

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN B**

Consejera Ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Bogotá D. C., cinco (05) de octubre de dos mil diecisiete (2017)

Radicación: 170011233100020000143501 (30122)
Proceso: Acción de reparación directa
Actor: Alfonso Zuluaga Aristizabal y otros
Demandado: Hospital San Juan de Dios de Pensilvania y Municipio de Pensilvania

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y el llamado en garantía contra la sentencia proferida el 2 de noviembre de 2004 por la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Antioquia, Risaralda, Caldas y Chocó mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones.

Dispuso el fallo impugnado:

Primero: Decláranse no probadas las excepciones propuestas por el Municipio de Pensilvania y el llamado en garantía.

Segundo: Decláranse al Municipio de Pensilvania, al Hospital San Juan de Dios y al doctor Juan Manuel Venegas solidariamente responsables de los perjuicios causados a los demandantes. En consecuencia, reconózcense los siguientes conceptos:

Perjuicios morales:

Para Alfonso Zuluaga Aristizabal: Treinta salarios mínimos legales mensuales (30)

Para María Edith Zuluaga Valencia: Veinte Salarios mínimos legales mensuales (20)

Para los menores Mauricio, Gloria Patricia y Diego Zuluaga Zuluaga: diez salarios mínimos legales mensuales (10) para cada uno de ellos.

Perjuicios fisiológicos

Para el señor Zuluaga en la suma de cuarenta salarios mínimos mensuales (40)

Tercero: Conforme al artículo 171 del C.C.A, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 DE 1998, no considera la Sala la procedencia de la condena en costas, por cuanto la conducta desplegada por las partes no lo amerita.

ANTECEDENTES

1. Pretensiones

El 13 de diciembre de 2000, en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, a través de apoderado, los señores Alfonso Zuluaga Aristizábal en su nombre y en representación de los menores Mauricio, Gloria Patricia y Diego Zuluaga Zuluaga; María Edith Zuluaga Valencia y José Elías Valencia Orozco presentaron demanda contra el Instituto de los Seguros Sociales, por las lesiones causadas al señor Zuluaga Aristizábal con ocasión de las sucesivas intervenciones quirúrgicas realizadas en el Hospital Local San Juan de Dios de Pensilvania, Caldas.

Para el efecto se pretende:

1. Que el Hospital Local San Juan de Dios de Pensilvania, Empresa Social del Estado y el Municipio de Pensilvania, son solidaria y administrativamente responsables de la totalidad de los daños y perjuicios, patrimoniales y extrapatrimoniales, ocasionados a Alfonso Zuluaga Aristizábal, sus hijos menores Mauricio, Gloria Patricia y Diego Zuluaga Zuluaga; así como los señores María Edith Zuluaga Valencia y José Elías Valencia Orozco, como consecuencia del error médico en unas intervenciones quirúrgicas practicadas los días 11 de septiembre de 1997, 18 de diciembre de 1997 y 30 de diciembre de 1998, a Alfonso Zuluaga Aristizábal, padre esposo y cuñado respectivamente.

2. Que, en consecuencia, el Hospital Local San Juan de Dios de Pensilvania, Empresa Social del Estado y el Municipio de Pensilvania, están obligados a cancelar al señor Alfonso Zuluaga Aristizábal, por concepto de perjuicios morales, la cantidad equivalente a dos mil gramos oro; el valor del gramo oro será el de la fecha de la ocurrencia del hecho y el mismo se actualizará a la fecha de la sentencia o de su ejecutoria, tal como se razona para la liquidación de los perjuicios materiales, o en su defecto, el valor del metal precioso al momento de ejecutoria del proveído que ponga fin al proceso.

3. De igual manera, el Hospital Local San Juan de Dios de Pensilvania-Empresa Social del Estado y el municipio de Pensilvania, están obligados a cancelar a la señora María Edith Zuluaga Valencia, así como a los menores Mauricio, Gloria Patricia y Diego Zuluaga Zuluaga y a José Elías Valencia Orozco; la primera en calidad de esposa, los menores en calidad de hijos y el último por parentesco por afinidad legítima con el señor Alfonso Zuluaga Aristizábal; por concepto de perjuicios morales, a cada uno, la cantidad equivalente a mil gramos oro; el valor del gramo oro será el de la fecha de la ocurrencia del hecho y el mismo se actualizará a la fecha de la sentencia o de su ejecutoria, tal como se razona para la liquidación de los perjuicios

materiales, o en su defecto, el valor del metal precioso al momento de ejecutoria del proveído que ponga fin al proceso.

4. Además, el Hospital Local San Juan de Dios de Pensilvania-Empresa Social del Estado y el Municipio de Pensilvania, están obligados a cancelar al señor Alfonso Zuluaga Aristizábal, por concepto de perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante), derivados de los múltiples daños económicos que realizó, así como la pérdida de la capacidad laboral, por el daño sufrido ante la deficiente atención médica. Al momento de hacer el respectivo cálculo se incrementará de un porcentaje del veinticinco (25%) correspondiente al concepto de prestaciones sociales, para efectos del cálculo se partirá del salario que devengaba a la fecha de la ocurrencia del hecho.

5. Que el Hospital Local San Juan de Dios de Pensilvania-Empresa Social del Estado y el Municipio de Pensilvania, están obligados a cancelar al señor Alfonso Zuluaga Aristizábal, por concepto de perjuicios fisiológicos, derivados de la pérdida del goce de vivir, del equilibrio de un cuerpo sano, como consecuencia del daño producido por la deficiente atención médica; suma que se estima en el equivalente a dos mil gramos oro.

6. Del mismo modo el Hospital Local San Juan de Dios de Pensilvania-Empresa Social del Estado y el Municipio de Pensilvania, están obligados a cancelar al señor Alfonso Zuluaga Aristizábal, por concepto de perjuicios de alteración de condiciones de la existencia o daño a la vida de relación, pues el modo de vida individual, social y familiar, se transformó profundamente, perjuicio que se estima en la suma equivalente a dos mil gramos oro.

7. Que se condene igualmente al Hospital Local San Juan de Dios de Pensilvania-Empresa Social del Estado y el Municipio de Pensilvania, al pago de las costas del proceso conforme a la Ley 446 de 1998, en concordancia con los criterios de aplicación del artículo 199 del Decreto 2282 de 1989, esto es, las tarifas establecidas con aprobación del Ministerio de Justicia para este tipo de proceso a cuota litis en lo atinente a las agencias en derecho y dentro de los lineamientos expuestos en la sentencia C-539 de julio 28 de 1999.

8. Que las entidades demandadas deberán dar cumplimiento a la sentencia que en su contra llegue a dictarse en los términos de los artículos 176 y siguientes del Código Contencioso Administrativo, teniendo en cuenta la inexequibilidad parcial del artículo 177 declarada mediante la sentencia C-188 de 1999.

2. Fundamentos de hecho

En síntesis, como fundamneto fáctico de las pretensiones la parte demandante expuso:

1. Los señores Alfonso Zuluaga Aristizábal y María Edith Zuluaga Valencia contrajeron matrimonio el día 19 de septiembre de 1981. De esa unión son hijos Mauricio, Gloria Patricia y Diego Zuluaga Zuluaga.

2. El día 25 de agosto de 1997, al señor Alfonso Zuluaga Aristizábal le fue diagnosticada una hernia inguinal derecha, operada el día 11 de septiembre

del mismo año en el Hospital Local San Juan de Dios, por el médico Juan Manuel Venegas.

3. A partir del momento de la intervención quirúrgica, el señor Alfonso Zuluaga Aristizábal comenzó a experimentar fuertes dolores, tipo cólico, en el lado derecho del abdomen. Estos dolores le impedían caminar.

4. El señor Alfonso Zuluaga Aristizábal acudía dos veces por semana al Hospital Local San Juan de Dios, buscando la curación, pero los dolores empeoraban. Ante esta situación, fue intervenido quirúrgicamente el día 18 de diciembre de 1997, nuevamente por el dr. Venegas.

5. Los dolores continuaron y comenzó a sangrar. Igualmente le apareció una carnosidad. A pesar de los esfuerzos de los paramédicos los síntomas no desaparecían. El señor Zuluaga continuó asistiendo a los controles en el Hospital. La ausencia de signos de mejoría llevó a que el antes nombrado fuera intervenido quirúrgicamente, una vez más, el 30 de diciembre de 1998, esta vez por el dr. Jairo Antonio Ríos. En dicha intervención se descubrió que en el interior del cuerpo del paciente había una compresa de gasa de aproximadamente 20 cms, en estado de descomposición, purulenta y fétida, adherida al intestino.

6. La historia clínica abierta en el Hospital Local San Juan de Dios de Pensilvania se caracteriza por sus enormes vacíos, desorden, ilegibilidad de la letra y uso recurrente de siglas que impiden su comprensión.

3. Intervención pasiva

3.1. Municipio de Pensilvania

La entidad territorial reconoció los hechos relativos a la cirugía y el oblitio quirúrgico, pero negó su responsabilidad, dado que el médico que realizó la cirugía no pertenece a su planta de personal sino a la Asociación Caldense de Médicos Especialistas (ACME), con la que el Hospital tiene contrato de prestación de servicios. Resaltó que, en virtud de este último, la Asociación se comprometió a prestar al municipio servicios de Cirugía General, Ginecología y Cirugía Plástica en el Hospital Local San Juan de Dios. También, añadió que el referido contrato establecía en su cláusula novena que la asociación actuaría como empresario independiente y asumiría todos los riesgos para la ejecución del contrato. Por todo lo anterior, la demandada propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

Por otra parte, el municipio de Pensilvania llamó en garantía al médico Juan Manuel Venegas Ceballos, profesional que realizó la cirugía en la que se produjo el oblitio.

3.2. Del llamado en garantía

El médico Juan Manuel Venegas Ceballos puso de presente que no ostenta la condición de agente estatal, ni mantiene relación contractual directa con el Municipio de Pensilvania o el Hospital Local San Juan de Dios de Pensilvania, de donde no tenía que haber sido convocado por falta de legitimación pasiva.

Refirió que, en razón de lo expuesto, no fue investigado disciplinariamente por los hechos de la demanda y que, en consecuencia no le resultaba aplicable el artículo 90 Constitucional.

4. Alegaciones en primera instancia

4.1. Ministerio Público

El Ministerio Público profirió concepto solicitando la declaración de la responsabilidad estatal, por cuanto en el expediente se hallan suficientemente acreditados el daño y la deficiente prestación del servicio médico.

En lo relativo a la responsabilidad del médico, llamado en garantía, estimó que, por razones de equidad éste o la asociación para la que el mismo actuaba (hoy disuelta) deben responder solidariamente por los daños causados.

5. Sentencia de primera instancia

La Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Antioquia, Risaralda, Caldas y Chocó concedió parcialmente las pretensiones de la demanda.

En primer lugar, puso de presente la falla presunta para declarar la responsabilidad médica, aunque aclaró que, en todo caso, en el *sub lite* hay suficiente acreditación sobre el daño originado en la primera intervención quirúrgica, a la que fue sometido el señor Zuluaga Aristizábal, así como en la irregular actuación del personal médico, pues el oblitio quirúrgico, no puede considerarse riesgo “normal” de una cirugía. El *a quo* fundó esta conclusión en el testimonio de médicos del Hospital San Juan de Dios llamados a declarar al proceso, quienes estimaron que situaciones como las que motivan la demanda son irregulares, mucho más tratándose de una operación que no reviste gran complejidad, como la de la hernia inguinal.

En lo que respecta a la responsabilidad de las entidades públicas demandadas, estimó que, aunque consta que el señor Juan Manuel Venegas efectivamente no integraba la planta del Hospital San Juan de Dios, es claro que intervino al paciente en virtud de un contrato celebrado entre el municipio de Pensilvania y la Asociación Caldense de Médicos Especialistas –ACME-, siendo regla general que la responsabilidad estatal puede predicarse tanto del contratista como del contrante, porque éste se beneficia de la ejecución del contrato.

Así mismo, desestimó la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del llamado en garantía, puesto que, en los procesos de reparación directa, esta forma de intervención de terceros no exige la calidad de agente estatal del particular llamado a responder. Por el contrario, en términos de del art. 217 del Código de Contencioso Administrativo, pueden concurrir al proceso personas públicas o privadas que tengan relación legal o contractual con la entidad pública demandada.

Partiendo de este presupuesto, el *a quo* encontró probada la relación contractual entre las entidades demandadas y la Asociación a la cual pertenecía, en calidad de socio, el médico Juan Manuel Venegas, hecho que lo legitima para ser llamado en garantía al presente proceso.

Por otra parte, consideró probados los perjuicios morales causados al señor Alfonso Zuluaga Aristizábal, su esposa e hijos, pero echó de menos elementos probatorios para predicar la afectación emocional alegada por el señor José Elías Valencia Orozco, cuñado del antes nombrado. El Tribunal tasó los perjuicios morales de la víctima directa en treinta smlmv, veinte para la cónyuge y diez para cada uno de sus hijos.

El *a quo* reconoció, así mismo, el perjuicio fisiológico sufrido por señor Zuluaga Aristizábal cuyo valor estimó en una suma equivalente a cuarenta smlmv y desestimó las pretensiones relativas a los perjuicios materiales, por carecer de sustento probatorio.

6. Recurso de apelación

6.1. Municipio de Pensilvania

En su escrito de apelación, el municipio de Pensilvania reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda, sobre la falta de legitimación en la causa por pasiva. Recordó, nuevamente, que si bien la intervención para corregir la hernia inguinal tuvo lugar en las instalaciones del Hospital Local San Juan de Dios y en ella se produjo una falla en el servicio, la misma no fue realizada por un médico adscrito a su planta de personal. Más aún recuerda que, en virtud del contrato suscrito con la Asociación Caldense de Médicos Especialistas, ésta respondía por los procedimientos y tratamientos a cargo

de los médicos asociados ya que el Hospital se limitaba a prestar servicios logísticos, como la ayudantía, quirófano, suministro de instrumental médico, etc.

Además, resalta que no se le puede predicar culpa *in eligendo* o culpa *in vigilando*, de una parte porque el Hospital contrató con la Asociación Caldense de Médicos Especialistas y, de otra, porque el médico Juan Manuel Venegas ejercía en el lugar, con amplia experiencia en la práctica quirúrgica, en particular la realizada al actor.

6.2. El llamado en garantía

El llamado en garantía controvierte la interpretación de la historia clínica por parte del tribunal, según la cual, el oblitio quirúrgico tuvo lugar el día 11 de septiembre de 1997, a cargo del dr. Juan Manuel Venegas. Advierte que, acorde con la historia clínica la gasa encontrada en el cuerpo del actor fue olvidada meses después, del día nates señalado, esto es en la segunda cirugía realizada en noviembre. Por lo demás, pone de manifiesto que, en tanto en la primera intervención se optó por dejar la herida abierta, correspondía al personal de enfermería, su limpieza y cuidado, de donde, la presencia del material extraño no se puede atribuir a la negligencia del cirujano. Señala el apelante:

“Sea lo primero advertir que la condena impuesta en contra de mi poderdante se fundamenta en que según lo aseverado por la Sala el llamado en garantía dejó cuerpo extraño en el organismo del paciente demandante por espacio de 15 meses, es decir, desde el 11 de septiembre de 1997, circunstancia totalmente distorsionada a partir de los siguientes fundamentos de hecho y de derecho.

1. *Se documentó en la historia clínica, más exactamente a folio 65 del cuaderno 2 de pruebas de la demandante, en la evolución del procedimiento quirúrgico del 18 de diciembre de 1997, que a la letra dice:*

*<<A las 11 de la mañana ingresa el paciente al quirófano, el Doctor Camargo procede a colocar la anestesia general previo al lavado quirúrgico, el doctor Venegas realiza exploración, **se coloca gasa furacinada**, el Doctor le indica curaciones ambulatorias diarias hasta que esté completamente sano, paciente en buenas condiciones generales>> (resalto y subrayo fuera de texto).*

2. *Conforme a lo anterior, es equivocada la conclusión a la que llegó el a quo en el sentido que al paciente demandante se le dejó cuerpo extraño en su organismo por espacio de quince meses, pues con ello infiere el tribunal de primera instancia que con el procedimiento practicado el 11 de septiembre de 1997 se realizó el riesgo por el cual se demanda, inferencia que hace cosa diferente a plasmar un medio de prueba indirecto como lo es el indicio (...).*

3. *En efecto, mediante prueba documental directa (folio 65) se acreditó que el 18 de diciembre de 1997 el doctor Juan Manuel Venegas colocó gasa furacinada e indica como conducta posterior a seguir curaciones ambulatorias diarias hasta que el paciente esté completamente sano.*

4. El procedimiento efectuado al paciente demandante el 18 de diciembre de 1997 se desplegó para afrontar la aparición de un granuloma en el postquirúrgico de fecha de 11 de septiembre de 1997. El doctor Venegas ante las condiciones de "supuración" que evidenciaba en el paciente optó por dejar abierta la herida con el objeto de poder realizar curaciones y permitir que sane el tejido, la situación que en estos términos se relata quedó documentada en la transcripción de la historia clínica que reposa a folios 64 y 65 del cuaderno 2 de pruebas del demandante, documentos en los que se lee:

<<13.11.97. Motivo de la consulta: supuración de la herida quirúrgica (folio 64).

11.30. Nota operatoria: Diagnóstico preoperatorio y post-operatoria. Granuloma secundaria a herniografía, procedimiento: Resección de granuloma, colocación de gasa furacinada, herida abierta, cirujano, doctor Juan Manuel Venegas >> (folio 65).

5. En aras de atender la supuración de la herida quirúrgica que describió mi poderdante, utilizó técnicas universal y científicamente aceptadas, tales como colocar gasa furacinada, que consiste en una gasa mojada de crema antibiótica con la finalidad de mantener desinfectada el área postoperatoria y que debe someterse a curaciones posteriores que de acuerdo a los protocolos las realiza el personal de enfermería.

6. Atendiendo estos fundamentos, queda claro que el cuerpo que se le extrajo al paciente el 30 de diciembre de 1998 no correspondía a la cirugía de fecha 11 de septiembre de 1997, con lo que se desvirtúa, lo concluido en la sentencia de primera instancia.

7. Así las cosas, el cuerpo extraño que se le extrajo al paciente ahora demandante el 30 de diciembre de 1998 se originó en fecha posterior al 18 de diciembre de 1997, fecha esta en la que mi poderdante documentó que se le dejaba gasa furacinada para someter al paciente a curaciones ambulatorias diarias, estas curaciones fueron realizadas por el personal de enfermería, y es precisamente en estos procedimientos donde pudo acontecer la situación consistente en un cuerpo extraño que aparece en el organismo del paciente, una vez se cerró la herida que se dejó abierta en procedimiento del 18 de diciembre de 1997".

Aparte de lo anterior, el llamado en garantía advierte que no es posible declarar una responsabilidad solidaria sobre la totalidad del monto de la condena, como aconteció en autos, desatendiendo la disposición expresa de la Ley 678 de 2001, vigente para el momento del fallo, según la cual "[c]uando la autoridad judicial que conozca de la acción de repetición o del llamamiento en garantía decida que el perjuicio causado al Estado lo fue por el dolo o la culpa grave de uno de sus agentes, aquella cuantificará el monto de la condena correspondiente atendiendo al grado de participación del agente en la producción del daño, la culpa grave o dolo, sus condiciones personales y la valoración que haga con base en las pruebas aportadas al proceso". Consideración que se echa de menos en la motivación del fallo de primera instancia.

Así mismo, se reprocha al tribunal haber pasado por alto que, según lo establecido en el art. 90 de la Constitución Política, la responsabilidad que se predica del llamado en garantía es de carácter subsidiario y no solidario, como se decidió en la sentencia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Corresponde a la Sala resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y el llamado en garantía, contra la sentencia proferida el 2 de noviembre de 2004 por la Sala de Descongestión para del Tribunal Administrativo de Antioquia, Risaralda, Caldas, y Chocó, por cuanto la pretensión mayor excede la cuantía mínima exigida para que proceda la doble instancia ante esta Corporación, en aplicación del Decreto 597 de 1988, vigente en la época de presentación de la demanda¹.

2. Problema jurídico

En el caso *sub lite*, el municipio de Pensilvania y el llamado en garantía propusieron excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, postura que reiteran en la apelación. Adicionalmente, el llamado en garantía aduce que no se le puede imputar el daño alegado pues no ostenta la calidad de agente estatal, razón que explica por qué no ha sido llamado a responder disciplinariamente. Señala, así mismo que, aún en caso de que se aceptara su legitimación para comparecer al proceso, no es posible atribuirle responsabilidad, puesto que no se conoce que el material quirúrgico adherido al intestino del señor Zuluaga hubiera sido olvidado durante una de las cirugías practicadas por él y que, en todo caso, la curación postquirúrgica corresponde al personal de enfermería. Finalmente, controvierte que se le condene solidariamente, sin tener en cuenta que, para el efecto, se debería demostrar culpa grave o dolo en la actuación.

Obligada a no fallar más allá de lo que ha sido objeto de apelación, esta Sala se limitará a examinar los reparos formulados por el municipio de Pensilvania y el llamado en garantía, absteniéndose por lo tanto de pronunciarse respecto de cuestiones que no fueron controvertidas. Así las cosas, no se entrará a discutir si se produjo o no el oblitio quirúrgico en el contexto de la atención prestada al actor en el Hospital Local San Juan de Dios, consistente en dos intervenciones quirúrgicas, la primera dirigida a corregir una hernia y la segunda con miras a explorar el dolor padecido por

¹ El 13 de diciembre de 2000 la cuantía establecida para que un proceso tuviera vocación de segunda instancia era de \$26.390.000 y la pretensión mayor consignada en la demanda, alcanza la suma de \$36.994.000 esto es, al valor de 4000 gramos de oro.

el paciente, sin motivo aparente. Tampoco se examinará la responsabilidad del Hospital San Juan de Dios, ya que éste no interpuso recurso alguno.

En otras palabras, en el caso concreto la Sala limitará su examen a determinar si el municipio de Pensilvania y el médico Juan Manuel Venegas están legitimados en la causa, aclarándose que la respuesta positiva frente al primero de los sujetos procesales dará paso al estudio del daño, desde la perspectiva de las acciones y omisiones imputables a la entidad territorial, además, establecida la legitimación del galeno y la responsabilidad estatal se entraría a determinar si se acreditó la culpa que la legislación prevé para declarar la responsabilidad por el hecho ilícito.

3. Análisis del caso

3.1. Hechos probados

3.1.1. Está probado que el señor Alonso Zuluaga Aristizábal es padre de Mauricio, Gloria Patricia y Diego Zuluaga Zuluaga (f. 9, c. 2).

3.1.2. Obra también registro civil de matrimonio de los señores Alfonso Zuluaga Aristizábal y María Edith Zuluaga Valencia (f. 8, c. 2).

3.1.3. Está comprobado que el día 25 de agosto de 1997 al señor Alfonso Zuluaga Aristizábal le fue diagnosticada una hernia inguinal derecha, para cuyo tratamiento se programó cirugía en el Hospital Local San Juan de Dios, el día 11 de septiembre siguiente (f. 41, c. 2).

3.1.4. Consta que el día 11 de septiembre de 1997, el señor Alfonso Zuluaga Aristizábal fue intervenido quirúrgicamente por el dr. Juan Manuel Venegas.

En la historia clínica constan las siguientes observaciones sobre el desarrollo de la cirugía:

*“Nota operatoria: Diagnóstico hernia inguinal derecha, hallazgos hernia inguinal directa derecha. Procedimiento: Herniorrafia con técnica preperitoneal. Complicaciones, no.
Cirujano: Juan Manuel Venegas
Anestesia: Pablo Felipe Botero.*

11.09.97. A las 14 horas, se prepara paciente para intervención quirúrgica hernia inguinal, a las 16:30 sale paciente de cirugía bajo efectos de anestesia. Se observa sangrar un poco por herida quirúrgica, sus signos vitales son: tensión arterial: 120/80, pulso 72 por minuto, temperatura 36°. Auxiliar enfermería: María Tabares.

A las 6:05 am. Paciente que durante la noche se observó dormir poco, afebril, refiere dolor al movilizarse, la herida quirúrgica, se encuentra cubierta por migropore, impregnada de material sanguinolento y en la parte superior

se observa equimosis con tumefacción, se le colocó hielo local, eliminó y continúa con líquidos endovenosos funcionando. Auxiliar de enfermería: Damaris Ramírez (f. 63, c.2).

Igualmente, en la historia clínica se observa que el día 12 del mismo mes y año, examinada la herida se advirtió equimosis. No obstante lo anterior, ante la ausencia de otros signos de alarma, al paciente se le dio de alta.

3.1.5. Hay registros de que el 14 de octubre de 1997, el paciente –hoy demandante- acudió nuevamente al hospital, debido a complicaciones en la herida. En esta ocasión el médico tratante, dr. Juan Guillermo Muñoz, anotó en la historia:

“Herniorrafia inguinal derecha, buena evolución hasta hace tres días cuando luego de un movimiento brusco presentó sensación de inflamación a nivel de la herida quirúrgica. Al examen se observa protusión de la herida quirúrgica, no signos externos de sangrado, dolor a la palpación, zona endurecida no deprimible, peristaltismo positivo, se diagnostica hematoma herida quirúrgica (?), reproducción de hernia (?) (f. 64. c. 2).

3.1.6. Se sabe que el 13 de noviembre del mismo año el paciente –hoy demandante- vuelve a acudir al Hospital San Juan de Dios por supura de la herida y que en tal ocasión el médico Christian Roca ordenó su valoración para cirugía y anotó en la historia clínica:

“Historia de enfermedades y antecedentes: Paciente quien hace dos meses fue sometido a herniorrafia inguinal, presentó hematoma y a pesar de manejo ha seguido drenado. Al examen físico general, afebril, no signos de dificultad respiratoria Signos vitales. Frecuencia cardíaca 80 por minuto y frecuencia respiratoria 18 por minuto. Se observa herida quirúrgica bien cicatrizada, con drenaje serosanguinolento escaso a la presión, no signos inflamatorios. Diagnostica: Reacción a sutura. Pendiente valoración por cirugía. Médico, Christian Roca” (f. 64, c. 2).

3.1.7. Consta que el día 18 de diciembre de 1997, el señor Zuluaga Aristizábal fue intervenido nuevamente, por el dr. Juan Manuel Venegas como cirujano principal, el dr. Juan Guillermo Muñoz, como asistente y el dr. Edi Camargo como anestesiólogo. En esta ocasión se anota en la historia clínica:

“A las 11 de la mañana ingresa paciente al quirófano, el doctor Camargo procede a colocar anestesia general previo a lavado quirúrgico, el Doctor Venegas realiza exploración, se coloca gasa furacinada, el doctor le indica curaciones ambulatorias diarias hasta que esté completamente sano, paciente en buenas condiciones generales, signos vitales, tensión arterial 105/53, pulso 70, buena oxigenación, se inició calmante, novalgina 4 cc, intravenosa. Auxiliar de enfermería, Luz Adriana Ortiz (f. 65, c. 2).

11:30 Nota operatoria: Diagnóstico preoperatorio y postoperatorio. Granuloma secundario a herinorrafia, procedimiento: Resección de granuloma, colocación de gasa furacinada, herida abierta, cirujano Juan

Manuel Venegas. Ayudante: Juan Guillermo Muñoz. Anestesiólogo: Edi Camargo, Anestesia General.

Recuperación: Paciente en aparentes buenas condiciones consciente, orientado, un poco somnoliento, tensión arterial 137/87, media de 109, saturación de oxígeno de 99, pulso 87. A las 12 horas 135/84, saturación de oxígeno de 99, pulso 87.

12:15: Sale paciente de servicio de quirófano en buenas condiciones, signos vitales normales, consciente y orientado.

Auxiliar de enfermería: Virgina Sánchez.

13: Sale paciente del servicio acompañado por su madre, después de quedar con Augusto para pagar cuenta mañana, se le dan explicaciones, acerca de cuándo debe volver a curación, sale con herida quirúrgica cubierta con un apósito impregnado de sangre.

Auxiliar de enfermería: Nobey Henao” (f. 65, c. 2).

3.1.8. Se tiene noticia de que el día 27 de agosto de 1997, el señor Zuluaga volvió a acudir al Hospital San Juan de Dios de Pensilvania por los mismos problemas que motivaron sus visitas anteriores. El médico, en este caso, diagnostica reacción a cuerpo extraño e intenta extirparlo con pinza, sin resultado (f. 70, c 2).

3.1.9. Se sabe que el 9 de diciembre de 1998, un médico de apellido Jiménez examina al señor Zuluaga ante las persistencias de las complicaciones relacionadas con la herida quirúrgica. Se diagnóstica celulitis inguinal derecha y se remite al Seguro Social de Manizales.

3.1.10. Está probado que, el 28 de diciembre de 1998, el señor Zuluaga Aristizábal acudio al Hospital Local San Juan de Dios debido al empeoramiento de su condición de salud y que fue atendido por el dr. Christian Roca, quien le diagnosticó glaucoma inguinal por causa externa y ordenó la cirugía. En esta consulta se logra remover un fragmento de gasa de la herida del antes nombrado (f. 70 c. 2).

3.1.11. Se conoce que el día 18 de diciembre de 1998, el señor Zuluaga Aristizábal fue intervenido por tercera vez, en esta ocasión, por el dr. Jairo Antonio Ríos. En la historia clínica se anota como hallazgo operatorio una compresa rodeada de tejido fibroso y abundante secreción purulenta (f. 71, c. 2)

3.1.12. Sobre el contrato suscrito entre el municipio de Pensilvania y la ACME, esta probado que:

1. El el 10 de mayo de 1997, la Alcaldía municipal de Pensilvania, Caldas y la Asociación de Caldense de Médicos Especialistas –ACME- suscribieron contrato de prestación de servicios profesionales, entre otras, con la obligación del segundo para con el primero de “prestar los servicios de Cirugía

General, Ginecología y Cirugía Plástica en el Hospital San Juan de Dios de esta localidad” (f. 122, c. 2).

2. Para la fecha de los hechos el señor Juan Manuel Venegas era miembro de la Asociación Caldense de Médicos Especialistas -ACME-, tal y como se colige de la lista de la profesionales participantes de las jornadas de médicos especialistas de Pensilvania –ACME, de 1997 (f. 124, c. 2).

3.2. La imputación

3.2.1. Sobre la legitimación en la causa por pasiva. Sobre el municipio de Pensilvania y el médico llamado en garantía

Uno de los puntos recurrentes, discutido tanto por el municipio de Pensilvania como por el médico Juan Manuel Venegas, tiene que ver con la falta de legitimación en la causa por pasiva para recurrir al proceso.

El municipio aduce que, dado que el profesional antes nombrado no fungió como agente estatal, la entidad territorial no tenía que haber sido convocada a la *litis* y el médico asegura que por no ostentar esa calidad y no ser objeto disciplinable no le cabe la responsabilidad de que trata la demanda. Sobre este punto la Sala observa que, si bien el galeno actuó como servidor público, de ello no se sigue la falta de legitimación alegada i) en cuanto se conoce y no se discute su calidad de cirujano y asimismo obligado a dar cuenta de sus actuaciones profesionales. Se hace necesario, advertir en todo caso, sin perjuicio de su vinculación a la Asociación Caldense de Médicos Especialistas –ACME, su vinculación a la *litis*. Al respecto consta en el plenario que el 10 de mayo de 1997, la Alcaldía municipal de Pensilvania, Caldas y la Asociación de Caldense de Médicos Especialistas –ACME- suscribieron contrato de prestación de servicios profesionales, entre otras, con las siguientes obligaciones:

“Primero: El contratista (Acme) se obliga con el Contratante (Alcaldía) a prestar los servicios de Cirugía General, Ginecología y Cirugía Plástica en el Hospital San Juan de Dios de esta localidad

(...)

Cuarta: Obligaciones a cargo del contratista: en virtud de este contrato el contratista se obliga a cumplir con las siguientes prestaciones: a) realizar siete (7) jornadas de Cirugía General, las cuales tendrán un número de hasta 25 consultas y 8 cirugías; b) realizar tres (3) jornadas de Ginecología las cuales tendrán un número de hasta 15 consultas y 4 cirugías; c) realizar dos (2) jornadas de Cirugía Plástica las cuales tendrán un número de hasta 15 consultas y la cirugía que de allí resulte de acuerdo al grado de complejidad; d) facilitar la presencia de un anesthesiólogo en cada una de las jornadas quirúrgicas para el cumplimiento de las cirugías programadas; e) asumir todos los gastos que genere el desplazamiento del personal que utilice para la ejecución del contrato; f) prestar asesoría técnica, monitoría y demás

accesorios para las salas de cirugía y g) desarrollar con los médicos de la institución la educación continuada en las especialidades de que es objeto este contrato.

Quinta: Obligaciones a cargo del contratante: a) pagar la contraprestación convenida; b) facilitar las instalaciones, drogas y todos aquellos insumos que sean necesarios para la prestación de los servicios contratados; c) captar y canalizar los pacientes necesarios para cada una de las especialidades sujetos (sic) de este contrato” (f. 122, c. 2).

En este sentido la Sala reitera su jurisprudencia respecto de la legitimación en la causa de las entidades públicas contratantes, incluso en casos en los que se pacten cláusulas de indemnidad. Para el efecto la Sala se remite a lo dicho en sentencia de 9 de octubre de 1985:

“Cuando la administración contrata la ejecución de una obra pública es como si la ejecutara directamente. Es ella la dueña de la obra; su pago afecta siempre el patrimonio estatal y su realización obedece siempre a razones de servicio y de interés general. El hecho de que no la ejecute con personal vinculado a su servicio obedece, la más de las veces, a insuficiencia o incapacidad técnica de su propio personal o a falta de equipo adecuado. Por tal razón la administración, sin que por eso pierda la actividad el carácter de público, debe acudir a la colaboración de los particulares para el cumplimiento de ciertos cometidos de servicio. La colaboración en el caso de obra pública no vuelve privada esa actividad, como no le quita el carácter de público al trabajo así ejecutado. Esa colaboración por participación cuando es voluntaria, caso del cocontratante de la administración cuya actividad tienda a la prestación o ejecución de un servicio público, hace a este particular partícipe ocasional de la función pública no en calidad de agente o funcionario sino como un órgano más de la gestión estatal.

En otros términos: El contratista de una obra pública no se vuelve agente de la administración ni funcionario suyo; es ella misma la que actúa hay aquí una ficción de orden legal. Ni siquiera puede hablarse que la entidad contratante responda en forma indirecta por el hecho del contratista. No, la responsabilidad es simplemente directa, así como lo es la responsabilidad estatal por el hecho de un funcionario o empleado público. No puede olvidarse que no obstante que todo comportamiento o conducta estatal es obra de un servidor público, en principio, el Estado es el responsable de las consecuencias dañosas de ese comportamiento. Responsabilidad que en todos los casos es directa, no indirecta, a pesar de que el perjuicio se haya producido por la actuación de una persona vinculada a la administración, la que no es propiamente un mandatario o representante del Estado, sino órgano suyo, integrante en esta calidad de la estructura misma del ente estatal. Por tal motivo la conducta o actuación de dicha persona es la conducta o actuación del Estado mismo. De allí que sostenga la doctrina que sería un contrasentido hablar de responsabilidad indirecta, pues los servidores públicos no son terceros respecto del Estado, sino partes del mismo, ejecutores de la actividad estatal, la que no se concibe sino a través de las acciones u omisiones de las personas vinculadas a su servicio.

Es frecuente observar que en los contratos de obra pública se pacte que el contratista será el responsable de los daños a terceros; pero esto no quiere decir que la administración no responda frente a estos. Es quizás esta creencia la que produjo la desviación del tribunal en el fallo que se revisa y en el concepto de la Fiscalía.

En primer término, debe observarse que la cláusula así concebida (la vigésima cuarta o de indemnidad) no puede interpretarse como exonerante de responsabilidad para la empresa. Si así lo fuera sería absolutamente nula. La cláusula vale entre las partes, pero no es oponible a los terceros. Cualquier convención que suprima la responsabilidad extracontractual (la de los contratantes frente a los terceros lo es) es por consiguiente ilícita en todos los campos, o sea por actos personales o ajenos, por obra de las cosas o de los animales.

Aunque la cláusula esté pactada contractualmente, la responsabilidad frente a terceros sigue siendo extracontractual: es una responsabilidad de esta índole reglamentada por un contrato y descartada para una de las partes por una cláusula de no responsabilidad.

La cláusula así convenida obliga a las partes. Pero ella es “res inter alios acta” frente a los terceros. Por ese motivo, la demandante al accionar contra la Empresa lo hizo correctamente. Como también habría podido demandar sólo a Conciviles o a esta sociedad solidariamente con la empresa. La validez de la cláusula entre las partes es la que le permitirá a la entidad pública, en el evento de que la condena se estime procedente, reclamar a Conciviles por el valor de lo reconocido”².

Adicionalmente a lo anterior, valga resaltar que, aún cuando en gracia de discusión se aceptara la oponibilidad del contrato antedicho a terceros, tampoco sería procedente negar la legitimación en la causa del Municipio, tampoco del Hospital, en la medida en que, el médico Juan Manuel Venegas fue acompañado de otros profesionales y personal asistencial con funciones también relativas a la vigilancia del instrumental quirúrgico y a la evitación del oblitio.

En lo que respecta a la legitimación en la causa por pasiva del llamado en garantía, cabe destacar que ésta no se deriva de su vínculo contractual con la Asociación, tercera en este asunto, sino se funda en su gestión profesional, la que lo obliga a responder por los daños causados al paciente –hoy demandante en el sub lite-, que no puedan ser considerados riesgos propios e inherentes al tratamiento, según se desprende del art. 16 de la Ley 23 de 1981. A ello ha de añadirse que el principio general del derecho, según el cual se ha de responder por los daños derivados por el hecho propio, legitima la comparecencia de quien ha sido señalado como causante directo del oblitio, al margen de que el análisis subsiguiente del caso, en sede jurisdiccional, revele que no hay fundamentos para declarar la responsabilidad o que, de declararse, lo será de manera parcial.

Por lo demás, se ha de insistir en que el procedimiento disciplinario al que puedan verse sometidos los funcionarios públicos, no es requisito para que opere el llamamiento en garantía. Se trata, en efecto, de actuaciones jurisdiccionales de naturaleza y finalidad distinta, siendo la primera, el

² Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 9 de octubre de 1985, expediente radicado al No. 4556. Consejero Ponente Carlos Betancur Jaramillo.

ejercicio de la facultad sancionadora y de control del Estado respecto de las funciones a cargo de la administración y la segunda, de una parte, un mecanismo de protección del patrimonio público, en aquellos supuestos en los que la actuación de sus agentes genere una condena y de otra, la preservación de lo justo en cuanto, así se tratase de un particular, todo el que actúa en sociedad, en especial en ejercicio de una profesión sujeta al control estatal, está obligado a responder patrimonialmente por los daños que causa. Siendo distinta la finalidad, lógicamente varían también sus requisitos. Así por ejemplo, en tanto forma de proceso sancionador, en el juicio disciplinario se justifica la exigencia de la culpabilidad dolosa o negligente, aunada a la posibilidad de subsunción en un tipo disciplinario previamente establecido, en tanto que en el llamamiento en garantía bastará probar el grado de culpa constitucional o legalmente exigido (grave en el caso de los agentes públicos y leve en el caso de terceros que no ostenten esa condición).

En todo caso, téngase en cuenta que así como no es dable exigir el imperativo de adelantar un juicio disciplinario antes del llamamiento en garantía, en los casos en los que el llamado es una agente estatal, menos aún de cara a un particular obligado a responder en los términos del Código Civil.

3.2.2. Sobre la responsabilidad del médico Juan Manuel Venegas

Partiendo de la premisa de que la condición de médico tratante es fundamento suficiente para predicar la legitimación en la causa en un asunto de daño médico, es preciso analizar el grado de intervención del facultativo para así mismo establecer su responsabilidad.

Antes de ello es necesario precisar que, el agente estatal llamado en garantía no es codemandado ni codeudor no hay lugar a predicar la solidaridad en la condena. Su deuda no tiene por acreedor a la víctima sino a la entidad condenada y el criterio de determinación de la cuantía a pagar no radica en la naturaleza y gravedad del daño, sino en la intensidad de la participación en su producción, según los estándares objetivos de culpa grave o dolo de que trata el Código Civil.

Ahora bien, respecto de la culpa, con miras a declarar la responsabilidad del llamado en garantía requiere distinguir dos supuestos. Por expreso mandato Constitucional (art. 90. C.P) quienes ostentan la calidad de agentes estatales están llamados a responder por las condenas en contra del Estado generadas por culpa grave o dolo. De donde la responsabilidad de quienes no lo son se somete a las reglas generales sobre solidaridad y culpa del artículo 2341 del Código Civil. A este respecto, se ha de recordar que no se califica la culpa, de donde a la luz del artículo 63 del mismo ordenamiento se aplica la regla general, esto es se reprocha la falta de

diligencia que se habría de observar en los negocios propios³, analizada objetivamente.

Es menester establecer, desde un inicio que, a la luz de las pruebas, parece del todo desproporcionado condenar al médico Juan Manuel Venegas a pagar al municipio de Pensilvania el total del monto de la condena. Lo anterior si se considerara que, aunque el facultativo fue el médico tratante y el responsable de las dos intervenciones quirúrgicas, es imperioso reconocer que las pruebas obrantes en el expediente son consistentes con dos evidencias. La primera apunta a que el oblitio se generó en la primera intervención, como consecuencia de lo cual se produjo un granuloma cerca de la herida quirúrgica, el cual fue sometido a resección el 3 de noviembre de 1997 ocasión en la que se intervino sobre la masa pero no sobre su causa, esto es, la gasa. Finalmente, la gasa se habría removido en diciembre del año siguiente. Una segunda tiene que ver con que en un principio la sutura u otra circunstancia produjo un granuloma que fue extirpado el día 3 de noviembre de 1997 y que en dicha cirugía el médico Venegas dejó la herida quirúrgica abierta, después de haber colocado la gasa furacinada. Según esta posibilidad la presencia de la gasa en el organismo del paciente, más allá de lo indispensable, recae directamente sobre el personal de enfermería, encargado de las curaciones diarias postquirúrgicas e indirectamente sobre el médico tratante.

Se ha de notar que aunque, en principio, el hecho de que las complicaciones empezaran inmediatamente después de la primera cirugía sugiere la probabilidad de que ella se produjera el oblitio, ello no es evidencia contundente, puesto que el granuloma perfectamente pudo originarse en situaciones distintas a la de la presencia de material olvidado, y la reacción a la sutura, diagnosticada en un principio, no es un fenómeno infrecuente⁴. Más aún, en el expediente hay prueba de que, además del absceso en la herida quirúrgica, el paciente sufrió uno en la pierna, lo cual demuestra que se está ante una reacción posible y hace más plausible pensar en la segunda evidencia.

Siendo así y dado que en el caso concreto las evidencias no apuntan de modo suficientemente contundente a ninguna de las dos tesis la Sala se inclinará por la más benigna y, en consecuencia, le impondrá al galeno la obligación de reintegrar el 30% de la condena, la que como quedó explicado, se funda en el ineficiente control del estado del paciente luego de la segunda intervención quirúrgica.

Justificada como ha quedado, la legitimación por pasiva de los demandados y la responsabilidad de los mismos en el presente asunto, no queda más

³ Art 63 .Código Civil

⁴ Cfr. M José Izquierdo, Luis Requena, *Granulomas por cuerpos extraños*, en Actas Dermo-Sifilográficas, 1999;90: 543-57. - Vol. 90 Núm.11.

que declarar la responsabilidad del daño invocado por la parte actora a las entidades mencionadas, de manera solidaria y al llamado en garantía en el porcentaje citado.

4. Perjuicios

Estando acreditado que en el *sub lite* existen razones para imputar al municipio de Pensilvania, Caldas, al hospital San Juan de Dios y al médico tratante, en cuanto particular, solidariamente los daños y perjuicios sufridos por los demandantes, la Sala debe pronunciarse sobre el monto de la indemnización, con la advertencia de que i) los mismos no podrán ser modificados en virtud del principio de la *no reformatio in pejus*, toda vez que se trata de apelante único; esto es que la parte actora no presentó reparo alguno a la providencia de primera instancia y ii) que el llamado en garantía responderá por el 30% y el 70% restante se dividirá en partes iguales entre las entidades demandadas, sin perjuicio de la solidaridad.

4.1. Perjuicios materiales

En lo que tiene que ver con los perjuicios materiales, la parte actora solicitó cancelar al señor Alfonso Zuluaga el “(*daño emergente y lucro cesante*), *derivados de los múltiples daños económicos que realizó, así como la pérdida de la capacidad laboral, por el daño sufrido ante la deficiente atención médica*”, teniendo como base para el efecto el “*salario que devengaba a la fecha de la ocurrencia del hecho*”. No obstante, el *a quo* no hizo reconocimiento alguno por este concepto fundado en que los mismos carecían de sustento probatorio.

4.2. Perjuicios morales

Al respecto, es preciso determinar si la cuantía reconocida por el *a quo* como indemnización por los perjuicios morales se corresponde con los topes jurisprudencialmente señalados para la compensación del daño moral por lesiones, con la advertencia de que los mismos no podrán ser modificados en virtud del principio de la *no reformatio in pejus*, toda vez que se trata de apelante único.

La parte actora solicita por perjuicios morales el equivalente a 2000 gramos oro para el señor Alfonso Zuluaga Aristizabal en calidad de víctima y 1000 gramos oro para cada uno de: sus hijos, cónyuge y para el señor José Elías Valencia Orozco por parentesco por afinidad. Respecto de este último la Sala no se pronunciará en razón a que lo solicitado le fue negado por el *a quo* y como ya se señaló la actora no impugnó la decisión.

La Sala Plena de la Sección Tercera unificó la jurisprudencia en relación con los perjuicios morales a reconocer a la víctima directa y sus familiares

en caso de lesiones⁵. Para el efecto señaló que su reparación se funda en el dolor o padecimiento que se causa a la víctima directa, familiares y demás personas allegadas. Por lo anterior, fijo como referente de para la liquidación del mismo, la valoración de la gravedad o levedad de la lesión reportada por la víctima. Manejo que se dividió en seis (6) rangos, así:

GRAFICO No. 2					
REPARACION DEL DAÑO MORAL EN CASO DE LESIONES					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
GRAVEDAD DE LA LESIÓN	Víctima directa y relaciones afectivas conyugales y paterno-filiales	relación afectiva del 2º de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3º de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4º de consanguinidad o civil.	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV
Igual o superior al 50%	100	50	35	25	15
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80	40	28	20	12
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60	30	21	15	9
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40	20	14	10	6
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20	10	7	5	3
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10	5	3,5	2,5	1,5

Precisó, además la Sala que i) *“Deberá verificarse la gravedad o levedad de la lesión causada a la víctima directa, la que determinará el monto indemnizatorio en salarios mínimos. Para las víctimas indirectas se asignará un porcentaje de acuerdo con el nivel de relación en que éstas se hallen respecto del lesionado, conforme al cuadro”* y ii) *“La gravedad o levedad de la lesión y los correspondientes niveles se determinarán y motivarán de conformidad con lo probado en el proceso”*.

Siendo así se tiene que el *a quo* reconoció el equivalente a 30 smlmv para el señor Alfonso Zuluaga Aristizabal, 20 para la señora María Edith Zuluaga Valencia y 10 para cada uno de sus hijos. En este punto es menester señalar que la impugnación nada refuta respecto de lo reconocido en primera instancia, en consecuencia se confirmará la decisión impugnada por este aspecto.

4.3. Perjuicios fisiológicos

La parte actora solicita por este concepto el equivalente a 1000 gramos oro en razón a los *“perjuicios fisiológicos, derivados de la pérdida del goce de vivir, del equilibrio de un cuerpo sano, como consecuencia del daño producido por la deficiente atención médica”*. Perjuicio que el *a quo* tasó en la suma de 40 smmlv.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de agosto de 2014, radicado número: 50001-23-15-000-1999-00326-01(31172) C.P. Olga Mérida Valle de De La Hoz.

En lo que tiene que ver con este perjuicio, la Sala debe anotar que, en sentencia de 14 de septiembre de 2011, la Sala Plena de la Sección readoptó la noción de daño a la salud, fisiológico o biológico, dejando atrás los denominados “*alteración a las condiciones de existencia*” y “*vida de relación*”, pero con su contenido y alcance primigenio, esto es, referido a la afectación o limitación a la integridad psicofísica de la persona⁶.

Por daño a la salud se reconoce como proveniente de una afectación a la integridad psicofísica, en el ámbito físico, psicológico, sexual o estético, de tal forma que siempre que el daño consista en una lesión a la salud, será procedente establecer el grado de afectación del derecho constitucional y fundamental (artículo 49 C.P.), sin que sea procedente otro tipo de daños (v.gr. la alteración a las condiciones de existencia).

Reforzando la misma idea, “(...) *un daño a la salud desplaza por completo a las demás categorías de daño inmaterial como lo son la alteración grave a las condiciones de existencia –antes denominado daño a la vida de relación– precisamente porque cuando la lesión antijurídica tiene su génesis en una afectación negativa del estado a la salud, los únicos perjuicios inmateriales que hay lugar a reconocer son el daño moral y el daño a la salud*”.

La Sala precisó que “(...) *desde esta panorámica, los daños a la vida de relación o a la alteración a las condiciones de existencia, no podrán servir de instrumento para obtener la reparación del daño a la salud, es decir, son improcedentes para reparar las lesiones a la integridad sicofísica*”, lo cual tiene su razón de ser en la ambigüedad conceptual tanto del daño a la vida de relación y en la alteración a las condiciones de existencia, puesto que la falta de limitación conceptual y la imprecisión de ambos impiden su objetivización.

Si el daño a la salud gana precisión, claridad y concreción para efectos de su indemnización, en tanto está referido a la afectación de la integridad psicofísica del sujeto, encaminado a cubrir no solo la modificación de la unidad corporal sino las consecuencias que el mismo genera, su tasación deberá ser objetiva, en tanto que determinado el alcance del daño a la salud, éste deberá tener correspondencia con el perjuicio causado para efectos de su valoración económica y su reparación integral.

Igualmente, la Sala unificó la jurisprudencia para precisar que:

“3.2.2 Sobre el daño a la salud

(...) Sobre este punto es necesario precisar que tanto la doctrina como la jurisprudencia han sido poco precisas en lo concerniente al nomen iuris de

⁶ M.P. Enrique Gil Botero, exp. 19031. En este caso, se trató de la explosión de una mina antipersonal que dio lugar a la amputación de la pierna derecha de la víctima y una disminución de su capacidad laboral del 95%.

los daños inmateriales, distintos del daño moral. En lo específicamente concerniente a los daños derivados de la lesión psicofísica, existió una cierta oscilación entre posturas que lo subsumían en conceptos globales como “daño a la vida en relación” y su reconocimiento como entidad autónoma bajo denominaciones como “daño a la salud” o “perjuicio fisiológico” o daño corporal. Así mismo, persistían las dudas respecto de la extensión y la comprensión del concepto de daño a la salud, entendiéndose algunos que aquel comprendía únicamente el hecho de la perturbación psicofísica (daño evento), mientras que otros incluían dentro de él también la repercusión que la misma en las condiciones de vida de la víctima (daño consecuencia), determinadas éstas en atención a su subjetividad, gustos, aficiones y modo de vida.

Las antedichas imprecisiones que durante mucho tiempo dominaron en la jurisprudencia y la doctrina fueron superadas mediante sentencias de 14 de septiembre de 2011, en la que la Sección establece, claramente que el daño inmaterial derivado de la alteración de la salud psicofísica es una categoría jurídica autónoma, no subsumible dentro del concepto de “daño a la vida en relación” y comprensiva de aspectos diversos aspectos. En lo relativo a autonomía y no subsunción ni identificación de los conceptos de daño a la salud y “daño a la vida de relación” o “a la alteración de las condiciones de existencia”, la Sala sostuvo:

(...) “daño a la salud” -esto es el que se reconoce como proveniente de una afectación a la integridad psicofísica –ha permitido solucionar o aliviar la discusión, toda vez que reduce a una categoría los ámbitos físico, psicológico, sexual, etc., de tal forma que siempre que el daño consista en una lesión a la salud, será procedente determinar el grado de afectación del derecho constitucional y fundamental (artículo 49) para determinar una indemnización por este aspecto, sin que sea procedente el reconocimiento de otro tipo de daños (v.gr. la alteración de condiciones de existencia), en esta clase o naturaleza de supuestos.

(...) Lo anterior, refuerza aún más la necesidad de readoptar la noción de daño a la salud, fisiológico o biológico, como ahora lo hace la Sala, pero con su contenido y alcance primigenio, esto es, referido a la afectación o limitación a la integridad psicofísica de la persona, como quiera que haberlo subsumido en unas categorías o denominaciones que sirven para identificar perjuicios autónomos que han sido reconocidos en diversas latitudes, como por ejemplo la alteración de las condiciones de existencia (v.gr. Francia), se modificó su propósito que era delimitar un daño común (lesión a la integridad corporal) que pudiera ser tasado, en mayor o menor medida, a partir de parámetros objetivos y equitativos, con apego irrestricto a principios constitucionales de igualdad⁷.

Estas mismas sentencias precisaron, por lo demás, que el concepto de salud constitucionalmente protegido y cuya violación da lugar a reparación en el ámbito de la responsabilidad estatal, no está limitado a la mera funcionalidad orgánica cuantificable en porcentajes de invalidez. En efecto, la Sala acogió la definición de la Organización Mundial de la Salud de este bien jurídico en términos de “estado completo de bienestar físico, psíquico, y social, no circunscrito a la ausencia de afecciones y enfermedades”⁸, el cual, valga la

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 14 de septiembre 2011, exp. 19031 y 38222, M.P. Enrique Gil Botero.

⁸ Ibidem

pena destacar, también ha sido reiteradamente admitido por jurisdicción constitucional⁹.

La Sala reitera la jurisprudencia precedente en cuanto a la no subsunción del daño a la salud en categorías jurídicas excesivamente abiertas y omnicomprendivas, como el daño a la vida en relación que, como bien se ha puesto de presente en fallos anteriores, cierra las posibilidades de acudir a criterios más objetivos de tasación del daño, impropios de categorías vagas y omnicomprendivas. Sin embargo, se estima necesario hacer algunas aclaraciones sobre la naturaleza de este daño así como sobre los criterios de conocimiento y prueba de los mismos.

En primer lugar, es necesario aclarar que, a la luz de la evolución jurisprudencial actual, resulta incorrecto limitar el daño a la salud al porcentaje certificado de incapacidad, esto es, a la cifra estimada por las juntas de calificación cuando se conoce. Más bien se debe avanzar hacia un entendimiento más amplio en términos de gravedad de la afectación corporal o psicofísica, debidamente probada dentro del proceso, por cualquiera de los medios probatorios aceptados, relativa a los aspectos o componentes funcionales, biológicos y psíquicos del ser humano. Para lo anterior el juez deberá considerar las consecuencias de la enfermedad o accidente que reflejen alteraciones al nivel del comportamiento y desempeño de la persona dentro de su entorno social y cultural que agraven la condición de la víctima. Para estos efectos, de acuerdo con el caso, se podrán considerar, entre otras, las siguientes variables:

- La pérdida o anormalidad de la estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica (temporal o permanente)
- La anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura corporal o mental.
- La exteriorización de un estado patológico que refleje perturbaciones al nivel de un órgano.
- La reversibilidad o irreversibilidad de la patología.
- La restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria.
- Excesos en el desempeño y comportamiento dentro de una actividad normal o rutinaria.
- Las limitaciones o impedimentos para el desempeño de un rol determinado.
- Los factores sociales, culturales u ocupacionales.
- La edad.
- El sexo.
- El dolor físico, considerado en sí mismo.
- El aumento del riesgo vital o a la integridad
- Las condiciones subjetivas que llevan a que una determinada clase de daño sea especialmente grave para la víctima (v.gr. pérdida de una pierna para un atleta profesional)

Prima facie, la distinción podría parecer un simple matiz, por lo que se ha de insistir en las implicaciones de esta precisión. Básicamente, se cambia de una concepción primordialmente cuantitativa en donde el criterio de tasación consiste en un porcentaje, a una concepción cualitativa del daño objetivo, en la que lo que predomina es la noción de gravedad de la alteración psicofísica,

⁹ Cfr. Sentencias, T-597 de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-395 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-307 de 2006, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-548 de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-940 de 2012, M.P. Nilson Pinilla Pinilla; T-894 de 2013, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

frente a la cual existe libertad probatoria. Sobre este punto la Sala ha de insistir en que no hay en la Constitución o en la normatividad infraconstitucional fundamento alguno para constituir los dictámenes sobre porcentajes de invalidez de las juntas de calificación de invalidez en prueba única e incontestable de la gravedad del daño.

Por lo demás, se ha de notar que el concepto cualitativo de alteración psicofísica tiene una mayor extensión el relacionado con el mero porcentaje de incapacidad, especialmente cuando éste se entiende referido a lo meramente laboral. Esto es así porque existen circunstancias de afectación la integridad física o de limitación de funciones, cuya gravedad y aptitud para afectar la calidad de vida no se alcanzan a reflejar adecuadamente en la medición meramente cualitativa de la incapacidad. Este es el caso de lo que en algunas ocasiones se ha llamado daño estético¹⁰ (subsumido dentro de esta dimensión del daño a la salud) o la lesión de la función sexual¹¹, componentes del daño a la salud que muy difícilmente se consideran constitutivos de incapacidad.

También se unifica la jurisprudencia en lo relativo al tema espinoso del daño temporal. En efecto, al dejarse claro que la duración del daño es factor a tener en cuenta para la tasación del mismo, se aclara que el carácter permanente de la alteración o la secuela no es requisito esencial para el reconocimiento del perjuicio a la salud. Y es que, en efecto, la Sala no encuentra razones para estimar que el daño que se ha curado o mitigado jamás tuvo lugar (falseamiento de los hechos) o, lo que es aún más peligroso, que los sujetos están obligados a soportar la afectación del bien jurídico de la salud siempre y cuando ésta sea reversible. Según esta absurda hipótesis, en efecto, tendría sentido desestimar las pretensiones de alguien que padeció una incapacidad total durante varios años y luego se recuperó, bajo el argumento de que el daño fue revertido. En esta misma línea se ha de aclarar también, que la Sala abandona definitivamente la tesis de que solo se ha de indemnizar lo que constituya una alteración grave de las condiciones de existencia. En efecto, dado que no es razonable suponer que alguien tenga el deber de soportar la alteración psicofísica de menor entidad, no existe razón para desestimar su antijuridicidad y, por tanto, su mérito indemnizatorio.

En igual sentido, se entenderá aquí que, en tanto que el concepto de salud no se limita a la ausencia de enfermedad, cabe comprender dentro de éste la alteración del bienestar psicofísico debido a condiciones que, en estricto sentido, no representan una situación morbosa, como por ejemplo, la causación injustificada de dolor físico o psíquico (estados de duelo). Y es que, en efecto, el dolor físico o psíquico bien pueden constituirse, en un momento dado, en la respuesta fisiológica o psicológica normal a un evento o circunstancia que no tenía por qué padecerse.

¹⁰ Sobre la incidencia del componente estético como elemento del daño a la salud cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 9 de marzo de 2011, radicación, 50001-23-31-000-1997-06394-01(18587). C.P. Gladys Agudelo Ordóñez; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 6 de diciembre de 2013, radicación. 25000232600019990091701(24386). C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

¹¹ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 12 de diciembre de 2013, radicación 25000232600019961266101(27493). C.P, Stella Conto Díaz del Castillo; y Sentencia de 29 de agosto de 2013, radicación 25002232600020040211301 (36725), C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

En conclusión se puede decir que se avanza a una noción más amplia del daño a la salud, que se pasa a definir en términos de alteración psicofísica que el sujeto no tiene el deber de soportar, sin importar su gravedad o duración y sin que sea posible limitar su configuración a la existencia de certificación sobre la magnitud de la misma.

Es menester aclarar que la apertura definitiva del espectro probatorio para la acreditación del daño a la salud puede generar circunstancias en las que, como en el caso sub lite, se pueda acreditar la existencia de un cierto tipo de alteración psicofísica, sin que ello comporte certeza sobre su naturaleza, intensidad y duración. En estos casos, bien puede el juez acudir a la literatura científica para complementar e interpretar las pruebas obrantes en el proceso. Esta afirmación debe ser cuidadosamente distinguida de la aceptación de que la literatura científica pueda ser tenida como reemplazo absoluto de las pruebas concernientes a los hechos singulares discutidos en el proceso, como lo son la historia clínica, o demás pruebas documentales o testimoniales. Lo que se afirma, más bien es que la literatura científica se acepta como criterio hermenéutico del material probatorio en aquellos casos en los que éste no resulta suficientemente conclusivo.

(...)

En los casos de reparación del daño a la salud se reiteran los criterios contenidos en la sentencia de unificación del 14 de septiembre de 2011, exp. 19031, proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, y se complementan los términos de acuerdo con la evolución jurisprudencial de la Sección Tercera.

La indemnización, en los términos del fallo referido está sujeta a lo probado en el proceso, única y exclusivamente para la víctima directa, en cuantía que no podrá exceder de 100 S.M.L.M.V, de acuerdo con la gravedad de la lesión, debidamente motivada y razonada, conforme a la siguiente tabla:

GRAFICO REPARACION DEL DAÑO A LA SALUD	
REGLA GENERAL	
GRAVEDAD DE LA LESIÓN	Víctima directa
	SMLMV
Igual o superior al 50%	100
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10

Bajo este propósito, el juez debe determinar el porcentaje de la gravedad o levedad de la afectación corporal o psicofísica, debidamente probada dentro del proceso, relativa a los aspectos o componentes funcionales, biológicos y psíquicos del ser humano¹².

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de agosto de 2014, radicado número 23001-23-31-000-2001-00278-01(28804) Actor: Amparo de Jesús Ramírez Suárez, Demandado: Hospital San Vicente de Paul de Lórica y otro, C. P. Stella Conto Díaz del Castillo.

Atendiendo a lo señalado por la jurisprudencia unificada antes transcrita y si bien en el plenario no obra certificación alguna que demuestre la gravedad de la lesión sufrida por el señor Alfonso Zuluaga Aristizabal y dado el tiempo transcurrido entre la fecha de los hechos y la de la presente decisión (aproximadamente 10 años) para efectos de ordenar que se haga la respectiva valoración, en cuanto podría verse afectado el resultado, aunado a que los recurrentes no impugnaron el *quantum* de la condena de primera instancia por este concepto, la Sala confirmará lo reconocido por el *a quo*. Esto es la suma equivalente a 40 smlmv.

5. Costas

No hay lugar a la imposición de costas, debido a que no se evidencia, en el trámite del proceso, actuación temeraria de las partes, condición exigida por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 para que proceda la condena.

En mérito de lo expuesto, **EL CONSEJO DE ESTADO, EN SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN “B”**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

RESUELVE

Primero.- MODIFICAR la sentencia proferida el 2 de noviembre de 2004 por la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Antioquia, Risaralda, Caldas y Chocó, la cual quedará así:

PRIMERO: *DECLÁRANSE no probadas las excepciones propuestas por el Municipio de Pensilvania y el llamado en garantía.*

SEGUNDO: *DECLÁRANSE al Municipio de Pensilvania y al Hospital San Juan de Dios solidariamente responsables de los perjuicios causados a los demandantes. En consecuencia, reconózcense los siguientes conceptos:*

PERJUICIOS MORALES:

Para Alfonso Zuluaga Aristizabal: Treinta salarios mínimos legales mensuales (30)

Para María Edith Zuluaga Valencia: Veinte Salarios mínimos legales mensuales (20)

Para los menores Mauricio, Gloria Patricia y Diego Zuluaga Zuluaga: diez salarios mínimos legales mensuales (10) para cada uno de ellos.

PERJUICIOS FISIOLÓGICOS

Para el señor Alfonso Zuluaga Aristizabal, la suma de cuarenta salarios mínimos mensuales (40)

Segundo.- CONDENAR al médico Juan Manuel Venegas a reintegrar el 30% de la condena impuesta.

Tercero.- El Municipio de Pensilvania o el Hospital Local San Juan de Dios de Pensilvania, a elección del actor, darán cumplimiento a lo dispuesto en este fallo, dentro de los términos indicados en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

Cuarto.- No hay condena en costas

Quinto.- Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil y con observancia de lo preceptuado en el artículo 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

Sexto.- Todas las comunicaciones que se ordena hacer en esta sentencia serán libradas por el a quo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Presidente de la Subsección

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Magistrada

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado