



CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de noviembre del dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 660012333000201300147 01 **(52.993)**

Actor: Rubiel Monsalve Cardona y otros.

Demandado: E.S.E Hospital Universitario San Jorge de Pereira.

Medio de control: Reparación directa.

Descriptor: **Descriptor:** confirma la responsabilidad en cabeza de la entidad demandada porque se encuentra probada la falla médica en la prestación del servicio de salud. **Restrictor:** Legitimación en la causa / Caducidad del medio de control de reparación directa / Presupuestos de la responsabilidad extracontractual del Estado / Régimen de imputación derivado de la actividad médica / El derecho a la salud, la prestación del servicio de salud y la atención en el servicio de urgencias / Responsabilidad médica por error de diagnóstico / Oportunidad de sanar como parte del derecho a la salud – pérdida de la oportunidad

Decide la Sala en segunda instancia los recursos de apelación interpuestos por la entidad demandada¹ y la parte demandante² contra la sentencia proferida el 26 de junio de 2014 por el Tribunal Administrativo de Risaralda, mediante la cual se resolvió:

*“1.- **DECLARASE** administrativa y patrimonialmente responsable a la E.S.E Hospital Universitario San Jorge de Pereira, por el fallecimiento del señor Luis Eduardo Monsalve Morales, ocurrido el 7 de febrero de 2011 en las circunstancias de tiempo, modo y lugar que han quedado precisadas en la parte motiva de este proveído.*

*2.- Como consecuencia de la anterior declaración, **CONDÉNASE** a la E.S.E Hospital Universitario San Jorge de Pereira, a pagar en favor de los demandantes las siguientes sumas de dinero:*

Por concepto de perjuicios morales:

*Para el señor Rubiel Monsalve Cardona, la suma equivalente a **cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes** y en favor de Daniel Monsalve Cardona, Paula Andrea Monsalve Duque y Alexander Monsalve Duque, la suma equivalente a **quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes** para cada uno de ellos.*

Por concepto de daño a la vida de relación:

¹ Fls.349-354 C.P

² Fls.364-411 C.P

*Para el señor Rubiel Monsalve Cardona, la suma equivalente en pesos a **quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes** a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.*

3.- CONDÉNASE a la E.S.E Hospital Universitario San Jorge de Pereira, a la reparación no pecuniaria – justicia restaurativa – como consecuencia del fallecimiento del señor Luis Eduardo Monsalve Morales, para lo cual, en el término máximo de dos (2) meses contados a partir de la fecha de ejecutoria de esta providencia, deberá adoptar las siguientes medidas:

3.1.- El señor gerente de la E.S.E Hospital Universitario San Jorge de Pereira o su delegado presentará públicamente en una ceremonia en la cual estén presentes los demandantes en este proceso, excusas por los hechos acaecidos que dieron origen a la presente demanda.

3.2.- Publicar en un lugar visible, en las instalaciones de la E.S.E Hospital Universitario San Jorge de Pereira, la parte resolutive de este proveído, publicación que deberá efectuarse por el término de un (1) mes, en lugar visible para las personas que accedan a dicha entidad.

4.- Se declara no probadas las excepciones de “garantías a cargo del asegurado” y “otros seguros” formuladas por el llamado en garantía Mapfre Seguros Generales Colombia S.A por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

5.- **CONDÉNASE** a la llamada en garantía, Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. al pago de las sumas impuestas a cargo de la E.S.E Hospital Universitario San Jorge de Pereira, en los términos del contrato de seguro, en cuanto al límite asegurado y el deducible, de acuerdo a lo precisado en la parte motiva de esta sentencia.

6.- **NIÉGANSE** las demás súplicas de la demanda, de acuerdo a lo expresado en la parte motiva de esta providencia”.

ANTECEDENTES

1. La demanda.

Fue presentada el **22 de abril de 2013**³ por Luis Eduardo Monsalve (sucesión), Rubiel Monsalve Cardona (hijo), Daniel Monsalve Cardona, Paula Andrea Monsalve Duque, Alexander Monsalve (nietos), Gabriela Bohórquez Monsalve, Mariana Bohórquez Monsalve, Alejandro Monsalve Rodas (bisnietos) y Mariluz Cardona Marina (nuera) quienes mediante apoderado judicial⁴ y en ejercicio del medio de control de reparación directa contenida en el artículo 140 del C.P.A.C.A, solicitaron que se declare administrativamente responsable al Hospital Universitario San Jorge de Pereira por la muerte de Luis Eduardo Monsalve Morales.

1.1. Pretensiones

Como consecuencia de la anterior declaración, el demandante solicitó condenar a la entidad demandada, a pagar a su favor las siguientes sumas de dinero:

³ Fls.1-42 C.1

⁴ Fls.82 y 86 -89 C.1

- Por concepto de **perjuicios morales y daño a la vida de relación** las siguientes sumas de dinero:

Demandante	Calidad del demandante	Perjuicios morales	Daño a la vida de relación
Luis Eduardo Monsalve Morales	Sucesión	600 SMLMV	300 SMLMV
Rubiel Monsalve Cardona	Hijo	600 SMLMV	300 SMLMV
Daniel Monsalve Cardona	Nieto	500 SMLMV	300 SMLMV
Paula Andrea Monsalve Duque	Nieta	500 SMLMV	300 SMLMV
Alexander Monsalve Duque	Nieto	500 SMLMV	300 SMLMV
Alejandro Monsalve Rodas	Bisnieto	250 SMLMV	250 SMLMV
Gabriela Bohórquez Monsalve	Bisnieta	250 SMLMV	250 SMLMV
Mariana Bohórquez Monsalve	Bisnieta	250 SMLMV	250 SMLMV
Mariluz Cardona Marina	Nuera	250 SMLMV	250 SMLMV ⁵

- Como medidas de **“satisfacción y garantías de no repetición”**:

- 1.- La publicación de la parte resolutive de la sentencia en la entidad demandada y en las facultades de medicina y administración hospitalaria.
- 2.- El ofrecimiento de disculpas – justicia restaurativa por parte del Hospital Universitario San Jorge de Pereira.
- 3.- La financiación bajo la dirección y administración de la Secretaria Departamental de Salud de Risaralda de la implementación de un sistema de información consultable en la internet donde cualquier persona pueda verificar los casos en que las entidades de salud han sido demandadas por responsabilidad médico asistencial, el estado de los procesos, los resultados de los procedimientos sancionatorios administrativos y judiciales, las causas de las demandas y similares que permitan al consultante establecer las condiciones en que se presta el servicio de salud.

1.2 Como fundamento de sus pretensiones la parte actora expuso los hechos que la Subsección sintetiza así⁶:

El día **6 de febrero de 2011** el señor Luis Eduardo Monsalve Morales sufrió un accidente de tránsito, fue trasladado al Hospital San Vicente de Paul de Santa Rosa de Cabal – Risaralda y, finalmente, debido a los síntomas y signos que la víctima presentaba, fue trasladado al Hospital Universitario San Jorge de Pereira.

⁵ Suma adicionada mediante escrito de corrección a la demanda presentado el 7 de mayo de 2013 (Fls.79-80 C.1) y admitido por el Tribunal de Primera Instancia mediante auto del 4 de junio de 2013 (Fls.91-93 C.1)

⁶ Fls.3-22 C.1

A las **3:45 p.m. del 6 de febrero de 2011**, la víctima llegó al Hospital San Jorge de Pereira – Risaralda, donde centraron su atención en la fractura de la epífisis inferior de la tibia, fractura de peroné y luxación de la articulación y ordenaron una ecografía abdominal y valoración por cirugía general. Sin embargo, omitieron el diagnóstico de la fractura de pelvis que la víctima presentaba. En virtud de la omisión, el **7 de febrero de 2011** el señor Luis Eduardo Monsalve Morales falleció a causa de un shock hipovolémico.

2. El trámite procesal

Admitida la demanda⁷, el Hospital Universitario San Jorge de Pereira – Risaralda, fue noticiado de la existencia del proceso⁸. El asunto se fijó en lista.

2.1.- El **26 de agosto de 2013**, el Hospital Universitario San Jorge de Pereira – Risaralda⁹ contestó la demanda, se opuso a todas y cada una de las pretensiones y propuso como excepción la inexistencia del nexo causal entre el acto médico y el daño, en razón a que la víctima recibió una atención integral durante el tiempo de hospitalización.

Al respecto se resalta:

“Así las cosas, es claro que durante el corto tiempo de hospitalización, el paciente estuvo estable hemodinámicamente, sin síntomas de presentar un choque hipovolémico, tal como se vio anteriormente y mucho menos presentó signos de irritación peritoneal o abdomen agudo que indicara la intervención quirúrgica por presencia de hemorragia.

Al paciente se le hicieron los exámenes y valoraciones conforme lo orientan las guías de atención, de acuerdo con las lesiones que le fueron encontradas a su auscultación física y a lo manifestado por el paciente, el cual estuvo consciente, orientado, alerta, tal como se describe en las notas de evolución médica, sin que se evidencie entonces que haya habido descuido alguno con el paciente como se afirma en el libelo petitorio”.

Igualmente, la E.S.E propuso como excepción, la caducidad del medio de control de reparación directa toda vez que:

“La audiencia de conciliación se celebró el día 12 de abril de 2013, fecha a partir de la cual se reanudaba el término de caducidad, debiendo entonces presentarse la demanda a más tardar el día 16 de abril de 2013.

No obstante, se observa que tal como lo manifiesta el apoderado de los actores en el hecho 26 de la demanda, la certificación de la Procuraduría fue expedida el 19 de abril de 2013 y consta la presentación de la demanda el día 22 de abril de 2013, lo que significa que el término para presentar el medio de control de reparación directa caducó”.

⁷ Fls.75-77 C.1

⁸ Fl. 96-97 C.1

⁹ Fls.104-123 C.1

2.2.- En escrito presentado en la misma fecha, el Hospital Universitario San Jorge de Pereira **llamó en garantía a la Aseguradora Mapfre Seguros Generales de Colombia** en atención a la póliza de responsabilidad civil No. 1601312000016¹⁰.

2.3.- El **21 de agosto de 2013** el Tribunal Administrativo de Risaralda resolvió admitir el llamamiento¹¹ efectuado por el Hospital Universitario San Jorge de Pereira a la Aseguradora Mapfre Seguros Generales de Colombia, quien fue noticiado de la existencia del proceso¹².

2.3.1.- El **30 de septiembre de 2013** el apoderado de Mapfre Seguros Generales de Colombia contestó el llamamiento en garantía¹³, se opuso a él y propuso como excepciones la ausencia de culpa y de responsabilidad de la entidad hospitalaria y el cumplimiento de la lex artis por considerar que:

“No cabe duda Honorable Magistrado que la E.S.E Hospital Universitario San Jorge de Pereira, realizó todas las gestiones pertinentes para la atención del paciente con base en los exámenes practicados, las valoraciones, su sintomatología, sus dolencias y manifestaciones y que era imposible para el cuerpo médico sospechar el choque hipovolémico, que de manera errada afirman los demandantes. Nótese, como lo indica el llamante, como la literal clínica indica que una de las características principales de la hipovolemia es la alteración de la hemodinámica y para el caso de autos el paciente registra en la historia clínica buena estabilidad desde el punto de vista hemodinámico”.

Igualmente, la llamada en garantía propuso como excepciones el cobro de lo no debido y el enriquecimiento sin justa causa, por cuanto los actores están cobrando a la llamante unas sumas de dinero exorbitantes por hechos en los que no cabe ninguna responsabilidad; la caducidad de la acción reiterando los argumentos de la entidad demandada; y el límite de la eventual condena a lo asegurado en la póliza de responsabilidad civil tomada por el Hospital Universitario San Jorge de Pereira.

3- Audiencia inicial y audiencias de pruebas y alegatos de conclusión

3.1.- El **22 de noviembre de 2013** se llevó a cabo la audiencia inicial¹⁴, en la que el Tribunal Administrativo de Risaralda saneó el proceso y decidió sobre la excepción previa de caducidad del medio de control de reparación directa así:

“Se observa entonces que entre el 8 de febrero de 2011, día siguiente al fallecimiento del señor Monsalve Morales, y el 6 de febrero de 2013, fecha de presentación de la solicitud de conciliación, transcurrió 1 año, 11 meses y 28 días, restando 2 días para que operara la caducidad de la acción; que el trámite de conciliación suspendió dicho término entre el 6 de febrero de 2013 y el 19 de abril de 2013 y que los 2 días de caducidad restantes transcurrieron el 22 y 23 de abril de 2013; siendo inhábiles el 20 y 21. Y

¹⁰ Fls.124-125 C.1

¹¹ Fls.145-148 C.1

¹² Fls.151-152 C.1

¹³ Fls.154-183 C.1

¹⁴ Fls.212-219 C.1 -1

Comoquiera que la demanda fue presentada el 22 de abril de 2013, lo fue dentro del término de vigencia de la acción”.

Igualmente, en la audiencia inicial, el Tribunal Administrativo de Risaralda fijó el litigio y ordenó abrir el proceso a **pruebas**.

3.2.- El **16 de diciembre de 2013** se llevó a cabo la audiencia de pruebas¹⁵ que fue declarada suspendida por la inasistencia de los testigos y reanudada el **6 de febrero de 2014** en la que se recepcionaron los testimonios solicitados.

En dicha diligencia se resolvió correr traslado a las partes por el término de 10 días para que presentaran sus **alegatos de conclusión** y al Ministerio Público para que rindiera el concepto de rigor. Oportunidad que fue aprovechada por el llamado en garantía¹⁶, la parte demandante¹⁷ y la Entidad demandada¹⁸.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El **26 de junio de 2014** el Tribunal Administrativo de Risaralda accedió a las pretensiones de la demanda¹⁹, por cuanto consideró que:

“Para el Tribunal la situación de salud evidenciada en el paciente Monsalve Morales – politrauma – y su antecedente de edad avanzada – 92 años – si ameritaban la valoración del estado de la pelvis del paciente y la utilización de ayudas diagnosticas como la radiografía pélvica, tomografía computarizada – TAC – o resonancia nuclear magnética – RNM – en orden a establecer el diagnóstico oportuno y tratamiento médico adecuado de dicha lesión, con el fin de lograr, en la medida de lo posible, el restablecimiento de la salud del paciente, un hemotórax, este último desencadenante de un shock hipovolémico y que erigió en la causa del fallecimiento del paciente, como quedó ampliamente analizado.

(...)

*Para este juez colegiado, la asistencia médica dispensada al señor Luis Eduardo Monsalve Morales en la E.S.E Hospital Universitario San Jorge de Pereira fue sin duda alguna incompleta, tal y como lo refirió el pluri citado dictamen pericial, ya que los síntomas y signos externos y las afirmaciones del mismo paciente en el momento de recibir la atención de urgencias, no son suficientes para establecer o descartar en el caso concreto la presencia de una lesión pélvica, que comúnmente se asocia a pacientes politraumatizados, con mayor razón de avanzada edad como el señor Monsalve Morales – 91 años -, sino que se requiere para la determinación del verdadero estado de salud del paciente – **diagnostico** – y para el planteamiento del plan a seguir – **tratamiento** -, de ayudas diagnósticas como rayos x, que no fueron practicadas al paciente y que eran determinantes para arribar al diagnóstico de fractura de pelvis y posterior tratamiento, como quedó establecido con el dictamen pericial valorado.*

Así las cosas, concluye la Sala que en el caso concreto la actuación de la E.S.E Hospital Universitario San Jorge de Pereira no se ajustó al protocolo de la ciencia

¹⁵ Fls.233-235 C.1 – 1

¹⁶ Fls.248-252 C.1-1

¹⁷ Fls.253-293 C.1-1

¹⁸ Fls.294-301 C.1-1

¹⁹ Fls.315-341 C.P

médica o la lex artis, por cuanto omitió la práctica de los medios diagnósticos que permitieran establecer la presencia de la lesión – fractura pélvica – y el tratamiento correspondiente a la misma, omisión que permitió que se desencadenara en el paciente un shock hipovolémico que finalmente fue la causa de su fallecimiento”.

III. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

1.- El **11 de julio de 2014** el Hospital Universitario San Jorge de Pereira interpuso recurso de apelación²⁰ en contra de la sentencia de primera instancia donde solicitó de manera principal que dicha providencia sea revocada y en su lugar se nieguen las declaraciones y condenas propuestas en la demanda y, de manera subsidiaria, que se reduzcan los montos reconocidos en primera instancia por cuanto consideró que el *A quo* no valoró integralmente el acervo probatorio obrante en el plenario. Al respecto, se resalta:

*“En conclusión, fue el informe de necropsia el que permitió determinar que el paciente presentaba una fractura de pelvis, pues mientras estuvo vivo **no tuvo ningún síntoma o signo clínico que así lo hiciera sospechar**, lo cual confirma con la respuesta dada por el perito o la señora magistrada al momento de ser interrogada por la misma, cuando se le preguntó que si el paciente tenía los síntomas de una fractura de pelvis, a lo cual el perito **contestó que en la necropsia fue encontrada la fractura, no obstante no se refirió a que el paciente los presentara durante su estancia en la E.S.E HUSJ.***

Finalmente se reitera que el paciente no tenía indicación de toma de rayos x de pelvis.

Tal como se dejó dicho al inicio del presente escrito, en su declaración, el perito insistió en que al paciente se le debió practicar unos rayos “x” de pelvis, indicando que las guías del Ministerio de la Protección Social señalaban que dicho examen (rayos x de pelvis) era “mandatario”.

No obstante lo anterior y revisadas las guías para manejo de urgencias, tercera edición tomo I, vigente para el año 2009 sobre la atención inicial del paciente traumatizado, señala que dicho examen sólo debe realizarse en caso de que existe sospecha clínica o que las condiciones del paciente no permitan su evaluación, situaciones que no se presentaron en el caso de autos, pues no existía sospecha clínica de fractura de pelvis y el paciente estaba consciente, es decir, era posible realizar su valoración”.

2.- El **14 de julio de 2014** la parte demandante interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia en el que solicitó:

2.1.- La reparación del “*daño moral causado al paciente a favor de la sucesión en los guarismos solicitados en la demanda*”.

2.2.- El incremento de los perjuicios morales reconocidos a los demandantes ya que el monto indemnizado por el *A quo* no corresponde a la realidad de los hechos.

²⁰ FI.349-354 C. P

2.3.- Conceder a los demandantes Gabriela Bohórquez Monsalve, Mariana Bohórquez Monsalve, Alejandro Monsalve Rodas y Mariluz Cardona Marian la condición de damnificados y en consecuencia acceder a sus pretensiones indemnizatorias.

2.4.- Incrementar las medidas de reparación simbólica adoptadas en primera instancia de forma tal que tengan un efecto eficaz desde la perspectiva persuasiva que deben tener las sentencias de reparación.

2.5.- Condenar y fijar el valor de las agencias de derecho de conformidad con el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010.

El **31 de julio de 2014** el Tribunal Administrativo de Risaralda citó a las partes a audiencia de conciliación que se llevó a cabo el **2 de septiembre de 2014** y se declaró fracasada por falta de ánimo conciliatorio de la parte demandante²¹. En consecuencia, **concedió** los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y la entidad demandada.

IV. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

El **17 de febrero de 2015** esta Corporación admitió los recursos de alzada²² y el **4 de mayo** del mismo año el Despacho citó a las partes a audiencia de alegatos de conclusión²³ que se llevó a cabo el **27 de julio de 2015**²⁴ y en la que intervinieron la parte demandante, la E.S.E Hospital Universitario San Jorge de Pereira y el Ministerio Público.

V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El **25 de julio de 2015** el Ministerio Público presentó el concepto No. 147/2015²⁵ en el que consideró acreditada la responsabilidad de la entidad demandada, en la medida que no se ajustó al protocolo de la ciencia médica o *lex artis* por cuanto omitió la práctica de los medios de diagnóstico que permitieran establecer la presencia de la lesión – fractura pélvica – y el tratamiento correspondiente a la misma, omisión que permitió que se desencadenara en el paciente un shock hipovolémico que finalmente fue la causa del fallecimiento de Luis Eduardo Monsalve.

Encontrándose el expediente al despacho y no hallándose ninguna causal que pueda invalidar lo actuado, la Sala procede a emitir sentencia, previas las siguientes:

²¹ Fls.426-428 C.P

²² Fl.446 C.P

²³ Fls.449 C.P

²⁴ Fls.452-454 C.P

²⁵ Fls.469-478 C.P

VI. CONSIDERACIONES

La Sala, retomando la problemática jurídica propuesta por la parte actora, precisará el alcance de los conceptos adoptados como *ratio decidendi* para sustentar su decisión así: 1.- Legitimación en la causa; 2.- Caducidad del medio de control de reparación directa; 3.- Presupuestos de la responsabilidad extracontractual del Estado; 3.- Régimen de imputación derivado de la actividad médica; 4.- El derecho a la salud, la prestación del servicio de salud y la atención en el servicio de urgencias; 5.- Responsabilidad médica por error de diagnóstico; 6.- Oportunidad de sanar como parte del derecho a la salud – pérdida de la oportunidad; 7.- Caso concreto.

1. Legitimación en la causa

La legitimación en la causa es la “*calidad subjetiva reconocida a las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso*”²⁶, o en otras palabras, la legitimación en la causa consiste en la identidad de las personas que figuran como sujetos (por activa o por pasiva) de la pretensión procesal, con las personas a las cuales la ley otorga el derecho para postular determinadas pretensiones. Así, es evidente que cuando la legitimación en la causa falte en el demandante o en el demandado, la sentencia debe ser desestimatoria de las pretensiones.

En el caso concreto, comparecen como demandantes **Rubiel Monsalve Cardona; Daniel Monsalve Cardona²⁷, Paula Andrea Monsalve Duque²⁸, Alexander Monsalve Duque²⁹, Alejandro Monsalve Rodas³⁰, Gabriela Bohórquez Monsalve³¹ y Mariana Bohórquez Monsalve³²**, quienes respectivamente adujeron la calidad de hijo, nietos y bisnietos de Luis Eduardo Monsalve Morales (víctima); parentescos estos que se encuentran probados con el registro civil de nacimiento de cada uno de los demandantes.

²⁶ Corte Constitucional. Sentencia C- 965 de 2003.

²⁷ Obra registro civil de nacimiento de Daniel Monsalve Cardona (nieto) en el que consta que nació el 24 de junio de 2010 y que sus padres son Rubiel Monsalve Cardona y Mariluz Cardona Marín. (Fls.4 C.2)

²⁸ Obra registro civil de nacimiento de Paula Andrea Monsalve Duque (nieta) en el que consta que nació el 15 de marzo de 1977 y que sus padres son Rubiel Monsalve Cardona y Berta Luz Duque Vélez. (Fls.1 C.2)

²⁹ Obra registro civil de nacimiento de Alexander Monsalve Duque (nieto) en el que consta que nació el 24 de octubre de 1973 y que sus padres son Rubiel Monsalve Cardona y Berta Luz Duque Vélez. (Fls.3 C.2)

³⁰ Obra registro civil de nacimiento Alejandro Monsalve Rodas (bisnieto) en el que consta que nació el 30 de agosto de 2001 y que sus padres son Ivonne Claudia Rodas y Alexander Monsalve Duque nieto a su vez de la víctima directa. (Fls.7 C.2)

³¹ Obra registro civil de nacimiento de Gabriela Bohórquez Monsalve (bisnieta) en el que consta que nació el 2 de agosto de 2008 y que sus padres son Laureano Antonio Bohórquez y Paula Andrea Monsalve Duque, nieta a su vez de la víctima directa. (Fls.6 C.2)

³² Obra registro civil de nacimiento de Mariana Bohórquez Monsalve (bisnieta) en el que consta que nació el 24 de enero de 2011 y que sus padres son Laureano Antonio Bohórquez y Paula Andrea Monsalve Duque, nieta a su vez de la víctima directa. (Fls.5 C.2)

Asimismo, acude al proceso **Mariluz Cardona Marina** en calidad de nuera de la víctima directa³³, calidad que se encuentra acreditada dentro del material testimonial y sobre la cual se ahondará en sede de perjuicios.

Por la otra parte, la demanda fue dirigida contra la E.S.E. Hospital Universitario San Jorge de Pereira, entidad hospitalaria que prestó el servicio de salud y atención médica al señor Luis Eduardo Monsalve Morales, luego de que este fuera arrollado por una motocicleta, situación que es suficiente para tener por acreditada la legitimación en la causa por pasiva en cabeza de la entidad demandada, quien en su calidad de Empresa Social del Estado cuenta con autonomía administrativa y patrimonial.

2.- Caducidad del medio de control de reparación directa

La caducidad es concebida como un instituto que permite garantizar el derecho de acceso a la administración de justicia y representa una manifestación clara del principio de seguridad jurídica y de la prevalencia del interés general; cuyos términos están fijados por el artículo 164 del C.P.A.C.A., que en su literal i) dispone que la acción de *“reparación directa, la demanda deberá presentarse dentro del término de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia.*

La caducidad, a diferencia de la prescripción, no se suspende, salvo la excepción consagrada en la Ley 446 de 1998, el artículo 21 de la Ley 640 de 2001³⁴ y el artículo 102³⁵ del C.P.A.C.A. Tampoco admite renuncia y de encontrarse probada, debe ser declarada de oficio por el juez³⁶.

En el caso concreto, la Sala prevé que la muerte de Luis Eduardo Monsalve Morales tuvo lugar

³³ Obra registro civil de matrimonio en el que consta que Rubiel Monsalve Cardona y Mariluz Cardona Marín se casaron el 26 de enero de 2008. (Fls.8 C.2)

³⁴ ARTICULO 21. SUSPENSION DE LA PRESCRIPCION O DE LA CADUCIDAD. La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 20. de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable”. (Subrayado fuera de texto)

³⁵ Artículo 102. *Extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades.* Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos. (...) La solicitud de extensión de la jurisprudencia suspende los términos para la presentación de la demanda que procediere ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Los términos para la presentación de la demanda en los casos anteriormente señalados se reanudarán al vencimiento del plazo de treinta (30) días establecidos para acudir ante el Consejo de Estado cuando el interesado decidiera no hacerlo o, en su caso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 269 de este Código.

³⁶ Consejo de Estado, Auto de fecha 26 de marzo de 2007, Rad. 33372, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

el día 7 de febrero de 2007, lo que en principio indica que el término de caducidad vencería el 7 de febrero de 2009; pero en consideración a que el vencimiento tendría lugar en un día inhábil (sábado), esta fecha debe correrse para el siguiente día hábil, esto es, para el **9 de febrero de 2009**.

Sin embargo, antes del vencimiento del término de caducidad, esto es, el **6 de febrero de 2013** la parte demandante presentó solicitud de conciliación extrajudicial ante el Ministerio Público³⁷, la cual se llevó a cabo el **12 de abril de 2013** y se declaró fracasada por falta de ánimo conciliatorio por parte de la entidad demandada, según se observa en la constancia suscrita el **19 de abril de 2013** por el Ministerio Público³⁸.

Así las cosas, el cómputo de la caducidad se suspendió durante 2 meses, 1 semana, 6 días (72 días) de manera que su vencimiento se corrió hasta el **22 de abril de 2009** y la demanda fue presentada el mismo **22 de abril de 2009**, es decir, dentro del término de caducidad previsto en el literal i) del artículo 164 del C.P.A.C.A.

3. Presupuestos de la responsabilidad extracontractual del Estado

Con relación a la responsabilidad del Estado, la Carta Política de 1991 produjo su “*constitucionalización*” al erigirla como garantía de los derechos e intereses de los administrados y de su patrimonio, sin distinguir su condición, situación o interés.

De lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución, cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado, se desprende que esta tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado y la imputación del mismo a la administración pública, tanto por su acción como por su omisión, ya sea atendiendo a los criterios de falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional o cualquier otro.

En síntesis, la responsabilidad extracontractual del Estado se configura con la demostración del daño antijurídico y de su imputación a la administración.

El daño consiste en el menoscabo del interés jurídico tutelado y la antijuridicidad en que él no debe ser soportado por el administrado, ya sea porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o, porque es “irrazonable,” sin depender “*de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración.*”³⁹.

La imputación no es otra cosa que la atribución fáctica y jurídica que del daño antijurídico se hace al Estado, de acuerdo con los criterios que se elaboren para ello, como por ejemplo la falla

³⁷ Fls.43-63 C.1

³⁸ Fls.64 C.1

³⁹ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

del servicio, el desequilibrio de las cargas públicas – daño especial, la concreción de un riesgo excepcional, o cualquiera otro que permita hacer la atribución en el caso concreto, tal como lo determinado el precedente de la Corporación

“(…) 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 (…).”⁴⁰

Finalmente, debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede ser concebida simplemente como una herramienta destinada a la reparación, sino que debe contribuir con un efecto preventivo⁴¹ que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada.

4. Régimen de imputación derivado de la actividad médica

Ahora bien, en cuanto al régimen de responsabilidad derivado de la actividad médica, en casos como el presente la Sección ha establecido que el régimen aplicable es el **de falla del servicio**, realizando una transición entre los conceptos de falla presunta y falla probada, en la actualidad la posición consolidada de la Sala en esta materia la constituye aquella según la cual es la **falla probada del servicio** el título de fundamento bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria⁴².

En el mismo sentido, partiendo del análisis del caso en el marco de la falla probada del servicio como título de imputación⁴³, *“... en la medida en que el demandante alega que existió una falla del servicio médico asistencial que produjo el daño antijurídico por el cual reclama indemnización...”⁴⁴*.

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:

⁴⁰ Consejo de Estado Sección Tercera, sentencia de 20 de febrero 1989, expediente: 4655. Así mismo se dijo en sentencia de 14 de febrero de 1995, expediente: S-123 que: *“(…) la Sala precisa que sí es posible en materia de juicios de responsabilidad extracontractual del Estado, la aplicación del principio iura novit curia, pero siempre teniendo en cuenta que a través de él no se puede llegar a la modificación de los fundamentos fácticos de la pretensión, expuestos en el libelo, los cuales constituyen su causa petendi y son los precisados por el actor, y no otros (…).”*

⁴¹ “En consecuencia, la función de la responsabilidad extracontractual (sic) no puede ser ni única ni primariamente indemnizatoria. Tiene que ser, ante todo, preventiva o disuasoria, o se trataría de una institución socialmente absurda: ineficiente”. PANTALEÓN, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, en AFDUAM, No.4, 2000, p.174.

⁴² Consejo de Estado – Sección Tercera, sentencia de 12 de mayo de 2011, Exp. 19.835.

⁴³ 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.

⁴⁴ 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”⁴⁵.

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”*, se debe observar que está produce 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”⁴⁶.

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”⁴⁷.

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:

-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

⁴⁵ Sentencia de 7 de octubre de 2009. Exp. 35656.

⁴⁶ Corte Constitucional, sentencia T-104 de 2010.

⁴⁷ Corte Constitucional, sentencia T-1059 de 2006.

cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento⁴⁸, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente⁴⁹ 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 salud⁵⁰.

En ese sentido, la Sala ha manifestado en decisiones precedentes que dicha falla se circunscribe a una consideración básica:

“La obligación de prestar asistencia médica es compleja, es una relación jurídica total, compuesta por una pluralidad de deberes de conducta (deber de ejecución, deber de diligencia en la ejecución, deber de información, deber de guardar secreto médico, etc.). Ese conjunto de deberes conforma una trama, un tejido, una urdimbre de la vida social responde a la idea de organización – más que de organismos- en punto a la susodicha relación jurídico total (...) Por tanto, aquel deber jurídico principal supone la presencia de otros deberes secundarios de conducta, como los de diagnóstico, información, recepción de la voluntad jurídica del enfermo –llamada comúnmente consentimiento del paciente-, prescripción, guarda del secreto profesional, satisfacción del plan de prestación en su integridad (actividad que supone no abandonar al enfermo y cuidar de él hasta darlo de alta)⁵¹ (subrayado fuera de texto).

5. El derecho a la salud, la prestación del servicio de salud y la atención en el servicio de urgencias

De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo No. 02 de 2009, la atención de la salud es un servicio público a cargo del Estado, a quien le corresponde garantizar a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud⁵².

⁴⁸ 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.

⁴⁹ En este sentido se ha pronunciado la Corporación, entre otras, en la sentencia T- 136 de 2004 MP Manuel José Cepeda Espinosa

⁵⁰ Corte Constitucional, sentencias T- 1059 de 2006; T- 062 de 2006; T- 730 de 2007; T- 536 de 2007; T- 421 de 2007.

⁵¹ Sección Tercera, sentencia de 18 de febrero de 2010. Exp. 17655.

⁵² Artículo 49. [Modificado por el Acto Legislativo No 02 de 2009](#). La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley. Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad. La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria. Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad.

Sin embargo, tal como lo ha pregonado insistentemente la Corte Constitucional,⁵³ la salud no sólo puede considerarse desde la perspectiva de un servicio público sino también, y esta es su mayor caracterización, como un derecho fundamental de los asociados, máxime si se tiene en cuenta que está en íntima conexidad con otros derechos fundamentales como la vida, la dignidad humana y la integridad personal, derechos todos estos que a su vez permiten el ejercicio de otros derechos de la misma estirpe.

En cuanto a la caracterización del derecho a la salud como fundamental del ser humano, la Corte constitucional ha dicho:

“la jurisprudencia constitucional ha dejado de decir que tutela el derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida y a la integridad personal, para pasar a proteger el derecho ‘fundamental autónomo a la salud’⁵⁴. Para la jurisprudencia constitucional (...) no brindar los medicamentos previstos en cualquiera de los planes obligatorios de salud, o no permitir la realización de las cirugías amparadas por el plan, constituye una vulneración al derecho fundamental a la salud.⁵⁵” (Subraya la Sala)

Asimismo, en el Derecho Convencional, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, aprobado por la Ley 74 de 1968, dispone en el numeral primero del artículo 12 que ***“Los Estados Partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”,*** y en el numeral segundo añade que *“entre las medidas que deberán adoptar los Estados partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para... **d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.**”* (Resalta la sala).

Por su parte el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General No. 14, aprobada en el año 2000, señala que *“la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos...8. El derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano. El derecho a la salud entraña libertades y derechos...En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud. 9. El concepto del “más alto nivel posible de salud”, a que se hace referencia en el párrafo 1 del artículo 12, tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado. Existen varios aspectos que pueden abordarse únicamente desde el punto de vista de la relación entre el Estado y los individuos; en particular, un Estado no puede garantizar la buena*

⁵³ Ver entre otras las sentencias T- 185 de 2009, T-589 de 2009 y T- 195 de 2011.

⁵⁴ Corte Constitucional. Sentencia T- 845 de 2006.

⁵⁵ En la sentencia T- 736 de 2004 (MP Clara Inés Vargas Hernández) la Corte consideró que imponer costos económicos no previstos por la ley a una persona para acceder al servicio de salud que requiere *“(...) afecta su derecho fundamental a la salud, ya que se le imponen límites no previstos en la ley, para que acceda a su tratamiento y a la vez la entidad se libra de su obligación de brindar integralmente los tratamientos y medicamentos al paciente.”* Puede verse sentencia T- 438 de 2004.

salud ni puede brindar protección contra todas las causas posibles de la mala salud del ser humano. Así, los factores genéticos, la propensión individual a una afección y la adopción de estilos de vida malsanos o arriesgados suelen desempeñar un papel importante en lo que respecta a la salud de la persona. **Por lo tanto, el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud.** ... 13. La lista incompleta de ejemplos que figura en el párrafo 2 del artículo 12 sirve de orientación para definir las medidas que deben adoptar los Estados. En dicho párrafo se dan algunos ejemplos genésicos de las medidas que se pueden adoptar a partir de la definición amplia del derecho a la salud que figura en el párrafo 1 del artículo 12, con la consiguiente ilustración del contenido de ese derecho, según se señala en los párrafos siguientes: (...) Apartado d) del párrafo 2 del artículo 12. El derecho a establecimientos, bienes y servicios de salud. 17. "La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad". (apartado d) del párrafo 2 del artículo 12), tanto física como mental, incluye el acceso igual y oportuno a los servicios básicos preventivos, curativos y de rehabilitación, así como la educación en materia de salud; programas de reconocimientos periódicos; tratamiento apropiado de enfermedades, afecciones, lesiones..." (Resalta la Sala).

Pues bien, nótese que de acuerdo con estos preceptos el derecho a la salud, entendido como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud, supone, entre otras medidas, el establecimiento de condiciones que aseguren que todas las personas tendrán acceso igualitario y oportuno a los correspondientes servicios médicos y hospitalarios y por consiguiente, toda decisión, disposición o acuerdo que establezca requisitos o imponga limitaciones, en uno y en otro caso, caprichosos, poco razonables, que miren más a la conveniencia del intermediario o del prestador del servicio y no al derecho del paciente, o que finalmente hagan nugatorio el derecho a la salud, debe ser tenida como una decisión, disposición o convenio que viola las normas imperativas que regulan ese derecho fundamental y por ende le debe sobrevenir el consecuencial juicio negativo de valor.

Ahora bien, en lo que respecta a la prestación del servicio de salud y al sistema de seguridad social en salud, éste se encuentra regulado por la Ley 100 de 1993, según la cual son reglas rectoras del servicio público de salud, la equidad⁵⁶, la obligatoriedad⁵⁷, la protección integral⁵⁸, la

⁵⁶ Equidad. El sistema general de seguridad social en salud proveerá gradualmente servicios de salud de igual calidad a todos los habitantes en Colombia, independientemente de su capacidad de pago. Para evitar la discriminación por capacidad de pago o riesgo, el sistema ofrecerá financiamiento especial para aquella población más pobre y vulnerable, así como mecanismos para evitar la selección adversa.

⁵⁷ Obligatoriedad. La afiliación al sistema general de seguridad social en salud es obligatoria para todos los habitantes en Colombia. En consecuencia, corresponde a todo empleador la afiliación de sus trabajadores a este sistema y del Estado facilitar la afiliación a quienes carezcan de vínculo con algún empleador o capacidad de pago.

⁵⁸ Protección integral. El sistema general de seguridad social en salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico,

libre escogencia⁵⁹, la autonomía de las instituciones⁶⁰, la descentralización administrativa⁶¹, la participación social⁶², la concertación⁶³ y la muy importante calidad del servicio⁶⁴, de donde vale, igualmente, la pena resaltar que dentro de las características básicas del sistema general de salud, se encuentra el ingreso de todos los colombianos al régimen de seguridad social en aras de garantizar la salud de la población colombiana, mediante la debida organización y prestación del servicio público de salud y la atención de urgencias en todo el territorio nacional⁶⁵.

Asimismo, la mencionada Ley 100 estableció los niveles de complejidad de las instituciones prestadoras de servicios (Baja⁶⁶, Media⁶⁷ y Alta⁶⁸) y los niveles de atención⁶⁹ que se prestan respecto a las actividades, procedimientos e intervenciones (Nivel I, Nivel II, Nivel III), a los

tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del plan obligatorio de salud.

⁵⁹ Libre escogencia. El sistema general de seguridad social en salud permitirá la participación de diferentes entidades que ofrezcan la administración y la prestación de los servicios de salud, bajo las regulaciones y vigilancia del Estado y asegurará a los usuarios libertad en la escogencia entre las entidades promotoras de salud y las instituciones prestadoras de servicios de salud, cuando ello sea posible según las condiciones de oferta de servicios. Quienes atenten contra este mandato se harán acogedores a las sanciones previstas en el artículo 230 de esta ley.

⁶⁰ Autonomía de las instituciones. Las instituciones prestadoras de servicios de salud tendrán, a partir del tamaño y complejidad que reglamente el gobierno, personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, salvo los casos previstos en la presente ley.

⁶¹ Descentralización administrativa. La organización del sistema general de seguridad social en salud será descentralizada y de ella harán parte las direcciones seccionales, distritales y locales de salud. Las instituciones públicas del orden nacional que participen del sistema adoptarán una estructura organizacional, de gestión y de decisiones técnicas, administrativas y financieras que fortalezca su operación descentralizada.

⁶² Participación social. El sistema general de seguridad social en salud estimulará la participación de los usuarios en la organización y control de las instituciones del sistema general de seguridad social en salud y del sistema en su conjunto. El Gobierno Nacional establecerá los mecanismos de vigilancia de las comunidades sobre las entidades que conforman el sistema. Será obligatoria la participación de los representantes de las comunidades de usuarios en las juntas directivas de las entidades de carácter público.

⁶³ Concertación. El sistema propiciará la concertación de los diversos agentes en todos los niveles y empleará como mecanismo formal para ello a los consejos nacional, departamentales, distritales y municipales de seguridad social en salud.

⁶⁴ Calidad. El sistema establecerá mecanismos de control a los servicios para garantizar a los usuarios calidad en la atención oportuna, personalizada, humanizada, integral, continua y de acuerdo con estándares aceptados en procedimientos y práctica profesional. De acuerdo con la reglamentación que expida el gobierno, las instituciones prestadoras deberán estar acreditadas ante las entidades de vigilancia.

⁶⁵ Numeral 2º del artículo 159 de la Ley 100 de 1993: Garantías de los afiliados.

⁶⁶ Baja complejidad: Son aquellas instituciones que habilitan y acreditan en su mayoría servicios considerados de baja complejidad y se dedican a realizar intervenciones y actividades de promoción de la salud y prevención de la enfermedad, consulta médica y odontológica, internación, atención de urgencias, partos de baja complejidad y servicios de ayuda diagnóstica básicos en lo que se denomina primer nivel de atención.

⁶⁷ Mediana complejidad: Son instituciones que cuentan con atención de las especialidades básicas como lo son pediatría, cirugía general, medicina interna, ortopedia y ginecobstetricia con disponibilidad las 24 horas en internación y valoración de urgencias, además ofrecen servicios de consulta externa por especialista y laboratorios de mayor complejidad, en lo que es el segundo nivel de atención.

⁶⁸ Alta complejidad: Cuentan con servicios de alta complejidad que incluyen especialidades tales como neurocirugía, cirugía vascular, neumología, nefrología, dermatología, etc. con atención por especialista las 24 horas, consulta, servicio de urgencias, radiología intervencionista, medicina nuclear, unidades especiales como cuidados intensivos y unidad renal. Estas Instituciones con servicios de alta complejidad atienden el tercer nivel de atención, que incluye casos y eventos o tratamientos considerados como de alto costo en el POS.

⁶⁹ Los Niveles de Atención en la Salud se definen como la capacidad que tienen todos los entes prestadores de servicios de salud y se clasifican de acuerdo a la infraestructura, recursos humanos y tecnológicos.

cuales debe corresponder la prestación de los servicios de consulta médica, hospitalización y, en general, todos los eventos, según su complejidad⁷⁰, donde el tercer nivel de atención incluye aquellas intervenciones o enfermedades de alta complicación y costo, que debido a su complicación requieren para su atención, del nivel más especializado y de la mayor calidad de atención humana, técnica y científica⁷¹.

A la sazón, el Decreto 2174 de 1996 señaló que la atención en salud refiere tanto a los servicios propios del aseguramiento y administración de los recursos que desarrollan las EPS, como a las IPS en sus fases de promoción y fomento, prevención de enfermedad, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, cuya calidad está dada por el conjunto de características técnico – científicas, humanas, financieras y materiales que debe tener la Seguridad Social en Salud, bajo la responsabilidad de las personas e instituciones que integran el sistema y la correcta utilización de los servicios por parte de los usuarios. Entendiendo por sistema el conjunto de instituciones, normas, requisitos y procedimientos indispensables que deben cumplir sus integrantes para garantizar a los usuarios de los servicios el mayor beneficio, a un costo razonable y con el mínimo riesgo posible.

Ahora bien, frente a la prestación del servicio de salud mediante la atención de urgencias, el Decreto 412 de 1992 reglamentó los servicios de urgencias bajo disposiciones aplicables a todas las entidades prestatarias de servicios de salud, públicas y privadas⁷², todas ellas obligadas a prestar la atención inicial de urgencia, independientemente de la persona solicitante del servicio⁷³, en cuyo efecto se adoptaron las siguientes definiciones:

“1. URGENCIA. Es la alteración de la integridad física y/o mental de una persona, causada por un trauma o por una enfermedad de cualquier etiología que genere una demanda de atención médica inmediata y efectiva tendiente a disminuir los riesgos de invalidez y muerte.

2. ATENCION INICIAL DE URGENCIA. Denominase como tal a todas las acciones realizadas a una persona con patología de urgencia y que tiendan a estabilizarla en sus signos vitales, realizar un diagnóstico de impresión y definirle el destino inmediato, tomando como base el nivel de atención y el grado de complejidad de la entidad que

⁷⁰ atención de urgencias de especialidades básicas y subespecialidades tales como: Cardiología, Neumología, Gastroenterología, Neurología, Dermatología, Endocrinología, Hematología, Psiquiatría, Fisiología, Genética, Nefrología, Cirugía General, Ortopedia, Otorrinolaringología, Oftalmología, Urología, Cirugía pediátrica, Neurocirugía, Cirugía plástica, entre otras; cuidado crítico adulto, pediátrico y neonatal, atención de partos y cesáreas de alta complejidad, laboratorio e imagenología de alta complejidad, atención odontológica especializada, otros servicios y terapias de apoyo para rehabilitación funcional.

⁷¹ Calidad de la atención es el conjunto de características técnico- científicas, materiales y humanas que debe tener la atención de salud que se provea a los beneficiarios, para alcanzar los efectos posibles con los que se obtenga el mayor número de años de vida saludables y a un costo que sea social y económicamente viable para el sistema y sus afiliados. Sus características son: oportunidad, agilidad, accesibilidad, continuidad, suficiencia, seguridad, integralidad e integridad, racionalidad lógico-científica, costo-efectividad, eficiencia, humanidad, información, transparencia, consentimiento y grado de satisfacción de los usuarios.

⁷² Artículo 1º. Campo de aplicación. Las disposiciones del presente Decreto se aplicarán a todas las entidades prestatarias de servicios de salud, públicas y privadas.

⁷³ Artículo 2º ibídem.

realiza la atención inicial de urgencia, al tenor de los principios éticos y las normas que determinan las acciones y el comportamiento del personal de salud.

3. ATENCION DE URGENCIAS. Es el conjunto de acciones realizadas por un equipo de salud debidamente capacitado y con los recursos materiales necesarios para satisfacer la demanda de atención generada por las urgencias.

4. SERVICIO DE URGENCIA. Es la unidad que en forma independiente o dentro de una entidad que preste servicios de salud, cuenta con los recursos adecuados tanto humanos como físicos y de dotación que permitan la atención de personas con patología de urgencia, acorde con el nivel de atención y grado de complejidad previamente definidos por el Ministerio de Salud para esa unidad.

5. RED DE URGENCIAS. Es un conjunto articulado de unidades prestatarias de atención de urgencias, según niveles de atención y grados de complejidad, ubicado cada uno en un espacio poblacional concreto, con capacidad de resolución para la atención de las personas con patologías de urgencia, apoyado en normas operativas, técnicas y administrativas expedidas por el Ministerio de Salud.

La red actuará coordinadamente bajo una estructura conformada por subsistemas de información comunicaciones, transporte, insumos, educación, capacitación y de laboratorios”⁷⁴.

Entonces, frente a la atención inicial de urgencia, el mencionado Decreto refirió en su artículo 4º la responsabilidad de las entidades de salud para supeditarla al nivel de atención y grado de complejidad que a cada entidad le determinara el Ministerio de salud y la fijó desde el momento de la atención hasta que el paciente fuera dado de alta o, en el evento de remisión, hasta el momento en que el mismo ingresara a la entidad receptora.

Al respecto y en concordancia con la normatividad constitucional y convencional antes citada e, igualmente, en armonía con los desarrollos jurisprudenciales sobre la materia, la Sala considera aclarar, en primer lugar, que si bien la responsabilidad de las entidades prestadoras de salud se circunscribe al nivel de atención y grado de complejidad que a cada una le determine el Ministerio de Salud, o el que haga sus veces, lo cierto es que ello no obsta para establecer la responsabilidad de las instituciones médicas en aquellos casos en que no se efectúa una correcta valoración del paciente o cuando se omite la remisión oportuna del mismo.

En segundo lugar, debe quedar igualmente claro que si bien el mencionado decreto refiere la responsabilidad de la entidad prestadora de salud desde el momento de la atención, éste momento ha de entenderse desde el instante mismo en que el paciente ingresa al centro médico, clínico u hospitalario, lo cual implica que tal responsabilidad se origina, incluso, cuando el paciente ingresa a sus instalaciones, y aquí nace la obligación de garante de la atención inicial de urgencia y, en consecuencia, del servicio de promoción, protección y recuperación de la salud⁷⁵.

⁷⁴ Artículo 3 ibídem.

⁷⁵ Artículo. 49 constitucional.

Finalmente, dentro de las normas aplicables a la época de los hechos, corresponde referir el Decreto 806 de 1998 según el cual, en desarrollo de los artículos 48 y 49 de la Constitución Política el Estado garantiza el acceso a los servicios de salud y al conjunto de beneficios a que tienen derecho los afiliados como servicio público esencial, con el propósito de mantener o recuperar la salud de los asociados y evitar el menoscabo de su capacidad económica derivada de incapacidad temporal por enfermedad general y maternidad. Bajo este entendido, al Estado le corresponde garantizar los beneficios del sistema de salud, en forma directa o a través de terceros, con el objeto de proteger de manera efectiva el derecho a la salud⁷⁶.

Entonces, observa la Sala que dentro de los beneficios del sistema de seguridad social en salud, como servicio público esencial y como derecho fundamental de los colombianos, se encuentran las atenciones de urgencia, entre estas, la atención inicial de urgencias⁷⁷, la cual debe garantizarse en todo caso y en todo el territorio nacional⁷⁸, como servicio de atención inmediata y sin someterse a períodos de espera. Así lo colige esta Sala de Subsección frente al artículo 62⁷⁹ del último Decreto mencionado.

6. Responsabilidad médica por error de diagnóstico

La Sección Tercera de esta Corporación ha definido el diagnóstico como el elemento determinante del acto médico, toda vez que es a partir de sus resultados que se elabora todo el tratamiento propiamente dicho⁸⁰.

Al respecto, se lee:

⁷⁶ Artículo. 2º del Decreto 806 de 1998.

⁷⁷ Artículo 16 ibídem. Atención inicial de urgencias. El Sistema General de Seguridad Social en Salud garantiza a todos los habitantes del territorio nacional la atención inicial de urgencias. El costo de los servicios será asumido por la Entidad Promotora de Salud o administradora del Régimen Subsidiado a la cual se encuentre afiliada la persona o con cargo al Fosyga en los eventos descritos en el artículo precedente.

⁷⁸ Artículo 41 ibídem. Cobertura en diferentes municipios. Los beneficiarios de la cobertura familiar podrán acceder a los servicios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, siempre que todos los miembros que componen el grupo familiar, cotizantes o no, se encuentren afiliados a la misma Entidad Promotora de Salud. En este caso, para la prestación de los servicios, si la entidad promotora correspondiente no tiene cobertura en el lugar de residencia, deberá celebrar convenios con las entidades promotoras de salud del lugar o en su defecto, con las instituciones prestadoras de servicios de salud. En todo caso las entidades promotoras de salud deberán garantizar la atención en salud a sus afiliados en casos de urgencias en todo el territorio nacional.

⁷⁹ Artículo 62. Excepciones a los períodos mínimos de cotización. Serán de atención inmediata sin someterse a períodos de espera las actividades, intervenciones y procedimientos de promoción y fomento de la salud y prevención de la enfermedad, que se hagan en el primer nivel de atención, incluido el tratamiento integral del embarazo, parto, puerperio, como también la atención inicial de urgencia. En ningún caso podrá aplicarse períodos mínimos de cotización al niño que nazca estando su madre afiliada a una EPS. El bebé quedará automáticamente afiliado y tendrá derecho a recibir de manera inmediata todos los beneficios incluidos en el POS-S, sin perjuicio de la necesidad de registrar los datos del recién nacido en el formulario correspondiente.

⁸⁰ En este mismo sentido, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 22 de enero de 2014. Exp. 28.816. *“Uno de los momentos de mayor relevancia en la prestación del servicio médico lo constituye el diagnóstico, el cual se convierte en uno de los principales aspectos de la actividad médica, como quiera que los resultados que arroja permiten elaborar toda la actividad que corresponde al tratamiento médico.”*

“Puede afirmarse que el diagnóstico es uno de los principales momentos de la actividad médica, pues a partir de sus resultados se elabora toda la actividad posterior conocida como tratamiento propiamente dicho.

De allí que el diagnóstico se termina convirtiendo en un elemento determinante del acto médico, ya que del mismo depende el correcto tratamiento o terapéutica.

Cronológicamente el diagnóstico es el primer acto que debe realizar el profesional, para con posterioridad emprender el tratamiento adecuado. Por ello bien podría afirmarse que la actividad médica curativa comprende dos etapas. La primera constituida por el diagnóstico y la segunda por el tratamiento. (...)”⁸¹.

A su vez, la fase correspondiente al diagnóstico se encuentra conformado por dos etapas, la primera es aquella donde se realiza la exploración del paciente, esto es, el examen o reconocimiento que va desde la realización del interrogatorio hasta la ejecución de pruebas, tales como palpación, auscultación, tomografías, radiografías, etc.; y en la segunda corresponde al médico analizar los exámenes practicados y emitir su juicio:

“En una primera etapa, o fase previa, se realiza la exploración del paciente, esto es, el examen o reconocimiento del presunto enfermo. Aquí entran todo el conjunto de tareas que realiza el profesional y que comienzan con un simple interrogatorio, tanto del paciente como de quienes lo acompañan y que van hasta las pruebas y análisis más sofisticados, tales como palpación, auscultación, tomografía, radiografías, olfatación, etc. Aquí el profesional debe agotar en la medida de lo posible el conjunto de pruebas que lo lleven a un diagnóstico acertado. Tomar esta actividad a la ligera, olvidando prácticas elementales, es lo que en más de una oportunidad ha llevado a una condena por daños y perjuicios.

En una segunda etapa, una vez recolectados todos los datos..., corresponde el análisis de los mismos y su interpretación...; se trata, en suma, una vez efectuadas las correspondientes valoraciones, de emitir un juicio...”⁸²⁻⁸³.

Igualmente, esta Corporación ha sostenido que para que el diagnóstico sea acertado se requiere que el profesional de la salud sea extremadamente diligente y cuidadoso en el cumplimiento de cada una de las fases anteriormente mencionadas, esto es, que emplee todos los recursos a su alcance en orden a recopilar la información que le permita determinar con precisión cuál es la enfermedad que sufre el paciente⁸⁴.

En este sentido, si el médico actuó con la pericia y cuidado antes mencionada, su responsabilidad no queda comprometida a pesar de que se demuestre que el diagnóstico fue equivocado, pues es posible que pese a todos los esfuerzos del personal médico y al empleo de

⁸¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 10 de febrero de 2000 Exp.11878. Reiterado en reiterada en las sentencias de 27 de abril de 2011, exp.19.846; 10 de febrero de 2011, exp.19.040; 31 de mayo de 2013, exp.31724; 9 de octubre de 2014, exp.32348; y 2 de mayo de 2016. Exp.36.517

⁸² VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto. Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina. Biblioteca Jurídica Diké, 1ª edición colombiana, Medellín, 1993, pp. 78, 79.

⁸³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 10 de febrero de 2000 Exp.11878. Reiterado en Sentencia del 2 de mayo de 2016. Exp.36.517

⁸⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 2 de mayo de 2016. Exp.36.517

los recursos técnicos a su alcance, no logre establecerse la causa del mal, bien porque se trata de un caso científicamente dudoso o poco documentado, porque los síntomas no son específicos de una determinada patología o, por el contrario, son indicativos de varias afecciones⁸⁵.

En virtud de lo anterior, esta Corporación ha señalado que en estos casos lo decisivo es establecer si el médico empleó los recursos y los procedimientos adecuados para llegar a un diagnóstico acertado:

*“En realidad, puede decirse que resulta relativamente fácil juzgar la conducta médica ex post, ya que no es difícil encontrar, en la mayor parte de los casos, los signos que indicaban el diagnóstico correcto. Por esta razón, el fallador no debe perder de vista que, al momento de evaluar al paciente, el médico está ante un juicio incierto, ya que la actividad de la medicina no puede asimilarse a una operación matemática. Al respecto, el profesor Ataz López previene sobre la imposibilidad de imponer a los médicos el deber de acertar.”*⁸⁶

*Así las cosas, lo que debe evaluarse, en cada caso, es si se utilizaron todos los recursos, esto es, si se practicaron los procedimientos adecuados para llegar a un diagnóstico acertado, lo que obliga, en no pocos eventos, a distinguir entre la responsabilidad de los médicos y la de las instituciones prestadoras del servicio de salud, dada la carencia o insuficiencia de elementos para atender debidamente al paciente”*⁸⁷.

En virtud de lo anterior, la Sala ha afirmado que para imputar responsabilidad a la Administración por daños derivados de un error de diagnóstico, se requiere acreditar que el servicio médico no se prestó de manera adecuada por alguno de los siguientes motivos⁸⁸:

i) El profesional de la salud omitió interrogar al paciente o a su acompañante sobre la evolución de los síntomas que lo aquejaban.

ii) El médico no sometió al enfermo a una valoración física completa y seria.

iii) El profesional omitió utilizar oportunamente todos los recursos técnicos y científicos a su alcance para determinar con precisión cuál es la enfermedad que sufre el paciente⁸⁹.

iv) El médico dejó de hacerle el seguimiento que corresponde a la evolución de la enfermedad, o simplemente, incurrió en un error inexcusable para un profesional de su especialidad⁹⁰.

⁸⁵ *Ibd.*

⁸⁶ ATAZ LÓPEZ, Joaquín. Los médicos y la responsabilidad, Edit. Montecorvo, Madrid, 1985, p.p. 307, 308. Citado por VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto. Op. cit., p. 94.

⁸⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 10 de febrero de 2000 y sentencia del 2 de mayo de 2016. Exp.36.517

⁸⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Sentencias del 2 de mayo de 2016. Exp.36.517 y 3 de octubre de 2016. Exp. 40.057.

⁸⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 22 de enero de 2014. Exp. 28.816. Posición reiterada en sentencia del 3 de octubre de 2016. Exp. 40.057

⁹⁰ Al respecto, la doctrina ha señalado que el error inexcusable no es cualquier error, sino aquél “objetivamente injustificable para un profesional de su categoría o clase. En consecuencia, si el supuesto

v) El galeno interpretó indebidamente los síntomas que presentó el paciente⁹¹.

vi) Existe una omisión de la práctica de los exámenes que resultaban indicados para el caso concreto⁹².

7.- Oportunidad de sanar como parte del derecho a la salud – pérdida de la oportunidad⁹³

Debe preverse que la prestación del servicio de salud protege, principalmente, el derecho a la vida y a la integridad psicofísica del paciente, así como el mismo derecho a la salud y a su recuperación, lo cual quedó ampliamente conceptualizado en los acápites precedentes.

En este entendido deben observarse los derechos a la salud y a la recuperación de la salud, que bajo las voces del artículo 49 constitucional⁹⁴ se promocionan y protegen mediante la garantía del servicio público de salud, que a su vez resguardan los derechos a la vida y la integridad psicofísica del paciente.

De manera que en aquellos casos en que no logre acreditarse, fehacientemente, que la falla en la prestación del servicio de salud fue causa directa de la muerte del paciente, porque éste ya se encontraba en una precaria condición de salud, lo importante será determinar que el servicio de salud a que dicho paciente tenía derecho se prestó en condiciones de integralidad para garantizar los derechos adicionales de protección y recuperación de la salud, contenidos en el artículo 49 constitucional.

En este sentido, la Sala ha considerado:

“no es de recibo el criterio de la entidad apelante, según el cual “no puede afirmarse que la falla del servicio en la que se presume que incurrió la entidad DEMANDADA tenga incidencia en el resultado (...) porque no se acreditó por la parte DEMANDANTE el vínculo causal entre la falla (actividad de la administración por acción u omisión) y el hecho dañoso de la muerte”. Nótese que la hipótesis así planteada refiere la muerte⁹⁵, esto es, la afectación del derecho a la vida, como el único daño antijurídico que sufrió la víctima, pero pierde de vista que éste devino de la vulneración de su derecho a recuperar la salud mediante la prestación del servicio público de salud, ya que como bien lo sostuvo la misma apelante el paciente se encontraba en una “precaria condición de salud” y, se itera, fue

error es de apreciación subjetiva, por el carácter discutible del tema o materia, se juzgará que es excusable y, por tanto, no genera responsabilidad”. Alberto Bueres, citado por Vásquez Ferreyra, Op. Cit., p. 121.

⁹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 22 de enero de 2014. Exp. 28.816

⁹² *Ibídem*.

⁹³ Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección C, sentencia de 18 de mayo de 2017, Exp. 37.504.

⁹⁴ **Artículo 49. Modificado por el Acto Legislativo No 02 de 2009.** La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

⁹⁵ Copia auténtica del certificado de defunción expedido por la Notaría Sexta del Círculo de Pereira – Risaralda, en el que consta que bajo el folio No. 3510219, se halla inscrita la muerte del señor Gildardo Antonio López Ramírez, el 27 de enero de 2000 en el Municipio de Pereira – Risaralda (Fls 10 del C.1)

privado de la oportunidad de recuperarla, pues es claro, que el paciente tenía derecho a recibir la atención médica tendiente a restaurar su salud pero, inconscientemente, la entidad demandada lo privó de ella y sólo lo atendió cuando lo vio “en estado crítico”, momento en el cual su reanimación se hizo imposible.”⁹⁶

En aquella oportunidad, para desatar el caso que allí ocupó su atención, la Sala citó un pronunciamiento reciente de la Subsección A, en el cual se dijo:

Así las cosas, si bien es cierto que en este asunto no puede concluirse con la fuerza de convicción necesaria que la actuación –o mejor– la omisión de la entidad demandada en haber retardado por dos horas la intervención quirúrgica que necesitaba el paciente o, en no haber suministrado la cantidad de sangre que se requería, pudieran erigirse en las causas determinantes del deceso del señor Jhon Fernando Urueña García, no es menos cierto que dichas omisiones excluyen la diligencia y cuidado con que debió actuar la entidad para dispensar una eficaz prestación del servicio público. Así pues, si el Hospital EL Tunal III Nivel hubiera dado cumplimiento a dichos requerimientos para recobrar la salud del paciente, no le habría hecho perder al aludido paciente el “chance” o la oportunidad de recuperarse.

Así las cosas, para el sub examine, resulta evidente la pérdida de la oportunidad de recobrar la salud del paciente, toda vez que la omisión de la entidad demandada le restó oportunidades a la víctima de sobrevivir, puesto que -bueno es reiterarlo-, le dejó de brindar atención durante las dos primeras horas, así como no realizó la transfusión que necesitaba el paciente -pues no contaba con la suficiente cantidad de sangre- y, cuando finalmente se dio cumplimiento a dicho requerimiento, éste no pudo recobrar su salud y falleció horas después, por manera que ante un hecho evidente, como lo era la progresiva hemorragia del señor Urueña García, la entidad demandada debió, en un primer momento, brindar la atención durante esas dos primeras horas de evolución de su cuadro clínico y, en segundo término, disponer de la cantidad necesaria de sangre para transfundirlo antes de que su estado hubiere empeorado al punto de ser irreversible. Por lo tanto, la Sala declarará la responsabilidad del Hospital El Tunal III Nivel por la pérdida de la oportunidad de curación y de sobrevivir, la cual tiene relación y/o nexo directo con la actuación de dicha entidad.

En casos como el presente, en los cuales se ha declarado la responsabilidad del Estado con fundamento en la denominada pérdida de oportunidad, la Jurisprudencia de esta Sección ha razonado de la siguiente forma:

“...Debe señalarse que la mayor parte de los desarrollos relacionados con este tópico han tenido lugar, siguiendo la línea que se evidencia en otras latitudes –a lo cual se hizo alusión precedentemente– en el derecho de daños y, más puntualmente, en el ámbito de la responsabilidad médica; es, entonces, en este terreno, aquél en el cual principalmente puede referirse la existencia de pronunciamientos en los cuales la Sala ha reconocido algunos de los elementos de la figura de la pérdida de chance, como la combinación de elementos de certeza y de incertidumbre que comporta⁹⁷, su aparente

⁹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección C, sentencia de 26 de marzo de 2014, Exp. 26.924, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁹⁷ Así, en pronunciamiento en el cual condenó a la entidad demandada –Hospital Militar Central– por entender que incurrió en una falla en la prestación del servicio a su cargo al incurrir en una omisión en el deber de información al paciente que le impidió a éste optar por someterse o rehusar la intervención médica, con lo cual se le privó de “la oportunidad de no resultar afectado por una intervención que podía aceptar o no”, la Sala expresó lo siguiente en relación con el contenido de la noción de “pérdida de oportunidad” que invocó como sustento de la condena:

“Así ocurre en materia de pérdida de oportunidad y en cada caso se impone el examen de los hechos que permita calificar el daño. La pérdida de oportunidad en ocasiones es un perjuicio actual y en otras un perjuicio futuro. Invocada la posibilidad de un perjuicio cuya realización no puede constatar, la incertidumbre subsistirá por siempre pero la oportunidad existía, se perdió y en forma definitiva. Hipótesis en el terreno judicial suelen concebirse como la del abogado que no apeló y por ello se perdió la oportunidad de éxito en el recurso. Si la oportunidad aparece como nula o prácticamente nula el perjuicio

proximidad —que no identificación— con la antes mencionada causalidad probabilística, así como la distinción —también referida previamente en este proveído— entre la relación causal del hecho considerado dañino con la ventaja finalmente perdida o con el detrimento a la postre padecido por la víctima, de un lado y con la desaparición de la probabilidad de alcanzar dicho provecho o de evitar el deterioro patrimonial, de otro, como modalidades de daño claramente diferenciables:

“Ahora bien, la Sala se pregunta: ¿ese cúmulo de deficiencias, fue la causa exclusiva del deceso del paciente ? o fue causa de la pérdida del chance para la recuperación del paciente?.

- En cuanto al primer punto: “la muerte” del paciente tiene su causa en la negligencia administrativa?.

Al respecto no existe prueba que conduzca a la Sala a afirmar lo uno o lo otro y, en esa medida, no puede sostenerse por ejemplo, que la falta de valoración oportuna por un especialista de neurología haya sido la causa que concurrió con la patología del enfermo al desenlace fatal. Tampoco puede concluirse que la no práctica oportuna del scanner tenga la suficiente eficacia causal para comprometer la responsabilidad demandada. Pero lo que si resulta absolutamente claro, es que las omisiones en que incurrió el grupo médico o la organización institucional en la prestación del servicio de salud, excluyen la idea de diligencia y cuidado, de regularidad y eficaz prestación del servicio público.

(...).

En cuanto al otro punto: ¿la negligencia administrativa fue causa de la pérdida de “chance” u oportunidad para la recuperación del paciente?.

Para la Sala no es claro que aún si la Administración hubiera actuado con diligencia el señor Franklin habría recuperado su salud; pero sí le es claro, con criterio de justicia, que si el demandado hubiese obrado con diligencia y cuidado no le habría hecho perder al paciente el chance u oportunidad de recuperarse”.

La jurisprudencia ya trató antes ese punto. En sentencia dictada el día 26 de abril de 1999 se dijo:

‘Si bien es cierto que no existe certeza en cuanto a que de haberse realizado un tratamiento oportuno el paciente no hubiera muerto pues nunca se tuvo un diagnóstico definitivo de la enfermedad que padecía, sí lo es en cuanto a que el retardo de la entidad le restó oportunidades de sobrevivir. Se trata en este caso de lo que la doctrina ha considerado como una ‘pérdida de una oportunidad’. Al respecto dice Ricardo de Ángel Yaguez:

se limita a los gastos resultantes para el cliente por el error cometido por el responsable.(...)

La pérdida de la oportunidad de curarse o de sobrevivir se toma en consideración cuando es virtual y atribuible al accidente, en tanto que si ella es apenas eventual no será tenida como reparable: “Si la víctima o sus causahabientes pueden establecer que sus oportunidades de curación hubiesen sido más grandes si el médico le hubiera dispensado cuidados más atentos, ella podría obtener por ese concepto indemnización de daños y perjuicios” —La Responsabilité Civile, Philippe Le Tourneau, Dalloz, 1972, p. 112 —.(...)

Se recuerda que la falla no consistió en la atención médica propiamente dicha, la cual fue diligente y oportuna (ver su copiosa historia clínica contenida en el c. 3), sino en la pérdida de oportunidad del paciente, ampliamente comentada. Esto nos conduce necesariamente a reflexionar sobre el monto de la condena.(...)

Entonces, tomando como referencia el ya deteriorado estado de salud presentado por LUIS ALFREDO SÁNCHEZ antes del 13 de mayo de 1993, y el dictamen médico laboral rendido con posterioridad, la Sala, en aplicación del principio de arbitrio judicial, considera justo y proporcional al 50% del perjuicio causado, reconocer a los demandantes las siguientes sumas: ...” (énfasis añadido). Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 24 de enero de 2002; Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros; Radicación número: 25000-23-26-000-1994-9875-01(12706).

'Es particularmente interesante el caso sobre el que tanto ha trabajado la doctrina francesa, esto es, el denominado la perte d'une chance, que se podría traducir como 'pérdida de una oportunidad'.

'CHABAS ha hecho una reciente recapitulación del estado de la cuestión en este punto, poniendo, junto a ejemplos extraídos de la responsabilidad médica (donde esta figura encuentra su más frecuente manifestación), otros como los siguientes: un abogado, por negligencia no comparece en un recurso y pierde para su cliente las oportunidades que éste tenía de ganar el juicio; un automovilista, al causar lesiones por su culpa a una joven, le hace perder la ocasión que ésta tenía de participar en unas pruebas para la selección de azafatas.

'Este autor señala que en estos casos los rasgos comunes del problema son los siguientes: 1. Una culpa del agente. 2. Una ocasión perdida (ganar el juicio, obtención del puesto de azafata), que podía ser el perjuicio. 3. Una ausencia de prueba de la relación de causalidad entre la pérdida de la ocasión y la culpa, porque por definición la ocasión era aleatoria. La desaparición de esa oportunidad puede ser debida a causas naturales o favorecidas por terceros, si bien no se sabrá nunca si es la culpa del causante del daño la que ha hecho perderla: sin esa culpa, la ocasión podría haberse perdido también. Por tanto, la culpa del agente no es una condición sine qua non de la frustración del resultado esperado.

'En el terreno de la Medicina el autor cita el caso de una sentencia francesa. Una mujer sufría hemorragia de matriz. El médico consultado no diagnostica un cáncer, a pesar de datos clínicos bastante claros. Cuando la paciente, por fin, consulta a un especialista, es demasiado tarde; el cáncer de útero ha llegado a su estado final y la enferma muere. No se puede decir que el primer médico haya matado a la enferma. Podría, incluso tratada a tiempo, haber muerto igualmente. Si se considera que el perjuicio es la muerte, no se puede decir que la culpa del médico haya sido una condición sine qua non de la muerte. Pero si se observa que la paciente ha perdido ocasiones de sobrevivir, la culpa médica ha hecho perder esas ocasiones. El mismo razonamiento se puede aplicar a un individuo herido, al que una buena terapia habría impedido quedar inválido. El médico no aplica o aplica mal aquella terapéutica, por lo que la invalidez no puede evitarse. El médico no ha hecho que el paciente se invalide, sólo le ha hecho perder ocasiones de no serlo'. (RICARDO DE ANGEL YAGUEZ. Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño). Madrid, Ed. Civitas S.A., 1995, págs. 83-84).

*En conclusión la falla del servicio de la entidad demandada que consistió en la falta de diligencia para realizar un diagnóstico oportuno de la enfermedad sufrida por el paciente e iniciar de manera temprana el tratamiento adecuado, implicó para éste la pérdida de la oportunidad de curación y de sobrevivir*⁹⁸.

La pérdida por parte de Franklin, de esa oportunidad para recuperarse sí tiene nexo directo con la falencia administrativa.

El elemento de responsabilidad, nexo de causalidad, se estableció indiciariamente: ..." (negritas en el texto original).

En otra ocasión la Sala formuló consideraciones que mediante el presente pronunciamiento se reiteran en punto de la naturaleza jurídica de la noción de pérdida de oportunidad, de su ubicación en la estructura del juicio de responsabilidad por fuera del examen de la causalidad —de modo que la figura en cuestión mal podría considerarse como un sucedáneo de la acreditación del vínculo causal, mismo que, no obstante, se recalcó que puede probarse valiéndose de la demostración de una probabilidad determinante o suficiente, con apoyo en prueba indiciaria⁹⁹—, de la necesidad de

⁹⁸ Nota original de la sentencia citada: Sección Tercera. Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 10.755. Actor Elizabeth Bandera Pinzón. Demandado: I.S.S.

⁹⁹ En relación con este extremo la Sala sostuvo lo siguiente:

cuantificar científica y estadísticamente la probabilidad de acceder a una ventaja o de evitar un perjuicio que desapareció como consecuencia de la acción o de la omisión del demandado y, especialmente, la insoslayable exigencia de que entre el hecho dañino y la pérdida de chance como daño a reparar se acredite —como no podría ser de otro modo— la existencia del correspondiente ligamen causal, por manera que si dicha relación entre la falla del servicio y la pérdida de oportunidad cuya reparación se procura no queda debidamente probada, deben denegarse las pretensiones de la demanda¹⁰⁰:

“También ha señalado la Sala que para que haya lugar a la reparación no es necesario acreditar que una adecuada prestación del servicio médico asistencial hubiera impedido el daño, porque bastaría con establecer que la falla del servicio le restó al paciente oportunidades de sobrevivir o de curarse.

Se trata en este caso de lo que la doctrina ha considerado como la “pérdida de una oportunidad”, cuya aplicación, a pesar de la simplicidad en su formulación ofrece grandes dificultades, pues el daño en tales eventos estaría en los límites entre el daño cierto y el eventual, dado que la oportunidad que puede tener un enfermo de recuperar su salud es aleatoria, regularmente difícil de establecer en términos porcentuales.

Se destaca que la determinación de la pérdida de la oportunidad no puede ser una mera especulación, es necesario que de manera científica quede establecido cuál era la posibilidad real del paciente de recuperar su salud o preservar su vida, y que esa expectativa real haya sido frustrada por omisiones o erradas acciones en la actuación médica. En este aspecto hay que prestar la máxima atención y no resolver como pérdida de oportunidad eventos en los cuales lo que se presentan son dificultades al establecer el nexo causal.

(...)

Ahora bien, se afirma que el hecho de que no se hubiera realizado un diagnóstico más temprano de la enfermedad, o de que la cirugía no se le hubiera practicado, al menos, en la fecha en que lo recomendó el cardiólogo, hicieron perder al paciente la oportunidad de obtener el restablecimiento pleno de su salud. Sin embargo, esas afirmaciones se

“En cuanto a la prueba del vínculo causal, ha considerado la Sala que cuando resulte imposible esperar certeza o exactitud en esta materia, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación, “el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia” — Cfr. RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ. Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño), Ed. Civitas S.A., Madrid, 1995, p. 42.—, es decir, que la relación de causalidad queda probada “cuando los elementos de juicio suministrados conducen a ‘un grado suficiente de probabilidad’, que permita tenerlo por establecido.

De manera más reciente se precisó que la exigencia de “un grado suficiente de probabilidad”, no implicaba la exoneración del deber de demostrar la existencia del vínculo causal entre el daño y la actuación médica, que hiciera posible imputar a la entidad que prestara el servicio, sino que esta era una regla de prueba, con fundamento en la cual el vínculo causal podía ser acreditado de manera indirecta, mediante indicios — Ver, por ejemplo, sentencias de 14 de julio de 2005, exps: 15.276 y 15.332.—. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 31 de agosto de 2006; Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio; Radicación número: 68001-23-31-000-2000-09610-01(15.772).

¹⁰⁰ Como de hecho fueron denegadas en el caso concreto resuelto mediante el pronunciamiento en cita, en el cual el análisis se centró en establecer si existía, o no, vínculo causal entre la producción del paro cardiorrespiratorio que sufrió un menor de edad en fase de pos operatorio y la prestación del servicio médico que la parte demandante calificaba como negligente y errada en todas sus etapas; por el contrario, el Hospital demandado adujo en su defensa que el referido paro fue una consecuencia natural e inevitable de la grave enfermedad que aquejaba al paciente. La Sala consideró que si bien las pruebas testimonial y documental recaudadas en el proceso hacían evidente la ocurrencia de irregularidades en la prestación del servicio médico, no existía elemento acreditativo alguno que permitiera construir un indicio en torno de la existencia de nexo causal entre el paro cardiorrespiratorio que sufrió el menor en el pos operatorio y la irregular atención que se le brindó desde su llegada al Hospital y en el acto quirúrgico propiamente dicho. Al contrario, la Sala estimó que obraban pruebas en el expediente que confirmaban que el daño constituyó una secuela natural de la propia enfermedad, la cual no pudo ser evitada por los médicos que lo asistieron y, en consecuencia —como se ha dicho— fueron denegadas la pretensiones de la demanda, para lo cual se argumentó que la noción de pérdida de oportunidad no puede ser empleada como sucedáneo de la prueba del vínculo causal entre la falla y el daño a reparar.

*quedan en el marco de la mera especulación pues no existe ninguna prueba directa ni indiciaria que acredite que el paciente tenía posibilidades reales de recuperar su salud, sin que la enfermedad le dejara secuelas, siempre que la cirugía se le hubiera practicado en los primeros días de su ingreso al Hospital demandado, **y menos, que en el evento de existir tales posibilidades se pudiera establecer cuáles eran éstas en términos porcentuales***^{101 102 103}.

Así la cosas, de lo que se trata es de proteger la oportunidad que el paciente tiene de recuperar la salud y evitar la concreción del desenlace fatal – muerte, por lo cual la garantía constitucional que recubre el derecho a la salud, otorga a los pacientes el derecho a recibir ATENCIÓN OPORTUNA Y EFICAZ - INTEGRIDAD EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO – acceso de manera oportuna, eficiente y de calidad.

8. Caso concreto

El principal problema jurídico que plantea esta Sala de Subsección, consiste en determinar si en el caso de autos se reúnen los presupuestos constitucionalmente establecidos para la declaración de la responsabilidad extracontractual en cabeza de la entidad demandada, es decir, primeramente, el daño antijurídico, y en caso afirmativo, si el mismo resulta fáctica y jurídicamente atribuible – imputable a la entidad demandada.

En respuesta, la Sala encuentra acreditado el daño antijurídico consistente en la lesión del derecho a la vida de Luis Eduardo Monsalve Morales, quien falleció el **7 de febrero de 2007** en el municipio de Pereira – Risaralda, según consta en el registro civil de defunción allegado al plenario¹⁰⁴.

En este punto, debe preverse que la vida se encuentra protegida por el ordenamiento constitucional y convencional como aquel derecho supremo, que no admite suspensión alguna, ni siquiera en situaciones excepcionales, de manera que ninguna persona está obligada a soportar la lesión a este derecho.

Ahora bien, frente a la imputación del daño antijurídico al Hospital Universitario San Jorge de Pereira, la Sala pasará a analizar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió la muerte, así como el cumplimiento de los parámetros constitucionales y legales de la atención en salud por parte de la mencionada institución médica.

A la sazón, la Sala encuentra que Luis Eduardo Monsalve Morales consultó el servicio de urgencias, inicialmente, del Hospital San Vicente de Paul, en razón del accidente de tránsito del cual fue víctima.

¹⁰¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 31 de agosto de 2006; Radicación número: 68001-23-31-000-2000-09610-01(15772).

¹⁰² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de julio de 2011. Exp. 20.139.

¹⁰³ Consejo de Estado, sentencia de 14 de marzo de 2013, Exp. 23.632,

¹⁰⁴ Fls.9 C.2

En este sentido, se halla la historia clínica correspondiente a la atención recibida en el Hospital San Vicente Paul, donde se observa que el 06 de febrero de 2011, siendo las 12:06 p.m., ingresó al servicio de urgencias Luis Eduardo Monsalve Morales porque “hace aproximadamente 40 minutos (...) en calidad de peatón fue accidentalmente arrollado por una motocicleta, no pérdida de la conciencia, niega tec (sic), refiere dolor en miembro inferior derecho, traído por bomberos recibo en tabla rígida, sin collar cervical”, quien al examen físico se encontró en buenas condiciones generales, afebril, hidratado, orientado globalmente, cráneo estable, despierto con buena interacción con el medio, con abdomen sano, sin signos externos de trauma, pero con deformidad a nivel de tercio distal de pierna derecha.

Dado lo anterior, el hospital efectuó limpieza de heridas, inmovilización de la pierna con férula de yeso, oxígeno bajo cánula, morfina y ordenó la remisión del paciente al Hospital Universitario San Jorge de Pereira, en donde ingresó al servicio de urgencias el mismo **6 de febrero de 2011** a las 3:45 PM, *“paciente de 90 años, quien en horas de la mañana es atropellado por motocicleta que venía a alta velocidad, la cual lo golpea el lado derecho del cuerpo, el paciente refiere que cae al suelo y “rueda” varias veces. Niega trauma en cráneo y pérdida de la conciencia. En el momento refiere dolor a nivel costal izquierdo irradiado a espalda, dolor en hipogastrio y dolor, edema y deformidad en tobillo derecho, en unidad local manejan con morfina y aplican tetanol”*

Con relación a la atención prestada por el Hospital Universitario San Jorge de Pereira, la parte actora afirma que esta institución médica omitió diagnosticar la fractura de pelvis que la víctima presentaba y que dicha omisión conllevó la muerte de Luis Eduardo Monsalve Morales, al día siguiente, **7 de febrero de 2011**, por shock hipovolémico.

Al respecto la Sala observa el protocolo de necropsia elaborado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses en el que consta¹⁰⁵:

“(…)

RESUMEN DE HALLAZGOS

Choque hipovolémico: hematoma extenso retroperitoneal, fractura pélvica, palidez visceral y en mucosas.

Los hallazgos en necropsia se plantean como mecanismo de muerte: Choque hipovolémico secundario a fractura pélvica por trauma de mecanismo contundente en incidente de tránsito. En el examen externo hay trauma escaso en tejidos blandos y deformidad en tobillo derecho. En el examen interno hallazgos ya descritos, hematoma pleural izquierdo y luxa fractura en tobillo derecho.

Los fenómenos cadavéricos son tempranos.

Manera de muerte: Incidente de tránsito.

Causa de muerte: Politrauma.

(…)”.

¹⁰⁵ Fls.40-43 y 55-58 C.2

Así las cosas, el material probatorio demuestra que la muerte de Luis Eduardo Monsalve Morales se produjo como consecuencia del politraumatismo, concretamente por shock hipovolémico secundario a la fractura pélvica que le dejó el accidente de tránsito del que fue víctima, como lo sostuvo la parte actora.

Sin embargo, en lo que respecta a la responsabilidad del hospital demandado debe preverse que si bien el paciente sufrió el accidente de tránsito que le causó las lesiones, lo cierto es que dentro de la prestación del servicio de salud Luis Eduardo Monsalve Morales tenía derecho a recuperar la salud y alcanzar el más alto nivel de salud que fuera posible, en cuyo efecto requería una adecuada atención médica.

En otras palabras, la Sala se pregunta si el Hospital Universitario San Jorge de Pereira atendió al paciente dentro de los estándares de calidad que el nivel el III de complejidad garantiza y lo diagnosticó adecuadamente, es decir, si protegió la oportunidad que Luis Eduardo Monsalve Morales tenía de recuperar la salud y evitar la concreción del desenlace fatal – muerte, mediante la prestación del servicio de salud - de manera oportuna, eficiente y con calidad.

Al respecto, la historia clínica del paciente registra que ingresó al Hospital Universitario el **6 de febrero de 2011** “en regulares condiciones generales (...) refiere dolor a nivel costal izquierdo irradiado a espalda, dolor en hipogastrio y dolor, edema y deformidad en tobillo derecho. Ingreso se observa consciente orientado afebril buen patrón respiratorio con lev SSN 2000/24H, abdomen blando depresible, moviliza sus extremidades, refiere mucho dolor. Paciente que es valorado por ortopedia.”

Luego de la revisión general del estado físico, Luis Eduardo Monsalve Morales fue diagnosticado con contusión de tórax y fractura de la epífisis superior de la tibia, “con luxofractura en tobillo derecho, se hace reducción cerrada exitosa y se inmoviliza con férula de yeso”.

A las 6:27 pm del mismo día “paciente en el momento refiere dolor en reja costal, presenta 1 episodio de emesis. En el momento estable hemodinámicamente con O2 suplementario Sa o2 95%. Rx de tórax normal. No se evidencian fracturas costales. Valorado por ortopedia quien indica hospitalizar, analgesia y solicitud de material de osteosíntesis”, por lo cual “continúa con requerimiento de O2 suplementario. Se decide hospitalizar y continuar evolución pre quirúrgico. (...) vigilar signos vitales y patrón respiratorio avisar cambios”.

A las 9:29 pm “paciente con trauma de hemicuerpo derecho, actualmente estable termodinámicamente, ruidos rítmicos sin soplos, abdomen blando sin signos de irritación, radiografía sin evidencia de neumó o hemotórax. Análisis: Paciente establece termodinámicamente sin signos clínicos ni radiológicos que sufrieran neumó o hemotorax.

Pese a lo anterior, en el siguiente registro, correspondiente al **07 de febrero de 2011** (día siguiente), a la 1:15 pm se observa “Nota de fallecimiento. Paciente que el medico de turno determina fallecimiento después de que el paciente inicia paro cardio respiratorio, se inicia protocolo de RCP sin respuesta favorable, el médico de turno decide detener RCP porque no hubo respuesta positiva, se retira O2 y acceso venoso”.

Así las cosas, y dada la atención médica registrada de la historia clínica, del dictamen pericial rendido el **19 de diciembre de 2013** por el Instituto de Medicina Legal, con fundamento en las guías de manejo de urgencias – Ministerio de la Protección Social (Atención inicial del paciente traumatizado – shock hemorrágico – fracturas inestables de pelvis); y del programa avanzado de apoyo vital en trauma para médicos – del comité de trauma del colegio americano de cirujanos¹⁰⁶, se extraen las siguientes conclusiones:

- Ante un paciente poli traumatizado se requiere la evaluación completa y sistemática, teniendo como uno de sus fines el evitar pasar por alto lesiones ocultas.
- Una evaluación exhaustiva hubiera detectado una fractura pélvica o como mínimo la sospecha clínica sería muy alta.
- Ante los hallazgos de dolor bajo era probable prever un compromiso de huesos pélvicos, en el examen a un poli traumatizado usualmente se evalúa si la pelvis se encuentra estable o no.
- Lo esperable de una evaluación integral realizada en un hospital de III nivel a un paciente poli traumatizado es que se efectuó exploración que verifique, entre otras cosas, la integridad de la zona pélvica.
- De ser diagnosticada la fractura pélvica, se podría haber tenido un monitoreo más estricto de signos vitales, un seguimiento más acucioso en exámenes de laboratorio, un manejo más adecuado de líquidos endovenosos y hemoderivados e incluso se podrían realizar exploraciones y manejos quirúrgicos.
- En la autopsia se concluyó como causa de muerte un poli trauma en un incidente de tránsito. Ahora bien la zona de trauma principal que condiciona la secuencia de eventos que conlleva al deceso se encuentra en el foco de la fractura pélvica. El no diagnosticarla a tiempo afectó la oportunidad en su manejo.
- Las acciones realizadas en el Hospital San Jorge fueron adecuadas pero incompletas. Lo no realizado condicionó pasar por alto lesiones que conllevaron al deceso.

¹⁰⁶ Fls.61-65 C.2

- Para el caso en concreto lo esperable en un ambiente hospitalario de III nivel era una revisión primaria, la cual se efectuó, pero en forma incompleta. En un poli traumatizado el programa avanzado de apoyo vital en trauma para médicos indica que se debe hacer una revisión con apoyo de radiografía de tórax y pelvis siempre y cuando la toma de radiografías no interfiera con el proceso de reanimación. En este caso se tomaron radiografías de tórax para descartar hemo o neumotórax y se tomó radiografía de miembro inferior fracturado, no se tomó radiografía pélvica.

Adicionalmente, es de resaltar que el Dictamen evidenció que no se hizo un registro completo de la toma de signos vitales para determinar el estado hemodinámico del paciente; sin embargo, aun cuando se aceptara el registro según el cual el paciente se encontraba hemodinámicamente estable, *“hay peligros latentes ya que los ancianos tienen una capacidad limitada para aumentar su frecuencia cardíaca en respuesta a la pérdida sanguínea, de esta manera, se pierde uno de los signos tempranos de disminución de volumen, la taquicardia. En los pacientes ancianos, la presión sanguínea tiene poca correlación con el gasto cardíaco. Por lo anterior la evaluación y seguimiento de un paciente anciano poli traumatizado debe ser más acuciosa.”*

En este sentido, la experticia consideró que la atención y los exámenes ordenados al paciente fueron adecuados, pero incompletos.

Así las cosas y a luz de lo conceptuado por el Instituto de Medicina Legal y ciencia Forenses, la Sala concluye que en el caso concreto existió una falla médica por error en el diagnóstico, que tuvo lugar porque “(ii) el médico no sometió al paciente a una valoración física completa y seria”; (iii) El profesional omitió utilizar oportunamente todos los recursos técnicos y científicos a su alcance para determinar con precisión cuál es la enfermedad que sufre el paciente; vi) Existe una omisión de la práctica de los exámenes que resultaban indicados para el caso concreto, entre estos la radiografía de pelvis.

De manera que Luis Eduardo Monsalve Morales tuvo un diagnóstico incompleto que, a su vez, imposibilitó la aplicación del procedimiento y tratamiento adecuado que propendiera por la recuperación de la salud, es decir, la falla médica consistente en el error de diagnóstico frustró las posibilidades que el paciente podía tener de recuperar su salud y alcanzar el máximo nivel esperado; como lo declaró el tribunal de primera instancia.

Sin embargo, debe recordarse que en su escrito de apelación el hospital demandado sostiene: *“revisadas las guías para manejo de urgencias, tercera edición tomo I, vigente para el año 2009 sobre la atención inicial del paciente traumatizado, señala que dicho examen sólo debe realizarse en caso de que existiera sospecha clínica o que las condiciones del paciente no*

permitan su evaluación, situaciones que no se presentaron en el caso de autos, pues no existía sospecha clínica de fractura de pelvis y el paciente estaba consciente, es decir, era posible realizar su valoración”

Sobre el particular, la Sala encuentra que, efectivamente, las Guías para el Manejo de Urgencias Tomo I, implementadas por el Ministerio de la Protección Social como reglamento y protocolo médico, refieren que *“a no ser que haya hallazgos clínicos que hagan sospechar lesión, o a no ser que se enfrente a un paciente que no se puede evaluar, las radiografías de columna cervical o de pelvis no son obligatorias.”*

No obstante lo anterior, en el caso de Luis Eduardo Monsalve Morales la Sala concuerda con el concepto del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en razón a que la valoración del paciente debía estructurarse bajo una evaluación y procedimiento especial, toda vez que el paciente era una persona que sobrepasaba los 90 años de edad, cuya estructura ósea es evidentemente más débil que la una persona en edad promedio (40-50 años de edad), y quien fue arrollado por una motocicleta conducida con exceso de velocidad, hecho indicativo de la gravedad del accidente.

Y así lo consideró, incluso, el Dr. José Eduardo Quintero Gil, médico que atendió a Luis Eduardo Monsalve en el Hospital Universitario San Jorge, quien frente a la especialidad que demanda la edad del paciente anotó¹⁰⁷:

(...). Lo único que uno debe tener en cuenta es que es muy distinto atender a un paciente de 90 – 92 años de edad, a tratar a un paciente de 35 años de edad, los pacientes de 90 – 92 años de edad cuando sufren politraumatismo mediana o de medio alta energía pues no responden igual a lo que responde un paciente joven, (...), el riesgo de mortalidad durante el primer año se eleva al 35% inclusive operándolos el mismo día, o al día siguiente porque la respuesta inmunológica o hemodinámica de los pacientes de edad es muy diferente a los pacientes jóvenes, (...), entonces el paciente de edad es diferente, tan es así que se creó la especialidad (...), los adultos son como los bebés (...).

Así las cosas, la Sala acoge el concepto del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, según el cual Luis Eduardo Monsalve Morales no recibió el tratamiento acorde a su edad y fue atendido de manera incompleta, y adicionalmente reprocha que la entidad médica sostenga la inexistencia de sospecha clínica de fractura en la pelvis; pues, la edad del paciente y la sola ocurrencia del accidente, en las condiciones en que tuvo lugar (exceso de velocidad) son factores suficientes para sospechar la existencia de lesiones ocultas, como lo sostuvo el dictamen médico, e imponían una auscultación completa y la práctica de todos los exámenes que la lex artis exige para establecer el diagnóstico correcto.

¹⁰⁷ Fls.240-244 C.1-1 (CD)

En síntesis, la Sala encuentra acreditado el daño antijurídico, esto es, la muerte de Luis Eduardo Monsalve Morales, quien a su vez vio lesionado su derecho a recuperar la salud, como consecuencia del error en el diagnóstico que constituye una falla médica y hace imputable la responsabilidad a la entidad hospitalaria.

7. Liquidación de perjuicios

7.1.- Perjuicios morales

En sentencias del 28 de agosto de 2014, la Sala de Sección tercera unificó su jurisprudencia en cuanto al reconocimiento y tasación de los perjuicios morales, en donde dijo que el concepto del perjuicio moral se encuentra compuesto por el dolor, la aflicción y en general los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, etc., que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo.

Para la reparación del daño moral, en caso de muerte¹⁰⁸, se han diseñado cinco niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa y aquellos que acuden a la justicia en calidad de perjudicados o víctimas indirectas.

Nivel No. 1. Comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno-filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (1er. Grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes o estables). A este nivel corresponde el tope indemnizatorio (100 smlmv).

Nivel No. 2. Donde se ubica la relación afectiva propia del segundo grado de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 50% del tope indemnizatorio.

Nivel No. 3. Está comprendido por la relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 35% del tope indemnizatorio.

Nivel No. 4. Aquí se ubica la relación afectiva propia del cuarto grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 25% del tope indemnizatorio.

Nivel No. 5. Comprende las relaciones afectivas no familiares (terceros damnificados). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 15% del tope indemnizatorio.

¹⁰⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera, sentencia de 28 de agosto de 2014. Exp. 26.251 M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; y Exp. 27.709 M.P. Carlos Alberto Zambrano.

La siguiente tabla recoge lo expuesto:

REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CASO DE MUERTE REGLA GENERAL					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
	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
Porcentaje	100%	50%	35%	25%	15%
Equivalencia en salarios mínimos	100	50	35	25	15

Para los niveles 1 y 2 se requerirá la prueba del estado civil o de la convivencia de los compañeros. Para los niveles 3 y 4, además, se requerirá la prueba de la relación afectiva. Para el nivel 5 deberá ser probada la relación afectiva.

Ahora bien, en el *sub judice* la Sala encuentra que comparece al proceso **Rubiel Monsalve Cardona** en calidad de hijo de Luis Eduardo Monsalve Morales (víctima directa), parentesco que la Sala considera acreditado con el registro civil de nacimiento del demandante¹⁰⁹ y que lo ubican en el primer nivel de cercanía afectiva al que corresponde una indemnización de 100 S.M.L.M.V.

A su vez, **Daniel Monsalve Cardona**¹¹⁰, **Paula Andrea Monsalve Duque**¹¹¹ y **Alexander Monsalve Duque**¹¹² acuden como nietos de la víctima directa, calidad que se encuentra acreditada con el registro civil de nacimiento de cada uno de ellos, así como de Rubiel Monsalve Cardona; situación que los ubica en el segundo nivel de cercanía afectiva al que corresponde una indemnización de 50 S.M.L.M.V.

Asimismo, acuden al proceso **Alejandro Monsalve Rodas**¹¹³, **Gabriela Bohórquez Monsalve**¹¹⁴ y **Mariana Bohórquez Monsalve**¹¹⁵ en calidad de bisnietos de la víctima directa,

¹⁰⁹ Obra registro civil de nacimiento de Rubiel Monsalve Cardona (hijo) en el que consta que nació el 24 de agosto de 1948 y que sus padres son Luis Eduardo Monsalve y Luisa Julia Cardona Villa. (Fls.2 C.2)

¹¹⁰ Obra registro civil de nacimiento de Daniel Monsalve Cardona (nieto) en el que consta que nació el 24 de junio de 2010 y que sus padres son Rubiel Monsalve Cardona y Mariluz Cardona Marín. (Fls.4 C.2)

¹¹¹ Obra registro civil de nacimiento de Paula Andrea Monsalve Duque (nieta) en el que consta que nació el 15 de marzo de 1977 y que sus padres son Rubiel Monsalve Cardona y Berta Luz Duque Vélez. (Fls.1 C.2)

¹¹² Obra registro civil de nacimiento de Alexander Monsalve Duque (nieto) en el que consta que nació el 24 de octubre de 1973 y que sus padres son Rubiel Monsalve Cardona y Berta Luz Duque Vélez. (Fls.3 C.2)

¹¹³ Obra registro civil de nacimiento Alejandro Monsalve Rodas (bisnieto) en el que consta que nació el 30 de agosto de 2001 y que sus padres son Ivonne Claudia Rodas y Alexander Monsalve Duque nieto a su vez de la víctima directa. (Fls.7 C.2)

parentescos que se acreditan con el registro civil de nacimiento de los aquí demandantes, así como de los nietos e hijo de Luis Eduardo Monsalve Morales.

El parentesco acreditado ubica a este grupo de demandantes en el tercer nivel de cercanía afectiva, al que corresponde una indemnización de 25 S.M.L.M.V., siempre y cuando se encuentre demostrada la relación de cercanía afectiva que en este caso se verifica con los testimonios de Ana María Cardona¹¹⁶ (prima de Rubiel Monsalve Cardona) y José Jesús Franco Arbeláez¹¹⁷ (amigo de la familia Monsalve desde hace unos 40 años), quienes coinciden en manifestar que entre Luis Eduardo Monsalve Morales (víctima directa) y sus bisnietos existía una “*muy buena comunicación*” y “*mucho afecto*”.

De manera que la prueba testimonial demuestra la relación de cercanía afectiva que existía entre la víctima directa y sus bisnietos, razón por la cual les corresponde una indemnización de 25 S.M.L.M.V.

Por último, acude al proceso **Mariluz Cardona Marina** en calidad de nuera de la víctima directa¹¹⁸, vínculo que la ubica en el quinto nivel de cercanía afectiva al que corresponde una indemnización de 15 S.M.L.M.V., en donde se requiere la prueba de la relación afectiva entre la demandante y la víctima directa.

No obstante, la Sala observa que no obra prueba en el plenario que demuestre la relación de cercanía afectiva entre Luis Eduardo Monsalve Morales y Mariluz Cardona Marina; ni tampoco que acredite el sufrimiento, congoja y sentimiento de zozobra que la demandante haya padecido como consecuencia de la muerte de Luis Eduardo Monsalve Morales, de manera que el perjuicio debe ser denegado.

Dado lo anterior, la Sala reconocerá los siguientes rubros por concepto de perjuicios morales.

Demandante	Calidad del actor	Perjuicios morales
Rubiel Monsalve Cardona	Hijo	100 SMLMV
Daniel Monsalve Cardona	Nieto	50 SMLMV
Paula Andrea Monsalve Duque	Nieta	50 SMLMV
Alexander Monsalve Duque	Nieto	50 SMLMV
Alejandro Monsalve Rodas	Bisnieto	25 SMLMV

¹¹⁴ Obra registro civil de nacimiento de Gabriela Bohórquez Monsalve (bisnieta) en el que consta que nació el 2 de agosto de 2008 y que sus padres son Laureano Antonio Bohórquez y Paula Andrea Monsalve Duque, nieta a su vez de la víctima directa. (Fls.6 C.2)

¹¹⁵ Obra registro civil de nacimiento de Mariana Bohórquez Monsalve (bisnieta) en el que consta que nació el 24 de enero de 2011 y que sus padres son Laureano Antonio Bohórquez y Paula Andrea Monsalve Duque, nieta a su vez de la víctima directa. (Fls.5 C.2)

¹¹⁶ Fls.85-86 C.2

¹¹⁷ Fls.88-90 C.2

¹¹⁸ Obra registro civil de matrimonio en el que consta que Rubiel Monsalve Cardona y Mariluz Cardona Marín se casaron el 26 de enero de 2008. (Fls.8 C.2)

Gabriela Bohórquez Monsalve	Bisnieta	25 SMLMV
Mariana Bohórquez Monsalve	Bisnieta	25 SMLMV

7.2.- Daño a la vida de relación

Al respecto, la Sala revocará lo decidido por el Tribunal Administrativo de Primera Instancia, el cual le concedió a Rubiel Monsalve Cardona el equivalente a 15 SMLMV, ya que el demandante no especificó en qué hace consistir el perjuicio solicitado, pues debe preverse que el daño a la vida de relación ha sido acogido por la jurisprudencia bajo diferentes *nomen iuris*, dependiendo del interés jurídico vulnerado, así, por ejemplo, cuando el perjuicio deviene de una lesión psicofísica su reconocimiento se efectúa bajo la denominación de daño a la salud.

Pero si el daño a la vida de relación deviene de la lesión a otros bienes constitucionales deberá verificarse su concreción bajo los criterios de la categoría de *“alteración grave a los bienes constitucional y convencionalmente amparados”*.

En segundo lugar y más importante aún, la Sala observa que no obran en el plenario los medios probatorios que demuestren que como consecuencia de la muerte de Luis Eduardo Monsalve Morales, los demandantes sufrieron una lesión a alguno de sus bienes constitucionales o convencionalmente amparados, distintos del perjuicio moral.

Es así que, aunque los testigos Ana María Cardona¹¹⁹ Lesbia Inés Cardona¹²⁰ (primas de Rubiel Monsalve Cardona), José Jesús Franco Arbeláez¹²¹ y José Eduvar Zapata Zapata¹²² (amigos de la familia Monsalve) refieren la existencia de una relación de cercanía y de unidad familiar entre Luis Eduardo Monsalve Morales (víctima) y los demandantes, el perjuicio señalado por los testigos presenta una alteración en el estado de ánimo de los demandantes, consistente en la tristeza, la desesperanza y el dolor que la ausencia de un miembro de la familia conlleva para los otros miembros más próximos, en este caso para el hijo, los nietos y bisnietos, todo lo cual es constitutivo del perjuicio moral ya indemnizado.

En síntesis, la Sala procederá a revocar el reconocimiento efectuado por el *A quo* a título de daño a la vida de relación, toda vez que los conceptos en que se hizo consistir se encuentran amparados por el perjuicio moral, se itera, que ya ha quedado indemnizado y sobre el cual debe preverse que el juez no puede indemnizar dos veces el mismo perjuicio.

7.3.- Medidas de satisfacción

¹¹⁹ Fls.85-86 C.2
¹²⁰ Fls.85-88 C.2
¹²¹ Fls.88-90 C.2
¹²² Fls.90-91 C.2

Al respecto, la Sala confirmará las medidas de satisfacción y garantías de no repetición adoptadas en primera instancia y mantendrá la negativa de la pretensión solicitada en la demanda consistente en:

“La financiación bajo la dirección y administración de la Secretaría Departamental de Salud de Risaralda de la implementación de un sistema de información consultable en la internet donde cualquier persona pueda verificar los casos en que las entidades de salud han sido demandadas por responsabilidad médico asistencial, el estado de los procesos, los resultados de los procedimientos sancionatorios administrativos y judiciales, las causas de las demandas y similares que permitan al consultante establecer las condiciones en que se presta el servicio de salud”.

Lo anterior, en razón a que el sistema de información solicitado en la demanda ya se encuentra habilitado en la página del Consejo de Estado (www.consejodeestado.gov.co) en donde se puede consultar los estados de los procesos judiciales y las diferentes providencias proferidas por esta Corporación en materia de responsabilidad médica.

Igualmente, los Hospitales, las diferentes entidades gubernamentales (Ministerio de Salud y Superintendencia de Salud) y los Tribunales de Ética Médica cuentan en sus páginas web con diferentes sistemas de consulta en los que se encuentra publicada la información relacionada con los procedimientos sancionatorios y judiciales que se llevan a cabo en materia de responsabilidad médica.

Por otro lado, la Sala recuerda que no es posible establecer una obligación en abstracto en cabeza de la E.S.E Hospital Universitario San Jorge de Pereira consistente en la elaboración de un sistema de consultas de los procesos administrativos y sancionatorios que se adelantan en contra de las entidades hospitalarias de todo el país, ya que está es una medida de carácter nacional que excede la misión de la entidad demandada, la cual se limita a prestar el servicio de salud de mediana y alta complejidad.

Además, la Sala considera que en el *sub judice* no es posible condenar a la Secretaría Departamental de Salud de Risaralda a la elaboración del sistema de consultas solicitado en las pretensiones de la demanda, por cuanto esta entidad no fue demandada en el presente proceso ni ha contado con la oportunidad para ejercer su derecho de defensa, razón por la cual acceder a lo solicitado por los demandantes sería violatorio de las reglas propias del derecho al debido proceso.

En virtud de lo anterior, la Sala confirmará las medidas de satisfacción y garantías de no repetición ordenadas en primera instancia, a saber:

“3.- CONDÉNASE a la E.S.E Hospital Universitario San Jorge de Pereira, a la reparación no pecuniaria – justicia restaurativa – como consecuencia del fallecimiento del señor Luis Eduardo Monsalve Morales, para lo cual, en el término máximo de dos (2) meses

contados a partir de la fecha de ejecutoria de esta providencia, deberá adoptar las siguientes medidas:

3.1.- El señor gerente de la E.S.E Hospital Universitario San Jorge de Pereira o su delegado presentará públicamente en una ceremonia en la cual estén presentes los demandantes en este proceso, excusas por los hechos acaecidos que dieron origen a la presente demanda.

3.2.- Publicar en un lugar visible, en las instalaciones de la E.S.E Hospital Universitario San Jorge de Pereira, la parte resolutive de este proveído, publicación que deberá efectuarse por el término de un (1) mes, en lugar visible para las personas que accedan a dicha entidad". (Subrayado fuera de texto).

8. Transmisión del derecho indemnizatorio por causa de muerte

Si bien la declaratoria de responsabilidad conlleva un derecho de crédito o personal de la víctima, transmisible por casusa de muerte, lo cierto es que esta circunstancia no se configura en el caso de autos.

A la sazón, debe preverse que el derecho colombiano no indemniza el daño constituido por el evento dañino en sí mismo, es decir, no indemniza el hecho de la muerte, sino las consecuencias que de ella se derivan, esto es, el daño o perjuicio consecuencia dentro de los cuales se hallan los perjuicios morales, los materiales, y cualquier otro que se encuentre plenamente acreditado.

De manera que, quien fallece no sufre perjuicios, es decir, no sufre las consecuencias de la muerte, no sufre dolor ni pérdida económica, por el contrario, son sus parientes más cercanos quienes, finalmente, resultan afectados por las consecuencias que de la muerte se deriven, ya que estos se verán sometidos al dolor que conlleva la pérdida de un ser querido, así como a las erogaciones que por el fallecimiento se causen, tales como las honras fúnebres, o a la cesación del aporte económico que el causante generaba para su familia.

Dicho lo anterior, en el caso de autos no hay lugar al reconocimiento de un derecho indemnizatorio en cabeza del causante y, menos aún, a su transmisión por causa de muerte a los demandantes.

9. Llamamiento en garantía

La demandada llamó en garantía a la compañía Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., con quién adujo haber suscrito la póliza de seguro 1601312000016 de Responsabilidad Civil Extracontractual que amparaba precisamente la eventualidad que se concretó en los hechos que da cuenta la demanda, por lo que -afirmó la demandada- al declararse su responsabilidad debía responder la aseguradora.

Al respecto, obra en el proceso la copia auténtica de la póliza No. 1601312000016 de Responsabilidad Civil Profesional¹²³, allegada por la entidad demandante junto con su llamamiento, con vigencia de un año desde el 31 de diciembre de 2011 al 30 de diciembre de 2012.

A la sazón debe preverse que los hechos constitutivos del siniestro objeto de reclamo, tuvieron lugar el 7 de febrero de 2011, fecha de fallecimiento de Luis Eduardo Monsalve Morales, de manera que no se encuentra cubierto por la vigencia de la póliza toda vez que es anterior a su inicio.

En consecuencia la Sala negará las pretensiones del llamamiento en garantía efectuado en contra de la aseguradora Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A.

10. Condena en costas.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 *“salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*.

De manera que al acudir a la norma de procedimiento civil, esta es el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), el artículo 365 señala, entre otras, las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

Por lo tanto, en el presente caso habrá lugar a condenar al municipio de Paipa al pago de las costas correspondientes a la primera y segunda instancia, por ser la parte vencida dentro del proceso y porque el juez de segunda instancia ha revocado la decisión de primera instancia.

¹²³ Fl. 138 del C. 1 Ppal.

Conforme con lo anterior, y teniendo en cuenta que para determinar la cuantía de las agencias en derecho deben aplicarse las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura y que si aquellas establecen solamente un mínimo o un máximo, se tendrá en cuenta la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado que litigó, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder al máximo de dichas tarifas, procede la Sala a liquidar las costas a imponer.

Así las cosas, se procede a dar aplicación a un test de proporcionalidad para la fijación de las agencias en derecho, el cual tiene una división tripartita a saber: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido. Para los efectos de esta providencia se trata de un test de razonamiento judicial que comporta la conjugación de estos tres escenarios a fin de tasar una condena, de manera que cuando la conducta motivadora de la imposición de las agencias en derecho constituya una vulneración de mayor entidad a la administración de justicia se aplicará la sanción pecuniaria más estricta posible. Así:

	Idoneidad	Necesidad	Proporcionalidad en estricto sentido
Exigencias fácticas	Se refiere a la existencia fáctica de una afectación a un interés legítimamente tutelado por el ordenamiento jurídico, que para el caso de las agencias en derecho lo constituye la afectación que se causó al acceso a la administración de justicia. Debe advertirse que la satisfacción del primer supuesto	El criterio jurídico de la necesidad en el test de proporcionalidad comporta una valoración de grado o intensidad. Comoquiera que al abordar este escenario se parte del supuesto de que existe una afectación, el ejercicio valorativo en esta instancia se contrae a precisar el grado de intensidad de esa afectación, en donde acabe distinguir tres supuestos de intensidad: a) Afectación leve a la administración de justicia. Se configura cuando el fundamento de la afectación supone un simple desconocimiento de aspectos elementales de la formación jurídica. b) Afectación gravísima a la administración de justicia. Se constituye por la realización de reiteradas conductas dilatorias del	El último supuesto del escenario del test de proporcionalidad es el correspondiente a la tasación que se le debe asignar a cada uno de los niveles de afectación a la administración de justicia, esto es, en los niveles leve, grave y gravísima a la administración de justicia. a) Afectación leve. Esta tasación va hasta el 1,66% del valor de las pretensiones de la demanda. b) Afectación grave. A este escenario corresponderá una condena entre 1,67% y

	del test se encuentra en la respectiva sentencia que desató la controversia pues, el legislador previó que es en dicha oportunidad en que el Juez puede pronunciarse sobre la imposición o no de la condena en costas.	proceso y que obstruyen el transcurrir del proceso judicial y las diligencias respectivas. c) Afectación gravísima a la administración de justicia, en donde, además del anterior supuesto, se presentan perjuicios a terceros.	3,32%. c) Por último la configuración del tercer supuesto de intensidad, el gravísimo, comportará una tasación que oscilará entre el 3,33% y el 5%.
--	--	--	--

Empero lo anterior no resulta suficiente para determinar la tasación de la condena a imponer, pues, el Acuerdo 2222 de 10 de diciembre de 2003, de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, concede un margen de movilidad dentro del cual el Juez debe fijar la condena por concepto de agencias en derecho, y que en el caso de procesos en segunda instancia corresponde *“Hasta el cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia”*.

Ahora, atendiendo a los 3 criterios referidos y a la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por los accionantes a lo largo del proceso la Sala considera que la conducta de la parte demandada será suficientemente remediada en el escenario de la idoneidad, por cuanto se evidenció la inexistencia del daño alegado, lo que hace que la actuación del impugnante resulte temeraria, al no existir un fundamento razonable para interponer el recurso, por manera que se fijarán las agencias en derecho en un 1% del monto de las pretensiones de la demanda.

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

RESUELVE

MODIFICAR la sentencia proferida el 26 de junio de 2014 por el Tribunal Administrativo de Risaralda, por las razones expuestas en la parte motiva de ésta providencia. Y en su lugar dispone:

PRIMERO: DECLARAR administrativa y patrimonialmente responsable a la E.S.E Hospital Universitario San Jorge de Pereira, por el fallecimiento del señor Luis Eduardo Monsalve Morales, ocurrido el 7 de febrero de 2011 en las circunstancias de tiempo, modo y lugar que han quedado precisadas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONDENAR a la E.S.E Hospital Universitario San Jorge de Pereira a pagar por concepto de perjuicios morales las siguientes sumas de dinero:

Demandante	Calidad del actor	Perjuicios morales
Rubiel Monsalve Cardona	Hijo	100 SMLMV
Daniel Monsalve Cardona	Nieto	50 SMLMV
Paula Andrea Monsalve Duque	Nieta	50 SMLMV
Alexander Monsalve Duque	Nieto	50 SMLMV
Alejandro Monsalve Rodas	Bisnieto	25 SMLMV
Gabriela Bohórquez Monsalve	Bisnieta	25 SMLMV
Mariana Bohórquez Monsalve	Bisnieta	25 SMLMV

TERCERO: ORDENAR a la E.S.E Hospital Universitario San Jorge de Pereira para que dentro de los dos (2) meses siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, realice siguientes medidas de satisfacción y garantías de no repetición:

- El señor gerente de la E.S.E Hospital Universitario San Jorge de Pereira o su delegado presentará públicamente excusas por los hechos acaecidos que dieron origen a la presente demanda en una ceremonia en la cual deberán estar presentes los demandantes en este proceso.
- La publicación en un lugar visible, en las instalaciones de la E.S.E Hospital Universitario San Jorge de Pereira, la parte resolutive de este proveído, publicación que deberá efectuarse por el término de un (1) mes, en lugar visible para las personas que accedan a dicha entidad.

CUARTO: CONDENAR a la entidad demandada en el 1% del valor de las pretensiones, a título de costas, conforme a lo dispuesto en la parte motiva. Líquidese por secretaría.

QUINTO: NEGAR las pretensiones del llamamiento en garantía y las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: En firme esta providencia devuélvase el expediente al tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIME ENRIQUE RODRIGUEZ NAVAS
Magistrado

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado
Aclaración de voto Cfr. Rad. 35796/16 #2 y #3, Rad. 31113-16, Rad. 34952/15 #2, Rad. 48842/16 #9

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente