

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Falla del servicio médico. Se le dejó a la paciente una compresa en el abdomen al practicar la histerectomía / FALLA DEL SERVICIO MEDICO - Daño antijurídico. Alteraciones a la salud y a la integridad de la vida de la actora y su grupo familiar

El hecho de que el Doctor Hernando García Velasco, haya dejado en el abdomen de la paciente una compresa al realizarle la histerectomía ratifica la responsabilidad del mismo en la producción del daño, puesto que de dicha circunstancia se derivaron todas las alteraciones a la salud y a la integridad de la vida de la señora María Fabiola Zuluaga Gómez y a su grupo familiar, llevándola a pensar incluso que podría tener un tumor y padecer cáncer.(...) En síntesis, queda claro para la Sala que se encuentra demostrada la falla en el servicio, constituida por el “oblito quirúrgico” consistente en haber dejado alojada una compresa en el cuerpo de la paciente después de realizada la operación quirúrgica, falla que vino a concretarse y constatarse el 15 de octubre de 1998, esto es, al momento de su extracción y que representa sin duda alguna, una prestación ineficiente, inadecuada y no correspondiente con los protocolos médicos y exigencias legales vigentes para la época de los hechos. Y se trata de una falla probada por cuanto se logró acreditar que el cuerpo extraño se dejó por no observar la atención y diligencia mínima exigible en procedimientos quirúrgicos que como es el caso de autos no puede permitirse en el estado de conocimiento de la ciencia y de la técnica.

FALLA EN EL SERVICIO MEDICO - Hecho de un tercero. Eximente de responsabilidad

En relación con el hecho del tercero como eximente de responsabilidad alegado por la parte demandada, cabe mencionar que la doctrina y la jurisprudencia han elaborado esta tesis bajo la aplicación de cuatro elementos. Así, se ha dicho que la actuación del tercero debe ser exclusiva y única, determinante, imprevisible e irresistible para que se convierta en una causal de exoneración de la responsabilidad de la administración.(...) En el caso de autos, observa la Sala que no estamos en presencia del hecho de un tercero, puesto que la Caja de Compensación campesina –COMCAJA–, en virtud del Contrato número 0083-114 de 1996, celebrado entre ésta y la fiduciaria La Previsora S.A., estaba obligada a “prestar los servicios médico asistenciales... al personal de docentes activos y pensionados del departamento de Risaralda, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”. Y por lo tanto es directamente responsable de las fallas que se originen en el ejercicio del mismo, así como también de la elección del personal que para el cumplimiento de tal función elija, y de la supervisión y vigilancia del servicio público de salud. Igualmente, el Doctor Hernando García Velasco, al ser un agente profesional especializado de la Caja de Compensación campesina –COMCAJA– es responsable de los servicios médicos que ésta ofrece. Por todo lo anterior, no se configuran los 4 elementos necesarios para poder reconocer la eximente de responsabilidad por el hecho de un tercero, puesto que es indudable que la actuación del médico como agente de la Caja de Compensación campesina –COMCAJA– fue la que ocasionó el daño a la señora MARÍA FABIOLA ZULUAGA GÓMEZ. La conducta negligente y la mala práctica médica verificada a la hora de encontrar una compresa en el abdomen de la víctima no pueden ser consideradas entonces como circunstancias irresistibles e imprevisibles en la prestación del servicio de salud.(...) En consecuencia la Sala confirmará la sentencia del a quo, en el sentido de declarar administrativa y patrimonialmente responsable a la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAMPESINA –COMCAJA– y al Dr. HERNANDO GARCÍA VELASCO, por los perjuicios ocasionados a la demandante con ocasión de la pérdida del apéndice y

de parte del intestino (íleon), dentro de las circunstancias que se dejaron precisadas en la parte motiva.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el tema puede consultarse la sentencia 22 de junio de 2001, exp.13233

PERJUICIOS MORALES - Reconocimiento de perjuicios en caso de falla del servicio médico donde se le dejó a la paciente una compresa en el abdomen al practicarle una histerectomía / PERJUICIOS MORALES - Presunción de aflicción / PERJUICIOS MORALES - Tasación en salarios mínimos mensuales legales vigentes

Los demandantes solicitaron a título de perjuicios morales, el valor equivalente a 7800 gramos oro, distribuidos así: 2300 gramos oro para casa uno de los señores NORBERTO MARÍN HURTADO y MARIA FABIOLA ZULUAGA GÓMEZ y 1300 gramos oro para cada uno de los menores SEBASTIÁN Y JUAN CAMILO MARÍN ZULUAGA.(...) teniendo en cuenta que el daño moral lo constituyen, entre otros, los sentimientos de dolor, aflicción, ansiedad, desasosiego y tristeza que naturalmente se producen en el ser humano con la lesión de un integrante de su núcleo familiar más cercano, no solo por el vínculo consanguíneo entre ellos existente sino, también, por las condiciones de convivencia, cercanía sentimental y apego que los liga, la Sala acude a la presunción de este perjuicio en los demandantes. (...) Ahora bien, se observa que los demandantes se encuentran dentro del grado de consanguinidad más próximo con la víctima y, se presume que padecieron el dolor como consecuencia de los hechos. En otras palabras, se corrobora la presunción de aflicción en cabeza de los demandantes, con ocasión del daño antijurídico ocasionado a MARÍA FABIOLA ZULUAGA GÓMEZ, circunstancias que los parientes más cercanos debieron afrontar con dolor, angustia y aflicción, teniendo en cuenta que dentro del desarrollo de la personalidad y del individuo está la de hacer parte de una familia como espacio básico de toda sociedad. (...) De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala, se procede a su reconocimiento en Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes, teniendo en cuenta los criterios vertidos en la sentencia de 6 de septiembre de 2001 (Exp. 13.232 y 15.646), que abandonó 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 perjuicios morales, y en su lugar, estableció que la tasación de dichos perjuicios se fijará en salarios mínimos legales mensuales vigentes por una estimación que responda a la reparación integral y equitativa del daño.(...) Ahora bien, se observa que los demandantes se encuentran dentro del grado de consanguinidad más próximo con la víctima y, se presume que padecieron el dolor como consecuencia de los hechos. En otras palabras, se corrobora la presunción de aflicción en cabeza de los demandantes, con ocasión del daño antijurídico ocasionado a MARÍA FABIOLA ZULUAGA GÓMEZ, circunstancias que los parientes más cercanos debieron afrontar con dolor, angustia y aflicción, teniendo en cuenta que dentro del desarrollo de la personalidad y del individuo está la de hacer parte de una familia como espacio básico de toda sociedad.

FUENTE FORMAL: CODIGO PENAL DE 1980 - ARTICULO 106

NOTA DE RELATORIA: Al respecto puede consultarse las sentencias del 6 de septiembre de 2001, exp. 13232; 6 de septiembre de 2001, exp.15646 y 18 de marzo de 2010, exp. 3265

NOTA DE RELATORIA: Con aclaración de voto del consejero Enrique Gil Botero.

A la fecha no se cuenta con el medio físico ni magnético de dicha aclaración.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA
SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

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

Radicación número: 66001-23-31-000-1998-00608-01(28427)

Actor: MARIA FABIOLA ZULUAGA GOMEZ Y OTROS

Demandado: FONDO DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO Y OTROS

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (APELACION SENTENCIA)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por las partes contra de la sentencia de 30 de junio de 2004 proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda¹, que dispuso:

“1. Decláranse (sic) no probadas las excepciones propuestas por los demandados por las razones expuestas en la parte considerativa de este proveído.

2. Declarar la responsabilidad administrativa y patrimonial de la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAMPESINA –COMCAJA–, así como la responsabilidad del Dr. HERNANDO GARCÍA VELASCO, por los perjuicios ocasionados a la demandante con ocasión de la pérdida del apéndice y de parte del intestino (íleon), dentro de las circunstancias que se dejaron precisadas en la parte motiva.

3. Como consecuencia de lo anterior, se condena a la Caja de Compensación Familiar Campesina (Comcaja) y al Dr. Hernando García Velasco a pagar solidariamente y por partes iguales, por concepto de **perjuicios morales**, el equivalente a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes en la fecha de ejecutoria de esta sentencia, en favor de cada uno de los actores: MARÍA FABIOLA ZULUAGA GÓMEZ, NORBERTO MARÍN HURTADO, así como a favor de cada uno de sus hijos Sebastián y Juan Camilo Hurtado (sic) Zuluaga.

4. Se niegan las demás súplicas de la demanda, conforme a lo expresado en la parte considerativa.”

ANTECEDENTES

1. La demanda.

¹ Folios 396 a 411 C. Ppal.

1.1. Presentación de la demanda.

La demanda fue presentada el 27 de octubre de 1998 por NORBERTO MARÍN HURTADO y MARÍA FABIOLA ZULUAGA GÓMEZ, quienes actuando en nombre propio y en representación de sus hijos menores de edad SEBASTIÁN y JUAN CAMILO, mediante apoderado judicial, en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del C.C.A., con el objeto de que se declarara responsable administrativa y patrimonialmente a LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR CAMPESINA -COMCAJA-, CASALUD URGENCIAS MEDICAS LTDA., y a HERNANDO GARCÍA VELÁSICO, del trastorno físico y mental que padeció la señora FABIOLA ZULUAGA GÓMEZ, en virtud de la operación quirúrgica que le fue realizada el 27 de junio de 1996, en la ciudad de Pereira.

Como consecuencia de la anterior declaración condenar a los demandados a pagar “solidariamente, a los señores **NORBERTO MARIN HURTADO** y **MARÍA FABIOLA ZULUAGA GÓMEZ**, por concepto de perjuicios morales, la cantidad de DOS MIL SEISCIENTOS GRAMOS ORO, para cada uno de ellos, según el precio del metal para la fecha de ejecutoria de la sentencia, acorde con la certificación expedida por el Banco de la República.”

Igualmente, condenar a pagar, solidariamente, a los menores SEBASTIÁN y JUAN CAMILO MARÍN ZULUAGA, representados por sus padres, la cantidad de MIL TRESCIENTOS GRAMOS ORO, para cada uno de ellos.

1.2. Hechos.

Como fundamento de las pretensiones, la parte actora expuso los hechos que la Sala sintetiza así²:

- 1.2.1. La Señora María Fabiola Zuluaga Gómez se encuentra vinculada con el Magisterio en calidad de profesora del Colegio Byron Gaviria de la ciudad de Pereira, y por ende, está afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- 1.2.2. El día 27 de junio de 1996, la señora MARÍA FABIOLA ZULUAGA GÓMEZ, fue intervenida quirúrgicamente en el centro médico CASALUD, Urgencias Médicas Ltda., entidad que actúa en ejecución del Contrato de prestación de servicios No. 0083-114/96³ suscrito con la Caja de Compensación Familiar Campesina, COMCAJA, ente que a su vez había sido contratado por el Fondo de prestaciones sociales del Magisterio, cuyos dineros son manejados por la Fiduciaria la PREVISORA S.A.; todo ello en virtud de la calidad de docente que ostentaba la Actora. La Cirugía realizada por el Doctor Hernando García Velasco consistió en la extracción del útero (histerectomía).
- 1.2.3. La señora Zuluaga Gómez, sufrió después de la operación anterior de agudos dolores abdominales, frente a los que la Dra. Martha Teresa López, adscrita a la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAMPESINA –COMCAJA–, le realizó una punción lumbar y detectó una masa en su abdomen. Sin embargo el Doctor HERNANDO GARCÍA VELASCO, le aseguró que se trataba de un simple hematoma que iría

² Folios 11 a 18 C. No. 1.

³ Contrato celebrado entre la Fiduciaria la Previsora S.A. y la Caja de Compensación Familiar Campesina – COMCAJA–, tal y como consta en folios 89 y ss. y 166 a 172 C. No. 1 y 259 y ss. C. No. 1-1.

desapareciendo con el paso de los días.

- 1.2.4. Los achaques, acompañados de la inflamación externa del abdomen continuaron y los dolores y el abultamiento que parecían no tener una causa conocida, llevaron a formular desalentadoras especulaciones sobre la salud de la señora María Fabiola Zuluaga Gómez. Finalmente se le diagnosticó un cáncer que motivo la preparación psicológica y económica tanto de la señora Zuluaga Gómez como de su familia.
- 1.2.5. El día 15 de octubre de 1996, el Dr. Rodolfo Cabrales operó a la señora Zuluaga Gómez en la Clínica Los Rosales de la ciudad de Pereira, encontrándole una masa de 10 x 10 centímetros de diámetro, con severa reacción inflamatoria adherida íntimamente a asas delgadas y gruesas⁴ que, al corte, correspondió a una compresa⁵.

2. Actuación procesal en primera instancia.

2.1. Admisión de la demanda.

- 2.1.1. Mediante providencia de fecha 13 de noviembre de 1998, el Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda, sala de Decisión se declara INCOMPETENTE para conocer del asunto, “toda vez que en el proceso se encuentran demandadas personas jurídicas y una persona natural que por voluntad normativa y los actos mismos de su constitución tiene una función diferente de la Administrativa, de índole industrial o comercial, reguladas por el derecho privado, por ende la competencia está ubicada en la jurisdicción ordinaria, artículo 16 C.P.C, toda vez que la especial contencioso administrativa está instituida según el artículo 82 del C.C.A., modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, para juzgar las controversias y litigios administrativos, lo que traduce que son aquellos nacidos de la función administrativa, no otra”. Según el Tribunal el servicio público de salud, al ser prestado por particulares no puede decirse que tenga una regulación propia del derecho administrativo y por tanto esta jurisdicción no es competente⁶. En consecuencia se envía el expediente a la jurisdicción ordinaria.

- 2.1.2. La parte actora interpuso recurso de apelación oportunamente sustentado mediante memorial de 31 de marzo de 1999 ante esta Corporación⁷, alegando que la salud es uno de los fines constitucionales que debe cumplir el Estado, y que como servicio público a su cargo la prestación del servicio se hace a través del ejercicio de la función administrativa, razón por la cual es esta jurisdicción y no la ordinaria la competente para conocer de la acción de reparación directa de la parte demandante. Además agrega que puesto que es una actividad administrativa, la obligación de resarcir los perjuicios ocasionados en ejercicio de la función pública está a cargo del Estado.

- 2.1.3. Admitido el recurso el día 30 de abril de 1999, el Consejo de Estado resuelve mediante proveído de 8 de noviembre de 1999⁸, revocar la providencia del Tribunal Administrativo de Risaralda de 13 de noviembre de 1998 y en su defecto, admitir la demanda presentada por la parte actora.

- 2.1.4. Las razones del Tribunal para declarar administrativamente responsable y

⁴ Folio 12 C. No. 4.

⁵ Folios 66 C. No. 3 y 12 C. No. 4.

⁶ Folio 30 C. No.1.

⁷ Folios 44 a 55 C. No. 1.

⁸ Folios 60 a 70 C. No.1.

condenar a la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAMPESINA – COMCAJA– y al Dr. HERNANDO GARCÍA VELASCO, por los perjuicios ocasionados a la demandante se concentraron en el daño se produjo *“durante la práctica de la histerectomía o extirpación del útero, que fue el momento en que, se dice, se dejó una compresa en el interior del abdomen de la paciente”*; la víctima y sus familiares descubrieron tal eventualidad solo en el momento de la segunda intervención quirúrgica que fue ciertamente *“una medida correctiva en desmedro de los órganos internos que tuvieron que ser extirpados y otros liberados de la masa que les adhería”*⁹.

Del estudio de las pruebas el *a quo* confirma que del vientre de la paciente fue extraído quirúrgicamente *“una masa de color amarillo, de forma ovalada, de tamaño 12 x 8 centímetros, con un asa intestinal adherida de 23 centímetros y encontrándose el apéndice involucrado en dicha masa”*¹⁰.

En cuanto a la legitimación por pasiva, consideró que la Caja de Compensación campesina –COMCAJA–, en virtud del Contrato número 0083-114 de 1996¹¹, celebrado entre ésta y la fiduciaria La Previsora S.A., se obligó a *“prestar los servicios médico asistenciales... al personal de docentes activos y pensionados del departamento de Risaralda, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”*, exonerando de toda responsabilidad a la fiduciaria¹². Y en relación con el médico Doctor Hernando García Velasco, aun cuando el dictamen dice que *“el cirujano realizó correctamente el procedimiento quirúrgico, la historia clínica evidencia todo lo contrario, como que en el vientre de la paciente se dejó una compresa o material de cirugía provocó los daños”*. Por lo anterior, la Sala no acepta la excusa del Doctor García Velasco, en la que alega que la *“responsabilidad por el conteo de las compresas corresponde al personal de instrumentación, por cuanto el médico, en su calidad de profesional a cargo del acto médico quirúrgico, ha debido cerciorarse del retiro de la totalidad de las compresas utilizadas, máxime cuando de antemano se sabe y así lo ha expresado el mismo demandado en este proceso, que las compresas pueden fácilmente camuflarse con la sangre y con los órganos internos del paciente, circunstancia que obliga al profesional a prestar un mayor cuidado para evitar inconvenientes como el que se presentó en este caso”*¹³.

En consecuencia declara la responsabilidad en forma solidaria y por partes iguales, de la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAMPESINA –COMCAJA– y del Dr. HERNANDO GARCÍA VELASCO, teniendo en cuenta que *“a la actuación imputable al profesional, se siguió el transcurso de más de tres meses durante los cuales la paciente hubo de soportar las molestias de salud y sufrir más gravosas las consecuencias del hecho”*¹⁴.

2.2. Contestación de la demanda.

2.2.1. La CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAMPESINA –COMCAJA–, contestó la demanda en la oportunidad legal¹⁵, mediante escrito en que se opuso a las pretensiones por ineptitud de la demanda y manifestó como excepciones las siguientes: *ausencia de título y causa, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y caducidad de la acción.*

2.2.2. El señor HERNANDO GARCÍA VELASCO, contesto la demanda alegando

⁹ Folio 401 y 402 C. Ppal.

¹⁰ Folio 406 C. Ppal.

¹¹ Folio 89 C. No. 1.

¹² Folio 96 C. No. 1.

¹³ Folios 408 y 409 C. Ppal.

¹⁴ Folio 409 C. Ppal.

¹⁵ Folios 82 a 88 C. No. 1.

que no le constaban la mayoría de los cargos imputados; propuso las siguientes excepciones: *caducidad de la acción, inexistencia del daño, falta de nexos causal*. Oponiéndose finalmente a “*que se hagan las declaraciones y condenas que el demandante solicita*”¹⁶.

2.2.3. La FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., contestó oponiéndose a la demanda y formulando las siguientes excepciones: *caducidad de la acción, falta de legitimación en la causa pasiva e inexistencia de la obligación indemnizatoria*”¹⁷.

2.2.4. EL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, contestó la demanda solicitando que se denieguen la totalidad de las pretensiones ya que estas entidades no son responsables de la imputación de los perjuicios morales y materiales de la señora FABIOLA ZULUAGA GÓMEZ, por no haber éstas participado en el hecho. No reconoce ningún tipo de aflicción en la víctima o su círculo familiar cercano y presenta como excepciones: *la falta de legitimación en la causa por pasiva, la caducidad de la acción y la inexistencia de obligación pecuniaria por perjuicios morales*¹⁸.

2.3. Pruebas y audiencia de conciliación.

Mediante auto de fecha 31 de enero de 2001¹⁹, el Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda abrió a pruebas el proceso y mediante auto de fecha 24 de abril de 2002²⁰ resolvió no decretar la suspensión del proceso, solicitada por la demandada CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAMPESINA – COMCAJA²¹-. Citó a audiencia de conciliación por auto de 3 de junio de 2003²², que se llevó a cabo el día 25 de agosto del mismo año a las 2:30 p.m., la cual finalizó sin que las partes llegaran a un acuerdo²³.

2.4. Alegatos de conclusión.

2.4.1. Mediante auto de fecha 5 de noviembre de 2003, el Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda corrió traslado a las partes para alegar de conclusión²⁴.

2.4.2. El 12 de noviembre de 2003, el apoderado del señor HERNANDO GARCÍA VELASCO²⁵ radicó los alegatos de conclusión, donde ratificó su convencimiento de que había operado la caducidad de la acción; afirmó que el daño alegado por la señora Zuluaga Gómez no constituía un perjuicio cierto puesto que el “supuesto daño ocasionado” no le generó ningún tipo de secuela. El daño no es cierto y por esta razón en aplicación del artículo 1616 del C.C., el deudor solo debe responder por los perjuicios que son consecuencia inmediata y directa del incumplimiento del deudor y no de los mediatos o indirectos. Finalmente alegó que no existía nexo causal entre el “supuesto” dolor de la señora y su familia y la operación hecha por su

¹⁶ Folios 109 a 120 C.No.1.

¹⁷ Folios 149 a 159 C. No. 1.

¹⁸ Folios 238 a 253 C. No. 1-1.

¹⁹ Folio 284 a 288 C. No. 1.

²⁰ Folios 307 y 308 C. No. 1-1.

²¹ Folios 291 a 304 C. No. 1-1.

²² Folio 3119 C. No. 1-1.

²³ Folios 333 a 335 C. No. 1-1.

²⁴ Folio 347 C. No. 1-1.

²⁵ Folios 348 a 356 C. No. 1-1.

poderdante, puesto que de la histerectomía realizada por el Doctor García Velasco no podía derivarse la aflicción que sintieron la señora Zuluaga Gómez y su familia al creer que podía tener cáncer. Tal preocupación no puede considerarse daño moral sino “simplemente un estado anímico propio de la situación de incertidumbre sobre la potencialidad de un mal que ya se padece o de un estado de riesgo en el que el médico ha colocado a su paciente para tratar de curarlo”²⁶. Para finalizar ruega que se declare que no existió responsabilidad por parte de su representado.

- 2.4.3. El día 21 de noviembre de 2003, el apoderado de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.²⁷, presentó sus alegatos señalando que en el caso *sub judice* la responsabilidad era exclusiva del Contratista prestador de los servicios médicos, es decir, de la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAMPESINA –COMCAJA– de acuerdo con los términos del contrato No. 083-114/95²⁸.

“CLAUSULA PRIMERA. OBJETO:...PARAGRAFO TERCERO: EL CONTRATISTA se obliga a prestar, directamente o a través de las entidades que considere convenientes los servicios médico asistenciales objeto del presente contrato al personal docente activo o pensionado del departamento de Risaralda y a sus beneficiarios...”

“CLAUSULA SEGUNDA. OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA:...b) Disponer la práctica de los exámenes y procedimientos y la prestación de los correspondientes servicios en sus instalaciones o por fuera de ellas y en los casos que sea necesario, a través de otras instituciones (públicas y privadas) con las cuales podrá subcontratar la atención”.

Además señala que, teniendo en cuenta que dentro del objeto social de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., no está incluida la posibilidad de prestar servicios de salud, pues se trata de una entidad únicamente de servicios financieros, por lo tanto su representada no podría responder por una actividad que no puede realizar.

Pone de manifiesto que existe una exclusión de responsabilidad de acuerdo con la:

“CLAUSULA VIGESIMO TERCERA: RESPONSABILIDAD: La FIDUCIARIA no asume responsabilidad alguna frente a los usuarios de los servicios objeto del presente contrato cuando estos sean prestados en forma irregular o deficiente, o no sean prestados por cualquier causa.”²⁹.

Y además aclara que la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., “**no seleccionó ni le adjudicó el contrato de prestación de servicios médicos a COMCAJA, ni supervisó la ejecución del mismo**”³⁰. Puesto que la labor de ésta, se limitó solamente a la realización del trámite administrativo de convocatoria pública, pues las facultades de selección, toma de decisiones y adjudicación estaban legalmente atribuidas de manera exclusiva al CONSEJO DIRECTIVO DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

Alega igualmente, que la parte demandante no probó la existencia del perjuicio por la ausencia de secuelas permanentes y porque a su juicio y de acuerdo con los testimonios rendidos en el proceso la vida de la señora Zuluaga Gómez no se vio perjudicada o su salud limitada. Y no consta además ningún peritaje que así lo afirme o demuestre.

²⁶ Folio 352 C. No. 1-1.

²⁷ Folios 359 a 364 C. No. 1-1.

²⁸ Folios 89 y ss. C. No. 1.

²⁹ Folio 96 C. No. 1.

³⁰ Folio 361 C. No. 1-1.

Por último, reitera los argumentos presentados en la contestación de la demanda sobre la caducidad de la acción.

2.4.4. LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO³¹, por medio de su apoderada alegó y sustentó las razones por las que considera que ha operado la caducidad de la acción y solicitó exonerar de toda responsabilidad a su poderdante.

2.4.5. La parte demandante, por medio de su apoderado aprovecho su oportunidad procesal para alegar de conclusión sobre los siguientes puntos³²:

- a. Reafirmar que no opera la caducidad de la acción, por las razones expuestas en la demanda³³.
- b. Aseverar que la conducta del médico HERNANDO GARCÍA VELASCO, denota negligencia, impericia y mala práctica médica por el fallo a la hora de contar el número de compresas con las que se había realizado la intervención de la paciente y por no haber cumplido con sus funciones de supervisión del equipo médico a su cargo. Agrega que el mismo galeno ha sido ya condenado dentro de un proceso ordinario adelantado por la señora SANDRA MILENA GARCÍA CARDONA, ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pereira³⁴.
- c. Reiterar la existencia del daño sufrido por la señora MARÍA FABIOLA ZULUAGA GÓMEZ que le ha ocasionado graves perjuicios tanto a ella como a su familia.

2.4.6. El Procurador Judicial 37, guardó silencio.

3. Sentencia de primera instancia³⁵.

El Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda, declaró la responsabilidad administrativa y patrimonial, de la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAMPESINA –COMCAJA–, así como la responsabilidad del Dr. HERNANDO GARCÍA VELASCO, excluyendo a los demás demandados por las razones expuestas en la sentencia.

Con fundamento en lo anterior, el *a quo* condenó a la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAMPESINA –COMCAJA– y al Dr. HERNANDO GARCÍA VELASCO, a pagar solidariamente y por partes iguales, por concepto de perjuicios morales, el equivalente a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes en la fecha de ejecutoria de la sentencia, en favor de MARÍA FABIOLA ZULUAGA GÓMEZ, HUMBERTO MARÍN HURTADO, SEBASTIÁN MARÍN ZULUAGA y JUAN CAMILO MARÍN ZULUAGA.

4. Recurso de Apelación de la entidad demandada

Encontrándose dentro de la oportunidad legal la entidad demandada CAJA DE

³¹ Folios 365 a 368 C. No. 1-1.

³² Folios 369 a 377 C. No. 1-1.

³³ Folios 10 a 26 C. No. 1.

³⁴ Folios 89 a 98 C. No. 2.

³⁵ Folios 396 a 411 C. Ppal.

COMPENSACIÓN FAMILIAR CAMPESINA –COMCAJA–, mediante apoderado judicial, presentó³⁶ y sustentó³⁷ recurso de apelación en contra de la sentencia del *a quo*, donde expuso como razones del desacuerdo con la sentencia condenatoria que:

“el a quo se dedicó en primer lugar a establecer la falla del servicio y se olvidó (sic) por completo de examinar la relación de causalidad, como se evidencia en los puntos 4 y 5 de las consideraciones de la providencia enervada; nexo causal que seguramente consideró demostrado una vez encontró probada la falla del servicio, y por ello omitió, con (sic) en efecto lo hizo, analizar el nexos causal como elemento de la responsabilidad”.

Sostuvo que si bien COMCAJA contrató los servicios de salud con instituciones especializadas y entidades prestadoras del servicio de salud, como CASALUD URGENCIAS MÉDICAS LTDA., lugar donde al parecer tuvo ocasión el servicio médico defectuoso alegado por la señora ZULUAGA GÓMEZ, “(...) este hecho por sí (sic) solo no es suficiente para que pueda considerarse como causa generadora del daño, [puesto que] no debe olvidarse que quien practicó el procedimiento quirúrgico que provocó los daños fue el Dr. HERNANDO GARCÍA VELASCO y demás personal de instrumentación, todos profesionales vinculados directamente con la EPS CASALUD URGENCIAS LTDA y quien no tiene ningún vínculo con COMCAJA. Así las cosas estamos frente a UN HECHO EXCLUSIVO DE UN TERCERO, que exonera a mi patrocinada de cualquier responsabilidad en el asunto”.

Por lo anterior pide se revoque parcialmente la sentencia de fecha 30 de junio de 2004, a efectos de que se exonere a la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAMPESINA –COMCAJA– de cualquier responsabilidad administrativa y patrimonial frente a los perjuicios que en ella se cobran.

6. Actuación en segunda instancia.

6.1. El recurso de apelación fue admitido mediante providencia de 12 de noviembre de 2004³⁸ y por auto de 30 de noviembre del mismo año, se dispuso correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para rendir concepto si a bien lo tuviere³⁹.

6.2. La Procuraduría 4ª Delegada ante el Consejo de Estado, mediante escrito radicado en 1º de marzo de 2005⁴⁰, intervino en los siguientes términos:

- a. Considera que al momento de presentación de la demanda la acción no había caducado, puesto que si bien la intervención quirúrgica que se le realizó a la señora Zuluaga Gómez el día 27 de junio de 1996, es la que le va a ocasionar los dolores y problemas de salud posteriores, no es sino hasta la segunda operación (realizada del día 15 de octubre del mismo año) en que la paciente y su familia pueden valorar definitivamente la gravedad del daño. Además, teniendo en cuenta que del día 7 al 27 de octubre de 1998, según constancia de la Secretaría del Tribunal Administrativo de Risaralda⁴¹, no corrieron términos por la jornada nacional de protesta de la rama judicial, razón por la que la parte actora debía radicar la demanda el

³⁶ Folio 413 C. Ppal.

³⁷ Folios 421 a 423 C. Ppal.

³⁸ Folio 426 C. Ppal.

³⁹ Folio 427 C. Ppal.

⁴⁰ Folios 430 a 451 C. Ppal.

⁴¹ Folio 26 C. No. 1.

primer día hábil siguiente a que se reiniciaran las labores judiciales, tal y como efectivamente lo hizo radicándola el día 27 de octubre de 1998⁴².

- b. La legitimación en la causa por activa, se encuentra debidamente acreditada en el expediente, mediante los registros civiles correspondientes.
- c. La responsabilidad del Estado con fundamento en el artículo 90 C.P. en el caso en examen corresponde a una falla probada en el servicio, de acuerdo con la teoría jurídica moderna y los pronunciamientos del Consejo de Estado sobre el particular⁴³.
- d. Derivado de lo anterior, se encuentra que el daño sufrido por la señora ZULUAGA GÓMEZ, es antijurídico, cuantificable en dinero y que la víctima no estaba obligada a soportarlo.
- e. Puesto que la obligación de COMCAJA era la de proveer el servicio público de salud y vigilar a las EPS e IPS que contratara para tal fin, no es de recibo aceptar que la responsabilidad de esta entidad se desvanece por el hecho de elegir personal profesional para prestar los servicios médicos. Todo lo contrario, *“la obligación de la Entidad prestadora del servicio de salud, y el actuar en concurso o en forma concomitante del cirujano, son los hechos que permiten inferir la responsabilidad de éstos, por un obrar omisivo y negligente, por el que deben responder la referida Caja de Compensación Familiar Campesina –COMCAJA– y el galeno”*⁴⁴.

En conclusión el Delegado comparte el planteamiento del *a quo* y concluye que existe responsabilidad, puesto que la aflicción padecida por los actores se hubiera podido evitar, si el servicio se hubiera prestado en forma adecuada y eficiente. Por las razones anteriores solicita confirmar la decisión de primera instancia.

6.2.6. Las partes guardaron silencio en instancia de alegatos de conclusión.

CONSIDERACIONES

1. Aspectos Procesales Previos

1.1. Competencia

1.1.1. La Corporación es competente para decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAMPESINA –COMCAJA– contra la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda, el 30 de junio de 2004, mediante la cual se declararon no probadas las excepciones propuestas por los demandados y se declaró la responsabilidad administrativa y patrimonial de la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAMPESINA –COMCAJA– y del Dr. HERNANDO GARCÍA VELASCO.

1.1.2. Como quiera que la sentencia de primera instancia y el recurso de apelación tuvieron lugar para el año 2004, la norma aplicable, a efectos de determinar, en razón a la cuantía, la competencia en segunda instancia, es

⁴² Folio 25 C. No. 1.

⁴³ Folios 437 a 446 C. Ppal.

⁴⁴ Folio 450 C. Ppal.

el Decreto 597 de 1988, el cual señalaba que para el año 1998, fecha de presentación de la demanda, la cuantía mínima para que un proceso en acción de reparación directa fuere susceptible del recurso de apelación era de \$18'850.000, la cual se determina por el valor de las pretensiones sin tomar en cuenta los frutos, intereses, multas o perjuicios reclamados como accesorios, que se causen con posterioridad al libelo introductorio. En el caso concreto la pretensión mayor fue por concepto de perjuicio moral, el valor equivalente a 7800 gramos oro⁴⁵, cuantía ésta que supera la exigida para el recurso de apelación.

1.1.3. Debe precisarse, de igual forma, que como el recurso de alzada sólo lo interpuso la parte demandada, por lo tanto, la Sala resolverá a partir de lo señalado en el artículo 357 del C.P.C.⁴⁶, es decir, abordará el estudio sin hacer más gravosa la situación del apelante único, respetando así el principio de la *non reformatio in pejus*. Adicionalmente, luego de revisada la condena de primera instancia y los valores que en ella fueron concedidos, no se estructura el grado jurisdiccional de consulta.

1.2. Prueba mediante copia simple

Es necesario precisar lo concerniente a los documentos aportados en copia simple al proceso, en relación a lo cual el precedente jurisprudencial de la Sala ha señalado que, por la remisión expresa, que el artículo 168 del Código Contencioso Administrativo hace al régimen probatorio previsto en el Código de Procedimiento Civil, en cuanto a la admisibilidad, práctica y valoración de esta prueba documental, es aplicable el artículo 254 de este último, de acuerdo con el cual:

“Artículo 254.- [Modificado por el Decreto Ley 2282 de 1989, artículo 1. numeral 117]. Valor probatorio de las copias. Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, en los siguientes casos:

- 1. Cuando hayan sido autorizadas por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez, donde se encuentre el original o una copia autenticada.*
- 2. Cuando sean autenticadas por notario, previo cotejo con el original o la copia autenticada que se le presente.*
- 3. Cuando sean compulsadas del original o de copia autenticada en el curso de inspección judicial, salvo que la ley disponga otra cosa.”*

Norma esta que, como lo ha puntualizado la jurisprudencia, guarda concordancia con el numeral 7º del artículo 115 del mismo estatuto, a cuyo tenor en materia de copias de actuaciones judiciales, *“las copias auténticas requerirán auto que las ordene y la firma del secretario”*, puesto que se trata, *“...de un acto mixto o, si se quiere, de naturaleza compleja, habida cuenta que la autenticación de la copia de un documento que obre en un expediente judicial, reclama la participación del juez, en orden a posibilitar - mediante providencia previa- que la copia sea expedida con tal carácter, así como del secretario del respectivo juzgado, quien cumple la función de 'extender la diligencia de autenticación directamente o utilizando un sello', precisando 'que el contenido del documento corresponde exactamente al que tuvo a la vista', según lo establece el artículo 35 del Decreto 2148 de 1983, tras lo cual procederá a suscribirla con firma autógrafa, que*

⁴⁵ 7800 gramos oro por el valor de dicho metal del mes de octubre de 1998 –fecha de presentación de la demanda (\$14.375,74), nos da como resultado (\$112'130.772).

⁴⁶ Inciso primero: “La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones”

es en lo que consiste la autorización propiamente dicha.”⁴⁷

Por su parte, el artículo 253 *ibídem* establece que los documentos deben ser aportados al proceso en original o en copias, sin presentarse ningún inconveniente frente a los documentos originales pues su condición los exime del cumplimiento de cualquier formalidad adicional para su valoración probatoria. Contraria es la apreciación frente a los documentos allegados a través de copias, los cuales por determinación de la ley procesal (artículo 254 del C. de P. Civil) sólo podrán adquirir el mismo valor probatorio que el documento original, al cumplir con la exigencia de la autenticidad de las mismas, la cual se adquiere ya sea por “provenir de la autorización del funcionario ante quien reposa el original, ora por la autenticación del notario previo cotejo con el original o la copia autenticada que se le presente, ya por la reproducción del original o de copia auténtica que se ordene en el curso de una inspección judicial”, lo que genera seguridad al juzgador frente a su producción.⁴⁸

En consecuencia, las copias simples no son medios de convicción que puedan tener la virtualidad de hacer constar o demostrar los hechos que con las mismas se pretendan hacer valer ante la jurisdicción, en cuanto su estado desprovisto de autenticación impide su valoración probatoria, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 254 del C. de P. Civil antes citado.⁴⁹⁵⁰

1.3. Caducidad de la Acción en el caso concreto

El artículo 136 del C.C.A., consagra diferentes términos para intentar las acciones y sanciona su inobservancia con el fenómeno de la caducidad. Así, el numeral 8° dispone, sobre el término para intentar la acción de reparación directa:

“La de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquier otra causa.” (Resalta la Sala)

La ley consagra entonces, un término de dos años contados desde el día siguiente al acaecimiento de la causa del daño por el cual se demanda indemnización, para intentar la acción de reparación directa, vencido el cual no será posible solicitar la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado, porque habrá operado el fenómeno de la caducidad.

La caducidad como instituto procesal debe examinarse en el marco de su fundamento constitucional, que no es otro que el artículo 228 de la Constitución Política en el que se apoya la *ratio* de los términos procesales, los cuales deben responder al principio de diligencia de todos los sujetos que actúan en el proceso. En cuanto a este primer argumento, el precedente jurisprudencial constitucional señala,

47 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 22 de abril de 2002, Exp. 6636. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

48 Consejo de Estado, Sentencia de 3 de diciembre de 2008, Exp. 18205. M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

49 “...la exigencia del numeral 2° del artículo 254 es razonable, y no vulnera el artículo 83 de la Constitución, como tampoco el 228. En este caso, la autenticación de la copia para reconocerle ‘el mismo valor probatorio del original’ es un precepto que rige para todas las partes en el proceso, y que no tiene otra finalidad que rodear de garantías de certeza la demostración de los hechos, fundamento del reconocimiento de los derechos....” Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-023 de 11 de febrero de 1998, M.P. Jorge Arango Mejía.

50 Consejo de Estado, Sentencia de 2 de mayo de 2007, Exp. 31217 M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

*“... la Constitución no sólo pretende que los derechos de los ciudadanos se hagan efectivos, esto es, que se borre la consabida brecha entre normas válidas y normas eficaces, también pretende que los mecanismos por medio de los cuales los ciudadanos ven garantizados sus derechos sean efectivos. De ahí el énfasis en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad de la función administrativa consagrada en el artículo 209 y la exigencia contemplada en el artículo 228 de que los términos procesales se observen con diligencia so pena de sanciones.
(...)”⁵¹.*

Dicho fundamento constitucional orienta la aplicación de los términos procesales desde una perspectiva social, propia a la justicia distributiva [Rawls, Dworkin, Dobson], cuyo sustento se encuentra en la efectiva protección de los derechos y en la resolución definitiva de los conflictos que surgen a diario en el complejo tejido social. Lo anterior ratifica el precedente jurisprudencial constitucional según el cual,

“Desde esta perspectiva, es claro que la justicia, entendida como la resultante de la efectiva y recta mediación y resolución con carácter definitivo de los conflictos surgidos en el transcurso del devenir social, se mide en términos del referente social y no de uno de sus miembros”⁵².

Con base en estos presupuestos, el precedente jurisprudencial constitucional ha señalado que,

“Para nadie es desconocido que la sociedad entera tiene interés en que los procesos y controversias se cierren definitivamente, y que atendiendo ese propósito, se adoptan instituciones y mecanismos que pongan término a la posibilidad de realizar intemporal o indefinidamente actuaciones ante la administración de justicia, para que las partes actúen (sic) dentro de ciertos plazos y condiciones, desde luego, con observancia plena de las garantías constitucionales que aseguren amplias y plenas oportunidades de defensa y de contradicción del derecho en litigio”⁵³.

Se está poniendo de presente la necesidad de considerar la caducidad como un instituto que permite garantizar el derecho de acceso a la administración de justicia, lo que debe ser considerado, valorado y apreciado sin que haya lugar a su deformación y/o distorsión, porque sería como admitir su propia negación al colapsar el sistema jurídico, restarle eficacia y eficiencia al juez y plantear una suerte de ruptura al principio de confianza legítima. En este sentido, el precedente jurisprudencial constitucional considera,

“El derecho de acceso a la administración de justicia, sufriría grave distorsión en su verdadero significado si, como lo desean los demandantes, este pudiera concebirse como una posibilidad ilimitada, abierta a los ciudadanos sin condicionamientos de ninguna especie. Semejante concepción conduciría a la parálisis absoluta del aparato encargado de administrar justicia. Implícitamente supondría además la exoneración del individuo de toda ética de compromiso con la buena marcha de la justicia, y con su prestación recta y eficaz. Y, en fin (sic), el sacrificio de la colectividad, al prevalecer el interés particular sobre el general. En suma, esa concepción impediría su funcionamiento eficaz, y conduciría a la imposibilidad de que el Estado brindara a los ciudadanos reales posibilidades de resolución de sus conflictos. Todo lo cual sí resultaría francamente contrario a la Carta”⁵⁴.

⁵¹ Corte Constitucional, SC-165 de 1993.

⁵² Corte Constitucional, SC-165 de 1993.

⁵³ Corte Constitucional, SC-351 de 1994.

⁵⁴ Corte Constitucional, SC-351 de 1994.

A lo que se agrega por el precedente jurisprudencial constitucional,

“El derecho de acceso a la administración de justicia, sufriría grave distorsión en su verdadero significado si, como lo desean los demandantes, éste pudiera concebirse como una posibilidad ilimitada, abierta a los ciudadanos sin condicionamientos de ninguna especie. Semejante concepción conduciría a la parálisis absoluta del aparato encargado de administrar justicia... En suma, esa concepción impediría su funcionamiento eficaz, y conduciría a la imposibilidad de que el Estado brindara a los ciudadanos reales posibilidades de resolución de sus conflictos. Todo lo cual sí resultaría francamente contrario a la Carta”⁵⁵.

Desde la perspectiva propiamente del instituto de la caducidad, su alcance conforme al fundamento constitucional que se expresó, debe considerarse en los términos que el precedente constitucional ofrece,

“... la institución jurídica de la caducidad de la acción se fundamenta en que, como al ciudadano se le imponen obligaciones relacionadas con el cumplimiento de los deberes de colaboración con la justicia para tener acceso a su dispensación, su incumplimiento, o lo que es lo mismo, su no ejercicio dentro de los términos señalados por las leyes procesales -con plena observancia de las garantías constitucionales que integran el debido proceso y que aseguran plenas y amplias posibilidades de ejercitar el derecho de defensa-, constituye omisión en el cumplimiento de sus obligaciones de naturaleza constitucional y, por ende, acarrea para el Estado la imposibilidad jurídica de continuar ofreciéndole mayores recursos y oportunidades, ante la inactividad del titular del derecho en reclamar el ejercicio que le corresponde (sic).

De ahí que tampoco sea sostenible el argumento según el cual la caducidad frustra el derecho de acceso a la justicia pues, mal podría violarse este derecho respecto de quien gozando de la posibilidad de ejercerlo, opta por la vía de la inacción. Es imposible que pueda desconocerse o vulnerarse el derecho de quien ha hecho voluntaria dejación del mismo, renunciando a su ejercicio o no empleando la vigilancia que la preservación de su integridad demanda”⁵⁶.

Y cabe resaltar, que el ejercicio de la acción de reparación directa dentro de los términos fijados por el artículo 136 numeral 8º del C.C.A., representa una manifestación clara del principio de seguridad jurídica y de la prevalencia del interés general, por lo que el precedente jurisprudencial constitucional considera que la caducidad se constituye en el,

“... límite dentro del cual el ciudadano debe reclamar del Estado determinado derecho; por ende, la actitud negligente de quien estuvo legitimado en la causa no puede ser objeto de protección, pues es un hecho cierto que quien, dentro de las oportunidades procesales fijadas por la ley ejerce sus derechos, no se verá expuesto a perderlos por la ocurrencia del fenómeno indicado”⁵⁷.

A lo que se agrega, siguiendo el precedente jurisprudencial constitucional que,

“La caducidad es una institución jurídico procesal a través del cual, el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia. Su fundamento se haya en la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad jurídica, para evitar la paralización del tráfico jurídico. En esta medida, la caducidad no concede derechos subjetivos, sino que por el contrario apunta a la protección de un interés general. La caducidad

⁵⁵ Corte Constitucional, SC-418 de 1994.

⁵⁶ Corte Constitucional, SC-351 de 1994.

⁵⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-115 de 1998.

*impide el ejercicio de la acción, por lo cual, cuando se ha configurado no puede iniciarse válidamente el proceso*⁵⁸.

Está claro que la flexibilización que se pretende operar se hace sustentada en la invocación de la denominada “expectativa de recuperación” que es una manifestación, sin, duda, de la afirmación de un derecho subjetivo como prevalente, cuando, como lo resalta el precedente jurisprudencial constitucional el sentido del instituto procesal de la caducidad es la protección del interés general. Además, porque lo que justifica la aplicación de la caducidad es precisamente evitar la incertidumbre respecto al deber o no que cabría achacar al estado de reparar un daño antijurídico causado. En este sentido, el precedente jurisprudencial constitucional señala,

*“La justificación de la aplicación de la figura de la caducidad en las acciones contencioso administrativas, tiene como fundamento evitar la incertidumbre que podría generarse ya sea por la eventual anulación de un acto administrativo, o el deber que podría recaer sobre el Estado de reparar el patrimonio del particular afectado por una acción u omisión suya. Así, en esta materia, se han establecido plazos breves y perentorios para el ejercicio de estas acciones, transcurridos los cuales el derecho del particular no podrá reclamarse en consideración del interés general*⁵⁹.

En criterio de la Sala los términos de caducidad, en especial para el ejercicio de la acción de reparación directa, están fijados para ofrecer la certeza jurídica⁶⁰ a todo ciudadano que se crea con la posibilidad de invocar la tutela judicial, pero también a toda la colectividad, especialmente cuando se trata del respeto que merece proteger frente a la estabilidad cuando se trata de daños antijurídicos cuya causa y ocurrencia se consolidó en un momento temporal preciso, sin perjuicio del carácter continuado del mismo. En ese sentido, permitir la aplicación de la flexibilización del término de caducidad en materia de responsabilidad de la administración pública por falla en la actividad médica, que implica el ejercicio en cualquier tiempo de la acción, puede vulnerar los derechos al debido proceso y a la pronta administración de justicia, tal como se ha sostenido por el precedente jurisprudencial constitucional,

*“De ahí que, la posibilidad de ejercer la acción de reparación directa en cualquier tiempo, como lo pretende el actor, no sólo vulneraría los derechos al debido proceso y a la pronta administración de justicia, sino la seguridad y certeza jurídicas en que se fundamenta el Estado de derecho*⁶¹.

No obstante, en el *sub judice*, la Sala observa que aunque la demandante con posterioridad a la primera intervención quirúrgica del día 27 de junio de 1996 tuvo ciertos malestares y dolores abdominales fuertes, las explicaciones de los doctores, asegurándole que eran molestias pasajeras producto de la operación a la que había sido sometida, le impidieron tener conocimiento pleno del daño originado a su salud; circunstancia que se verificó solo hasta el día 15 de octubre del mismo año, fecha en que se le realizó la segunda operación con miras a extraer la masa anómala que aparecía en la ecografía y cuyo examen de patología determinó como *“una masa ovoide que peso 350 gramos y que midió 12x8 centímetros, la cual presentó una superficie externa de color amarillo irregular, la*

⁵⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-832 de 2001. Puede verse también sentencias C-394 de 2002, C-1033 de 2006, C-410 de 2010.

⁵⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-832 de 2001.

⁶⁰ Corte Constitucional, SC-115 de 1998.

⁶¹ Corte Constitucional, SC-115 de 1998.

*cual, al corte, correspondió a una compresa y que resultó ser una compresa*⁶².

Se observa entonces, que sólo hasta el 15 de octubre de 1996, se conoció la existencia de la compresa en el abdomen de la demandante MARÍA FABIOLA ZULUAGA GÓMEZ, siendo este el momento a partir del cual se determina el daño y se adquiere certeza del mismo. Sin embargo, debido a la jornada nacional de protesta de la Rama judicial⁶³, entre los días 7 y 27 de octubre de 1998, se hizo imposible que la demandante interpusiera la demanda antes del 15 de octubre de ese año (fecha de vencimiento de los dos años para que opere la caducidad). Superadas estas vicisitudes, la demanda se presentó en tiempo, puesto que se radicó el día 27 de octubre de 1998, primer día hábil en el que se reiniciaron labores después de la suspensión de términos en la Rama judicial, razón por la que no operó la caducidad, tal y como acertadamente lo manifestó el *a quo*⁶⁴.

2. Problema Jurídico

De acuerdo con lo expuesto, el problema jurídico que se plantea la Sala consiste en determinar, en un primer plano, si en el caso de autos, existe o no daño antijurídico y seguidamente establecer si éste es o no imputable a la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAMPESINA –COMCAJA– y/o al señor HERNANDO GARCÍA VELASCO.

3. Presupuestos para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado

Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización”⁶⁵ de la responsabilidad del Estado⁶⁶ y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados⁶⁷ y de su patrimonio⁶⁸, sin distinguir su condición, situación e interés⁶⁹. Como bien se sostiene en la doctrina,

⁶² Folios 14 C. No. 1 y 66 C. No. 3.

⁶³ Folio 26 C. No. 1.

⁶⁴ Folios 401 y 402 C. Ppal.

⁶⁵ En precedente jurisprudencial constitucional se indica: “*El Estado de Derecho se funda en dos grandes axiomas: El principio de legalidad y la responsabilidad patrimonial del Estado. La garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos no se preserva solamente con la exigencia a las autoridades públicas que en sus actuaciones se sujeten a la ley sino que también es esencial que si el Estado en ejercicio de sus poderes de intervención causa un daño antijurídico o lesión lo repare íntegramente*”. Corte Constitucional, Sentencia C-832 de 2001.

⁶⁶ La “*responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización*”. Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996. Postura que fue seguida en la sentencia C-892 de 2001, considerándose que el artículo 90 de la Carta Política “*consagra también un régimen único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general, que comprende todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos*”. Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001.

⁶⁷ Derechos e intereses que constitucional o sustancialmente reconocidos “*son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado*”. ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). *Cátedra Ernesto Garzón Valdés*. 1ª reimp. México, Fontamara, 2007, p.49.

⁶⁸ “*La responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro ordenamiento jurídico tiene como fundamento un principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos*”. Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

⁶⁹ La “*razón de ser de las autoridades públicas es defender a todos los ciudadanos y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Omitir tales funciones entraña la responsabilidad*

“La responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad⁷⁰; los daños cubiertos por la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público”⁷¹.

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado⁷² tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública⁷³ tanto por la acción, como por la omisión.

En estos términos, la responsabilidad extracontractual del Estado se puede configurar una vez se demuestre el daño antijurídico y la imputación (desde el ámbito fáctico y jurídico). Conforme a cual se analizará el caso a resolver.

4. Evolución jurisprudencial del concepto de responsabilidad médica en la actividad de la administración pública.

Trasladada la responsabilidad patrimonial del Estado al plano de la salud, se encuentra que el título de imputación emana tanto de una falla del servicio médico, consistente –en este caso– en el descuido o negligencia que ocasionó el abandono de una compresa en el abdomen de la paciente, como por una falla en el diagnóstico dado por los profesionales médicos a los síntomas experimentados por la señora María Fabiola Zuluaga Gómez en el postoperatorio.

Específicamente sobre el tema de la responsabilidad por la prestación de servicios de salud a cargo de la Administración Pública, antes de 1992 no se distinguían los

institucional y la pérdida de legitimidad. El estado debe utilizar todos los medios disponibles para que el respeto de la vida y derechos sea real y no solo meramente formal”. Sentencia de 26 de enero de 2006, Exp. AG-2001-213. En la doctrina puede verse STARCK, Boris. *Essai d une théorie general de la responsabilité civile considerée en sa double fonction de garantie et de peine privée.* Paris, 1947.

⁷⁰ *“La responsabilidad, a diferencia de la expropiación, no representa un instrumento en manos de la Administración para satisfacer el interés general, una potestad más de las que ésta dispone al llevar a cabo su actividad, sino un mecanismo de garantía destinado a paliar, precisamente, las consecuencias negativas que pueda generar dicha actividad. La responsabilidad, por así decirlo, no constituye una herramienta de actuación de la Administración, sino de reacción, de reparación de los daños por ésta producidos”.* MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema.* 1ª ed. Madrid, Civitas, 2001, p.120.

⁷¹ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema.*, ob., cit., pp.120-121.

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

⁷³ Conforme a lo establecido en el artículo 90 de la Carta Política *“los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al estado son: a) el daño antijurídico y b) la imputabilidad del Estado”.* Sentencia de 21 de octubre de 1999, Exps.10948-11643. Es, pues *“menester, que además de constatar la antijuridicidad del [daño], el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, ‘la imputatio juris’ además de la ‘imputatio facti’”.* Sentencia de 13 de julio de 1993. En el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: *“En efecto, el artículo de la Carta señala que para que el Estado deba responder, basta que exista un daño antijurídico que sea imputable a una autoridad pública. Por ello, como lo ha reiterado esta Corte, esta responsabilidad se configura “siempre y cuando: i) ocurra un daño antijurídico o lesión, ii) éste sea imputable a la acción u omisión de un ente público”.* Corte Constitucional, sentencias C-619 de 2002; C-918 de 2002.

daños provenientes del deficiente funcionamiento de las entidades prestadoras de servicios médico asistenciales y los causados por los actos médicos, y eran analizados en general, bajo el régimen de la falla probada del servicio, por lo cual quien alegaba haber sufrido un daño producido por una actuación u omisión imputable a determinada entidad prestadora de servicios médico-asistenciales, soportaba la carga de probar los tres extremos mencionados: el daño, el mal funcionamiento del servicio, y el nexo causal entre estos dos, para que prosperaran sus pretensiones⁷⁴.

“En sentencia de la Sala proferida ese año, varió el criterio respecto de los actos médicos propiamente dichos, al reconocer la jurisprudencia la complejidad que ellos encierran y en consecuencia las dificultades que desde el punto de vista probatorio implican para el paciente lego en la materia, en virtud de la cual ameritan un tratamiento diferente.

Es así como a partir de ese fallo, mientras que el régimen de responsabilidad aplicable en los casos de daños producidos con ocasión de los servicios prestados por las entidades hospitalarias, por ejemplo la atención y manipulación de los pacientes, el suministro de drogas, los procedimientos de enfermería, los exámenes de laboratorio, etc. etc., continuó siendo el de la falla del servicio probada en los términos enunciados -es decir que resulta indispensable acreditar los tres elementos que la componen: daño, falla propiamente dicha y nexo causal-, cuando se trate de determinar la responsabilidad médica, es decir aquella en la que interviene la actuación del profesional de la medicina en materias tales como diagnóstico, tratamiento, procedimientos quirúrgicos, etc. etc. en los que está en juego la aplicación de los conocimientos científicos y técnicos de la ciencia de la medicina, el tratamiento probatorio varía.

En efecto, en tales casos la jurisprudencia de esta Sala contempló la inversión de la carga de la prueba respecto del elemento “falla”, presumiendo su existencia y radicando en cabeza del demandante únicamente la carga de probar el daño y su nexo con el servicio; acreditados estos dos elementos de la responsabilidad, le corresponderá a la entidad demandada para exonerarse de la misma, la obligación de acreditar que su actuación fue oportuna, prudente, diligente, con pericia, es decir, que no hubo falla del servicio, o romper el nexo causal, mediante la acreditación de una causa extraña, como lo son la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho también exclusivo y determinante de un tercero.

Esta solución surge en aquellos casos en los cuales, por las particulares circunstancias en las que se produce el hecho dañoso, es la entidad demandada quien está en mejores condiciones de aportar la prueba; por ejemplo, cuando se aduce que el daño provino de una intervención quirúrgica, a la cual desde luego quienes tienen acceso y conocen todas sus incidencias, son precisamente los profesionales que la practicaron, mientras que el paciente o los parientes de éste, se hallan en imposibilidad de aportar las pruebas necesarias para acreditar la falla que se pudiera haber presentado por desconocer tanto la ciencia, como las incidencias mismas del procedimiento⁷⁵.

Al respecto, la Sala en la mencionada Sentencia, del 30 de julio de 1992, se

⁷⁴ Por ejemplo, la sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, de 5 de marzo de 1940, Magistrado Ponente Liborio Escallón, en la que se dice:

“Por lo tanto el médico no será responsable de la culpa o falta que se le imputan, sino cuando éstas hayan sido determinantes del perjuicio causado”

⁷⁵ Sentencia del 14 de diciembre de 2004; Expediente: 12.830. Actor: Libardo Garcés y/o. M.P: Ramiro Saavedra Becerra

pronunció en los siguientes términos:

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

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

Podrán así los médicos exonerarse de responsabilidad y con ello los centros clínicos oficiales que sirven al paciente, mediante la comprobación, que para ellos, se repite, es más fácil y práctica, de haber actuado con la eficiencia, prudencia o idoneidad requeridas por las circunstancias propias al caso concreto, permitiéndole al juzgador un mejor conocimiento de las causas, procedimientos, técnicas y motivos que llevaron al profesional a asumir determinada conducta o tratamiento”⁷⁶.

En sentencia del 10 de febrero de 2000, Expediente 11.878, dijo la Sala con relación a la anterior providencia:

“En relación con esta posición, reiterada por la jurisprudencia de esta Sala a partir de la expedición del fallo citado, se considera necesario precisar que, si bien tiene origen en el llamado principio de las cargas probatorias dinámicas -cuya aplicación, aunque no tiene sustento en nuestra legislación procesal, puede decirse que encuentra asidero suficiente en las normas constitucionales que relieves el principio de equidad- ha resultado planteada en términos tan definitivos que se ha puesto en peligro su propio fundamento. En efecto, el planteamiento ha llevado a aplicar, en todos los casos de daño causado en desarrollo de la prestación del servicio médico asistencial, la teoría de la falla del servicio presunta, exigiéndosele siempre a las entidades públicas demandadas la prueba de que dicho servicio fue prestado debidamente, para poder exonerarse de responsabilidad.

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

⁷⁶ Sentencia del 30 de julio de 1992, Expediente 6897. Actor: Gustavo Eduardo Ramírez.

Y en Sentencia del 1º de julio de 2004⁷⁷, luego de transcribir el anterior aparte, dijo la Sala:

“Así las cosas, se concluye que la demostración de la falla en la prestación del servicio médico asistencial será carga de la parte demandante, a menos que aquélla resulte extraordinariamente difícil o prácticamente imposible y dicha carga se torne, entonces, excesiva. Sólo en este evento y de manera excepcional, será procedente la inversión del deber probatorio, previa la inaplicación del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil -que obligaría a la parte actora a probar siempre el incumplimiento por el demandado de su deber de prestar debidamente el servicio mencionado-, por resultar la regla en él contenida, en el caso concreto, contraria a la equidad, prevista en el artículo 230 de la Constitución Política como criterio auxiliar de la actividad judicial.”⁷⁸

Quiere decir lo anterior, que la Sala retomó el régimen jurídico probatorio aplicable en materia contencioso administrativa, teniendo en cuenta para ello que de acuerdo con lo estipulado en el artículo 168 del Código Contencioso Administrativo, *“En los procesos ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de este Código, las del Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración”*.

Específicamente sobre el deber de probar los hechos fundamentales del proceso, el artículo 177 del C.P.C. establece que *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*, consagrando así el principio de la carga de la prueba, según el cual, al demandante le corresponde acreditar los hechos en los cuales edifica sus pretensiones.

De acuerdo con lo anterior, aun tratándose de la responsabilidad extracontractual del Estado derivada de una actividad médico asistencial a su cargo, cuando se demande buscando la indemnización de perjuicios que según la víctima del daño se produjeron con ocasión de una actuación u omisión atribuible a autoridades o entidades médicas y hospitalarias estatales, por actos médicos o asistenciales, en principio le corresponderá al interesado probar los extremos de tal responsabilidad; es decir, la existencia del daño antijurídico, y su imputabilidad a la parte demandada.

Dicha exigencia legal en materia probatoria, se ve morigerada en aquellos casos en los cuales, por razones de equidad, deba ser la entidad demandada quien asuma la carga probatoria, porque en razón de las especiales características del hecho a acreditar a ella le resulte más fácil aportar los medios de prueba mientras que para el demandante representaría una carga excesiva, como sucede por ejemplo, con las incidencias de los procedimientos quirúrgicos, que se adelantan a puerta cerrada en salas a las que sólo ingresa el personal autorizado y el paciente que será sometido a cirugía, y que por la misma razón no está en condiciones de enterarse de nada de lo que allí suceda.

Por otra parte, también lo ha reiterado la Sala, el nexo causal entre el daño y la actividad de la Administración debe aparecer acreditado puesto que el mismo no se presume, aunque en reconocimiento de la dificultad que surge en no pocas ocasiones para lograr tal prueba, por los elementos de carácter científico que pueden estar involucrados y que resultan de difícil comprensión y demostración por parte del interesado, se admite para ello *“...que la demostración de la*

⁷⁷ Expediente 14696. MP: Alier E. Hernández E.

⁷⁸ Sobre la aplicación de la equidad como criterio auxiliar de la actividad judicial, que permite la corrección de la ley para evitar una consecuencia injusta no prevista por el legislador, ver sentencias de la Corte Constitucional C-1547 de 2000 y SU-837 de 2002.

causalidad se realice de manera indiciaria, siempre que, dadas las circunstancias del caso, resulte muy difícil -si no imposible- para el demandante, la prueba directa de los hechos que permiten estructurar ese elemento de la obligación de indemnizar”⁷⁹.

En conclusión, y teniendo en cuenta el grado de evolución por el que ha transitado el tema de la Responsabilidad médica, en el caso *sub judice*, se examinarán los elementos constitutivos de la responsabilidad por la falla probada en el servicio, atendiendo a la complejidad del tema y a la dificultad probatoria para las partes.

5. Daño Antijurídico.

En cuanto al daño antijurídico, el precedente jurisprudencial constitucional señala que la,

“... antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima. De otra lado, la concepción del daño antijurídico a partir de la consideración de que quien lo sufre no está obligado a soportarlo constituye otra forma de plantear el principio constitucional según el cual, la igualdad frente a las cargas públicas es sustento de la actividad de la administración pública”⁸⁰.

Así pues, el precedente jurisprudencial constitucional ha señalado,

“La Corte Constitucional ha entendido que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración”⁸¹.

De igual manera, el precedente jurisprudencial constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los “principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución”⁸².

⁷⁹ Sentencia de 14 de junio de 2001. Expediente 11.901 y Sentencia de 13 de julio de 2005. Consejero Ponente, Ramito Saavedra Becerra. Exp. 13542.

⁸⁰ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. Así mismo, se considera: “El artículo 90 de la Carta, atendiendo las (sic) construcciones jurisprudenciales, le dio un nuevo enfoque normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado desplazando su fundamento desde la falla del servicio hasta el daño antijurídico. Ello implica la ampliación del espacio en el que puede declararse la responsabilidad patrimonial del Estado pues el punto de partida para la determinación de esa responsabilidad ya no está determinado por la irregular actuación estatal – bien sea por la no prestación del servicio, por la prestación irregular o por la prestación tardía- sino por la producción de un daño antijurídico que la víctima no está en el deber de soportar, independientemente de la regularidad o irregularidad de esa actuación”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002.

⁸¹ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-918 de 2002. A lo que se agrega: “El artículo 90 de la Constitución Política le suministró un nuevo panorama normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado. En primer lugar porque reguló expresamente una temática que entre nosotros por mucho tiempo estuvo supeditada a la labor hermenéutica de los jueces y que sólo tardíamente había sido regulada por la ley. Y en segundo lugar porque, al ligar la responsabilidad estatal a los fundamentos de la organización política por la que optó el constituyente de 1991, amplió expresamente el ámbito de la responsabilidad estatal haciendo que ella desbordara el límite de la falla del servicio y se enmarcara en el más amplio espacio del daño antijurídico”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002.

⁸² Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001.

Así mismo, queda claro que es un concepto constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente de la Sala un “Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos”⁸³. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable⁸⁴, anormal⁸⁵ y que se trate de una situación jurídicamente protegida⁸⁶.

De manera que, el juicio de responsabilidad inicia con la verificación de la existencia del daño antijurídico, que en el *sub judice* se encuentra probado, teniendo en cuenta que la demandante MARÍA FABIOLA ZULUAGA GÓMEZ fue objeto de una intervención médico quirúrgica, denominada histerectomía, el día 27 de junio de 1996, procedimiento realizado por CASALUD URGENCIAS MEDICAS LTDA., de conformidad con la historia clínica 14004⁸⁷.

El día 9 de julio del mismo año, al retirársele los puntos, la paciente manifiesta a sus médicos el dolor que estaba padeciendo⁸⁸. Siendo necesario practicarle un examen especializado el día 25 de julio, en el cual se evidenció una masa ecogénica localizada en la región umbilical⁸⁹.

La paciente continua sintiendo dolores en el abdomen como lo demuestran los controles y las visitas a la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAMPESINA – COMCAJA⁹⁰, la transcripción de las hojas de evolución, medicamentos y órdenes médicas⁹¹, así como el testimonio de la doctora Marta Teresa López Silva, quien atendió a la paciente por consulta externa⁹².

En atención a las graves dolencias y al resultado de las pruebas, que parecían presagiar un cáncer, el día 15 de octubre se le practicó una “laparotomía exploradora – recesión masa abdominal – recesión y anatomosis término terminal íleon – apendicectomía, intervención en la cual se observó masa de 10 x 10 cms. de diámetro con severa reacción inflamatoria adherida a asas, para lo cual se realizó la liberación de colon transverso e íleon discal adheridos a la masa”⁹³. Conforme a la copia del informe de quirúrgico obrante en la Historia Clínica 30287255 de la Clínica Los Rosales de Pereira⁹⁴. Se prueba la existencia del daño padecido por la señora MARÍA FABIOLA ZULUAGA GÓMEZ, por la negligencia en la primera intervención quirúrgica tanto de la entidad prestadora de salud Caja de Compensación Campesina –COMCAJA- como del médico tratante Dr. Hernando García Velasco, ocasionándole a la aquí demandante un daño antijurídico que no estaba en obligación de soportar. Sin lugar a dudas tales circunstancias menoscabaron la integridad física y psicológica de la paciente, y su

⁸³ Agregándose: “Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede exigirle al juez que, como no le alcanzan sus recursos fiscales, no le condene por ejemplo, por los atentados de la fuerza pública, contra la dignidad de la persona humana”. Sentencia de 9 de febrero de 1995. Exp.9550.

⁸⁴ Sentencia de 19 de mayo de 2005. Rad. 2001-01541 AG.

⁸⁵ “por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio”. Sentencia de 14 de septiembre de 2000. Exp.12166.

⁸⁶ Sentencia de 2 de junio de 2005. Rad. 1999-02382 AG.

⁸⁷ Folios 1 a 109 C. No. 3.

⁸⁸ Folio 34 C. No. 3.

⁸⁹ Folio 59 C. No. 3.

⁹⁰ Folios 60 a 65 C. No. 3.

⁹¹ C. No. 3. Historia Clínica 14004, 109 Folios.

⁹² Folios 39 a 42 C. No. 2.

⁹³ Folio 12 C. No. 4.

⁹⁴ Folios 1 a 15 C. No. 4.

dignidad humana, quien adicionalmente se ve obligada, junto con su núcleo familiar, a asumir las molestias, dolencias y riesgos que ello implicó.

Ahora bien, es claro que estas situaciones se encuentran ampliamente protegidas por el ordenamiento jurídico constitucional y legal colombiano, de manera que se tiene plenamente establecida la existencia del daño y su antijuridicidad.

5.2. Imputación de la responsabilidad al Estado

La Sala advierte que en aplicación del principio del *iura novit curia* se analiza el caso adecuando los supuestos fácticos al régimen de responsabilidad patrimonial del Estado que se ajuste debidamente, sin que esto implique una suerte de modificación o alteración de la causa *petendi*, ni que responda a la formulación de una hipótesis que se aleje de la realidad material del caso, ni que se establezca un curso causal hipotético de manera arbitraria.

De manera que es posible analizar la responsabilidad patrimonial del Estado bajo un título de imputación diferente a aquel invocado en la demanda, en aplicación al principio *iura novit curia*, que implica que frente a los hechos alegados y probados por la parte demandante, corresponde al juez definir la norma o el régimen aplicable al caso, potestad del juez que no debe confundirse con la modificación de la *causa petendi*, esto es, de los hechos que se enuncian en la demanda como fundamento de la pretensión⁹⁵.

“La circunstancia de que los hechos relatados en la demanda sean constitutivos de una falla del servicio, o conformen un evento de riesgo excepcional o puedan ser subsumidos en cualquier otro régimen de responsabilidad patrimonial de los entes públicos, es una valoración teórica que incumbe efectuar autónomamente al juzgador, como dispensador del derecho ante la realidad histórica que las partes demuestren”.⁹⁶

Por otro lado, de conformidad con la evolución jurisprudencial correspondiente a la falla en el servicio por responsabilidad médica, especialmente en materia de ginecológica y obstétrica, se concluye que actualmente el fundamento jurídico se ha cimentado sobre la base de la teoría de la falla probada, razón por la cual es el demandante quien debe acreditar los elementos de la responsabilidad⁹⁷.

Partiendo del análisis del caso en el marco de la falla probada del servicio como título de imputación⁹⁸, “(...) en la medida en que el demandante alegue que existió una falla del servicio médico asistencial que produjo el daño antijurídico por el cual reclama indemnización (...)”⁹⁹.

Dicho título de imputación opera, como lo señala la jurisprudencia de la Sección Tercera no sólo respecto de los daños indemnizables derivados de la muerte o de las lesiones corporales causadas, sino que también comprende:

⁹⁵ Consejo de Estado, sentencia de 3 de octubre de 2007, Exp. 22.655.

⁹⁶ Sentencia de 20 de febrero 1989, Exp. 4655.

⁹⁷ Sentencia de 3 de febrero de 2010, Exp: 18433. Sentencia de 28 de abril de 2010, Exp: 20087. Sentencia de 9 de junio de 2010, Exp: 18.683. Sentencia de 23 de junio de 2010. Sentencia de 21 de febrero de 2011, Exp: 20.371. Entre otras.

⁹⁸ Sentencias de agosto 31 de 2006. Exp. 15772; octubre 3 de 2007. Exp. 16.402; 23 de abril de 2008, Exp.15.750; 1 de octubre de 2008, Exp. 16843 y 16933; 15 de octubre de 2008, Exp. 16270; 28 de enero de 2009, Exp. 16700; 19 de febrero de 2009, Exp. 16080; 18 de febrero de 2010, Exp. 20536; 9 de junio de 2010, Exp. 18.683.

⁹⁹ Sentencia de 23 de septiembre de 2009, Exp. 17.986.

“(...) los que se constituyen por la vulneración del derecho a ser informado; por la lesión del derecho a la seguridad y protección dentro del centro médico hospitalario y, como en este caso, por lesión del derecho a recibir atención oportuna y eficaz”¹⁰⁰.

Cuando la falla probada en la prestación del servicio médico y hospitalario se funda en la “lesión al derecho a recibir atención oportuna y eficaz”, como se evidenció en el presente caso, puesto que en la historia clínica no se prueba con claridad que después de la operación quirúrgica practicada a la señora María Fabiola Zuluaga Gómez, la actuación del personal médico adscrito a la Caja de Compensación Familiar Campesina –COMCAJA- hubiera sido diligente y preciso en cuanto a los controles, tanto que no aparece relación entre los dolores que aquejaban a la paciente y las pruebas realizadas a la misma. Se observa que el oblitio quirúrgico, probado con la segunda intervención quirúrgica, le ocasionó a la aquí demandante una alteración en sus condiciones de salud que no estaba en obligación de soportar, ocasionándole como efecto la vulneración de la garantía constitucional que recubre el derecho a la salud, especialmente en lo que hace referencia al respeto del principio de integridad en la prestación de dicho servicio, el cual según el precedente jurisprudencial constitucional:

“La protección al derecho fundamental a la salud no se limita simplemente al reconocimiento de los servicios que se requieren con necesidad; sino que comprende también su acceso de manera oportuna, eficiente y de calidad. La prestación del servicio de salud es oportuna cuando la persona lo recibe en el momento que corresponde para recuperar su salud sin sufrir mayores dolores y deterioros. En forma similar, el servicio de salud se considera eficiente cuando los trámites administrativos a los que se somete al paciente para acceder a una prestación requerida son razonables, no demoran excesivamente el acceso y no imponen al interesado una carga que no le corresponde asumir. Por otro lado, el servicio de salud es de calidad cuando las entidades obligadas a prestarlo actúan de manera tal “que los usuarios del servicio no resulten víctimas de imponderables o de hechos que los conduzcan a la desgracia y que, aplicando con razonabilidad los recursos estatales disponibles, pueden ser evitados, o su impacto negativo reducido de manera significativa para la persona eventualmente afectada”¹⁰¹.

Dicho principio de integralidad del servicio exige considerar, según el precedente jurisprudencial constitucional, que:

“todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud”¹⁰².

A lo que se agrega, según el precedente jurisprudencial constitucional:

“Se considera por tanto que hay un daño, cuando se produce un dolor intenso, cuando se padece la incertidumbre y cuando se vive una larga e injustificada espera, en relación con la prestación de servicios médicos, la aplicación de medicamentos o la ejecución de procedimientos que no llegan o que se realizan de manera tardía o incomoda.

“Al respecto cabe destacar que el derecho a la salud de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

¹⁰⁰ Sentencia de 7 de octubre de 2009. Exp. 35656.

¹⁰¹ Corte Constitucional, sentencia T-104 de 2010.

¹⁰² Corte Constitucional, sentencia T-1059 de 2006.

-Debe ser integral:

“(...) la atención y el tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento¹⁰³, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente¹⁰⁴ o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud”¹⁰⁵.

5.3. La imputación en el caso en concreto.

Para demostrar la imputación del daño a la administración, en el caso de autos, se encuentra en el plenario, el siguiente material probatorio:

- a. Copia del Contrato celebrado entre la Fiduciaria la Previsora S.A. y la Caja de Compensación Familiar Campesina –COMCAJA–, tal y como consta en folios 89 y ss. Contrato de prestación de servicios No. 0083-114/96¹⁰⁶.
- b. Registro Civil de Nacimiento de JUAN CAMILO MARÍN ZULUAGA¹⁰⁷.
- c. Registro Civil de Nacimiento de SEBASTIÁN MARÍN ZULUAGA¹⁰⁸.
- d. Registro Civil de Matrimonio de la señora MARÍA FABIOLA ZULUAGA GÓMEZ y el señor NORBERTO MARÍN HURTADO¹⁰⁹.
- e. Historia Clínica 14004 de CASALUD URGENCIAS MÉDICAS LTDA.¹¹⁰
- f. Historia Clínica 302877255 de la Clínica Los Rosales de la ciudad de Pereira¹¹¹.
- g. Informe de Anatomía Patológica, de 13 de agosto de 1996, del Laboratorio Clínico CONTROLAB, dónde consta que la masa abdominal encontrada en el cuerpo del a víctima corresponde a una compresa¹¹².
- h. Informe de la evolución profesional de la paciente del día 14 de agosto de 2001, emitido por la Empresa Social del Estado Hospital Universitario San Jorge de Pereira¹¹³, firmado por el Doctor Ramón Jesús Ruíz Cabarcas, pronunciándose sobre la salud de la señora Zuluaga Gómez y la conducta del médico Hernando García Velasco.
- i. Copia simple de la Sentencia proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pereira de 3 de agosto de 2001 condenando civilmente al

¹⁰³ Que comprende, a su vez, diversas obligaciones: a) de habilidad y diligencia, referida la primera a aquellos supuestos en los que produzca un daño antijurídico como consecuencia de un diagnóstico, intervención o atención médica en un campo para el que el profesional, o la institución médica no tenga la aptitud o el personal idóneo en la especialidad necesaria, o de no consultar con un especialista, o de incumplirse el deber de aconsejar la remisión del paciente; b) obligación de medio técnicos, consistente en la existencia del material adecuado “para que el trabajo a realizar pueda efectuarse en condiciones normales de diagnóstico y tratamiento”; así como en el “mantenimiento en correcto estado de funcionamiento de los aparatos”, ámbito en el que cabe incluir la profilaxis necesaria, y; c) obligación de continuidad en el tratamiento”. FERNANDEZ HIERRO, José Manuel. Sistema de responsabilidad médica., ob., cit., pp.257 a 269.

¹⁰⁴ En este sentido se ha pronunciado la Corporación, entre otras, en la sentencia T- 136 de 2004 MP Manuel José Cepeda Espinosa

¹⁰⁵ Corte Constitucional, sentencias T- 1059 de 2006; T- 062 de 2006; T- 730 de 2007; T- 536 de 2007; T- 421 de 2007.

¹⁰⁶ Folios 89 a 104 C. No. 1.

¹⁰⁷ Folio 3 C. No. 1.

¹⁰⁸ Folio 4 C. No. 1.

¹⁰⁹ Folio 5 C. No. 1.

¹¹⁰ Folios 1 a 109 C. No. 3.

¹¹¹ Folios 1 a 15 C. No. 4.

¹¹² Folio 65 a 69 C. No. 3.

¹¹³ Folio 53 a 55 C. No. 2.

Doctor Hernando García Velasco, por los daños ocasionados a la demandante Sandra Milena García en un procedimiento de cesárea¹¹⁴.

Adicionalmente se encuentran dentro del acervo probatorio los testimonios solicitados por las partes cuyas declaraciones aportan la siguiente información:

Doctor **RODOLFO CABRALES**¹¹⁵, quien manifestó que al realizarle un examen físico a la paciente detectó una masa al palparle la parte media del abdomen, de más o menos 10 x 8 cms., móvil y dolorosa, razón por la que le fijó una cirugía por posible quiste mesentérico y Leiomiosarcoma. Después de los correspondientes exámenes de laboratorio, procedió a operarla el día 15 de octubre de 1996, hallando *“una masa de más o menos 10 x 10 cms., con gran inflamación y severas adherencias al intestino delgado y al apéndice que requirieron, para poder extraer la masa, la resección de más o menos 25 cm de la parte distal del intestino delgado y una anastomosis (sutura de intestino a intestino); además se realizó apendicectomía”*.

Además confirmó que al realizar la operación descartó la presencia de algún tumor, y que lo que encontró en realidad fue una tela que no podía confundirse con una masa producida por el mismo organismo. Al ser interrogado sobre si ese cuerpo extraño podría ser una compresa, *“CONTESTO: Sí. Podría ser, pero requiere comprobación histológica”*. Reconoció también que pese a que el intestino se recupera fácilmente, la señora Zuluaga Gómez, *“pudo presentar cuadros de dolor abdominal y diarreas de corta evolución...pero dada la magnitud de la resección es altamente probable que no tenga ningún compromiso general”*.

MARTHA TERESA LÓPEZ SILVA, quien afirma no recordar a ciencia cierta lo sucedido y lee la historia clínica que se le presenta, aduciendo que el médico tratante es quien tiene la dirección del quirófano y de las intervenciones quirúrgicas¹¹⁶.

Por último el Interrogatorio de parte del Doctor **HERNANDO GARCÍA VELASCO**¹¹⁷, en el que manifiesta que no hubo ningún error médico en el procedimiento realizado a la señora Zuluaga Gómez y que el posible fallo en cuanto al recuento de compresas *“es un tendón de Aquiles en un acto quirúrgico, y se han ideado múltiples procedimientos para evitar que las compresas queden en cavidad, por ejemplo que tengan un indicativo azul para que contraste con la sangre o que tengan un indicativo para que sean visibles a los rayos x, pero definitivamente el método más utilizado es el conteo previo y el conteo al iniciar el cierre de la cavidad. Lo relativamente frecuente quiere decir que uno en los quirófanos ve que los cirujanos extraen compresas, dos, tres veces al año, sino un poquito más”*. Sin embargo, alega que lo que se le extrajo a la paciente no puso en riesgo su vida y como no le causó secuelas no se le puede atribuir ningún tipo de daño.

Contrario a lo expuesto en los testimonios anteriores, el hecho de que el Doctor Hernando García Velasco, haya dejado en el abdomen de la paciente una compresa al realizarle la histerectomía¹¹⁸ ratifica la responsabilidad del mismo en la producción del daño, puesto que de dicha circunstancia se derivaron todas las alteraciones a la salud y a la integridad de la vida de la señora María Fabiola

¹¹⁴ Folios 89 a 98 C. No. 2.

¹¹⁵ Folios 73 a 75 C. No. 2.

¹¹⁶ Folios 39 a 42 C. No. 2.

¹¹⁷ Folios 76 a 78 C. No. 2.

¹¹⁸ Folios 66 a 69 C. No. 3.

Zuluaga Gómez y a su grupo familiar, llevándola a pensar incluso que podría tener un tumor y padecer cáncer.

En síntesis, queda claro para la Sala que se encuentra demostrada la falla en el servicio, constituida por el “oblito quirúrgico” consistente en haber dejado alojada una compresa en el cuerpo de la paciente después de realizada la operación quirúrgica, falla que vino a concretarse y constatarse el 15 de octubre de 1998, esto es, al momento de su extracción y que representa sin duda alguna, una prestación ineficiente, inadecuada y no correspondiente con los protocolos médicos y exigencias legales vigentes para la época de los hechos. Y se trata de una falla probada por cuanto se logró acreditar que el cuerpo extraño se dejó por no observar la atención y diligencia mínima exigible en procedimientos quirúrgicos que como es el caso de autos no puede permitirse en el estado de conocimiento de la ciencia y de la técnica.

En relación con el hecho del tercero como eximente de responsabilidad alegado por la parte demandada, cabe mencionar que la doctrina y la jurisprudencia han elaborado esta tesis bajo la aplicación de cuatro elementos. Así, se ha dicho que la actuación del tercero debe ser exclusiva¹¹⁹ y única, determinante¹²⁰, imprevisible¹²¹ e irresistible¹²² para que se convierta en una causal de exoneración de la responsabilidad de la administración.

“La constitución de la causal, denominada hecho de un tercero, exige que la actuación alegada como tal, sea exclusiva y determinante en la producción del daño, y que además sea imprevisible e irresistible para la Administración, para lo cual debe acreditarse que el tercero participó de forma preponderante en la realización del injusto”¹²³.

En el caso de autos, observa la Sala que no estamos en presencia del hecho de un tercero, puesto que la Caja de Compensación campesina –COMCAJA–, en virtud del Contrato número 0083-114 de 1996¹²⁴, celebrado entre ésta y la fiduciaria La Previsora S.A., estaba obligada a “prestar los servicios médico asistenciales... al personal de docentes activos y pensionados del departamento de Risaralda, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”. Y por lo tanto es directamente responsable de las fallas que se originen en el ejercicio del mismo, así como también de la elección del personal que para el cumplimiento de tal función elija, y de la supervisión y vigilancia del servicio público de salud. Igualmente, el Doctor Hernando García Velasco, al ser un agente profesional especializado de la Caja de Compensación campesina –COMCAJA– es responsable de los servicios médicos que ésta ofrece. Por todo lo anterior, no se configuran los 4 elementos necesarios para poder reconocer la eximente de responsabilidad por el hecho de un tercero¹²⁵, puesto que es indudable que la actuación del médico como agente de la Caja de Compensación campesina –COMCAJA– fue la que ocasionó el daño a la señora MARÍA FABIOLA ZULUAGA

¹¹⁹ Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición, presenta la siguiente definición: 1. Adj. Que excluye o tiene fuerza o virtud para excluir. 2. Adj. Único, solo, excluyendo a cualquier otro.

¹²⁰ Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición, presenta la siguiente definición: Que determina o hace tomar alguna resolución.

¹²¹ Es decir, que no se puede prever lo que ha de suceder, ya sea mediante conjeturas, señales o indicios.

¹²² Que no pueda resistirse, rechazarse u oponerse a su fuerza.

¹²³ Consejo de Estado, sentencia de 18 de marzo de 2010, Exp. 18.357.

¹²⁴ Folio 89 C. No. 1.

¹²⁵ Esta es la situación por la cual la coparticipación del tercero no es constitutiva de exonerante de responsabilidad; para que la conducta del tercero fuera exonerante se requeriría su exclusividad y, además, que fuera determinante en la producción del daño (Consejo de Estado, sentencia de 22 de junio de 2001, Exp. 13.233)

GÓMEZ. La conducta negligente y la mala práctica médica verificada a la hora de encontrar una compresa en el abdomen de la víctima no pueden ser consideradas entonces como circunstancias irresistibles e imprevisibles en la prestación del servicio de salud.

En consecuencia la Sala confirmará la sentencia del *a quo*, en el sentido de declarar administrativa y patrimonialmente responsable a la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAMPESINA –COMCAJA– y al Dr. HERNANDO GARCÍA VELASCO, por los perjuicios ocasionados a la demandante con ocasión de la pérdida del apéndice y de parte del intestino (íleon), dentro de las circunstancias que se dejaron precisadas en la parte motiva.

A continuación la Sala examinará la procedencia del reconocimiento y tasación de los perjuicios.

6. La indemnización del perjuicio

6.1. Perjuicios morales

Los demandantes solicitaron a título de perjuicios morales, el valor equivalente a 7800 gramos oro, distribuidos así: 2300 gramos oro para casa uno de los señores NORBERTO MARÍN HURTADO y MARIA FABIOLA ZULUAGA GÓMEZ y 1300 gramos oro para cada uno de los menores SEBASTIÁN Y JUAN CAMILO MARÍN ZULUAGA.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala, se procede a su reconocimiento en Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes, teniendo en cuenta los criterios vertidos en la sentencia de 6 de septiembre de 2001 (Exps. 13.232 y 15.646), que abandonó 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 perjuicios morales, y en su lugar, estableció que la tasación de dichos perjuicios se fijará en salarios mínimos legales mensuales vigentes por una estimación que responda a la reparación integral y equitativa del daño.

Con este razonamiento la Sala perseguía adoptar criterios propios para la tasación del perjuicio moral que obedecieran a lo dispuesto por el Código Contencioso Administrativo, fundamentándose así en el artículo 178 *ibídem*, según el cual las condenas que se resuelvan mediante sentencias de lo contencioso administrativo deberán efectuarse en sumas líquidas y en moneda legal colombiana, en razón a ello se acogió el reconocimiento de la indemnización por perjuicio moral en salarios mínimos vigentes al momento de la sentencia condenatoria, criterio que solo sería aplicable a situaciones expuestas a la decisión de los jueces con posterioridad a la fecha de su adopción.

Ahora bien, el mismo artículo 178 contempló que los ajustes de las condenas impuestas por el contencioso sólo podrían determinarse tomando como base el índice de precios al consumidor, o al por mayor, por lo cual la Sala, teniendo en cuenta que la condena impuesta por perjuicios morales a favor de los demandantes no fue objeto de recurso, sólo procederá a indexar el valor reconocido por el *a quo*,

De acuerdo a lo anterior, la indemnización por perjuicios morales actualizada es la siguiente:

NOMBRE	PARENTESCO	PERJUICIO MORAL (reconocido en primera instancia)	PERJUICIO MORAL (reconocido)
MARÍA FABIOLA ZULUAGA GÓMEZ	Víctima	2300 gramos oro	30 SMLMV
NORBERTO MARÍN HURTADO	Cónyuge	2300 gramos oro	30 SMLMV
JUAN CAMILO MARÍN ZULUAGA	Hijo	1300 gramos oro	30 SMLMV
SEBASTIÁN MARÍN ZULUAGA	Hijo	1300 gramos oro	30 SMLMV

En primer lugar, se encuentra acreditado el parentesco entre la víctima directa del daño antijurídico y los demandantes pues obra el registro civil de matrimonio de MARÍA FABIOLA ZULUAGA GÓMEZ y NORBERTO MARÍN HURTADO¹²⁶, con lo cual se acredita su calidad de cónyuges entre sí, y los registros civiles de nacimiento de JUAN CAMILO y SEBASTIÁN MARÍN ZULUAGA¹²⁷, en los cuales consta que son hijos de MARÍA FABIOLA ZULUAGA GÓMEZ y NORBERTO MARÍN HURTADO.

Por otro lado, teniendo en cuenta que el daño moral lo constituyen, entre otros, los sentimientos de dolor, aflicción, ansiedad, desasosiego y tristeza que naturalmente se producen en el ser humano con la lesión de un integrante de su núcleo familiar más cercano, no solo por el vínculo consanguíneo entre ellos existente sino, también, por las condiciones de convivencia, cercanía sentimental y apego que los liga, la Sala acude a la presunción de este perjuicio en los demandantes.

Ahora bien, se observa que los demandantes se encuentran dentro del grado de consanguinidad más próximo con la víctima y, se presume que padecieron el dolor como consecuencia de los hechos. En otras palabras, se corrobora la presunción de aflicción en cabeza de los demandantes, con ocasión del daño antijurídico ocasionado a MARÍA FABIOLA ZULUAGA GÓMEZ, circunstancias que los parientes más cercanos debieron afrontar con dolor, angustia y aflicción, teniendo en cuenta que dentro del desarrollo de la personalidad y del individuo está la de hacer parte de una familia como espacio básico de toda sociedad¹²⁸.

La Sala, como ya se dijo, tendrá en cuenta los criterios vertidos en la sentencia de 6 de septiembre de 2001 (Exps. 13.232 y 15.646) fijándose en salarios mínimos legales mensuales vigentes como medida de tasación, con lo que corresponda a la reparación integral y equitativa del daño al estimarse en moneda legal colombiana. Si bien, a partir de 2001 la jurisprudencia viene aplicando como criterio de estimación de los perjuicios morales el salario mínimo mensual legal vigente, no deja de seguir siendo un ejercicio discrecional (*arbitrio iudicis*) del juez de tasar tales perjuicios, sin lograr, aún, la consolidación de elementos objetivos en los que pueda apuntarse la valoración, estimación y tasación de los mismos, con lo que se responda a los principios de proporcionalidad y razonabilidad con lo que debe operar el juez y, no simplemente sustentarse en la denominada “cierta discrecionalidad”.

¹²⁶ Folio 5 C. No. 1.

¹²⁷ Folios 3 y 4 C. No. 1.

¹²⁸ Sentencias del 18 de marzo de 2010, Expedientes: 32651 y 18569.

En relación con el perjuicio moral, el precedente de la Corte Suprema de Justicia sostiene su carácter inconmensurable, lo que exige que su tasación no obedezca a criterio alguno de compensación. En ese sentido, se señala,

“En torno al perjuicio moral es de recordar que su indemnización no obedece a un criterio compensatorio, desde luego que la vida humana es inconmensurable, sino a uno satisfactorio, destinado a mitigar en lo posible la enorme pena que en el fondo queda ante la ausencia de un ser amado, razón por la cual en su apreciación han de considerarse el dolor de quien lo sufre, la intensidad de su congoja, la cercanía con el ser perdido, entre otras cosas, para con cimiento en la equidad arribar al más justo valor, distante por lo general de la matemática exactitud con que se escruta el daño material”¹²⁹.

7. Condena en costas

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y como en este caso ninguna de aquellas actuó de esa forma, no se impondrán.

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

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, esto es, la proferida el 30 de junio de 2004, por el Tribunal Administrativo de Risaralda¹³⁰, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: NEGAR las demás pretensiones.

TERCERO: DAR cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, para lo cual se expedirá copia de la sentencia de segunda instancia, conforme al artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

CUARTO: Sin condena en costas

QUINTO: Devuélvase el expediente al Tribunal de origen una vez ejecutoriada la presente sentencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

¹²⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia de 15 de abril de 2009. Exp. 1995-10351.

¹³⁰ Folios 396 a 411 C. Ppal.

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Magistrado

ENRIQUE GIL BOTERO
Presidente
Aclaró voto

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Magistrado ponente