

**ENTIDAD PUBLICA - Jurisdicción. Criterio orgánico / JURISDICCION
CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA - Criterio orgánico / INSTITUTO DE
SEGUROS SOCIALES - Jurisdicción contenciosa administrativa / SERVICIO
DE SALUD - Función administrativa. Jurisdicción contenciosa administrativa**

Una de las instituciones demandadas es una entidad pública, por consiguiente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82 del C.C.A. - modificado por la ley 1107 de 2006 - , en la actualidad, el criterio preponderante para definir si una controversia pertenece al ámbito de decisión de esta jurisdicción especial, es el orgánico, motivo por el cual lo primero que deberá constatar el operador judicial es si la demanda se dirige en contra de una entidad pública (v.gr. aquellas de las establecidas en el artículo 38 de la ley 489 de 1998) o una sociedad de economía mixta con capital público superior al 50 / ; de lo contrario, si la entidad, sociedad, persona o sujeto que integra el litigio (por activa o por pasiva), no se enmarca dentro de los anteriores supuestos, deberá constatar si el mismo cumple o no con funciones propias a cargo de los órganos del Estado y, precisamente, si el litigio se deriva del ejercicio de tales funciones. En el caso concreto, es claro que al ser demandado el Instituto de los Seguros Sociales, como entidad pública, la jurisdicción para este asunto está asignada a la Contencioso Administrativa. Y, si bien, podría argumentarse que para el momento en que se formuló la demanda no se había expedido la ley 1107 de 2006 (que estableció el criterio orgánico para definir el objeto de la Jurisdicción Contencioso Administrativa), es claro que, de todas formas, bajo el criterio anterior contenido en artículo 82 del C.C.A. (criterio material), la controversia también hubiera sido definida por esta estructura jurisdiccional, en tanto la jurisprudencia de la Sala, así como de la Corte Constitucional fue reiterativa en señalar que el servicio de salud constituye función propia del Estado, y que la misma se desarrolla a través de la función administrativa. En consecuencia, debe afirmarse sin ambigüedad alguna, que cuando una entidad pública o estatal, como por ejemplo las señaladas a título enunciativo en el artículo 38 de la ley 489 de 1998 (v.gr. las sociedades de economía mixta sin importar el monto de aporte estatal, como quiera que la norma no distingue al respecto), presta los servicios de salud pública, en los términos definidos en el artículo 49 de la Carta Política, tal función reviste la condición específica de administrativa, motivo por el cual la competencia, bien por el factor orgánico o por el funcional, será de esta jurisdicción. En esa dirección, la Sala se aparta, de manera respetuosa, de criterios definitorios como los plasmados recientemente por las Salas de Casación Laboral y Civil de la Corte Suprema de Justicia, las que, una óptica que no comparte esta Corporación, interpretan las normas de jurisdicción a partir de las disposiciones que regulan la competencia. Así las cosas, en la actualidad, sin importar las consecuencias e implicaciones que ello suponga, hay que aceptar la existencia de la norma (art. 82 del C.C.A.) que define el objeto de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, de manera principal a partir del criterio orgánico, que reviste la condición de ser un precepto normativo integrador que permite interpretar las normas de competencia vigentes, y que, de paso, sirve como regla aplicable para definir aquellos supuestos fácticos que no estén contemplados expresamente en el ordenamiento jurídico. Nota de Relatoría: Ver auto de 26 de marzo de 2007, exp. 25619, M.P. Ruth Stella Correa Palacio; sentencia de constitucionalidad C-559 de 1992 y C-665 de 2000; auto de 20 de febrero de 1996, exp. 11312, M.P. Daniel Suárez Hernández. LA SALA SE APARTA DE LAS CONSIDERACIONES DE LA CORTES UPREMA DE JUSTICIA: Sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia de 22 de enero de 2008, exp. 30621. Se puede consultar, así mismo, la sentencia de 19 de febrero de 2007, exp. 29519. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia de 5 de julio de 2007, exp. 1989-09134, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

SERVICIO MEDICO HOSPITALARIO - Responsabilidad extracontractual. Jurisdicción / RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL POR LA PRESTACION DEL SERVICIO MEDICO HOSPITALARIO - Entidad estatal. Jurisdicción / ESE - Jurisdicción. Prestación del servicio médico hospitalario / IPS - Jurisdicción. Prestación del servicio médico hospitalario / EPS - Jurisdicción. Prestación del servicio médico hospitalario / FUERO DE ATRACCION - Competencia

En cuanto concierne a la competencia para resolver los asuntos de responsabilidad extracontractual por la prestación de servicios médico - hospitalarios por parte de entidades estatales, tales como las empresas sociales del Estado (ESE), empresas prestadoras de servicios de salud (EPS) o como instituciones prestadoras de los mismos (IPS), deben reiterarse los argumentos contenidos en las sentencias proferidas en los expedientes números 15382 y 16010 de 19 de octubre de 2007, de 4 de diciembre de 2007, exp. 17918, y de 24 de abril de 2008, exp. 17062, en donde se señalan, de manera enfática, las razones y argumentos por los cuales la Jurisdicción Contencioso Administrativa mantiene competencia para estudiar y definir este tipo de controversias. Así las cosas, en el caso concreto, es claro que la sola comparecencia de una persona de derecho público en el proceso que, aparte de ello ejerce función administrativa en la prestación del servicio de salud, es suficiente razón para reiterar la jurisdicción y competencia de esta Corporación en la definición de la controversia suscitada. Ahora bien, en cuanto se refiere a la posibilidad de enjuiciar la responsabilidad del Hospital San Rafael, la Sala es enfática en destacar que a partir del fuero de atracción, la competencia para tales efectos corresponde a esta jurisdicción. Nota de Relatoría: Ver auto de 25 de abril de 1986; de la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia de 5 de julio de 2007, exp. 1989-09134; sobre FUERO DE ATRACCION: auto de 19 de julio de 2006, exp. 27268, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

DICTAMEN PERICIAL - Objeción. Error grave / DICTAMEN PERICIAL - Valor probatorio

En relación con el dictamen, es importante señalar que la parte demandante lo objetó por error grave, censura que fue resuelta favorablemente por el tribunal de primera instancia, como quiera que se soportaba en el hecho de que los peritos no ostentaban la condición de especialistas en gineco - obstetricia, sino que, por el contrario, eran pediatras. Sobre el particular, la Sala se aparta de la determinación del a quo, en cuanto se refiere a la procedencia de la objeción por error grave, toda vez que la naturaleza de esta censura, es que exista disconformidad o inconsistencia entre el fundamento o las premisas de las que se parte en la prueba técnico científica, y las conclusiones a las que se arriba. A contrario sensu, en el caso concreto, en estricto sentido, el experticio no adolece de yerro alguno, sólo que fue rendido por personas no idóneas para ello, al no ser especialistas en el área específica del conocimiento requerida para despejar las inquietudes fácticas formuladas por las partes; por tal motivo, no se encuentra configurado el error grave invocado, sin que ello constituya óbice para que la Sala se aparte de las premisas contenidas en el dictamen pericial, puesto que, en los términos antes mencionados, fue adelantado por médicos especialistas en otra rama de la medicina diferente a la obstetricia, circunstancia que por sí misma conlleva a que no se pueda valorar la prueba científica mencionada.

FALLA DEL SERVICIO MEDICO - Obstetra / DIAGNOSTICO ERRADO - Relevancia / MEDICO - Posición de garante / POSICION DE GARANTE - Médico / RESPONSABILIDAD MEDICA OBSTETRICA - Indicio. Falla del

servicio / FALLA DEL SERVICIO - Indicio. Responsabilidad médico obstetra

Para la Sala, deviene imputable el daño antijurídico a las instituciones de Salud, en tanto incurrieron en una clara falla del servicio en la atención médico obstetra que requería la señora Salazar Ramírez, lo cual derivó en su muerte y en las lesiones irreversibles para su hija. Lo señalado, en tanto en materia de error de diagnóstico lo relevante no es el yerro en sí mismo - pues la medicina no puede ser considerada como una ciencia exacta - , sino aquel descuido inexcusable que conlleva la falta de aplicación del tratamiento idóneo cuando se tienen claros, concurrentes y múltiples indicios patológicos que debieron ser despejados de manera oportuna, con el fin de que la enfermedad padecida no se hubiera agravado, ya que, el médico, en atención a la posición en la que se encuentra frente al paciente, debe velar porque los riesgos que le resultan previsibles y, de manera específica, por él controlables, se mantengan en la órbita de su manejo y dominio. Lo anterior se ve reforzado, en mayor medida, si se tiene en cuenta que la propia Sala ha reconocido una especial significación en los casos de responsabilidad médica - obstétrica, al señalar que los mismos si bien no deben ser decididos bajo el esquema de la responsabilidad objetiva, sí debe reconocerse un indicio grave de falla del servicio, siempre que el embarazo haya transcurrido en términos de normalidad y que el daño se haya producido una vez intervino la actuación médica dirigida a atender el alumbramiento. Como se desprende de la posición más reciente de la Sala, en asuntos médicos de esta naturaleza - y eventualmente en otros - , la falla podría sustentarse en indicios, es decir, en el solo hecho de que la evolución y proceso de embarazo se hubiera desarrollado en términos normales hasta el momento del parto. Lo anterior, como quiera que el solo indicio de falla del servicio, aunado a la prueba de la imputación fáctica que vincula la conducta con el daño, daría lugar a encontrar acreditada la responsabilidad. Por consiguiente, a la parte actora - en estos supuestos - , le corresponde acreditar el daño antijurídico, la imputación fáctica -que puede ser demostrada mediante indicios igualmente-, así como el indicio de falla, esto es, que el embarazo se desarrolló en términos normales hasta el momento del parto. En esa perspectiva, para la Sala es definitivo que el daño antijurídico tuvo su origen en una falla médica, que se ve reflejada en la actitud pasiva y de tranquilidad asumida por el cuerpo médico que, conociendo varios síntomas y signos de la paciente que eran lo suficientemente indicativos de la existencia de preeclampsia, se confiaron de manera negligente, al someter a aquella a diferentes exámenes de laboratorio que sólo horas más tarde arrojaron un resultado concreto, con la mala fortuna de que las maniobras para producir el parto devinieron tardías, en tanto el cuadro clínico que presentaba la parturienta concluyó en eclampsia y en el síndrome de hellp, lo que finalmente ocasionó la muerte de la paciente y los daños cerebrales y físicos de la niña Ceballos. Un deber claro del cuerpo médico y paramédico consiste en actualizar permanente su conocimiento, de forma tal que se logre despejar, en la medida de las posibilidades y según los recursos técnicos disponibles, cualquier tipo de duda que lo asalte en el diagnóstico, con miras a que la prescripción o medicación sea suministrada de manera oportuna y lo más expedita posible, a efectos de salvaguardar la integridad del paciente. Nota de Relatoría: Ver sobre POSICION DE GARANTE sentencia de 30 de julio de 2008, exp. 16483, M.P. Enrique Gil Botero; sobre INDICIO DE FALLA: Sentencia de 7 de diciembre de 2004, exp. 14.767- Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 26 de marzo de 2008, exp. 16085, M.P. Ruth Stella Correa Palacio; Sentencia de 7 de octubre de 1999, exp. 12.655 M.P. María Elena Giraldo Gómez; sobre VALORACION MEDICA ALCANCE: sentencia de 30 de noviembre de 2006, exp. 25063, M.P. Alier E. Hernández Enríquez.

SALARIO BASE DE LIQUIDACION - Lucro cesante / LUCRO CESANTE - Salario base de liquidación

Como quiera que no existen pruebas adicionales en relación con el monto de los ingresos de la occisa, la Sala tendrá como base de liquidación el salario mínimo legal vigente para la fecha de los hechos y lo actualizará a valor presente, con el fin de establecer si se tiene en cuenta esa base de liquidación o, si por el contrario, se emplea el salario mínimo vigente legal en la actualidad. Como quiera que, la renta actualizada arroja un resultado de \$403.333,00, y dicha suma no supera el valor del salario mínimo mensual legal vigente actual (\$461.500,00), se tomará como salario de liquidación este último, en tanto, se presume corresponde a los ingresos que la señora Salazar percibía producto de su trabajo. A esa suma se adicionará el 25 / por prestaciones sociales y, de otra parte, se deducirá de dicho valor el 25 / , correspondiente al valor aproximado que la propia destinaba para su propio sostenimiento, quedando la base de la liquidación en la suma de \$432.657,00. Se tendrá en cuenta, de manera adicional que, en el momento de su muerte, tenía 31 años - así se desprende de los registros civiles de nacimiento, matrimonio y defunción - y, por lo tanto, una vida probable de 46,80 años (561,6 meses), según la tabla colombiana de mortalidad adoptada por la Superintendencia Bancaria, por resolución 497 de 20 de mayo de 1997. En consecuencia, para efectos de la liquidación - de conformidad con los parámetros jurisprudenciales - , se tomará la vida probable menor, esto es, la de la propia, como quiera que la de (cónyuge supérstite) en comparación con aquélla resulta mayor, en tanto este último era 3 años menor que ella.

PERJUICIOS MATERIALES - Pensión de invalidez. Parálisis cerebral / PENSION DE INVALIDEZ - Perjuicios materiales. Parálisis cerebral / PRINCIPIO DE REPARACION INTEGRAL - Pensión de invalidez. Parálisis cerebral

Encuentra probada la Sala la existencia de un dos perjuicios materiales que cuya reparación debe hacerse bajo los postulados del artículo 16 de la ley 446 de 1996, esto es, bajo el faro del principio de la reparación integral. El primer detrimento padecido por Ana Caterine Ceballos Salazar, consiste en la imposibilidad psicofísica en la que se encuentra a causa de la falla del servicio de los entes demandados, motivo por el cual, a lo largo de su existencia, no podrá velar por su propia subsistencia, en la medida en que no logrará desarrollar actividad productiva alguna. Así las cosas, para la Sala, y sin que se vulnere el principio de congruencia - en tanto fue solicitado en la demanda - , se decretará una pensión de invalidez para Ana Caterine Ceballos Salazar, la cual se pagará a partir de la fecha en que esta última adquiera la mayoría de edad, puesto que se presume que a partir de sus 18 años, ingresaría en la etapa productiva de su vida, indemnización que permite reparar el daño emergente futuro sufrido. En consecuencia, una vez Ana Caterine Ceballos Salazar cumpla los 18 años, podrá reclamar del Instituto de Seguros Sociales - y entre los entes demandados deberá resolverse la forma de quién efectuará la forma de porcentajes y reembolsos - , de una pensión de invalidez correspondiente a un (1) salario mínimo mensual legal vigente, que se actualizará año por año de conformidad con la actualización que haga el Gobierno Nacional del mismo. Para los mencionados efectos, quien ejerza la guarda o la representación legal de Ana Caterine - que en estos momentos es su padre - , deberá presentar al Instituto de Seguros Sociales, o quien haga sus veces, el certificado de supervivencia de manera mensual, para que esta entidad pague la mencionada suma de dinero, dentro de los 5 días siguientes a la fecha en que se presente la cuenta de cobro correspondiente. En conclusión, las entidades demandadas deberán garantizar el pago de una indemnización que se

traduzca en una “pensión de invalidez”, la cual deberá ser cancelada desde el momento en que cumpla 18 años (7 de junio del año 2015), hasta que suceda el desafortunado momento de su fallecimiento, pensión que corresponderá a un (1) SMMLV, y que refleja una obligación de dar a la cual quedan vinculadas las entidades demandadas de forma solidaria. Y, si bien, no existe en el expediente un medio probatorio del que se desprenda la valoración del citado daño, ni su cuantificación monetaria precisa, lo cierto es que el juez cuenta con el principio de equidad para la ponderación y valoración del daño. Nota de Relatoría: Ver sentencia de 16 de agosto de 2007, exp. 30114, M.P. Ramiro Saavedra Becerra, y sentencia de 19 de julio de 2000, exp. 11842, M.P. Alíer E. Hernández Enríquez; de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del cinco de octubre de 2004, expediente: 6975, Magistrado Ponente: Pedro Octavio Munar Cadena; sentencia de 31 de mayo de 2007, exp. 15170, M.P. Enrique Gil Botero.

ATENCIÓN MEDICA SANITARIA Y HOSPITALARIA - Perjuicio material. Menor de edad. Parálisis cerebral / PERJUICIO MATERIAL - Atención médica sanitaria y hospitalaria. Menor de edad. Parálisis cerebral

El segundo perjuicio, se traduce en la atención médica, sanitaria y hospitalaria que deberán garantizar tanto el Instituto de Seguros Sociales como el Hospital San Rafael a la menor Ana Catherine Ceballos Salazar, desde el momento de esta sentencia hasta el día en que concurra su fallecimiento. Por lo tanto, las entidades demandadas, o quien haga sus veces, no se podrán negar en ningún momento a la prestación del servicio de salud de Ana Catherine Ceballos Salazar, así como brindarán y suministrarán todos los medicamentos, tratamientos y procedimientos quirúrgicos u hospitalarios que requiera a lo largo de su vida.

PERJUICIOS MORALES - Presunción. Parientes

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 - esta última sin importar que sea grave o leve, distinción que no tiene justificación práctica y teórica alguna para efectos de la presunción del perjuicio, sino, por el contrario se relaciona con el grado de intensidad en que se sufre - , a partir del contenido del artículo 42 de la Carta Política, debe presumirse, que el peticionario los ha padecido. Ahora bien, no sucede lo propio con el perjuicio derivado de las lesiones de Ana Catherine Ceballos Salazar (sobrina), como quiera que la presunción aceptada por la Sala no cubre al tercer grado de parentesco, circunstancia por la cual se requería, en el asunto sub examine, de prueba que demostrara la existencia del daño, lo cual no sucede en el proceso de la referencia.

DAÑO MORAL - Parálisis cerebral / PRINCIPIO DE REPARACION INTEGRAL - Daño moral

Vale la pena destacar que aunque Ana Catherine no haya sido consciente del doble perjuicio a ella causado por las entidades públicas demandadas, dada su condición de parálisis cerebral, es incuestionable que padeció un perjuicio inmaterial diverso al daño fisiológico (daño a la vida de relación), y que pertenece al ámbito interno, por cuanto toda persona por el hecho de serlo, es un ser en sí mismo, y en esa perspectiva, como sujeto, sin importar que exista una condición cerebral específica, nunca pierde su condición de persona, en consecuencia, padece perjuicios que representen una aflicción verificada en la limitación en que se halle. El artículo 16 de la ley 446 de 1998, de manera categórica propende por la aplicación del principio de la reparación integral en el derecho interno, de allí

que, el análisis del perjuicio supone un efectivo y real resarcimiento de los diferentes bienes o intereses jurídicos que se ven afectados con la producción del daño antijurídico, que le es imputable al Estado. Dado lo anterior, se parte del supuesto según el cual el criterio imperante, al momento de determinar y establecer los cánones y montos indemnizatorios, debe ser aquel que tenga en cuenta la multiplicidad de derechos y bienes jurídicos que pueden resultar trasgredidos con el hecho dañoso, motivo por el que se debe reparar la vulneración del derecho en sí mismo, más no la constatación de las consecuencias producto del daño. En efecto, un criterio diferente permitiría afirmar, por vía de ejemplo, que el desplazamiento forzado, por sí mismo, no genera indemnización y reparación integral del daño, salvo que la persona demandante logre acreditar de manera plena, que padeció una consecuencia económica o material a causa de esa diáspora a la que se vio conminada por grupos al margen de la ley o por el Estado. En consecuencia, desde este supuesto, y en esa lógica de la que se aparta la Sala, si el individuo víctima del desplazamiento no se viera afectado económicamente por las consecuencias del mismo, no sería beneficiario de la indemnización, conclusión que es inaceptable. En consecuencia, y como corolario de lo anterior, esta situación en la que se pone a un ser humano, en un plano diferente a la mera razón, debe ser indemnizada a través del reconocimiento del perjuicio moral, en tanto la víctima lo sufre de manera directa, día a día, mientras discorra su existencia. Nota de Relatoría: Ver de la Corte Suprema de Justicia Sala de Negocios Generales, sentencia de 13 de diciembre de 1943, M.P. Anibal Cardozo Gaitán.; sentencia de 19 de octubre de 2007, exp. 30871, M.P. Enrique Gil Botero.

DAÑO A LA VIDA DE RELACION - Parálisis cerebral. Menor de edad / PERJUICIO POR ALTERACION A LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA - Parálisis cerebral. Menor de edad

Valorada la dimensión del daño, a partir del análisis de las pruebas que integran el acervo probatorio, se tiene que le asiste razón al recurrente, motivo por el cual en el caso sub examine, se modificará la sentencia apelada, para reconocer a favor de la niña Ana Caterine Ceballos Salazar, un perjuicio a la alteración a las condiciones de existencia, denominación ésta adoptada de manera reciente por la Sala para redefinir el perjuicio fisiológico o daño a la vida de relación y, por lo tanto, se condenará a pagar a las instituciones demandadas, por el citado concepto, una suma de 400 SMMLV según los criterios fijados por la jurisprudencia de esta Sala en casos similares. Nota de Relatoría: Ver sentencia de 15 de agosto de 2007, exp. AG 2003-385 M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 19 de octubre de 2007, exp. 30871, y de 4 de diciembre de 2007, exp. 17918.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., primero (1) de octubre de dos mil ocho (2008)

Radicación número: 25000-23-26-000-1999-01145-01(27268)

Actor: LEONEL CEBALLOS GALLO Y OTROS

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES Y OTRO

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

De conformidad con la providencia de prelación de 7 de febrero de 2007 (fl. 329 cdno. ppal. 2ª instancia), resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por las partes demandante y demandada en contra de la sentencia de 28 de enero de 2004, proferida por la Sala de Descongestión de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la cual se decidió lo siguiente:

“PRIMERO: Declárese administrativamente y solidariamente responsables al INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES y al HOSPITAL UNIVERSITARIO CLÍNICA SAN RAFAEL, por la muerte ocasionada a la señora BLANCA DOLLY SALAZAR RAMÍREZ y las lesiones ocasionadas a la menor ANA CATERINE CEBALLOS SALAZAR, de conformidad con las consideraciones expuestas en esta sentencia.

“SEGUNDO: Condénese solidariamente al INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES y al HOSPITAL SAN RAFAEL, a reconocer y pagar a favor de los señores:

“JOSÉ DELIO SALAZAR ALZATE y ERNESTINA RAMÍREZ ARCILA (padres de la víctima) la suma equivalente a CIEN (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes para la fecha de esta sentencia, para cada uno, por la muerte de su hija BLANCA DOLLY SALAZAR RAMÍREZ y CIEN (100) más para cada uno, por las lesiones irreversibles que padece su nieta ANA CATERINE CEBALLOS SALAZAR para la fecha de esta sentencia.

“LEONEL CEBALLOS GALLO (esposo de la víctima), representante de su hija menor ANA CATERINE CEBALLOS SALAZAR, la suma equivalente a CIEN (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes para la fecha de esta sentencia, para cada uno, por la muerte de su esposa y madre Blanca Dolly Salazar Ramírez y CIEN (100) más para cada uno, por las lesiones irreversibles que padece ANA CATERINE CEBALLOS SALAZAR, para la fecha de esta sentencia.

“Reconocer y pagar a favor de la menor ANA CATERINE CEBALLOS SALAZAR, representada por su padre LEONEL CEBALLOS GALLO, por concepto de perjuicios de Daño a la Vida de Relación, la suma equivalente a CIEN (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes para la fecha de esta sentencia.

“TERCERO: Deniéguense las demás pretensiones de la demanda.

“CUARTO: Para el cumplimiento de esta sentencia se dará aplicación a lo dispuesto por los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

“QUINTO: Sin condena en costas.

“SEXTO: En caso de no ser apelada la sentencia, sùrtase ante el H. Consejo de Estado en el grado de consulta, de conformidad al artículo 57 de la ley 446 de 1998, que modificó el artículo 180 del C.C.A.” (fls. 229 y 230 cdno. ppal. 2ª instancia - mayúsculas y negrillas del original).

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

1.1. Mediante demanda presentada el 23 de abril de 1999, Leonel Ceballos Gallo, quien actúa en nombre propio y en representación de su hija menor Ana Catherine Ceballos Salazar; José Delio Salazar Alzate, Ernestina Ramírez Arcila, y Romelia, Sonia y Helda Salazar Ramírez solicitaron, por intermedio de apoderado judicial, que se declarara al Instituto de Seguros Sociales y al Hospital Universitario Clínica San Rafael, patrimonialmente responsables de los perjuicios materiales, morales, “cerebrales y fisiológicos” a ellos infligidos con motivo de la muerte de Blanca Dolly Salazar Ramírez, así como por las graves lesiones cerebrales sufridas por Ana Catherine Ceballos Salazar, las cuales ocurrieron en el período comprendido entre el 2 y 7 de junio de 1997, al momento del nacimiento de esta última y luego de ocurrido el mismo, cuando se dio el deceso de su madre (fls. 5 a 29 cdno. ppal. 1º).

Como consecuencia de la anterior declaración, deprecaron que se condenara a las demandadas a pagar las siguientes sumas de dinero:

“(…) 1.1.- Condénase al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y al HOSPITAL UNIVERSITARIO CLÍNICA SAN RAFAEL, a pagar solidariamente:

“1.1.1. A cada uno de quienes demandan:

“a) DAÑOS MORALES, con el equivalente en pesos, de la fecha de la ejecutoria de la sentencia, de cuanto menos, DOS MIL GRAMOS DE ORO FINO en relación con la muerte de Blanca Dolly Salazar, y DOS MIL GRAMOS en relación con los daños cerebrales ocasionados a ANA CATERINE, sin perjuicio de un mayor valor que

resulte de las reglas de la equidad, la ley o la jurisprudencia. Se trata de una doble aflicción, a la que corresponde una doble indemnización según lo ha indicado la jurisprudencia.

“b) DAÑOS MATERIALES, por las varias erogaciones causadas directamente por el hecho de la muerte de la señora Blanca Dolly Salazar Ramírez y las lesiones y secuelas causadas a la recién nacida Ana Caterine Ceballos Salazar, que constituyen un empobrecimiento de los demandantes, esto es, un daños resarcible, así:

“b.1. **A todos los demandantes,** los gastos generados en conseguir asistencia jurídica, entre otras, que ha de entenderse no como una condena en costas a los demandados, sino como un hecho objetivo constitutivo de un perjuicio: así como no se hubiese precipitado la erogación por el entierro del niño si nó (sic) lo hubieran llevado a la muerte como lo llevaron, de la misma manera no se hubiera vuelto necesario contratar la asistencia de abogados si los hechos tuvieran causa justa no reprochable jurídicamente; los honorarios serán tasados de acuerdo con las tarifas del Colegio de abogados de Bogotá.

“Al padre, además,

“Los pagos realizados en la atención médica, terapéutica y de cuidado personal prodigada a Ana Caterine, su hija, desde que se causaron las lesiones y hasta que el tiempo de su probable supervivencia, pues la menor estará incapacitada de por vida, en la cuantía que resulte de las bases que se demuestren en el curso del proceso.

“Los gastos funerarios de la esposa.

“La pérdida de la chance de ayuda futura de su hijita.

“EL dinero y la ayuda dejada de recibir de su esposa, que trabajaba destinando el 75 / de sus ingresos al esposo.

“b.3. A Ana Caterine Ceballos Salazar, los gastos derivados de su incapacidad y secuelas, considerando especialmente los gastos en que ha de incurrir para su subsistencia médica y vital, que, con el daño cerebral que padece jamás podrá obtener por sí sola.

“c.)- Daños FISIOLÓGICOS, A Ana Caterine Ceballos Salazar, por los perjuicios en su humanidad, derivados de las lesiones que sufrió con ocasión de la negligencia médica y hospitalaria, perjuicios que habrán de tasarse en el máximo valor reconocido por la jurisprudencia a la fecha de la sentencia, cuanto menos 4.000 grs de oro, atendiendo la gravísima importancia de las lesiones.

“1.2. Todas las sumas se reajustarán en su valor a la fecha de ejecutoria de la sentencia.

“(…)” (fls. 6 y 7 cdno. ppal. 1º - negrillas, mayúsculas y subrayado del texto original).

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

1.1.1. Con ocasión de su embarazo, la señora Blanca Dolly Salazar Ramírez fue atendida por cuenta del Instituto de Seguros Sociales - en su condición de afiliada - , en el Hospital Universitario Clínica San Rafael, de la ciudad de Bogotá, en un inicio por consulta externa y, finalmente, por hospitalización el 2 de junio de 1997, a las 11:15 de la mañana.

1.2. Cumplidas las 40 semanas de embarazo, acudió como le correspondía el 2 de junio de 1997, al Hospital Universitario Clínica San Rafael - de ahora en adelante Hospital San Rafael - , en calidad de primigestante y allí constataron que presentaba síntomas de dolor intenso de cabeza (cefalea).

1.3. En la historia clínica se registró debidamente que se trataba de una mujer primigestante (G1P0), con las siguientes observaciones y diagnósticos: “edema G.II, cefalea ocasional, preeclampsia, alto riesgo obstétrico...”

Le fueron practicados exámenes de laboratorio que dieron como resultado, entre otros, 500 mg x dl., de proteinuria.

1.4. La preeclampsia, advertida al momento de ingreso y registrada en la historia clínica, consiste en una hipertensión de la madre parturienta cuyo tratamiento principal, según los protocolos médicos es el parto inmediato.

1.5. Pese a que la paciente se encontraba estabilizada, como puede observarse de los datos de ingreso, los síntomas de edema GII, cefalea ocasional, tensión arterial alta y proteinuria de 500 mg, obligaban a advertir la evolución de la preeclampsia a posterior eclampsia (coma y crisis convulsivas), sumamente peligrosas tanto para la madre como para el feto, y que por lo mismo se deben evitar a toda costa.

1.6. Sin embargo, de manera extraña, e injustificada, no se realizó de inmediato la cesárea a la paciente, aún a sabiendas de que el feto estaba listo para el parto (40 semanas de gestación), y la madre estabilizada, de modo tal que, entrada la tarde de ese día (4:20 p.m.), cuando transcurría el tiempo sin que se

hubiera llevado a cabo el parto, de forma infortunada, Blanca Dolly Salazar entró en convulsión.

1.7. No obstante lo anterior, y pese a la gravedad de los hechos, la paciente no fue evaluada con ocasión de sus convulsiones por el médico competente y, de forma inexplicable, por demás, el parto sólo se produjo el día siguiente a las 5:00 a.m., fecha y hora en la que se le practicó la cesárea.

1.8. En las anteriores condiciones se produjo el nacimiento de Ana Caterine Ceballos Salazar, a quien se le diagnosticó “encefalopatía hipóxica isquémica, síndrome convulsivo - IRA prenatal”, “edema cerebral y hemorragia intraparenquimatosa”, todo lo cual constituye unas graves lesiones derivadas de la demora en el parto, que le ocasionaron limitaciones para toda su vida, por presentar daños cerebrales definitivos e insuperables.

1.9. Ahora bien, en lo que respecta a la madre no cesaron las fallas y omisiones del servicio médico y hospitalario, como quiera que en varias ocasiones, luego del parto, le fueron ordenadas transfusiones, ante lo cual se registró en la historia clínica la “falta de disponibilidad de derivados sanguíneos para transfundir”, “no hay sangre O (-) disponible”, “no hay plaquetas disponibles”.

Sólo unas pocas e insuficientes unidades le fueron transfundidas, mientras la familia hizo llegar, desde Medellín, 20 donantes que, tampoco fueron atendidos para que se les recibiera la sangre correspondiente.

1.10. Así las cosas, Blanca Dolly Salazar Ramírez falleció el 7 de junio de 1997, a causa de “síndrome de disfunción orgánica múltiple”, en medio, supuestamente, de todos los recursos médicos e instrumentales, pero paradójicamente, sin que se hubieran puesto a su servicio.

En los anteriores términos, faltó diligencia y cuidado por parte del cuerpo médico y paramédico del Hospital San Rafael, al negársele la práctica oportuna de la cesárea, omisión que desencadenó los daños producidos por la preeclampsia e, igualmente, faltó a sus deberes y obligaciones el centro hospitalario al no tener a disposición las suficientes unidades de sangre, y un ventilador pulmonar como los requería la paciente.

No debe olvidarse que se trata de uno de los centros hospitalarios más importantes de la capital de la República, que debe contar con los servicios especializados de urgencias y obstetricia.

2. La Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, admitió la demanda a través de auto de 25 de mayo de 1999 (fl. 32 cdno. ppal. 1º); mediante providencia de 27 de julio de esa misma anualidad, fue admitida la corrección de la misma (fl. 55 cdno. ppal. 1º).

Una vez fijado el proceso en lista fue contestada la demanda y su corrección por las entidades demandadas; el 16 de diciembre de 1999, se decretaron las pruebas solicitadas por las partes (fls. 98 a 100 cdno. ppal. 1º) y, por último, mediante auto del 27 de febrero de 2003 se corrió traslado para alegar de conclusión (fl. 186 cdno. ppal. 1º).

3. Las instituciones demandadas, en sus respectivas contestaciones, se opusieron a las pretensiones de los actores, en los términos que a continuación se exponen:

3.1. Hospital Universitario Clínica San Rafael

3.1.1. No es cierto que la preeclampsia estuviera advertida en la historia clínica de ingreso, como tampoco la hipertensión arterial, ni la presencia de albuminuria.

3.1.2. Los hechos como son presentados en la demanda, se alejan de la realidad, toda vez que los exámenes de laboratorio se ordenaron a las 11:20 a.m., y llegaron a las 6:00 p.m. A las 00:30 del 3 de junio de 1997, se practicó examen parcial de orina, que dio como resultado 5 gramos de proteinura, es decir, a esta hora es cuando se confirmó el cuadro de preeclampsia, a pesar de seguir asintomática, tal y como lo había sido en las horas precedentes.

La parte demandante deberá probar lo aseverado en el libelo petitorio, pues los episodios convulsivos tan sólo se presentaron a partir de las 4:20 de la mañana

del 3 de junio de 1997, en la medida que la paciente se mantuvo asintomática hasta 20 minutos antes de presentar el mencionado cuadro clínico.

3.1.3. Las fallas alegadas en relación con el servicio de salud son inexistentes, por cuanto al hospitalizarse la paciente se ordenaron exámenes de laboratorio cuyos resultados llegaron a las 6:00 p.m. del mismo día, encontrándolos el equipo médico normales en cuanto al cuadro hemático, así como la bioquímica sanguínea. Es importante señalar que, aquéllos no indicaron, en modo alguno, que la paciente presentara preeclampsia, ni menos su preclasificación. Sin embargo, se ordenó monitoría estricta.

Es cierto que en la historia clínica aparece nota de evolución ginecológica respecto a la dificultad del tipo de sangre de la paciente, sin que signifique que no se le haya asistido en la cantidad y oportunidad requerida. La sangre O negativa es incompatible con los demás Rh, en el sentido de que los pacientes de este grupo sanguíneo no pueden recibir ningún otro tipo de sangre, pero sí son donantes universales.

3.1.3. El comportamiento diligente se acredita con la historia clínica, y de ella se deduce que la paciente fue atendida por el equipo médico con especialidades en gineco obstetricia, unidad de cuidados intensivos (UCI), cirugía, anestesia, cuidado neonatal, laboratorio clínico, entre otros; que fue hospitalizada y atendida con todos los soportes disponibles por el hospital, que se le practicó cesárea cuando los síntomas así lo indicaron, y que se realizó por médicos especialistas de amplia trayectoria y experiencia reconocida en la comunidad médica.

3.1.4. En consecuencia, las anteriores circunstancias son fundamento suficiente para formular las excepciones de *ineptitud sustancial de la demanda*, y de *falta de legitimación en la causa por pasiva*, esta última estructurada en dos supuestos: i) la falta de interés para comparecer al proceso, pues el llamado es el Instituto de los Seguros Sociales, en tanto el Hospital Universitario Clínica San Rafael es una institución de derecho canónico, con un régimen jurídico y organizacional privado; ii) porque los perjuicios no le son imputables, en tanto su comportamiento fue adecuado y ajustado a los parámetros de la *lex artis*.

3.2. Instituto de Seguros Sociales

Planteó las excepciones de: i) *inexistencia de culpa en la prestación del servicio médico*; ii) *existencia de causa extraña en la producción del resultado*; iii) *la indeterminación de los perjuicios solicitados en la demanda*; instrumentos exceptivos que soportó a partir de los siguientes argumentos de defensa:

3.2.1. No es cierto que hubiera existido demoras en la realización de la cesárea, como quiera que la diferencia entre el momento en que se presentaron las convulsiones y el procedimiento quirúrgico, fue de tan sólo 40 minutos, lo cual es normal y se encuentra justificado en casos como el referido.

3.2.2. Las transfusiones realizadas a la paciente fueron adecuadas y oportunas, por tal motivo, es irrelevante la mención de registros sobre la falta momentánea de componentes de transfusión que se hace en la demanda.

3.2.3. Los perjuicios que se solicitan a favor de la menor Ana Caterine Ceballos son inciertos y, de otra parte, desbordan los límites reconocidos legal y jurisprudencialmente, para este tipo de eventos.

4. Corrido el traslado para alegar de conclusión, las partes reiteraron los argumentos presentados en los escritos de demanda y contestación (fls. 187 a 194, 195 a 201 y 202 a 209 cdno. ppal. 1º).

2. Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia de 28 de enero de 2004, la Sala de Descongestión de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, accedió parcialmente a las pretensiones elevadas con la demanda. El *a quo* en el asunto *sub examine*, luego de acoger la objeción por error grave formulada al dictamen pericial por parte de los demandantes, encontró demostrada una falla del servicio médico - hospitalario, en tanto, en su criterio, la atención del parto de la señora Blanca Dolly Salazar Ramírez no fue idónea según los manuales médicos.

Entre otros aspectos, el tribunal, puntualizó lo siguiente:

“(…) Para que exista responsabilidad del Estado, de acuerdo con el artículo 90 de la Constitución Política, se requiere de dos elementos:

el daño antijurídico y la imputabilidad del daño a un órgano del Estado.

“Conforme a las pruebas allegadas al proceso, para esta Sala existen fundamentos suficientes que permitan (sic) responsabilizar a las entidades públicas demandadas por la causación de los daños antijurídicos reclamados.

“En efecto, en el presente caso, conforme a la práctica médica y la lex artis, se constata que no le asiste ninguna razón al actor cuando señala que las demandadas fueron negligentes, se demoraron en realizar una cesárea, 18 horas, teniendo en cuenta la hora de ingreso de la señora Salazar a las 11:15 a.m. del 2 de junio de 1997, y la intervención quirúrgica practicada a las 5 horas de la mañana del 3 de junio de 1997, cuando los síntomas que presentaba la señora y la evolución del parto no aconsejaban en ningún momento la realización de la cesárea o desembrazar a la paciente.

“(…) No obstante lo anterior, estima la Sala que las demandadas no observaron la conducta médica clínica basada en la evidencia al momento en que se presentó la atención de la paciente señora Salazar. En efecto, sí se tiene por demostrado que la señora Salazar ingresó a las 11:15 minutos del 2 de junio de 1997 y tenía una presión arterial 175/108, cefalea ocasional y se realizó un diagnóstico de preeclampsia (sic) y alto riesgo obstétrico, siendo hospitalizada la señora Salazar, es patente que con esa sintomatología los manuales médicos indican que la paciente se encuentra en una preeclampsia severa, la que se caracteriza clínicamente por la presencia de uno o más de los siguientes hallazgos: “presencia de convulsiones tónico clónicas en pacientes sin antecedentes de cuadros convulsivos, presión arterial igual o mayor de 160/110 mmhg en forma persistente, proteinuria mayor o igual a 5 en orina de 24 horas, edema pulmonar, entre otros.”

“Observa la Sala, que la señora Salazar se encontraba en un estado de preeclampsia severa, situación que después fue corroborada con el parcial de orina practicado...

“(…) Todo lo anterior, demuestra que las entidades demandadas si bien realizaron una atención hospitalaria adecuada, fueron negligentes en la conducta médica observada con la paciente Salazar, porque siendo que ingresó con una sintomatología demostrada de preeclampsia severa, luego de corroborada por el parcial de orina no se le suministró el medicamento de sulfato de magnesio apropiado conforme con los manuales médicos para estabilizar a la paciente y evitar la eclampsia y las convulsiones. Como se ha demostrado, que el medicamento sulfato de magnesio le fue suministrado después de la convulsión a las 4:20 minutos de la mañana, según anotación médica, fuerza es concluir que esa omisión grave de conducta médica es lo que llevó al surgimiento de la eclampsia, el sufrimiento fetal de la menor, a la cesárea practicada, a la asfixia severa de la recién nacida con las secuelas que se han descrito y finalmente al deterioro progresivo de la salud de la señora Salazar, quien finalmente fallece. Dado que el resultado de muerte y

de lesiones se produjo por una omisión en la conducta médica, los daños antijurídicos son imputables a las demandadas.

“(…)” (fls. 212 a 230 cdno. ppal. 2ª instancia).

2. Recursos de apelación y trámite procesal en la segunda instancia

Inconformes con la decisión anterior, la parte actora, así como las demandadas interpusieron sendos recursos de apelación (fls. 232, 233 a 235 y 236 cdno. ppal. 2ª instancia); mediante auto de 10 de marzo de 2004, se concedieron por el tribunal de primera instancia y, de otro lado, una vez sustentados fueron admitidos en esta Corporación a través de proveído de 24 de septiembre de 2004 (fl. 259 cdno. ppal. 2ª instancia). El 19 de abril de 2005, se corrió a las partes traslado para alegar de conclusión (fl. 265 cdno. ppal. 2ª instancia). Durante el término de traslado para presentar alegatos intervinieron los apoderados judiciales de la actora, del Hospital San Rafael, así como el señor Agente del Ministerio Público.

Los fundamentos de las impugnaciones fueron presentados a través de los siguientes razonamientos:

2.1. Parte demandante

2.1.1. Con las pruebas allegadas al proceso, quedó establecido que la señora Blanca Dolly Salazar Ramírez se dedicaba, de manera permanente, a la elaboración de trabajos en computador, actividad por la cual percibía ingresos que destinaba en su totalidad para la manutención de su hogar.

2.1.2. En cuanto a los perjuicios morales padecidos por los hermanos de la víctima no cabe duda acerca de la existencia de éstos, pues la tendencia jurisprudencial es de que este daño se presume, respecto a aquellos.

2.1.3. Ante un caso tan lamentable, en el que se declara la responsabilidad de los demandados, es inexplicable que no se haya accedido a la condena de perjuicios fisiológicos en favor de la menor Ana Caterine Ceballos, dado su estado de salud tan precario, al que tendrá que estar sometida de por vida.

2.2. Hospital San Rafael

2.2.1. Se equivoca el tribunal al señalar que la causa eficiente del daño fue una falla del servicio médico, y no un fenómeno imprevisto presentado por la madre, puesto que, los daños cerebrales y el deceso de la paciente no fueron consecuencia directa ni indirecta de la atención médico - hospitalaria, ni tampoco de la mal llamada “demora en el parto”. En efecto, el sufrimiento fetal agudo tuvo su origen en la convulsión que sufrió la madre, sin que antes de que se presentara la misma, se hubiera podido diagnosticar la preeclampsia, toda vez que la paciente era asintomática, lo que demuestra que el daño fue producido por circunstancias imprevisibles e irresistibles que liberan a los demandados de cualquier clase de responsabilidad.

2.2.2. Analizada de manera integral la historia clínica allegada al proceso, y la secuencia de valoraciones y revisiones rutinarias se evidencia, la total actividad desplegada por el grupo de galenos que atendió a la paciente. En el caso concreto se puede concluir, sin temor a equívocos, que se demostró plenamente el actuar cuidadoso, diligente y la atención oportuna suministrada por el Hospital demandado.

Por lo tanto, no es admisible la valoración del *a quo*, como quiera que la orientación de la decisión se fundamentó en una presunción de causalidad, cuando es claro que, según los parámetros doctrinales y jurisprudenciales la causalidad (imputación fáctica) debe estar acreditada, sin que exista la posibilidad de presumirla o alivianar probatoriamente su demostración.

2.2.3. Por último, el tribunal incurre en un yerro sustancial, al haberse hecho referencia en la parte motiva de la providencia, a “las entidades públicas demandadas”, cuando lo cierto es que el Hospital San Rafael no reviste esa precisa condición, tal y como se puntualizó en la contestación de la demanda.

2.3. Instituto de Seguros Sociales

2.3.1. No es cierto que se pueda determinar falla asistencial alguna en la atención médica brindada a la paciente Blanca Dolly Salazar, toda vez que, como lo demuestra el acervo probatorio, se le otorgó el tratamiento no sólo indicado sino también oportuno; lo mismo se logra establecer con el testimonio del Dr. Roberto

Guillermo Martínez Bayer, quien manifestó textualmente: “(...) al momento justo del ingreso y sin confirmar el diagnóstico sospechado, ni la presencia de sufrimiento fetal en ese momento, no había una indicación de cesárea al ingreso...”

2.3.2. El hecho de que no obstante haber desplegado todas las medidas necesarias a efecto de obtener un resultado en óptimas condiciones tanto para la madre como para la recién nacida y, pese al esfuerzo desplegado, la paciente falleció, y la recién nacida presenta lesiones físicas resultado que si bien es lamentable, no por su sola ocurrencia permite deducir responsabilidad del personal médico que la atendió; no se debe olvidar que la jurisprudencia y doctrina han catalogado la obligación médica como de medios y no de resultado.

3. Alegatos de conclusión en la segunda instancia

Intervinieron en esta etapa procesal la parte demandante, la demandada Hospital San Rafael, y el Ministerio Público (fls. 267 a 276, 277 a 290, y 293 a 306 cdno. ppal. 2ª instancia).

La señora Procuradora Delegada ante esta Corporación, en la oportunidad legal para ello, conceptuó lo siguiente (fls. 293 a 306 cdno. ppal. 2ª instancia):

3.1. Tratándose de la especialidad médica denominada obstetricia, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha precisado que esta forma de responsabilidad tiende a ser objetiva, por cuanto el parto ocurre por disposición de la propia naturaleza y la función del médico se limita a apoyar a la parturienta a obtener satisfactoriamente el producto del embarazo, estado éste que debe considerarse como normal y no como una patología o enfermedad de la mujer.

3.2. Se debe aplicar el precedente contenido en la sentencia de 27 de agosto de 2000, exp. 12123, de la Sección Tercera del Consejo de Estado, que trató un tema similar al debatido en el presente proceso.

3.3. De otra parte, se tiene que de conformidad con la copia de la historia clínica allegada al plenario, la señora Blanca Dolly Salazar, ingresó al Hospital San Rafael el 2 de junio de 1997, a las 11:15 a.m., con embarazo de más o menos 40

semanas diagnosticándosele “3. preeclampsia vs H.I.E. 4. Incompatibilidad Rh”, seleccionándose la casilla “alto”, como riesgo obstétrico.

3.4. Es decir, que la conducta que debe asumir el personal médico frente a una paciente embarazada con diagnóstico de preeclampsia es estabilizarla, administrándole en forma continua dosis de sulfato de magnesio y seguidamente provocarle el parto vaginal, si las condiciones de la paciente lo evidencian probable, o llevar a cabo la cesárea.

Verificado el contenido de la historia clínica, se evidencia que a pesar que a la señora Blanca Dolly Salazar se le suministró tratamiento farmacológico a base de sulfato de magnesio éste únicamente se le administró casi 18 horas después de su ingreso al centro asistencial, demora que permitió que la enfermedad evolucionara hasta llegar a la convulsión, complicación que se habría evitado si se le hubiera suministrado de manera oportuna el medicamento referido.

3.5. Además de lo anterior, existe evidencia en la historia clínica, acerca de la imposibilidad de conectar a la paciente a un respirador por falta de cama disponible en la Unidad de Cuidados Intensivos, así como la dificultad para obtener plasmas y derivados sanguíneos que impidieron las transfusiones ordenadas por el médico tratante, circunstancias todas que contribuyeron al resultado final, y que evidencian la inadecuada e inoportuna prestación del servicio médico.

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 orden conceptual: 1) las excepciones propuestas; 2) los hechos probados, 3) caso concreto, 4) reliquidación de perjuicios, y 5) condena en costas.

Debe precisarse, de igual forma, que como quiera que ambas partes del proceso formularon sendos recursos de alzada en contra de la providencia de primera instancia, la Sala resolverá la controversia a partir de lo establecido en el artículo 357 del C.P.C., es decir, abordará los extremos de la litis sin limitación alguna, excepto la que impone el principio de congruencia.

1. Las excepciones propuestas

1.1. Hospital Universitario Clínica San Rafael

1.1.1. Ineptitud sustancial de la demanda

Para la Sala, la excepción así planteada no tiene vocación de prosperar, como quiera que se trata de una acción contencioso administrativa que se ha tramitado por las reglas propias del procedimiento ordinario, sin que haya existido causal de nulidad que invalide lo actuado. De otra parte, la acción formulada es la idónea para esta clase de controversias, por cuanto, tal y como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sección¹, la vía para conocer de este tipo de responsabilidad es mediante el esquema de la extracontractual, a partir de la acción de reparación directa.

1.1.2. Falta de legitimación en la causa por pasiva

Este medio de defensa, en los términos en que fue planteado por el Hospital demandado, reviste una doble connotación, cuyo análisis y definición vale la pena abordar de manera separada, en la medida que se orienta en diferentes sentidos o vías. En efecto, se formuló la excepción a partir de los siguientes argumentos: i) falta de interés para comparecer al proceso, en tanto el Hospital San Rafael es una entidad privada; ii) porque el daño no le es imputable, toda vez que su comportamiento fue oportuno y diligente.

En relación con la segunda argumentación, esto es, la tendiente a enervar la pretensión a partir del señalamiento de una ausencia de imputación, debe advertirse que el instrumento así estructurado, antes de constituir un impedimento procesal, refleja un verdadero argumento de defensa, que deberá estudiarse cuando se aborde el objeto sustancial de juzgamiento.

No sucede lo propio con la alegada falta de interés para acudir al proceso, en la medida en que a partir de ésta, la parte demandada controvierte la jurisdicción y competencia de esta Corporación y, en general, de los jueces que

¹ Sentencia de 11 de abril de 2002, exp. 13.227, M.P. Alier E. Hernández Enríquez.

integran la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de este litigio, ya que el Hospital San Rafael es un organismo de derecho privado, organizado bajo esas mismas reglas jurídicas, lo que, en su criterio, impediría que esta jurisdicción pudiera definir la controversia planteada.

En relación con este aspecto, debe reiterarse, una vez más, la jurisdicción y competencia con que cuenta la Jurisdicción Contencioso Administrativa para definir controversias como la que es objeto de examen, lo cual se soporta en el siguiente razonamiento:

a) Una de las instituciones demandadas es una entidad pública, por consiguiente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82 del C.C.A. - modificado por la ley 1107 de 2006 - , en la actualidad, el criterio preponderante para definir si una controversia pertenece al ámbito de decisión de esta jurisdicción especial, es el orgánico, motivo por el cual lo primero que deberá constatar el operador judicial es si la demanda se dirige en contra de una entidad pública (v.gr. aquellas de las establecidas en el artículo 38 de la ley 489 de 1998) o una sociedad de economía mixta con capital público superior al 50 / ; de lo contrario, si la entidad, sociedad, persona o sujeto que integra el litigio (por activa o por pasiva), no se enmarca dentro de los anteriores supuestos, deberá constatar si el mismo cumple o no con funciones propias a cargo de los órganos del Estado y, precisamente, si el litigio se deriva del ejercicio de tales funciones.

En el caso concreto, es claro que al ser demandado el Instituto de los Seguros Sociales, como entidad pública, la jurisdicción para este asunto está asignada a la Contencioso Administrativa². Y, si bien, podría argumentarse que para el momento en que se formuló la demanda no se había expedido la ley 1107 de 2006 (que estableció el criterio orgánico para definir el objeto de la Jurisdicción Contencioso Administrativa), es claro que, de todas formas, bajo el criterio anterior

² Al respecto, la Sala en reciente oportunidad precisó: "Instituto de Seguros Sociales estaba organizado como "una empresa industrial y comercial del Estado, del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, vinculada al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y el régimen de sus cargos será el contemplado en el Decreto-ley 1651 de 1977 y podrá realizar los contratos de que trata el numeral 5º del artículo 32 de la ley 80 de 1993", de conformidad con el artículo 275 de la ley 100 de 1993 el Instituto de Seguros Sociales. Como las empresas industriales y comerciales del Estado, a términos del artículo 38 de la ley 489 de 1998, hacen parte del sector descentralizado por servicios que integra la Rama Ejecutiva del poder público en el orden nacional, son sin duda entidades estatales cuya actividad es pasible de juzgamiento por esta jurisdicción según lo establece la ley 1107, como ya se indicó." Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 26 de marzo de 2007, exp. 25619, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

contenido en artículo 82 del C.C.A. (criterio material), la controversia también hubiera sido definida por esta estructura jurisdiccional, en tanto la jurisprudencia de la Sala, así como de la Corte Constitucional³ fue reiterativa en señalar que el servicio de salud constituye función propia del Estado, y que la misma se desarrolla a través de la función administrativa.

Sobre el particular, la Sección puntualizó:

“La atención de salud es uno de los fines que debe cumplir el Estado, habida cuenta de que está consagrado en la Constitución Nacional, como un deber a cargo del mismo.

“(…) La interpretación de las normas hasta aquí transcritas [se refiere al artículo 49 de la Carta Política], permite concluir que la prestación del servicio de salud es uno de los fines del Estado, consagrado en la Constitución Nacional como un servicio público a su cargo y la prestación de ese servicio se hace a través del ejercicio de función administrativa, por cuanto mediante esa función se da cumplimiento a los fines de aquél.

“(…) Ya para el caso que se estudia, como la demanda tiene como finalidad lograr la declaratoria de responsabilidad del Instituto de Seguros Sociales por la muerte de una paciente, según la demanda por falla de la entidad hospitalaria, es esta jurisdicción competente para conocer del asunto contra el ISS, por cuanto a pesar de tener la naturaleza jurídica de empresa industrial y comercial del Estado, se le está demandando por un acto realizado con ocasión de la función administrativa que cumple.”⁴

b) En consecuencia, debe afirmarse sin ambigüedad alguna, que cuando una entidad pública o estatal, como por ejemplo las señaladas a título enunciativo en el artículo 38 de la ley 489 de 1998 (v.gr. las sociedades de economía mixta sin importar el monto de aporte estatal, como quiera que la norma no distingue al respecto)⁵, presta los servicios de salud pública, en los términos definidos en el artículo 49 de la Carta Política, tal función reviste la condición específica de administrativa, motivo por el cual la competencia, bien por el factor orgánico o por el funcional, será de esta jurisdicción.

³ Al respecto, se pueden consultar las sentencias de constitucionalidad C-559 de 1992 y C-665 de 2000.

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 20 de febrero de 1996, exp. 11312, M.P. Daniel Suárez Hernández.

⁵ “No obstante estar constituidas bajo la forma de sociedades comerciales, no son particulares. Son organismos que hacen parte de la estructura de la Administración Pública, pertenecen al nivel descentralizado y son organismos vinculados.” Corte Constitucional, sentencia C-629 de 2003.

c) En esa dirección, la Sala se aparta, de manera respetuosa, de criterios definitorios como los plasmados recientemente por las Salas de Casación Laboral y Civil de la Corte Suprema de Justicia, las que, una óptica que no comparte esta Corporación, interpretan las normas de jurisdicción a partir de las disposiciones que regulan la competencia.

En efecto, la Sala de Casación Laboral, en una postura que no se comparte señaló, de manera reciente lo siguiente:

“La Sala considera que a la unidad del sistema debe corresponder la unidad de competencia; y ese que es el espíritu de la Ley sustantiva y procesal no puede considerarse cumplido si se parte del supuesto de que la integridad del sistema de salud deja por fuera a quienes ejecutan el servicio, contra la disposición expresa del artículo 155 de la ley 100 de 1993, que dispone en su parte inicial: *El Sistema General de Seguridad Social en Salud está integrado*, y en el numeral 3 dice: *Las instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, públicas, mixtas o privadas*; el sistema quedaría desmembrado si se considera que las manos que ejecutan las prestaciones son ajenas al sistema; pero más que ello es una especie de decapitación, si los jueces laborales y de la seguridad social no pudieran conocer del contenido de la relación capital, la prestación de salud; y una manera absurda de entender la integralidad de la competencia, si se le limita a conocer las relaciones instrumentales, como si hubiera interés en controvertirlas sin procurar al mismo tiempo obtener el otorgamiento de atención médica, por ejemplo, o reclamar la forma en que ésta se prestó.

“Por lo demás, la tesis del Consejo de Estado, no hallaría acomodo en situaciones gobernadas por la ley 1122 de 2007, que garantiza la integralidad del sistema al disponer que son indelegables las responsabilidades de aseguramiento de las Entidades Promotoras de Salud.

“No supone lo anterior que todo tema de responsabilidad médica cae bajo la órbita de los jueces laborales, y de la seguridad social; también son jueces naturales los de la jurisdicción civil cuando los servicios prestados tienen su origen en la médica particular, o los administrativos cuando entidades públicas prestan servicios de salud (sic) a quienes no están afiliados o vinculados al sistema.

“(...)”⁶

Y, por su parte, la Sala de Casación Civil de la misma Corte Suprema de Justicia, en similar sentido expresó:

⁶ Sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia de 22 de enero de 2008, exp. 30621. Se puede consultar, así mismo, la sentencia de 19 de febrero de 2007, exp. 29519.

“La cláusula general, empero, no supone que cualquier controversia con la administración inexorablemente sea de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, toda vez que el Código Contencioso Administrativo estatuye que ésta juzga, “las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas” (art. 82), pero concretamente vinculada con “los actos administrativos, los hechos, las omisiones, las operaciones administrativas y los contratos administrativos y privados con cláusula de caducidad de las entidades públicas y de las personas privadas que ejerzan funciones administrativas” (art. 83; se subraya).

“En este punto, resulta apropiado traer a colación autorizada doctrina nacional que pone de manifiesto que “...el ejercicio de la acción con miras a la obtención de una pretensión dada, está vinculado a una jurisdicción propia (la administrativa) ‘instituida por la Constitución para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñan funciones administrativas’ (art. 82 del c.c.a., 12 del Decreto 2304). Actividad que se traduce en actos, contratos administrativos o privados con cláusula de caducidad, hechos, omisiones y operaciones administrativas, tal como lo da a entender el artículo 83 del c.c.a. luego de la modificación que le introdujo el artículo 13 del mencionado decreto. Y como es obvio, al compendiarse así esa actividad administrativa, la que debe estar siempre sometida a la ley, es fácil concluir que la jurisdicción contencioso administrativa está instituida precisamente para juzgar las distintas controversias del ejercicio de esa actividad”.

“Partiendo de tal premisa, se excluye de la jurisdicción administrativa, entre otros actos, los “regulados por el derecho común”, en relación con los cuales se observa que “La administración en ejercicio de su gestión, además de los actos administrativos, expide otros actos y cumple con ciertas actividades **que están sometidas al derecho común y sus contenciones se ventilan ante la justicia ordinaria**. En estos casos la administración actúa despojada de sus prerrogativas de poder público o exorbitantes... En otros términos, la regla se refiere a los contenciosos de la nación y entes estatales en general, en los que se ventilen cuestiones de mero derecho privado. Vgr. las controversias derivadas de los contratos privados de la administración no dotados de cláusula de caducidad; las acciones de responsabilidad contra las empresas industriales o comerciales por las actividades propias de su papel comercial o industrial.... Cabe observar, entonces, para evitar equívocos, que el conocimiento de la jurisdicción administrativa no se define por el solo hecho de ser parte la administración, sino porque la controversia gire en torno a actos o hechos expedidos o cumplidos en desarrollo de su actividad administrativa...Tan cierto es esto que la jurisdicción ordinaria conoce de los contenciosos en que sea parte la administración, en los que se discutan asuntos de mero derecho privado (artículo 16 num. 1, 23 nums. 17 y 18 del c. de p.c.).”⁷ (Subrayado y negrillas del texto original).

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia de 5 de julio de 2007, exp. 1989-09134, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

Como se aprecia, la Sala se aparta de la argumentación defendida por la Honorable Corte Suprema de Justicia, en tanto, no se puede, se reitera, definir la jurisdicción competente para un asunto, a partir de un estudio de competencia, como quiera que la definición de la primera constituye requisito *sine qua non*, para determinar la segunda.

Así las cosas, en la actualidad, sin importar las consecuencias e implicaciones que ello suponga, hay que aceptar la existencia de la norma (art. 82 del C.C.A.) que define el objeto de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, de manera principal a partir del criterio orgánico, que reviste la condición de ser un precepto normativo integrador que permite interpretar las normas de competencia vigentes, y que, de paso, sirve como regla aplicable para definir aquellos supuestos fácticos que no estén contemplados expresamente en el ordenamiento jurídico.

De otro lado, en cuanto concierne a la competencia para resolver los asuntos de responsabilidad extracontractual por la prestación de servicios médico - hospitalarios por parte de entidades estatales, tales como las empresas sociales del Estado (ESE), empresas prestadoras de servicios de salud (EPS) o como instituciones prestadoras de los mismos (IPS), deben reiterarse los argumentos contenidos en las sentencias proferidas en los expedientes números 15382 y 16010 de 19 de octubre de 2007, de 4 de diciembre de 2007, exp. 17918, y de 24 de abril de 2008, exp. 17062, en donde se señalan, de manera enfática, las razones y argumentos por los cuales la Jurisdicción Contencioso Administrativa mantiene competencia para estudiar y definir este tipo de controversias.

No obstante los anteriores planteamientos, resulta pertinente destacar que la Sala sí comparte y hace propia, una de las afirmaciones hecha por la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema, en la providencia antes mencionada, la cual se transcribe a continuación:

“Ahora bien, que en el litigio se hayan involucrado o referido normas de derecho público, como tangencialmente se esbozó, no es lo preponderante o basilar para establecer la competencia, inclusive la naturaleza jurídica de la acción, sino que lo determinante, por tornarse estructural, como ya se sabe, es el “carácter que tenga la pretensión formulada en la demanda”, como desde antaño lo tiene

igualmente explicado el propio Consejo de Estado⁸, por manera que este punto resulta decisivo, lo que impone una valoración precisa - y no distorsionada- de la demanda por parte del juzgador, quien no puede soslayar la esencia o la almendra del aducido *petitum*.

“Esa ha sido la comprensión que esta Corporación, por lo demás, repetidamente ha tenido del radio de acción de ambas jurisdicciones, temática sobre la cual tiene establecido que “creada pues en Colombia la indicada jurisdicción especial, la que se ejerce por el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos (Art. 1º Ley 167 de 1941), ella ha existido en el país desde entonces, paralela a la civil, pero existiendo siempre entre ambas sustancial diferencia en cuanto a sus fines y objeto: ésta busca la satisfacción de los derechos privados de los particulares y de entidades públicas, mientras obren en el campo de los derechos civiles; aquella realiza los derechos públicos de los asociados frente a la administración”⁹ (Subrayado del original).

d) Así las cosas, en el caso concreto, es claro que la sola comparecencia de una persona de derecho público en el proceso que, aparte de ello ejerce función administrativa en la prestación del servicio de salud, es suficiente razón para reiterar la jurisdicción y competencia de esta Corporación en la definición de la controversia suscitada.

e) Ahora bien, en cuanto se refiere a la posibilidad de enjuiciar la responsabilidad del Hospital San Rafael, la Sala es enfática en destacar que a partir del fuero de atracción, la competencia para tales efectos corresponde a esta jurisdicción.

Sobre el particular, la jurisprudencia ha establecido, entre otros aspectos, lo siguiente:

“En virtud de dicha figura, al presentarse una demanda de forma concurrente contra una entidad estatal, cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa, y contra otra entidad, en un caso en el que la competencia corresponde jurisdicción ordinaria, el proceso debe adelantarse ante la primera, la cual tiene competencia, entonces, para fallar acerca de la responsabilidad de las dos demandadas.”¹⁰

⁸ Sección Cuarta, auto de 25 de abril de 1986.

⁹ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia de 5 de julio de 2007, exp. 1989-09134.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 1º de marzo de 2006, exp. 21700, M.P. Alier E. Hernández Enríquez.

“.....
.....

“Para la estructuración del fuero de atracción no es suficiente con que en la demanda se haga una simple imputación de responsabilidad a una entidad pública para que la contienda se resuelva mediante al procedimiento contencioso administrativo, porque en cada caso el juez debe examinar que la fuente del perjuicio esté relacionada en forma eficiente con las conductas que son de conocimiento del juez especializado, para entonces sí dar aplicación a dicha figura, ello sin perjuicio de que en la sentencia se absuelva o se condene solamente al ente oficial.”¹¹

f) Desde la anterior perspectiva, para la Sala la excepción formulada no tiene vocación de prosperar y, por tal motivo, será denegada, en la medida que al Hospital Universitario Clínica San Rafael sí le asiste interés para participar del proceso, en tanto fue la institución prestadora del servicio de salud y, concretamente, la entidad hospitalaria que atendió a la paciente por cuenta del Instituto de Seguros Sociales, esta última quien era la prestadora de los servicios de salud; en consecuencia, la falta de legitimación alegada por esta entidad demandada, es inexistente.

1.2. Instituto de Seguros Sociales

Propuso las de *i) inexistencia de culpa en la prestación del servicio médico; ii) existencia de causa extraña en la producción del resultado y, iii) la indeterminación de los perjuicios solicitados.*

Analizados los referidos instrumentos de defensa, se tiene que los mismos no constituyen impedimentos procesales que impidan el estudio de fondo de la controversia, sino que, por el contrario, representan argumentos tendientes a suprimir el fundamento sobre el cual se edifican las pretensiones, motivo por el cual la definición de las mismas se hará de manera conjunta con estas últimas.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 19 de julio de 2006, exp. 27268, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

2. Los hechos probados

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

2.1. A folio 375 del cuaderno No. 2, obra copia de la hoja de bioestadística del Hospital San Rafael, en el que se hace constar la evolución de la paciente Blanca Dolly Salazar, y de su hija Ana Caterine Ceballos Salazar, mientras estuvieron hospitalizadas en la mencionada clínica, en los siguientes términos:

- “Parto por cesárea.
- “Eclampsia y preeclampsia
- “Síndrome de hellp
- “Muerte cerebral
- “Anemia severa
- “Encefalopatía hipóxica
- “Academia metabólica
- “Insuficiencia renal aguda (oliguria)
- “Coagulación intravascular
- “Paro cardíaco.”

2.2. Resumen de evolución en la Unidad de Cuidados Intensivos (UCI), de la señora Blanca Dolly Salazar, en el que se señala lo siguiente:

“Paciente que ingresa procedente de recuperación posterior a cesárea del día 03-06-97 debido a eclampsia y S.F.A., con embarazo a término. En el pop presenta agitación, sangrado, hemólisis, aumento de las pruebas de función hepática, academia metabólica, S. de hipertensión intrabdominal y oliguria. Se pasó a cirugía el mismo día 03-06-97 drenándose 2.000 c.c. de líquido claro... Evoluciona con deterioro de su estado neurológico, pérdida de reflejos del tallo cerebral por lo que se hace gamagrafía de perfusión cerebral reportada con ausencia de flujo regional cortical. Supratentorial compatible con diagnóstico de muerte cerebral. Se realiza valoración neurológica con test de apnea que cumple criterio de muerte cerebral. 18 horas después se hace segunda valoración por el servicio de neurocirugía confirmando el diagnóstico. Se reduce soporte inotrópico presentándose paro cardíaco a las 22:00 horas.” (fl. 378 cdno. No. 2).

2.3. Resultado del estudio radiológico practicado a la menor Ana Caterine Ceballos Salazar, del cual es importante destacar los aspectos que se transcriben a continuación:

“Se practican cortes axiales de la base al vertex con ventana en tejido neural y tejido óseo.

“Las estructuras de la fosa posterior son de forma, tamaño y densidad usual con un IV ventrículo y cisternas prepónticas sin cambios.

“A nivel supratentorial hay pérdida de la definición corticosubcortical no definiéndose en forma adecuada la cortical de los hemisferios cerebrales en forma difusa, hay hemorragia talámica bilateral, con leve dilatación de los ventrículos en forma bilateral de predominio en los ventrículos laterales no hay hemorragia subaracnoidea y los surcos y cisuras de la convexidad se encuentran perdidos.

“Bóveda craneal sin cambios.

“Opinión: Hemorragia talámica bilateral.

Severos cambios hipóxicos que comprometen la unión corticosubcortical en forma difusa a nivel supratentorial.

“(...)” (fl. 403 cdno. No. 2).

2.4. Copia auténtica de la historia clínica de la paciente Blanca Dolly Salazar Ramírez, de la cual resulta oportuno destacar los siguientes aspectos:

“Historia Obstétrica

“Fecha de ingreso: 2-VI-97

“Examen Físico:

“(...) Observaciones: cefalea ocasional hoy asintomática

“Diagnósticos: 1. G1 P0

“2. Gravidéz 40 semanas

“3. Preeclampsia vs H.I.E.

“4. Incompatibilidad Rh.” (fl. 27 cdno. No. 3).

“.....
.....

“Hojas de evolución:

“VI-2-97 (14:25) Asintomática vasoespasmo

“(...) 2-VI-97 (19 h) FCF (+) N

“Asintomática vasoespasmo T.A. 171/105

“(...) 3-VI-97 (0+30): 5 g proteinuria

“Igual manejo.

“(...) 3/VI/97 (5:00) Nota operatoria.

“(...)” (fls. 84 a 90 cdno. No. 3).

“.....
.....

“Valoración UCI

“Junio 3/97

“(...) Preeclampsia severa
“Shock hipovolémico
“Síndrome de hellp
“Insuficiencia renal

“Se [ilegible] disponibilidad de ventiladores ya que en el momento no hay cama en UCI. (fl. 94 cdno. No. 3).

“
.....

“UCI/noche
“junio/3/97
“d/ Paciente con S. Hellp - C.I.D., descompensada, falla renal...
“Plan/ 1) Transfundir
“2. (Plasma)
“3. Albumina
“(...)” (fl. 92 cdno. No. 3).

“VI-4-97
“(...) Ha sido difícil conseguir los derivados sanguíneos para transfundir (fl. 97 cdno. No. 3).

“
.....

“Junio 5/97
“Nota revista
“(...) No hay sangre O (-) disponible.
“No hay plaquetas disponibles.
“(...)” (fl. 105 cdno. No. 3).

2.5. Según se desprende de las hojas de enfermería (allegadas en copia auténtica), tal y como se desprende de la papelería del propio Hospital demandado, la paciente estaba adscrita al servicio de Ginecobstetricia - Unidad de Alto Riesgo (fl. 128 cdno. No. 3).

2.6. De folio 188 a 189 del cuaderno número 3, obra la epicrisis de la menor Ana Catherine Ceballos Salazar, en la cual se consignó lo siguiente:

“Diagnóstico: 1) RNAT PAEG, 2) SFA, 3) depresión anestésica, 4) cesárea por eclampsia, 5) encefalopatía hipóxica isquémica...

“Resumen: Producto de primera gestación de embarazo 40 sem., con complicaciones de mamá de 31 años, O (-), que presentó eclampsia que tiene peso 2590... deprimido, sin FC, sin tono, sin esfuerzo respiratorio, pálido. Se inician medidas de reanimación que requiere entubación hasta obtenerse frecuencia cardiaca,

ventilación... presenta episodio convulsivo... se continúa manejo con fenobarbital..." (fl. 189 cdno No. 3).

2.7. La hoja de evolución médica de Ana Caterine Ceballos Salazar, del 11 de junio de 1997 -8 días después de su nacimiento - , reportaba los siguientes aspectos:

"Edad 8 días
"RNT/PAEG
"COT x eclampsia+SFA
"Encefalopatía hipox
"Sind. Convulsivo
"Insuf. Renal aguda prenatal
"Edema cerebral
"Hipoxia perinatal severa
"(...)" (fls. 225 cdno. No. 3).

2.8. Testimonio del doctor Roberto Guillermo Ramírez Bayer, médico ginecobstetra de la institución demandada, Hospital San Rafael, y quien con base en la historia clínica que se le puso de presente en la diligencia, puntualizó lo siguiente ante el tribunal de primera instancia:

"(...) Conozco el caso sabiendo que es una paciente que ingresa a la institución con un embarazo a término, con una historia clínica sugestiva de preeclampsia, a quien posteriormente en su estudio se le documenta dicha patología y dentro de los protocolos de manejo institucionales se inicia su proceso de desembrazo mediante la inducción del trabajo de parto, cuando la paciente entra en un trabajo de parto en fase activa, presenta una complicación consistente en convulsiones, con la valoración inmediata del especialista de turno, haciéndose diagnóstico por la anterior complicación de eclampsia y además se documenta un sufrimiento fetal agudo, motivo por el cual es llevada a cesárea inmediatamente... Posteriormente, la paciente dentro de su curso de la enfermedad, desarrolla múltiples complicaciones de su enfermedad de base (preeclampsia - eclampsia) principalmente el conocido como síndrome de HELLP requiriendo su traslado inmediato a la unidad de cuidados intensivos de adultos, sin embargo después de múltiples manejos a dichas complicaciones, la paciente fallece... CONTESTÓ: Al momento del ingreso el 2 de junio del 97 a las 11 y 15 horas, la paciente consulta, como se registra en su motivo de consulta, por tener "nueve meses", sin embargo, aunque la paciente en ese momento no manifestó otros síntomas, al examen clínico el ginecólogo de turno en admisiones de maternidad, encuentra a la paciente con tensión arterial 175/108, edemas grado II y reinterroga a la paciente quien le refiere cefalea ocasional siendo "hoy paciente asintomática". Con estos hallazgos clínicos siempre se debe sospechar la patología denominada preeclampsia y ante dicha sospecha proceder a hospitalizar a la paciente para realizar estudios clínicos, paraclínicos y de bienestar fetal, con el fin de confirmar o

descartar la patología sospechada. En respuesta concreta a la pregunta, la paciente a su ingreso presenta una alta sospecha clínica de preeclampsia más no de eclampsia, pues no ha convulsionado y se inicia el estudio correspondiente... CONTESTÓ: Con los diagnósticos anotados, la paciente se hospitaliza en el cuarto piso, en el área de cuidado crítico de sala de partos denominado "alto riesgo", en donde se hospitalizan las pacientes que por sus entidades críticas, requieran una vigilancia permanente de control horario de sus signos vitales y de su evolución... CONTESTÓ: En la paciente en mención, quien se hospitalizó básicamente por los hallazgos clínicos documentados por el ginecólogo de turno en admisiones por maternidad y no por los síntomas referidos por la paciente, se inicia un proceso de diagnóstico con el fin de documentar y confirmar con los paraclínicos y su evolución intrahospitalaria si la paciente presentaba la patología sospechada. En las anotaciones de evolución, signos vitales y las realizadas para registrar los resultados paraclínicos realizados, se describe literalmente "exámenes normales", en referencia al cuadro hemático y la química sanguínea, y a las cero treinta horas del tres de junio se anota un parcial de orina con cinco gramos de proteinuria. Con este hallazgo se confirma el diagnóstico de preeclampsia y, es de anotar, la conducta que se continúa es la de desembarazar a la paciente mediante un procedimiento de inducción del trabajo de parto pues, a esa hora, ya se había iniciado el goteo de oxitocina, preparando el proceso de inducción del parto, dicho proceso se continúa, con una respuesta favorable a la oxitocina hasta el momento en que se presenta la crisis convulsiva a las cuatro y veinte de la mañana... PREGUNTADO: Según su experiencia como médico ginecobstetra, con la presentación al ingreso, era suficiente ordenar el procedimiento del parto mediante cesárea. CONTESTÓ: Aclarando la pregunta respecto a si estaba indicada una cesárea al momento del ingreso respondo que en la enfermedad en mención (preeclampsia), una vez confirmado el diagnóstico, la indicación es absoluta de desembarazar a la paciente dentro de los parámetros de seguridad y celeridad mayormente disponibles en la institución y por el personal que se encuentre prestando la atención médica correspondiente, esto quiere decir que si se presentan las condiciones y la evolución clínica y preclínica de la paciente así lo amerita, se debe intentar desembarazar mediante parto vaginal una vez confirmado el diagnóstico. En este caso se trataba de una paciente con embarazo a término, quien presentó ruptura espontánea de membranas a las 23 y 45 horas del 2 de junio de 97, y a quien ya se le había iniciado un goteo de oxitocina anteriormente... Con lo anterior respondo que al momento justo del ingreso, y sin confirmar el diagnóstico sospechado, ni la presencia de sufrimiento fetal en ese momento, no había indicación de cesárea de ingreso...[El apoderado de la parte actora, antes de interrogar al testigo dejó la siguiente constancia:] quiero dejar constancia de que el testimonio del Doctor Roberto Ramírez deberá ser recibido bajo los preceptos del artículo 217 del C. de P.C. que indica que sos (sic) sospechosos para declarar entre otras las personas que se encuentran en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, debo resaltar que el Doctor Ramírez ha reconocido tener vínculo laboral y académico con el Hospital Universitario Clínica San Rafael aquí demandado solidariamente...

PREGUNTADO: Sírvase indicarnos si de acuerdo con la historia clínica que se la ha puesto de presente existe alguna constancia relacionada con la falta de disponibilidad de dichos elementos sanguíneos en el Hospital Clínica San Rafael. CONTESTÓ: En la historia clínica anota el 4 de junio de 1997 a la una de la mañana que “ha sido difícil conseguir los derivados sanguíneos para transfundir” y otra anotación el cinco de junio en la que se informa “no hay sangre O negativo disponible y no hay plaquetas disponibles.”(...) PREGUNTADO: usted afirmó que la paciente ingresó con una historia clínica sugestiva de preeclampsia con alta sospecha clínica de la misma, sírvase decirnos cuánto tiempo transcurrió desde el momento del ingreso a la clínica de doña Blanca Dolly Salazar, hasta el momento que según la historia clínica le fue realizada la cesárea. CONTESTÓ: La paciente ingresó a las 11:15 horas del 2 de junio del 97 y la cesárea se realizó el 3 de junio a las cinco de la mañana con indicación de sufrimiento fetal agudo. En total aproximadamente 18 horas...” (fls. 543 a 553 cdno. No. 3 - mayúsculas del original).

2.8. Declaración rendida por el doctor Edgar Manuel Sastre, y quien participó en la intervención quirúrgica practicada a la señora Blanca Dolly Salazar, y al ser indagado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, acerca de los supuestos debatidos en el proceso puntualizó:

“(...) PREGUNTADO: Conforme a los hallazgos quirúrgicos en la intervención en que usted participó, recuerda usted, cuáles fueron los pronósticos y procedimientos a seguir con la paciente respecto a su estado de salud. CONTESTÓ: El pronóstico era reservado debido a la gravedad de la complicación que presentaba la paciente en la evolución del síndrome HELLP como una forma complicada de preeclampsia severa que requería apoyo ventilatorio, hemodinámica, hematológico y drenal subsiguientemente...” (fls. 556 a 560 cdno. No. 3 - mayúsculas del texto original).

2.9. Testimonio del doctor José Fernando Gómez Posada, quien atendió a la niña Ana Catherine Ceballos Salazar, y al ser interrogado por el tribunal manifestó:

“(...) este bebé fue valorado en 2 o 3 oportunidades en donde encontramos un recién nacido producto de una madre que se obtuvo por cesárea por eclampsia severa, el niño nació asfixiado con apgar de cero al minuto y después de las maniobras de reanimación cardio pulmonar realizadas por el pediatra en sala de reanimación, se obtiene apgar de 4 a los 10 minutos, se pasa a la unidad con dificultad respiratoria, se coloca en oxígeno en incubadora, se inician líquidos endovenosos y nimodipina, el paciente tiende a estabilizarse...durante su estancia presentó episodios convulsivos

manejados con fenobarbital, fue valorado por neuro-pediatría se tomó tomografía cerebral que eran compatibles con cambios de encefalopatía hipóxica e isquémica, el paciente recibió también tratamiento antibiótico por sospecha de infección, se logró cultivar estafilococo, el paciente responde al tratamiento integral, se suspende todo el soporte y se da salida el 21 de junio de ese año con manejo de fenobarbital y controles a neuropediatría, pediatría y órdenes para tomar potenciales evocados, auditivos y visuales...” (fls. 562 a 565 cdno. No. 3).

2.10. Copia auténtica del contrato de prestación de servicios de salud, suscrito entre el Instituto de Seguros Sociales y el Hospital Universitario Clínica San Rafael, el 5 de marzo de 1997, por un término de duración de seis meses (fls. 118 a 124 cuaderno número 4.

2.11. Respuesta al oficio No. 1-10-80, en el cual el Gerente Administrativo de Ecoelsa Ltda., cooperativa de trabajo asociado, certifica lo siguiente:

“(...) Durante el año 1996 la señora Blanca Dolly Salazar Ramírez estuvo como asociada hasta el día 17 de agosto, fecha en la que presenta renuncia voluntaria.

“(...) Durante el año 1997, no tuvo ninguna vinculación, supimos de su fallecimiento el 7 de junio en Bogotá y participamos masivamente de sus exequias...” (fl. 85 cdno. No. 4).

2.12. Dictamen pericial realizado por los médicos pediatras doctores Carlos Arturo Aranza Mendoza y Carolina Bello de Aaron, del cual resulta pertinente extraer los siguientes aspectos:

“A nuestro juicio el caso de la RN A.C.C.S. puede ser comprendido como un síndrome de asfixia perinatal severa, que es la causa más común de enfermedad neurológica en el período neonatal y está asociada con alta morbimortalidad, incluyendo, incluyendo (sic) parálisis cerebral, retardo mental y convulsiones. Dicho síndrome está ocasionado por la disminución del aporte de oxígeno en la edad perinatal, con el desarrollo del fenómeno de redistribución del flujo sanguíneo: incremento del flujo hacia el cerebro, corazón, suprarrenales a expensas del flujo hacia el riñón, tracto gastrointestinal y piel.

“Se asocia con factores de riesgo en el:

“Preparto: diabetes gestacional, preeclampsia, postmadurez, prematuridad, retardo de crecimiento intrauterino, manipulación sin conocimiento (20 /).

“Intraparto: presentaciones distosicas, abrupcio placenta, prolapso de cordón, placenta previa, infección materna, shock materno, etc. (30 /).

“Postnatales: enfermedad pulmonar severa, cardiopatías, sepsis (15 /).

“El tratamiento incluye desde aspectos preventivos con control prenatal efectivo, atención adecuada del parto y la reanimación, hasta terapias específicas como: mantener glicemia y calcemia, evitar hipoxia e hiperoxia, suministro de líquidos, corrección de trastornos electrolitos, mantener ventilación - perfusión, mantener Ph en límites normales, sedación, analgesia, agentes inotrópicos, anticonvulsionantes, manejo de edema cerebral, etc.

“Estos pacientes requieren una valoración interdisciplinaria (pediatría neurológica, medicina física y rehabilitación, psicología y trabajo social.

“En resumen y como conclusión la causa del síndrome de asfixia perinatal severa, en este caso y las secuelas que de el se derivan, son la consecuencia de la condición materna en el parto (preeclampsia grave) y no encontramos objeción en el tratamiento recibido durante la hospitalización.” (fls. 1 y 2 cdno. No. 5).

En relación con el anterior dictamen, es importante señalar que la parte demandante lo objetó por error grave, censura que fue resuelta favorablemente por el tribunal de primera instancia, como quiera que se soportaba en el hecho de que los peritos no ostentaban la condición de especialistas en gineco - obstetricia, sino que, por el contrario, eran pediatras. Sobre el particular, la Sala se aparta de la determinación del *a quo*, en cuanto se refiere a la procedencia de la objeción por error grave, toda vez que la naturaleza de esta censura, es que exista disconformidad o inconsistencia entre el fundamento o las premisas de las que se parte en la prueba técnico científica, y las conclusiones a las que se arriba.

A contrario sensu, en el caso concreto, en estricto sentido, el experticio no adolece de yerro alguno, sólo que fue rendido por personas no idóneas para ello, al no ser especialistas en el área específica del conocimiento requerida para despejar las inquietudes fácticas formuladas por las partes; por tal motivo, no se encuentra configurado el error grave invocado, sin que ello constituya óbice para que la Sala se aparte de las premisas contenidas en el dictamen pericial, puesto que, en los términos antes mencionados, fue adelantado por médicos especialistas en otra rama de la medicina diferente a la obstetricia, circunstancia

que por sí misma conlleva a que no se pueda valorar la prueba científica mencionada.

2.13. Informe técnico rendido por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses - Regional Occidente (Medellín - Sección de Patología Forense), documento en el que el médico legista conceptuó en relación con la atención médica y hospitalaria de la señora Blanca Dolly Salazar, así como la incapacidad padecida por Ana Caterine Ceballos Salazar, lo siguiente:

“(...) 1. Con base en la información de la historia clínica podemos afirmar que la severidad del daño neurológico en ANA CATERINE CEBALLOS SALAZAR, puede llevarla al deceso y en el evento de que en la actualidad esté viva, tiene una pérdida funcional del sistema nervioso central, una deformidad física y perturbación funcional del órgano de la locomoción de carácter permanente y en la (sic) incapacidad médico legal definitiva fue de noventa (90) días. El origen de estas lesiones y secuelas fue la falta de oxígeno durante el parto.

“2. Una vez salió la niña del vientre materno fue sometida a los tratamientos médicos, de enfermería y de rehabilitación necesarios e indicados para sus daños orgánicos.

“3. En el evento de que la niña se encuentre con vida en la actualidad podemos afirmar que su estado físico, psíquico y social no puede mejorarse ni recuperarse con ninguna de las actuales terapias.” (fls. 69 y 70 cdno. No. 3).

2.14. Registro civil de matrimonio (fl. 3 cdno. No. 2) de los señores Leonel Ceballos Gallo y Blanca Dolly Salazar Ramírez.

Copia auténtica del registro de defunción de la señora Blanca Dolly Salazar Ramírez, en el cual se hace constar que la causa de la muerte fue un síndrome de disfunción orgánica múltiple (fl. 4 cdno. No. 2).

Copia auténtica del registro civil de nacimiento de Ana Caterine Ceballos Salazar (fl. 5 cdno. No. 2).

Partidas de bautismo de los señores María Ernestina Ramírez Arcila y José Delio Salazar Alzate, así como el registro civil del matrimonio católico celebrado entre éstos (fls. 7 y 8 cdno. No. 2).

Registros civiles de nacimiento de las señoras Francisca Romelia, Sonia Isabel, y Helda Lucía Salazar Ramírez (fls. 8 a 10 cdno. No. 2).

2.15. Hoja remisoría de la EPS del Instituto de Seguros Sociales, dirigida al Hospital San Rafael, con el fin de que se atendiera a la paciente en su calidad de primigestante (fl. 18 cdno. No. 2).

3. Caso concreto

Aborda la Sala el estudio de la controversia sometida a su consideración, para lo cual desarrollará el razonamiento que pasa a exponerse:

3.1. Se encuentra acreditado el daño antijurídico sufrido por los demandantes, toda vez que está demostrada la muerte de la señora Blanca Dolly Salazar Ramírez, así como las lesiones padecidas por la menor Ana Caterine Ceballos Salazar, actores todos que, en principio, tienen que padecer una doble lesión que no tienen el deber jurídico de soportar, como quiera que la muerte de su esposa, madre, hija y hermana, así como las lesiones propias, de su hija, nieta y sobrina, constituyen por sí mismas, un menoscabo a bienes jurídicamente tutelados.

3.2. En el asunto *sub judice*, los perjuicios padecidos por la familia Ceballos Salazar se acreditaron, en tanto que, la muerte de la señora Blanca Dolly Salazar Ramírez y las lesiones cerebrales y corporales soportadas por Ana Caterine constituyen el daño del cual se derivan los perjuicios cuyo resarcimiento se pretende en este proceso.

Tales perjuicios ostentan la naturaleza de ciertos, actuales y determinados, motivo adicional para predicar el cumplimiento de los preceptos normativos contenidos en el artículo 90 de la Constitución Política, necesarios para sustentar la existencia del daño antijurídico.

3.3. Establecida la existencia del daño antijurídico, se emprende el análisis respectivo, con el fin de establecer si, en el caso concreto, el mismo le puede ser atribuido o imputado a la administración pública y, por lo tanto, si es deber jurídico de aquélla resarcir los perjuicios que del mismo se derivan.

3.4. De conformidad con el acervo probatorio, constituye un hecho cierto el que a la señora Blanca Dolly Salazar Ramírez se le diagnosticó al momento de la hospitalización, *preeclampsia*¹² severa materna, motivo por el cual el embarazo y parto tenía que ser considerado como de alto riesgo.

En efecto, en estas circunstancias, la paciente en el campo ginecológico es considerada como de alto riesgo (ARO), y demanda una atención y manejo especializado, de allí que ante la inobservancia o desconocimiento de esta realidad, se incurre 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 la madre, como quien estaba por nacer, y luego de nacida, no recibieron propiamente el trato digno que merecían por la sola condición de ser personas, amén de que para el caso concreto también eran pacientes, o sea seres que se encontraban en situación de sujeción al servicio de otros, profesionales en el área hospitalaria y de la salud.

En esa perspectiva, frente al grupo de galenos que suministró atención médica a la madre, existía una clara obligación de adoptar todas y cada una de las medidas idóneas para minimizar los efectos nocivos o perjudiciales de dicha patología - preeclampsia - . Dado lo anterior, es necesario abordar el análisis y valoración de las pruebas que obran en el proceso, con fundamento en la literatura médica acreditada sobre la materia, actividad a la que puede recurrir el juez con miras a ilustrarse sobre conceptos técnico - científicos que, en principio, son decisivos para poder hacer una justa ponderación sobre los elementos de convicción que reposan en el plenario y, de esta forma, llegar a la certeza acerca de si la imputación fáctica y la falla del servicio alegadas en la demanda se encuentran probadas.

¹² “La preeclampsia es una complicación del embarazo. Supone altas presiones arteriales que se desarrollan en el período final del embarazo o en el parto. Puede contribuir a que se desprenda la placenta del útero de forma prematura y problemas de salud en el neonato.” Traducción libre. <http://www.merck.com/mmhe/sec22/ch261/ch261d.html#N491D0> (The Merck Manuals – Online Medical Library) Sobre el particular se puede consultar, igualmente, en español: <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/000898.htm> (Medlineplus - Enciclopedia Médica).

En las anteriores condiciones, para la Sala se hace necesario determinar con precisión si, en el caso concreto, se encuentra acreditada la imputación fáctica y, de otra parte, si el daño es imputable a las instituciones demandadas, lo cual se establecerá a partir del análisis del acervo probatorio, ponderado desde el prisma trazado por los parámetros técnico - científicos aplicables a la materia.

Acerca de la posibilidad con que cuenta el juez para emplear la literatura médica, la Sala en reciente oportunidad puntualizó:

“Y si bien, el juez no cuenta con conocimientos técnicos y especializados en materia médica, lo cierto es que el operador judicial, como medio habilitado por la Constitución y la ley para la solución de conflictos que se presentan en el seno de la sociedad desde sus diversas ópticas y perspectivas, tiene el deber y la posibilidad de utilizar la sana crítica y la ponderación como elementos determinantes para la valoración de las pruebas técnico - científicas que se allegan al proceso¹³.”¹⁴

3.5. Según lo señalado en los testimonios allegados al proceso y en el informe técnico que obra en el mismo, el único tratamiento que existe para contrarrestar los efectos de la preeclampsia es el parto como tal. Es por lo tanto, necesario, desembarazar a la parturienta para controlar las consecuencias que devienen de la citada enfermedad. Ahora bien, si el feto se encuentra en una edad muy temprana, se torna imperativo adoptar medidas alternativas como la quietud absoluta de la madre, y realizar controles periódicos y exhaustivos, catalogándose a la paciente como de alto riesgo obstétrico, y sujeta a un manejo controlado.

¹³ **“El juez no debe ser veinte o treinta veces científico, además de jurista, pero sí debe tener unos conocimientos basilares sobre el tema técnico o científico sobre el cual deba resolver.** Esos conocimientos le permitirán entender el dictamen pericial sobre el asunto y además aprovechar lo aportado por los peritos para ir en pos de otros hechos, con base en la inducción, como en los ejemplos que hemos dejado pasmados con anterioridad.

“El juez sobre un tema científico o técnico puede utilizar doctrina sobre la materia, precisamente para hacer inducciones, como se expuso anteriormente.

“Al no existir tarifa legal para valorar la prueba pericial, mayor es el compromiso del juez para adquirir, sobre la materia sobre la cual verse el dictamen técnico o científico, unos conocimientos basilares, que le permitirán entenderlo, explicarlo en términos comunes (en lo que sea necesario).

“(...)” (destaca la Sala). PARRA Quijano, Jairo “Aporte de la jurisprudencia del Consejo de Estado al tema de la prueba pericial”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Jornadas de Derecho Administrativo, Pág. 641.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 19 de octubre de 2007, exp. 30871. De igual manera, en relación con el empleo de la literatura médica como soporte para abordar el análisis de imputación, se pueden consultar las siguientes sentencias: 4 de junio de 2008, exp. 16646, M.P. Ramiro Saavedra Becerra, de 7 de mayo de 2008, exp. 19467, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, y sentencia de 20 de marzo de 2008, exp. 16085, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

En esa dirección, es importante destacar algunos aspectos extraídos de la bibliografía médica consultada:

“El parto inmediato es claramente indicado cuando hay signos de eclampsia inminente, disfunción multiorgánica, o estrés fetal, o cuando la preeclampsia severa se desarrolla después de las 34 semanas.

“El objetivo primario del tratamiento en mujeres con severa hipertensión o preeclampsia es prevenir las complicaciones cerebrales tales como la encefalopatía y la hemorragia.”¹⁵

En ese orden, el parto de una mujer que padece de preeclampsia, debe realizarse bajo unas condiciones especiales de eficacia y celeridad, con control y seguimiento estricto de las condiciones de bienestar fetal, y con la adopción de todas las medidas necesarias para garantizar las condiciones mínimas de subsistencia del neonato.¹⁶

Ahora bien, según el testimonio del propio ginecobstetra del Hospital demandado, doctor Roberto Guillermo Ramírez Bayer, el diagnóstico inicial de la paciente Salazar Ramírez arrojó los siguientes resultados: “(...) *al momento del ingreso el 2 de junio del 97 a las 11 y 15 horas, la paciente consulta, como se registra en su motivo de consulta, por tener “nueve meses”, sin embargo, aunque la paciente en ese momento no manifestó otros síntomas, al examen clínico el ginecólogo de turno en admisiones de maternidad, encuentra a la paciente con tensión arterial 175/108, edemas grado II y reinterroga a la paciente quien le refiere cefalea ocasional siendo “hoy paciente asintomática”. Con estos hallazgos clínicos siempre se debe sospechar la patología denominada preeclampsia y ante dicha sospecha proceder a hospitalizar a la paciente para realizar estudios*

¹⁵ <http://content.nejm.org/cgi/content/full/335/4/257> (Traducción Libre - The New England Journal of Medicine) “Treatment of hipertensión in pregnant woman”.

“El único tratamiento específico de la preeclampsia consiste en la terminación del embarazo... Con la preeclampsia grave que no mejora después de unos pocos días de hospitalización, como se ha descrito anteriormente, de ordinario es aconsejable la finalización del embarazo para el bienestar de la madre y del feto. Puede inducirse el parto mediante la administración de oxitocina. En los casos graves, a menudo este procedimiento es útil, incluso cuando el cérvix parece inadecuado. Si los intentos de inducir el parto no resultan satisfactorios, a menudo, la cesárea es el procedimiento de elección en los casos más graves.” PRITCHARD, Jack A. y MACDONALD, Paul C. “Williams Obstetricia”, Ed. Salvat, Pág. 555.

¹⁶Sobre el particular, se puede consultar la siguiente literatura médica: <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/000898.htm>, <http://www.merck.com/mmhe/sec22/ch261/ch261d.html>, <http://content.nejm.org/cgi/content/full/335/4/257> (The New England Journal of Medicine).

clínicos, paraclínicos y de bienestar fetal, con el fin de confirmar o descartar la patología sospechada.”

Como se aprecia, la señora Blanca Dolly Salazar, para el momento de su evaluación médico - hospitalaria, con nueve meses de embarazo, evidenciaba síntomas y signos médicos que, contrario a lo afirmado por las entidades demandadas, no podían ser reportados como asintomáticos, contrario a lo que se plasmó en la historia clínica de la paciente durante el lapso comprendido entre las 11:15 de la mañana del 2 de junio de 1997, y las 12:30 del 3 de junio de 1993, momento en que “supuestamente” se confirmó el diagnóstico de preeclampsia a partir del nivel de proteinuria de 5 gramos encontrados en el examen de laboratorio¹⁷.

En efecto, la literatura médica consultada es uniforme en señalar como cuadro clínico de la preeclampsia, los siguientes aspectos que deben ser valorados por el cuerpo médico y paramédico, con el fin de determinar el diagnóstico y el procedimiento a seguir:

“Curso clínico: Los tres signos importantes de la preeclampsia (hipertensión, ganancia de peso y proteinuria), son cambios que normalmente ignora la mujer embarazada. En el momento en que aparecen signos que ella misma puede detectar como cefalea, alteraciones de la visión, hinchazón de los párpados y de los dedos, el trastorno está normalmente avanzado. Por consiguiente la importancia de la asistencia prenatal en la detección y tratamiento precoces de esta complicación se hace evidente.

“Presión sanguínea:

“La alteración fisiológica de mayor importancia en la preeclampsia es el vasoespasmo, especialmente de las arteriolas. Por tanto, no es sorprendente que el signo que advierta la preeclampsia con mayor seguridad sea una elevación de la presión sanguínea. La presión diastólica es un síntoma pronóstico más digno de confianza que la presión sistólica y, cuando persiste a nivel de 90 mm o más, es anormal.”¹⁸

Como se aprecia, es claro que cuando la paciente es valorada en

¹⁷ “La evidencia, más que la abundancia de los datos probatorios, se produce por la intimidad del nexo que los reúne y por la facilidad de aprehensión de la vinculación, en forma que permita valorar el hecho en modo rápido y seguro, y casi dominarlo... Tanto más evidente es la prueba, cuanto más grande es el número de los nexos, de las relaciones que tienen lugar entre varios datos, no sólo sino también cuanto más estrecho, positivo, definido, concreto, es el ligamen que los une a todos juntamente.” BRICHETTI, Giovanni “La evidencia en el derecho procesal penal”, Ed. Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, Pág. 41.

¹⁸ PRITCHARD, Jack A. y MACDONALD, Paul C. “Williams Obstetricia”, Ed. Salvat, Pág. 551.

urgencias, y contrario a lo señalado por el médico declarante en el proceso, sí existían suficientes síntomas que eran altamente indicativos de que la paciente padecía de preeclampsia, como quiera que su tensión arterial diastólica superaba ampliamente el nivel de 90 mm (milímetros de mercurio), además reportaba cefalea, y edemas grado II. Lo anterior, se desprende de manera palmaria de la hoja de hospitalización, que obra a folio 27 del cuaderno número dos.

De otra parte, analizada la historia clínica (hojas de evolución) de la paciente, se desprende del análisis de la misma, que Blanca Dolly Salazar, durante el lapso comprendido entre las 11:15 a.m. del 2 de junio de 1997, y las 00:30 horas del 3 de junio de 1997, reportó variaciones bruscas de tensión arterial, tanto así que a las 19 horas del 2 de junio, se evidenció de nuevo una tensión de 171/105 y, por lo tanto, el reporte de hipertensión que quedó consignado en la historia (fl. 84 cdno. No. 2), ha debido servir para confirmar la evaluación inicial acerca de las posibilidades de que la paciente estuviera preecláptica.

3.6. En ese contexto, para la Sala, deviene imputable el daño antijurídico a las instituciones de Salud, en tanto incurrieron en una clara falla del servicio en la atención médico obstetra que requería la señora Blanca Dolly Salazar Ramírez, lo cual derivó en su muerte y en las lesiones irreversibles para su hija Ana Caterine.

Lo señalado, en tanto en materia de error de diagnóstico lo relevante no es el yerro en sí mismo - pues la medicina no puede ser considerada como una ciencia exacta - , sino aquel descuido inexcusable que conlleva la falta de aplicación del tratamiento idóneo cuando se tienen claros, concurrentes y múltiples indicios patológicos que debieron ser despejados de manera oportuna, con el fin de que la enfermedad padecida no se hubiera agravado, ya que, el médico, en atención a la posición en la que se encuentra frente al paciente, debe velar porque los riesgos que le resultan previsibles y, de manera específica, por él controlables, se mantengan en la órbita de su manejo y dominio¹⁹.

¹⁹ En efecto, las causales de posición de garante, para efectos de imputar responsabilidad o daños causados, se encuentran contenidas en el artículo 25 del Código Penal (que regula la acción y omisión), y su análisis y aplicación puede ser trasladado a la responsabilidad extracontractual del Estado, con precisas salvedades. Tales circunstancias son las siguientes:

"Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones:

- 1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.*
- 2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.*
- 3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.*
- 4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente."*

En ese concreto sentido, la jurisprudencia de la Sala ha señalado:

“Estima la Sala que la conducta médica a asumir por las entidades prestadoras de servicios de salud y los médicos tratantes, debe tener identidad con la patología a tratar, deber ser integral en relación con el tratamiento y la dolencia misma, y sobre todo debe ser oportuna, como quiera que frente al enfermo, aquellos tienen una posición de garante...”^{20,21}

Lo anterior se ve reforzado, en mayor medida, si se tiene en cuenta que la propia Sala ha reconocido una especial significación en los casos de responsabilidad médica - obstétrica, al señalar que los mismos si bien no deben ser decididos bajo el esquema de la responsabilidad objetiva, sí debe reconocerse un indicio grave de falla del servicio, siempre que el embarazo haya transcurrido en términos de normalidad y que el daño se haya producido una vez intervino la actuación médica dirigida a atender el alumbramiento.

Sobre el particular, vale la pena recalcar lo precisado en reciente oportunidad por la Sección, evento en el que se puntualizó:

“No obstante, en providencias más recientes se recogió dicho criterio para considerar que los eventos de responsabilidad patrimonial del Estado por la prestación del servicio médico de obstetricia no pueden ser decididos en el caso colombiano bajo un régimen objetivo de responsabilidad; que en tales eventos, la parte demandante no queda relevada de probar la falla del servicio, **sólo que el hecho de que la evolución del embarazo hubiera sido normal, pero que el proceso del alumbramiento no hubiera sido satisfactorio constituye un indicio de dicha falla...**²² (negritas adicionales)”²³.

Como se desprende de la posición más reciente de la Sala, en asuntos

²⁰ Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha determinado: “En una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de sí una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante. Si alguien tiene deberes de seguridad en el tráfico, lo trascendente para la imputación es si esa persona desplegó deberes de diligencia para evitar que el peligro creado no excediera los límites de lo prohibido. Si se es garante, no interesa si el sujeto originó un curso causal (acción) o no impidió el desarrollo del mismo (omisión), sino, si ha cumplido con los deberes de seguridad que le impone el ejercicio de una actividad peligrosa.

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 30 de julio de 2008, exp. 16483, M.P. Enrique Gil Botero.

²² Sentencia de 7 de diciembre de 2004, exp. 14.767

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 26 de marzo de 2008, exp. 16085, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

médicos de esta naturaleza - y eventualmente en otros - , la falla podría sustentarse en indicios, es decir, en el solo hecho de que la evolución y proceso de embarazo se hubiera desarrollado en términos normales hasta el momento del parto. Lo anterior, como quiera que el solo indicio de falla del servicio, aunado a la prueba de la imputación fáctica que vincula la conducta con el daño, daría lugar a encontrar acreditada la responsabilidad.

Por consiguiente, a la parte actora - en estos supuestos - , le corresponde acreditar el daño antijurídico, la imputación fáctica -que puede ser demostrada mediante indicios igualmente-, así como el indicio de falla, esto es, que el embarazo se desarrolló en términos normales hasta el momento del parto.

Sobre la posibilidad con que cuenta el juez de lo contencioso administrativo, de derivar y estructurar indiciariamente la prueba de la imputación fáctica, en asuntos de responsabilidad médica, la jurisprudencia de esta Sala ha puntualizado en diversas oportunidades lo siguiente:

“En el caso concreto la falla del Instituto demandado está probada. Dicha falla consistió en omitir la práctica de exámenes de laboratorio previos, los cuales hubieran brindado a los médicos una mejor información acerca del tipo de lesión que presentaba la menor y por consiguiente, la realización de procedimientos diferentes a la biopsia, cuya práctica no estaba indicada en el caso concreto y que generó el daño cuya indemnización se reclama. En conclusión, no existe certeza en el sentido de que la paraplejía sufrida por Marianella Sierra Jiménez haya tenido por causa la práctica de la biopsia. No obstante , debe tenerse en cuenta que aunque la menor presentaba problemas sensitivos en sus extremidades inferiores antes de ingresar al Instituto Nacional de Cancerología, se movilizaba por sí misma y que después de dicha intervención no volvió a caminar. **Esto significa que existe una alta probabilidad de que la causa de la invalidez de la menor sea la falla de la entidad demandada. Probabilidad que además fue reconocida por los médicos de la entidad demandada. En consideración al grado de dificultad que representa para el actor la prueba de la relación de causalidad entre la acción del agente y el daño en los casos en que esté comprometida la responsabilidad profesional, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación causal, se afirma que cuando sea imposible esperar certeza o exactitud en esta materia "el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia", es decir, que la relación de causalidad queda probada "cuando los elementos de juicio suministrados conducen a 'un grado suficiente de probabilidad'".** Ahora bien, es cierto que no existe certeza en cuanto a que de no haberse producido la práctica de la biopsia la

menor no hubiera quedado inválida, pero sí es cierto que la intervención le restó la oportunidad de aliviar o al menos mejorar su situación física sin padecer el estado de invalidez que sufre y por esta razón la entidad demandada deberá indemnizar al actor los daños sufridos con ocasión de la paraplejía de su hija, derivada de la falla médica.”²⁴ (destaca la Sala).

“

.....

“No basta con acreditar una omisión en abstracto, en tratándose de la actividad médica, **sino que por el contrario, se reclama una prueba que permita inferir, con visos de realidad, que la conducta asumida por el médico o ente hospitalario, deviene causa regular y adecuada de la consecuencia o evento dañino que se materializa, en el caso concreto, en la muerte del menor.** La relación de causalidad en dicha actividad, se caracteriza por un particularismo específico, en relación con el régimen general, circunstancia esta que se sostiene, por las especiales características que tipifican la actividad médica y que exigen una consideración especial de parte del juzgador, en el momento de la valoración de la conducta que se considera causalmente ligada a los resultados nocivos. **Dicho en otras palabras: En tratándose del acreditamiento del elemento causal, hácese indispensable la demostración de que la conducta del médico tratante o, en su caso, del centro hospitalario a quien se imputan las consecuencias dañinas, resultan ser la causa adecuada del desenlace producido en el paciente, pues sabido se tiene que el mero contacto del médico con el paciente, no resulta ser un elemento probatorio suficientemente descriptivo que permita tener por acreditada la causalidad exigida por el régimen de responsabilidad.** En el caso concreto, no solamente se echa de menos la ausencia de prueba que le permita al juzgador atribuir el resultado muerte a una eventual conducta omisiva, pues se reitera, tan solo se sabe que el menor fue llevado al centro hospitalario, si no que igualmente, de la prueba recaudada tampoco puede predicarse que se haya presentado lo que el demandado califica como omisión.”²⁵ (negritas adicionales).

“

“(…) la Sala advierte que se ha venido aplicando la denominada teoría de la carga dinámica probatoria, en el entendido de que el juez puede deducir presunciones de hombre de la conducta procesal observada por cualquiera de las partes (pasiva o timorata en el caso de los médicos), cuando estos están en mejores condiciones de representar el hecho en el proceso, con el propósito de acreditar diligencia y cuidado a la no culpa. Con la aplicación de dicha teoría sólo se pueden deducir, judicialmente, presunciones de culpa.

²⁴ Sentencia de 3 de mayo de 1999, exp. 11.169 M.P. Ricardo Hoyos Duque.

²⁵ Sentencia de 11 de mayo de 1999, exp. 11.949 M.P. Daniel Suárez Hernández.

Asunto distinto es el atinente a la causalidad en materia médica, la cual no puede tenerse por demostrada, únicamente, en aplicación de la teoría de la carga dinámica. Así las cosas y aceptada la dificultad que suele presentarse en la demostración directa de la causalidad en materia médica, puede probarse indirectamente, - indiciariamente - partiendo de la misma historia clínica. El ámbito donde ha de situarse la atención para el análisis de los casos de responsabilidad, presupuesto la demostración del daño, es el del elemento causal, el cual no puede tenerse por demostrado con la sola prueba de una culpa en abstracto y, mucho menos, si se ha llegado a tal conclusión por la vía de la aplicación de la carga dinámica probatoria. Se reitera que la culpa no comporta de ordinario la prueba de la causa. La Sala no puede aceptar que los roles determinados y específicos que cumple cada miembro del grupo médico impidan a la postre establecer la responsabilidad del I.S.S., por la circunstancia de la división del trabajo. Las omisiones en que incurrió el grupo médico o la organización institucional en la prestación del servicio de salud, excluyen la idea de diligencia y cuidado, de regularidad y eficaz prestación del servicio público y, por lo mismo, se concluye que ante casos como éste (de inactividad o pasividad del grupo médico en la prestación del servicio o de falta de organización y cumplimiento de las órdenes médicas) la causa del deceso ha de atribuirse al ente demandado, no porque exista prueba directa que así lo evidencie, sino porque existe prueba indirecta partiendo de la misma historia clínica. El juzgador puede hacer inferencias lógicas relativas a hechos debidamente probados concernientes a los atrás enunciados, de los cuales puede concluir el nexo de causalidad, cuando en la historia clínica no se anotó una causa eficiente, no proveniente del demandado, en la producción del hecho dañino - causa ajena - . Más cuando en la historia clínica, después del diagnóstico y de la realización, como en este caso de un TAC no se hizo constar que el paciente ingresó en estado de gravedad. Por consiguiente si el paciente se deteriora en manos de quien lo atiende y no se demuestra una causa extraña a éste, se infiere de forma indirecta el nexo de causalidad. Concluye por tanto la Sala, en otros términos, que si el I.S.S. hubiese agotado con diligencia y exhaustividad el contenido prestacional y el resultado curativo no se hubiere logrado, esa misma conducta evidenciaría la ausencia de falla. Por lo tanto ante la demostración, de una parte, de las indicadas omisiones y, de otra, del nexo causal ha de imputársele al I.S.S. el deceso del paciente.”²⁶ (resaltado fuera del texto original).

En ese contexto, la falla del servicio antes señalada en el caso *sub lite*, se configura a partir de la falta de aplicación de los protocolos médicos, para la atención del cuadro clínico que presentaba la señora Blanca Dolly Salazar Ramírez, así como el riesgo que implicaba respecto del feto.

Así mismo, anotaciones como las que se efectuaron en la historia clínica

²⁶ Sentencia de 7 de octubre de 1999, exp. 12.655 M.P. María Elena Giraldo Gómez

acerca de la falta de disponibilidad de sangre O (-), y de plaquetas para poder transfundir a la paciente, así como la falta de camas en la Unidad de Cuidados Intensivos (UCI), cuando la paciente presentaba una hemorragia hepática, constituyen, de manera autónoma, circunstancias adicionales sobre las cuales se estructura la falla del servicio médico - hospitalario.

3.7. Por lo tanto, está acreditado en el proceso que la atención médica, contrario a lo invocado por la entidad apelante, fue abiertamente contraria a los protocolos médicos (*lex artis*) aplicables a un cuadro clínico como el que se demandaba en relación con la señora Blanca Dolly Salazar, dado su estado de gestación final, lo cual no sólo comprometió su vida, sino además, el fruto de su embarazo, con las consecuencias ya conocidas.

Acerca del contenido y alcance de la obligación de valoración médica, esta Sala en reciente oportunidad precisó:

“Esa prolongación en el tiempo en la valoración médica, es lo que constituye el núcleo esencial de la falta; huelga decir que la obligación de medios que constituye la de naturaleza médica, no sólo se concreta en la oportuna atención del paciente, el adecuado diagnóstico y la correcta formulación de los medicamentos necesarios para combatir el padecimiento, sino que, en casos de hospitalización, el acto médico implica, adicionalmente, el deber jurídico del profesional de la medicina de valorar continuamente a su paciente para determinar su evolución y progreso; circunstancia que halla su sustento en la relación de respeto, confianza y solidaridad que soporta el vínculo médico-paciente²⁷.”²⁸

En esa perspectiva, para la Sala es definitivo que el daño antijurídico tuvo su origen en una falla médica, que se ve reflejada en la actitud pasiva y de tranquilidad asumida por el cuerpo médico que, conociendo varios síntomas y

²⁷ (...) la relación jurídica que media entre el médico y el paciente de la que dimana un haz de derechos y obligaciones ineludibles y exigibles, como el agotamiento de la diligencia en la asistencia sanitaria; el empleo de la “técnica correcta” (STS 16 de abril de 1970), el deber de informar sobre pronóstico, diagnóstico y tratamiento; la necesidad de obtener el consentimiento del enfermo como medio para garantizar su autonomía; elaborar la historia clínica del paciente; secreto profesional; evitar altas precipitadas; etc. El incumplimiento de estas y otras obligaciones engendra a menudo demandas judiciales contra el médico. PÉREZ, Mariano Alonso “La relación médico-enfermo, presupuesto de responsabilidad civil (en torno a la “lex artis”), en “Perfiles de la Responsabilidad Civil en el Nuevo Milenio”, Ed. Dickinson, 2000, Pág. 31.

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 30 de noviembre de 2006, exp. 25063, M.P. Alier E. Hernández Enríquez.

signos de la paciente que eran lo suficientemente indicativos de la existencia de preeclampsia, se confiaron de manera negligente, al someter a aquella a diferentes exámenes de laboratorio que sólo horas más tarde arrojaron un resultado concreto, con la mala fortuna de que las maniobras para producir el parto devinieron tardías, en tanto el cuadro clínico que presentaba la parturienta concluyó en *eclampsia*²⁹ y en el *síndrome de hellp*³⁰, lo que finalmente ocasionó la muerte de la paciente y los daños cerebrales y físicos de la niña Ana Catherine Ceballos.

Un deber claro del cuerpo médico y paramédico consiste en actualizar permanente su conocimiento, de forma tal que se logre despejar, en la medida de las posibilidades y según los recursos técnicos disponibles, cualquier tipo de duda que lo asalte en el diagnóstico, con miras a que la prescripción o medicación sea suministrada de manera oportuna y lo más expedita posible, a efectos de salvaguardar la integridad del paciente. Lo anterior ha sido explicado por la doctrina y jurisprudencia extranjera como el deber de sospechar que, en términos del profesor Lorenzetti se explica así:

“Los jueces no se refieren solamente a la duda, puesto que siempre hay incertidumbre en cualquier actividad médica acerca de un sinnúmero de cuestiones, sino que aquélla es puesta siempre en relación con el riesgo. La posibilidad de un acontecimiento dañoso, que en este caso es la enfermedad, debe ser previsible para el médico. Se debe aplicar aquí la regla de la causalidad adecuada, a fin de hacerlo responsable frente a un riesgo dañoso previsible.

“(…) La duda debe ser razonable y estar relacionada con el riesgo dañoso: de tal modo, la regla debe ser: en caso de duda frente a una consecuencia dañosa previsible (enfermedad), el médico debe actuar.”³¹

²⁹ “Es la presencia de convulsiones en una mujer embarazada... Esta afección se presenta después de una preeclampsia, una complicación grave del embarazo caracterizada por presión sanguínea alta, aumento de peso y proteínas en la orina.”
www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/000899.htm

³⁰ “Es un grupo de síntomas [conocido por sus siglas en idioma inglés] que se presentan en las mujeres embarazadas que padecen: (**H** de hemólisis), (**EL** de elevados niveles de enzimas) y (**LP** de “low platelet count”, es decir, bajo conteo de plaquetas). El síndrome HELLP se presenta en aproximadamente el 10% de las mujeres embarazadas que tienen preeclampsia o eclampsia. La preeclampsia puede ser leve o severa... Este síndrome está asociado con casos más graves... La madre puede desarrollar una hemorragia hepática y, si el parto se retrasa, el hígado puede sufrir lesiones permanentes, lo cual puede ser mortal.”
www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/000890.htm

³¹ LORENZETTI, Ricardo Luis “Responsabilidad Civil de los Médicos”, Ed. Rubinzal – Culzoni, Tomo II, Buenos Aires, Pág. 37 y 38.

Adelantadas las anteriores valoraciones probatorias, para la Sala, se impone confirmar parcialmente la decisión apelada, en relación a la declaratoria de responsabilidad de las entidades demandadas y, de otra parte, modificar la misma en cuanto a la liquidación de perjuicios, de conformidad con el petitum de la demanda, en consonancia con lo deprecado en el memorial de apelación, siempre que los daños invocados se encuentren demostrados; lo anterior, como quiera que la falla del servicio, en el caso concreto, se encuentra acreditada, y el daño le es imputable a los demandados, motivo por el cual la consecuencia lógica es la indemnización de perjuicios concedida.

4. Reliquidación de perjuicios

4.1. Perjuicios materiales

Uno de los aspectos sobre los cuales recae la apelación de la parte actora, se concentra en el hecho de haberse negado los perjuicios materiales en favor del señor Leonel Ceballos Gallo y de Ana Caterine Ceballos Salazar, cuando lo cierto es que la señora Blanca Dolly Salazar Ramírez se dedicaba, de manera permanente, a la elaboración de trabajos en computador.

Sobre el particular, habrá lugar a decretar una condena por el lucro cesante consolidado y futuro a favor del cónyuge supérstite, toda vez que la pretensión indemnizatoria sólo se formuló a favor de éste. Y, adicionalmente, si bien no se acreditó en el proceso que la señora Blanca Dolly Salazar, para el momento del parto, se encontrara vinculada laboralmente, lo cierto es que de conformidad con las certificaciones laborales allegadas, se puede inferir que la occisa era una persona activa y con capacidad productiva, en consecuencia, habrá lugar a acceder a la pretensión de lucro cesante deprecada por Leonel Ceballos, para lo cual se liquidará el perjuicio con base en los criterios y fórmulas aplicadas en la actualidad por la jurisprudencia de la Sección.

4.1.1. Lucro cesante para Leonel Ceballos

Como quiera que no existen pruebas adicionales en relación con el monto de los ingresos de la occisa Blanca Dolly Salazar, la Sala tendrá como base de liquidación el salario mínimo legal vigente para la fecha de los hechos y lo actualizará a valor presente, con el fin de establecer si se tiene en cuenta esa base de liquidación o, si por el contrario, se emplea el salario mínimo vigente legal en la actualidad, esto es, \$461.500,00.

El salario mínimo legal vigente, para el año 1997, correspondía a la suma de \$172.005,00 motivo por el cual se actualizará dicho valor de conformidad con la fórmula de indexación avalada por la jurisprudencia, con el fin de establecer la suma actualizada con la cual se deberá liquidar el período consolidado de lucro cesante.

$$\begin{array}{r} \text{Ra} = \text{R} (\$ 172.005,00) \quad \text{índice final - septiembre/2008 (189,96)} \\ \text{-----} = \$403.333,00 \\ \text{índice inicial - junio/97 (81,01)} \end{array}$$

Como quiera que, la renta actualizada arroja un resultado de \$403.333,00, y dicha suma no supera el valor del salario mínimo mensual legal vigente actual (\$461.500,00), se tomará como salario de liquidación este último, en tanto, se presume corresponde a los ingresos que la señora Blanca Dolly Salazar percibía producto de su trabajo. A esa suma se adicionará el 25 / por prestaciones sociales y, de otra parte, se deducirá de dicho valor el 25 / , correspondiente al valor aproximado que la propia Blanca Dolly Salazar destinaba para su propio sostenimiento, quedando la base de la liquidación en la suma de \$432.657,00.

Se tendrá en cuenta, de manera adicional que, en el momento de su muerte, Blanca Dolly Salazar tenía 31 años - así se desprende de los registros civiles de nacimiento, matrimonio y defunción - y, por lo tanto, una vida probable de 46,80 años (561,6 meses), según la tabla colombiana de mortalidad adoptada por la Superintendencia Bancaria, por resolución 497 de 20 de mayo de 1997. En consecuencia, para efectos de la liquidación - de conformidad con los parámetros jurisprudenciales - , se tomará la vida probable menor, esto es, la de la propia Blanca Dolly, como quiera que la de Leonel Ceballos (cónyuge supérstite) en comparación con aquélla resulta mayor, en tanto este último era 3 años menor que ella.

a) Lucro cesante consolidado

Para la liquidación del período consolidado, se aplicará la fórmula matemático - actuarial utilizada por la jurisprudencia para la liquidación de dicho perjuicio. La misma se expresa en los siguientes términos, donde “i” es una constante y “n” corresponde al número de meses transcurridos desde la fecha de los hechos hasta la fecha de la presente providencia:

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

$$S = \$432.656,00 \frac{(1+0.004867)^{135} - 1}{0.004867}$$

$$\mathbf{S= \$82.318.554,00}$$

b) Lucro cesante futuro

Para calcular el lucro cesante futuro, habrá lugar a realizar similares consideraciones a las efectuadas para el lucro cesante consolidado, sólo que con fundamento en la fórmula actuarial aplicable para los correspondientes efectos.

Para establecer la suma que corresponde a título de lucro cesante futuro, habrá lugar a aplicar la fórmula que se expone a continuación, en donde “i” es una constante, “n” es el número de meses existentes entre el período comprendido a partir de la fecha de esta providencia hasta la fecha de vida probable de la señora Blanca Dolly Salazar.

De conformidad con las tablas de vida probable, aplicables al asunto en concreto, se tomará como número de meses (n), que faltaban para que la señora Blanca Dolly Salazar Ramírez llegara a su margen de vida probable, descontando el número de meses ya liquidado con el lucro cesante consolidado, esto es, 135.

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

$$i (1+i)^n$$

$$S = \$432.656,00 \frac{(1+0.004867)^{426,6} - 1}{0.004867 (1+0.004867)^{426,6}}$$

$$S = \$77.726.762,00$$

TOTAL LUCRO CESANTE: \$160.004.316,00

En relación con las demás pretensiones materiales elevadas por el señor Leonel Ceballos Gallo, así como los supuestos gastos en que incurrieron los demás familiares en gastos de asistencia jurídica, serán denegados, toda vez que en el proceso no fuere acreditada su existencia, motivo por el cual, esas pretensiones serán despachadas negativamente.

4.1.2. Perjuicios materiales de Ana Caterine

Si bien, como se señaló con anterioridad, en la demanda no se pidió que se le reconociera a título de lucro cesante suma alguna a favor de la menor Ana Caterine, ni siquiera el derivado del producto del trabajo de su madre - en la medida en que este concepto sólo fue solicitado por su padre Leonel Ceballos - , la Sala aborda el estudio de la demanda, pues, en el libelo petitorio se reclamaron perjuicios a favor de la menor lesionada, en los siguientes términos:

“A Ana Caterine Ceballos Salazar, los gastos derivados de su incapacidad y secuelas, considerando especialmente los gastos en que ha de incurrir para su subsistencia médica y vital, que, con el daño cerebral que padece jamás podrá obtener por sí sola.”

Analizada la pretensión así planteada, encuentra probada la Sala la existencia de un dos perjuicios materiales que cuya reparación debe hacerse bajo los postulados del artículo 16 de la ley 446 de 1996, esto es, bajo el faro del principio de la reparación integral.

El primer detrimento padecido por Ana Caterine Ceballos Salazar, consiste en la imposibilidad psicofísica en la que se encuentra a causa de la falla del

servicio de los entes demandados, motivo por el cual, a lo largo de su existencia, no podrá velar por su propia subsistencia, en la medida en que no logrará desarrollar actividad productiva alguna. Así las cosas, para la Sala, y sin que se vulnere el principio de congruencia - en tanto fue solicitado en la demanda - , se decretará una pensión de invalidez para Ana Caterine Ceballos Salazar, la cual se pagará a partir de la fecha en que esta última adquiera la mayoría de edad, puesto que se presume que a partir de sus 18 años, ingresaría en la etapa productiva de su vida, indemnización que permite reparar el daño emergente futuro sufrido³².

En consecuencia, una vez Ana Caterine Ceballos Salazar cumpla los 18 años, podrá reclamar del Instituto de Seguros Sociales - y entre los entes demandados deberá resolverse la forma de quién efectuará la forma de porcentajes y reembolsos - , de una pensión de invalidez correspondiente a un (1) salario mínimo mensual legal vigente, que se actualizará año por año de conformidad con la actualización que haga el Gobierno Nacional del mismo. Para los mencionados efectos, quien ejerza la guarda o la representación legal de Ana Caterine - que en estos momentos es su padre - , deberá presentar al Instituto de Seguros Sociales, o quien haga sus veces, el certificado de supervivencia de manera mensual, para que esta entidad pague la mencionada suma de dinero, dentro de los 5 días siguientes a la fecha en que se presente la cuenta de cobro correspondiente.

En conclusión, las entidades demandadas deberán garantizar el pago de una indemnización que se traduzca en una “pensión de invalidez”, la cual deberá ser cancelada desde el momento en que cumpla 18 años (7 de junio del año 2015), hasta que suceda el desafortunado momento de su fallecimiento, pensión que corresponderá a un (1) SMMLV, y que refleja una obligación de dar a la cual quedan vinculadas las entidades demandadas de forma solidaria. Y, si bien, no existe en el expediente un medio probatorio del que se desprenda la valoración del citado daño, ni su cuantificación monetaria precisa, lo cierto es que el juez cuenta con el principio de equidad para la ponderación y valoración del daño, tal y como lo precisó la Corte Suprema de Justicia, en los siguientes términos:

En efecto, ante la configuración de excepcionales circunstancias fácticas que imposibiliten o hagan en extremo difícil deducir un

³² Al respecto se puede consultar: sentencia de 16 de agosto de 2007, exp. 30114, M.P. Ramiro Saavedra Becerra, y sentencia de 19 de julio de 2000, exp. 11842, M.P. Alier E. Hernández Enríquez.

equivalente exacto entre el monto de la indemnización y el daño material padecido por las víctimas y por cuanto “dicho monto no viene a desempeñar, en la generalidad de los casos, sino la función de satisfacer, enfrente de los beneficiarios, cierto bienestar que reemplace al que fue arrebatado por la muerte de una persona”, se colige, siguiendo otros precedentes jurisprudenciales, que la simple dificultad de tipo probatorio, *per se*, no puede cerrar el paso a la merecida indemnización, pues “si ello fuere así, los perjuicios morales de tan inasible evaluación, no podrían jamás representarse en cantidades pecuniarias”, lo que, en el entendido de que “la ley no dice cuál es el criterio adoptable para tales justiprecios”, lleva ineluctablemente a concluir que **“en esta labor es indispensable acudir a las reglas generales del derecho”**, admitiendo que **“el juez está dotado de alguna relativa libertad para llegar a conclusiones que consulten la equidad, siendo, como es, irrealizable a todas luces una justicia de exactitud matemática”**, y que, tratándose de daños ciertos que se proyectan en el futuro, **“la prestación de la indemnización debe consultar una compensación equitativa que ponga a los damnificados en una situación patrimonial más o menos equivalente a la que tenían antes del acontecimiento que les causó el menoscabo”** (XLVI, págs. 689 y 690).

“Y no está por demás recordar que la equidad se erige en uno de los más caros criterios teleológicos que debe caracterizar la gestión judicial, no sólo para interpretar la ley cual lo disponen los artículos 32 del Código Civil y 8º de la Ley 153 de 1887, sino para definir tópicos ajenos a la labor hermenéutica propiamente dicha, inclusive de naturaleza probatoria, pues, *v. gr.*, de conformidad con la Ley 446 de 1998, dentro de cualquier proceso que se surta ante la administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas, **“atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”** (art. 16, se subraya)”³³.

Y, por su parte, la Sala en reciente oportunidad puntualizó:

“El ingreso calculado para los afectados, con base en el ingreso promedio de profesionales universitarios, se realiza en aplicación del principio de reparación integral, establecido en el artículo 16 de la ley 446 de 1998. Debe señalarse que no es un recurso extraño a la jurisprudencia de la Sala. En sentencia del 18 de junio de 1997, no se consideraron los ingresos del afectado al momento de su muerte sino los calculados con base en su trayectoria profesional...”³⁴

El segundo perjuicio, de otro lado, se traduce en la atención médica, sanitaria y hospitalaria que deberán garantizar tanto el Instituto de Seguros Sociales como el Hospital San Rafael a la menor Ana Catherine Ceballos Salazar,

³³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del cinco de octubre de 2004, expediente: 6975, Magistrado Ponente: Pedro Octavio Munar Cadena.

³⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 31 de mayo de 2007, exp. 15170, M.P. Enrique Gil Botero.

desde el momento de esta sentencia hasta el día en que concurra su fallecimiento.

Por lo tanto, las entidades demandadas, o quien haga sus veces, no se podrán negar en ningún momento a la prestación del servicio de salud de Ana Catherine Ceballos Salazar, así como brindarán y suministrarán todos los medicamentos, tratamientos y procedimientos quirúrgicos u hospitalarios que requiera a lo largo de su vida.

4.2. Perjuicios morales

Reclama el recurrente demandante, que sean reconocidos y decretados a favor de las hermanas de la señora Blanca Dolly Salazar Ramírez, pues la tendencia jurisprudencial, es que este daño se presume para los familiares cercanos, sin que tenga relevancia la edad de éstos.

En efecto, 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 - esta última sin importar que sea grave o leve, distinción que no tiene justificación práctica y teórica alguna para efectos de la presunción del perjuicio, sino, por el contrario se relaciona con el grado de intensidad en que se sufre - , a partir del contenido del artículo 42 de la Carta Política³⁵, debe presumirse, que el peticionario los ha padecido.

De otra parte, conforme a lo expresado en sentencia del 6 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

³⁵ "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.

"(...)".

dinero equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado³⁶.

En consecuencia, la providencia apelada será modificada en este aspecto concreto, con miras a decretar una indemnización a favor de las señoras Francisca Romelia, Helda y Sonia Salazar Ramírez, de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada una, por la muerte de su hermana Blanca Dolly Salazar Ramírez.

Ahora bien, no sucede lo propio con el perjuicio derivado de las lesiones de Ana Caterine Ceballos Salazar (sobrina), como quiera que la presunción aceptada por la Sala no cobija al tercer grado de parentesco, circunstancia por la cual se requería, en el asunto *sub examine*, de prueba que demostrara la existencia del daño, lo cual no sucede en el proceso de la referencia.

Así mismo, vale la pena destacar que aunque Ana Caterine no haya sido consciente del *doble perjuicio*³⁷ a ella causado por las entidades públicas demandadas, dada su condición de parálisis cerebral, es incuestionable que padeció un perjuicio inmaterial diverso al daño fisiológico (daño a la vida de relación), y que pertenece al ámbito interno, por cuanto toda persona por el hecho de serlo, es un ser en sí mismo, y en esa perspectiva, como sujeto, sin importar que exista una condición cerebral específica, nunca pierde su condición de persona, en consecuencia, padece perjuicios que representen una aflicción verificada en la limitación en que se halle.

Al respecto, la Sala ha puntualizado³⁸:

³⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente 13.232-15.646.

³⁷ En ese sentido, la Sala se apoya en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que, con particular *sindéresis*, precisó: "(...) ya la Corte en fallos anteriores ha considerado este mismo asunto y ha llegado a la conclusión de que el reparo carece de base porque cada quebranto o lesión del patrimonio afectivo constituye, en relación con quien la padece, una entidad jurídica propia e independiente de otra u otras lesiones que la misma persona haya padecido, padezca o pueda sufrir posteriormente; la pena por la muerte de un ser querido se puede agregar a la pena por la muerte de otro ser querido pero no se confunde la una con la otra. **La circunstancia de que dos o más casos de quebrantamiento del patrimonio afectivo de una persona se produzcan en un solo día o en un solo acto, no autoriza para concluir que esas lesiones diferentes se vuelvan por este motivo una sola; los dos daños son distintos, la satisfacción también debe ser distinta.**" (Destaca la Sala). Corte Suprema de Justicia Sala de Negocios Generales, sentencia de 13 de diciembre de 1943, M.P. Anibal Cardozo Gaitán.

³⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 19 de octubre de 2007, exp. 30871, M.P. Enrique Gil Botero.

“En otros términos, resulta perfectamente posible que una persona, por más limitación física o cerebral que padezca, llegue a sufrir un claro perjuicio en el ámbito moral ya que nunca perderá por completo los parámetros de vida y aun así sean mínimos o tenues, son aquellos que nos permiten la comprensión de la existencia y de la relación que se tiene con el mundo. Y si en el campo de la ciencia, ello no fuere así - verificable - , en el mundo de la existencia³⁹ y de los valores, la persona en cuanto exhale un hálito de vida, es un ser espiritual, que es digna por el solo hecho de serlo; sostener que aquella no sufre perjuicio moral porque no siente, es aniquilar o desconocer su esencia misma y su dignidad (art. 1º C.P.), y reducir el ser humano a la mera sensibilidad o cruda materialidad, dejando de lado su naturaleza axiológica.

“Sobre el particular, la doctrina, con excelente sindéresis ha puntualizado:

“Insistimos en que es erróneo asimilar daño moral con alguna de sus manifestaciones más frecuentes (dolor, pena, angustia), que son - como hemos dicho en otra parte - posibles formas de exteriorización, meramente contingentes. El daño moral no es el dolor, la pena, la angustia sino la minoración espiritual derivada de la lesión a un interés no patrimonial. **Dicho detrimento existe aunque falte comprensión por parte del damnificado del perjuicio sufrido; en ausencia de lágrimas; inclusive cuando la víctima no se encuentra en condiciones físicas o síquicas para “sentir” pena, dolor o angustia (v.gr. una persona descerebrada).**”⁴⁰

El artículo 16 de la ley 446 de 1998, de manera categórica propende por la aplicación del principio de la reparación integral en el derecho interno, de allí que, el análisis del perjuicio supone un efectivo y real resarcimiento de los diferentes bienes o intereses jurídicos que se ven afectados con la producción del daño

³⁹ “Por el contrario, todos los hombres en cuanto portadores de una dignidad inherente, poseen indistintamente un derecho básico a la existencia.” PAPACCHINI, Angelo “Derecho a la Vida”, Ed. Universidad del Valle, 2001, Pág.40

⁴⁰ PIZARRO, Ramón Daniel “Daño Moral – Prevención, Reparación, Punición”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1996, Pág. 128.

antijurídico, que le es imputable al Estado. Dado lo anterior, se parte del supuesto según el cual el criterio imperante, al momento de determinar y establecer los cánones y montos indemnizatorios, debe ser aquel que tenga en cuenta la multiplicidad de derechos y bienes jurídicos que pueden resultar trasgredidos con el hecho dañoso, motivo por el que se debe reparar la vulneración del derecho en sí mismo, más no la constatación de las consecuencias producto del daño

En efecto, un criterio diferente permitiría afirmar, por vía de ejemplo, que el desplazamiento forzado, por sí mismo, no genera indemnización y reparación integral del daño, salvo que la persona demandante logre acreditar de manera plena, que padeció una consecuencia económica o material a causa de esa diáspora a la que se vio conminada por grupos al margen de la ley o por el Estado. En consecuencia, desde este supuesto, y en esa lógica de la que se aparta la Sala, si el individuo víctima del desplazamiento no se viera afectado económicamente por las consecuencias del mismo, no sería beneficiario de la indemnización, conclusión que es inaceptable.

En consecuencia, y como corolario de lo anterior, esta situación en la que se pone a un ser humano, en un plano diferente a la mera razón⁴¹, debe ser indemnizada a través del reconocimiento del perjuicio moral, en tanto la víctima lo sufre de manera directa, día a día, mientras discurra su existencia⁴². Por tal motivo, será confirmada la sentencia de primera instancia en cuanto a los perjuicios morales decretados a favor de Leonel Ceballos, Ana Catherine Ceballos, José Delio Salazar Alzate y Ernestina Ramírez Arcila, sólo que la suma de la condena, tal y como se puntualizó con anterioridad, será traducida en salarios mínimos legales mensuales vigentes.

4.3. Perjuicio fisiológico (Daño a la vida de relación - alteración a las condiciones de existencia)

⁴¹ "Para Tolstoi, como para Wittgenstein, lo ético no se fundamenta en, ni se deriva de la razón (sino en la vida misma)" (Crítica del lenguaje y ética en el tractus lógico – philosophicus) MELÉNDEZ, Raúl "El pensamiento de L. Wittgenstein", Ed. Universidad Nacional de Colombia, Departamento de Filosofía, 2001, Pág. 88.

⁴² "(...) más allá de los objetos exteriores valorables económicamente... porque el ser existencial del hombre, sus potencias o atributos poseen también significación económica mediata o instrumental, debido a que la dimensión espiritual de la persona no se agota en los afectos o sentimientos." Zavala de González "Resarcimiento de Daños – Daños a las personas", Tomo II, pág. 51, citado por DARAY, Hernán "Daño Psicológico", Ed. Astrea, pág. 12.

Solicita el recurrente, que se incremente la condena por concepto de perjuicio fisiológico o daño a la vida de relación, en cuanto, en su criterio, la Sala ha reconocido en este tipo de eventos, sumas superiores a la fijada por el tribunal de primera instancia y, de otra parte, se debe tener en cuenta las condiciones físicas y mentales en que quedó la niña Ana Caterine Ceballos Salazar, al haber padecido hipoxia cerebral.

Valorada la dimensión del daño, a partir del análisis de las pruebas que integran el acervo probatorio, se tiene que le asiste razón al recurrente, motivo por el cual en el caso *sub examine*, se modificará la sentencia apelada, para reconocer a favor de la niña Ana Caterine Ceballos Salazar, un perjuicio a la alteración a las condiciones de existencia, denominación ésta adoptada de manera reciente por la Sala para redefinir el perjuicio fisiológico o daño a la vida de relación⁴³ y, por lo tanto, se condenará a pagar a las instituciones demandadas, por el citado concepto, una suma de 400 SMMLV según los criterios fijados por la jurisprudencia de esta Sala en casos similares⁴⁴.

5. Condena en costas

A términos de lo reglado en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998, la Sala se abstendrá de condenar en costas a los recurrentes demandados, por cuanto no se evidenció mala fe o ni la conducta es constitutiva de abuso del derecho.

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:

⁴³ Al respecto se puede consultar la sentencia de 15 de agosto de 2007, exp. AG 2003-385 M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁴⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 19 de octubre de 2007, exp. 30871, y de 4 de diciembre de 2007, exp. 17918.

Primero. Modifícase la sentencia proferida el 28 de enero de 2004, por la Sala de Descongestión de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la cual quedará en los siguientes términos:

“PRIMERO: Decláranse infundadas las excepciones de *inepta demanda y falta de legitimación en la causa por pasiva* formulada por el HOSPITAL UNIVERSITARIO CLÍNICA SAN RAFAEL, así como las de *inexistencia de culpa en la prestación del servicio médico, de existencia de causa extraña en la producción del resultado y, de indeterminación de los perjuicios solicitados.*

“SEGUNDO: Decláranse administrativa y solidariamente responsables al INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES y al HOSPITAL UNIVERSITARIO CLÍNICA SAN RAFAEL, por la muerte ocasionada a la señora BLANCA DOLLY SALAZAR DE RAMÍREZ y las lesiones ocasionadas a la menor ANA CATERINE CEBALLOS SALAZAR, de conformidad con las consideraciones expuestas en esta sentencia.

“TERCERO: Condénase de forma solidaria al INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES y al HOSPITAL SAN RAFAEL, a reconocer y pagar a favor de:

“LEONEL CEBALLOS GALLO, la suma de CIENTO SESENTA MILLONES CUATRO MIL TRESCIENTOS DIECISÉIS PESOS(\$160.004.316,00), por concepto de lucro cesante consolidado y futuro, por la muerte de su esposa Blanca Dolly Salazar Ramírez.

“ANA CATERINE CEBALLOS SALAZAR, un salario mínimo mensual a partir del 7 de junio de 2015, hasta la fecha en que ocurra su muerte, suma que deberá ser cancelada mensualmente, dentro de los 5 días siguientes a la fecha en que su representante o guardador presente la cuenta de cobro y el certificado de supervivencia de aquélla.

“JOSÉ DELIO SALAZAR ALZATE y ERNESTINA RAMÍREZ ARCILA la suma equivalente a CIEN (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes, para cada uno, por la muerte de su hija BLANCA DOLLY SALAZAR RAMÍREZ y CIEN (100) más para cada uno, por las lesiones irreversibles que padece su nieta ANA CATERINE CEBALLOS SALAZAR para la fecha de esta sentencia.

“LEONEL CEBALLOS GALLO y ANA CATERINE CEBALLOS SALAZAR, la suma equivalente a CIEN (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes, para cada uno, por la muerte de su esposa y madre Blanca Dolly Salazar Ramírez, y CIEN (100) más para cada uno, por las lesiones irreversibles que padece ANA CATERINE.

“ROMELIA, HELDA y SONIA SALAZAR RAMÍREZ, la suma equivalente a CINCUENTA (50) salarios mínimos mensuales legales vigentes, para cada una, por la muerte de su hermana Blanca Dolly Salazar Ramírez.

“ANA CATERINE CEBALLOS SALAZAR, representada por su padre LEONEL CEBALLOS GALLO, por concepto de alteración a las condiciones de existencia, la suma equivalente a CUATROCIENTOS (400) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

“**CUARTO:** Condénase de forma solidaria al INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES y al HOSPITAL SAN RAFAEL, a brindar y suministrar todos los medicamentos, intervenciones, tratamientos, procedimientos y hospitalizaciones que requiera ANA CATERINE CEBALLOS SALAZAR, de manera gratuita, desde la fecha de la presente sentencia, hasta el día en que ocurra su fallecimiento.

“**QUINTO:** Deniéguense las demás pretensiones de la demanda.

Segundo. Sin condena en costas.

Tercero. Cúmplase lo dispuesto en esta providencia, en los términos establecidos en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

Cuarto. 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

MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR RUTH STELLA CORREA PALACIO
Presidenta de la Sala

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

ENRIQUE GIL BOTERO
Aclara voto

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA
Ausente

ACLARACION DE VOTO DEL DR. ENRIQUE GIL BOTERO

PERJUICIO FISIOLÓGICO - Noción / DAÑO A LA VIDA DE RELACION - Noción / PERJUICIO POR ALTERACION EN LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA - Noción / DAÑO CORPORAL - Noción

La Sala parte en este caso de manera explícita, del señalamiento que el perjuicio fisiológico, hoy daño a la vida de relación, se encuentra inmerso dentro de lo que se denomina perjuicio a las alteraciones a las condiciones de existencia. En consecuencia, la posición mayoritaria parte de la interpretación de dos providencias proferidas en el año 2007, en las cuales la Sala se refirió a la alteración a las condiciones de existencia como un perjuicio autónomo e independiente al daño a la vida de relación, para dar a entender ahora que simplemente operó un cambio en la denominación del perjuicio, sin que puedan existir de manera distinta. En otros términos, pareciera que el criterio fijado en la jurisprudencia que origina la presente aclaración, es a que el daño a la vida de relación adopte un nuevo nombre, bajo el epígrafe de alteración a las condiciones de existencia, circunstancia que es a todas luces incorrecta. En relación con el daño corporal, en un inicio, la jurisprudencia de la Sala se orientó por indemnizar, en algunos casos, el perjuicio causado a partir de la lesión física que padecía el demandante, a causa de un hecho imputable a la administración pública, detrimento éste que era autónomo e independiente frente al daño moral, como quiera que se refería a la trasgresión de la integridad psicofísica, y se le denominó perjuicio fisiológico o daño a la vida de relación. Ahora bien, de manera equivocada - en mi criterio - , la Sala en una providencia del 19 de julio del año 2000, abandonó supuestamente la expresión perjuicio fisiológico, para adoptar la de daño a la vida de relación, de tal forma que se replanteó la reparación del perjuicio con base en la lesión en sí misma, para adoptar un criterio de resarcimiento fundamentado en las consecuencias que se derivan del hecho dañoso, lo cual posibilitaría así cubrir la reparación de daños que no sólo se limitan a la lesión corporal o biológica del ser humano como integridad, sino que, de paso, permitiría - de forma aparente - el restablecimiento de otros bienes jurídicos como la honra, el honor, el buen nombre, las condiciones de existencia, el placer de disfrutar de determinada actividad, entre otros, de naturaleza inmaterial. En esa perspectiva, el mencionado proveído fue recibido en la comunidad jurídica como un gran avance, en tanto, a diferencia de la jurisprudencia civil, trazada por la Corte Suprema de Justicia, la contencioso administrativo permitía el reconocimiento y la protección de distintos bienes jurídicos, a partir de la constatación de las consecuencias que el daño antijurídico desencadenaba en los seres humanos que lo padecían. Lo que no se advirtió, es que la identidad e individualidad de cada uno de esos bienes jurídicos no se podía diluir para reconducirlos mutando su esencia hacia el daño a la vida de relación. De allí que, con miras a la delimitación de un perjuicio más amplio, se trastocó el universo de los bienes jurídicos inmateriales para comprimirlo en uno solo, sin establecer y definir los perjuicios que pueden ser objeto de indemnización a partir de la constatación de la existencia de un daño antijurídico y su correlativa imputación. Nota de Relatoría: Ver sentencia de 6 de mayo de 1993, exp. 7428,

M.P. Julio César Uribe Acosta; expediente 11842, M.P. Alier E. Hernández Enríquez.

PERJUICIO - Tipología / TIPOLOGIA DEL PERJUICIO - Noción

Es claro que para efectuar el análisis del perjuicio, se debe abordar el estudio de lo que se conoce como la “tipología del perjuicio”, esto es, el examen, valoración y fijación de los estándares de indemnización que pueden ser objeto de reconocimiento, lo cual se hace a partir de la respuesta a los siguientes interrogantes: i) ¿Qué se indemniza?, ii) ¿Cuál es el criterio para determinar la necesidad de reconocimiento de un perjuicio indemnizable?, iii) ¿Se indemniza el perjuicio por sí mismo, o las consecuencias apreciables que el mismo produce (internas o externas), siempre y cuando sean valorables?, iv) ¿Cuál orientación tiene el ordenamiento jurídico Colombiano en relación con la reparación del perjuicio; se indemnizan las consecuencias del daño o se reparan las afectaciones a los diferentes bienes o intereses jurídicos?. Como se observa, existe toda una serie de cuestionamientos que el operador jurídico debe formularse, con el fin de establecer una posición sobre la materia, lo cual implica, a todas luces, un ejercicio hermenéutico e interpretativo a partir del análisis de las normas constitucionales que regulan la responsabilidad patrimonial del Estado, para con fundamento en ello, arribar a las conclusiones que más consulten los parámetros efectivos de justicia material, en lo que concierne a la reparación integral. En consecuencia, de acuerdo con el criterio jurídico que se asuma, se podrá definir en un determinado evento, si es posible indemnizar económicamente la lesión a varios derechos, bienes o intereses de la persona o, si por el contrario, se debe fijar una tipología del perjuicio inmaterial restringida, en donde a diferencia del daño moral, se permita la reparación de las demás consecuencias del hecho dañoso a través de una categoría genérica (v.gr. daño a la vida de relación) en la cual, se subsuman todos los bienes jurídicos de naturaleza inmaterial, diferentes al moral, y se permita así el resarcimiento del daño antijurídico.

DAÑO A LA VIDA DE RELACION - Diferente que el daño fisiológico / DAÑO FISIOLÓGICO - Diferente al daño den la vida de relación

Desde el ámbito doctrinal he sostenido desde hace muchos años, en relación con la ductibilidad que le otorga el Consejo de Estado al concepto daño a la vida de relación, que le hace invadir esferas que son consecuencia de la lesión de otros bienes jurídicos, y que en una u otra forma, alteran las condiciones de quienes lo padecen, pues cualquier daño sin importar su naturaleza inexorablemente alterará el estado de cosas de quien lo sufre. De allí que, la configuración no sólo lingüística, que semánticamente delimita un marco conceptual, sino también desde el punto de vista estructural del daño a la vida de relación en sus fuentes doctrinaria y jurisprudencial apuntan a señalar que: “el concepto de daño a la vida de relación sólo tiene derecho de ciudadanía en el campo de la responsabilidad civil y concretamente en el área de las lesiones personales, las cuales no inciden únicamente en la capacidad laboral de la persona (Eje.: la pérdida de un miembro particularmente usado en la actividad propia del lesionado) sino que también disminuir al sujeto pasivo en su vida social, haciéndole penosas y difíciles sus relaciones con otras personas o el desenvolvimiento de actividades colaterales recreativas y voluntarias o aún trastornándole otras posibilidades importantes como la de contraer matrimonio, cultivar amistades, hablar en público, etc.” En esa medida, en mi concepto, el daño a la vida de relación pertenece al campo del daño corporal, al daño biológico (fisiológico) en el entendido ya descrito, como quiera que las afectaciones a terceros diferentes al propio lesionado en su órbita psicofísica, pueden padecer perjuicios distintos tales como: i) la afectación al

honor, a la honra o al buen nombre derivada de acusaciones calumniosas o injuriosas, ii) el daño sexual que puede ser reparado en forma simultánea con el perjuicio biológico siempre y cuando se den las condiciones para ello, iii) la alteración a las condiciones de existencia por circunstancias que generan modificaciones en el entorno social o económico de la persona (v.gr. la indemnización a que tiene derecho el hijo póstumo, o la permanencia en determinados círculos sociales), iv) el perjuicio estético, siempre que el juez verifique que éste reviste una entidad de tal magnitud que desborde el marco del perjuicio biológico o fisiológico (v.gr. la cicatriz permanente que queda en el rostro de una modelo profesional), v) el dolor físico, en tanto no refleja la congoja o aflicción moral sino el padecimiento de intensos sufrimientos corporales (v.gr. la tortura, o una persona que sufre un accidente que inflige un dolor muy alto), vi) el daño psicológico, entendido como “la perturbación transitoria o permanente del equilibrio espiritual preexistente, de carácter patológico, producida por un hecho ilícito, que genera en quien la padece la posibilidad de reclamar una indemnización por tal concepto a quien la haya ocasionado o deba responder por ella”, y vii) el daño existencial, reconocido en la actualidad en el derecho italiano, que puede estar relacionado, en determinados eventos con aspectos tales como la tranquilidad y la serenidad. Nota de Relatoría: Ver sobre HIJO POSTUMO providencia de 15 de agosto de 2002, exp. 14357, M.P. Ricardo Hoyos Duque.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., primero (1) de octubre de dos mil ocho (2008)

Radicación número: 25000-23-26-000-1999-01145-01(27268)

Actor: LEONEL CEBALLOS GALLO Y OTROS

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES Y OTRO

ACLARACION DE VOTO DEL DR. ENRIQUE GIL BOTERO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corporación, procedo a señalar los motivos por los cuales, si bien, desde luego, comparto la decisión adoptada el 1º de octubre de 2008, de la cual fui ponente, en el proceso de la referencia, aclaro mi voto en relación con un aspecto de la parte motiva que de conformidad con la posición mayoritaria, quedó plasmada en la respectiva sentencia.

1. Argumentos sobre los cuales recae la presente aclaración de voto

En la providencia señalada, la Corporación modificó la decisión apelada y, por lo tanto, accedió a las pretensiones de la demanda. Ahora bien, en cuanto concierne a la tipología del perjuicio inmaterial diferente al moral, solicitado expresamente en la demanda, en la parte motiva se precisó lo siguiente:

“4.3. Perjuicio fisiológico (Daño a la vida de relación - alteración a las condiciones de existencia)

“Solicita el recurrente, que se incremente la condena por concepto de perjuicio fisiológico o daño a la vida de relación, en cuanto, en su criterio, la Sala ha reconocido en este tipo de eventos, sumas superiores a la fijada por el tribunal de primera instancia y, de otra parte, se debe tener en cuenta las condiciones físicas y mentales en que quedó la niña Ana Caterine Ceballos Salazar, al haber padecido de hipoxia cerebral.

“Valorada la dimensión del daño, a partir del análisis de las pruebas que integran el acervo probatorio, se tiene que le asiste razón al recurrente, motivo por el cual en el caso *sub examine*, se modificará la sentencia apelada, para reconocer a favor de la niña Ana Caterine Ceballos Salazar, **un perjuicio a la alteración a las condiciones de existencia, denominación ésta adoptada de manera reciente por la Sala para redefinir el perjuicio fisiológico o daño a la vida de relación**⁴⁵ y, por lo tanto, se condenará a pagar a las instituciones demandadas, por el citado concepto, una suma de 400 SMMLV según los criterios fijados por la jurisprudencia de esta Sala en casos similares⁴⁶.

“(...)” (Página 55 de la sentencia - cursivas del original y negrillas adicionales).

2. Razones y fundamentos de la aclaración

Me aparto del razonamiento antes transcrito, tal y como lo he venido haciendo de forma sistemática⁴⁷, establecido de manera mayoritaria por la Sala, con fundamento en las siguientes consideraciones:

⁴⁵ Al respecto se puede consultar la sentencia de 15 de agosto de 2007, exp. AG 2003-385 M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁴⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 19 de octubre de 2007, exp. 30871, y de 4 de diciembre de 2007, exp. 17918.

⁴⁷ Ver aclaración de voto a la sentencia del 4 de junio de 2008, exp. 15.657, M.P. Myriam Guerrero de Escobar, aclaración de voto a la sentencia del 15 de agosto de 2007, exp. AG 2003 – 385 M.P.

2.1. La Sala parte en este caso de manera explícita, del señalamiento que el *perjuicio fisiológico*, hoy daño a la vida de relación, se encuentra inmerso dentro de lo que se denomina perjuicio a las *alteraciones a las condiciones de existencia*.

En consecuencia, la posición mayoritaria parte de la interpretación de dos providencias proferidas en el año 2007, en las cuales la Sala se refirió a la alteración a las condiciones de existencia como un perjuicio autónomo e independiente al daño a la vida de relación, para dar a entender ahora que simplemente operó un cambio en la denominación del perjuicio, sin que puedan existir de manera distinta. En otros términos, pareciera que el criterio fijado en la jurisprudencia que origina la presente aclaración, es a que el *daño a la vida de relación* adopte un nuevo nombre, bajo el epígrafe de *alteración a las condiciones de existencia*, circunstancia que es a todas luces incorrecta.

2.2. En relación con el daño corporal, en un inicio, la jurisprudencia de la Sala se orientó por indemnizar, en algunos casos, el perjuicio causado a partir de la lesión física que padecía el demandante, a causa de un hecho imputable a la administración pública, detrimento éste que era autónomo e independiente frente al daño moral, como quiera que se refería a la trasgresión de la integridad psicofísica, y se le denominó perjuicio fisiológico o daño a la vida de relación⁴⁸.

Ahora bien, de manera equivocada - en mi criterio - , la Sala en una providencia del 19 de julio del año 2000⁴⁹, abandonó supuestamente la expresión *perjuicio fisiológico*, para adoptar la de *daño a la vida de relación*, de tal forma que se replanteó la reparación del perjuicio con base en la lesión en sí misma, para adoptar un criterio de resarcimiento fundamentado en las consecuencias que se derivan del hecho dañoso, lo cual posibilitaría así cubrir la reparación de daños que no sólo se limitan a la lesión corporal o biológica del ser humano como integridad, sino que, de paso, permitiría - de forma aparente - el restablecimiento de otros bienes jurídicos como la honra, el honor, el buen nombre, las condiciones de existencia, el placer de disfrutar de determinada actividad, entre otros, de naturaleza inmaterial.

Mauricio Fajardo Gómez, y aclaración de voto a la sentencia de 1º de diciembre de 2008, exp. 17.744, M.P. Enrique Gil Botero.

⁴⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 6 de mayo de 1993, exp. 7428, M.P. Julio César Uribe Acosta.

⁴⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente 11842, M.P. Alier E. Hernández Enríquez.

2.3. En esa perspectiva, el mencionado proveído fue recibido en la comunidad jurídica como un gran avance, en tanto, a diferencia de la jurisprudencia civil, trazada por la Corte Suprema de Justicia, la contencioso administrativo permitía el reconocimiento y la protección de distintos bienes jurídicos, a partir de la constatación de las consecuencias que el daño antijurídico desencadenaba en los seres humanos que lo padecían. Lo que no se advirtió, es que la identidad e individualidad de cada uno de esos bienes jurídicos no se podía diluir para reconducirlos mutando su esencia hacia el daño a la vida de relación.

De allí que, con miras a la delimitación de un perjuicio más amplio, se trastocó el universo de los bienes jurídicos inmateriales para comprimirlo en uno solo, sin establecer y definir los perjuicios que pueden ser objeto de indemnización a partir de la constatación de la existencia de un daño antijurídico y su correlativa imputación.

2.3. En efecto, el daño antijurídico como primer elemento configurativo de la responsabilidad extracontractual del Estado, constituye la lesión a uno o varios derechos, bienes o intereses jurídicos, que la persona no está obligada a soportar.

Así las cosas, el perjuicio se traduce en la delimitación, clasificación y cuantificación económica de los bienes jurídicos lesionados o trasgredidos, con miras a que se produzca su efectiva reparación integral.

2.4. Definido lo anterior, es claro que para efectuar el análisis del perjuicio, se debe abordar el estudio de lo que se conoce como la “tipología del perjuicio”, esto es, el examen, valoración y fijación de los estándares de indemnización que pueden ser objeto de reconocimiento, lo cual se hace a partir de la respuesta a los siguientes interrogantes: i) ¿Qué se indemniza?, ii) ¿Cuál es el criterio para determinar la necesidad de reconocimiento de un perjuicio indemnizable?, iii) ¿Se indemniza el perjuicio por sí mismo, o las consecuencias apreciables que el mismo produce (internas o externas), siempre y cuando sean valorables?, iv) ¿Cuál orientación tiene el ordenamiento jurídico Colombiano en relación con la reparación del perjuicio; se indemnizan las consecuencias del daño o se reparan las afectaciones a los diferentes bienes o intereses jurídicos?

Como se observa, existe toda una serie de cuestionamientos que el operador jurídico debe formularse, con el fin de establecer una posición sobre la materia, lo

cual implica, a todas luces, un ejercicio hermenéutico e interpretativo a partir del análisis de las normas constitucionales que regulan la responsabilidad patrimonial del Estado, para con fundamento en ello, arribar a las conclusiones que más consulten los parámetros efectivos de justicia material, en lo que concierne a la reparación integral.

2.5. En consecuencia, de acuerdo con el criterio jurídico que se asuma, se podrá definir en un determinado evento, si es posible indemnizar económicamente la lesión a varios derechos, bienes o intereses de la persona o, si por el contrario, se debe fijar una tipología del perjuicio inmaterial restringida, en donde a diferencia del daño moral, se permita la reparación de las demás consecuencias del hecho dañoso a través de una categoría genérica (v.gr. daño a la vida de relación) en la cual, se subsuman todos los bienes jurídicos de naturaleza inmaterial, diferentes al moral, y se permita así el resarcimiento del daño antijurídico.

2.6. En relación con lo anterior, debo reafirmar lo que desde el ámbito doctrinal he sostenido desde hace muchos años⁵⁰, en relación con la ductibilidad que le otorga el Consejo de Estado al concepto daño a la vida de relación, que le hace invadir esferas que son consecuencia de la lesión de otros bienes jurídicos, y que en una u otra forma, alteran las condiciones de quienes lo padecen, pues cualquier daño sin importar su naturaleza inexorablemente alterará el estado de cosas de quien lo sufre. De allí que, la configuración no sólo lingüística, que semánticamente delimita un marco conceptual, sino también desde el punto de vista estructural del daño a la vida de relación en sus fuentes doctrinaria y jurisprudencial apuntan a señalar que: *“el concepto de daño a la vida de relación sólo tiene derecho de ciudadanía en el campo de la responsabilidad civil y concretamente en el área de las lesiones personales, las cuales no inciden únicamente en la capacidad laboral de la persona (Eje.: la pérdida de un miembro particularmente usado en la actividad propia del lesionado) sino que también disminuir al sujeto pasivo en su vida social, haciéndole penosas y difíciles sus relaciones con otras personas o el desenvolvimiento de actividades colaterales recreativas y voluntarias o aún trastornándole otras posibilidades importantes como la de contraer matrimonio, cultivar amistades, hablar en público, etc.”*⁵¹

⁵⁰ GIL Botero, Enrique “Temas de Responsabilidad Extracontractual del Estado”, Ed. Librería Jurídica Comlibros, Tercera Edición, Pág. 182 y 183.

⁵¹ OLANO V., Carlos Alberto “Tratado técnico jurídico sobre accidentes de circulación”, Ed. Andes, Bogotá, 1975, pág. 307.

En esa medida, en mi concepto, el daño a la vida de relación pertenece al campo del daño corporal, al daño biológico (fisiológico) en el entendido ya descrito, como quiera que las afectaciones a terceros diferentes al propio lesionado en su órbita psicofísica, pueden padecer perjuicios distintos tales como: i) la afectación al honor, a la honra o al buen nombre derivada de acusaciones calumniosas o injuriosas, ii) el daño sexual que puede ser reparado en forma simultánea con el perjuicio biológico siempre y cuando se den las condiciones para ello, iii) la alteración a las condiciones de existencia⁵² por circunstancias que generan modificaciones en el entorno social o económico de la persona (v.gr. la indemnización a que tiene derecho el hijo póstumo, o la permanencia en determinados círculos sociales)⁵³, iv) el perjuicio estético⁵⁴, siempre que el juez verifique que éste reviste una entidad de tal magnitud que desborde el marco del perjuicio biológico o fisiológico (v.gr. la cicatriz permanente que queda en el rostro de una modelo profesional), v) el dolor físico, en tanto no refleja la congoja o aflicción moral sino el padecimiento de intensos sufrimientos corporales (v.gr. la tortura, o una persona que sufre un accidente que inflige un dolor muy alto), vi) el daño psicológico, entendido como *“la perturbación transitoria o permanente del equilibrio espiritual preexistente, de carácter patológico, producida por un hecho ilícito, que genera en quien la padece la posibilidad de reclamar una indemnización por tal concepto a quien la haya ocasionado o deba responder por ella”*⁵⁵, y vii) el daño existencial, reconocido en la actualidad en el derecho italiano,

⁵² Es discutible la naturaleza de patrimonial (material) o extrapatrimonial de este perjuicio, como quiera que en el derecho francés, en la mayoría de los casos, se verifican las condiciones sociales, culturales y económicas de los demandantes a efectos de establecer la procedencia de la reclamación por este rubro, motivo por el cual, la discusión sigue abierta, máxime si la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido igualmente el daño al proyecto de vida como un perjuicio más de carácter material (patrimonial) susceptible de indemnización, a partir de la indemnización de la pérdida de las oportunidades que se conculcaron con la violación de los derechos humanos afectados, motivo por el cual se tiene en cuenta la limitación de las expectativas y metas que de tipo personal, familiar y profesional pudo fijarse la persona (Consultar: caso Loayza Tamayo (vs) Perú, Sentencia de Reparaciones, párr. 147.).

⁵³ Sobre el particular, se puede consultar la sentencia de la Sección Tercera de 15 de agosto de 2002, exp. 14357, M.P. Ricardo Hoyos Duque.

⁵⁴ “Igual ocurre cuando el juez francés, en varias ocasiones, ordena indemnizar por separado las alteraciones a las condiciones de existencia y otra clase de perjuicio extrapatrimonial que, sin ser denominado moral, se repara de manera independiente. Es por ejemplo el evento en que se indemnizan con FF 400.000 las alteraciones en las condiciones de existencia de una joven de 28 años, que a raíz del accidente de tránsito “sufrió una incapacidad total de 8 años y quedó con una incapacidad permanente parcial del 55%, acompañada de alteraciones fisiológicas importantes que le impusieron renunciar a todo placer” y, además, se indemnizan con FF 270.000 los “sufrimientos físicos excepcionales” y el “perjuicio estético producido por una cojera y cicatrices en los cuatro miembros...” HENAO, Juan Carlos “El daño”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., Pág. 257.

⁵⁵ DARAY, Hernán “Daño Psicológico”, Ed. Astrea, Buenos Aires, Pág. 16.

que puede estar relacionado, en determinados eventos con aspectos tales como la tranquilidad y la serenidad⁵⁶.

2.7. En ese orden de ideas, me aparto de la línea jurisprudencial trazada desde el año 2000, y que se ratifica en la actualidad, dirigida a concentrar, en un mismo concepto - denomínese daño a la vida de relación o alteración a las condiciones de existencia - , la reparación de los distintos bienes o intereses jurídicos, que se derivan del daño antijurídico.

El artículo 16 de la ley 446 de 1998, de manera categórica impone por la aplicación del principio de la reparación integral en el derecho interno, de allí que, el análisis del perjuicio debe traducir un efectivo y real resarcimiento de los diferentes bienes o intereses jurídicos que se ven afectados con la producción del daño antijurídico, que le es imputable al Estado. Dado lo anterior, parto del supuesto según el cual, el criterio imperante, al momento de determinar y establecer los cánones y montos indemnizatorios, debe ser aquel que tenga en cuenta la multiplicidad de derechos y bienes jurídicos que pueden resultar trasgredidos con el hecho dañoso, motivo por el que se debe reparar la vulneración del derecho en sí mismo, más no la constatación de las consecuencias producto del daño, postura esta última avalada por un sector de la doctrina nacional⁵⁷, y sostenida de manera reciente por la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, en donde se aceptó la existencia del daño a la vida de relación como un perjuicio autónomo e independiente, pero precisó como características del mismo la siguiente: *“(...) d) no sólo puede tener origen en lesiones o trastornos de tipo físico, corporal o psíquico, sino también en otros bienes intangibles de la personalidad o derechos fundamentales, e incluso en la de otro tipo de intereses legítimos...”*⁵⁸

⁵⁶ Sentencia No. 3284 del 12 de febrero de 2008, de la Sección Tercera Civil, de la Corte de Casación Italiana, Presidente R. Preden, Relator A. Amatucci. Así mismo, se puede consultar las sentencias proferidas en el año 2007, números 2546 y 18199, en las cuales la jurisprudencia civil de la Corte de Casación Italiana hizo énfasis en la diferencia y autonomía de este tipo de daño o perjuicio inmaterial, en relación con el moral y el biológico.

⁵⁷ MCAUSLAND, María Cecilia “Reflexiones sobre el contenido del daño inmaterial”.

⁵⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia de 13 de mayo de 2008, exp. 1997-9327, M.P. César Julio Valencia Copete.

Así no comparta el criterio de la Honorable Corte Suprema de Justicia, debo destacar la importancia de esta providencia, como quiera que representa un avance de trascendencia en la jurisprudencia civil en el país, en materia del reconocimiento de perjuicios inmateriales diferentes al moral, circunstancia que está en pro de la defensa de los derechos humanos y del principio de reparación.

En efecto, una criterio diferente al que presento en esta aclaración de voto, permitiría afirmar que el desplazamiento forzado, por sí mismo, no genera indemnización y reparación integral del daño, salvo que la persona demandante logre acreditar de manera plena, que padeció una consecuencia económica o material a causa esa diáspora a la que se vio conminada por grupos al margen de la ley o por el Estado. En consecuencia, desde este supuesto, y en esa lógica que no comparto, si el individuo víctima del desplazamiento no se viera afectado económicamente por las consecuencias del mismo, no sería beneficiario de la indemnización, conclusión que desde mi punto de vista es inaceptable.

El anterior ejemplo extraído de la experiencia, sirve de apoyo para reflejar lo que se pretende poner a consideración a través de la presente aclaración de voto, esto es, la necesidad de que se repare el perjuicio en atención a la lesión de bienes jurídicos, más no a la consecuencia externa, física, o material que acarrea el daño. En otros términos, el juez debe indemnizar a través de un criterio que permita reparar todas aquellas lesiones o trasgresiones con que se vea afectada la persona o el sujeto, de manera autónoma e independiente, sin que sea válido exigir, previa la reparación del daño, la verificación consecencial de los efectos que produce el mismo en el mundo exterior (que puede ser un perjuicio interior pero que se traduzca o refleje exteriormente), para luego ser indemnizado mediante la aplicación de un concepto genérico que pretende englobar todos los bienes jurídicos de los cuales es titular la persona humana.

En efecto, con la posición asumida por el Consejo de Estado a partir del año 2000, y que se reitera - sólo que bajo otra denominación - con la postura actualmente mayoritaria de la Sección Tercera, se limita la indemnización del perjuicio inmaterial, distinto al moral, a aquellos detrimentos que sean apreciables en la órbita externa de la víctima directa del daño (v.gr. lesionado o fallecido) como de las víctimas o afectados con el perjuicio (v.gr. familiares). Así lo sostuvo, expresamente, la jurisprudencia de la Sala, cuando en la pluricitada sentencia del 19 de julio de 2000, puntualizó:

“(…) De acuerdo con lo anterior, resulta, sin duda, más adecuada la expresión *daño a la vida de relación*, utilizada por la doctrina italiana, la cual acoge plenamente esta Corporación. Se advierte, sin embargo, que, en opinión de la Sala, no se trata simplemente de la afectación sufrida por la persona en su relación con los seres que la rodean. Este perjuicio extrapatrimonial puede afectar muchos otros actos de su vida, aun los de carácter individual, pero externos, y su

relación, en general, con las cosas del mundo. En efecto, se trata, en realidad, de un daño extrapatrimonial a la vida exterior; aquél que afecta directamente la vida interior sería siempre un daño moral.”⁵⁹

La propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional Italiano ha reconocido la diferencia que existe entre un daño evento y un daño consecuencia, cuando con ocasión del estudio de la cuestión de inconstitucionalidad (juicio de legitimidad constitucional) formulada frente al artículo 2059 del Código Civil, declaró no fundada la misma y, en la parte motiva de la providencia puntualizó entre otros aspectos lo siguiente:

“(…) El daño biológico (o fisiológico) es un daño específico, es un tipo de daño identificado con un tipo de evento [la integridad psicofísica o la salud]. El daño moral subjetivo es, en cambio, un género de daño consecuencia, que puede derivar de una serie de numerosos de tipos de eventos...”⁶⁰

Se deriva de lo anterior, que la posición asumida por el Consejo de Estado Colombiano, a partir del año 2000, acoge una postura dentro de la doctrina y jurisprudencia italiana insular y minoritaria, en el sentido de que el daño a la vida de relación puede tener una fuente no sólo en la lesión a la integridad psicofísica sino también en cualquier otro bien de la personalidad, cuando por el contrario hoy día, “la doctrina mayoritaria está de acuerdo en definir el daño a la vida de relación como el daño que una persona física padece a causa de una lesión sicofísica o de la salud, y que consiste en la disminución de las posibilidades del sujeto de ejercer normalmente su personalidad en el medio social. Se trata, por lo tanto, de un aspecto del daño a la salud...”⁶¹

Así se desprende de la misma jurisprudencia Italiana - supuestamente a partir de la cual se fundamenta la posición mayoritaria y, actualmente, vigente del Consejo de Estado - , en la cual se hace una clara diferencia entre el perjuicio biológico (fisiológico), el daño moral, y el daño existencial. Sobre el particular, vale la pena destacar la sentencia del 19 de diciembre de 2007, proferida por la Corte Suprema de Casación de ese país, en la cual se puntualizó:

⁵⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente 11842, M.P. Alier E. Hernández Enríquez.

⁶⁰ Corte Constitucional Italiana, sentencia del 30 de junio de 1986, No. 184, Presidente Paladin, Relator Dell’Andro. (Traducción Libre).

⁶¹ ROZO Sordini, Paolo Emanuele “El daño biológico”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., Pág. 93.

“(...) 3) La categoría del daño no patrimonial se articula a su vez en un subsistema compuesto del daño biológico en estricto sentido, del daño existencial, y del daño moral subjetivo.

“4) El daño biológico y el daño existencial tienen una morfología homogénea, entrañan internamente una lesión de carácter constitucional, la primera referida a la salud, y la segunda constituida por “valores/intereses constitucionalmente protegidos...”⁶²

Lo anterior, refuerza aún más la idea que he sostenido de manera insistente, relacionada con el trastocamiento que ha sufrido el daño fisiológico o biológico en Colombia, al haberlo subsumido en unas categorías o denominaciones que sirven para identificar perjuicios autónomos y que han sido reconocidos en diferentes latitudes, como por ejemplo la alteración a las condiciones de existencia (v.gr. Francia). Así mismo, tal y como lo he reiterado en multiplicidad de ocasiones y en diferentes escenarios académicos, la noción de daño a la vida de relación que actualmente fue adoptada por la jurisprudencia ordinaria en Colombia, y que ha servido de referente al Consejo de Estado para indemnizar los perjuicios inmateriales sufridos por el sujeto, diferentes al moral, no es más que un concepto desechado y obsoleto por la doctrina y jurisprudencia Italianas, en la medida que se ha reconocido independencia entre el perjuicio biológico o fisiológico - relacionado con la órbita psicofísica del individuo - y otros perjuicios que afectan valores, derechos o intereses de la persona que, en la actualidad, en Italia, serían indemnizados bajo la panorámica del daño existencial (v.gr. la tranquilidad del ser humano, la seguridad, las condiciones de existencia, entre otros)⁶³.

Considero, respetuosamente, que la confusión se generó a partir de la asimilación que operó entre el daño biológico o fisiológico con el *préjudice d'agrément* (daño de placer o de agrado), reconocido en el derecho francés, relacionado con la pérdida del placer o del disfrute que, en ocasiones, se deriva de la producción de un determinado daño, al no poder realizar las actividades (deportes, trabajos, hobbies, etc.) a las cuales estaba acostumbrado el sujeto. Ahora, a partir de las

⁶² Cf. Corte de Casación Italiana, sentencia del 19 de diciembre de 2007, No. 4712. (Traducción libre). Ver igualmente, las sentencias de 31 de mayo de 2003, números 8827 y 8828 de la Sala Civil de la Corte de Casación Italiana, así como las sentencias Nos. 184 de 1986 y 233 de 2003, proferidas por la Corte Constitucional de ese mismo país.

⁶³ “Allí se define el daño existencial [se refiere a la sentencia de la Sala Plena de la Corte de Casación Italiana No. 6572 del 24 de marzo de 2006] como todo perjuicio causado en el hacer no reditual del sujeto, susceptible de ser constatado de manera objetiva, que altera sus hábitos y su modo de relacionarse, induciéndolo a alternativas de vida distintas, que inciden en el despliegue y realización de su personalidad en el mundo exterior.” KOTEICH Khatib, Milagros “El daño extrapatrimonial”, en “Diritto Romano Comune e America Latina”, Universidad Externado de Colombia, Pág. 259.

mencionadas sentencias del año 2007, el galimatías relacionado con la tipología del perjuicio inmaterial se entronizó en mayor medida en nuestro país, como quiera que sin abandonar el contenido y alcance del concepto “daño a la vida de relación”, se mutó su nombre, para designarlo como “la alteración a las condiciones de existencia” (*des troubles dans les conditions d’existence*), lo cual a todas luces es incorrecto, puesto que este último corresponde a un perjuicio autónomo que tiene una dimensión distinta al perjuicio de placer o de agrado (daño a la vida de relación).

2.8. En consecuencia, no defiendo un sistema desordenado ni asistemático del perjuicio inmaterial diverso al moral, pero sí abogo porque la independencia y autonomía que debe reconocerse frente a cada perjuicio, según la trasgresión y entidad que pueda constatarse en cada caso concreto en relación con la gama de derechos, valores e intereses de los cuales es titular la persona. Será el juez, por lo tanto, el llamado en cada asunto específico a efectuar un análisis ponderado para establecer, conforme al *petitum* de la demanda, los bienes y derechos jurídicamente trasgredidos con el daño, para luego, con posterioridad, establecer en la sentencia la forma de resarcir de forma integral el daño conforme a una tipología del perjuicio que permita materialmente, y no teóricamente, reestablecer el interés lesionado.

2.9. Son las anteriores consideraciones las que me motivan a aclarar mi voto en el asunto en concreto, como quiera que considero que la jurisprudencia nacional ha restringido la posibilidad de indemnizar el daño evento, para concentrarse en el daño consecuencia, circunstancia que limita ampliamente la reparación integral de todos los derechos, bienes o intereses constitucional o legalmente protegidos y, de manera adicional, la exigencia de la exteriorización de las consecuencias del daño, radica un problema de tipo lógico y práctico, en tanto puede conllevar a que ciertos perjuicios que pertenecen a la órbita interna del sujeto queden por fuera de la tutela judicial.

De otra parte, debo reiterar que la posición que defiendo, en modo alguno propende por una reparación arbitraria e indefinida del daño, sino que atiende a la necesidad de indemnizar de manera autónoma e independiente, las diversas afecciones que sufre la persona frente a la concreción del daño antijurídico, de tal forma que se repare de manera integral el perjuicio, con fundamento no en los efectos externos o que se pueden exteriorizar a causa del hecho dañoso, sino con

el criterio de que se indemnizen todas las lesiones que sean irrogadas a bienes o derechos, lo cual reflejará una mejor concepción del Estado Social de Derecho, en el cual el ser humano y las garantías de las que es titular son el fin último del ejercicio del poder público y la razón de ser de la organización estatal.

2.10. En conclusión, la afirmación que se hace en la providencia cuestionada, según la cual la denominación de daño a la vida de relación adoptada a partir del año 2000, fue modificada por la de alteración a las condiciones de existencia desde el año 2007, no la comparto en absoluto, puesto que tal aserción, de conformidad con los anteriores planteamientos, no se acompasa con los lineamientos modernos que se asumen frente a la reparación del daño, esto es, con una tipología del perjuicio que reconozca que el ser humano se integra por una multiplicidad de derechos, bienes e intereses, en donde se conjugan aspectos físicos, psíquicos, morales, afectivos, de integridad emocional y social, así como relativos a la existencia espacio temporal, en sí misma.

2.11. Bajo las anteriores precisiones, dejo sentada mi posición en cuanto concierne a la forma como se abordó y definió la indemnización del perjuicio inmaterial, como quiera que, en el caso *sub examine*, se debió reconocer a favor del demandante principal un perjuicio biológico o fisiológico, más no uno de alteración a las condiciones de existencia, pues este último hace referencia a la modificación grave que padece el sujeto que sufre el daño, o sus familiares, en relación con el proyecto de vida trazado y la modificación que se tiene una vez generado aquél. De otro lado, y mucho menos, se debió decretar un daño a la vida de relación, toda vez que este concepto, como ya se analizó, se presta para anular la posibilidad de reconocer la reparación de las diversas afectaciones que pueden padecer las personas víctimas de un daño antijurídico.

2.12. En esa perspectiva, considero que la postura mayoritaria incurre en una grave confusión de clasificación de los perjuicios inmateriales, circunstancia que motiva las anteriores consideraciones, todas ellas sometidas al análisis propio de este tipo de debates jurídicos, máxime si el citado discernimiento quedó plasmado, según lo dispuesto por la generalidad de la Sala, en la parte motiva de la providencia, situación que torna ineludible el hecho de que suscriba el presente razonamiento frente a una providencia de la cual fui el Consejero Ponente⁶⁴.

⁶⁴ "Son los hombres nuevos del Imperio los que creen en comienzos desde cero, capítulos nuevos, páginas en blanco; yo persevero en la misma historia, con la esperanza de que antes de que

Atentamente,

ENRIQUE GIL BOTERO

Fecha ut supra

concluya me revele por qué creí que merecía mis desvelos." Esperando a los Bárbaros, J.M. Coetzee.