

**RESPONSABILIDAD MEDICA - Jurisdicción. Competencia /
RESPONSABILIDAD HOSPITALARIA - Jurisdicción. Competencia /
JURISDICCION CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA - Responsabilidad médica
hospitalaria**

La Sala reitera los planteamientos contenidos en las sentencias proferidas el 19 de octubre de 2007, dentro de los expedientes números 15382 y 16010. Nota de Relatoría: Ver sentencias de 19 de octubre de 2007, expedientes Nos. 15382 y 16010 M.P. Enrique Gil Botero.

**PERJUICIOS MORALES - Padre. Inexistencia / PADRE - Perjuicios morales.
Improcedencia**

En relación con el supuesto daño padecido por el señor Jorge Enrique Galicia Barragán -padre del menor lesionado-, para la Sala, del acervo probatorio, se desprenden una serie de indicios que llevan a concluir que aquél no veía en forma alguna en el sostenimiento económico y afectivo requerido por el niño; lo anterior, como quiera que sólo mostró interés en el reconocimiento de su paternidad, una vez avizoró la posibilidad de demandar el reconocimiento ante esta jurisdicción de una serie de perjuicios eventualmente a él causados, toda vez que a partir de su conducta procesal, no pudo padecer un detrimento o aflicción de rango afectivo frente a su hijo, como quiera que del acervo probatorio se desprende con meridiana claridad que nunca veló por la subsistencia de aquél antes de que ocurriera el desafortunado hecho; de allí que se ha enervado la presunción respecto a los perjuicios morales sufridos por el padre. La sola condición biológica de padre, no legitima ni habilita para valerse de un daño que sufre el hijo, a efectos de sacar provecho de la tragedia del mismo, proceder así, cuando no se ha cumplido con los deberes y obligaciones inherentes a la condición paterna, no sólo es censurable, sino que de contera significa utilizar como medio al hijo, cuando éste como persona, es un fin en si mismo en términos Kantianos (Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres). En fin, para la Sala resulta acreditado a plenitud que frente al padre del menor no opera la presunción de perjuicios morales, en su favor, por el contrario, la prueba evidencia la orfandad económica, espiritual y afectiva en que mantuvo a su hijo, es por ello que ni jurídica ni moralmente, sufrió perjuicio alguno, por las graves lesiones del infante.

**FALLA DEL SERVICIO MEDICO HOSPITALARIO - Principio de confianza
legítima / PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGITIMA - Falla del servicio médico
hospitalario / CASO FORTUITO - Irresistibilidad. Inexistencia / FALLA DEL
SERVICIO MEDICO HOSPITALARIO - Formol. Ceguera**

Para la Sala se encuentra acreditado, sin anfibiología alguna, la calidad de antijurídica que reviste la lesión inflingida a los demandantes, en tanto no tenían - ni tienen- el deber jurídico de soportarla. En efecto, en tratándose de la prestación del servicio público (art. 49 C.P.) médico - hospitalario, el Estado asume una carga especialísima de protección, toda vez que las personas que se someten a la praxis médica, quirúrgica y/o hospitalaria, lo hacen con la finalidad de que un grupo de personas con un conocimiento profesional y técnico brinden soluciones efectivas a situaciones que se relacionan de manera directa o indirecta con el concepto de salud. En ese orden de ideas, el principio de confianza legítima en materia de la prestación del servicio médico - hospitalario se torna más exigente, como quiera que los parámetros científicos, profesionales y técnicos que rodean el ejercicio de la medicina se relacionan con el bien jurídico base y fundamento de los demás intereses jurídicos, esto es, la vida y, por conexidad, la salud. En esa panorámica, el daño ostenta la naturaleza de cierto, actual y determinado, motivo adicional para

predicar el cumplimiento de los preceptos normativos contenidos en el artículo 90 de la Constitución Política, necesarios para sustentar el acaecimiento del mismo. De conformidad con el acervo probatorio, es claro que, en el caso concreto, se incurrió en una grave falla del servicio que se encuentra acreditada, toda vez que se transgredió el principio de confianza que rige en las relaciones sociales -se desconoció el rol-, como quiera que para nadie resulta aceptable, ni mucho menos previsible, que en un centro de atención médica en donde se presta el servicio de salud, una persona sea afectada por un error grave del personal de enfermería. No resulta viable, por lo tanto, señalar que en el caso concreto operó un típico evento de caso fortuito, en tanto la nota característica de irresistibilidad que demanda éste así como la fuerza mayor, no se encuentra acreditada por cuanto no resulta concebible, ni siquiera dentro de los más simples parámetros trazados por la lógica, entender que el daño irreversible que se infligió en los órganos y a la función de la vista de Jorge Enrique fue el resultado de un evento irresistible en su producción, que se generó al interior de la actividad de prestación médica. Así las cosas, las pruebas obrantes en el proceso son contundentes en delimitar la falla del servicio acaecida en el caso concreto, ya que la auxiliar de enfermería Anselma Macias Montoya, en horas y con ocasión del servicio se ofreció voluntariamente a efectuar la curación y el baño requerido por Jorge Enrique Galicia, toda vez que éste estaba recibiendo tratamiento médico en su espalda -al haberse quemado en circunstancias que no aparecen establecidas en el expediente- y, por causas que son desconocidas, le vertió formol sobre la cabeza lo que produjo que esta sustancia química ingresara en sus ojos, produciéndole graves quemaduras en ambas córneas lo que derivó en la patología que ahora lo afecta, caracterizada principalmente por la ceguera irreversible. Nota de Relatoría: Ver sentencia de 16 de marzo de 2000, exp. 11670; sentencia de 2 de mayo de 2002, exp. 13477

RESPONSABILIDAD SOLIDARIA - Falla del servicio médico hospitalario. Acción de repetición / ACCION DE REPETICION - Falla del servicio médico hospitalario. Responsabilidad solidaria

Habrá lugar a modificar la sentencia consultada, a efectos de precisar que la responsabilidad de indemnizar el daño reclamado en la demanda, se concreta de manera solidaria entre el Hospital San Antonio del Guamo E.S.E. y la auxiliar de enfermería María Anselma Macias Montoya, con la salvedad de que la entidad pública mencionada, deberá cancelar las sumas de la correspondiente liquidación de perjuicios, para luego repetir por los respectivos valores en contra de su funcionaria o empleada.

DAÑO A LA VIDA DE RELACION - Ceguera. Formol

El tribunal condenó por dicho concepto a favor, única y exclusivamente, de Jorge Enrique Galicia Rojas a un total de 4.000 gramos de oro; importe éste que reflejado en salarios mínimos mensuales legales vigentes, con empleo del mismo sistema utilizado para liquidar el perjuicio moral (con garantía del principio de la no reformatio in pejus), corresponde a 481 salarios mínimos mensuales legales vigentes, lo cual respeta los máximos jurisprudenciales que han sido establecidos por esta Corporación sobre la materia.

DERECHOS DE PROTECCION - Patrimonio de los niños / PRINCIPIO DE INTERES SUPERIOR DEL NIÑO - Protección del patrimonio / DERECHOS DE LOS NIÑOS - Protección de su patrimonio

En relación los valores aquí establecidos a favor de Jorge Enrique Galicia Rojas los cuales, una vez cancelados, integraran su peculio, el cual es administrado por su señora madre y, posiblemente también, por su señor padre, evidencia la Sala que existen en el expediente una serie de factores y supuestos fácticos que motivan a dar aplicación al numeral 16 del artículo 20 de la ley 1098 de 2006 “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”, esto es, el deber en cabeza de toda persona y autoridad pública de proteger a los niños, niñas y adolescentes en contra de cualquier amenaza que pueda sufrir su patrimonio por parte de quienes lo administren. Lo anterior, en la medida que la señora Carmen Rojas Tapiero se encuentra demandada, en un proceso ordinario laboral en el cual se han decretado una serie de embargos respecto de sus bienes. En ese orden, se torna imperativo en atención al principio de interés superior del niño (artículo 8 ley 1098 ibídem), que esta Corporación oficie al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar “ICBF”, para que adopte, dentro del ámbito de sus competencias, todas las medidas tendientes a brindar las medidas de protección necesarias para mantener incólume el patrimonio de Jorge Enrique, hasta que éste adquiriera su mayoría de edad, so pena de quien ejerce actualmente la patria potestad, pueda comprometer dichos recursos para cancelar obligaciones personales preexistentes.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., cuatro (4) de diciembre de dos mil siete (2007)

Radicación número: 73001-23-31-000-1998-01327-01(17918)

Actor: CARMEN ROJAS TAPIERO Y OTROS

Demandado: MUNICIPIO DEL GUAMO Y OTROS

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

Resuelve la Sala el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia de 3 de diciembre de 1999, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, en la cual se decidió lo siguiente:

“1º) DECLARAR administrativamente responsables en forma solidaria al Hospital San Antonio del Guamo - Tolima, Municipio del Guamo, Departamento del Tolima, Nación - Ministerio de Salud y María Anselma Macias Montoya del daño antijurídico causado al menor Jorge Enrique Galicia Rojas el día 5 de octubre de 1997.

“2º) NEGAR las excepciones de ausencia de falla del servicio, inexistencia del nexo causal y existencia de caso fortuito, formuladas por el Hospital San Antonio del Guamo, falta de obligación de la Nación - Ministerio de Salud y la indebida determinación del demandado por el municipio de Guamo.

“3º) CONDENAR solidariamente al Hospital San Antonio del Guamo - Tolima, Municipio del Guamo, Departamento del Tolima, la Nación- Ministerio de Salud y María Anselma Macias Montoya a pagar a favor de la señora Carmen Rojas Tapiero, Jorge Enrique Galicia Barragán, menores Jorge Enrique Galicia Rojas, José Reinel Torres Rojas y Luis Fernando Torres Rojas, representados el primero por sus padres señalados primeramente y los dos restantes únicamente por su madre, por concepto de perjuicios morales el equivalente a un mil (1.000) gramos oro en forma individual, según conversión en pesos colombianos de acuerdo al valor que tenga uno conforme a certificación que expida el Banco Emisor al momento de ejecutoria de esta sentencia.

“4º) CONDENAR solidariamente al Hospital San Antonio del Guamo - Tolima, Municipio del Guamo, Departamento del Tolima, la Nación- Ministerio de Salud y María Anselma Macias Montoya a pagar a favor del menor Jorge Enrique Galicia Rojas, representado por sus padres Carmen Rojas Tapiero y Jorge Enrique Galicia Barragán, por perjuicio fisiológico el equivalente a cuatro mil (4.000) gramos oro, de acuerdo al valor en moneda colombiana que tenga un gramo oro de dicho metal.

“5º) CONDENAR solidariamente al Hospital San Antonio del Guamo, Municipio del Guamo, Departamento del Tolima, la Nación - Ministerio de Salud y María Anselma Macias Montoya a pagar por concepto de lucro cesante a favor del menor Jorge Enrique Galicia Rojas, representado por sus padres Carmen Rojas Tapiero y Jorge Enrique Galicia Barragán, la suma de CUARENTA Y CINCO MILLONES CUATROCIENTOS TRECE MIL TRESCIENTOS VEINTIÚN PESOS CON OCHENTA CENTAVOS (\$45.413.321,80).

“6º) Esta sentencia deberá ser cumplida por los demandados en forma solidaria en los términos establecidos en los artículos 176 e inciso final del 177 del Código Contencioso Administrativo.

“7º) ABSOLVER a la llamada en garantía CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAMPESINA “COMCAJA” ante lo considerado en esa providencia.

“8º) NEGAR el resto de pretensiones de la demanda.” (fl. 207 y 208 cdno. ppal. 2ª instancia - mayúsculas del original).

I. ANTECEDENTES

1. Demanda y trámite de primera instancia

1. Mediante demanda presentada el 14 de julio de 1998, Carmen Rojas Tapiero, en nombre propio y en representación de sus hijos menores: Jorge Enrique Rojas Tapiero, José Reinel Torres Rojas y Luis Fernando Torres Rojas, formularon, por intermedio de apoderado judicial, acción de reparación directa con el fin de que se declararan patrimonialmente responsables al Hospital San Antonio del Guamo, al Municipio del Guamo, a la Nación - Ministerio de Salud, y a la señora María Anselma Macias M., de los perjuicios materiales y morales a ellos infligidos con motivo de las lesiones personales causadas al menor Jorge Enrique Rojas Tapiero, en hechos que tuvieron ocurrencia el 9 de noviembre de 1997, en las instalaciones del centro hospitalario antes mencionado (fls. 10 a 30 cdno. ppal. 1º).

Como consecuencia de la anterior declaración, deprecaron que se condenara a las demandadas a pagar las siguientes sumas de dinero: i) por concepto de daño emergente, todos los gastos médicos y quirúrgicos, tendientes a restablecer la visión del menor Jorge Enrique, tasados en la suma de \$8.000.000,00; ii) a título de lucro cesante para el mismo menor, los valores que cubran la pérdida del 100% de su capacidad laboral, durante el período de vida probable, en cuantía no inferior a \$800.000.000,00, iii) para Jorge Enrique, por perjuicio fisiológico o daño a la vida de relación la cantidad de 7.000 gramos de oro y, vi) a título de perjuicios morales, 4.000 gramos de oro a favor de Jorge Enrique Rojas Tapiero, y 1.000 gramos de oro para Carmen Rojas Tapiero, José Reinel Torres Rojas y Luis Fernando Torres Rojas (fls. 11 a 14 cdno. ppal. 1º).

En apoyo de las pretensiones se expusieron, en síntesis, los siguientes hechos (fls. 6 a 12 cdno. ppal. 1º):

1.1. Jorge Enrique Rojas Tapiero es hijo de la señora Carmen Rojas Tapiero, concebido dentro de la unión libre formada entre ésta y el señor Jorge Galicia, quien aún no ha reconocido como tal al primero, motivo por el cual fue registrado únicamente con los apellidos de la madre.

Luis Fernando Torres Rojas y Reinel Torres Rojas son hermanos por vínculo de consanguinidad maternal con el lesionado Jorge Enrique, conforme a los registros civiles aportados con la demanda.

1.2. Por haber sufrido quemaduras en la espalda en un incidente casero, el menor Jorge Enrique estaba siendo tratado en el Hospital San Antonio del Guamo E.S.E., para el mes de octubre de 1997.

1.3. En una de las curaciones de rutina, la auxiliar de enfermería María Anselma Macias, transportó al niño a una de las salas de cirugía del centro hospitalario, y en vez de efectuarle la curación normal en la espalda, tomó un recipiente con formol y bañó a Jorge Enrique, especialmente en su cabeza, lo cual le produjo dolores irresistibles y, consecuentemente, le generó la pérdida funcional del órgano de la visión, toda vez que se le diagnosticó una lesión residual cicatrizal que comprende la córnea y la conjuntiva en forma bilateral, lo que impide la observación de la cámara posterior del ojo.

1.4. En un estudio más detallado, a manera de conclusión, se profirió concepto médico, en el que se precisó acerca del padecimiento del menor lo siguiente: aparición de conjuntivitis ocular por formol y posterior presentación de leucoma (ocupación de la córnea - obstaculización del paso de la luz por pérdida de transparencia de la córnea).

1.5. Al menor se le practicó un trasplante de córnea, en la Fundación Santa Fe de Bogotá, al ser remitido por el Hospital San Antonio del Guamo E.S.E., empero resultó infructuoso, por cuanto el organismo del niño rechazó el mismo.

1.6. Este fatal desenlace de las lesiones sufridas por Jorge Enrique Rojas Tapiero ha causado en éste, en su madre, y sus hermanos y padre, una profunda consternación y sufrimiento, dada la gravedad de las mismas y sus secuelas permanentes.

2. El Tribunal Administrativo del Tolima admitió la demanda a través de auto de 21 de julio de 1998 (fl. 31 cdno. ppal. 1º); mediante providencia de 18 de octubre de esa anualidad, fue aceptada su adición, la cual consistió en incluir, dentro de las pretensiones, al padre del menor lesionado, esto es, al señor Jorge Enrique Galicia Barragán, quien a efectos de acreditar su condición paterna, allegó copia íntegra y auténtica del registro civil de nacimiento de Jorge Enrique Rojas Tapiero, quien ahora se identifica como Jorge Enrique Galicia Rojas, a partir del 18 de septiembre de 1998. Igualmente, con la adición de la demanda, se elevó una pretensión nueva en favor del menor Jorge Enrique Galicia Rojas, consistente

en el daño emergente futuro que supondrá contratar, de por vida, a una persona acompañante para que lo ayude en su desplazamiento (fl. 85 a 88 y 90 cdno. ppal. 1º).

Una vez fijado el proceso en lista fue contestado por las entidades y personas demandadas; el municipio del Guamo llamó en garantía al Departamento del Tolima y a la Caja de Compensación Familiar Campesina "Comcaja" A.R.S. (fls. 1 a 3 cdno. ppal. 2º), el cual fue admitido mediante proveído del 19 de octubre de 1998 (fl. 4 cdno. ppal. 2º) y contestado oportunamente por parte de los terceros vinculados (fls. 41 a 48 y 61 a 65 cdno. ppal. 2º). El 12 de marzo de 1999, se decretaron las pruebas solicitadas por las partes y por los llamados en garantía (fls. 112 a 114 cdno. ppal. 1º) y, por último, por auto de 2 de septiembre de 1999 se corrió traslado para alegar de conclusión (fl. 159 cdno. ppal. 1º).

3. Notificado el auto admisorio de la demanda, así como el que aceptó su adición, las entidades públicas demandadas, la persona natural demandada, así como los citados en garantía la contestaron en tiempo (fls. 50 a 56, 58 a 59, 71 a 78, 81 a 82 y 102 a 104 cdno. ppal. 1º y 61 a 65 cdno. ppal. 2º) para oponerse a las pretensiones formuladas en la misma, en los términos que, a continuación se exponen:

3.1. Hospital San Antonio del Guamo E.S.E.

3.1.1. La auxiliar de enfermería actuó con diligencia y cuidado en el manejo del paciente, dada su experiencia, sólo que por una fatalidad se presentó tan absurdo accidente.

No es cierto que el organismo del menor, por la gravedad extrema de las lesiones oculares, rechazara el trasplante de córnea, por el contrario, reza la historia clínica que en la intervención no se presentaron complicaciones, sólo que, al parecer, por el comportamiento negligente de la madre de no procurar los cuidados e higiene necesarios se produjo una infección y, por ende, mayor daño que el producido inicialmente con el acontecimiento extraordinario.

3.1.2. En el presente caso, se deben declarar probadas las excepciones de mérito de *ausencia de falla del servicio, inexistencia del nexo causal y acreditación de caso fortuito*.

3.2. *Anselma Macias M.*

Son parcialmente ciertos algunos de los hechos de la demanda y, adicionalmente, debe precisarse que en ningún momento la conducta de la auxiliar de enfermería fue negligente, sólo que por la inmediatez de los hechos su conducta debe enmarcarse dentro del concepto de caso fortuito.

3.3. *Nación - Ministerio de Salud*

3.3.1. La negligencia en la prestación y coordinación de los servicios médico - asistenciales, hospitalarios y quirúrgicos inherentes a la función de seguridad social que les corresponde a las entidades hospitalarias, así como la interrupción en la prestación de los mismos, constituyen violaciones de derechos fundamentales, únicamente adjudicables al ente que los prestó.

3.3.2. En vista de lo anterior, debe declararse probada la excepción previa de *falta de legitimación por pasiva* y, en su defecto, la de mérito de *inexistencia de la obligación*.

3.4. *Municipio del Guamo (Tolima)*

Existe una indebida determinación del demandado, por cuanto no se puede considerar a la entidad territorial, denominada municipio del Guamo, responsable de los hechos que se narran en el libelo de la demanda, en tanto no tenía para la época de los hechos -ni siquiera actualmente-, a su cargo, como lo manifiestan los actores, la dirección del Hospital San Antonio del Guamo E.S.E., circunstancia por la cual no se puede pregonar de éste la responsabilidad que se pretende, puesto que el manejo y dirección de dicho centro hospitalario lo ha tenido el Departamento del Tolima a través de la Secretaría de Salud.

3.5. *Departamento del Tolima*

3.5.1. El departamento no tiene la obligación de indemnizar los perjuicios que se causaron por la negligencia o impericia de la enfermera al servicio del Hospital San Antonio del Guamo, toda vez que éste es una empresa social del Estado (E.S.E.) y, por ende, sujeto capaz de contraer obligaciones.

3.5.2. En ese orden de ideas, se debe entender demostrada la excepción de *falta de legitimación en la causa por pasiva*.

3.6. *Caja de Compensación Familiar Campesina "Comcaja" A.R.S.*

3.6.1. En virtud del contrato No. 0044 la Comcaja A.R.S., contrató los servicios del Hospital San Antonio del Guamo E.S.E., entidad que directamente prestó el servicio médico al menor Jorge Enrique Rojas Tapiero, por lo cual el llamamiento en garantía resulta inepto.

3.6.2. Es evidente que concurren respecto de Comcaja A.R.S., ausencia de título y causa que fundamente su responsabilidad, inexistencia de la obligación reclamada y, por último, se evidencia un cobro de lo no debido.

3.6.3. El menor Jorge Enrique Galicia Rojas, se encontraba inscrito en el programa Sisben, Nivel II, zona urbana del municipio del Guamo, pero debe aclararse que Comcaja, para todos los efectos legales, actúa como administradora del régimen subsidiado (ARS) y no como entidad prestadora del servicio (IPS).

4. Corrido el traslado para alegar de conclusión, intervinieron la parte actora, el Hospital San Antonio del Guamo E.S.E., y el municipio del Guamo (fls. 174 a 194, 164 y 165 y 195 a 196 cdno. ppal. 1º); por su parte, el Ministerio Público rindió concepto mediante el cual solicitó se accediera a las pretensiones de la demanda, puesto que, en su criterio, obran un conjunto de pruebas todas ellas demostrativas de la falla en que incurrieron los organismos públicos demandados; pidió, así mismo, que se absolviera a la señora María Anselma Macias Montoya, dado que no se encuentra demostrado que la conducta de la misma haya sido dolosa o gravemente culposa (fls. 160 a 162 cdno. ppal. 1º).

1. Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia de 3 de diciembre de 1999, el Tribunal Administrativo del Tolima, declaró solidariamente responsables al Hospital San Antonio del Guamo (Tolima), al Municipio del Guamo, al Departamento del Tolima, a la Nación-Ministerio de Salud, y a María Anselma Macias Montoya, de los perjuicios padecidos por los actores, motivo por el cual los condenó a pagar las sumas de dinero trascritas en el encabezado de esta providencia. En criterio del *a quo*, en el asunto *sub examine*, se encontró demostrada una clara falla del servicio médico - hospitalario, en tanto del acervo probatorio se deriva que la auxiliar de enfermería, María Anselma Macias Montoya, del Hospital San Antonio del Guamo vertió - específicamente bañó- formol en la cabeza del menor Jorge Enrique Galicia Rojas, lo cual le causó una serie de lesiones de carácter permanente en el órgano y función de la visión.

Entre otros aspectos, el tribunal, puntualizó lo siguiente:

“(…) No hay prueba de causal de exculpación que justifique la conducta negligente de la auxiliar de enfermería María Anselma Macias Montoya y de los entes demandados, ya que la gran lesión permanente del menor Jorge Enrique Galicia Rojas se causó estando esta (sic) al servicio del Hospital San Antonio del Municipio del Guamo-Tolima, Empresa Social del Estado del orden municipal con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, adscrita a la secretaría de salud municipal e integrante del sistema de seguridad social integral, que debe ser responsabilizada por el daño antijurídico y en forma solidaria con el Municipio del Guamo, Departamento del Tolima, la Nación-Ministerio de Salud y María Anselma Macias Montoya, pues el primero y último atendieron al lesionado, el segundo, tercero y cuarto por adscripción, organización, dirección, reglamentación y apoyo económico en la prestación de servicios de salud, debieron ejercer vigilancia y control para que éste se prestara con resultado positivo y no como sucedió en la atención del menor en la Empresa Social del Estado Descentralizada.

“La conducta de la enfermera María Anselma Macias Montoya y de la Empresa Social del Estado de carácter municipal, creada por el acuerdo número 020 del 11 de agosto de 1997, fue manifiestamente irregular, pues no entiende la Corporación como se haya atendido la curación del menor Jorge Enrique Galicia Rojas con químico tóxico “formol”, que conllevó a deformidad físicas afectando su rostro, pérdida funcional del órgano de la visión vincular (sic) de carácter permanente. Este hecho es inaudito en la atención de la salud a cargo del Estado como demanda el artículo 49 de la Constitución Política de Colombia de 1991, donde los servicios de salud se organizan en forma descentralizada y concurren a su prestación la Nación y las entidades territoriales departamentales y locales, que

impide no responsabilizarlos en este caso concreto porque no se ha comprobado certeramente que estuvieron prestos a la vigilancia y control para evitar irregularidades en este servicio público de la salud como la presentada.

“(…) No participa la llamada en garantía Caja de Compensación Familiar Campesina “COMCAJA” en el daño antijurídico propuesto de la responsabilidad patrimonial de los entes demandados, ya que el contrato de prestación de servicio de salud celebrado con el Hospital San Antonio del Guamo-Tolima, su vigencia era del 8 de 1997 al 7 de octubre de 1998 y la lesión total del órgano de la visión del menor Jorge Enrique Galicia Rojas ocurrió antes del convenio (ver fls. 51 a 55 del Cuad. Número 2 “llamamiento en garantía”).

“Todo lo anterior está desvirtuando las excepciones de falla del servicio, inexistencia del nexo causal y existencia de caso fortuito, formuladas por el Hospital San Antonio del Guamo, y las de falta de legitimación en la causa por pasiva e inexistencia de las obligación de la Nación-Ministerio de Salud y la de indebida determinación del demandado del ente territorial local acusado.

“(…)” (fls. 200 a 208 cdno. ppal. 2ª instancia - mayúsculas del original).

2. Trámite procesal en la segunda instancia - grado jurisdiccional de consulta

Inconformes con la decisión anterior, el Hospital San Antonio del Guamo E.S.E. y el municipio del Guamo, interpusieron sendos recursos de apelación en contra de la misma (fls. 211 y 212 cdno. ppal. 2ª instancia); mediante auto de 23 de enero de 2000 (fl. 215 cdno. ppal. 2ª instancia) el *a quo* concedió las impugnaciones y, una vez recibido el expediente en esta Corporación, se corrió por parte del Consejero Director del proceso, a través de proveído de 16 de marzo de 2000, traslado por 3 días para sustentar la impugnación (fls. 220 y 221 cdno. ppal. 2ª instancia). Ahora bien, por auto de 4 de mayo de 2000, se declararon desiertos los recursos presentados, toda vez que el apoderado judicial del municipio del Guamo no lo sustentó y, por parte del Hospital San Antonio del Guamo E.S.E., quien dijo actuar como apoderado del mismo no suministró, junto con la sustentación, los documentos necesarios para acreditar la calidad de representante legal del poderdante (Gerente de dicha entidad).

En ese orden, y ante la imposibilidad de surtir el trámite de la impugnación, el Consejero Ponente, mediante la misma providencia de 4 de mayo, dispuso

tramitar el grado jurisdiccional de consulta, como quiera que se cumplen en el asunto concreto, los presupuestos para surtir el mismo.

Mediante auto de 5 de diciembre de 2003, se dio cumplimiento a la providencia de 21 de octubre del mismo año, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Ibagué que dispuso el embargo y secuestro de los derechos litigiosos que le llegaren a corresponder a la señora Carmen Rojas Tapiero dentro del proceso de la referencia, circunstancia por la cual se registró la medida cautelar en el expediente (fl. 313 cdno. ppal. 2ª instancia).

3. Alegatos de conclusión en sede de consulta

Intervino en esta etapa el Hospital San Antonio del Guamo E.S.E., en síntesis, para reiterar los argumentos de defensa y, puntualizar, de manera adicional, lo siguiente (fls. 248 a 250 cdno. ppal. 2ª instancia):

3.1. Se puede comprobar de las pruebas referidas al reconocimiento del menor por parte del señor Galicia Barragán, que de manera tardía hizo el mencionado acto en la Notaría del Guamo, con el único fin de lograr la legitimación de demandar la reparación directa del daño ocasionado por los agentes del Estado. No puede, por tanto, considerarse que un progenitor que ha omitido garantizar a su hijo el derecho fundamental al conocimiento de su filiación, tenga un vínculo afectivo suficiente para aducir que ha sufrido un perjuicio derivado de la lesión padecida por el menor.

3.2. La tasación del perjuicio moral se efectuó sin considerar las específicas condiciones de cada uno de los reclamantes, por cuanto ellos han padecido en grado distinto las consecuencias del hecho generador de la responsabilidad patrimonial del Estado.

3.3. Incurrió en un error el tribunal al liquidar un lucro cesante futuro que, sin tener certeza alguna, no se sabe si el menor va a padecer, como quiera que si bien, sufre una incapacidad física derivada de su invidencia, puede adquirir destrezas y habilidades a través de la rehabilitación por los medios científicos y tecnológicos disponibles para convertirse en una persona útil y así subsistir en el futuro.

II. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites propios de la segunda instancia, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el asunto sometido a su consideración, a través del siguiente derrotero: 1) Jurisdicción y competencia aplicable a los eventos de responsabilidad médica y hospitalaria en materia contencioso administrativa; 2) los hechos probados, 3) caso concreto, y 4) Reliquidación de perjuicios.

1. Jurisdicción y competencia aplicable a los eventos de responsabilidad médica y hospitalaria en materia contencioso administrativa

Sobre el particular, la Sala reitera los planteamientos contenidos en las sentencias proferidas el 19 de octubre de 2007, dentro de los expedientes números 15382 y 16010, donde puntualizó, entre otros aspectos, lo siguiente:

“En ese orden de ideas, se torna imperativo, a efectos de delimitar el alcance de los postulados del numeral 4 del artículo 2º de la ley 712 de 2001, comprender lo que se entiende por *“controversias referentes al sistema de seguridad social integral”*, con el fin de precisar si todas los litigios relacionados con la responsabilidad de la administración sanitaria o médica, son de competencia de esta jurisdicción o, si por el contrario, deben ser desatados por la laboral ordinaria.

“El anterior planteamiento se constituye en imperativo, máxime si se tiene en cuenta la última posición jurisprudencial adoptada a partir de febrero del año en curso por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la materia objeto de análisis.¹

“(…)

“Ahora bien, en cuanto concierne a dicha posición hermenéutica, en materia de competencia para conocer de los eventos de responsabilidad por fallas en la prestación médico - asistencial oficial, esta Corporación procede a señalar los motivos por los cuales se separa, con absoluta consideración, del razonamiento delineado:

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de 13 de febrero de 2007, rad. 29519, M.P. Carlos Isaac Nader.

“1.1. Como bien lo pone de presente el profesor Gerardo Arenas Monsalve, el sistema general de seguridad social en salud tiene dos objetivos fundamentales desarrollados en la ley 100 de 1993: i) la regulación del servicio público esencial de salud y, ii) la creación de condiciones de acceso de toda la población al servicio en todos los niveles de atención.”²

“Lo señalado anteriormente, en cuanto no es posible desbordar el contenido y alcance fijado al concepto de sistema de seguridad social integral, según el cual el mismo es aquel *“conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente de las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad.”*³

“Por ende, como se aprecia, es posible que ciertos daños se enmarquen dentro del típico esquema de responsabilidad derivada de un conflicto relativo al sistema de seguridad social integral, como por ejemplo, el incumplimiento de obligaciones de atención por parte de la EPS encargada de prestar el servicio, falta de suministro de medicamentos, negativa al reconocimiento de una prestación social pensional, negativa al reconocimiento de una pensión del sistema de riesgos profesionales, entre otros.

“Lo anterior, no supone entonces, que toda falla o incumplimiento obligacional relacionado con la prestación del servicio médico y/o hospitalario, tenga un origen en el sistema de seguridad social integral, como quiera que es posible que el mismo -en su especialidad salud o riesgos profesionales- haya actuado perfectamente, bien en cuanto a la prestación y suministro del servicio esencial (oportunidad y eficiencia), pero no así en lo que concierne a la entidad hospitalaria o a uno de sus agentes (público o privado) que puede haber cometido una falla en la prestación concreta del servicio, caso en el cual la relación entre el paciente y la entidad prestadora (v.gr. IPS), se muestre ajena al sistema de seguridad social integral y, por lo tanto, debe ser regulada por las normas y principios que gobiernan la responsabilidad patrimonial extracontractual, bien sea del orden civil o estatal.

“En esa perspectiva, no resulta viable confundir el sustrato del sistema de seguridad social, con el fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado, puesto que el primero halla su alcance en el concepto de seguridad social (que se basa en los principios del seguro, entendido este último como el contrato para el cubrimiento y protección frente a ciertas eventualidades), mientras que el segundo encuentra su origen en el daño antijurídico (lesión a un bien que no se tiene el deber jurídico

² Cf. ARENAS Monsalve, Gerardo “El derecho colombiano de la seguridad social”, Ed. Legis, Bogotá, 2ª edición, pág. 170.

³ Ver preámbulo de la ley 100 de 1993.

de soportar) que se ocasiona de la actividad desplegada por la administración pública.

“1.2. No se pretende, de ninguna manera, alterar el contenido de las relaciones derivadas del sistema de seguridad social integral, sino que, por el contrario, se busca garantizar la especialidad del juez respecto de cada una de las relaciones autónomas o independientes que pueden presentarse al seno de una determinada área, rama o estructura del derecho de la responsabilidad, garantizando de esta manera al demandante que pueda acudir a formular todas las pretensiones que, en su criterio, puedan llegar a ser discutidas en los diversos ámbitos de la responsabilidad, como por ejemplo: i) la que se puede reclamar frente a la EPS prestadora del servicio de salud perteneciente, por regla general, a la órbita del sistema de seguridad social integral en salud, ii) la que se puede deprecar frente a la institución que efectivamente suministra o brinda el servicio (v.gr. IPS) y, por último, iii) la que puede endilgarse al personal médico y hospitalario encargado de realizar las labores de diagnóstico, seguimiento, procedimiento, intervención y cuidados postoperatorios, por ejemplo.

“1.3. Entonces, es claro que si la controversia suscitada tiene que ver con el sistema de seguridad social integral contenido en la ley 100 de 1993 y sus modificaciones, (salud, pensiones y/o riesgos profesionales), *sin importar cual es la naturaleza de la relación jurídica* (afiliado, beneficiario o usuario) *y de los actos jurídicos* (de prestación, de asignación, de reconocimiento, entre otros), será imperativo acudir a la Jurisdicción Ordinaria Laboral, para que se desate el respectivo proceso a fin de que se valoren las pretensiones y se establezca el fundamento fáctico y jurídico de las mismas.

“1.4. La jurisprudencia trazada recientemente por esta misma Sala, cuando sobre la materia objeto de análisis -jurisdicción y competencia aplicables en eventos de responsabilidad médica-, y aunque circunscrito el estudio desde la óptica del acto jurídico, señaló:

“(…) Nótese como en la ley 712, al regular la competencia de la jurisdicción del trabajo, el legislador definió las materias que le corresponde conocer atendiendo a un factor material y así estableció que la jurisdicción ordinaria laboral es la competente para conocer de los actos jurídicos y por lo mismo no comprende los juicios derivados de la responsabilidad extracontractual de la administración que siguen de esta suerte siendo del conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.⁴

“(…) Por manera que los asuntos atinentes a responsabilidad extracontractual derivada de hechos jurídicos por parte de entidades estatales prestadoras de servicios de salud, no fueron asignados por el artículo 2º

⁴ En el mismo sentido C-111 del 9 de febrero de 2000, M.P. Tafur Galvis y CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Laboral, Sentencia del 6 de septiembre de 1999, M.P. Herrera Vergara.

de la ley 712 a la jurisdicción ordinaria laboral, en cuanto que esta norma asignó a esta sólo las controversias derivadas de actos jurídicos, y por lo mismo excluyó aquellas derivadas de otras fuentes del daño, como son justamente los hechos, los cuales por lo mismo continuarán siendo de conocimiento de la jurisdicción en lo contencioso administrativo.

“(…) Por último la Sala destaca que la ley 1107 de 2006 en tanto preceptiva procesal es de aplicación general inmediata, conforme lo dispuesto por el artículo 40 de la ley 153 de 1887, según el cual “[l]as leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.”⁵ (subrayado y cursivas del texto original).

“1.5. A similares conclusiones ha arribado la jurisprudencia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, cuando ha resuelto conflictos de jurisdicción entre la Contencioso Administrativa y la Ordinaria.⁶

“En efecto, en reciente oportunidad y con ocasión de resolver el conflicto de jurisdicción presentado entre el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Pasto y el Segundo Laboral del Circuito de esa misma ciudad, esta alta Corporación asignó la competencia al primero de ellos, para conocer de una demanda de reparación directa (por presuntas fallas en la prestación del servicio médico) en contra de la ESE Rafael Núñez y el Instituto de Seguros Sociales, con fundamento en la siguiente argumentación:

“A juicio de la Sala, ni el juez del conflicto, ni tampoco aquél ante el cual el actor en ejercicio de su derecho de acción, ha presentado una demanda de reparación directa fundado en la teoría de la falla en el servicio y en concreta alusión al daño antijurídico (Art. 90 de la C.P.), pueden desconocer o trocar sus pretensiones al ámbito de la ley 100 de 1993 o a otra distinta, pues es él, el dueño de la pretensión quien elige la vía una vez formula su demanda, tiene la carga de probar los hechos en que se funda y argumentar jurídicamente sus pretensiones, sin perjuicio, por supuesto, de las medidas de saneamiento a lugar, pero no al punto de

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 26 de marzo de 2007, exp. 25.619, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁶ Artículo 256 numeral 6 de la Constitución Política y artículo 112 numeral 2 de la ley 270 de 1996. Esta última disposición establece que corresponde a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura: “(…) 2. Dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones, y entre éstas y las autoridades administrativas a las cuales la ley haya atribuido funciones jurisdiccionales, salvo que los que se prevén en el artículo 114, numeral tercero, de esta ley y entre los consejos seccionales o entre dos salas de un mismo consejo seccional.”

querer desconocer el fundamento argumentativo de la demanda, como indudablemente de buena fe, lo ha propuesto el Juzgado Administrativo colisionado.

“En el caso presente, se insiste, el actor y su apoderado tuvieron a bien presentar una demanda de reparación directa, sobre la base de la responsabilidad por daño antijurídico del Estado, generado en hechos de la Administración, y a la luz de la teoría de la falla del servicio, indudablemente del resorte de la jurisdicción contenciosa en los términos de los Arts. 82 y 86 del C.C.A., y consecuentemente, el conflicto será dirimido asignándole la competencia a su representante.”⁷ (destaca la Sala).

“1.6. En esa perspectiva, otro criterio hermenéutico limita la posibilidad con que cuenta el demandante de analizar y estructurar, con cierta autonomía, las pretensiones que puede formular en las respectivas ramas o campos del derecho, de conformidad con el marco normativo que le traza la legislación vigente en cada materia.

“En efecto, no resulta jurídicamente viable que si el demandante pretende formular la responsabilidad por un hecho de la administración, se le coercione a entablar una demanda ordinaria laboral para discutir aspectos fácticos que se enmarcan, claramente, dentro de la órbita del daño antijurídico y las diversas formas de imputación del mismo, como elementos estructurales de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado.

“Una interpretación de esa índole, restringe la posibilidad con que cuenta el demandante, de señalar y acudir a la jurisdicción que considere le debe resolver el litigio o la controversia que se pretende plantear con fundamento en el derecho de acción, con la salvedad de que esta libertad debe ejercerse con respeto de las disposiciones que gobiernan, dentro de cada jurisdicción, los parámetros técnicos para la formulación de las pretensiones deprecadas en la demanda, so pena de que el juez inadmita y, eventualmente, rechace la misma.

“De otro lado, se tiene que se ha catalogado a los pacientes de hospitales públicos como usuarios de un servicio estatal con fundamento en el artículo 49 de la Constitución Política, e igualmente, los pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre el tema (sentencias C-559 de 1992 y C-665 de 2000) reiteran la naturaleza mencionada en relación con la atención en salud a cargo del Estado, y a que el anormal funcionamiento de dicha prestación médica - hospitalaria genera responsabilidad extracontractual en los términos del artículo 90 de la Carta Política.⁸

⁷ Consejo Superior de la Judicatura – Sala Jurisdiccional Disciplinaria, sentencia de 7 de febrero de 2007, exp. 110010102000 200700102, M.P. Temístocles Ortega Narváez. Igualmente se pueden consultar las siguientes providencias de esa misma Corporación, en idéntico sentido: sentencia de 16 de octubre de 2001, exp. 20021385 01/664-C, M.P. Guillermo Bueno Miranda y sentencia de 14 de diciembre de 2001, exp. 20010428 01/556-C, M.P. Guillermo Bueno Miranda.

⁸ Sobre el particular, la doctrina ha puntualizado: “Posición que recoge el pensamiento doctrinario en la materia que para tal efecto ha catalogado a los pacientes de hospitales públicos como usuarios de un servicio estatal, relación extraña al contrato y la diferencia además de quien es

“1.7. Al margen de todas las consideraciones sobre la materia, y que se han examinado in extenso en lo que respecta de manera puntual, en relación con la competencia en asuntos de este jaez, existe una proposición de naturaleza imperativa normativa frente a la cual no es factible realizar ningún tipo de sustracción y es la circunstancia ineludible de que el órgano competente para dirimir los conflictos de este orden conforme al ordenamiento jurídico, es el Consejo Superior de la Judicatura, en efecto así lo establecen los artículos 256 numeral 6 de la Constitución Política y 112 numeral 2 de la ley 270 de 1996; concretamente esta última disposición en cuanto preceptúa: “(...) 2. *Dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones, y entre éstas y las autoridades administrativas a las cuales la ley haya atribuido funciones jurisdiccionales, salvo que los que se prevén en el artículo 114, numeral tercero, de esta ley y entre los consejos seccionales o entre dos salas de un mismo consejo seccional.*” Y esa Corporación ya se pronunció sobre la competencia en los asuntos materia de examen, conforme se ha destacado en esta providencia.”⁹

Así las cosas, constatada la jurisdicción y competencia de esta Corporación para definir el asunto sometido a consideración, se torna imperativo efectuar la presentación de los elementos de prueba valorables que obran en el expediente.

2. Los hechos probados

Del acervo probatorio allegado al expediente, se destacan los siguientes aspectos:

2.1. En la copia de la historia clínica del menor Jorge Enrique Galicia Rojas, concretamente, en la hoja de órdenes médicas del 5 de octubre de 1997, se lee lo siguiente:

“Atiendo llamado de enfermería. Paciente a quien accidentalmente al hacerle la curación, en lugar de agua le aplicaron formol. Se le practicó lavado generalizado con agua y prepodine...”(fl. 198 cdno. anexo No. 1).

usuario de una clínica privada que en principio se enmarca como una relación contractual. Se acudió también al artículo 49 de la Constitución Nacional que señala: “la atención de salud y el saneamiento ambiental son servicios a cargo del Estado” (...) De allí que si asumido por el Estado el servicio público de salud y en desarrollo del mismo se causa un daño a un administrado, debe éste repararlo independientemente de que exista o no contrato previo, con fundamento además en la cláusula general de responsabilidad de la administración pública, art. 90 de la Constitución Política.” GIL Botero, Enrique “Responsabilidad Médica y Hospitalaria en el Derecho Público”, Revista No. 20 – octubre de 2006, Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado, Pág. 166.

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 19 de octubre de 2007, expedientes Nos. 15382 y 16010 M.P. Enrique Gil Botero.

Y en la evolución del paciente, el 6 de los citados mes y año, se registra igualmente:

“Se valora paciente con lesión ocular. Se realiza examen ocular bajo sedación encontrando edema... que dificulta la valoración, se logra evidenciar leucoma... Paciente con signos de queratitis.

“Se realiza lavado con SSN. Se continúa tratamiento antibiótico tópico ungüento. Se cubre el ojo. SS valoración por oftalmología al Hospital Federico Lleras Acosta donde no es aceptado por sobre cupo. Recomiendan intentar nueva confirmación mañana en la mañana...” (fl. 198 cdno. anexo No. 1).

2.2. De folios 262 a 263 del cuaderno anexo número 1, obra informe técnico rendido por el Director Seccional del Instituto Regional Oriente (Seccional Tolima), calendado el 15 de junio de 1999, en el cual se precisa lo siguiente:

“En la fecha a las 9:05 h (sic) examinamos nuevamente a JORGE ENRIQUE ROJAS TAPIERO, menor de tres (3) años conocido de esta dependencia por haber sido atendido en varias oportunidades última (sic) de las cuales se trató de una acción de tutela resuelta por el Tribunal Superior de Distrito Judicial, Sala de Familia de Decisión a favor del menor, siendo magistrado ponente el Dr. Ricardo Enrique Bastidas Ortiz, lo cual nos permite conocer de sus condiciones de salud en diferentes momentos posterior (sic) a la lesión.

“Encontramos que el menor ya no tiene arquitectura ocular en ojo derecho y se encuentra un compromiso marcado de los medios transparentes del ojo izquierdo ya no percibe la luz como sucedía hace un año, y hay en consecuencia ausencia de capacidad visual actualmente en el menor.

“Esta observación es respaldada por los especialistas que le han examinado con anterioridad en cuanto al pésimo pronóstico y por lo cual han recomendado que sea incluido en los programas del INCI.

“(...)” (fls. 261 y 262 cdno. anexo No.1).

2.3. A folio 10 del cuaderno anexo No. 5, se aprecia el informe de patología emitido el 1º de octubre de 1999, por la doctora María Teresa Daza M.D. Oftalmóloga, en el que, en relación con los resultados de una cirugía de transplante de córnea realizada al menor Jorge Enrique en la Fundación Oftalmológica Colombiana, puntualiza los siguientes aspectos:

“Diagnóstico clínico: Rechazo de injerto

“Exámen (sic) Macroscópico: El espécimen consiste en un botón corneano opaco aumentado de espesor que mide 7x5 mm.

“Exámen (sic) Microscópico: El epitelio corneano está acantótico, presenta tendencia de epidermización. La membrana de Bowman está totalmente destruida. El estroma está aumentado de grosor, hay marcada irregularidad en sus lámelas corneanas con severa vascularización estromal. La membrana Descemet está rota en varios sitios con enrollamiento de sus bordes. Hay formación de gruesa membrana retrocorneana que incluye tejido uveal.

“Diagnóstico patológico: 1- Cicatriz hipertrófica corneana.
2- Membrana fibrosa retrocorneal”
(negrillas del texto original).

2.4. En uno de los apartes de la historia clínica (20 de noviembre de 1998), remitida en copia auténtica por la Fundación Oftalmológica Colombiana, se aprecia la siguiente constancia plasmada por uno de los médicos tratantes -Dr. Ricardo Infante-:

“Se considera en este momento que no se considera (sic) realización de procedimiento que para retina, ya que no se obtendrá ningún beneficio.

“Continuar manejo por externas.

“Se recomienda iniciar proceso de rehabilitación y capacitación para ciegos.” (fl. 12 cdno. anexo No. 5).

2.5. En la misma historia clínica elaborada por la Fundación Oftalmológica Colombiana, el 19 de abril de 1999, se hace valoración al niño Jorge Enrique Galicia Rojas por parte del doctor Emilio Méndez (oftalmólogo), la cual arroja las siguientes conclusiones:

“El paciente anotado sufrió quemadura química severa en ambos ojos en octubre de 1997. Dicha quemadura produjo necrosis y perforación del ojo derecho que llevó a la ptisis bulbi. En el ojo izquierdo produjo opacificación y vascularización de la córnea. El 18 de diciembre de 1997 se practicó transplante de córnea en ojo izquierdo considerado de alto riesgo por la vascularización... El paciente presentó una queratitis infecciosa en el ojo izquierdo que llevó a la falla del injerto. En septiembre 30 de 1998 se practicó segundo transplante de córnea en el ojo izquierdo asociado a extracción de catarata... Al mes y medio del postoperatorio presentó opacificación del injerto y una ecografía reportó desprendimiento total de retina... El paciente fue valorado finalmente en la Clínica de Retina y Glaucoma donde se consideró que no hay ninguna

posibilidad quirúrgica de rehabilitación visual. El paciente presenta ceguera bilateral irreversible...” (fl. 15 cdno. anexo No. 5).

2.6. A folio 19 del cuaderno anexo No. 5 obra ecografía óptica realizada, el 11 de junio de 1998, en el ojo izquierdo de Jorge Enrique, en la que se concluye:

“Paciente con antecedente de queratoplastia penetrante O.I.

“1. Mínimas opacidades vítreas.

“2. Retina adherida.

“3. Moderado a severo aumento de la excavación del nervio óptico.

“(...)”

2.7. Declaración de la señora Susana Donoso Pava, a quien sobre los hechos objeto de estudio, en su calidad de auxiliar de enfermería, le consta lo siguiente:

“(...) PREGUNTADA: Dígame al Despacho si usted sabe en forma personal o por otros medios que fue lo que le ocurrió al menor JORGE ENRIQUE ROJAS TAPIERO el 9 de noviembre de 1998 en el Hospital San Antonio de esta ciudad, explicando las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los hechos. CONTESTÓ: Yo SUSANA DONOSO estaba en el servicio de pediatría y mujeres, la señora ANSELMA se encontraba en el servicio de hombres, son los tres servicios que se comunican entre sí, ella vio que yo tenía, ella ANSELMA vio que yo tenía mucho trabajo y me preguntó que me faltaba por hacer entonces yo le contesté que la curación del niño JORGE ENRIQUE ROJAS TAPIERO, ella contestó que ella me ayudaba con la curación, lo que sucedió al niño fue en segundos, ella llevó al niño a cirugía y yo me quedé en el servicio de mujeres cuando de pronto oímos unos gritos pidiendo auxilio, gritaba Anselma con el niño en los brazos, la doctora DEVIA se encontraba en el servicio de hombres y yo en el de mujeres, salimos juntas al oír los gritos y ayudamos a auxiliar al niño, la doctora le prestó los primeros auxilios y se le inició el tratamiento que la doctora había ordenado. PREGUNTADA: Dígame al Despacho concretamente que fue lo que ocurrió en esa fecha que hemos mencionado al niño JORGE ENRIQUE ROJAS TAPIERO. CONTESTÓ: Pues pasado el momento cierto ya la doctora le preguntó a ANSELMA y nosotras observamos que el niño olía a formol fue cuando ella nos contó que ella había cogido un frasco donde presumiblemente ahí se pone es el agua, porque ahí se pone es el agua, y era un timbo (sic) de los mismos del agua, pero contenía formol, pues ella la cogió para hacerle la curación en el cuerpo, cuello y en la espalda, pues fue ahí cuando equivocadamente le echó el formol eso es lo que yo me imagino ella le empezó a hacerlo desde la cabeza...PREGUNTADA: Dígame al Despacho cuál fue la actitud del director del hospital y de las demás personas que dirigen el mismo, ya sea administrativamente o en la salud? CONTESTÓ: Ellos hablaron con el oftalmólogo de Ibagué y lo remitió a Bogotá y en Bogotá le

realizaron dos cirugías que el niño las rechazó, pues el organismo no las aceptó...” (fl. 29 cdno. anexo No. 5 - mayúsculas del texto original).

2.8. El testimonio de la auxiliar de enfermería Blanca Elina Marroquín Guzmán, da cuenta de los siguientes aspectos:

“(...) PREGUNTADA: Dígale al Despacho si usted tiene conocimiento ya sea en forma personal o por otros medios de que fue lo que ocurrió en el Hospital San Antonio de este municipio el 9 de noviembre de 1997 en la salud del menor JORGE ENRIQUE ROJAS TAPIERO... CONTESTÓ: Yo me encontraba en el servicio de urgencias y salía a pedir material llegué a cirugía, llegué haya (sic) cuando yo entré sentí un olor penetrante como a formol, cuando mi compañera ANSELMA MACIAS salía gritando con el niño en los brazos pidiendo auxilio y en ese momento llamaron a la doctora DEVIA, de ahí ellos salieron para maternidad con el niño, de ahí yo no me volví a da cuenta porque yo regresé a urgencias que tenía mucho (sic) que trabajar...PREGUNTADA: Dígale al Despacho si al destapar el frasco en que contenía ese líquido es fácil percibirlo para no cometer una equivocación como la que se reseña en la demanda? CONTESTÓ: Al abrirlo uno siente olor porque eso es fuerte, eso huele, repugna inmediatamente por el olor y fácilmente se distingue de otra sustancia distinta. En cuanto al color, es que casi son parecidos...” (fl. 30 cdno. anexo No. 5 - mayúsculas del original).

2.9. De folios 37 a 40 obra declaración de Gladys Yolanda Otálora Uribe, quien como enfermera jefe del Hospital San Antonio del Guamo, y en relación con los hechos de la demanda, manifestó:

“(..) PREGUNTADO: Háganos un relato de los hechos sucedidos el 9 de noviembre de 1999 entre MARÍA ANSELMA MACIAS, CARMEN ROJAS TAPIERO y el niño JORGE ENRIQUE ROJAS TAPIERO. CONTESTÓ: Del 9 de noviembre no se que sucedería si es con relación al niño JORGE ENRIQUE TAPIERO (sic) los hechos sucedieron el 5 de octubre, bueno yo ese día, que era un domingo no me encontraba en el Hospital, porque ese es día libre, el día lunes cuando llegué me contaron las auxiliares que estaban de turno, Susana Donoso, la señora Blanca Marroquín, la señora Anselma Macías, no me acuerdo de las otras, el lunes me contaron las auxiliares que estaban de turno ese lunes 6 me contaron que en pediatría le habían realizado una curación a Jorgito, el niño quemado y que accidentalmente lo habían bañado con formol eso fue lo que me contaron ese día, entonces yo me fui a revisar la historia a ver quien había hecho la curación y en las anotaciones de enfermería había resultado que había sido la señora ANSELMA y ahí estaba registrado que se había confundido el agua con el formol... PREGUNTADO: Manifiéstenos si es corriente que en el lugar donde se realizó el procedimiento al menor JORGE ENRIQUE se encuentre la sustancia formol como elemento de uso normal. CONTESTÓ: Ese

lugar no es sala de procedimientos especiales, es el sitio de lavado de manos quirúrgicos de los médicos, lavado de instrumental, que sale cuando se hacen las cirugías y sitio donde se mantenían todas las soluciones como el formol, isodine espuma, isodine solución, vaselina, ese no es el sitio de agua estéril, el agua estéril se encuentra en la pieza de auto clave se mantienen los garrafones de agua estéril, es como un depósito de agua y ahí en la sala de curaciones o de pequeñas cirugías ahí también se mantiene agua estéril en un garrafón y un frasco, una botella de 500 centímetros. PREGUNTADO: Precísenos entonces si para realizar el procedimiento de Jorge Enrique debió la auxiliar aprovisionarse de agua estéril en un lugar diferente a donde realizó el procedimiento. CONTESTÓ: Ella tenía dos opciones, o realizarla en la sala de pediatría o hacerla en la sala de pequeñas cirugías, no es usual que el sitio donde se realizó sea utilizado para eso... PREGUNTADO: Díganos cuál fue la última vez que vio a Jorge Enrique antes del 5 de octubre y cuál era el estado de salud distinto al de la quemadura. CONTESTÓ: Yo lo vi el sábado 4, el niño estaba en buenas condiciones, ya estaba para salida, el niño veía perfectamente..." (mayúsculas del texto original).

2.10. En el proceso se aprecia, igualmente, testimonio rendido por el doctor Eduardo Micolta Marín, empleado del Hospital San Antonio del Guamo E.S.E., quien puntualizó:

"(...) Yo no puedo hacer ningún relato [se refiere a los hechos del 5 de octubre] porque ese día no me encontraba en el hospital. PREGUNTADO: Díganos si usted conoció los hechos en donde resultara afectada la salud del menor, JORGE ENRIQUE ROJAS TAPIERO. CONTESTÓ: yo me enteré de que el niño había presentado contacto con una sustancia química el día lunes cuando llegué a evolucionar los pacientes, donde me enteré que el paciente había presentado un contacto accidental con la emanación de vapores al parecer de formol en el momento en que lo estaban bañando accidentalmente presentó ese contacto con emanación de formol... PREGUNTADO: Díganos si conoció la clase de procedimiento que debía realizar ANSELMA MACIAS en el menor JORGE ENRIQUE. CONTESTÓ: La causa de la hospitalización de niño era la quemadura en la región dorsal grado dos, para lo cual se le hacían baños de rutina en las mañanas con agua estéril ya que la quemadura dorsal, o sea la espalda, se encontraba en proceso de resolución..." (fls. 240 a 242 cdno. anexo No. 1 - mayúsculas del original).

2.11. El 20 de mayo de 1999, se llevó a cabo audiencia de interrogatorio de parte rendido por la señora Anselma Macias Montoya, prueba ésta solicitada por la parte actora; de la citada diligencia, resulta oportuno extraer los apartes que se transcriben a continuación (fls. 254 a 257 cdno. anexo No. 1):

“(…) PREGUNTADO: Díganos cuanto tiempo hace que usted se desempeña como auxiliar de enfermería. CONTESTÓ: 26 años a la actualidad. PREGUNTADO: Háganos un relato de lo acaecido con CARMEN ROJAS TAPIERO y el niño JORGE ENRIQUE ROJAS TAPIERO, cuando al este último encontrarse hospitalizado durante los últimos meses del año 1997 fue atendido por usted en una de las curaciones diarias que debía realizarse, procediéndose a bañarlo con sustancia distinta a agua destilada. CONTESTÓ: Eso fue el día 5 de octubre de 1997 entre 8 y 9 de la mañana, yo me encontraba en el servicio de hombres pero como en esta parte quedan tres secciones seguidas yo terminé que me correspondía en este momento luego pasé por donde estaba la compañera que estaba en mujeres y pediatría, siguiente al servicio donde yo estaba, ella me contestó que en el servicio de pediatría había un niño quemado y luego fui y hablé con la mamá del niño que fuéramos a la sala de cirugía No. 2 para hacerle la curación, allí se encuentra una especie de pileta con llave de agua de acueducto y metimos al niño para remojarlo un poquito, la mamá abrió la llave para echarle un poco de agua, luego yo me coloqué los guantes, cogí prepodine jabonoso, es una solución, la mamá sosteniendo al niño yo empecé a jabonarle la herida en la espalda, luego pasé a enjuagarle mirando allí un calambuco donde decía agua estéril y con fecha, la sorpresa de que al irle a aplicar en la herida de la espalda al niño empezó a llorar y a chapaliar (sic), salió un olor penetrante, luego le quité el niño a la señora y luego salí corriendo pidiendo auxilio, y en ese momento estaba era la doctora Devia, luego procedimos con dos compañeras más a hacerle un baño exhaustivo, de ahí la doctora lo examinó y ordenó tratamiento, más tarde el niño se le notaron los ojitos como rojizos, al otro día los médicos de turno se reunieron y decidieron remitirlo a Ibagué al oftalmólogo…” (mayúsculas del texto original).

2.12. De folios 4 a 6 del cuaderno principal obran registros civiles de nacimiento de Jorge Enrique Rojas Tapiero -en la actualidad, Jorge Enrique Galicia-, de sus hermanos Reinel Torres Rojas y Luis Fernando Torres Rojas. Así mismo, a folio 84, se aprecia certificado de filiación expedido por la Notaria Única del Círculo Notarial del Guamo, de fecha 18 de septiembre de 1998, en donde se hace constar que Jorge Enrique Galicia Rojas es hijo de Jorge Enrique Galicia Barragán y de Carmen Rojas Tapiero.

3. Caso concreto

Aborda la Sala, el estudio específico de la controversia, con la expresa salvedad de que, por tratarse del trámite de consulta, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 184 del C.C.A., el análisis se contraerá a determinar si la sentencia de primera instancia se ajusta a los parámetros establecidos por el ordenamiento jurídico y, por consiguiente, la situación de las entidades públicas a favor de quienes se surte el mencionado grado jurisdiccional, no se podrá agravar

en ninguno de los aspectos que integran la responsabilidad extracontractual del Estado.

3.1. Se encuentra plenamente acreditado el daño antijurídico sufrido por el niño Jorge Enrique Galicia Rojas, al igual que por su madre y hermanos a causa de la ceguera binocular que se generó como consecuencia de haber bañado su cabeza con formol y, consecuentemente, haber entrado en contacto dicha sustancia con sus ojos.

Ahora bien, en relación con el supuesto daño padecido por el señor Jorge Enrique Galicia Barragán -padre del menor lesionado-, para la Sala, del acervo probatorio, se desprenden una serie de indicios que llevan a concluir que aquél no veía en forma alguna en el sostenimiento económico y afectivo requerido por el niño; lo anterior, como quiera que sólo mostró interés en el reconocimiento de su paternidad, una vez avizoró la posibilidad de demandar el reconocimiento ante esta jurisdicción de una serie de perjuicios eventualmente a él causados, toda vez que a partir de su conducta procesal, no pudo padecer un detrimento o aflicción de rango afectivo frente a su hijo, como quiera que del acervo probatorio se desprende con meridiana claridad que nunca veló por la subsistencia de aquél antes de que ocurriera el desafortunado hecho; de allí que se ha enervado la presunción respecto a los perjuicios morales sufridos por el padre.

La sola condición biológica de padre, no legitima ni habilita para valerse de un daño que sufre el hijo, a efectos de sacar provecho de la tragedia del mismo, proceder así, cuando no se ha cumplido con los deberes y obligaciones inherentes a la condición paterna, no sólo es censurable, sino que de contera significa utilizar como medio al hijo, cuando éste como persona, es un fin en si mismo en términos Kantianos (Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres). En fin, para la Sala resulta acreditado a plenitud que frente al padre del menor no opera la presunción de perjuicios morales, en su favor, por el contrario, la prueba evidencia la orfandad económica, espiritual y afectiva en que mantuvo a su hijo, es por ello que ni jurídica ni moralmente, sufrió perjuicio alguno, por las graves lesiones del infante¹⁰.

¹⁰ "Porque en la Constitución de 1991, más claramente que en el Código Civil, la familia no es un producto necesariamente surgido de manifestaciones afectivas. Es un producto y es una institución en donde está clara una visión de solidaridad entre seres humanos y una visión de solidaridad que adquiere todo su sentido, sobre todo frente a los niños, porque los niños tienen el derecho

Según la historia clínica del menor, los dictámenes médico legales y los testimonios allegados al proceso, se concluye inhesitablemente que Jorge Enrique Galicia Rojas sufrió graves quemaduras en sus ojos que le acarrearán, de manera permanente e irreversible, la pérdida de la función visual y graves alteraciones físico - estéticas¹¹ en los órganos correspondientes.

3.2. Dado lo anterior, para la Sala se encuentra acreditado, sin anfibología alguna, la calidad de antijurídica que reviste la lesión inflingida a los demandantes, en tanto no tenían -ni tienen- el deber jurídico de soportarla. En efecto, en tratándose de la prestación del servicio público (art. 49 C.P.) médico - hospitalario, el Estado asume una carga especialísima de protección, toda vez que las personas que se someten a la praxis médica, quirúrgica y/o hospitalaria, lo hacen con la finalidad de que un grupo de personas con un conocimiento profesional y técnico brinden soluciones efectivas a situaciones que se relacionan de manera directa o indirecta con el concepto de salud¹².

En ese orden de ideas, el principio de confianza legítima¹³ en materia de la

fundamental y prevalente a tener una familia. Tienen ese derecho fundamental y prevalente por encima de las coyunturas en los afectos de sus padres... Aquí viene a ponerse de presente, como la concepción de familia de la Constitución de 1991, es una concepción solidarista – no individualista-. No depende del íntimo querer del marido y mujer o, de hombre y mujer. Depende de lo que exija esa realidad social de la familia. Los conflictos son importantes, muestran desacuerdos, malformaciones, a veces hasta patologías, pero no son los límites a la existencia de esa unidad familiar.” ANGARITA Barón, *Ciro “La familia en la nueva Constitución”, Talleres Macroregionales sobre Conciliación – Memorias, ICBF, Pág. 4 y 6.*

¹¹ “En efecto, la armonía es un comportamiento de diferencias cualitativas y, por cierto, de una totalidad de las mismas, tal como ellas tienen su razón de ser en la esencia de la cosa” HEGEL, Friedrich *“Lecciones de estética”, Barcelona, Vol. I, 1989, pág. 126.* “No es teniendo delante “reglas de belleza” como se infieren juicios de hermosura sobre determinados objetos que “cumplen” con ciertas reglas; sino que es en presencia de objetos específicos como nosotros, de modo espontáneo y sin ningún tipo de conocimiento previo, llegamos a formular juicios calológicos.” ESTRADA Herrero, David *“Estética”, Ed. Herder S.A., Barcelona, 1988, pág. 505.*

¹² La salud ha sido definida por la Organización Mundial de la Salud (OMS), como “el estado completo de bienestar físico, psíquico, y social, no circunscrito a la ausencia de afecciones y enfermedades.” www.who.int/en/

¹³ “El principio de confianza encuentra uno de sus fundamentos en el principio de autorresponsabilidad. La principal consecuencia es la de que el ámbito de responsabilidad de cada uno se limita a su propia conducta, y sólo bajo especiales circunstancias se extiende a las actuaciones de otro. Por regla general, cada uno debe orientar su conducta de tal forma que no lesione bienes ajenos; pero no es su deber preocuparse por que los demás observen el mismo comportamiento. En virtud del principio de autorresponsabilidad, generalmente sólo se responde por el hecho propio, mas no por el hecho ajeno.

“En todo contacto social es siempre previsible que otras personas van a defraudar las expectativas que se originan en su rol. No obstante, sería imposible la interacción si el ciudadano tuviese que contar en cada momento con un comportamiento irreglamentario de los demás. Se paralizaría la vida en comunidad si quien interviene en ella debe organizar su conducta esperando que las otras personas no cumplirán con los deberes que les han sido asignados. El mundo está organizado de una forma contraria. Pese a que se presentan frecuentes defraudaciones, quien participa en el

prestación del servicio médico - hospitalario se torna más exigente, como quiera que los parámetros científicos, profesionales y técnicos que rodean el ejercicio de la medicina se relacionan con el bien jurídico base y fundamento de los demás intereses jurídicos, esto es, la vida y, por conexidad, la salud.

En esa panorámica, el daño ostenta la naturaleza de cierto, actual y determinado, motivo adicional para predicar el cumplimiento de los preceptos normativos contenidos en el artículo 90 de la Constitución Política, necesarios para sustentar el acaecimiento del mismo.

3.3. Establecida la existencia del daño antijurídico, aborda la Sala el análisis de imputación con el fin de determinar si en el caso concreto dicho daño le puede ser atribuido a la administración pública y, por lo tanto, si es deber jurídico de ésta resarcir los perjuicios que del mismo se derivan y, en consecuencia, si la sentencia consultada respetó los parámetros fácticos y jurídicos aplicables a la materia objeto de estudio.

3.4. De conformidad con el acervo probatorio, es claro que, en el caso concreto, se incurrió en una grave falla del servicio que se encuentra acreditada, toda vez que se transgredió el principio de confianza que rige en las relaciones sociales -se desconoció el rol-, como quiera que para nadie resulta aceptable, ni mucho menos previsible, que en un centro de atención médica en donde se presta el servicio de salud, una persona sea afectada por un error grave del personal de enfermería.

En el caso *sub examine*, la falla del servicio está demostrada a partir, incluso, del propio reconocimiento de los hechos señalados en el libelo petitorio por parte de las entidades demandadas, en relación a la aplicación de formol en el cuerpo y, principalmente, en la cabeza de Jorge Enrique, lo que conllevó a que dicha sustancia le afectara ambos ojos, en tanto se quemó la córnea, lo que llevó a que se presentara una *opacificación*¹⁴ de la córnea del ojo izquierdo y *ptisis*

tráfico social puede esperar de las otras personas un comportamiento ajustado a sus *status*; él puede confiar en que los otros participantes desarrollarán sus actividades cumpliendo las expectativas que emanan de la función que le ha sido asignada." LÓPEZ Díaz, Claudia "Introducción a la Imputación Objetiva", Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Pág. 120 y 121.

¹⁴ "La opacidad corneal es un desorden de la córnea, de la cubierta transparente del globo del ojo, el cual puede causar serios problemas visuales. La opacidad corneal ocurre cuando la córnea se vuelve costrosa. Esto evita que la luz pase a través de la córnea a la retina y puede causar que la córnea aparezca blanca o nublada."

*bulbi*¹⁵ en el ojo derecho.

3.5. Es evidente, entonces, que la situación en la cual intervino la auxiliar de enfermería Anselma Macias Montoya al haber, por descuido y negligencia, bañado la cabeza del menor Jorge Enrique con formol, supone una clara anomalía en la prestación del servicio de salud, como quiera que derivó en la pérdida funcional del órgano de la visión y, de paso, en una alteración de las condiciones estéticas de aquél, aspecto este último que bien podría originar un perjuicio de naturaleza independiente y autónomo, pero que en atención al grado jurisdiccional de consulta, le impide a la Sala abordar su estudio.

En esa perspectiva, el Hospital San Antonio del Guamo E.S.E. desconoció, por negligencia e imprudencia de uno de sus agentes, la obligación de las entidades públicas de velar y proteger los derechos de los asociados de conformidad con lo preceptuado en el artículo 2º de la Constitución Política¹⁶.

No resulta viable, por lo tanto, señalar que en el caso concreto operó un típico evento de caso fortuito, en tanto la nota característica de irresistibilidad que demanda éste así como la fuerza mayor, no se encuentra acreditada por cuanto

<http://www.upmc.com/HealthManagement/ManagingYourHealth/HealthReference/Diseases/?chunkid=121257>

¹⁵ "La ptisis bulbi es la atrofia con desorganización intraocular, ocurre más frecuente en traumas con globo ocular abierto, en inflamación intraocular severa, prolongada o recurrente y en algunas ocasiones en regresiones espontáneas tumorales como en el retinoblastoma." http://www.lasalle.edu.co/~audiovis/textos_on_line/revistas_pdf/ciencia_tecnologia/numero_1/art_9.pdf

"El compromiso ocular es frecuente en el grupo de las llamadas espondiloartropatías, categoría en la que se incluye una serie de afecciones relacionadas entre sí por presentar características clínicas y genéticas comunes. Este grupo comprende entidades tales como espondiloartritis anquilosante (EAA), síndrome de Reiter (artritis reactivas), artropatía psoriática con compromiso espinal, enfermedad inflamatoria intestinal, enfermedad de Behcet, etcétera. Aunque en grado variable para cada una de ellas, destaca la fuerte asociación de este grupo de enfermedades con HLA B27. El desarrollo de compromiso ocular, lo mismo que otras manifestaciones no articulares, está estrechamente ligado a este marcador genético, aunque hasta ahora no se conozca el mecanismo patogénico subyacente. El reconocimiento oportuno de las lesiones oculares no sólo es importante para evitar las secuelas que puede producir sino porque permite configurar mejor el cuadro clínico. (...) [Una de las complicaciones menos frecuentes de las EAA, es la denominada Ptisis Bulbi, la cual] [e]s muy rara. En general se debe a crisis severas mal tratadas. Refleja el daño irreversible de los procesos ciliares que cesan en la función de producir humor acuoso." <http://escuela.med.puc.cl/paginas/publicaciones/Boletin/html/artritis/artritis08.html>

¹⁶ En forma ilustrativa –como quiera que no resulta aplicable al caso concreto por razones de temporalidad–, resulta pertinente señalar que mediante la ley 911 de 2004, se profirieron todas las *disposiciones en materia de responsabilidad deontológica para el ejercicio de la profesión de Enfermería en Colombia; se establece el régimen disciplinario correspondiente y se dictan otras disposiciones*. En dicho cuerpo normativo, concretamente en el artículo 9, se consagra el deber del profesional de enfermería de respetar y proteger el derecho a la vida de los seres humanos, desde la concepción hasta la muerte. Asimismo, respetar su dignidad, integridad física, espiritual y psíquica.

no resulta concebible, ni siquiera dentro de los más simples parámetros trazados por la lógica, entender que el daño irreversible que se infligió en los órganos y a la función de la vista de Jorge Enrique fue el resultado de un evento irresistible en su producción, que se generó al interior de la actividad de prestación médica¹⁷.

3.6. Se incurrió, por consiguiente, en una clara pretermisión de los deberes inherentes a una correcta prestación del servicio médico asistencial, que no es ninguna dádiva, sino por el contrario, un derecho incuestionable dentro de la concepción de un Estado Social de Derecho, que no sólo propugna por la prestación y cuidado de la salud como un servicio público inherente a su finalidad (art. 49 C.P.), sino además, en consideración a la “*dignitas humana*”, de que da cuenta el artículo 1º de la Constitución Política, y que sin lugar a dudas, en el presente caso, se enhiesta como apodíctica verdad, en tanto se le causó un daño irreversible a una persona que cuenta con una especial protección proveída por el ordenamiento jurídico, de conformidad con los postulados establecidos en el inciso tercero del artículo 44 de la Carta Política¹⁸.

3.7. Así las cosas, las pruebas obrantes en el proceso son contundentes en delimitar la falla del servicio acaecida en el caso concreto, ya que la auxiliar de enfermería Anselma Macias Montoya, en horas y con ocasión del servicio se ofreció voluntariamente a efectuar la curación y el baño requerido por Jorge Enrique Galicia, toda vez que éste estaba recibiendo tratamiento médico en su espalda -al haberse quemado en circunstancias que no aparecen establecidas en el expediente- y, por causas que son desconocidas, le vertió formol sobre la cabeza lo que produjo que esta sustancia química ingresara en sus ojos, produciéndole graves quemaduras en ambas córneas lo que derivó en la patología que ahora lo afecta, caracterizada principalmente por la ceguera irreversible.

Entonces, bajo los anteriores parámetros, para la Sala el daño producido a

¹⁷ “Debe tenerse en cuenta, además, la distinción que doctrina y jurisprudencia han hecho entre la fuerza mayor y el caso fortuito, que, adquiere su mayor interés, dentro del marco de la responsabilidad por riesgo excepcional. Se ha dicho que la fuerza mayor es causa extraña y externa al hecho demandado; se trata de un hecho conocido, irresistible e imprevisible, que es ajeno y exterior a la actividad o al servicio que causó el daño. El caso fortuito, por el contrario, proviene de la estructura de la actividad de aquél, y puede ser desconocido permanecer oculto, y en la forma que ha sido definido, no constituye una verdadera causa extraña, con virtualidad para suprimir la imputabilidad del daño” Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 16 de marzo de 2000, exp. 11670. Ver igualmente: sentencia de 2 de mayo de 2002, exp. 13477.

¹⁸ “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud, la seguridad, social...

“(...) Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.”

los demandantes, es imputable al Hospital San Antonio del Guamo E.S.E. y a María Anselma Macias Montoya ya que con su actividad incurrieron en una grave falla del servicio de administración médico - hospitalaria, lo que le generó lesiones permanentes e irreversibles a Jorge Enrique Galicia Rojas, este último quien antes de la generación del daño contaba en buenos términos, con la función de la vista, la cual perdió de manera absoluta a partir de los hechos ocurridos el 5 de octubre de 1997.

3.8. Ahora bien, en relación con la imputación de la conducta y del daño a las entidades públicas demandadas -a favor de quienes se surte este trámite jurisdiccional-, encuentra la Sala probada la excepción de falta de legitimación por pasiva frente a la Nación - Ministerio de Salud, Departamento del Tolima (llamado en garantía) y Municipio del Guamo, todas ellas en consecuencia, deben quedar excluidas de la cobertura de esta providencia, como quiera que frente a las mismas el daño antijurídico no resulta imputable.

Lo anterior, en virtud a que el Hospital San Antonio del Guamo E.S.E., es una empresa social del Estado que cuenta con personería jurídica y, por consiguiente, con autonomía administrativa y presupuestal¹⁹, motivo por el cual la Nación y las entidades territoriales departamentales y municipales demandadas carecen de legitimación²⁰ para ser llamadas a resarcir el perjuicio irrogado a los demandantes.

En los anteriores términos, habrá lugar a modificar la sentencia consultada, a efectos de precisar que la responsabilidad de indemnizar el daño reclamado en la demanda, se concreta de manera solidaria entre el Hospital San Antonio del Guamo E.S.E. y la auxiliar de enfermería María Anselma Macias Montoya, con la salvedad de que la entidad pública mencionada, deberá cancelar las sumas de la correspondiente liquidación de perjuicios, para luego repetir por los respectivos valores en contra de su funcionaria o empleada.

¹⁹ Según el Acuerdo municipal No. 023 de 1992, documento que fue aportado en copia auténtica por el Departamento del Tolima (fl. 14 cdno. anexo No. 2).

²⁰ "(...) [E]n los procesos contenciosos, la legitimación en la causa consiste, respecto del demandante, en ser la persona que de conformidad con la ley sustancial está legitimada para que por sentencia de fondo o mérito se resuelva si existe o no el derecho o la relación jurídica sustancial pretendida en la demanda, y respecto del demandado, en ser la persona que conforme a la ley sustancial está legitimada para discutir u oponerse a dicha pretensión del demandante... Es decir, el demandado debe ser la persona a quien conforme a la ley corresponde contradecir la pretensión del demandante o frente a la cual permite la ley que se declare la relación jurídica sustancial objeto de la demanda..." DEVIS Echandía, Hernando "Teoría General del Proceso", Ed. Universidad, Buenos Aires, Pág. 260.

Por último, y una vez constatada la responsabilidad patrimonial que le asiste al Hospital San Antonio del Guamo E.S.E. y a la señora María Anselma Macias Montoya, procede la Sala a verificar que la liquidación de perjuicios adelantada por el *a quo* respete los parámetros legales y jurisprudenciales vigentes sobre la materia; de tal forma que si las condenas son acordes con los planteamientos correspondientes, simplemente se deberán actualizar desde la fecha en que se profirió la sentencia hasta la presente, de lo contrario, habrá que reliquidar los valores pero sin que se pueda hacer más gravosa la situación de las demandadas, según las limitaciones impuestas en sede de consulta.

4. Liquidación de perjuicios

4.1. Perjuicios Morales

El *a quo* concedió, para cada uno de los demandantes, la suma de 1.000 gramos de oro, dada la magnitud de las lesiones causadas a Jorge Enrique Galicia Rojas.

En cuanto concierne a los perjuicios morales concedidos en la sentencia consultada, para la Sala están correctamente liquidados en relación con el niño lesionado, su madre y hermanos, pues se encuentra plenamente demostrado en el proceso que lo padecieron, toda vez que el hecho de ver a su hijo y hermano disminuido físicamente, reporta una aflicción y dolor interno que debe ser resarcido.

De otra parte, la simple acreditación del parentesco, para los eventos de perjuicios morales reclamados por abuelos, padres, hijos, hermanos y nietos cuando alguno de estos haya muerto o sufrido una lesión, a partir del contenido del artículo 42 de la Carta Política²¹, debe presumirse, que el peticionario los ha padecido.

²¹ “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

“El Estado y la sociedad garantizarán la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.

“(…)”.

De otra parte resulta oportuno señalar, tal y como se precisó con anterioridad, que la sentencia consultada será modificada en cuanto reconoció perjuicios morales a favor del señor Jorge Enrique Galicia Barragán, padre del menor lesionado, toda vez que no resulta factible, ni jurídicamente viable, ordenar la indemnización de un detrimento que nunca se generó, por cuanto es claro que la presunción de aflicción que opera frente a los familiares cercanos según el artículo 42 de la Carta Política, en el caso concreto se desvirtuó ya que se produjo el reconocimiento de paternidad (filiación) tan sólo con posterioridad al momento en que Jorge Enrique Galicia Rojas sufrió el perjuicio, entre otros aspectos. En otros términos, del conjunto probatorio que obra en el proceso, se puede establecer que Jorge Enrique Galicia Barragán, de manera previa a la ocurrencia de los hechos que derivaron en el daño, no brindaba apoyo económico ni afectivo a su hijo Jorge Enrique Galicia Rojas, por lo que resulta imposible que haya sufrido daño alguno.

Ahora bien, conforme a lo expresado en sentencia del seis de septiembre de 2001, esta Sala ha abandonado el criterio según el cual se consideraba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980, para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicio moral; ha considerado que la valoración de dicho perjuicio debe ser hecha por el juzgador en cada caso según su prudente juicio, y ha sugerido la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado²².

Por consiguiente, habrá lugar a realizar la conversión de los 1.000 gramos de oro concedidos en la sentencia de primera instancia, en salarios mínimos y poder establecer la condena en los citados términos, sin que haya lugar a realizar la conversión automática de gramos oro a salarios mínimos, como quiera que dicha circunstancia podría, eventualmente, transgredir el principio de la *no reformatio in pejus*, el cual tiene plena vigencia en tratándose del trámite del grado de consulta.

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente 13.232-15.646.

Así las cosas, 1.000 gramos de oro equivalen²³ a \$52.154.000,00, suma ésta que dividida entre el valor del salario mínimo legal mensual de esta anualidad (\$433.700,00), arroja un total de **120,25** salarios mínimos mensuales legales vigentes, monto que deberá ser cancelado a título de perjuicio moral para cada uno de los demandantes.

4.2. Daño a la vida de relación (Perjuicio Fisiológico)

El tribunal condenó por dicho concepto a favor, única y exclusivamente, de Jorge Enrique Galicia Rojas a un total de 4.000 gramos de oro; importe éste que reflejado en salarios mínimos mensuales legales vigentes, con empleo del mismo sistema utilizado para liquidar el perjuicio moral (con garantía del principio de la *no reformatio in pejus*), corresponde a **481** salarios mínimos mensuales legales vigentes, lo cual respeta los máximos jurisprudenciales que han sido establecidos por esta Corporación sobre la materia.

4.3. Perjuicio Material - Lucro cesante futuro

El a quo condenó a las entidades demandadas a la suma de \$45'413.321,00, por concepto de perjuicio material en la modalidad de lucro cesante futuro, a favor de Jorge Enrique Galicia Rojas.

Sobre el particular, y revisado el fallo proferido en la primera instancia, aprecia la Sala que la liquidación del citado detrimento patrimonial fue correctamente establecida, al haber tomado el parámetro de los 18 años como edad productiva de Jorge Enrique y haberla proyectado en el tiempo con base en las tablas de vida probable de la Superintendencia Financiera de Colombia (antes Superintendencia Bancaria de Colombia).

Por ende, la Sala se limitará a actualizar el valor establecido, por el mencionado concepto, en la sentencia consultada, a partir de la aplicación de la fórmula que permite la actualización de la renta histórica, la que reconoce el

²³ El valor del gramo oro, el 20 de noviembre de 2007 (fecha de la presente sentencia), asciende a la suma de \$52.154

aminoramiento de la moneda, desde la fecha de la sentencia de primera instancia, hasta la de la presente providencia:

$$\begin{array}{r} \text{Va} = \text{Vh} (\$ 45.413.321,00) \text{ índice final - octubre/2007 (176,26)} \\ \hline \$73.281.625,00 \\ \text{índice inicial - diciembre/1999 (109,23)} \end{array}$$

Va= \$73.281.625,00

4.4. Deber de protección de las sumas otorgadas como indemnización a favor de Jorge Enrique Galicia Rojas

Ahora bien, en relación los valores aquí establecidos a favor de Jorge Enrique Galicia Rojas los cuales, una vez cancelados, integraran su peculio, el cual es administrado por su señora madre y, posiblemente también, por su señor padre, evidencia la Sala que existen en el expediente una serie de factores y supuestos fácticos que motivan a dar aplicación al numeral 16 del artículo 20 de la ley 1098 de 2006 "*Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia*"²⁴, esto es, el deber en cabeza de toda persona y autoridad pública de proteger a los niños, niñas y adolescentes en contra de cualquier amenaza que pueda sufrir su patrimonio por parte de quienes lo administren.

Lo anterior, en la medida que la señora Carmen Rojas Tapiero se encuentra demandada, en un proceso ordinario laboral en el cual se han decretado una serie de embargos respecto de sus bienes. En ese orden, se torna imperativo en atención al principio de *interés superior del niño* (artículo 8 ley 1098 *ibídem*), que esta Corporación oficie al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar "ICBF", para que adopte, dentro del ámbito de sus competencias, todas las medidas tendientes a brindar las medidas de protección necesarias para mantener incólume el patrimonio de Jorge Enrique, hasta que éste adquiriera su mayoría de edad, so

²⁴ "ARTÍCULO 20. DERECHOS DE PROTECCIÓN. Los niños, las niñas y los adolescentes serán protegidos contra:

"(...) 16. Cuando su patrimonio se encuentre amenazado por quienes lo administren."

pena de quien ejerce actualmente la patria potestad, pueda comprometer dichos recursos para cancelar obligaciones personales preexistentes.

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

F A L L A :

Primero. Modifícase la sentencia proferida el 3 de diciembre de 1999, por el Tribunal Administrativo del Tolima, la cual quedará en los siguientes términos:

“Primero: Declárase probada la excepción de falta de legitimación por pasiva respecto de la Nación - Ministerio de Salud, Departamento del Tolima (llamado en garantía) y Municipio del Guamo.

“Segundo: Absuélvese a la llamada en garantía, Caja de Compensación Familiar Campesina “Comcaja”.

“Tercero: Declárase administrativamente responsable al Hospital San Antonio del Guamo E.S.E., por los hechos ocurridos el 5 de octubre de 1997 en los que resultara gravemente lesionado el niño Jorge Enrique Galicia Rojas.

“Cuarto: Condénase al Hospital San Antonio del Guamo E.S.E. a pagar, por perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante futuro a favor de Jorge Enrique Galicia Rojas la suma de setenta y tres millones doscientos ochenta y un mil seiscientos veinticinco pesos (\$73.281.625,00).

“Quinto: Condénase al Hospital San Antonio del Guamo E.S.E. a pagar, por concepto de perjuicios morales el equivalente en salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de la sentencia, así: Para la víctima directa de las lesiones, Jorge Enrique Galicia Rojas a ciento veinte punto veinticinco (120,25) salarios mínimos; para Carmen Rojas Tapiero la suma de ciento veinte punto veinticinco (120,25) salarios mínimos mensuales legales vigentes. Para cada uno de los hermanos de Jorge Enrique: José Reinel y Luis Fernando Torres Rojas a ciento veinte punto veinticinco (120,25) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

“Sexto: Condénase al Hospital San Antonio del Guamo E.S.E. a pagar, por concepto de daño a la vida de relación a favor de Jorge Enrique Galicia Rojas a pagar la suma de cuatrocientos ochenta y un (481) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

“Séptimo: Condénase a María Anselma Macias Montoya a pagar a favor del Hospital San Antonio del Guamo E.S.E., todas las sumas que sean canceladas por éste a favor de los demandantes, de conformidad con los montos establecidos en los ordinales tercero a sexto de esta providencia.

“Octavo: Deniéganse las demás pretensiones de la demanda.”

Segundo. De conformidad con lo dispuesto en el auto de 5 de diciembre de 2003, y por encontrarse embargados los derechos que le corresponden a la señora Carmen Rojas Tapiero dentro del proceso de la referencia, por Secretaría, una vez ejecutoriada esta providencia, **remítase de manera inmediata** copia íntegra y auténtica de la misma con destino al Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Ibagué, para lo de su cargo.

Tercero. Oficiese al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar “ICBF”, para que de conformidad con lo establecido en la parte motiva de esta providencia, y dentro del marco de sus competencias legales y reglamentarias, adopte todas las medidas necesarias para garantizar la protección de las sumas decretadas a favor de Jorge Enrique Galicia Rojas en esta providencia.

Cuarto. Cúmplase lo dispuesto en esta providencia, en los términos establecidos en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, con la salvedad de que la condena deberá ser inicialmente cancelada por la entidad pública Hospital San Antonio del Guamo E.S.E., y luego ésta repetirá en contra de su agente María Anselma Macias Montoya.

Quinto. En firme este fallo **devuélvase** el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento y expídanse a la parte actora las copias auténticas con las constancias de las que trata el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ
Presidente de la Sala
Con salvamento de voto

ENRIQUE GIL BOTERO

RUTH STELLA CORREA PALACIO

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA