyen en la muerte del occiso Mario Osejo ya que no se tiene diagnóstico conclusivo, son presuntivos los diagnósticos realizados>> (fls. 353 c 1).

4.- Los hechos probados.

De conformidad con el anterior conjunto probatorio, la Sala encuentra probado lo siguiente:

- El día 27 de marzo de 1997, el señor Mario Fernando Osejo Martínez ingresó al I.S.S., –Clínica Maridíaz– de San Juan de Pasto, aproximadamente a las 8:00 A.M., por presentar dolor en su pecho y dolor epigástrico, vómito abdominal, con una tensión arterial de 70/50 y le fue diagnosticada, en ese momento, una intoxicación etílica.

- La salud del paciente no mejoraba, puesto que el dolor persistía y por ello se precisó que no <<sele al tratamiento médico>>; se le introdujo una sonda nasogástrica; se recibieron los resultados de los exámenes de laboratorio y por disposición médica se practicaron “pruebas de función cardíaca”;

- Se obtuvo un nuevo registro de enfermería en el sentido de que el paciente <<continúa con mucho dolor abdominal>>, motivo por el cual se le aplicó una ampollita de un medicamento denominado demerol;

- A las 2:20 P.M. el señor Mario Fernando Osejo Martínez presentó un cuadro clínico de “*Epigastralgia y pirosis intensa*”, frente a lo cual se le aplicó buscapina compuesta, milanta y ranitidina (fl. 6 vto. c 1);

- No se registraron datos adicionales, especialmente relacionados con la salida del paciente del centro asistencial y las razones médicas que dieron lugar a ese hecho; es decir que existe un vacío en la historia clínica a partir de las 2:00 P.M., último registro de la primera atención hasta las horas de la noche, momento en el cual ingresó por segunda vez al centro hospitalario;

- Posteriormente la historia clínica demuestra un segundo ingreso de la víctima al I.S.S, con la misma sintomatología de la primera ocasión <<ahora regresa por **continuar con dolor abdominal y vómito**>> (se destaca);

- A las 11:30 P.M. se ordenó la práctica de enzimas cardíacas, sin mejoría y aproximadamente a las 3:00 A.M., sufrió un paro respiratorio y falleció;

- Se desconoce la causa del deceso del señor Osejo Martínez, por cuanto no se le practicó necropsia.

5.- Responsabilidad de la parte demandada.

La Sala encuentra probado el daño antijurídico causado a los demandantes, consistente en la muerte del señor Mario Fernando Osejo Martínez, acaecida el 28 de marzo de 1997 dentro de las instalaciones del I.S.S., de San Juan de Pasto.

La Corporación encuentra igualmente la existencia de la deprecada falla en el servicio, por cuanto se probó en el proceso que la atención médica suministrada al paciente fue inadecuada en el sentido de que se dispuso su salida del centro hospitalario, no obstante que no se había recuperado completamente de las dolencias que lo aquejaban y además no se había determinado, de manera concreta, cuál era la patología que presentaba.

En efecto, el material probatorio evidencia que la víctima ingresó en dos ocasiones al I.S.S., debido a que tenía unas dolencias abdominales; la primera de ellas en la mañana, frente a lo cual recibió la atención médico-asistencial antes señalada y una segunda en horas de la noche, porque las deficiencias iniciales no se combatieron y persistieron, lo cual dio lugar a que la víctima debiese acudir nuevamente al centro asistencial, sin que obren en el historial clínico las razones por las cuales se dispuso la salida del paciente de la entidad hospitalaria, vacío que también se encuentra reflejado en el acta del Comité *ad-hoc* de la entidad, toda vez que allí tampoco se registró cuál fue la causa que dio lugar a que el señor Osejo Martínez hubiere sido dado de alta del hospital y que, a juicio de la propia entidad <<... *no era la más pertinente, pues se debió complementar su estudio con otros exámenes de apoyo diagnóstico, según la evolución y dejar en observación*>>.

La Sección Tercera de la Corporación se ha pronunciado insistentemente respecto de la necesidad de elaborar historias clínicas claras, fidedignas y completas, las cuales permitan garantizar el adecuado seguimiento y el acierto en el diagnóstico y en la atención de los pacientes¹³, aspecto que no fue tenido en cuenta en este caso por la entidad demandada, comoquiera que dentro del historial clínico de la víctima no se detalló su salida del centro hospitalario ni mucho menos las razones que llevaron a tal determinación por parte del personal médico, omisión que constituye una inobservancia a lo dispuesto en la Resolución 1995 de 1999 del Ministerio de Salud, según la cual:

“ARTICULO 1. DEFINICIONES.

a. La Historia Clínica es un documento privado, obligatorio y sometido a reserva, en el cual se registran cronológicamente las condiciones de salud del paciente, los actos médicos y los demás procedimientos ejecutados por el equipo de salud que interviene en su atención. Dicho documento únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la ley.

b. Estado de salud: El estado de salud del paciente se registra en los datos e informes acerca de la condición somática, psíquica, social, cultural, económica y medioambiental que pueden incidir en la salud del usuario.

“

“ARTICULO 3. CARACTERISTICAS DE LA HISTORIA CLINICA.

Las características básicas son:

Integralidad: La historia clínica de un usuario debe reunir la información de los aspectos científicos, técnicos y administrativos relativos a la atención en salud en las fases de fomento, promoción de la salud, prevención específica, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, abordándolo como un todo en sus aspectos biológico, psicológico y social, e interrelacionado con sus dimensiones personal, familiar y comunitaria.

¹³ Sección Tercera, sentencia del 10 de febrero de 2000, exp. 11.878, entre muchas otras.

Secuencialidad: Los registros de la prestación de los servicios en salud deben consignarse en la secuencia cronológica en que ocurrió la atención. Desde el punto de vista archivístico la historia clínica es un expediente que de manera cronológica debe acumular documentos relativos a la prestación de servicios de salud brindados al usuario.

Racionalidad científica: Para los efectos de la presente resolución, es la aplicación de criterios científicos en el diligenciamiento y registro de las acciones en salud brindadas a un usuario, de modo que evidencie en forma lógica, clara y completa, el procedimiento que se realizó en la investigación de las condiciones de salud del paciente, diagnóstico y plan de manejo.

Disponibilidad: Es la posibilidad de utilizar la historia clínica en el momento en que se necesita, con las limitaciones que impone la Ley.

Oportunidad: Es el diligenciamiento de los registros de atención de la historia clínica, simultánea o inmediatamente después de que ocurre la prestación del servicio.” (Se deja destacado en negrillas y en subrayas)

Ahora bien, en el proceso se probó, con la declaración de la señora Nicolasa Francia Segura de Noguera, que la víctima fue dada de alta del centro hospitalario, no obstante que el dolor que lo afligía se mantenía y esa información, a juicio de la Sala, resulta creíble y coherente con lo que se desprende de la historia clínica del paciente, pues según los diversos reportes que allí se dejaron consignados, el paciente no presentó una evolución satisfactoria sino que, por el contrario, el dolor se tornaba cada vez más intenso y no respondía al tratamiento y a los medicamentos que le habían sido suministrados, cuestión que permite concluir que en realidad la víctima fue dada de alta sin que hubiere recuperado su salud.

Así se deduce de la información contenida en la historia clínica, pues si a las 12.30 P.M., el paciente <<continúa con mucho dolor abdominal>> y a las 2:20 P.M., <<refiere pertinencia de Epigastralgia y pirosis intensa>>, no puede entenderse cómo en menos de un hora –porque según la testigo Segura de Noguera, la víctima y su esposa salieron del I.S.S., alrededor de las 3:00 P.M.– se dispuso su salida del centro asistencial, cuando, se insiste, su estado de salud momentos antes era deficiente, de allí que la propia entidad hubiere rechazado tal actuación por considerarla irregular.

Conviene igualmente destacar que frente a la(s) patología(s) que habría presentado la víctima no existió realmente una conclusión médica al respecto; al menos ello es lo que refleja la historia clínica del paciente, dado que si bien es cierto que se le practicaron un ecocardiograma y unos exámenes de laboratorio, también lo es que no aparece establecido cuáles fueron los hallazgos de los mismos, pues lo único que aparece al respecto es que los resultados se obtuvieron y que los mismos habrían sido analizados por un médico, sin que se hubieren detallado los hallazgos por parte del profesional de la medicina encargado de estudiar tales pruebas.

Nótese cómo en la historia clínica se indicó frente a ese aspecto únicamente lo siguiente: <<Hora: 11:30 P.M. Se comenta el caso con el Dr. Castro, ordena se

realice enzimas cardiacas y se evolucione al paciente con resultados de éstos>>; <<... se reciben reportes de los exámenes de laboratorio y se informa al Dr. Castro, ordenando subir a piso, tomar pruebas de función cardiaca e informarle el resultado. Se informa a jefe de piso P/resultado de Laboratorio (Beatriz E)>>; <<Hora 12:30. Se reciben órdenes de Laboratorio las cuales se muestran al médico hospitalario, el paciente continúa con mucho dolor abdominal>>.

Ocurre, sin embargo, que no se describieron cuáles fueron esos resultados de los exámenes y, por esa misma razón, la Sala concluye que frente a esa persona no existió, de manera cierta, un diagnóstico frente al cuadro clínico que presentaba, aspecto que cobra mayor fortaleza en la misma historia clínica, dentro de la cual se describieron, a título de interrogante, tres (3) patologías distintas, a saber: “1. *Gastritis aguda?*”, “2. *Pancreatitis?*” y/o “3. *Perforación de úlcera péptica?*”, sin que sea cierto, como lo manifestaron los médicos llamados en garantía, que gracias a los exámenes practicados se hubiere logrado descartar la existencia de esos ‘posibles’ cuadros clínicos, pues, se reitera, ello no aparece descrito en modo alguno en la historia clínica.

Por el contrario, lo que esa prueba documental revela es que aunque se practicaron unos exámenes técnicos y de laboratorio, sus resultados –que al parecer se obtuvieron– no se describieron pese a que se habrían puesto en conocimiento del médico de turno, quien no elaboró –o al menos así lo refleja el acervo probatorio– informe alguno acerca de cuáles hallazgos le encontraron al paciente con ocasión de tales evaluaciones y, por ende, cuál(es) era(n) la(s) patología(s) por él presentada(s).

De conformidad con lo expuesto, la Sala estima que la prestación del servicio médico-asistencial suministrado por la entidad demandada al paciente fue indebido –e incluso denegado–, dado que se dispuso su salida del centro asistencial, no obstante que no había recuperado su salud y, lo que es peor, con desconocimiento de cuál era la patología que presentaba, todo lo cual comporta una evidente falla en el servicio, por virtud de la cual el I.S.S., sí está llamado a responder patrimonialmente.

Debe precisar igualmente la Sala que frente a este asunto podría predicarse la pérdida de oportunidad de la víctima en recuperar su salud –situación frente a la cual la Sección Tercera del Consejo de Estado ha declarado la responsabilidad patrimonial de la Nación por casos similares¹⁴–, ello ante la conducta irregular de la entidad que al disponer el retiro del paciente le impidió ser objeto de otros análisis y de estudios más especiales para determinar cuál era su enfermedad y, por ende, cuál debía ser el tratamiento a seguir frente a la misma para tratar de salvarle su vida o al menos concederle el *chance* de recuperar su salud; sin embargo, en este caso se encuentra acreditada una falla en el servicio atribuible al ente demandado.

Ahora bien, aunque podría sostenerse que causalmente la mencionada falla no se erige en la fuente determinante del daño, lo cierto es que la responsabilidad que le asiste al I.S.S., no emerge de la simple existencia de una relación puramente naturalística de causalidad entre la actuación médico-asistencial y la muerte del paciente, sino que surge del análisis jurídico de imputación que explica cómo la falla en el servicio cuya ocurrencia se ha puesto de presente, hace jurídicamente

¹⁴ Sentencia de 11 de agosto de 2010, exp. 18.593.

atribuible el resultado lesivo de los derechos e intereses de la parte actora, a la Administración accionada¹⁵.

Finalmente, la Sala debe explicar por qué el informe emitido por el médico forense de Medicina Legal (fls. 341 y 342 c 1) no modifica las conclusiones a las cuales se ha arribado en este proveído respecto de la atención irregular concedida a la víctima por parte del I.S.S., pues en esa prueba se afianza el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, la cual sostiene que en la prueba “pericial” se habría determinado que la prestación del servicio médico-asistencial habría sido adecuada.

Pues bien, en primer lugar debe precisarse que la prueba a la cual alude la entidad demandada no es propiamente un dictamen pericial, dado que en realidad se trata de un informe elaborado por un médico forense en respuesta a unos interrogantes elaborados por ambas partes (fls. 10, 41 y 92 c 1).

Aún si en gracia de discusión se acogiere esa prueba como un dictamen pericial, ello tampoco constituiría óbice para desestimarla, pues como lo ha sostenido esta Sección del Consejo de Estado, de conformidad con el artículo 241 del Código de Procedimiento Civil, el juez, al valorar o apreciar el dictamen, tendrá en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos y la competencia de los peritos, por lo cual ha considerado que

“[e]l juez es autónomo para valorar el dictamen y verificar la lógica de sus fundamentos y resultados, toda vez que el perito es un auxiliar de la justicia, pero él no la imparte ni la administra, de manera que el juez no está obligado a ‘...aceptar ciegamente las conclusiones de los peritos, pues si ello fuese así, estos serían falladores ...’.

En suma, el juez está en el deber de estudiar bajo la sana crítica el dictamen pericial y en la libertad de valorar sus resultados; si lo encuentra ajustado y lo convence, puede tenerlo en cuenta total o parcialmente al momento de fallar; o desechar sensatamente y con razones los resultados de la peritación por encontrar sus fundamentos sin la firmeza, precisión y claridad que deben estar presentes en el dictamen para ilustrar y transmitir el conocimiento de la técnica, ciencia o arte de lo dicho”¹⁶.

La razones esenciales por las cuales la Sala se aparta de esa prueba consisten, de un lado, en que allí no se concluyó realmente que la atención suministrada a la víctima hubiere sido adecuada, tal como lo pretende hacer valer la parte accionada, pues lo único que a ese respecto refiere la mencionada prueba documental es que frente a la supuesta patología de pancreatitis se habría otorgado un tratamiento acertado, según se desprende de lo siguiente:

“4.- La información del páncreas comprende una amplia gama de trastornos que varía desde una pancreatitis hemorrágica aguda, un cuadro catastrófico, con una elevada mortalidad, hasta una pancreatitis crónica recidivante, una patología caracterizada por episodio de dolor en hemiabdomen superior y en última instancia insuficiencia pancreática. Las

¹⁵ En esa línea de pensamiento se pronunció recientemente esta Subsección, tal como lo refleja la sentencia proferida el 10 de marzo de 2011, dentro del expediente 19.347.

¹⁶ Sentencia de 19 de agosto de 2009, exp. 17.957.

*causas de la pancreatitis son múltiples. El tratamiento en la mayoría de los pacientes (aproximadamente el 85 al 90%) con pancreatitis aguda, la enfermedad cura espontáneamente, 3 a 7 días después de iniciado el tratamiento. El objetivo del tratamiento médico es disminuir la secreción pancreática y esencialmente dejar que el páncreas descanse. Las medidas convencionales consisten. En 1) analgésicos para el dolor. 2) Líquidos intravenosos para mantener el volumen intravascular normal. 3) No dar alimentos por boca. 4) Aspiración nasogástrica que es electivo y no obligatorio. Si se piensa además en una sobreinfección agregada secundaria al proceso se deben agregar antibióticos. **Con lo anterior se puede decir que el paciente Mario Osejo recibió el tratamiento adecuado para este diagnóstico (pancreatitis).** (Se destaca).*

Al respecto debe recordarse que de acuerdo con lo registrado en el historial clínico se logró establecer que esa posible patología –pancreatitis– no fue concretamente determinada y, por lo mismo, no pudo ser descartada, de modo que si el médico legista consideró lo contrario, pues en todo caso lo hizo sólo frente a un cuadro clínico que, según su juicio, obtuvo un adecuado tratamiento sin que por ello deba acogerse que su criterio hubiese comprendido la totalidad de la atención suministrada a la víctima.

De otro lado, se encuentra que el informe emitido por Medicina Legal apuntó básicamente al establecimiento de si la muerte del señor Osejo Martínez habría derivado del consumo de los medicamentos suministrados en el centro hospitalario y no a la determinación de si la atención concedida resultó adecuada o irregular, tal como lo reflejan las conclusiones de la aludida prueba: **“Como no se realizó necropsia médico legal o clínica no se puede determinar causa de muerte y por lo tanto si la ingesta o negligencia en aplicarse los medicamentos le ocasionaron complicación en su cuadro”**; <<No se puede determinar sin necropsia si la ingesta o no ingesta de medicamentos influyen en la muerte del occiso Mario Osejo ya que no se tiene diagnóstico conclusivo, son presuntivos los diagnósticos realizados>> (Se destaca).

6.- Indemnización de perjuicios.

6.1.- Perjuicios morales.

Respecto del primer grupo familiar que demandó por la muerte del señor Mario Fernando Osejo Martínez, integrado por su esposa, hijos, padres y hermanos, se allegaron las siguientes pruebas documentales: *i)* certificado del registro civil de nacimiento de la víctima directa (fl. 15 c 1), en el cual consta que es hijo de los demandantes Luis Enrique Osejo Ordóñez y Elba Martínez de Osejo; *ii)* copia auténtica de los registros civiles de nacimiento de Andrés Felipe Osejo Varona y María Paula Osejo Varona (fls. 20 y 23 c 1); *iii)* certificado del registro civil de nacimiento de Alejandra Osejo Varona (fl. 21 c 1); *iv)* copia autenticada del registro civil de matrimonio del señor Mario Fernando Osejo Martínez y la demandante Mónica Varón Silva; *v)* certificados de los registros civiles de nacimiento de María Mercedes Osejo Martínez (fl. 16 c 1), Armando Osejo Martínez (fl. 17 c 1), Ruby Alicia Osejo Martínez (fl. 18 c 1) y *vi)* copia auténtica del registro civil de nacimiento de Jorge Luis Osejo (fl. 14 c 1).

Por consiguiente, se encuentra acreditado el parentesco de todos los actores para con la víctima directa, en sus condiciones de padres, hijos, cónyuge y hermanos, respectivamente, razón por la cual cuentan con legitimación en la causa por activa

y además son beneficiarios de la indemnización –a título de perjuicios morales– por la muerte del señor Mario Fernando Osejo Martínez.

En relación con el perjuicio moral padecido por los demandantes, la prueba del parentesco para con la víctima resulta suficiente para tenerlo por configurado, pues en aplicación de las reglas de la experiencia se puede inferir que la muerte de su hijo, padre, esposo y hermano les debió causar un profundo dolor moral, el cual será reconocido, así:

A favor de los señores Luis Enrique Osejo Ordóñez y Elba Martínez de Osejo (padres de la víctima directa), una suma equivalente a cien (100) S.M.L.M.V., para cada uno;

A favor de la señora Mónica Varón Silva (esposa de la víctima directa) y de los jóvenes Andrés Felipe Osejo Varona, María Paula Osejo Varona y Alejandra Osejo Varona (hijos), una suma equivalente a cien (100) S.M.L.M.V., para cada uno;

A favor de María Mercedes Osejo Martínez, Armando Osejo Martínez, Ruby Alicia Osejo Martínez y Jorge Luis Osejo (hermanos de la víctima), una suma equivalente a cincuenta (50) S.M.L.M.V., para cada uno.

6.3.- Perjuicios materiales.

6.3.1.- Daño emergente.

Por este concepto se solicitaron *“las sumas de dinero que debieron invertirse en la atención inmediata de la tragedia, tales como gastos médicos, hospitalarios, funerarios, de transporte, honorarios de abogado, etc.”* (fl. 3 c 1). Sin embargo, la Sala no accederá a este rubro, por cuanto no se acreditó en el proceso, tal como lo consideró el Tribunal de primera instancia (fl. 483 c ppal).

6.3.2.- Lucro cesante.

En este punto son dos los aspectos que deben analizarse: el primero la condena en abstracto dispuesta por el *a quo*; el segundo dice relación con la limitación que frente a esta indemnización se dispuso hasta el monto de \$50'000.000 y que constituyó el reproche efectuado por la parte actora en su recurso de alzada.

➤ **Condena *in genere*.**

La razón que llevó al Tribunal de primera instancia a proferir condena en abstracto frente a este rubro consistió en la falta de aporte del registro civil de nacimiento de la cónyuge de la víctima, cuestión que impedía determinar quién de los dos –ella o su esposo fallecido– era mayor para efectos de cuantificar el lucro cesante con la correspondiente expectativa de vida de quien fuere mayor que el otro.

Ocurre que la parte actora, con su recurso de apelación, allegó el certificado del registro civil de nacimiento de la cónyuge de la víctima (fl. 503 c ppal) y aunque su aporte debe analizarse con sujeción a lo normado en el artículo 214 del C.C.A., la Sala, con el fin de evitar un desgaste innecesario del Aparato Jurisdiccional del Estado con ocasión del incidente de liquidación de perjuicios que tuviere que promover la parte actora ante la confirmación de la condena en abstracto, lo tendrá en cuenta amén de que tal decisión consulta, entre otros principios, los de

economía, eficacia, eficiencia y celeridad que gobiernan las actuaciones jurisdiccionales.

Por lo tanto, la mencionada prueba será tenida en cuenta más adelante para efectos de la liquidación del lucro cesante futuro.

➤ **Limitación del *quantum* indemnizatorio.**

La parte actora solicitó en la demanda:

“Condénase al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES - SECCIONAL NARIÑO a pagar a [todos los demandantes] de las condiciones civiles antes referidas, por medio de su apoderado, todos los perjuicios tanto morales como materiales que se les ocasionaron con los hechos que se demandan, conforme a la siguiente liquidación o a la que se demostrase en el proceso así:

CINCUENTA MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE \$50.000.000 por concepto de Lucro Cesante, correspondientes a las sumas que MARIO FERNANDO OSEJO MARTINEZ dejó de producir en razón de su muerte trágica y prematura, habida cuenta de su edad al momento del insuceso (44) años, y la esperanza de vida calculada conforme a las tablas de Mortalidad aprobadas por la Superintendencia Bancaria”. (Se destaca).

Si bien es cierto que la parte demandante efectuó una cuantificación del lucro cesante en un monto de \$ 50'000.000, también lo es que por tal concepto se solicitó, de manera simultánea, aquello <<que se demostrase en el proceso>>, lo cual incluye un valor superior a dicha cifra.

Por consiguiente, la Sala procederá a calcular, con fundamento en las fórmulas aritméticas que usualmente se utilizan para cuantificar esta clase de rubros, la indemnización por lucro cesante, sin que con ello se vulnere el principio de congruencia, pues se reitera que la parte actora, al solicitar que su indemnización se efectúe también con lo base en lo acreditado en el proceso, abrió la posibilidad de reconocer una suma superior al monto de \$50'000.000, máxime si se tiene en cuenta que la reparación de tal perjuicio debe realizarse bajo los postulados del artículo 16 de la Ley 446 de 1996, esto es bajo los lineamientos del principio de reparación integral.

Ahora bien, en el proceso se acreditó que la víctima ejercía una actividad económica como empleado de la compañía DATACENTRO DE NARIÑO Ltda., tal como lo acreditan la copia autenticada del contrato de trabajo que obra a folio 24 del cuaderno 1, la certificación laboral emitida por dicha empresa el 30 de abril de 1999 (fl. 117 c 1) y las declaraciones de los señores Francisco del Castillo Ordóñez y Germán Alberto Zambrano Patiño (fls. 315 a 323 c 1). Asimismo se probó, con fundamento en dichos testimonios, que del salario devengado por el señor Osejo Martínez, derivaban igualmente su sustento su esposa e hijos; de conformidad con la mencionada certificación laboral, la víctima devengaba un salario de \$681.266 (fl. 117 c 1).

➤ **Indemnización debida o consolidada:**

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

En donde,

S = Es la indemnización a obtener;

Ra = Es el ingreso percibido por el señor Osejo Martínez, actualizado a valor presente de acuerdo con la fórmula aceptada por la jurisprudencia ($\$1'799.250$)¹⁷, más el incremento en un 25% por concepto de prestaciones sociales ($\$449.813$), arroja un monto de $\$ 2'249.063$; a esta cifra se le descontará un 25%, el cual se presume la víctima destinaba para su propio sostenimiento ($\$562.266$). De esta manera se tiene que, para la fecha de su muerte, la víctima percibía unos ingresos mensuales de $\$ 1'686.797$.

A favor de la señora Mónica Varona Silva (cónyuge de la víctima):

Entonces:

$$Ra = \$ 843.399^{18}.$$

I = Interés puro o técnico: 0.004867

N = Número de meses que comprende el período indemnizable (169)¹⁹.

$$S = \$ 843.399 \times \frac{(1 + 0.004867)^{169} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$ 220'371.765.$$

Total indemnización debida a favor de la cónyuge de la víctima = $\$220'371.765$.

A favor de Andrés Felipe Osejo Varona (hijo de la víctima):

Entonces:

$$Ra = \$ 210.850^{20}$$

I = Interés puro o técnico: 0.004867

N = Número de meses que comprende el período indemnizable (49)²¹.

¹⁷ $Ra = \$ 681.266 \times \frac{106.83 \text{ (IPC Final)}}{40.45 \text{ (IPC Inicial)}}$

¹⁸ Este valor equivale al 50% de $\$ 1'686.797$. (Ra).

¹⁹ Número de meses transcurridos entre la muerte de la víctima (marzo 1997) y la fecha de la presente decisión.

²⁰ Este valor equivale al 25% de $\$ 843.399$ (Ra).

²¹ Número de meses transcurridos entre la muerte de la víctima (marzo 1997) y la fecha en la cual el demandante adquirió 25 años de edad (abril 29 de 2001).

$$S = \$ 210.850 \times \frac{(1 + 0.004867)^{49} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$ 11'635.873.$$

Total indemnización debida a favor de Andrés Felipe Osejo Varona = \$11'635.873.

A favor de María Paula Osejo Varona (hija de la víctima):

Entonces:

$$Ra = \$ 210.850^{22}$$

I = Interés puro o técnico: 0.004867

N = Número de meses que comprende el período indemnizable (169).

$$S = \$ 210.850 \times \frac{(1 + 0.004867)^{169} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$ 55'093.007.$$

Total indemnización debida a favor de María Paula Osejo Varona = \$55'093.007.

A favor de Alejandra Osejo Varona (hija de la víctima):

$$Ra = \$ 210.850^{23}$$

I = Interés puro o técnico: 0.004867

N = Número de meses que comprende el período indemnizable (111)²⁴.

$$S = \$ 210.850 \times \frac{(1 + 0.004867)^{111} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$ 30'939.361$$

Total indemnización debida a favor de Alejandra Osejo Varona = \$30'939.361

Total indemnización debida = \$ 318'040.006.

²² Este valor equivale al 25% de \$ 843.399 (Ra).

²³ Este valor equivale al 25% de \$ 843.399 (Ra).

²⁴ Número de meses transcurridos entre la muerte de la víctima (marzo 1997) y la fecha en la cual la demandante adquirió 25 años de edad (1° de junio de 2006).

➤ **Indemnización futura:**

De conformidad con el cotejo de los certificados de registros civiles de nacimiento de la víctima y su esposa, se puede determinar que esta última era menor y, por consiguiente, se tendrá en cuenta la expectativa de víctima del señor Osejo Martínez por ser inferior a la de su cónyuge.

Para la fecha de ocurrencia de los hechos la víctima tenía 43 años de edad y, por ende, una probabilidad de vida adicional de 33.99 años, equivalentes a 407.88 meses, de los cuales se descontará el número de meses que fueron liquidados por el período debido o consolidado (169), es decir 238.88 meses.

A favor de la señora Mónica Varona Silva (cónyuge de la víctima):

La indemnización futura se calculará con base en la siguiente fórmula:

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

En donde,

S = Es la indemnización a obtener

Ra = \$ 843.399²⁵

I = Interés puro o técnico: 0.004867

N = Número de meses que comprende el período indemnizable, el cual se extiende desde la fecha de la sentencia y hasta el límite de la vida probable del señor Mario Fernando Osejo Martínez (238.88 meses).

Reemplazando, se tiene que:

$$S = \frac{\$ 843.399 \times (1 + 0.004867)^{238.88} - 1}{0.004867 (1 + 0.004867)^{238.88}}$$

S = \$ 118'955.111

A favor de María Paula Osejo Varona (hija de la víctima):

La indemnización futura se calculará con base en la siguiente fórmula:

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

En donde,

S = Es la indemnización a obtener

²⁵ Este valor equivale al 50% de \$ 1'686.797 (Ra).

Ra = \$ 210.850

I = Interés puro o técnico: 0.004867

N = Número de meses que comprende el período indemnizable, el cual se extiende desde la fecha de la presente sentencia y hasta que la demandante adquiera 25 años de edad (91 meses), lo cual habría de ocurrir el 13 de octubre de 2018, pues según la copia auténtica de su registro civil de nacimiento, la joven nació el 13 de octubre de 1993 (fl. 23 c 1).

Reemplazando, se tiene que:

$$S = \frac{\$ 210.850 \times (1 + 0.004867)^{91} - 1}{0.004867 (1 + 0.004867)^{91}}$$

S = \$ 15'471.997

Total indemnización futura = \$ 134'427.108

Total perjuicios materiales: \$ 452'467.114.

7.- Responsabilidad del llamado en garantía y aspectos relativos a la misma²⁶.

Como una manifestación del principio de la responsabilidad estatal, el inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política señala que *“en el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste”*.

Así mismo, de acuerdo con lo previsto en los artículos 77 y 78 del Código Contencioso Administrativo, los funcionarios serán responsables por los daños que causen en el ejercicio de sus funciones por culpa grave o dolo, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda al Estado. En todo caso, cuando prospere la demanda contra una entidad pública, la sentencia dispondrá que ésta satisfaga los perjuicios y si el funcionario ha sido llamado al proceso –artículo 57 C. de P. C.²⁷ –, determinará la responsabilidad de aquél.

²⁶ Se reiteran las consideraciones expuestas en diferentes pronunciamientos de la Sala, tales como sentencias de abril 28 de 2010, exp. 17537; de agosto 11 de 2010, exp. 16.074.

²⁷ Artículo 57 C de P. C.-. Quien tenga derecho legal o contractual de exigir a un tercero la indemnización de los perjuicios que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquél, para que con el mismo proceso se resuelva sobre tal relación. El llamamiento se sujetará a lo dispuesto en los dos artículos anteriores.

Artículo 56 *ibídem*-. (...) En la sentencia se resolverá, cuando fuere pertinente, sobre la relación sustancial que existe entre denunciante y denunciado, y acerca de las indemnizaciones o restituciones a cargo de éste.

En tal sentido, la acción de repetición se consagró en el artículo 78 del C. C. A., declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-430 de 2000, para que la entidad condenada judicialmente en razón de una conducta dolosa o gravemente culposa de uno de sus funcionarios o ex funcionarios o de un particular en ejercicio de funciones públicas, pudiese solicitar de éste el reintegro de lo que hubiere pagado como consecuencia de una sentencia judicial o de una conciliación. De conformidad con la disposición anotada, el particular afectado o perjudicado con el daño derivado de una acción u omisión estatal, se encuentra facultado para demandar a la entidad pública o a ésta y al respectivo funcionario. En este último evento, la responsabilidad del servidor público habrá de establecerse durante el proceso.

El mandato constitucional del inciso segundo del artículo 90 C. P., encuentra hoy su desarrollo en la Ley 678 de 2001, *“por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición”* (se destaca). Esta ley definió la repetición como una acción de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa hubiere dado lugar al reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto. La misma acción se ejercerá contra el particular que investido de una función pública hubiere ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial.

La Ley 678 de 2001 reguló tanto los aspectos sustanciales como los procesales de la acción de repetición y del llamamiento en garantía y fijó bajo la égida de los primeros, generalidades tales como el objeto, noción, finalidades, deber de ejercicio y especificidades, al igual que las definiciones de dolo y culpa grave con las cuales habrá de calificarse la conducta del agente y el establecimiento de presunciones legales, con obvias incidencias en materia de la carga probatoria dentro del proceso; al amparo de los segundos, determinó asuntos relativos a la jurisdicción y competencia, legitimación, desistimiento, procedimiento, caducidad, oportunidad de la conciliación judicial o extrajudicial, cuantificación de la condena y determinación de su ejecución, así como lo atinente al llamamiento en garantía con fines de repetición y las medidas cautelares al interior del proceso.

Sin embargo, los hechos y actos ocurridos bajo el imperio y vigencia del régimen jurídico anterior a la expedición de la Ley 678 de 2001, potencialmente constitutivos de la acción de repetición y del llamamiento en garantía contra funcionarios o ex funcionarios del Estado o particulares en ejercicio de función pública, tenían un régimen integrado por varias disposiciones tanto sustanciales como procesales, que aunque dispersas, permitían exigir la responsabilidad del agente del Estado en los términos consagrados en el inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política.

Así las cosas, para dilucidar el conflicto de leyes por el tránsito de legislación, la jurisprudencia ha sido clara al aplicar la regla general según la cual la norma nueva rige hacia el futuro, de manera que aquella sólo será aplicable respecto de los hechos producidos a partir de su expedición y hasta el momento de su derogación; sólo de forma excepcional, las leyes pueden tener efectos retroactivos.

Lo anterior da a entender, válidamente, que los actos o hechos que originaron la responsabilidad patrimonial del servidor público acaecidos con anterioridad a la

Ley 678 de 2001, continúan rigiéndose por la normatividad anterior, máxime cuando la responsabilidad del agente es subjetiva, en tanto única y exclusivamente compromete su patrimonio por razón de su conducta calificada dolosa o gravemente culposa.

De manera que, si los hechos o actos que originaron la responsabilidad patrimonial del servidor público resultan posteriores a la entrada en vigencia de Ley 678 de 2001, para determinar y enjuiciar la falla personal del agente público será aplicable esta normativa en materia de dolo y culpa grave, sin perjuicio de que dada la estrecha afinidad y el carácter civil que se le imprime a la acción en el artículo 2º de la misma ley, excepcionalmente se acuda al apoyo del Código Civil y a los elementos que doctrinal y jurisprudencialmente se han estructurado en torno a la responsabilidad patrimonial por el daño, en lo que no resulte irreconciliable con aquélla y los fundamentos constitucionales que estructuran el régimen de responsabilidad de los servidores públicos –artículos 6, 90, 121, 122 y 124 C.P.–.

En el presente caso, los hechos o actuaciones que dieron lugar al llamamiento en garantía fueron anteriores a la expedición de la Ley 678 de 2001, por manera que las normas sustanciales aplicables para dilucidar si el llamado actuó con culpa grave o dolo, serán las vigentes al tiempo de la comisión de la conducta del agente público, que es la que constituye la fuente de su responsabilidad patrimonial frente al Estado, casos en los cuales resulta necesario remitirse directamente al criterio de culpa grave y dolo que recoge el Código Civil:

“Artículo 63 C. C.-. Clases de culpa y dolo. La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materia civil equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpas se opone a la suma diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”. (Se destaca).

Frente a estos conceptos, el Consejo de Estado²⁸ ha señalado que para determinar la existencia de la culpa grave o del dolo el juez no se debe limitar a las definiciones contenidas en el Código Civil, sino que debe tener en cuenta las características particulares del caso que deben armonizarse con lo previsto en los artículos 6º y 91 de la Constitución Política sobre la responsabilidad de los servidores públicos, como también la asignación de funciones contempladas en los reglamentos o manuales respectivos. Así mismo, es necesario tener en cuenta otros conceptos como los de buena y mala fe que están contenidos en la Constitución Política²⁹ y en la ley, a propósito de algunas instituciones como por ejemplo contratos, bienes y familia.

En consideración a lo anterior, la Sala³⁰ ha explicado que para determinar la responsabilidad personal de los agentes, ex agentes estatales o particulares investidos de funciones públicas, el análisis de sus actuaciones dolosas o gravemente culposas comporta, necesariamente, el estudio de las funciones a su cargo y si respecto de ellas se presentó un incumplimiento grave. Igualmente, se requiere establecer si dicho incumplimiento se debió a una actuación consciente y voluntaria del agente, es decir con conocimiento de la irregularidad de su comportamiento **y con la intención de producir las consecuencias nocivas** – actuación dolosa–, o si al actuar pudo prever la irregularidad en la cual incurriría **y el daño que podría ocasionar** y aún así lo hizo o confió imprudentemente en poder evitarlo –actuación gravemente culposa–.

Es claro entonces que se trata de establecer una responsabilidad subjetiva cualificada, en la cual juega un papel decisivo el análisis de la conducta del agente; por ello, **no cualquier equivocación**, no cualquier error de juicio, no cualquier actuación que desconozca el ordenamiento jurídico permitirá deducir la responsabilidad del agente, ex agente estatal o particular en ejercicio de funciones públicas y, por ello, resulta necesario comprobar la gravedad de la falla en su conducta.

Pues bien, la Sala estima que dentro del presente asunto los llamados en garantía no actuaron con culpa grave y mucho menos en forma dolosa frente a la producción del daño, por las razones que se exponen a continuación.

Respecto de la actuación del doctor Carlos Abel Castro Melo, la Sala encuentra que ese médico no participó directamente en la prestación del servicio frente a la víctima, por cuanto no le correspondió atenderla, amén de que su intervención se produjo dentro de la segunda oportunidad en que la víctima requirió del servicio médico, en tanto que la declaratoria de responsabilidad patrimonial que aquí se dispone frente al ente demandado deviene de la primera de esas ocasiones, puesto que fue allí donde se incurrió en las irregularidades ya anotadas, básicamente al permitir la salida del paciente sin que hubiere recobrado su salud y ante el desconocimiento de su patología.

²⁸ Sección Tercera, sentencia de agosto 31 de 1999, exp. 10865, reiterada en muchas otras decisiones.

²⁹ El artículo 83 Constitucional reza: *“Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas”*.

³⁰ Sección Tercera, sentencia de noviembre 27 de 2006, exp. 23049.

En cuanto al doctor Byron Noguera Silva, la Sala observa que este profesional de la medicina sí atendió a la víctima y fue quien dispuso la práctica de unas evaluaciones en horas de la mañana; sin embargo, la Sala no encuentra que su comportamiento hubiere estado prevalido de la intención de producir las consecuencias nocivas que se generaron, puesto que del material probatorio allegado no puede arribarse a tal consideración.

8.- Condena en costas.

Habida cuenta que para el momento en que se dicta 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 hubiere actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna actuó de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a imponerlas.

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

F A L L A :

PRIMERO: Modificar la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Nariño el día 14 de septiembre de 2000, la cual quedará así:

1.- Declarar, administrativa y patrimonialmente responsable, al Instituto de los Seguros Sociales por la muerte del señor Mario Fernando Osejo Martínez, ocurrida el 28 de marzo de 1997, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

2.- Condenar al Instituto de los Seguros Sociales a pagar a los señores Luis Enrique Osejo Ordóñez y Elba Martínez de Osejo (padres de la víctima directa), una suma equivalente a cien (100) S.M.L.M.V., para cada uno, a título de perjuicios morales.

3.- Condenar al Instituto de los Seguros Sociales a pagar a los actores Mónica Varón Silva (esposa de la víctima directa), Andrés Felipe Osejo Varona, María Paula Osejo Varona y Alejandra Osejo Varona (hijos), una suma equivalente a cien (100) S.M.L.M.V., para cada uno, por perjuicios morales.

4.- Condenar al Instituto de los Seguros Sociales a pagar a los señores María Mercedes Osejo Martínez, Armando Osejo Martínez, Ruby Alicia Osejo Martínez y Jorge Luis Osejo (hermanos de la víctima), una suma equivalente a cincuenta (50) S.M.L.M.V., para cada uno, por concepto de perjuicios morales.

5.- Condenar al Instituto de los Seguros Sociales a pagar a la señora Mónica Varona Silva (cónyuge de la víctima), la suma de \$339'326.876, por perjuicios materiales.

6.- Condenar al Instituto de los Seguros Sociales a pagar al joven Andrés Felipe Osejo Varona, el monto de \$ 11'635.873, por perjuicios materiales.

7.- Condenar al Instituto de los Seguros Sociales a pagar a la joven María Paula Osejo Varona, el monto de \$ 70'565.004, a título de perjuicios materiales.

8.- Condenar al Instituto de los Seguros Sociales a pagar a la joven Alejandra Osejo Varona, el monto de \$ 30'939.361, a título de perjuicios materiales.

SEGUNDO: Absolver de responsabilidad a los llamados en garantía, doctores Byron Noguera Silva y Carlos Abel Castro Melo.

TERCERO: Sin condena en costas.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

GLADYS AGUDELO ORDOÑEZ

HERNAN ANDRADE RINCON

MAURICIO FAJARDO GOMEZ