



CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN TERCERA  
SUBSECCIÓN C

CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., (19) diecinueve de octubre de dos mil once (2011)

**Radicación número:** 68 001 23 15 000 1997 03343 01 (20862)  
**Actor:** CAMILO MANRIQUE SERRANO Y OTROS  
**Demandado:** CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL Y OTROS  
**Asunto:** ACCIÓN DE DE REPARACIÓN DIRECTA (Sentencia)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por la Sala de Descongestión de los Tribunales Administrativos de Santander, Norte de Santander y Cesar el 30 de marzo de 2001, mediante la que se dispuso:

*"PRIMERO: DECLÁRASE PROBADA LA EXCEPCIÓN propuesta por la CLÍNICA DEL CESAR LÍMITADA, bajo la denominación de FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, habida cuenta que está probado que solamente se obligó a prestar los servicios de hospitalización, quirúrgicos y complementarios, sin que se hubiere comprometido a escoger los profesionales y revisar su idoneidad y hoja de vida.*  
*SEGUNDO: DECLARANSE (sic) SOLIDARIAMENTE RESPONSABLES a la CAJA NACIONAL DE PREVISION (sic) SOCIAL "CAJANAL" y a la FUNDACION (sic) MÉDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL LIMITADA I.P.S de la totalidad de los daños y perjuicios ocasionados a los demandantes como consecuencia de las lesiones sufridas por el Doctor CAMILO MANRIQUE SERRANO, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*  
*TERCERO: CONDENASE SOLIDARIAMENTE a la CAJA NACIONAL DE PREVISION (sic) SOCIAL "CAJANAL" y a la FUNDACION (sic) MÉDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL LIMITADA I.P.S a indemnizar los perjuicios materiales causados a CAMILO MANRIQUE SERRANO, mediante el pago de las siguientes sumas de dinero:*  
*3.1. Por concepto de daño emergente causado, mediante el pago a CAMILO MANRIQUE SERRANO de la suma de CUATRO MILLONES SETECIENTOS DIEZ MIL SETECIENTOS NUEVE PESOS (\$4.710.709, 00).*  
*3.2. Por concepto de lucro cesante consolidado, mediante el pago a CAMILO MANRIQUE SERRANO de la suma de DOS MILLONES SISCIENTOS (sic) TREINTA Y DOS MIL CIENTO OCHO PESOS (\$2.632.108, 00).*  
*CUARTO: CONDENASE SOLIDARIAMENTE a la CAJA NACIONAL DE PREVISION (sic) SOCIAL "CAJANAL" y a la FUNDACION (sic) MÉDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL LIMITADA I.P.S. a indemnizar el perjuicio FISIOLÓGICO (sic) causado a CAMILO MANRIQUE SERRANO, mediante el pago del equivalente, en pesos colombianos, según certificación del banco (sic) de la República, a OCHOCIENTOS GRAMOS ORO.*  
*QUINTO: CONDENASE SOLIDARIAMENTE a la CAJA NACIONAL DE PREVISION (sic) SOCIAL "CAJANAL" y a la FUNDACION (sic) MÉDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL LIMITADA I.P.S a indemnizar el*



perjuicio FISIOLÓGICO (sic) causado a CAMILO MANRIQUE SERRANO, mediante el pago del equivalente, en pesos colombianos, según certificación del banco (sic) de la República, a OCHOCIENTOS GRAMOS ORO.

SEXTO: CONDENASE SOLIDARIAMENTE a la CAJA NACIONAL DE PREVISION (sic) SOCIAL "CAJANAL" y a la FUNDACION (sic) MÉDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL LIMITADA I.P.S a indemnizar el perjuicio causado a CAMILO MANRIQUE SERRANO, en la modalidad del DAÑO EMERGENTE FUTURO, imponiéndoles la obligación solidaria de atender todo tipo de servicios médicos o quirúrgicos que en el futuro demande el señor CAMILO MANRIQUE SERRANO, como consecuencia de Colangitis y procesos infecciosos que resulten en su cuerpo como secuela del paso de bacterias intestinales a las vías biliares o de bacterias al torrente (sic) sanguíneo a través de la circulación hepática, o como consecuencia de el (sic) deficiente drenaje de bilis, con independencia de su condición de afiliado al Sistema de Seguridad Social en Salud.

SEPTIMO: CONDENASE (sic) SOLIDARIAMENTE a la CAJA NACIONAL DE PREVISION (sic) SOCIAL "CAJANAL" y a la FUNDACION (sic) MÉDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL LIMITADA I.P.S a indemnizar los perjuicios morales ajenos (sic) causados a los actores, mediante el pago de las siguientes sumas de dinero:

7.1. A (sic) Para CAMILO MANRIQUE SERRANO, el equivalente, en pesos, a OCHOCIENTOS GRAMOS ORO.

Para MARLENE DE LOS REYES AVENDAÑO y sus dos hijos MERLY JOHANA MANRIQUE DE LOS REYES y CAMILO JESUS MANRIQUE DE LOS REYES, el equivalente, en pesos, a OCHOCIENTOS GRAMOS ORO para cada uno de ellos.

Para CAMILO MANRIQUE CORTES y OLGA SERRANO PERDOMO, hoy DE MANRIQUE, el equivalente, en pesos, a QUINIENTOS GRAMOS ORO, para cada uno de ellos.

Y para OLGA MERCEDES, MARIA CUSTODIA, OMAR ALFONSO, ELSY ALBA, CONSUELO PATROCINIA y JOSE UBERLIS, la suma equivalente, en pesos, a TRESCIENTOS GRAMOS ORO, para cada uno de ellos.

OCTAVO: DENIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

NOVENO: DECLARASE (sic) OFICIOSAMENTE PROBADA la excepción de falta de causa para pedir, a favor del llamado en garantía, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

NOTIFÍQUESE Y PUBLÍQUESE"

## ANTECEDENTES

### 1. La demanda.

Fue presentada el 17 de julio de 1997 por los señores Camilo Manrique Serrano, Marlene de los Reyes Avendaño, Camilo Manrique Cortes, Olga Serrano Perdomo Hoy de Manrique, Olga Mercedes Manrique Serrano, María Custodia Manrique Serrano, Omar Alfonso Manrique Serrano, Elsy Alba Manrique Serrano, Consuelo Patrocinia Manrique Serrano, y José Irbelis Manrique Serrano, todos mayores de edad, domiciliados y residentes en Valledupar, los dos primeros actuando en nombre propio y como representantes legales de sus menores hijos Merly Johana



Manrique de los Reyes y Camilo Jesús Manrique de los Reyes, mediante apoderado, y en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del C.C.A., con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"1. Que la **CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL (CAJANAL E.P.S)** representada por su Gerente, Director o Presidente, **Dr. RICARDO LEÓN PARRA CASTRO**, o por quien haga sus veces al momento de la notificación de la demanda; la **FUNDACIÓN MÉDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL LTDA. (I.P.S)**, representada legalmente por su Director, Gerente o Presidente o por quien haga sus veces al momento de notificación de la demanda y la sociedad **CLINICA DEL CESAR LTDA**, representada por su Gerente o por quien haga sus veces al momento de notificación de la demanda, son **SOLIDARIAMENTE** responsables de la totalidad de los daños y perjuicios ocasionados a mis poderdantes como consecuencia de las lesiones sufridas por el Doctor **CAMILO MANRIQUE SERRANO**, originadas por actos médico-quirúrgicos a él realizados.

2. Que la **CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL (CAJANAL E.P.S)** representada por su Gerente, Director o Presidente, **Dr. RICARDO LEÓN PARRA CASTRO**, o por quien haga sus veces al momento de la notificación de la demanda; la **FUNDACIÓN MÉDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL LTDA. (I.P.S)**, representada legalmente por su Director, Gerente o Presidente o por quien haga sus veces al momento de notificación de la demanda y la sociedad **CLINICA DEL CESAR LTDA**, representada por su Gerente o por quien haga sus veces al momento de notificación de la demanda, **SOLIDARIAMENTE**, deberán reconocer y pagar los daños y perjuicios así:

#### **2.1 PERJUICIOS PATRIMONIALES (MATERIALES)**

##### **2.1.1 Obligación de hacer.**

Como perjuicio patrimonial derivado del daño causado, por concepto de daño emergente futuro, se deberá condenar a las Entidades demandadas a suministrarle al Doctor **CAMILO MANRIQUE**, de por vida, este o no afiliado a Cajanal, todos los servicios médico-asistenciales, hospitalarios, quirúrgicos, terapias, de tratamiento, de drogas y cualquier otro servicio que requiera y que se deriven de las lesiones que recibió el día 8 de junio de 1.996 o, a asumir el costo de todo ello, si directamente no lo hacen y deba hacerlo otra institución.

**Subsidiariamente**, que se les condene a pagar a favor de **CAMILO MANRIQUE SERRANO** o de sus causahabientes, una suma igual o superior a los 50.000.000.00, que corresponde al valor que él o ellos habrán de cancelar por concepto de los servicios médico-asistenciales, hospitalarios, quirúrgicos, terapéuticos, de tratamiento y drogas que ha de requerir, de por vida, para mejorar sus condiciones de salud, dada la gravedad de las lesiones recibidas el 8 de junio de 1.996 y el alto porcentaje que le quedó de volver a tener una nueva entenosis (sic), con graves peligros para su vida.

2.1.2 A favor de **CAMILO MANRIQUE SERRANO**, por concepto de **daño emergente debido o consolidado**, las siguientes sumas de dinero:

2.1.2.1 **UN MILLON (sic) NOVECIENTOS CINCUENTA MIL PESOS (\$1.950.000.00)**, que comprende: el servicio de hospedaje, alimentación y lavado de ropas, para él y su esposa, durante cuarenta y ocho (48) días, así: la primera en el lapso comprendido entre el 5 de julio al 20 de agosto de 1.996, descontados los días del 16 al 20 de julio y del 23 al 9 de agosto, para veinticuatro (24) días. Y la segunda, por el mismo tiempo, entre el 31 de enero de 1.997 al 23 de febrero del mismo año.

2.1.2.2 **CUATROCIENTOS VEINTE MIL PESOS (\$420.000.00)** que comprende el servicio de taxi durante sesenta y un (61) días, para él y su esposa, en dos



ocasiones así: la primera del 5 de julio al 20 de agosto de 1.996 y la segunda del 31 de enero al 23 de febrero de 1.997. Servicio que se prestaba a los distintos centros, en donde estaba hospitalizado y a donde tenía que realizar exámenes especializados.

2.1.2.3 **TRESCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS (\$350.000.00)** por concepto de servicios pagados por el Doctor Camilo Manrique en la Clínica el Cesar (Recibo de Caja No 5504) por la suma de Trescientos mil pesos (\$300.000.00) y en la Clínica El Bosque Limitada (Recibo de caja No 189284) por la suma de cincuenta mil pesos (\$50.000).

2.1.3 A favor de **CAMILO MANRIQUE SERRANO**, por concepto de lucro cesante las siguientes sumas de dinero:

2.1.3.1. Como lucro cesante debido o consolidado. **UN MILLON (sic) SEISCIENTOS SETENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y SIETE PESOS (\$1.671.897.00)**, que corresponde a los salarios dejados de recibir como consecuencia de las incapacidades otorgadas por razón de las lesiones recibidas en la intervención quirúrgica de que fue objeto, en virtud a que por ellas solo (sic) le pagaron las 2/3 partes de sus ingresos.

2.1.3.2 Como lucro cesante futuro, en su condición de lesionado, se le debe reconocer y pagar una suma igual o superior a los \$50.000.000.00, que corresponde a lo que dejará de ganar por el resto de su vida, o la pérdida de su ingreso, como resultado de las graves secuelas que le quedaron y que le han disminuido su capacidad laboral.

Estos perjuicios resultan de: aplicar el porcentaje de la disminución de su capacidad laboral que dictaminen los Médicos- laborales a: la edad de la víctima y al número de daños de probabilidad de vida; para lo cual se tendrá en cuenta el valor de los ingresos que tenía el lesionado al momento de recibir la herida, los incrementos que sufran éstos debidamente actualizados.

Subsidiariamente, la cifra que resulte de efectuar la operación matemática entre la disminución de la capacidad laboral, la edad y la probabilidad de vida, con el valor de los ingresos probados, debidamente actualizados.

2.1.4 En subsidio de los perjuicios materiales demandados en forma concreta en los numerales anteriores, solicito el reconocimiento de los mismos en la cantidad que resulte en la liquidación posterior a la sentencia de que habla el artículo 184 del C.C.A. de la misma manera solicito que todos los valores mencionados se actualicen para su cómputo final y determinar en forma concreta el valor del daño.

## 2.2 PERJUICIOS FISIOLÓGICOS.

Reconocer a favor de **CAMILO MANRIQUE SERRANO**, el equivalente, a la fecha de la ejecutoria del fallo, a dos mil (2.000) gramos oro, o, subsidiariamente, lo que dentro del principio de la arbitrium iudice el señor Juez considere conveniente por concepto de **PERJUICIO FISIOLÓGICO** (sic) y que corresponde a una consecuencia del daño sufrido, cuyas lesiones limitan o le impiden disfrutar de ciertas actividades que si bien no le producen rendimientos económicos si le hacen la vida más placentera.

## 2.3 PERJUICIOS EXTRAMATRIMONIALES (sic) (MORALES)

2.3.1 Para: **CAMILO MANRIQUE SERRANO, MARLENE DE LOS REYES AVENDAÑO, MERLY JOHANA MANRIQUE DE LOS REYES Y CAMILO JESUS MANRIQUE DE LOS REYES** los perjuicios morales, que han sufrido y que están sufriendo por las lesiones padecidas por el primero, en su condición de lesionado, esposa, hijos, pagando a cada uno el equivalente a un mil gramos oro (1.000 gr)

2.3.2 Para: **CAMILO MANRIQUE CORTES Y OLGA SERRANO DE MANRIQUE** los perjuicios morales, que han sufrido y que están sufriendo por las lesiones padecidas por **CAMILO MANRIQUE SERRANO**, en su condición de padres de del(sic) lesionado, pagando a cada uno el equivalente a un mil gramos oro (1.000 gr).



2.3.3 Para: **OLGA MERCEDES MANRIQUE SERRANO, MARIA CUSTODIA MANRIQUE SERRANO, OMAR ALFONSO MANRIQUE SERRANO, ELSY ALBA MANRIQUE SERRANO, CONSUELO PATROCINIA MANRIQUE SERRANO, JOSE UBERLIS MANRIQUE SERRANO** los perjuicios morales, que han sufrido y que están sufriendo por las lesiones padecidas por **CAMILO MANRIQUE SERRANO**, en su condición de hermanos del lesionado, pagando a cada uno el equivalente a quinientos gramos oro (500 gr).

2.4 La **CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN (sic) SOCIAL (CAJANAL E.P.S); la FUNDACION (sic) MEDICO (sic) PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL LTDA. I.P.S. y la sociedad CLINICA (sic) DEL CESAR LTDA, SOLIDARIAMENTE** deberán pagar a mis mandantes el interés contemplado en el último inciso del Artículo 177 del C. de (sic) C.A, sobre las sumas que resulte a su favor, desde la fecha en que el fallo deba cumplirse hasta el día que el pago se haga en su totalidad.

2.5 Para la liquidación de los perjuicios, pido que se tengan en cuenta las fórmulas matemáticas financieras que para el efecto han reconocido el H. Consejo de Estado. Y para la actualización de los valores que resulten en la cuantificación de los perjuicios el Índice (sic) de Precios al Consumidor que certifique el DANE.

2.6 Que la **CAJA NACIONAL DE PREVISION (sic) SOCIAL (CAJANAL E.P.S); la FUNDACIÓN (sic) MEDICO (sic) PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL LTDA. I.P.S. y la sociedad CLINICA (sic) DEL CESAR LTDA**, deben dar cumplimiento estricto a la sentencia, tal como lo ordena el Art 174, en concordancia con el Art. 177 y demás normas concordantes del C.C.A.”

Como fundamento de las pretensiones, el actor expuso los hechos que la Sala transcribe así:

“3. El señor **CAMILO MANRIQUE SERRANO**, para el día 8 de junio de 1.996, pertenecía a la Rama Jurisdiccional ya que se desempeñaba como Juez Penal del Circuito en la Ciudad de Aguachica, por ende, estaba afiliado a la **CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL (CAJANAL)**, entidad cuya naturaleza jurídica es la de un Establecimiento Público del Orden Nacional, descentralizado, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, a quien el Gobierno Nacional le ha permitido actuar, para efecto de prestar los servicios de salud y seguridad social de sus afiliados como Entidad Promotora de Salud (E.P.S)

4. La **CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL (CAJANAL)**, en cumplimiento de su función pública, en materia de salud, subcontrato con la **FUNDACION MEDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL LTDA.** (que en términos de la ley 100 de 1.993 es una institución Prestadora de Servicios de Salud I.P.S), para que ésta, a nombre de aquella, cumpliera con la obligación principal de prestar los servicios en materia de salud a sus afiliados.

5. Así mismo, la **FUNDACION MEDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL LTDA. I.P.S.**, para ejecutar el contrato celebrado con CAJANAL, lo hace a través de la contratación de los diferentes servicios con diferentes Clínicas, entre ellas con la **CLINICA DEL CESAR LTDA.**

6. El Doctor **CAMILO MANRIQUE SERRANO**, como afiliado de **CAJANAL E.P.S.**, utilizó los servicios médicos de la **FUNDACION (sic) MEDICO (sic) PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL LTDA. I.P.S**, por medio de la cual, el 30 de mayo de 1.996, el Doctor Armando Arredondo Daza le practicó una ecografía con la cual se le detectaron “**CALCULOS EN LA VESÍCULA**”. Ese resultado, luego de ser evaluado por el Dr. **JHONNY FLOREZ MENDOZA** – médico al servicio de la **FUNDACIÓN-**, lo indujo a expresarle al Doctor



MANRIQUE la necesidad de una intervención quirúrgica, operación sencilla que no duraría más de cuarenta (40) minutos, con base en lo cual se convino hacerla para el día 8 de junio de 1.996 – nueve (9) días después- en las instalaciones de la **CLÍNICA DEL CESAR LTDA** con sede en ésta ciudad. Es decir, **SE PROGRAMA LA CIRUGIA.**

7. En efecto: el día señalado- 8 de junio de 1.996-, el señor **CAMILO MANRIQUE SERRANO** ingresa a la **CLINICA (sic) DEL CESAR LTDA** con un diagnóstico de "colecistitis", en otras palabras, "**cálculos en la vesícula**". Allí fue intervenido quirúrgicamente de una "**colecistectomía**", que significa "**extraer la vesícula**". Del quirófano salió con un diagnóstico postoperatorio "**colecistitis y colecistitis subaguda**", como se observa en lo consignado por el médico tratante en la historia clínica en la nota del 8 de junio de 1.996.

8. En dicha nota, el médico tratante consigna como hallazgos:

"Vesícula biliar emplastronada, cubierta por duodeno, colontransverso, epiplón unidos por adherencias firmes de **DIFICIL (sic) DICECCION (sic)**, con **PERDIDA (sic) DE LAS RELACIONES ANATOMICAS (sic) DEL TRIANGULO DE CALOT, un cístico muy corto y adheridos a la vía biliar extrahepática, LA CUAL NO SE IDENTIFICO (sic) PLENAMENTE**"  
(Subrayado fuera del texto).

9. A **CAMILO MANRIQUE SERRANO** le quedaron dolores fuertes en el abdomen, tenía fiebre, se fue poniendo icterico (color amarillo), su orina era amarilla-oscura por la presencia urobilinógeno, sentía mucha prurito (picazón) en su cuerpo debido al alto contenido de bilirrubina(sic) que tenía en ese momento; para levantarse de la camilla o sentarse en una silla debía utilizar dos personas, lo que indicaba que había algún problema interno en su organismo. En efecto: Al tercer día de postoperatorio de la colecistectomía (Cirugía), el médico tratante en la nota del 11 de junio de 1.996 consigna lo siguiente:

"Camilo cursa su tercer día de postoperatorio de colecistectomía. Refiere mucho dolor en su Hipocondrio Derecho, coluria, no ha evacuado, ha canalizado gases. Al examen(sic) presenta los siguientes signos: consciente, orientado, hidratado, icterico, (amarillo), frecuencia cardíaca de 100, compás pulmonar bien (respiración), **abdomen blando**, depresible, doloroso en el H.D (hipocondrio derecho) e hipogastrio, peristalsis Ok, resto Ok. Probablemente el paciente está cursando con un cuadro de **obstrucción biliar**, en caso de comprobarlo se someterá a una nueva intervención quirúrgica". Los datos clínicos arrojados con los exámenes de laboratorio confirmaban los datos de **obstrucción biliar**. (Subrayado fuera del texto)

10. En virtud a la sintomatología que presentaba y la necesidad de una nueva operación, el paciente le pregunta al médico el porqué de esa nueva intervención, ante lo cual le respondió que era por "**un cálculo enclavado en las vías biliares**" de ahí la necesidad de hacer una nueva exploración de carácter urgente. Este concepto es emitido por el Galeno a los Doctores: Raquel Alvarez (sic) de Medina y Miguel Angel Rudas Buelvas, quienes estaban investigando la actuación del Doctor Jonny Florez sobre el caso del Doctor Manrique, tal como se lee en el oficio de fecha 12 de junio de 1.996 dirigido por ellos al Doctor Rafael Castañeda Florez Coordinador Médico Nacional de la Fundación Medico Preventiva. De igual contenido es lo consignado por el Médico tratante (Doctor florez) en la incapacidad laboral emitida el 19 de junio de 1.996 a favor del Doctor Manrique. Por lo anterior se concluye que el concepto del médico tratante ante la sintomatología presentada por el paciente y los resultados de los exámenes de laboratorio era que **la obstrucción biliar que presentaba se debía a la existencia de un cálculo enclavado en las vías biliares**, mas no por el error cometido en la primera operación.

11. Con ese cuadro clínico y el diagnóstico dado por el Galeno, el Doctor **CAMILO MANRIQUE SERRANO**, el 11 de junio de 1.996, fue intervenido nuevamente por el Doctor **JONNY FLOREZ MENDOZA**, en compañía del Doctor.



**ANTONIO PARODDY**, quien posteriormente le manifestó a mi poderdante, que lo que había hecho él era salvarle la vida, porque en la primera operación se había presentado un error. En la nota escrita en la misma fecha por el mismo Doctor Florez se lee:

"Dx. Pre y postoperatorio: obstrucción biliar, fuga biliar, biliperitoneo de 2 litros. Hallazgos: lesión transversal de la vía biliar extrahepática(sic) que une vía biliar muy delgada (0,5 cn), con natas de fibrina purulenta y edema importante y tejidos muy friables, por lo que se decide canular la vía biliar con una sonda en T del Número 10 (los otros números no fueron posibles pasarlos) – con lo que se intentó restaurar el paso normal de la bilis-. Técnicamente, por las condiciones del paciente y lo descrito anteriormente no fue posible, ni era conveniente realizar una anastomosis bilio-digestiva". Al paciente se le deja Hemovack en hiato de Wislow".

(Resaltado fuera del texto).

Y como lo afirma el mismo médico tratante en el resumen de la historia clínica hecha el 3 de julio de 1.996 (cuya copia se adjunta).

**"NO SE PUDO VISUALIZAR CON CERTEZA EL CABO PROXIMAL DEL COLEDOCO, ya que no contaban, en el momento, con colangiografía transoperatoria(sic)".** (Resaltado fuera del texto).

12. Lo transcrito en el hecho anterior, es concordante con lo expresado por el Doctor Parody al Doctor Manrique al afirmarle que lo que había hecho era salvarle la vida. No hay lugar a dudas que lo encontrado al paciente en la segunda intervención ponía en peligro su vida, toda vez que al dejarle en la primera intervención una lesión transversal de la vía biliar extrahepática (sic) por donde salió la biliar a la cavidad abdominal (se le encontró dos litros), ello generó una peritonitis biliar (química), que de no haber sido advertida con la segunda intervención le hubiera causado la muerte segura.

13. No obstante que: con la segunda intervención pudieron, por lo menos, evitar que a peritonitis hiciera mella; que pudieron disminuir la emisión biliar por el hemovack y por la sonda hasta reducirla a 40 centímetros en promedio en veinticuatro horas y que, desde el punto de vista clínico el paciente mostraba mejoría. Lo cierto es que, con fundamento en las dos colangiografías efectuadas por sonda en T (según notas del 16 de junio de 1.996 hechas en la historia clínica y que se lee en el resumen hecho por el médico tratante) se constata que:

**"No fue posible visualizar la vía biliar intrahepática(sic), lo cual puede obedecer a obstrucción por coágulo, acodamiento o salida del tuvo (sic) en T del hepático común, lo cual es poco probable." "No hay extravasación del medio de contraste"**

Es decir, no paso, no fluyó. Con fundamento en ello se le comenta al paciente y a sus familiares sobre la necesidad de una tercera intervención. Estos, luego de oír el concepto del Doctor Lara, quien les aconsejó esperar uno a dos meses para hacer una nueva intervención, por considerar que era probable que, en las condiciones en que él se encontraba, no hallarían otro cirujano que quisiera intervenirlo, por lo que, decidieron postergar la operación

Significa lo anterior, que a pesar del esfuerzo de la segunda operación para corregir los errores cometidos en la primera, al Doctor Manrique le siguió quedando una obstrucción en las vías biliares que ameritaba una nueva reintervención.

14. Luego de tener que recurrir a ayuda psicológica y de padecer los dolores que le habían causado con las heridas, el Doctor Manrique solicitó al Coordinador Médico de la institución que lo trasladaran a Medellín en donde había una clínica que hacía ese tipo de cirugías. La institución lo envía verbalmente, al Hospital Militar en Bogotá, pero al llegar allí no apareció ninguna remisión, por lo que tuvo que dirigirse a la Oficina Principal de la Fundación Médico Preventiva, la que lo remitió a la Fundación Cardio-infantil de Santafé de Bogotá en donde le practican una colangiografía percutánea, con la que se comprobó la presencia de:



**"Obstrucción completa de la vía biliar en la región del hepatocolédoco proximal, inmediatamente después de la confluencia de los conductos biliares intrahepáticos".**

Según el Radiólogo Héctor Espinosa, quien el 17 de julio de 1.996, practicó la colangiografía, conceptuó:

**"Posteriormente por la misma vía transhepática se cateterizó la vía biliar a través del conducto hepático derecho y se intentó atravesar la lesión obstructiva completa lo que fue imposible; debido a ese hallazgo se dejó un catéter de drenaje biliar externo",** (subrayado fuera del texto)

15. Con fundamento en los exámenes radiológicos y de laboratorio se intentó realizar una recanalización a través de fluoroscopia (sic) la cual fue fallida por imposibilidad de avanzar el catéter; se realizó igualmente abordaje endoscópico de la vía biliar para realizar papilotomía (sic), con resultados negativos, razones por las cuales se llevó al paciente a cirugía en la Clínica Universitaria el Bosque en donde se le realizó una **"hepatoyeyunostomía con asa subcutánea con el fin de reconstruir la vía biliar y dejarle una ventana para el abordaje de dicha anastomosis biliocentérica si ocurriese una Estenosis que en la literatura médica puede ocurrir el 20%".** (El subrayado es mío).

16. Esta cirugía duro aproximadamente 6 horas, con anestesia total. En ella participaron médicos especialistas por cuanto esta no era una cirugía común de Colédoco y Vías Biliares. En otras palabras, se tuvo que someter al Doctor CAMILO MARIQUE SERRANO a una cirugía compleja delicada, producto de una iatrogenia producida por el médico tratante en la primera intervención que, en su parecer, era sencilla y no riesgosa. Tan delicada fue la última cirugía que se debió realizar un tratamiento postoperatorio complejo y traumático tal como: **tener que ponerle sondas en la nariz; en el pene; en el lado derecho de las costillas; drenajes para expulsar la bilis; ponerle plasma, ya que se le bajaron las plaquetas; ponerle sangre, porque se le bajo la hemoglobina. Duró 10 días, después de la operación, que no podía recibir ningún alimento, únicamente suero. Posteriormente le dieron, por la nariz durante cuatro (4) días, alimentos preparados químicamente. Por todo esto, el Doctor CAMILO MANRIQUE bajó más de 23 Kilos de peso. En la misma Clínica le dio neumonía la cual fue tratada con drogas y terapia respiratoria. Mi poderdante debe estar en continuo control en Santafé de Bogotá, ni puede consumir alimentos que contengan grasas, ni ingerir bebidas alcohólicas, ha tenido que ser hospitalizado nuevamente por problemas en su salud como consecuencia de las cirugías, debe tomar continuamente medicamentos como son Piperozina, Flubendazol, con la finalidad que los parásitos no obstruyan el conducto biliar.**

17. En febrero 12 de 1.997, en la Clínica El Bosque, como consecuencia de las reiteradas intervenciones quirúrgicas, al Doctor CAMILO MANRIQUE SERRANO hubo que efectuarle una nueva operación (Eventrografía) mediante la cual se le corrigió una hernia de la pared abdominal como consecuencia de las incisiones anteriores, que es otro daño causado con la primera intervención y que no es un riesgo inherente a ella.

18. De los procedimientos practicados a mi mandante se infiere:

18.1 Que el Doctor CAMILO MANRIQUE SERRANO en virtud a la Seguridad Social que el Estado le otorga sus(sic) servidores públicos, en éste caso, a través de la Caja Nacional de Previsión Social, concurrió a ella, por intermedio de la Fundación Médico Preventiva, ente que había asumido el cumplimiento de tal cometido, en virtud a(sic) vinculación contractual con el Organismo(sic) Estatal, para que se le tratara de problemas de cálculos en la vesícula. La fundación, que a su vez había subcontratado algunos tipos de servicios médicos con la Clínica del Cesar, autorizó para que la colecistectomía (extracción de la vesícula) se hiciera a través del personal médico de la Fundación Médico Preventiva, como en efecto ocurrió, en éste centro asistencial.



18.2 Que al Doctor **CAMILO MANRIQUE SERRANO**, a quien en la etapa preoperatoria se le diagnosticó una colelitiasis (Cálculos en la vesícula), operación de poco riesgo y de corta duración, según lo expresado por el mismo médico tratante, resultó siendo intervenido en seis (6) ocasiones, por cuanto las colangiografías practicadas, por ser con anestesia general, son consideradas como operaciones; todas con riesgos altos de perder su vida.

18.3 Que el Doctor **JONNY FLOREZ MENDOZA**, médico al servicio de la **FUNDACION (sic) MÉDICO PREVENTIVA** –como lo afirma y califica la misma Cajanal Seccional Cesar como conclusión de la investigación solicitada por el paciente-, al intervenir al Doctor **CAMILO MANRIQUE SERRANO**, en la primera cirugía que le practicó, en forma inadvertida y, por ende: negligente, descuidada y distraída (Ese significado lo trae el diccionario Larousse), en razón a no ser un riesgo inherente a la intervención quirúrgica que se realizaba, causó al paciente una lesión transversal de la vía biliar extrahepática (sic). Al cortar el Cístico del que pende la vesícula, con la punta del escalpelo produjo una pequeña incisión en el hepático común, que al no advertirla antes de cerrar el corte hecho en la dermis al concluir la operación, determinó que por ella se salieran los líquidos biliares y anegara la cavidad abdominal, con grave peligro para su vida, por la peritonitis biliar (Química) que ello ocasiono. En otras palabras: la lesión producida durante la realización de la primera cirugía, es lo que médicamente se conoce como fístula iatrogénica, tal como lo expresa la Fundación Cardio Infantil en el resumen de su historia clínica.

18.4 Que como consecuencia de la lesión recibida en la vía biliar, la cual no se pudo anastomosar en la segunda intervención por existir tejidos muy friables, es decir, necróticos; para poder canalizar la vía biliar obstruida por el corte transversal, se recurrió a colocar una sonda en T. No obstante la utilización de éste procedimiento, la iatrogenia (lesión quirúrgica) inadvertida producida por el médico tratante generó una estenosis (estrechamiento) de la vía biliar, que determinó la obstrucción observada en las colangiografías que, en primer lugar, obligó al médico a escribir en la historia clínica-16-06/96- “No fue posible visualizar la vía biliar intrahepática(sic), lo cual puede obedecer a obstrucción por coágulo, acodamiento o salida del tubo (sic) en T del hepático común, lo cual es poco probable.” “No hay extravasación del medio de contraste” y, en segundo lugar, que impidió la recanalización a través de fluoroscopia por imposibilidad de avanzar con el catéter y el abordaje endoscópico para ostomizar la vía biliar.

18.5 Que no obstante haberse practicado una hepatoyeyunostomía con asa subcutánea para reconstruir la obstrucción completa de la vía biliar en la región del hepatocolédociana proximal, lo cierto es que al Doctor **MANRIQUE** le queda, como secuela en forma definitiva y permanente, el **RIESGO** de volver a padecer la estenosis (estrechez de la vía biliar) que en términos de quienes practicaron ese procedimiento quirúrgico y a pesar de su éxito, hay un VEINTE POR CIENTO (20%) de posibilidades de volver a padecer esa estrechez y tener que recurrir a una anastomosis (quitar la estrechez) a través del mismo procedimiento, con mucha incertidumbre para su vida, pues el riesgo es demasiado grande

18.6 En resumen, el Doctor Manrique ingresó a la Clínica del Cesar con una colelitiasis y, por ende, asumiendo el riesgo terapéutico propio de ella, pero salió con una lesión en los órganos biliares, distinto al que era objeto de la operación, es decir, éste no era un riesgo inherente a la intervención quirúrgica que se realizaba, por lo que no tenía el deber jurídico de soportarlo, como tampoco, la de asumir las graves consecuencias que quedaron de por vida y que, indefectiblemente, han de influir no solo en su estado psicológico sino en su estado físico y, desde luego, en el rendimiento laboral y en sus ingresos económicos.

19. Los anteriores puntos permiten concluir que la actuación desplegada por el Doctor **JONNY FLOREZ MENDOZA**, médico al servicio de la **FUNDACION**



**MEDICO PREVENTIVA**, que inicialmente intervino quirúrgicamente al Doctor **CAMILO MANRIQUE SERRANO**, fue desarrollada de manera **NEGLIGENTE E IMPRUDENTE**, a la luz de la **LEX ARTIS** la cual se basa en el cúmulo de conocimientos que deben tener los profesionales en el momento en que se realiza o evalúa la acción médica; toda vez que en el ejercicio médico, los Galenos, deben poner todo su cuidado y diligencia con el fin de lograr su curación o mejoría, por ello, el profesional de la salud, debe poseer habilidad específica, disposición de ánimo y conocimientos claros para poder utilizar el cerebro, las manos y los instrumentos con el objeto de modificar o eliminar la enfermedad o la disfunción orgánica, para mejorar la vida y mejorar su calidad y dignidad. Esto no se llevó a cabo en el acto médico quirúrgico realizado a **CAMILO MANRIQUE SERRANO**, y contrariamente al deber de diligencia y cuidado que debió tener, éste profesional de la medicina, en el desarrollo de su conducta, al realizarle la primera cirugía, **violó el deber de atención**, estando en capacidad intelectual y técnica de preverlo, causando con ello un resultado dañoso, no deseado, pero que sí provocó, además de los sufrimientos físicos y psíquicos, un detrimento, un menoscabo en la salud e integridad personal de mi mandante, que lo coloca en inferioridad de condiciones frente a sus congéneres y que le impide desarrollar las actividades normales de su vida.

20. A la **CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL** se le puede colegir responsabilidad en el hecho demandado, por haber incurrido en error de **"falta de vigilancia"** a la Fundación Médico Preventiva a la cual, contractualmente, había trasladado la carga de responder por la obligación de suministrar pronta y adecuada asistencia médico hospitalaria a sus afiliados. El incumplimiento de esa obligación de vigilancia se refleja en la conducta omisiva asumida, por que(sic) de haber estado vigilante, se hubieran percatado que, para eventos de la naturaleza del que nos ocupa, la Clínica del César debía haber tenido funcionando el aparato con el cual hubiese podido tomar una colangiografía al Doctor Manrique, la que le hubiera permitido al médico tratante, en la primera intervención distinguir **plenamente las relaciones anatómicas del triángulo de calot e identificar plenamente el cístico adherido a la vía biliar extrahepática** antes de cortar y producir inadvertidamente la lesión en la región del hepatolédoco proximal, como se desprende de las anotaciones hechas por el galeno en la historia clínica y con lo cual se hubiere proporcionado un mínimo de riesgo en su intervención. Y en comprobar la idoneidad del personal que la Fundación Médico Preventiva había contratado para cumplir con la obligación a su cargo y que le había trasladado a ella.

21. Hay responsabilidad en la Fundación Médico Preventiva por haber incurrido **en error ineligendo e invigilando** por:

21.1 Confiar a la Clínica del Cesar los servicios contratados con Cajanal para atender a sus afiliados, cuando éste centro carecía de los equipos mínimos vitales para atender adecuadamente a los pacientes y procurarle un mínimo riesgo en sus intervenciones.

21.2 Contratar el personal médico con la cual pretendía cumplir con la obligación adquirida contractualmente con Cajanal, especialmente con el Dr. JONNY FLOREZ MENDOZA, a quien hacía poco había vinculado dentro de su Estaff, persona con falta de pericia y de experiencia en ese tipo de operaciones, como quiera que, al celebrar el contrato con la Fundación, ni siquiera pudo acreditar su condición de Cirujano, hecho por el cual fue cuestionada la Fundación por el mismo Cajanal.

21.3 Y hay, a su vez, **culpa invigilando**, por ausencia de vigilancia, por falta de control, por falta de inspección no solo a los Centros Clínicos (Clínica del Cesar) con los que iba a cumplir sus obligaciones con Cajanal, sino a la falta de vigilancia y control con el personal médico contratado para tal fin.

22. Le asiste responsabilidad a la Clínica del Cesar Limitada, en el caso que nos ocupa: **por haber aceptado y permitido** al médico (Doctor Jhony Florez) atender a un paciente afiliado a Cajanal, **sin poseer los medios** necesarios para



procurar un buen resultado de la operación, porque según lo expresado por el mismo galeno, la falta de una colangiografía le impidió distinguir **plenamente las relaciones anatómicas del triángulo de calot e identificar plenamente el cístico adherido a la vía biliar extrahepática**, con ella, muy seguramente hubiera evitado cortar otro órgano (hepático común) con las graves consecuencias que ello generó, Y, porqué(sic) no, si la toma después, se hubiera percatado de que había causado una lesión, lo que le habría permitido saturar la herida con lo que hubiera evitado la salida de la bilis y el problema de la peritonitis.

23. Con las anteriores precisiones se deduce claramente que a mi mandante se le ha causado los siguientes daños:

23.1 Una **lesión transversal de la vía biliar extrahepática** que le ocasionó una **estenosis** (estrechez de la vía biliar) lo que le generó una secuela definitiva y permanente que se traduce, en el mejor de los casos, en la **posibilidad (20%)** de volver a aparecer la estrechez, con grave riesgo para su vida, lo que obligaría a tener que recurrir a una anastomosis (quitar la estrechez) a través del último de los procedimientos efectuados (tercera operación). Además de volver a padecer la angustia, los dolores, los sufrimientos, los gastos ocasionados y porqué no la muerte, si no es atendido pronta y eficazmente.

23.2 Se le produjo una neumonía, afortunadamente tratada a tiempo, pero que, a la fecha, no se sabe a ciencia cierta si como consecuencia de ello le quedaron secuelas, vale decir, si le quedó necrosado su lóbulo o le quedaron algunas restricciones pulmonares.

23.3 Se le presentó una eventración que le determinó la realización de una nueva operación para corregirle la hernia de la pared abdominal como consecuencia de las incisiones anteriores.

23.4 Un daño patrimonial. Traducido en lo que gastó durante su etapa de convalecencia; en lo que dejó de percibir como salario por razón de las incapacidades; en lo que dejará de recibir en razón a que las lesiones padecidas generan disminución de su capacidad laboral y por ende pérdida de sus ingresos, lo que le afecta no solamente a él sino a su esposa e hijos. Daño que ya se hizo efectivo y que ha de reflejarse hacia el futuro con la conclusión a que llegue medicina laboral. Además, las posibles intervenciones de que ha de ser objeto por nuevas estenosis (estrechez de la vía biliar), pues hay un veinte por ciento de posibilidades que se le presenten, lo que generarían gastos adicionales como ya ocurrió y que pueden ser mayores si el Doctor Manrique ya no labora en la Rama Jurisdiccional, caso en el cual tendría que asumir todo su costo, por que(sic) es imposible que cualquier otra E.P.E. asuma el riesgo que lleva consigo como antecedente, razón por la cual, al ser evidente el perjuicio, surge la necesidad de la creación de una obligación de hacer que no es otra cosa que el deber de asumir los gastos de cualquier otro acto médico que requiera el Doctor Manrique originados en el problema de la estenosis que padeció y que irá a padecer nuevamente.

23.5 Un daño fisiológico por cuanto, como se dijo al comienzo, las lesiones limitan o le impiden disfrutar de ciertas actividades que si bien no le producen rendimientos económicos si le hacen la vida más placentera.

23.6 Un daño mora, ostensible, por decir lo menos, reflejado en el sufrimiento padecido por cuatro intervenciones y la posibilidad de otras, no solo sentido por él sino por su esposa, hijos, padres y hermanos, quienes tuvieron que vivir y soportar un cuadro tan patético como el descrito en el hecho 16.

24. El hecho de tener que asumir un riesgo tan grande como es el de **existir el veinte por ciento (20%) de posibilidades de volverle aparecer la estenosis** (estrechez), ello implica que mi procurado no puede aspirar a un cargo mejor por fuera de la Rama Jurisdiccional, le toca culminar su profesión dependiendo ella, porque, conforme a la ley 100, ninguna otra E.P.S. asumiría ese riesgo, seguramente alegarían preexistencia, con lo cual mi procurado tendría que asumir el costo de las nuevas intervenciones, es por ello que se pide, como



condena, que se obligue a los entes demandados a asumir, de por vida, este o no este afiliado a Cajanal, a asumir el riesgo creado por su culpa.

26. El Doctor **CAMILO MANRIQUE SERRANO**, en el momento que fue hospitalizado para la intervención que le ocasiono su largo y penoso padecimiento, se desempeñaba como Juez Penal del Circuito de Aguachica (Cesar), devengando durante el tiempo que estuvo incapacitado, un salario de \$1.222.371.00 que solo corresponde al 75% de su asignación mensual, los cuales dedica en su totalidad a su sostenimiento y el de su familia.

27. Es innegable el dolor que padecen y han venido padeciendo el Doctor CAMILO MANRIQUE SERRANO y todos los miembros de su familia por las lesiones a él ocasionadas, o qué podrían sentir al verlo a él: con sondas en la nariz; en el pene; en el lado derecho de las costillas; drenajes para expulsar la bilis; tubos (sic) ponerle plasma por la baja de las plaquetas; para ponerle sangre porque (sic) la baja de la hemoglobina. El hecho de Durar 10 días, después de la operación, que no podía recibir ningún alimento, únicamente suero. El hecho de que le dieran, por la nariz, durante cuatro (4) días, alimentos preparados químicamente; ver a una persona robusta bajar más más de 23 Kilos de peso en tan corto tiempo, verlo padecer de neumonía; saber que debe estar en continuo (sic) controles en Santafé de Bogotá para vigilar las vías biliares; saber que no puede consumir alimentos que contengan grasas, ni ingerir bebidas alcohólicas; saber que no puede disfrutar de algunas actividades que el común de los humanos las pueden realizar; saber que debe tomar continuamente medicamentos para evitar que los parásitos obstruyan el conducto biliar y en fin(sic) saber que tiene que estar siempre listo para ser internado en una clínica a someterse a una nueva operación; que debe seguir padeciendo de altas fiebres etc., son razones suficientes para deducir que hubo dolos, aflicción, congoja en toda su familia, no solo por ser cabeza de familia, por tratarse de uno de los miembros más importantes, sino por lo que representaba para cada uno de ellos. Todos ellos conformaban una bonita unidad familiar, ayudándose mutuamente, compartiendo los buenos y los malos momentos, girando sus vidas en torno a ese eje familiar en que se había constituido para todos. Es por ello que sus lesiones han causado en ellos un hondo traumatismo, que deberá ser compensado por el Estado, pagando a cada uno el valor de los perjuicios pedidos en ésta demanda." (fls. 243 a 261 c.2)

## 2. Actuación procesal en primera instancia.

El Tribunal Administrativo del Cesar mediante providencia del 31 de julio de 1997 admitió la demanda (fls. 298 y 299 C.2) la cual fue notificada al Ministerio Público, a la sociedad Clínica del Cesar Ltda., y la Fundación Médico preventiva para el Bienestar Social Ltda. (I.P.S) por conducto de sus respectivos Directores el 28 de agosto de 1997, y a la Caja Nacional de Previsión Social (CAJANAL E.P.S) el 3 de septiembre de 1997. (fls. 300 a 309 c.2).

La Caja Nacional de Previsión Social (CAJANAL E.P.S) contestó la demanda en la oportunidad legal, mediante escrito en el cual manifestó no constarle y atenerse a los hechos que se demostraran en el proceso, aceptó algunos como ciertos y otros no, y se opuso a todas las pretensiones de la demanda aduciendo que no existía



daño fisiológico, por cuanto las actividades laborales no se habían visto disminuidas; y que en el supuesto de haber privación de cualquier otra actividad como ingerir bebidas alcohólicas, estas no eran benéficas para la salud sino que la perjudicaban (fls. 314 a 317); así como también solicitó la práctica de algunas pruebas y planteó en su defensa los siguientes argumentos:

*“Existen diferencias entre el resumen médico de egreso suscrito por el DR. HECTOR ESPINOSA de la fundación Cardio-infantil y el resumen de Historia Clínica Solicitado por el paciente de la Fundación Médico Preventiva en Santa Fé de Bogotá suscrito por los Doctores WILLIAM FLYE (Cirujano General) y el Dr. GERMAN ROJAS (Gerente General) quienes señalan como diagnostico(sic) definitivo de la anatomía patológica “fue un gramuloma a cuerpo extraño que produjo la obstrucción biliar.*

*(...)*

*La Caja Nacional de Previsión está facultada por la Ley para contratar servicios médicos con las I.P.S. existentes en el medio quienes deben asumir la responsabilidad en cuanto a la asistencia médico-hospitalaria a los afiliados. Tambien(sic) es el ministerio de salud quien autoriza que tipo de servicios médicos pueden prestar las I.P.S; por lo tanto no es Cajanal quien determina las capacidades técnicas con que cuentan las mismas para su funcionamiento.*

*La idoneidad del personal contratado no es determinada por Cajanal puesto que son las universidades las que otorgan los títulos correspondientes.(fl. 315 C.2)*

*(...)*

*El paciente no ingresa sano al quirófano(sic) porque existía en él una patología(sic) llamada colesistitis (sic) litiasica subaguda.*

*Según la descripción quirurgica(sic) existía un proceso inflamatorio con múltiples adherencias.*

*No es Cajanal E.P.S. quien determina los niveles de complejidad de las I.P.S. Existe una certificación por parte de Dasalud autorizando que servicios pueden prestar la I.P.S. Fundación Médico Preventiva y Clínica del Cesar LTDA.*

*Cajanal es Vigilante de los compromisos contractuales adquiridos por las I.P.S.; son estos quienes deben cumplir con los requisitos exigidos por DASALUD para la prestación de los servicios médicos acreditados” (fl. 316 C.2)*

De otra parte solicitó llamar en garantía al señor Jonny Flórez Mendoza, médico cirujano vinculado a la Clínica del Cesar Ltda., quien prestó sus servicios profesionales al señor Camilo Manrique Serrano. (fls. 229 y 330 c.2), el cual se aceptó mediante proveído del 28 de octubre de 1997. (fls. 405 a 408 c.2)

3 La Sociedad Clínica del Cesar Ltda., contestó la demanda en la oportunidad legal, mediante escrito en el cual se opuso a todas las pretensiones de la demanda, y solicitó que fueran desestimadas *“por la sencilla razón que los derechos en una relación contingente económica no es transmisible por ausencia de íntima relación entre empleador, prestador del servicio y subcontratista; despejando con ello la petición”* (fl. 346 c.2), manifestó no constarle y atenerse a los hechos que se demuestren en el proceso y algunos como inciertos; así como



también solicitó el decretó y práctica de algunas pruebas y allegó algunas documentales (fls. 347 a 352 c.2)

Además propuso como excepción de fondo "*Falta de causa para pedir*" frente a la cual argumentó:

- a. La Sociedad Clínica del Cesar Ltda. en el caso que nos ocupa solamente se obligó a prestar los servicios de hospitalización, quirúrgicos y complementarios; sin que se hubiere comprometido a escoger los profesionales y revisar su idoneidad y hoja de vida.*
- b. Como es sabido todo (sic) operación conlleva una serie de situaciones que son imprevisibles; amen(sic) de que mi poderdante actuó con prudencia y diligencia en la prestación del servicio encomendado y de la manera contratada.*
- c. La Clínica del Cesar, el servicio para el cual fue contratado lo hizo con sus elementos técnicos y equipos indispensables que se necesitan para unas (sic) cirugía de vesícula."(fls.349 y 350 c2)*

Así mismo, propuso la excepción de "*Ausencia de la culpa de la Clínica del Cesar*", frente a la cual sostuvo:

- a. Mi poderdante, no tuvo en ningún momento culpa o fue negligente al momento de prestar los servicios contratados, por la Fundación Médico Preventiva; ya que presto todos los medios técnicos, quirúrgicos y hospitalarios, demandados para el caso de la cirugía hospitalaria practicada al Doctor CAMILO MANRIQUE.*
- b. La Clínica del Cesar Ltda., pactó con la Fundación Médico Preventiva, prestar los servicios en forma eficiente, oportuna, utilizando los recursos científicos y tecnológicos de que dispusiera.*
- c. La Clínica del Cesar poseía los medios necesarios para la cirugía de Colectectomía". (fls. 350 c2).*

4. La Fundación Médico Preventiva para el Bienestar Social Ltda., contestó la demanda en la oportunidad legal, mediante escrito en el cual señaló como falsos algunos de los hechos propuestos en la demanda, otros como inciertos, se opuso a todas las pretensiones de la demanda, manifestó no constarle y atenerse a los hechos que se demuestren en el proceso; solicitó se condenara al actor en costas y agencias en derecho, así como también el decretó y práctica de algunas pruebas con el objeto de demostrar que la fundación médico preventiva, no ha incurrido en error de elegir y vigilar y que por ende no es responsable de indemnización alguna a favor de los demandantes (fls.363 a 373 C.2), en su defensa expuso los siguientes argumentos:



Los signos y síntomas que presentó el demandante en el postoperatorio son los lógicos de un paciente de un post-quirúrgico de esa naturaleza; y que en ningún momento el médico tratante manifestó que se trataba de un cálculo enclavado en las vías biliares, sino *"una obstrucción que podía depender de una ligadura de colídoco(sic) o de un cálculo en la Ampolla de Vater(sic) que condiciona mejor posición(sic) del colídoco(sic) y esto condiciona a ritmo de la ligadura del conducto sistico(sic) y haber extravasación de bilis por el mismo."* (fl. 364 c.2)

En caso de una eventual estenosis, se señaló que *"se tenía una apreciación totalmente equivocada en relación con el procedimiento, pues no era necesario intervenir al paciente para eliminar la estrechez del mismo, luego esa incertidumbre es completamente imposible y esa proporción del 20% es un estimativo en relación o al volumen de pacientes tratados por ésta patología"* (fl.367 C2); y que *"la resolución 003080 emanada del Servicio de Salud del Cesar, autoriza a la Clínica del Cesar Ltda., a prestar entre otros servicios el de cirugía general y la Colectectomía está contemplada dentro de ésta especialidad, resolución certificada mediante certificación expedida el 5 de Noviembre de 1996 por DASALUC, división de control y vigilancia."* (fl.368 C2).

5. El llamado en garantía médico Yonny Flórez Mendoza contestó la demanda en la oportunidad legal, mediante escrito en el que se opuso a las pretensiones de la demanda por carencia de fundamento en los hechos y en derecho invocado, señaló algunos de estos como ciertos y frente a otros manifestó no constarle y atenerse a lo probado en el proceso, y otro como no cierto. Así su apoderado planteó en su defensa los siguientes argumentos:

*"... la obligación del profesional de la medicina(sic), cuando presta sus servicios, es de medio, no de resultado.*

*Señor MANRIQUE SERRANO, fué (sic) atendido profesionalmente por mi mandante, quien es persona ídnea (sic) en razón de tener los conocimientos científicos necesarios para prestar dicho servicio;...Mal puede alegarse en (sic) pericia de su parte, ni mucho menos negligencia, cuando de la historia clínica se infiere sin lugar a dudas que se le prestó un servicio oportuno y diligente.*

*(...) al practicarse la primera intervención se encontró por parte del Galeno el siguiente hallazgo que se consignó en la historia clínica y en la demanda por el actor:*

*"Vesícula biliar emplastrada (sic) cubierta por duodeno, colontransverso, epiplón unidos por adherencias firmes de DIFÍCIL (sic) DICECCION (sic) con PERDIDA (sic) DE LAS RELACIONES ANATOMICAS (sic) DEL TRIANGULO (sic) DE*



**CALOT (sic), Un cístico muy corto y adheridos a la vía (sic) biliar extrahepática, LA CUAL NO SE IDENTIFICO (sic) PLENAMENTE".**

*Indica lo anterior que el médico no se encontró frente a un órgano normal y que por lo tanto dada las deformidades que presentaba hizo lo medicamente posible, acorde con los medios de que disponía.*

*...la responsabilidad médica(sic) solo(sic) puede erigirse sobre la impericia, negligencia o dolo del Galeno, pues no siempre que de la prestación del servicio se desprenda un resultado dañoso puede predicarse de el (sic) responsabilidad.*

*(...)*

*Si mi mandante no ha actuado con dolo ni culpa en la prestación del servicio médico (como efectivamente ha sucedido), si no (sic) que por el contrario fué (sic) diligente y puso al servicio del paciente todos sus conocimientos no puede derivarsele (sic) ninguna responsabilidad". (fls. 446 a 442).*

6. Agotada la etapa probatoria a la que se dio inicio mediante auto del 6 de marzo de 1.998 (fl.444 c3) y habiéndose declarado fallida la audiencia de conciliación mediante acta N°035 del 24 de noviembre de 1999 (fl. 283 c6), por auto del 31 de enero de 2000 se corrió traslado a las partes por el término común de diez (10) días para alegar de conclusión (fl. 287 c6).

7. La parte demandante presentó sus alegatos de conclusión mediante escrito (fls. 290 a 302 c6) en el que reafirmó lo manifestado en otras instancias procesales, y agregó que en el presente caso se habría configurado una "falla en el servicio".

7. Las entidades demandadas y el Ministerio Público guardaron silencio.

#### **4. Sentencia de Primera Instancia:**

1 La Sala de Descongestión de los Tribunales Administrativos de Santander, Norte de Santander y Cesar, declaró probada la excepción de "falta de causa para pedir" propuesta por la demandada CLÍNICA DEL CESAR Ltda., al considerar que "se encontraba acreditado que solamente se obligó a prestar los servicios de hospitalización, quirúrgicos y complementarios, sin que se hubiere comprometido a escoger los profesionales y revisar su idoneidad y hoja de vida"; de otra parte, declaró solidaria y administrativamente responsables a la Caja Nacional de Previsión Social "Cajanal" y a la Fundación Médico Preventiva para en Bienestar Social Ltda. I.P.S; así como también declaró como no probada la culpa grave del llamado en garantía Yonny Florez Mendoza (fls. 343 y 344 c.ppal).



Al respecto, el *a quo* sostuvo que frente a los hechos y omisiones constitutivos de la predicada falla presunta del servicio, valorado el material probatorio que obra en el expediente, se tiene que la lesión producida durante la realización de la primera cirugía, consistió en la fistula iatrogénica, tal como lo expresa la Fundación Cardio Infantil en el resumen de su historia clínica. Se trata de un riesgo, ciertamente, pero en modo alguno inherente a la intervención quirúrgica que se realizaba, sino de un riesgo derivado de la falibilidad humana, falibilidad que aún en los casos más difíciles, puede cubrirse con la pericia y la diligencia del personal médico, diligencia que a su vez, debe extremarse en consideración a la entidad del bien en riesgo: la Vida humana pero, con todo, concluye que este no era de los casos en que estadísticamente se pudiera predicar un grado especial de riesgo a asumir por el paciente, considerando que el concepto pericial de medicina legal enseña que la frecuencia de este tipo de lesiones es de un caso entre mil pacientes operados, y que se trató de una lesión causada por el médico cirujano, esto es, de una lesión iatrogénica, y en cuanto tal, consecuencia directa de una actuación del médico.(fl.334 cpal.)

Señalo que de la historia clínica de CAMILO MANRIQUE SERRANO se infiere que no contaba la clínica con el equipo necesario para practicar la colangiografía, pues de lo contrario no se explicaría que tres días después de la cirugía se le hubiere practicado en otra institución, la Unidad Médica Santa Isabel de Valledupar; a partir de lo cual se pregunta a quién debe atribuírsele la responsabilidad por la materialización de la falibilidad del Médico, y si la excusa de él fuera admisible, por la falta del equipo debido de apoyo para el diagnóstico; afirmando que se trata de falencias que en modo alguno está obligado, en derecho, a soportar el afiliado al sistema de seguridad social.(fl.334 cppal)

Posteriormente hace referencia a la ley 100 de 1993, afirmando que el Sistema General de Seguridad Social en Salud, hace pesar sobre las EPS la responsabilidad de afiliación de los usuarios y de administración de la prestación de los servicios de salud por las IPS, le atribuye como función la de establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad de los servicios prestados por las mismas, y establece como requisito de las mismas el disponer de una organización administrativa y financiera que le permita acreditar la capacidad técnica y científica necesaria para el correcto desempeño



de sus funciones y verificar de las Instituciones y profesionales prestadores de los servicios.(fls. 335, 336 cppal)

Con respecto a la responsabilidad que se le podría imputar a la Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL- sostuvo:

*"No es admisible la defensa de la EPS demandada, centrada tan sólo en la autorización que tenía la IPS contratada por ella para prestar el tipo de servicios contratado..."*

*(...) a la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL se le puede endilgar responsabilidad en el hecho demandado, por haber incurrido en error de "falta de vigilancia" a la Fundación Médico Preventiva a la cual, contractualmente, había trasladado la carga de responder por la obligación de suministrar pronta y adecuada asistencia médico hospitalaria a sus afiliados. El incumplimiento de esa obligación de vigilancia se refleja en la conducta omisiva asumida, por que(sic) de haber sido vigilante, se hubieran percatado que, para eventos de la naturaleza del que nos ocupa, la Clínica del Cesar debía haber tenido funcionando el aparato con el cual hubiese podido tomar una colangiografía a CAMILO MANRIQUE SERRANO, la que le hubiera permitido al médico tratante, en la primera intervención, distinguir plenamente las relaciones anatómicas del triángulo de calot e identificar plenamente el cístico adherido a la vía biliar extrahepática antes de cortar y producir inadvertidamente la lesión en la región del hepatolédoco proximal.." (fl.336 cppal)*

En lo relativo a la Responsabilidad de la Fundación Médico Preventiva para el Bienestar Social señaló:

*"Hay responsabilidad en la Fundación Médico Preventiva por haber incurrido en error in eligendo(sic) e invigilando por confiar a la Clínica del Cesar los servicios contratados con CAJANAL para atender a sus afiliados, cuando éste centro carecía de los equipos mínimos vitales para atender adecuadamente a los pacientes y procurarle un mínimo riesgo en sus intervenciones. Culpa in vigilando, por ausencia de vigilancia, de control, por falta de inspección no solo a los Centros Clínicos (Clínica del Cesar) con los que iba a cumplir sus obligaciones con CAJANAL sino a la falta de vigilancia y control con el personal médico contratado para tal fin." (fl.336 cppal)*

En lo referente a la Responsabilidad que le asiste a la Clínica del Cesar Ltda. Sostuvo:

*"Le asiste responsabilidad a la Clínica del Cesar Limitada, en el caso que nos ocupa, por haber aceptado y permitido al Médico YONY (sic) FLÓREZ M. atender a un paciente afiliado a CAJANAL, sin poseer los medios necesarios para procurar un buen resultado en la operación, porque según lo expresado por el mismo galeno, la falta de una colangiografía le impidió distinguir plenamente las relaciones anatómicas del triángulo de calot e identificar plenamente el cístico adherido a la vía biliar extrahepática, con ella, muy seguramente hubiera evitado cortar otro órgano (hepático común) con las graves consecuencias que ello generó." (fl.337 cppal)*



Posteriormente afirmo: *"se declarara que los demandados son solidariamente responsables de la totalidad de los perjuicios causados a los actores con ocasión y por causa de los hechos y omisiones antes analizados"* a partir de lo cual se condeno a las Entidades demandadas, en forma solidaria, y a reconocer a Camilo Manrique Serrano, las sumas pretendidas por concepto de Daño Emergente Causado, Daño Emergente Futuro, Lucro Cesante Consolidado, Perjuicios Fisiológicos y Morales. (337 a 341 cppal)

No obstante en lo relativo al reconocimiento del Lucro Cesante Futuro, el Tribunal considero que no existía prueba del perjuicio por este concepto, al respecto sostuvo:

*"Al efecto se ha probado, efectivamente, que CAMILO MANRIQUE SERRANO ha perdido el 25.5% de su capacidad laboral. Sin embargo, el actor continúa laborando al servicio de la Rama Judicial, sin que se haya acreditado que por causa del suceso quirúrgico en comento se ha visto disminuidos sus ingresos".* (fl.340 cppal).

En lo relativo a la responsabilidad del llamado en garantía Jonny(sic) Flórez Mendoza, el Tribunal sostuvo que la lesión, en cuanto iatrogénica, era atribuible físicamente, a la actividad del cirujano, pero que escapa a la ciencia del juez determinar si esté obro conforme a la lex artis, o si por el contrario faltó a sus deberes profesionales en términos que permitan derivar responsabilidad por la lesión, al respecto argumentó:

*"...al(sic) cirujano persistió en la conclusión de un acto quirúrgico que no se revela en la Historia Clínica como indispensable para salvar la vida del paciente, a pesar del primer hallazgo tras la apertura de la cavidad abdominal, según la cual, le era imposible identificar a plenitud las vías biliares que finalmente lesionó. A tal forma de proceder se le conoce con el nombre de imprudencia, en cuanto se traduce en la asunción de un riesgo previsto... Ahora bien si la culpa grave se define como aquella en "no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia en sus negocios propios", concluye la Sala que no se configura en el sublite dicha clase de culpa, sino mas bien aquella falta de diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios, esto es, una culpa leve. En tal sentido explica la aseveración de los peritos en el sentido(sic) que tal accidente pudo ocurrirle a cualquier cirujano, no a manera de exculpación(sic), sino a manera de calificación de la falta, o de la imprudencia." (fls. 341 y 342 cppal)*



## **5. El Recurso de Apelación**

Mediante escrito del 16 de mayo de 2001 (fl. 348-349 cpal) el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia del 30 de marzo de 2001, proferida por la Sala de Descongestión de los Tribunales Administrativos de Santander, Norte de Santander y Cesar, el cual sustentó mediante escrito del 18 de julio de 2011 (fls. 360-404 Cppal).

Mediante auto del 25 de mayo de 2001, el Tribunal Administrativo del César, Valledupar, concedió el recurso de apelación presentado oportunamente por la parte actora. (fl. 355 c.ppal.)

## **6. Actuación en segunda instancia.**

Recibido el expediente en esta Corporación, en auto del 17 de agosto de 2001 se admite el recurso de apelación. (fl. 405 c.ppal) y mediante auto del 21 de septiembre de 2001 se dispuso correr traslado a las partes y al Ministerio Público para presentar sus alegatos de conclusión. (fl 407,C.ppal).

El 4 de octubre de 2001 la apoderada de la demandada CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL- CAJANAL E.P.S, presentó sus alegatos de conclusión (fls. 408-411), solicitando la revocatoria de la sentencia apelada, reiterando lo sostenido en otras instancias procesales.

El Ministerio Público, la parte demandante, y los demandados Fundación Médico Preventiva para el Bienestar Social I.P.S. y La Sociedad Clínica del Cesar guardaron silencio.

## **CONSIDERACIONES**

### **1 Competencia.**



Corresponde a la Sala decidir el grado jurisdiccional de consulta<sup>1</sup> en el proceso de la referencia y el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 30 de marzo de 2001, proferida por la Sala de Descongestión para los Tribunales Administrativos de Santander, Norte de Santander y Cesar.

Previamente, debe precisarse que el impugnante formuló recurso de alzada contra la providencia de primera instancia, en ese orden, la Sala resolverá la controversia con fundamento en lo establecido en el artículo 357 del C.P.C., es decir, abordará los extremos de la litis sin limitación alguna, excepto la que impone el principio de congruencia.

Se advierte, además, que la Sala tiene competencia para conocer este proceso, en segunda instancia, no sólo en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, sino de la consulta que, conforme a lo dispuesto en el artículo 184 de Código Contencioso Administrativo, debe surtirse en favor de la administración.

Al respecto, el precedente de la Sala señaló que,

*"...para efectos de establecer si debía surtirse dicho grado de jurisdicción, había que tener en cuenta el monto de la condena impuesta, de manera que si éste era inferior al límite señalado para que el asunto se tramitara en dos instancias, no debía surtirse la consulta, a pesar de que originalmente y conforme a la demanda, el proceso tuviera vocación de doble instancia. Esta Sala tiene competencia para revisar el fallo del Tribunal no sólo en relación con los aspectos objeto del recurso interpuesto, sino respecto de todos los elementos que dieron lugar a la imposición de la condena en contra de la entidad demandada, pudiendo, en consecuencia, modificar dicho fallo sin limitación alguna, aun agravando la situación de ésta última o la del apelante, dado que el trámite conjunto del recurso y de la consulta inhibe, para ambas partes, la aplicación del principio de no reformatio in pejus, que, en principio, operaría para el apelante, en virtud del artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, y para la entidad demandada, en virtud de lo dispuesto en el citado artículo 184 del Código Contencioso Administrativo, según el cual la consulta se surte en favor de la administración."<sup>2</sup>*

En la demanda se solicita que se declare la responsabilidad extracontractual por falla médica a la Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal E.P.S., Fundación Médico Preventiva para el Bienestar Social Ltda., y la Sociedad Clínica del Cesar

<sup>1</sup> La Sala es competente para decidir el grado jurisdiccional de consulta en razón a que la condena a favor del señor Camilo Manrique Serrano, supera la cuantía de 300 s.m.m.l.v. (\$85'800.000) para fecha de la sentencia proferida por el a quo.

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 10 de agosto de 2001, exp.12555



Ltda., por las lesiones ocasionadas al señor Camilo Manrique Serrano como consecuencia de la intervención quirúrgica que le fue practicada.

Para resolver el asunto sometido a conocimiento de la Sala, se abordará el estudio de los siguientes aspectos: 1) aspectos procesales previos; 2) el objeto del recurso de apelación; 3) presupuestos para la responsabilidad extracontractual; 4) el régimen jurídico aplicable por responsabilidad del Estado por la actividad médica; 5) los hechos probados; 6) el daño antijurídico; 7) el problema jurídico; 8) la imputación y; 9) los perjuicios.

### 1. Aspectos Procesales Previos.

1 La Sala, previo a abordar lo relativo a los fundamentos en los que se sustentó la sentencia del *a quo* para declarar la responsabilidad de las entidades demandadas, se pronunciará respecto a la excepción resuelta por el Tribunal respecto a la "*falta de legitimación en la causa para pedir*" declarada en favor de la Sociedad Clínica del Cesar Ltda.

En efecto, el *a quo* declaró "*PROBADA LA EXCEPCIÓN propuesta por la CLÍNICA DEL CESAR LÍMITADA, bajo la denominación de FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, habida cuenta que está probado que solamente se obligó a prestar los servicios de hospitalización, quirúrgicos y complementarios, sin que se hubiere comprometido a escoger los profesionales y revisar su idoneidad y hoja de vida.*"

Sobre el particular, procede señalar en primer término que "constituye postura sólidamente decantada por la jurisprudencia de esta Sala aquella consistente en excluir la figura de la falta de legitimación en la causa de las excepciones de fondo que puedan formularse dentro del proceso, comoquiera que éstas, a diferencia de aquélla, enervan la pretensión procesal en su contenido, pues tienen la potencialidad de extinguir, parcial o totalmente, la súplica elevada por el actor, en tanto que la legitimación en la causa constituye una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado"<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de noviembre de 2001, Consejera Ponente. María Elena Giraldo Gómez, expediente No. 13356.



Clarificada, entonces, la naturaleza jurídica de la noción de legitimación en la causa, que la misma no es constitutiva de excepción de fondo sino que se trata de un presupuesto necesario para proferir sentencia de mérito favorable ora a las pretensiones del demandante, bien a las excepciones propuestas por el demandado, resulta menester señalar, adicionalmente, que se ha diferenciado entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa<sup>4</sup>. La primera se refiere a la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal, es decir, se trata de una relación jurídica nacida de la atribución de una conducta en la demanda y de la notificación del libelo inicial al demandado, de manera que quien cita a otro y le endilga la conducta, actuación u omisión que dan lugar a que se incoe la acción, está legitimado de hecho por activa y aquél a quien se cita y se le atribuye la referida acción u omisión, resulta legitimado de hecho y por pasiva, después de la notificación del auto admisorio de la demanda.

Por su parte, la legitimación material en la causa alude a la participación real de las personas en el hecho que origina la presentación de la demanda, independientemente de que dichas personas no hayan demandado o que hayan sido demandadas<sup>5</sup>. De ahí que la falta de legitimación material en la causa, por activa o por pasiva, no enerve la pretensión procesal en su contenido, como sí lo hace una excepción de fondo, pues, como lo ha precisado la Sala,

*«[L]a excepción de fondo se caracteriza por la potencialidad que tiene, si se prueba el hecho modificativo o extintivo de la pretensión procesal que propone el demandado o advierte el juzgador (art. 164 C.C.A) para extinguir parcial o totalmente la súplica procesal.*

*La excepción de fondo supone, en principio, el previo derecho del demandante que a posteriori se recorta por un hecho nuevo y probado —**modificativo o extintivo del derecho constitutivo del demandante**— que tumba la prosperidad total o parcial de la pretensión, como ya se dijo.*

*La legitimación material en la causa activa y pasiva, es una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito*

<sup>4</sup> Ver, por ejemplo, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 15 de junio de 2000; Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez; expediente No. 10.171; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veintiocho (28) de abril de dos mil cinco (2005), Consejero ponente: Germán Rodríguez Villamizar, Radicación número: 66001-23-31-000-1996-03266-01(14178).

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del treinta y uno (31) de octubre de dos mil siete (2007); Referencia: 13.503; Radicación: 110010326000199713503 00.



favorable, al demandante o al demandado» (negritas en el texto original, subrayas fuera de él)<sup>6</sup>.

Así pues, toda vez que la legitimación en la causa de hecho alude a la relación procesal existente entre demandante —legitimado en la causa de hecho por activa— y demandado —legitimado en la causa de hecho por pasiva— y nacida con la presentación de la demanda y con la notificación del auto admisorio de la misma a quien asumirá la posición de demandado, dicha vertiente de la legitimación procesal se traduce en facultar a los sujetos litigiosos para intervenir en el trámite del plenario y para ejercer sus derechos de defensa y de contradicción; la legitimación material, en cambio, supone la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, ora porque resultaron perjudicadas, ora porque dieron lugar a la producción del daño.

De ahí, pues, que un sujeto pueda estar legitimado en la causa de hecho pero carecer de legitimación en la causa material, lo cual ocurrirá cuando a pesar de ser parte dentro del proceso no guarde relación alguna con los intereses inmiscuidos en el mismo, por no tener conexión con los hechos que motivaron el litigio, evento éste en el cual las pretensiones formuladas estarán llamadas a fracasar puesto que el demandante carecería de un interés jurídico perjudicado y susceptible de ser resarcido o el demandado no sería el llamado a reparar los perjuicios ocasionados a los actores<sup>7</sup>.

En suma, en un sujeto procesal que se encuentra legitimado de hecho en la causa no necesariamente concurrirá, al mismo tiempo, legitimación material, pues ésta solamente es predicable de quienes participaron realmente en los hechos que han dado lugar a la instauración de la demanda o, en general, de los titulares de las correspondientes relaciones jurídicas sustanciales; por consiguiente, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar si existe, o no, relación real

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veinte (20) de septiembre de dos mil uno (2001); Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Radicación: 10973.

<sup>7</sup> A propósito de la falta de legitimación en la causa material por activa, la Sección ha sostenido que “... si la falta recae en el demandante, el demandado tiene derecho a ser absuelto pero no porque él haya probado un hecho nuevo que enerve el contenido material de las pretensiones sino porque quien lo atacó no es la persona que frente a la ley tiene el interés sustantivo para hacerlo —no el procesal—”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veinte (20) de septiembre de dos mil uno (2001); Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Radicación: 10973.



de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta fórmula o la defensa que aquella realiza, pues la existencia de tal relación constituye condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a una o a otra<sup>8</sup>. De manera ilustrativa, así lo ha explicado la Sala:

*«La legitimación ad causam material alude a la participación real de las personas, por regla general, en el hecho origen de la formulación de la demanda, independientemente de que haya demandado o no, o de que haya sido demandado o no. Ejemplo:*

*- A, Administración, lesiona a B. A y B, están legitimados materialmente; pero si A demanda a C, sólo estará legitimado materialmente A; además si D demanda a B, sólo estará legitimado materialmente B, lesionado. Si D demanda a C, ninguno está legitimado materialmente.*

*Pero en todos esos casos todos están legitimados de hecho; y sólo están legitimados materialmente, quienes participaron realmente en la causa que dio origen a la formulación de la demanda»<sup>9</sup>.*

En consonancia con lo anterior, se ha indicado que la falta de legitimación en la causa no impide al fallador pronunciarse de fondo sobre el *petitum* de la demanda, comoquiera que la aludida legitimación constituye un elemento de la pretensión y no de la acción, en la medida en que se trata de

*“... una condición propia del derecho sustancial y no una condición procesal, que, cuando no se dirige correctamente contra el demandado, constituye razón suficiente para decidir el proceso adversamente a los intereses del demandante, por no encontrarse demostrada la imputación del daño a la parte demandada”<sup>10</sup>.*

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de diecisiete (17) de junio de dos mil cuatro (2004); Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Radicación número: 76001-23-31-000-1993-0090-01(14452). En similar sentido y complementando lo dicho en el texto, se ha afirmado lo siguiente: “La legitimación material en la causa, activa y pasiva, es una condición anterior y necesaria entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado. Nótese que el estar legitimado en la causa materialmente por activa o por pasiva, por sí solo, no otorga el derecho a ganar; si la falta recae en el demandante el demandado tiene derecho a ser absuelto pero no porque él haya probado un hecho nuevo que enerve el contenido material de las pretensiones sino porque quien lo atacó no es la persona que frente a la ley tiene el interés sustantivo para hacerlo -no el procesal-; si la falta de legitimación en la causa es del demandado, de una parte al demandante se le negarán las pretensiones no porque los hechos en que se sustenten no le den el derecho sino porque a quien se las atribuyó no es el sujeto que debe responder; por eso, de otra parte, el demandado debe ser absuelto, situación que se logra con la denegación de las súplicas del demandante”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veintidós (22) de noviembre de dos mil uno (2001); Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Expediente 13.356. Puede verse, en la misma dirección, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de veintisiete (27) de abril de dos mil seis (2006); Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra; Radicación número: 66001-23-31-000-1996-03263-01(15352).

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del quince (15) de junio de dos mil (2000); Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Radicación número: 10171.

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 1° de marzo de 2006, Consejero Ponente: Alier E. Hernández Enríquez, expediente No. 13764.



(...)<sup>11</sup>

De otra parte, la Sala precisa que en tratándose de la posibilidad de imputar a la administración pública el daño causado por sus contratistas esta Sección ha señalado<sup>12</sup>:

"De tiempo atrás la jurisprudencia de la Sala ha venido reiterando la posibilidad de imputar a las entidades estatales el daño causado por el hecho de sus contratistas, en el entendido de que la actividad realizada por éstos en ejecución de convenio celebrado con una entidad pública, debe ser analizada como si hubiere sido desplegada directamente por ésta a efectos de establecer si debe deducirse responsabilidad extracontractual al Estado.

"En tal sentido, ya desde la sentencia proferida el 9 de octubre de 1985<sup>13</sup>, esta Corporación expresó:

"«Fueron unánimes tanto la doctrina extranjera como la nacional, así como la jurisprudencia, en sostener que el trabajo no dejaba de ser público por el hecho de que lo ejecutara un contratista particular a nombre de la entidad pública. En sentencia de 20 de marzo de 1956, esta Corporación destacó entre los elementos tipificantes de esos trabajos públicos que éstos fueran efectuados por cuenta del Estado, "ya directa o indirectamente" y que el trabajo tuviera una finalidad de interés público o social.

"No tendría sentido alguno la afirmación de que cuando esa indemnización se refiera a daños en la propiedad inmueble o a su ocupación transitoria, la persona responsable pueda ser la entidad pública así haya ejecutado directamente el trabajo o a través de un contratista suyo, pero cuando la lesión recaiga en otros derechos de mayor significación (la vida o la integridad personal, por ejemplo) sólo responde por lo que haga directamente. Lo planteado carecería de significación ética. Además, donde existe la misma razón debe existir similar disposición, según enseña una regla de interpretación racional.

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

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 23 de abril de 2009, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, expediente No. 16837.

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de junio de 2007, exp. 16089, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>13</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; sentencia de octubre nueve (9) de mil novecientos ochenta y cinco (1985); Consejero ponente: Carlos Betancur Jaramillo; Referencia: Expediente N°. 4556; Actora: Gladys Mamby de Delgado.



*de la función pública no en calidad de agente o funcionario sino como un órgano más de la gestión estatal.*

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

*"Es frecuente observar que en los contratos de obra pública se pacte que el contratista será el responsable de los daños a terceros; pero esto no quiere decir que la administración no responda frente a éstos» (subrayado por fuera texto)<sup>14</sup>.*

*"En consecuencia, en nada se modifica el régimen de responsabilidad aplicable en el sub lite por la circunstancia de que la obra pública en cuestión estuviere siendo realizada por contratistas —y subcontratistas— del municipio de Cali y no por servidores públicos ligados con éste a través de un vínculo legal y reglamentario o contractual laboral. Al ser la "construcción de sub base, base y obras complementarias para la pavimentación de la avenida circunvalar La Paz", en uno de sus tramos, un objeto contractual pactado por el Municipio de Cali por encontrarse dentro de sus funciones y obligaciones como entidad pública, para beneficio de la colectividad y en aras de la satisfacción del interés general, el hecho de que esa tarea fuera acometida por particulares y no directamente por servidores incluidos en la planta de personal de la Entidad, no deja de hacer responsable al Estado por los daños antijurídicos que se causen a raíz de la ejecución de las obras públicas en dichas condiciones materializadas."*

Por lo expuesto, cabe examinar si el daño antijurídico es imputable a la entidad demandada, Clínica del Cesar Ltda., como contratante de la prestación de los servicios clínicos, médicos y hospitalarios de la Fundación Médico Preventiva para el Bienestar Social Ltda., lugar donde se produjo la lesión padecida por Camilo Manrique Serrano.

## **2 Objeto del Recurso de Apelación.**

<sup>14</sup> En similar dirección puede verse: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de trece (13) de febrero de dos mil tres (2003); Consejero ponente: Allier Eduardo Hernández Enríquez; Radicación número: 66001-23-31-000-1994-2605-01(12654); Actor: María Luciola Montenegro Calle y otros; Demandado: Municipio de Pereira.



El recurso de apelación interpuesto por los demandantes se encuentra encaminado a modificar parcialmente la decisión adoptada por el *a-quo* en lo referente a "1. La negativa a reconocer a mi mandante el lucro cesante. 2. La no vinculación en las condenas al llamado en garantía, y 3. La absolución de una de las demandadas, Clínica del César." (fls. 360-384, c1).

En efecto, frente a la negativa a reconocer el lucro cesante, sostuvo:

*"...El salario que devengó mi mandante es el reconocimiento justo de sus derechos laborales, consecuencia directa de la actividad física e intelectual dedicada al cumplimiento de sus funciones en la Entidad a la que estaba vinculado. Mientras que el pago del lucro cesante corresponde al resarcimiento de los perjuicios causados por el daño antijurídico causado a su integridad personal por parte de la Administración. Uno y otro son concomitantes, por la misma razón de tener un origen distinto.*

*El estado no puede desconocer que a mi mandante se le ha causado un daño, el que se traduce en una incapacidad definitiva parcial del 25.5%. Ella ciertamente no le impide trabajar, pero es igualmente cierto que su capacidad laboral quedó disminuida, por manera que las labores que en adelante llegue a desarrollar no son las mismas a las que aspiraba cuando ingresó al servicio de la institución... ha perdido la libertad para escoger empleo. Ese es un derecho inalienable que debe ser resarcido, por cuanto su origen no dependió de su voluntad, sino del daño antijurídico de que fue objeto por parte de la administración.*

*Cita jurisprudencia del Consejo, con base en la cual afirma: "el porcentaje del salario correspondiente a la minusvalía (25.5%) si debe ser un ingreso reconocible y percibible(sic), pues él es producto de un daño antijurídico y no consecuencia de una actividad laboral (fls. 361 a 366 cppal)*

En lo referente a la no vinculación a las condenas al llamado en garantía Yonny Flórez Mendoza, sostuvo:

*"...Del Examen de la Historia Clínica, la prueba testimonial y la pericia médico legal incorporadas al proceso, se deduce no sólo la acción dañosa del médico tratante, sino su propia responsabilidad..."*

Cita apartes de lo dispuesto en el acta 002 del 7 de diciembre de 1.996 (folio 30 c.6), del experticio médico rendido por el Instituto de Medicina Legal del Cesar (fl. 209 a 229 c6). A partir del cual concluye:

*"todo lo anterior permite visualizar un grado de negligencia suma y de impericia por parte del médico que practicó la cirugía a mi mandante, puesto que todo confluye en su irresponsabilidad, no aparece en la historia clínica el procedimiento que se debe utilizar en estos casos, antes de operar, tal como lo explica medicina legal, ni previno tener por lo menos los elementos mínimos necesarios para este tipo de intervenciones, vale decir, imprudentemente se obligó a operar sin cumplir con la previsión mínima que debía tener, tanto más si la cirugía era programada.*



...La conducta del galeno fue cuestionada e investigada por el Tribunal de Ética Médica del Magdalena, en donde, en sala plena No 364, en Santa Marta, el 29 de marzo del 2000, determinó sancionar al médico Jonny Flórez Mendoza por el término de tres meses en el ejercicio de la medicina por haber violado el artículo 15<sup>15</sup> de la ley 23 de 1.981... La citada decisión fue confirmada por la Sala Plena del Tribunal Nacional de Ética Médica, en sesión 635 del 17 de agosto del año 2000.

De estas decisiones, por provenir de tribunales especializados, que por sus conocimientos precisos en la materia, juzgan a sus propios pares, para efecto de demostrar la equivocada decisión del Tribunal en la sentencia apelada..." (fls. 366 a 381 cppal)

Por último con respecto a la absolución de una de las entidades demandadas, Clínica del Cesar, el recurrentes afirma que,

"...durante todo el desarrollo de la providencia recurrida la Sala manifiesta que la Clínica del Cesar es responsable por haber aceptado y permitido al médico Jhony Flórez atender a un paciente afiliado a Cajanal, sin poseer los medios necesarios para procurar un buen resultado en la operación. Agrega que la clínica no contaba con el equipo necesario para practicar la colangiografía, falencias que en ningún modo está obligado, en derecho, a soportar el afiliado al sistema de seguridad social, Con ese razonamiento, termina la sala concluyendo: "luego, se declarará que los demandados son solidariamente responsables de la totalidad de los perjuicios causados a los actores con ocasión y por causa de los hechos y omisiones antes analizados", pero inexplicablemente absuelve de cargos la Clínica del Cesar al probada (sic) la excepción de falta de causa para pedir.

...Se puede observar la evidente contradicción que plantea la Sala en la providencia en comentario y una discrepancia entre su parte motiva con la aparte resolutive, que el A quen(sic) deberá resolver vinculando a la demandada a las resultas del proceso." (fls 381 y 382 cppal)

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

Con la Carta Política de 1991 se produjo la "constitucionalización"<sup>16</sup> de la responsabilidad del Estado<sup>17</sup> y se erigió como garantía de los derechos e intereses

<sup>15</sup> Artículo 15. El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente".

<sup>16</sup> En precedente jurisprudencial constitucional se indica: "El Estado de Derecho se funda en dos grandes axiomas: El principio de legalidad y la responsabilidad patrimonial del Estado. La garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos no se preserva solamente con la exigencia a las autoridades públicas que en sus actuaciones se sujeten a la ley sino que también es esencial que si el Estado en ejercicio de sus poderes de intervención causa un daño antijurídico o lesión lo repare íntegramente". Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

<sup>17</sup> La "responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece



de los administrados<sup>18</sup> y de su patrimonio<sup>19</sup>, sin distinguir su condición, situación e interés<sup>20</sup>. Como bien se sostiene en la doctrina,

*"La responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad<sup>21</sup>; los daños cubiertos por la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público"<sup>22</sup>.*

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado<sup>23</sup> tiene como fundamento la

---

*entonces la obligación jurídica a cargo del estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización". Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996. Postura que fue seguida en la sentencia C-892 de 2001, considerándose que el artículo 90 de la Carta Política "consagra también un régimen único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general, que comprende todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos". Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001.*

<sup>18</sup> Derechos e intereses que constitucional o sustancialmente reconocidos "son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado". ALEXY, Robert. "Teoría del discurso y derechos constitucionales", en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). *Cátedra Ernesto Garzón Valdés*. 1ª reimp. México, Fontamara, 2007, p.49.

<sup>19</sup> "La responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro ordenamiento jurídico tiene como fundamento un principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos". Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

<sup>20</sup> La "razón de ser de las autoridades públicas es defender a todos los ciudadanos y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Omitir tales funciones entraña la responsabilidad institucional y la pérdida de legitimidad. El estado debe utilizar todos los medios disponibles para que el respeto de la vida y derechos sea real y no solo meramente formal". Sentencia de 26 de enero de 2006, Exp. AG-2001-213. En la doctrina puede verse STARCK, Boris. *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. Paris, 1947.

<sup>21</sup> "La responsabilidad, a diferencia de la expropiación, no representa un instrumento en manos de la Administración para satisfacer el interés general, una potestad más de las que ésta dispone al llevar a cabo su actividad, sino un mecanismo de garantía destinado a paliar, precisamente, las consecuencias negativas que pueda generar dicha actividad. La responsabilidad, por así decirlo, no constituye una herramienta de actuación de la Administración, sino de reacción, de reparación de los daños por ésta producidos". MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*. 1ª ed. Madrid, Civitas, 2001, p.120.

<sup>22</sup> MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*, ob., cit., pp.120-121.

<sup>23</sup> "3- Hasta la Constitución de 1991, no existía en la Constitución ni en la ley una cláusula general expresa sobre la responsabilidad patrimonial del Estado. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, en especial, del Consejo de Estado encontraron en diversas normas de la constitución derogada -en especial en el artículo 16- los fundamentos constitucionales de esa responsabilidad estatal y plantearon, en particular en el campo extracontractual, la existencia de diversos regímenes de responsabilidad, como la falla en el servicio, el régimen de riesgo o el de daño especial. Por el contrario, la actual Constitución reconoce expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado". Corte Constitucional, sentencia C-864 de 2004. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-037 de 2003.



determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública<sup>24</sup> tanto por la acción, como por la omisión.

En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Precisamente, en el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene,

*"La superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen"*<sup>25</sup>.

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad<sup>26</sup>, según el cual, la indemnización

<sup>24</sup> Conforme a lo establecido en el artículo 90 de la Carta Política "los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al estado son: a) el daño antijurídico y b) la imputabilidad del Estado". Sentencia de 21 de octubre de 1999, Exps.10948-11643. Es, pues "menester, que además de constatar la antijuridicidad del [daño], el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, 'la imputatio juris' además de la 'imputatio facti'". Sentencia de 13 de julio de 1993. En el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: "En efecto, el artículo de la Carta señala que para que el Estado deba responder, basta que exista un daño antijurídico que sea imputable a una autoridad pública. Por ello, como lo ha reiterado esta Corte, esta responsabilidad se configura "siempre y cuando: i) ocurra un daño antijurídico o lesión, ii) éste sea imputable a la acción u omisión de un ente público". Corte Constitucional, sentencias C-619 de 2002; C-918 de 2002.

<sup>25</sup> Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

<sup>26</sup> En los términos de Kant, dicha imputación se entiende: "Imputación (imputatio) en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (causa libera) de una acción, que entonces se llama acto (factum) y está sometida a leyes; si el juicio lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas del acto, es una imputación judicial (imputatio iudiciaria), en caso contrario, sólo una imputación dictaminadora (imputatio diiudicatoria)". KANT, I. La metafísica de las costumbres. Madrid, Alianza, 1989, p.35. En nuestro precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: "La jurisprudencia nacional ha recabado en ello al sentar la tesis de que la base de la responsabilidad patrimonial del Estado la constituye la imputabilidad del daño. En efecto, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Constitucional ha sostenido que la responsabilidad patrimonial del Estado y de las demás personas jurídicas públicas se deriva de la imputabilidad del perjuicio a una de ellas, lo cual impide extenderla a la conducta de los



del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica<sup>27</sup>. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las "estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas"<sup>28</sup>.

Cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva que "*parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones*"<sup>29</sup>. Siendo esto así, la imputación objetiva implica la "atribución", lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de "*cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta*"<sup>30</sup>.

Esto, sin duda, es un aporte que se representa en lo considerado por Larenz según el cual había necesidad de "*excluir del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que éstos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar*"<sup>31</sup>. Con lo anterior, se logra superar, definitivamente, en el juicio de responsabilidad, la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de condiciones, como de la causalidad adecuada, ofreciéndose como un correctivo

---

particulares o a las acciones u omisiones que tengan lugar por fuera del ámbito de la administración pública". Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

<sup>27</sup> El "otro principio de responsabilidad patrimonial del Estado es el de imputabilidad. De conformidad con éste, la indemnización del daño antijurídico le corresponde al estado cuando exista título jurídico de atribución, es decir, cuando de la voluntad del constituyente o del legislador pueda deducirse que la acción u omisión de una autoridad pública compromete al Estado con sus resultados". Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

<sup>28</sup> "Tenía razón Welzel al considerar que el Derecho debe respetar estructuras antropológicas como la capacidad de anticipación mental de objetivos cuando se dirige al hombre mediante normas. Desde luego, si el ser humano no tuviera capacidad de adoptar o dejar de adoptar decisiones teniendo en cuenta motivos normativos, sería inútil tratar de influir en el comportamiento humano mediante normas prohibitivas o preceptivas". MIR PUIG, Santiago. "Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal", en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 05-05-2003 [<http://criminet.org.es/recpc>], pp.6 y 7.

<sup>29</sup> "El Derecho se dirige a hombre y no a adivinos. Declarar típica toda acción que produzca un resultado dañoso, aun cuando éste fuese imprevisible, significaría que la ley no tiene en cuenta para nada la naturaleza de sus destinatarios; pues una característica del hombre es precisamente la de que no puede prever más que muy limitadamente las consecuencias condicionados por sus actos. Vincular un juicio de valor negativo (el de antijuridicidad) a la producción de un resultado que el hombre prudente no puede prever sería desconocer la naturaleza de las cosas (más concretamente): la naturaleza del hombre". GIMBERNAT ORDEIG, E. *Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad*. Madrid, 1990, pp.77 ss.

<sup>30</sup> MIR PUIG, Santiago. "Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal", ob., cit., p.7.

<sup>31</sup> LARENZ, K. "Hegelszurechnungslehre", en MIR PUIG, Santiago. "Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal", ob., cit., p.7.



de la causalidad, donde será determinante la magnitud del riesgo y su carácter permisible o no<sup>32</sup>.

Dicha tendencia es la que marcó el precedente jurisprudencial constitucional, pero ampliando la consideración de la imputación (desde la perspectiva de la imputación objetiva) a la posición de garante donde la exigencia del principio de proporcionalidad<sup>33</sup> es necesario para considerar si cabía la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico, y así se motivara el juicio de imputación. Dicho juicio, en este marco, obedece sin lugar a dudas a un ejercicio de la ponderación<sup>34</sup> que el juez está llamado a aplicar, de tal manera que se aplique como máxima que: "Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro"<sup>35</sup>.

<sup>32</sup> JAKOBS, G. *La imputación objetiva en el derecho penal*. Bogotá, Universidad Externado, 1994. Sin embargo, como lo sostiene el precedente de la Sala: "De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 86 del Código Contencioso Administrativo... No obstante que la norma constitucional hace énfasis en la existencia del daño antijurídico como fuente del derecho a obtener la reparación de perjuicios siempre que el mismo le sea imputable a una entidad estatal, dejando de lado el análisis de la conducta productora del hecho dañoso y su calificación como culposa o no, ello no significa que la responsabilidad patrimonial del Estado se haya tornado objetiva en términos absolutos, puesto que subsisten los diferentes regímenes de imputación de responsabilidad al Estado que de tiempo atrás han elaborado tanto la doctrina como la jurisprudencia". Sentencia de 24 de febrero de 2005. Exp.14170.

<sup>33</sup> "El principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: el principio de idoneidad; el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Estos principios expresan la idea de optimización... En tanto que exigencias de optimización, los principios son normas que requieren que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dadas sus posibilidades normativas y fácticas. Los principios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización relativa a lo que es fácticamente posible por lo que expresan la idea de optimalidad de Pareto. El tercer subprincipio, el de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a la optimización respecto de las posibilidades normativas. Las posibilidades normativas vienen definidas, fundamentalmente, por la concurrencia de otros principios; de modo que el tercer subprincipio podría formularse mediante la siguiente regla: Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro. Esta regla puede denominarse: "ley de la ponderación" (subrayado fuera de texto). ALEXY, Robert. "Teoría del discurso y derechos constitucionales", en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). *Cátedra Ernesto Garzón Valdés*, ob., cit., p.62.

<sup>34</sup> "La ley de la ponderación pone de manifiesto que la ponderación puede fraccionarse en tres pasos. El primero consiste en establecer el grado de insatisfacción o de detrimento del primer principio; el segundo, consiste en establecer la importancia de la satisfacción del segundo principio, que compite con el primero y, finalmente, el tercer paso consiste en determinar si, por su importancia, la satisfacción del segundo principio justifica la no satisfacción del primero". ALEXY, Robert. "Teoría del discurso y derechos constitucionales", en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). *Cátedra Ernesto Garzón Valdés*, ob., cit., p.64.

<sup>35</sup> ALEXY, Robert. "Teoría del discurso y derechos constitucionales", en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). *Cátedra Ernesto Garzón Valdés*, ob., cit., p.62. Sin embargo, se advierte que Habermas ha planteado objeciones a la ponderación: "... la aproximación de la ponderación priva de su poder normativo a los derechos constitucionales. Mediante la ponderación



En ese sentido, el precedente jurisprudencial constitucional indica:

"... el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar **si el sujeto era competente** para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección<sup>36</sup> frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible<sup>37</sup>. Ejemplo: un desprevenido transeúnte encuentra súbitamente en la calle un herido en grave peligro (situación de peligro generante del deber) y no le presta ayuda (no realización de la acción esperada); posteriormente fallece por falta de una oportuna intervención médica que el peatón tenía posibilidad de facilitarle trasladándolo a un hospital cercano (capacidad individual de acción). La muerte no le es imputable a pesar de la evitabilidad y el conocimiento. En efecto, si no tiene una posición de garante porque él no ha creado el riesgo para los bienes jurídicos, ni tampoco tiene una obligación institucional de donde surja un deber concreto de evitar el resultado mediante una acción de salvamento, el resultado no le es atribuible. Responde sólo por la omisión de socorro y el fundamento de esa responsabilidad es quebrantar el deber de solidaridad que tiene todo ciudadano"<sup>38</sup>.

A lo que se agrega por el mismo precedente,

"En la actualidad, un sector importante de la moderna teoría de la imputación objetiva (la nueva escuela de Bonn: Jakobs, Lesch, Pawlik, Müssig, Vehling) estudia el problema desde una perspectiva distinta a la tradicional de Armin Kaufmann: el origen de las posiciones de garante se encuentra en la estructura de la sociedad, en la cual existen dos fundamentos de la responsabilidad, a saber:

1) En la interacción social se reconoce una libertad de configuración del mundo (competencia por organización) que le permite al sujeto poner en peligro los bienes jurídicos ajenos; el ciudadano está facultado para crear riesgos, como la construcción de viviendas a gran escala, la aviación, la exploración nuclear, la explotación minera, el tráfico automotor etc. Sin embargo, la contrapartida a esa libertad es el surgimiento de **deberes de seguridad en el tráfico**, consistentes en la adopción de medidas especiales para evitar que el peligro creado produzca daños excediendo los límites de lo permitido. Vg. Si alguien abre una zanja frente a su casa, tiene el deber de

---

—afirma Habermas— los derechos son degradados a nivel de los objetivos, de las políticas y de los valores; y de este modo pierden la "estricta prioridad" característica de los "puntos de vista normativos". HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms*, Trad. William Rehg, Cambridge, 1999, p.259. A lo que agrega: "... no hay criterios racionales para la ponderación: Y porque para ello faltan criterios racionales, la ponderación se efectúa de forma arbitraria o irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que está acostumbrado". Para concluir que: "La decisión de un tribunal es en sí misma un juicio de valor que refleja, de manera más o menos adecuada, una forma de vida que se articula en el marco de un orden de valores concreto. Pero este juicio ya no se relaciona con las alternativas de una decisión correcta o incorrecta". HABERMAS, Jürgen. "Reply to Symposium Participants", en ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. *Habermas on Law and Democracy*. Los Angeles, Berkeley, 1998, p.430.

<sup>36</sup> Deberes de protección que es "una consecuencia de la obligación general de garantía que deben cumplir las autoridades públicas y se colige claramente de los artículos 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que regulan el derecho a disponer de un recurso efectivo en caso de violaciones a los derechos humanos". CASAL H, Jesús María. *Los derechos humanos y su protección. Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales*. 2ª ed. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2008, p.31.

<sup>37</sup> Cfr. Günther Jakobs. *Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung*. ZStW 89 (1977). Págs 1 y ss.

<sup>38</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.



colocar artefactos que impidan que un transeúnte caiga en ella. Ahora bien, si las medidas de seguridad fracasan y el riesgo se exterioriza amenazando con daños a terceros o el daño se produce – un peatón cae en la zanja- surgen los llamados **deberes de salvamento**, en los cuales el sujeto que ha creado con su comportamiento peligroso anterior (generalmente antijurídico) un riesgo para los bienes jurídicos, debe revocar el riesgo – prestarle ayuda al peatón y trasladarlo a un hospital si es necesario- (pensamiento de la injerencia). Esos deberes de seguridad en el tráfico, también pueden surgir por **asunción** de una función de seguridad o de salvamento, como en el caso del salvavidas que se compromete a prestar ayuda a los bañistas en caso de peligro.

Los anteriores deberes nacen porque el sujeto ha configurado un peligro para los bienes jurídicos y su fundamento no es la solidaridad sino la creación del riesgo. Son **deberes negativos** porque su contenido esencial es no perturbar o inmiscuirse en los ámbitos ajenos. Corresponde a la máxima del derecho antiguo de no ocasionar daño a los demás.

2) Pero frente a la libertad de configuración, hay deberes que proceden de instituciones básicas para la estructura social (competencia institucional) y que le son impuestas al ciudadano por su vinculación a ellas. Por ejemplo, las relaciones entre padres e hijos y ciertas relaciones del estado frente a los ciudadanos. Estos deberes se caracterizan, porque el garante institucional tiene la obligación de configurar un mundo en común con alguien, de prestarle ayuda y **protegerlo contra los peligros que lo amenacen**, sin importar que el riesgo surja de un tercero o de hechos de la naturaleza. Vg. El padre debe evitar que un tercero abuse sexualmente de su hijo menor y si no lo hace, se le imputa el abuso.

Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad. Se trata de **deberes positivos**, porque contrario a los negativos en los cuales el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en éstos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos<sup>39,40</sup>.

16. En una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de si una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante<sup>41</sup>.

Debe tenerse en cuenta, también, que el "Estado será responsable de los actos de particulares si los órganos del Estado hubieran podido actuar para prevenir o reprimir el comportamiento de éstos<sup>42</sup>, o si existiese una relación de hecho

<sup>39</sup> Cfr. Günther Jakobs. *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre* (studienausgabe). 2 Auflage. Walter de Gruyter. Berlin. New York. 1993. Pags. 796 y ss.

<sup>40</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-1184 de 2001.

<sup>41</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

<sup>42</sup> Un Estado sólo incurre en responsabilidad por un delito político cometido en su territorio contra la persona de extranjeros si no ha adoptado las disposiciones pertinentes para prevenir el delito y para perseguir, detener y juzgar al delincuente. *Caso Tellini*, Sociedad de las Naciones, Noviembre 1923. Las obligaciones de prevención se conciben por lo general como obligaciones de realizar los máximos esfuerzos, es decir, que obligan a los Estados a adoptar todas las medidas razonables o necesarias para evitar que se produzca un acontecimiento determinado, aunque sin garantizar que el acontecimiento no vaya a producirse, la violación de una obligación de prevención puede ser un hecho ilícito de carácter continuo.



específica entre la persona o entidad que observó el comportamiento y el Estado<sup>43,44</sup>.

#### 4. El régimen jurídico aplicable por responsabilidad del Estado por la actividad médica.

Partiendo del análisis del caso en el marco de la falla probada del servicio como título de imputación<sup>45</sup>,

*"... en la medida en que el demandante alegue que existió una falla del servicio médico asistencial que produjo el daño antijurídico por el cual reclama indemnización... deberá en principio, acreditar los tres extremos de la misma: la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquella y ésta..."<sup>46</sup>.*

Dicho título de imputación opera, como lo señala el precedente de la Sala no sólo respecto de los daños indemnizables derivados de la muerte o de las lesiones corporales causadas, sino que también comprende

*"... 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"<sup>47</sup>.*

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

<sup>43</sup> Generalmente se trata de casos en los que el Estado complementa su propia acción contratando o instigando a personas privadas o a grupos que actúen como auxiliares, pero sin pertenecer a la estructura oficial del Estado. La Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, en el asunto *Fiscal c. Tadic*, destacó que: "En derecho internacional, la condición para que se atribuyan al Estado actos realizados por particulares es que el Estado ejerza un control sobre esos particulares". Asunto IT-94-1, *Prosecutor c. Tadic*, (1999), I.L.M., vol.38, párr.117. Otro ejemplo lo constituye la captura de Adolf Eichmann, por un grupo israelíes en Buenos Aires el 1o de mayo de 1960 llevándolo posteriormente en avión a Israel donde fue sometido a juicio.

<sup>44</sup> RODRIGUEZ H, Gabriela. "Normas de responsabilidad internacional de los Estados", en MARTIN, Claudia; RODRIGUEZ-PINZON, Diego; GUEVARA B., José A. (Comp) Derecho Internacional de los Derechos Humanos. 1ª ed. México, Fontamara; Universidad Iberoamericana, 2004, pp.56.

<sup>45</sup> 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.

<sup>46</sup> Sentencia de 23 de septiembre de 2009, Exp. 17.986.

<sup>47</sup> Sentencia de 7 de octubre de 2009. Exp. 35656.



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"<sup>48</sup>. (Subrayado por fuera de texto)*

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"*<sup>49</sup>.

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 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*

<sup>48</sup> Corte Constitucional, sentencia T-104 de 2010.

<sup>49</sup> Corte Constitucional, sentencia T-1059 de 2006.



*restablecimiento de la salud del paciente<sup>50</sup> 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<sup>51</sup>.*

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 (debe 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)<sup>52</sup> (subrayado fuera de texto).*

## 5. Los hechos probados.

De acuerdo con los medios probatorios allegados al proceso y que son objeto de valoración probatoria, se debe tener en cuenta como hechos probados:

1) Copia auténtica de Registro Civil de Nacimiento del señor Camilo Manrique Cortes, padre de Camilo Manrique Serrano. (fl.4 c1)

2) Copia auténtica de Registro Civil de Nacimiento de la señora Olga Serrano Perdomo, madre de Camilo Manrique Serrano. (fl.5 c1)

3) Copia auténtica de los Registros Civiles de Nacimiento de Camilo Manrique Serrano. (fl. 14 c1), y de sus hermanos Olga Mercedes Serrano Manrique (fl.8 c1), María Custodia Serrano Manrique (fl.9 c1), Omar Alfonso Serrano Manrique (fl.10 c1), Elsy Alba Serrano Manrique (fl.11 c1), en cuyo respaldo se lee la siguiente nota:

<sup>50</sup> En este sentido se ha pronunciado la Corporación, entre otras, en la sentencia T- 136 de 2004 MP Manuel José Cepeda Espinosa

<sup>51</sup> Corte Constitucional, sentencias T- 1059 de 2006; T- 062 de 2006; T- 730 de 2007; T- 536 de 2007; T- 421 de 2007.

<sup>52</sup> Sentencia de 18 de febrero de 2010. Exp. 17655.



"Se corrige apellido materno, según oficio N° 1034 Dic. 6/78, del Juzgado Segundo Civil del = Circuito, estaba inscrito en el serial N° 0014-9464 de fecha Dic. 12/78"; y de Consuelo Patrocinia Manrique Serrano (fl.12 c1) y José Uberlis Manrique Serrano, Hermanos de Camilo Manrique Serrano. (fls. 8 a 13 c1), a cuyo respaldo no se lee la anotación en mención.

4) Copia auténtica del Registro Civil de Nacimiento de Marlene de los Reyes Avendaño (fl.15 c1)

5) Certificación expedida por la Notaria Primera del Circulo de Barranquilla, en la cual consta que al indicativo Serial N° 579509 del 13 de junio de 1986, se encuentra la inscripción del Registro Civil de Matrimonio celebrado entre Camilo Manrique Serrano y Marlene Judith de los Reyes Avendaño. (fl.16 c1).

6) Copia auténtica de los Registros Civiles de Nacimiento de Merly Johanna Manrique de los Reyes y Camilo Jesús Manrique de los Reyes, hijos de Camilo Manrique Serrano y Marlene de los Reyes Avendaño. (fls.17 y 18 c1)

7) Certificado de Existencia y Representación Legal de la Clínica del Cesar Ltda del 7 de mayo de 1.977 (fls. 19 a 21 c1)

8) Certificado de Existencia y Representación Legal de la Clínica del Cesar Ltda. del 4 de julio de 1.977. (fls. 19 a 21 c1)

9) Certificado de Matrícula y Administración de Sucursal y/o Agencia de la Fundación Médico Preventiva para el Bienestar Social Ltda.(fl.24 c1).

10) Copia auténtica de la Historia Clínica del señor Camilo Manrique Serrano proveniente de la Clínica del Cesar, firmada por el Doctor Jhonnys Flórez Mendoza (fls. 100 a 147 c4).

11) Copia auténtica del contrato de prestación de servicios médicos N° 039 del 29 de febrero de 1996, suscrito entre Cajanal y la Fundación Médico Preventiva para el Bienestar Social Ltda., en el cual está se obligó a nombre de aquella a prestarle los servicios médico asistenciales a los afiliados de Cajanal, es decir Funcionarios



de la Rama Judicial y de Poder Público (fls. 332 a 343 c2) y la adición N° 01 efectuada al mismo (fls. 344 y 345 c2).

12) Oficio de 24 de abril de 1994, suscrito por el Gerente de la Clínica del Cesar Ltda., en cuyo N° 5 señalo que al revisar la historia clínica del señor Camilo Manrique y la hoja de enfermería transquirúrgica donde se registran todas las órdenes dadas por el cuerpo médico no se encontró que el Doctor Jhonny Flórez Mendoza hubiese solicitado estudio de colangiografía transoperatoria, y se anexa fotocopia de carta de cobro de 10 de marzo de 1887 por la adquisición del equipo portátil de rayos X marca universal y se afirma que el mismo siempre habría permanecido en dicha institución en perfectas condiciones.(fls. 100 y 101 c4)

13) Original de constancia expedida por la pagadora de la Dirección de Administración Judicial, Seccional Cesar, sobre la asignación básica devengada por el señor Manrique Serrano a 6 de mayo de 1.996. (fl.35 c1).

14) Copia simple de Ecografía Hepatobiliar (fl.50 c1) que le fue practicada al señor Camilo Manrique Serrano por el Doctor Armando Arredondo Daza, el 30 de mayo de 1.996 en el Centro Radiológico y Ecográfico en la cual se determinó que tenía cálculos en su vesícula y su copia original (fl.153 c4)

15) Copia simple de oficio del 12 de junio de 1.996 suscrito por el señor Rafael Castañeda Flórez, Coordinador Médico Nacional de la Fundación Medico Preventiva para el Bienestar Social Ltda. I.PS. (fl.37 y 38 c1)

16) Copia simple de incapacidad otorgada al señor Manrique Serrano por la Fundación Médico Preventiva para el Bienestar Social Ltda., de fecha 19 de junio de 1.996.(fl.39 c1).

17) Copia auténtica de Colangiografía de fecha 24 de junio de 1.996 realizada al señor Camilo Manrique Serrano en la Unidad Médica Santa Isabel de Valledupar y en la cual se señala obstrucción en la vía biliar superior. (fls. 115 c4).

18) Original de recibo de caja N° 5504 del 28 de junio de 1.996 por suma de trescientos mil pesos (\$300.000), que el señor Manrique serrano canceló a la



Clínica del Cesar, por excedente de habitación. (fl.29 c1), con la respetiva certificación de emisión y pago de la suma referida a la Entidad en mención, la cual se dio mediante Oficio de 6 de abril de 2006, suscrito por Hernando Sáenz Jiménez, Gerente de la Clínica del Cesar Ltda. (fl. 521 c3)

19) Colangiografía Retrógrada Endoscópica del 30 de junio de 1.996, realizada al señor Camilo Manrique Serrano en la Clínica del Bosque y en la cual se señala obstrucción en la vía biliar superior. (fls. 115 y 191 c4).

20) Copia autentica de oficio de 3 de julio de 1996, suscrito por el Doctor Yonis Flórez Mendoza, mediante el cual se explica al señor Camilo Manrique el procedimiento quirúrgico que se le realizo, y se señalo *"no se pudo visualizar con certeza el cabo proximal, ya que no contamos en el momento con colangiografía transoperatoria"*(fl.189 c4)

21) Copia simple de certificaciones suscritas por Gerente Regional y Director Médico de la Fundación Médico Preventiva para el Bienestar Social de Bogotá, donde se requiere prorroga de las incapacidades otorgadas al señor Manrique Serrano (fls. 40, 41 y 42 c1) de fechas 12 de julio, 25 de julio y 6 de agosto de 1.996, respectivamente.

22) Resumen de la historia Clínica suscrito por el DR. WILLIAN FLYE, el 16 de agosto de 1.996 en la que se indicó que el señor Manrique Serrano había ingresado con un diagnostico de *"ICTERICIA OBSTRUCTIVA SECUNDARIA A ESTENOSIS BENIGNA DE LA VÍA BILIAR"* y que *"El diagnostico definitivo de la anatomía patologica(sic) fue un GRANULOMA A CUERPO EXTRAÑO que produjo la obstrucción Biliar"*(fl.124 c2).

23) Copia simple del oficio D.S.S 355 del 4 de septiembre de 1.996, suscrito por Mario René Rivera Martínez, Médico de Cajanal E.P.S y Carlos Sebastián Daza, asesor jurídico de dicha entidad, dirigido a la señora Raquel Álvarez de Medina, Gerente de la Fundación Médico Preventiva para el Bienestar Social, donde se le requiere para que conteste de manera completa el oficio D.S.S 260. (fl.43 c1).



- 24) Copia simple de oficio del 11 de septiembre de 1.996, suscrito por Raquel Alvarez de Medina, Gerente Regional de la Fundación Médico Preventiva para el Bienestar Social, regional cesar, mediante el cual se dio respuesta a los oficios DSS 249,260,330 y 335 expedidos por CAJANAL- E.P.S.(fls 44 a 46 c1).
- 25) Copia auténtica de certificación suscrita por la Jefe de División de Control y Vigilancia del Departamento Administrativo de Salud del Cesar, DASALUC sobre el nivel de atención de la Clínica del Cesar Ltda. y que cumple con las condiciones técnico-sanitarias para su funcionamiento a 5 de noviembre de 1.996. (fls. 326 c2) y resolución de Licencia. (fl.327 y 328 c2)
- 26) Original de Certificación del 6 de noviembre de 1.996, expedida por la Caja Nacional de Previsión Social, sobre la suma de dos millones novecientos veintiséis mil seiscientos ochenta y cuatro pesos m/cte. (\$2.926.684.00) cancelada al señor Manrique por los 70 días que estuvo incapacitado. (fl.31 c1)
- 27) Original de Acta N° 002, expedida por el comité Ad-Hoc de la Caja Nacional de Previsión Seccional Cesar Valledupar el 7 de diciembre de 1.996 mediante la cual se concluye que de la colecistitis litiasica subaguda a la que fue sometido el señor Manrique Serrano, hubo una lesión inadvertida de la vía biliar extrahepática, que el paciente no ingreso sano a la Cirugía, y que nunca estuvo en peligro de muerte, y que *lo presentado fue complicación de la lesión inadvertida ya descrita.*(fls.33 y 34 c1).
- 28) Copia simple de oficio del 10 de enero de 1997 suscrito por el señor Dagoberto Rojas Chávez, Director Seccional del Cesar, dirigido al Doctor Hugo Mariño León, Coordinador de Auditoria Médica, de la Subdirección General de Salud de Cajanal, mediante el cual se concluye que conforme "*a los análisis Técnico Científicos realizados al expediente del paciente CAMILO MANRIQUE, La lesión ocasionada fue de carácter inadvertido según concepto emitido por el comité AD-HOC*", y que en razón de ello no se encontraba merito para iniciar una investigación por incumplimiento contractual.(fl. 731 c3)
- 29) Copia auténtica de la Historia Clínica N° 27001 del señor Manrique Serrano proveniente del Instituto de Cardiología de la Fundación Cardio-Infantil, referente a



la atención médica que le fue prestada en dicha Institución en fecha 16-07-96. (fls. 525 A 535 c3).

30) Oficio del 13 de abril de 1.998, en el cual se certifica que el Señor Camilo Manrique Serrano estuvo hospitalizado en la Fundación Cardio-Infantil, entre los días 16 y 20 de Julio de 1.996. y fue atendido por el Doctor Héctor Espinosa (fl.524 c3).

31) Resumen médico de egreso elaborado por Héctor Espinosa, médico al servicio del Instituto de Cardiología de la Fundación Cardio-infantil en la cual se lee:

*"Paciente quién ingresa por presentar un cuadro de ictericia probablemente de origen obstructivo luego de un procedimiento quirúrgico realizado en otra ciudad e institución.*

*Inicialmente se le realizó una colangiografía percutánea en donde se demuestra la presencia de obstrucción completa de la vía biliar en la región hepatocolédoco proximal inmediatamente después de la confluencia (sic) de los hepáticos, a 1.5 cm de longitud y dilatación severa de los conductos biliares intrahepáticos (sic).*

*Se intentó practicar canalización transestenótica de la vía biliar sin obtenerse resultados y por lo tanto se suspende el procedimiento.*

*El procedimiento fue presenciado por su médico tratante quién junto con el suscrito tomamos la decisión de intervenirlos quirúrgicamente para una reconstrucción de la vía biliar luego de la iatrogenia descrita." (fl. 526 c3).*

32) Copia de Historia clínica del señor Camilo Manrique Serrano allegada por la Clínica del Bosque Ltda. (fls 674 a 721 c3)

33) Copia autentica de hoja de vida del Doctor Jhony Flórez Mendoza (fls. 622 a 625 c3)

34) Copia auténtica del contrato de prestación de servicios celebrado entre la Fundación Médico Preventiva y el Doctor Jhony Flórez Mendoza, y los documentos con los cuales este acreditó su profesión de médico y su especialidad de cirujano. (fls. 627 a 649 c3).

35) Copia auténtica de contrato de servicios Clínicos, Médicos y Hospitalarios, celebrado entre la Fundación Médico preventiva para el Bienestar Social I.P.S y la Clínica del Cesar Ltda. (fls. 650 a 652 c3)



- 36) Oficio del 13 de marzo de 1.998, mediante el cual se hace constar el valor total que dejo de percibir el señor Camilo Manrique Serrano en razón de su incapacidad. (fl.503 c3)
- 37) Oficio n° 0160 expedido por la Dirección Seccional de Administración Judicial del Cesar el 27 de marzo de 1.998, en la cual se hace constar que para el 8 de junio de 1.996, el señor Camilo Manrique era funcionario Judicial, así como también que se encontraba afiliado a Cajanal, el monto del salario devengado por el mismo y lo descontado con ocasión de los 115 días que se le otorgaron de incapacidad; así como también el monto del salario devengado en la actualidad.(fls. 501 a 502 c3).
- 38) Original de Dictamen pericial del 13 de abril de 1998, elaborado por los señores peritos Humberto Lara Huertas y Juan Bautista Morales Montero sobre salas de cirugía existentes, condiciones hospitalarias, medios técnicos y tecnológicos, equipos de cirugía y reanimación que posee la Clínica del Cesar Ltda. (fls. 506 a 517 c3)
- 39) Original de constancias expedidas por el señor Luis Eduardo Martínez Miranda, propietario del Vehículo de placas SEH 650 Taxi, de fechas 6 de diciembre de 1.996, y 3 de marzo de 1997 en las cuales hace constar sobre los valores que le fueron cancelados por concepto de los servicios de transporte que prestó desde el 5 de julio al 20 de agosto de 1.996, a la Fundación Médico Preventiva , Fundación Cardioinfantil y Clínica del Bosque, y desde el 31 de enero al 23 de febrero de 1.997 al Centro Radiológico Teusaquillo, al Hospital Infantil Lorencia Villegas de Santos, y a la Clínica del Bosque respectivamente. (fl.25 y 26 c1)
- 40) Original de constancias expedidas por el señor Rafael Enrique Cantillo Torregroza, de fechas 2 de diciembre de 1.996 y 3 de marzo de 1.997 en las cuales hace constar sobre los valores recibidos por concepto de servicios de Hospedaje, alimentación, y lavado de ropa que le fueron prestados desde el 5 de julio hasta el 20 de agosto de 1.996, y desde el 31 de enero al 23 de febrero de 1.997 respectivamente.(fls. 27 y 28 c1).



- 41) Original de Certificación del 10 de marzo de 1.997, expedida por la Caja Nacional de Previsión Social, sobre la suma de un millón doscientos veintidós mil quinientos cinco pesos MCTE (\$1.222.505.00) Mcte cancelada al señor Manrique por los 24 días que estuvo incapacitado, periodo comprendido desde el 10 de febrero al 7 de marzo de 1.997 (fl.32 c1).
- 42) Original de certificación expedida por la Jefe de la Oficina de Recursos Humanos de la Dirección Seccional de Administración Judicial del Cesar el 17 de marzo de 1.997, sobre la asignación mensual devengada por el señor Manrique Serrano en su cargo de Juez Penal del Circuito de Aguachica, las licencias por incapacidad que le fueron otorgadas según certificados de incapacidad N° 4422 y 4435 expedidos por la Caja Nacional de Previsión social, y el monto de lo que se le cancelo por estas.(fl. 36 c1).
- 43) Copia auténtica de la sentencia del 29 de marzo del año 2000 (fls. 201 a 211 c1) proferida por el Tribunal de Ética Médica del Magdalena mediante la cual se suspende por el término de tres meses al Dr. JHONNY FLOREZ MENDOZA en el ejercicio de su profesión, por violación al artículo 15 de la ley 23 de 1981 y la sentencia del 17 de agosto de 2000 (fls. 196 a 200 c1) proferida por el Tribunal Nacional de Ética Médica, que confirmo dicha decisión.
- 44) Original de Certificaciones expedidas por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística sobre el incremento de I.P.C. entre febrero de 1996 a enero de 1998, y desde mayo de 1996 a marzo de 1993, mediante oficios N° 2275 y 3982. (fls. 536, 537, 560 y 561 c3).
- 45) Oficio N° 4104 mediante el cual la Superintendencia Bancaria remite copia auténtica de las resoluciones 0996 del 29 de marzo de 1990, por la cual se adoptó la Tabla Colombiana de Mortalidad de los Asegurados, 1984/88 y 0585 del 11 de abril de 1994, mediante las cuales se adopta la tabla de mortalidad, de invalidez de activos, de mortalidad de inválidos y de rentistas. (fls. 538 a 556 c3)
- 46) Original de Certificación expedida por el Banco de la República, sobre el valor del gramo oro a 7 de abril de 1998.(fl. 559 c3).



- 47) Original de constancia de afiliación suscrito por Dagoberto Rojas Echavez el 27 de abril de 1998, por CAJANAL E.P.S. en la cual hace constar que el señor Camilo Manrique estuvo afiliado a dicha entidad desde el 9 de abril de 2003 y anexa formulario de inscripción n° 00988313 (fls. 150 a 152 c4).
- 48) Copia simple de auditorías médicas que CAJANAL E.P.S, efectuadas en "Policlínica San Pablo" al Doctor "Romano Olivieri Duque, Medicina Externa", a la Clínica del niño, y Fundación Médico Preventiva con sedes en Ocaña, Aguachica, Gamarra, Chimichagua, Tamalameque, la Gloria, Chiriguana, con ocasión de la función de vigilancia que debía ejercer sobre los contratos celebrados por la Fundación Médico Preventiva.(fls.41 a 58 c5), ninguna de las instituciones correspondía a centros médicos al servicio de la fundación en Valledupar)
- 49) Dictamen pericial al cual se dio respuesta mediante oficio del 21 de mayo de 1.998 suscrito por el Instituto Nacional de Medicina Legal, Seccional Bucaramanga, en el cual se rinde concepto Médico sobre el examen Físico (fls. 233 y 234 c5) realizado al señor Camilo Manrique, e informa sobre el tipo de lesiones sufridas su causa, su gravedad, partes del cuerpo que se vieron afectadas, y sus secuelas, (fls. 236 y 237 c5).
- 50) Copia auténtica del resumen de la Historia Clínica del Señor Camilo Manrique elaborado por el Instituto Nacional de Medicina Legal, seccional Bucaramanga (fls.235 y 235 c5)
- 51) Dictamen pericial al cual se dio respuesta mediante oficio del 23 de febrero de 1.999 suscrito por el Instituto Nacional de Medicina Legal, Seccional Cesar, en el cual se rinde concepto Médico sobre el examen Físico realizado al señor Camilo Manrique, e informa sobre el tipo de lesiones sufridas su causa, su gravedad, partes del cuerpo que se vieron afectadas, y sus secuelas, y se afirma que en la colecistectomía realizada se presento una complicación "YATROGÉNICA", es decir una alteración del paciente producida por el médico (fls. 207 y 229 c6).
- 52) Dictamen Pericial Médico Laboral, al cual se dio respuesta mediante oficio del 17 de junio de 1.999 suscrito por la División de empleo y seguridad social del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, con sede en Bucaramanga, sobre el



porcentaje de disminución de la capacidad laboral del señor Camilo Manrique, la cual se determinó en un porcentaje del 25.5% de origen común en accidente quirúrgico (fls. 234 y 235 c.6).

53) Testimonio rendido por el señor Humberto Jurado Abril, en el que se manifestó:

*"PREGUNTADO: Informe al Despacho si usted conoce de trato, vista y comunicación al Dr. CAMILO MANRIQUE SERRANO, en caso afirmativo desde qué tiempo y por qué motivo. CONTESTO: Sí lo conozco desde la infancia por haber vivido en el mismo barrio el Doce de Octubre y por haber estudiado juntos en el Colegio Loperena. Tengo aproximadamente más de treinta años de conocerles. Tenemos actualmente una relación de treinta años de conocerles. Tenemos actualmente relación de compadrazgo desde hace más de siete años.*

*(...)*

*PREGUNTANDO: Diga si al Dr. CAMILO MANRIQUE SERRANO, a su esposa, hijos, padres y hermanos se les causó alguna clase de perjuicios (materiales y morales) como consecuencia de la lesión recibida con ocasión de la intervención quirúrgica practicada a él el 8 de junio de 1996 en la Clínica de Cesar, en caso afirmativo exprese qué clase de perjuicios recibieron. CONTESTO: Sí se les causó perjuicios. Para mí los perjuicios fueron y han sido morales y materiales (...). Desde el punto de vista material se causaron daños debido a que él dejó de laborar normalmente al estar incapacitado. Dentro de esa familia me consta que es la persona que responde por todos, por esposa, hijos, padres y aún por hermanos. Recuerdo que él se preocupaba mucho porque al estar incapacitado no iba a recibir el 100% de su salario, y aún más la demora que iba a existir para el pago de la incapacidad, Los gastos de hospitalización que por la misma situación que estaba padeciendo solicitó en la Clínica del Cesar. Gastos de Transportes, de medicamentos, de estadía en Bogotá, ya que viajó con su esposa y un hermano" (fls. 578 a 582 c3)*

54) Testimonio rendido por la señora DANITH CECILIA BOLIVAR OCHOA, Juez Segunda Civil Municipal de Valledupar en el que se manifestó:

*"PREGUNTADA: Informe al Despacho si usted conoce de trato, vista y comunicación al Dr. CAMILO MANRIQUE SERRANO, en caso afirmativo desde qué tiempo y por qué motivo. CONTESTO: Si lo conozco, lo conozco de vista, trato y comunicación, aproximadamente desde 1990 cuando él ingresó al poder judicial como juez. Además de colegas, de compañeros de trabajo, somos amigos.*

*(...)*

*PREGUNTADA: Diga si al Dr. CAMILO MANRIQUE SERRANO, a su esposa, hijos, padres y hermanos se les causó alguna clase de perjuicios (materiales y morales) como consecuencia de la lesión recibida con ocasión de la intervención quirúrgica practicada a él el 8 de junio de 1996 en la Clínica de Cesar, en caso afirmativo exprese qué clase de perjuicios recibieron. CONTESTO: De acuerdo con lo que vengo diciendo, es entendible que su esposa, como sus hijos sufrieron perjuicios de tipo moral y económico por qué no deja de ser una pena tener un familiar tan cercano cabeza de familia que su esposa no trabaja, en delicado estado de salud, incapacitado, pues se sabe que los ingresos en esas condiciones bajan en un 75%, que es de todos conocido que la Caja de previsión*



*no los paga inmediatamente y por tales razones ellos, su esposa, tuvieron que conseguir un dinero prestado para solventar la crisis. En cuanto a sus padres tengo entendido que él les tiene asignada una pensión, no trabajan y él los ayudaba económicamente, resultando también afectados ellos por la situación que estaba padeciendo su hijo, moral y económicamente.(fls.583 a 586 c3).*

55) Testimonio rendido por el señor Heriberto Sánchez Herrera, en el que se manifestó:

*"PREGUNTADA: Diga si al Dr. CAMILO MANRIQUE SERRANO, a su esposa, hijos, padres y hermanos se les causó alguna clase de perjuicios (materiales y morales) como consecuencia de la lesión recibida con ocasión de la intervención quirúrgica practicada a él el 8 de junio de 1996 en la Clínica de Cesar, en caso afirmativo exprese qué clase de perjuicios recibieron. CONTESTO: Si el perjuicio más grande es el moral, por haber atentado contra su salud...El económico, porque como bien se sabe, cuando a uno lo incapacitan el Estado no cancela el 100% del salario que devengamos los Colombianos, lo cual viene a atentar con la forma de vida de su familia y de él mismo, ya que también aparte de los gastos de la Institución donde uno está afiliado, se tiene gastos como los que él tuvo que sostener para tener a su esposa ya a su hermano en la ciudad de Bogotá para que lo pudieran atender y hacerle las diligencias que se requerían para las tres o cuatro intervenciones quirúrgicas que se le hicieron en Bogotá también, más los gastos que tenía con sus hijos y sus padres que ayuda naturalmente en la ciudad de Valledupar (...)" (fls.587 a 591 c3)*

56) Pruebas Testimoniales de los señores Ángel Antonio Montaña Barón,(fls. 592 a 595 c3), Miguel Ángel Barbosa Quintero (fls.596 a 599 c3), Osmin Darío Melgarejo Zuleta (fls. 600 a 603 c3) Bernardo de Jesús Cubillos Serna (fls.604 a 609 c3) Franklin Martínez Serrano. (fls. 610 a 614 c3)

## 6. Problema jurídico

¿Cabe imputar la responsabilidad a las entidades demandadas y al llamado en garantía Yonny Flórez Mendoza, por el daño antijurídico ocasionado al señor Camilo Manrique Serrano y sus familiares como consecuencia de las lesiones que le fueron ocasionadas por la intervención quirúrgica (Colecistectomía) que se le practicó el 8 de junio de 1.996 en las instalaciones de la Clínica del Cesar Ltda., por el Doctor Yonis Flórez Mendoza, médico adscrito a la Fundación Médico Preventiva para el Bienestar social?



## 7. El daño antijurídico.

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

*"... antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima. De otra lado, la concepción del daño antijurídico a partir de la consideración de que quien lo sufre no está obligado a soportarlo constituye otra forma de plantear el principio constitucional según el cual, la igualdad frente a las cargas públicas es sustento de la actividad de la administración pública"*<sup>53</sup>.

Así pues, el precedente jurisprudencial constitucional ha señalado,

*"La Corte Constitucional ha entendido que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración"*<sup>54</sup>.

De igual manera, el precedente jurisprudencial constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los *"principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución"*<sup>55</sup>.

<sup>53</sup> Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. Así mismo, se considera: *"El artículo 90 de la Carta, atendiendo las (sic) construcciones jurisprudenciales, le dio un nuevo enfoque normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado desplazando su fundamento desde la falla del servicio hasta el daño antijurídico. Ello implica la ampliación del espacio en el que puede declararse la responsabilidad patrimonial del Estado pues el punto de partida para la determinación de esa responsabilidad ya no está determinado por la irregular actuación estatal – bien sea por la no prestación del servicio, por la prestación irregular o por la prestación tardía- sino por la producción de un daño antijurídico que la víctima no está en el deber de soportar, independientemente de la regularidad o irregularidad de esa actuación"*. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002.

<sup>54</sup> Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-918 de 2002. A lo que se agrega: *"El artículo 90 de la Constitución Política le suministró un nuevo panorama normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado. En primer lugar porque reguló expresamente una temática que entre nosotros por mucho tiempo estuvo supeditada a la labor hermenéutica de los jueces y que sólo tardíamente había sido regulada por la ley. Y en segundo lugar porque, al ligar la responsabilidad estatal a los fundamentos de la organización política por la que optó el constituyente de 1991, amplió expresamente el ámbito de la responsabilidad estatal haciendo que ella desbordara el límite de la falla del servicio y se enmarcara en el más amplio espacio del daño antijurídico"*. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002.

<sup>55</sup> Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001.



Asimismo, debe quedar claro que es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente de la Sala un *"Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos"*<sup>56</sup>. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable<sup>57</sup>, anormal<sup>58</sup> y que se trate de una situación jurídicamente protegida<sup>59</sup>.

Para el caso de autos y con sustento de todo el conjunto probatorio antes descrito, la Sala encuentra acreditado que el señor Camilo Manrique Serrano sufrió una lesión "inadvertida" en la vía biliar extra hepática como consecuencia de la intervención quirúrgica que se le practicara el 8 de junio de 1996 en la Clínica del Cesar por el médico Yonny Flórez Mendoza, profesional adscrito a la Fundación Médico Preventiva para el Bienestar Social I.P.S. Sobre el particular, obran i) el dictamen para calificación de la pérdida de la capacidad laboral y determinación de la invalidez; ii) el dictamen del Instituto Nacional de Medicina legal y Ciencias Forenses – Dirección Seccional Cesar y; iii) el acta del comité AD-HOC de CAJANAL E.P.S. Seccional Cesar, en los que consta:

Dictamen para calificación de la pérdida de la capacidad laboral y determinación de la invalidez llevado a cabo el día 11 de junio de 1999, en el consultorio de medicina del trabajo de la Dirección Regional Santander estableció:

*"En base a lo anterior y teniendo en cuenta los criterios de deficiencia, discapacidad y minusvalía, contemplados en el Decreto 692 del 26 de abril de 1905, Manual Unico de Calificación de In validez, este despacho dictamina que el señor CAMILO MANRIQUE SERRANO, presenta una disminución de su capacidad funcional global de 25.51 de origen común en accidente quirúrgico, discriminados así; DEFICIENCIA combinada del 20%, DISCAPACIDAD de 1% y MINUSVALIA de 4.5%."*

<sup>56</sup> Agregándose: "Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede exigirle al juez que, como no le alcanzan sus recursos fiscales, no le condene por ejemplo, por los atentados de la fuerza pública, contra la dignidad de la persona humana". Sentencia de 9 de febrero de 1995. Exp.9550.

<sup>57</sup> Sentencia de 19 de mayo de 2005. Rad. 2001-01541 AG.

<sup>58</sup> "por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio". Sentencia de 14 de septiembre de 2000. Exp.12166.

<sup>59</sup> Sentencia de 2 de junio de 2005. Rad. 1999-02382 AG.



El dictamen del Instituto Nacional de Medicina legal y Ciencias Forenses – Dirección Seccional Cesar, determinó que,

*“Una vez analizado paso a paso los acontecimientos, podemos manifestar que se trata de una lesión que el cirujano produjo sin darse cuenta en las vías biliares, durante una Colectectomía convencional o standard, esta lesión se considera de origen YATROGENICO, descrita ampliamente en la literatura universal, y la cual le puede suceder a cualquier cirujano que se dedique a realizar este tipo de cirugía. Todo procedimiento quirúrgico, tiene sus riesgos de complicaciones, así sean mínimos pero existen.*

*Frecuencia de esta Yatrogenia: Para el caso que nos ocupa, las cifras de lesión del colédoco son de 1 (un) caso en 1000 (mil) pacientes operados.*

*I. SECUELAS MEDICO LEGALES. Las complicaciones presentadas en el señor Camilo Manrique Serrano originaron las siguientes secuelas médico legales al paciente.*

- 1. Deformidad Física que afecta el cuerpo de carácter permanente (originado en las cicatrices, por las diversas intervenciones quirúrgicas).*
- 2. Perturbación Funcional del órgano de la Digestión de carácter permanente.*
- 3. Perturbación Funcional del sistema inmunológico de carácter permanente. Esto debido al paso directo de la flora bacteriana del intestino, a los conductos hepáticos, lo que produce inflamación de las vías hepáticas, fenómeno denominado Colangitis,*

*Al igual que el paso de bacterias al torrente sanguíneo a través de la circulación hepática debido a la hepatoyeyunostomía realizada; que con la actividad física y/o sexual, generan en el paciente bacteremias periódicas que aumentan el riesgo de procesos infecciosos.*

*El pronóstico a largo plazo, de la complicación presentada en el señor Camilo Manrique Serrano es reservado. La literatura médica mundial describe que un 20% de los pacientes con hepatoyeyunostmia en Y de Roux con asa subcutánea, se Obstruyen o sea que no drenan la bilis, por las Colangitis a repetición que se les presenta, requiriendo reintervenciones quirúrgicas.”*

Y, el comité AD-HOC de CAJANAL E.P.S. Seccional Cesar, concluyó que

*“Revisado los documentos en la Historia Clínica el paciente fue operado por un proceso de colecistitis litiasica subaguda, la descripción que hace el Cirujano es muy adecuada y amplia donde describe el gran proceso inflamatorio, con múltiples adherencias y alteraciones de la anatomía causadas por la misma inflamación.*

*Lo único que podemos concluir es que hubo una lesión inadvertida de la vía biliar extrahepática.”*

## **8. La imputación de la responsabilidad**

Antes de analizar la atribución jurídica de la responsabilidad de las entidades demandadas, procede la Sala a examinar las circunstancias de tiempo, modo y lugar, con base en el estudio de la historia clínica del actor:



El señor CAMILO MANRIQUE SERRANO, de 36 años de edad ingresa a la I.P.S. Fundación Médico Preventiva para el Bienestar Social Limitada el día 30 de mayo de 1996 a las 5:00 horas por cuadro clínico de dolor tipo cólico de dos horas de evolución en epigastrio de moderada intensidad. Examen físico: Signos vitales: F.C: 104 ppr minuto, demás signos estables, abdomen no doloroso, sin signos de irritación peritoneal. Diagnóstico de ingreso: 1) Enfermedad ácido péptica: 1.a) Gastritis aguda, 1.b) Reflujo gastroesofágico?, 2) Colecistitis aguda. El médico ordena Buscapina (ipmpositum amp. + Ranitidina 50 mgrs. amp. para pasar en bolo i.v. ahora. Se practican ecografía hepatobiliar en las horas de la mañana que informa: Colelitiasis. El Cirujano General lo valora el 31 de mayo y anota buena respuesta al tratamiento instalado y ordena de alta con orden para laboratorio, E.K.G., Rayos x de tórax, endoscopia, cita al consultorio y fórmula médica con ranitidina y antepsín. De alta a las 10:00 horas del 31 de mayo de 1996.

Consulta de nuevo al servicio de urgencias el 31 de mayo a las 18:20 horas por dolor retroesternal y precordial tipo opresivo acompañado de disnea que se acentúa con la inspiración profunda. Diagnósticos: 1) Enfermedad ácido péptica, 2) Esofagitis. Conducta: 1) Buscapina ampolla i.v.

Regresa a consulta de urgencias el 2 de junio de 1996 a las 14:00 horas por la misma sintomatología, pirosis irradiado a tórax anterior. Diagnósticos: 1) Enfermedad ácido péptica, 2) Reflujo gastroesofágico - Esofagitis, 3) Cólico biliar, 4) Ansiedad. Conducta: antiespasmódicos + xanax 0.25 mgrs. + hidróxido de aluminio. El 3 de junio del mismo año vuelve a consulta de urgencias a las 9:30 horas con los diagnósticos: 1) Enfermedad ácido péptica, 2) pancreatitis. Lo remiten a cirugía.

El 8 de junio de 1996 a las 7:30 horas ingresa a la I.P.S. Clínica del Cesar Ltda., con orden de la I.P.S. Fundación Médico Preventiva para el Bienestar Social Ltda., para colecistectomía, con signos vitales estables.

A las 7:55 horas se traslada a salas de cirugía. Diagnóstico preoperatorio: 1) Colelitiasis; Diagnóstico postoperatorio: Colelitiasis, 2) Colecistitis subaguda. Procedimiento realizado: Colecistectomía. Hallazgos: vesícula biliar emplastrada, cubierta por duodeno, colon transversal, epipión unido por



adherencias firmes de difícil disección con pérdida de las relaciones anatómicas del triángulo de Callot, un cístico muy corto y adherido a la vía biliar extrahepática, la cual no se identificó plenamente. El paciente evoluciona con un postoperatorio tórpido tolera regular la vía oral, icterico al segundo día postoperatorio con dolor en el sitio del dren, distensión abdominal, peristaltismo disminuido, coluria.

El 11 junio de 1996 a las 16:45 horas lo trasladan a sala de cirugía para intervención. Diagnóstico preoperatorio: Obstrucción biliar. Diagnóstico postoperatorio: igual + fuga biliar + biliperitoneo de 2 litros.

Hallazgos: Lesión transversal de la vía biliar extrahepática con una vía biliar muy delgada (colédoco de 0.5 centímetros de calibre) con natas fibrinopurulentas y edema importante y tejidos muy friables por lo que se decide canular la vía biliar con sonda en T número 10 (los otros números no fueron posible pasarlos). Se lavó la cavidad exhaustivamente con solución salina. Técnicamente por las condiciones del paciente y lo descrito no fue posible ni era conveniente realizar una anastomosis biliodigestiva. Se deja hemovac en hiato de wislovy. Evolución postoperatoria de la reintervención en los primeros ocho días con mejoría clínica, de alta a su domicilio con cuidado de sonda en T y hemovac el 19 de junio de 1996.

A partir del 20 de junio de 1996: con ictericia progresiva, coluria, con prurito generalizado, pérdida de peso, insomnio y aumento de las pruebas funcionales hepáticas.

El 24 de junio de 1996: Colangiografía por la sonda en T: observándose buen llenado del colédoco común; mientras que el árbol biliar no se opacifica por lo que puede corresponder a obstrucción de la sonda en T. Ecografía del mismo día: no hay dilatación de las vías biliares.

Le hacen remisión el 4 de julio de 1996 con los diagnósticos: 1) Ictericia obstructiva, 2) Hiperbilirrubinemia.



El 17 de julio de 1996 le practican de manera ambulatoria en la Fundación Cardio infantil de la ciudad de Santa Fe de Bogotá: Colangiografía percutánea donde se demuestra la presencia de una obstrucción completa de la vía biliar en la región del hepatocolédeco proximal inmediatamente después de la confluencia de los hepáticos, a 1.5 centímetros de longitud, con dilatación severa de los conductos intra hepáticos. Posteriormente por la misma vía transhepática se cateterizó la vía Biliar a través del conducto hepático derecho y se intentó atravesar la legión obstructiva completa lo cual fue imposible; debido a este hallazgo se dejó un catéter de drenaje biliar externo, por lo que lo hospitalizan el 18 de julio y egresan a los dos días el 20 de julio de 1996 en la misma Fundación Cardio Infantil y toman la decisión de intervenirlo quirúrgicamente para una reconstrucción de la vía biliar.

El 23 de julio de 1996 ingresa a la clínica El Bosque de la ciudad de Santa Fe de Bogotá. Es llevado a sala de cirugía el día 27 de julio de 1996 con diagnóstico preoperatorio y postoperatorio: 1) Estenosis benigna de la vía biliar Bismuth tipo III. Intervención realizada: 1) Hepatoyeyunostomía en Y de Roux con asa subcutánea. Hizo neumonía basal derecha intrahospitalaria, resuelta. Egresa el 9 de agosto del mismo año con pruebas funcionales hepáticas y biliares normales. Continuó con controles en la ciudad de Valledupar. Reingresa a la Clínica El Bosque de la ciudad de Santa Fe de Bogotá el 2 de febrero de 1997 por: 1) Eventración. Le realizan: 1) Eventrorrafia sin malla, el 11 de febrero de 1997. Egreso: el 17 de febrero de 1997.

Para la Sala el estudio de la imputación del daño en el caso concreto parte de encuadrar el mismo en el régimen de la responsabilidad por falla probada (que ya fue señalado en apartados anteriores). Y debe recordarse, como lo hace la doctrina extranjera:

*"Lo que nunca podrá presumirse es la relación de causalidad que habrá que demostrar en cualquier ámbito tanto civil como administrativo y el problema concreto será el de determinar si los daños acaecidos han sido causados por las deficiencias sanitarias —o por la actuación de la Administración Pública Sanitaria sin más- o simplemente por la naturaleza del enfermo o por otra causa"*<sup>80</sup>.

<sup>80</sup> FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. *Sistema de responsabilidad médica*. 5ª ed. Granada, Comares, 2007, p.598.



De conformidad con lo anterior, cabe afirmar que Camilo Manrique Serrano tenía el derecho a recibir un tratamiento y procedimiento médico asistencial completo, eficiente y necesario para su restablecimiento lo que no comprende la recuperación total, sino la mejora en el cuadro clínico que presentaba.<sup>61</sup>

El análisis anterior, encuentra sustento en el precedente de la Sala que sostiene,

*"Tratándose de la prestación del servicio médico-hospitalario, el estado asume una carga especialísima de protección, toda vez que las personas que se someten a la praxis médica, quirúrgica y/u hospitalaria, lo hacen con la finalidad de que un grupo de personas con conocimiento profesional y técnico brinden soluciones efectivas a situaciones que se relacionan de manera directa o indirecta con el concepto de salud")<sup>62</sup> subrayado fuera de texto).*

Ahora bien, debe reafirmarse el concepto según el cual el acto médico es complejo, lo que significa que este como tal comienza con el diagnóstico y se extiende, en un iter continuado, dependiendo la situación, estado y condiciones que presente cada paciente en su estado de salud, y frente a lo que pueda demandar o necesitar. En nuestro caso, está claro que el servicio médico prestado a Camilo Manrique Serrano no se agotaba en la atención que se prestó en las oportunidades en las que acudió a los servicios médicos sino que se extendía, teniendo en cuenta su sintomatología, desde la realización de los todos los exámenes disponibles por la ciencia médica, tratamientos y/o procedimientos que la propia literatura científica establece como necesarios o indispensables a aplicar.

Debe tenerse en cuenta que el servicio médico debe prestarse, en atención a la garantía constitucional del derecho a la salud, de manera diligente, lo que implica emplear todos los medios humanos, técnicos, científicos, diagnósticos, procedimentales, farmacéuticos, etc., que se correspondan con la atención que merece todo ciudadano, si se quiere que dicha prestación se corresponda con la tutela efectiva de la dignidad de la persona.

Ahora bien, desde el punto de vista de la falla del servicio, que se imputa a la entidad demandada, –y que como es bien sabido, consiste en la inexistente o irregular, tardía o deficiente prestación del correspondiente servicio-, considera la Sala que no quedó plenamente acreditado en el proceso una actuación diligente,

<sup>61</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, expedientes 17547, 2048 y 20220.

<sup>62</sup> Sentencia de 18 de febrero de 2010. Exp.17655.



eficiente, cuidadosa y adecuada, que se hayan agotado todos los recursos disponibles en la atención que le brindó la institución médico asistencial a Camilo Manrique Serrano.

Finalmente, obra en el expediente dictamen pericial practicado por el Instituto de Medicina Legal – Dirección Seccional Cesar, solicitado por la parte demandante que en sus apartes más importantes señaló:

*"Sobre la pregunta, ¿sí la actuación del Doctor Jhonny Flores Mendoza fue diligente y cuidadosa en el tratamiento dado al doctor Camilo Manrique Serrano?, decidimos responder este interrogante con el siguiente cuestionario :*

*El paciente presenta una Colelitiasis? Sí.*

*El tratamiento para la Colelitiasis es la Colectectomía? Sí.*

*La intervención quirúrgica practicada era la indicada? Sí.*

*Fue exitosa la primera cirugía? NO*

*¿Por qué razón no fue exitosa? Porque se presentó una complicación durante la cirugía.*

*¿Que tipo de complicación? **Una lesión del conducto colédoco.***

*¿En que consiste la lesión? Consiste que en el acto operatorio, se debe identificar perfectamente la arteria cística y el conducto cístico, los cuales necesariamente se deben ligar para extraer la vesícula enferma (llena de cálculos), respetándose la integridad del colédoco, pero en el proceso operatorio realizado al señor Camilo Manrique Serrano, se produjo por parte del equipo quirúrgico, una lesión en el colédoco, derramándose la bilis en la cavidad abdominal.*

*Cómo se considera este tipo de lesión? En el lenguaje médico se le denomina **lesión iatrogénica** Según la definición del diccionario de la Real Academia Española Vigésima primera edición, Madrid 1992, Yatrogenica, dicese de toda **alteración del estado del paciente producida por el médico***

*Esta intervención la debe realizar un Cirujano General?. Sí.*

*Es Cirujano General quien la realizó? Presumimos que sí, pero en los folios enviados por el honorable tribunal administrativo, no se encuentra documentado la calidad de cirujano o de los cirujanos que intervinieron en los diferentes actos médicos. En este caso, el juez tendrá en sus manos la documentación y requisitos necesarios para responder esta pregunta.*

*¿Cómo se trató de corregir el problema en Valledupar?. Reinterviniendo el paciente, el cual fue ingresado a cirugía, según folio 76, con el diagnóstico pre y post operatorio de Obstrucción biliar, fuga biliar, bilioperitoneo de 2 litros.*

***Encontrándose lesión transversal de la vía biliar extrahepática**, que es la que clasificamos como lesión Yatrogenica. En esta cirugía solo se realizó un tratamiento paliativo como fue la canalización de la vía biliar con una sonda en T. Para mantener el drenaje biliodigestivo.*

*¿Era necesaria esta segunda intervención? No solo necesaria, sino salvadora de la vida del paciente. Pero no solucionaba el defecto ocasionado en la primera intervención quirúrgica. En ese momento por las condiciones en que se encontraba el paciente y los tejidos de la vía biliar, no era prudente realizar una cirugía mayor de alta técnica quirúrgica como es la anastomosis hepatoyeyunostomía en Y de Roux. ¿El cirujano tratante, valoró en forma adecuada la evolución postoperatoria de su paciente? Según las notas que aparecen en la Historia Clínica, el cirujano valoraba todos los días el estado del paciente, además según lo informa el mismo paciente, cuando fue trasladado a Bogotá, llamaba diariamente para conocer el estado del paciente. ¿Qué equipo se necesita para realizar una Colectectomía convencional o estándar? Se necesita*



*un equipo de Laparotomía completo, un juego de pinzas de Dayardan, medios de contraste, el equipo necesario para hacer una colangiografía intraoperatoria, un equipo de Rayos X portátil Todos estos elementos son necesarios para garantizar, al paciente como al o a los cirujanos, un mínimo de riesgo o complicaciones. ¿Tenía la Sala de Cirugía los implementos necesarios para garantizar el éxito quirúrgico? En la nota operatoria del folio 141 de la primera intervención quirúrgica no se hace mención al equipo de rayos X portátil necesario para la colangiografía transoperatoria, a pesar que en esa misma nota se escribe "... Hallazgos vesícula biliar emplastrada, cubierta por duodeno colon transverso, epiplon, unido por adherencias firmes de difícil disección con pérdida de las relaciones anatómicas del triángulo de callot, un cístico muy corto adherido a la vía biliar extrahepática, la cual no se identificó plenamente Según el resumen firmado por Dr. Yonis Flores Mendoza Cirujano general, que aparece en el folio No 161 "...No se pudo visualizar con certeza el cabo proximal del colédoco, ya que no contamos en el momento con colangiografía transoperatoria...". (resaltado por fuera de texto)*

Para la Sala, el acervo probatorio obrante en el plenario es demostrativo de la responsabilidad que cabe imputar a la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal E.P.S, a la Fundación Médico Preventiva para el Bienestar Social Ltda. I.P.S., a la Clínica del Cesar Ltda., por el daño antijurídico padecido por Camilo Manrique Serrano, a título de falla probada del servicio, sustentado en la acreditación de la falla del servicio médico lo que hace que se atribuya fáctica y jurídicamente la responsabilidad a las entidades demandadas y al llamado en garantía.

Se desprende de la apreciación conjunta y armónica del acervo probatorio, que la prestación del servicio médico no fue adecuado a lo exigible para las entidades demandadas, sin perjuicio de la forma, modalidad y rol de cada una de las demandadas en la prestación del servicio médico, ya que debían contar con los medios tecnológicos disponibles para la época de los hechos, que hubieren permitido aplicar el procedimiento y tratamiento oportuno, eficiente y adecuado a los síntomas que presentaba el paciente y no permitir que el prolongado período de convalecencia y el número de intervenciones quirúrgicas hayan desembocado en el empeoramiento y deterioro de las condiciones físicas del señor Manrique Serrano, que concluyó en i) la perturbación funcional del órgano de la digestión de carácter permanente; ii) en deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente (originado en las cicatrices, por las diversas intervenciones quirúrgicas), y; iii) en la perturbación funcional del sistema inmunológico de carácter permanente, tal y como se revela en el dictamen del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses.



La Sala considera que la falla del servicio en el procedimiento y tratamiento adecuado, deprecada por la parte actora, emerge de la demostración fundada como resultado de la negligencia, ineptitud o incompetencia de las entidades demandadas por intermedio del facultativo que intervino, pues de la semiótica que revelaba el paciente, que si bien dificultaba la intervención quirúrgica, exigía efectuar todos los estudios y exámenes adecuados para arribar a un procedimiento certero así como contar con todos los instrumentos y equipos necesarios para realizar ese tipo de intervención.

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 (debe 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)"*<sup>63</sup> (subrayado fuera de texto).

### **Sobre el llamado en garantía.**

El llamamiento en garantía es uno de los mecanismos establecidos en nuestro ordenamiento procesal civil para vincular terceros al proceso, calidad que ostentan todos aquellos que no son parte<sup>64</sup> del mismo, aquellos quienes integran el proceso como demandantes o demandadas, entre las cuales ha surgido el conflicto<sup>65</sup>. Tercero que en el momento de trabarse la relación jurídico-procesal, no tiene la calidad de parte por no ser demandante ni demandado<sup>66</sup>.

<sup>63</sup> Sentencia de 18 de febrero de 2010. Exp. 17655.

<sup>64</sup> Liebman Enrico Tulio, Manual de Derecho Procesal Civil, Ediciones Jurídicas Europa América 1.980, pág. 66.

<sup>65</sup> Devis Echandía Hernando, Compendio de Derecho Procesal, Teoría General del Proceso, sexta edición, Editorial ABC Bogotá, 1978, pág. 281.

<sup>66</sup> Parra Quijano Jairo, Los Terceros en el Proceso Civil, Séptima edición, Librería Ediciones del profesional Ltda., pag. 31



Tercero que procesalmente corresponde a la persona que no ha integrado alguna de las partes trabadas en la relación jurídico procesal y que materialmente no es directo afectado en la relación sustancial que discuten las partes porque directamente no puede exigir ni le pueden exigir el derecho en litigio, pero que puede llegar a verse afectado con la decisión que se adopte sobre el mismo, razón por la cual resulta viable su citación al proceso.

Y es para el tercero para quien se ha previsto el llamamiento en garantía. En efecto, el artículo 57 del Código de Procedimiento Civil norma aplicable a este proceso, establece el llamamiento en garantía para quien tenga derecho legal o contractual de exigir a un tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, con el fin de que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación.

Como requisitos para la procedencia del llamamiento en garantía se tienen los siguientes: (i) que se formule por quien es parte dentro del proceso, (ii) que se formule contra quien no es parte dentro del proceso y (iii) que entre llamado y llamante exista una relación de garantía legal o contractual que sirva de fundamento a la citación.<sup>67</sup>

En ese orden, el llamamiento en garantía procede cuando entre el llamado y el llamante, existe una relación de garantía de orden real o personal, de la que surge la obligación, a cargo de aquél, de resarcir un perjuicio o de efectuar un pago que pudiera ser impuesto en la sentencia que decida el respectivo proceso<sup>68</sup>. En el mismo sentido, se ha precisado adicionalmente que, la procedencia del llamamiento en garantía está supeditada a la existencia de un derecho legal o contractual que ampara a la persona frente al tercero a quien solicita sea vinculado al proceso, en orden a que en la misma litis principal se defina la relación que tienen aquellos dos.

Sobre el particular, la jurisprudencia de esta Sección ha puntualizado:

<sup>67</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, exp. 34977

<sup>68</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera auto 15871 de 1999



*"El llamamiento en garantía supone la existencia de un vínculo contractual o legal entre un tercero y una de las partes del proceso, que le permite a ésta solicitar y obtener su intervención en el mismo, para que una vez deducida la responsabilidad de la llamante frente a la parte actora, se establezca la obligación que le asiste al tercero, en virtud de aquel vínculo contractual o legal, de responder por los perjuicios que sufra aquella o de efectuar el reembolso de lo que hubiera tenido que pagar como resultado de una sentencia".<sup>69</sup>*

*"(...) [I]ndefectiblemente se concluye que, para que proceda legalmente el llamamiento en garantía se deben cumplir a cabalidad con el conjunto de requisitos formales y sustanciales de que tratan los artículos 57, 56, 55 y 54 del C.P.C., y concretamente respecto de este último, debe reiterarse la necesidad de que se acompañe al escrito de llamamiento la prueba siquiera sumaria, que sea demostrativa de la existencia del vínculo jurídico sustancial que fundamenta la vinculación del tercero pretendida."<sup>70</sup>*

En el caso concreto se observa que fueron adjuntados al expediente, copia de los contratos de prestación de servicios celebrados entre la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL y la Fundación Médico Preventiva para el Bienestar Social Ltda. I.P.S. y entre esta última con la Clínica del Cesar Ltda., y el médico Yonis Flórez Mendoza, dentro de los cuales se pactó.

Entre la Fundación Médico Preventiva para el Bienestar Social Ltda. I.P.S. y el médico Yonis Flórez Mendoza;

*"CLÁUSULA QUINTA.- OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA. En virtud del presente contrato, el contratista se obliga a: a.- Observar todas las normas de ética médica en la prestación de sus servicios profesionales, b.- Disponer la práctica de las consultas y procedimientos y la prestación de los correspondientes servicios en su instalación o por fuera de ella si es pertinente, c- contar con los equipos necesarios en forma oportuna, de acuerdo con la especialidad según el caso, que se presente, d.- presentar los informes sobre el desarrollo del contrato que le sean solicitados por el CONTRATANTE, así como las estadísticas sobre morbi-mortalidad y uso de los servicios por los afiliados de la FUNDACION. e.- Permitir el acceso para supervisión en la prestación de los servicios a la persona o personas que determine la FUNDACION mediante oficio escrito dirigido al CONTRATISTA, f.-Entregar al CONTRATANTE o a quien este designe, a la finalización del contrato las historias clínicas y demás documentos relacionados con los aspectos médicos de las personas que cubran este contrato, y g.- Cumplir con las demás obligaciones que le impone el presente contrato."*

Entre la Fundación Médico Preventiva para el Bienestar Social Ltda. I.P.S. y la Clínica del Cesar Ltda.,

<sup>69</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 8 de febrero de 2007, exp. 29666.

<sup>70</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 11 de octubre de 2006, exp. 32324.



*PRIMERA. LA CLINICA se obliga para con LA FUNDACION a prestarle a los pacientes remitidos por ésta los servicios de hospitalización, quirúrgicos y demás servicios complementarios en forma eficiente y oportuna, siendo atendidos por los médicos adscritos a LA FUNDACION."*

*(...)*

*DECIMA TERCERA. RESPONSABILIDAD Y PERJUICIOS. La CLINICA se hace responsable de los perjuicios que ocasionare a los Titulares y Beneficiarios, y a la propia FUNDACION, por la deficiente prestación de los servicios contratados, cuando a Juicio del consejo Ético Científico de la seccional respectiva, la responsabilidad sea de la CLINICA."*

Y, entre la Fundación Médico Preventiva para el Bienestar Social Ltda. I.P.S. y la Caja de Nacional de previsión Social CAJANAL E.P.S.,

*"PRIMERA: OBJETO DEL CONTRATO.- El CONTRATISTA se obliga para con CAJANAL -EPS- a prestar los servicios de Salud contemplados en el Plan Obligatorio de Salud P.O.S. en el Primero, Segundo y Tercer Nivel de complejidad a las personas acreditadas e identificadas como afiliados (cotizantes y beneficiarios) de CAJANAL -EPS- en todo el Departamento de CESAR, con los recursos humanos, físicos y tecnológicos propios de su institución o subcontratados."*

Así las cosas, estima la Sala que entre llamado y llamante existe una relación de garantía legal o contractual que sirve de fundamento a su citación.

Establecida como quedó la procedencia del llamamiento en garantía, se debe examinar, teniendo en cuenta la pluralidad de sujetos demandados y la disímil naturaleza jurídica de los mismos, pública y privada, si el juzgamiento corresponde a esta jurisdicción. Al respecto, el precedente jurisprudencial indica que

*"En el Sub lite a efectos de fijar la competencia, existe el denominado fuero de atracción, según el cual, cuando un daño pudo haber sido causado o puede resultar imputable a una entidad pública y a uno o varios particulares, aquel arrastra a los particulares al proceso contencioso administrativo, sin perjuicio de que en la sentencia se absuelva o se condene solamente al ente oficial. Cuando en la producción del daño se plantea una causa imputable a una entidad de derecho público, el juzgamiento corresponde a esta jurisdicción, aunque se prediquen otras causas atribuibles a una o varias entidades particulares, cuyo juez natural en principio lo es el ordinario, pero que en virtud del fenómeno procesal del fuero de atracción, pueden ser juzgadas por esta jurisdicción al haber sido demandadas con la entidad estatal. En efecto, la tesis del fuero de atracción, permite que la jurisdicción de lo contencioso administrativo asuma el juzgamiento de una entidad que normalmente debe ser juzgada por la justicia ordinaria, siempre que sea demandada ante el contencioso administrativo junto con otra entidad cuyo juzgamiento sí corresponda a ésta jurisdicción. En el caso sub lite, hay lugar a aplicar esta tesis porque la demanda se dirigió también en contra del Servicio Seccional de Salud y, de los hechos expuestos en la*



*demanda, bien pueden deducirse razones, en principio suficientes, para permitir evaluar la responsabilidad que le cabría a la entidad pública y a las privadas.*"<sup>71</sup>

*"...La razón filosófica de la figura ha sido definida por la doctrina<sup>72</sup> bajo parámetros de conveniencia: "La base argumental de esta figura, que como la propia jurisprudencia lo ha reconocido, no es de muy claros perfiles, radica en la inconveniencia de separar la continencia de la causa, es decir, los problemas que surgirían de dividir en dos pleitos diferentes el análisis procesal de la responsabilidad de la Administración y la que es propia de un ente regido por el derecho privado. El orden contencioso que es competente para conocer de la responsabilidad de la administración, arrastra igualmente con ella, en virtud de la vis atractiva, al particular involucrado en la causación del daño..."<sup>73</sup>*

Ahora, respecto de responsabilidad que cabe imputar al médico Flórez Mendoza, considera la Sala que hay lugar a condenar al llamado en garantía porque incurrió en culpa grave pues resulta incontestable, como se desprende del proceso ético disciplinario seguido contra el Dr. JHONNY FLOREZ MENDOZA por el Tribunal de Ética Médica del Magdalena, que su actuar expuso a Camilo Manrique Serrano a un riesgo injustificado toda vez que

*"...al no prever las consecuencias de sus actos quirúrgicos, que a pesar de insistir en que la anatomía era confusa, procedió a culminar el acto quirúrgico que había iniciado y supuestamente habiendo observado plenamente las estructuras anatómicas se dió(sic) por satisfecho con lo realizado, ni siquiera causándole asomo de duda en su procedimiento, para que hubiera optado por una alternativa menos drástica o por lo menos, hubiera requerido de otros medios de diagnósticos a la ayuda de otro profesional, que lo hubiera ayudado a solventar la incertidumbre de lo acaecido. Por otro lado, no hay que olvidar, que lo primordial es la vida del paciente y tratar de minimizar(sic) al máximo la posibilidad de secuelas por un procedimiento realizado, que como en éste caso, si se hubiera optado por un procedimiento menos agresivo, que al fin y al cabo hubiere causado menor posibilidad de morbilidad"*

En efecto, en criterio del referido Tribunal y que esta Corporación acoge, se podían ejecutar varias alternativas:

- \*\* Lo más sencillo, no hacer nada, lavar, drenar y cerrar el paciente, posteriormente colocar antibióticos.*
- \* Pedir asesoría a otro especialista de la misma rama, ya que el solo hecho de contar con otra persona que tenga una experiencia similar le da más tranquilidad y puede uno pensar mejor.*
- \* Hacer una colecistectomía parcial, hasta donde se pudieran reconocer las estructuras*

<sup>71</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 8 de octubre de 1998, exp. 15392.

<sup>72</sup> SAAVEDRA Becerra. Ramiro. *La responsabilidad extracontractual de la administración pública*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. 2003. Págs. 226 a 227.

<sup>73</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 9 de junio de 2005, exp. 15260.



- \* *Hacer una colecistostomía, extraer los cálculos, drenar, cerrar y aplicar antibioterapia.*
- \* *Por último y la de más amplia aceptación, es la ejecución de colangiografía intraoperatoria, que inmediatamente hubiera aclarado las dudas acerca de donde estaban localizadas las vías biliares; pero existiendo la posibilidad de no contar con ese medio invaluable dentro del quirófano, se ha debido optar por una de las conductas anteriormente señaladas."*

Sin embargo, el facultativo Flórez Mendoza optó por la resección ampliada de un órgano arriesgando la vida del enfermo y ocasionándole lesiones graves, sin intentar procedimientos más cautos; con el agravante que no contaba con equipo de rayos X necesario para la colangiografía transoperatoria, hecho que, dicho sea de paso, compromete la responsabilidad tanto del cirujano como de las entidades demandadas.

En ese orden, es responsable la Fundación Médico Preventiva por confiar a la Clínica del Cesar Ltda., los servicios contratados con la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL E.P.S para atender a sus afiliados, cuando éste centro médico carecía de los equipos mínimos vitales para atender adecuadamente a los pacientes y procurarles un mínimo riesgo en sus intervenciones, por ausencia de vigilancia, por falta de control, por falta de inspección no sólo a los centros clínicos con los que iba a cumplir sus obligaciones con CAJANAL sino a la falta de vigilancia y control sobre el personal médico contratado para tal fin.

Es responsable la Clínica del Cesar Ltda., por aceptar y permitir al médico Yony Flórez Mendoza intervenir a Camilo Manrique Serrano sin contar con los medios tecnológicos necesarios para procurar un eficiente resultado en la operación, toda vez que la ausencia de una colangiografía *"impidió distinguir plenamente las relaciones anatómicas del triángulo de calot e identificar plenamente el cístico adherido a la vía biliar extra hepática."*

En consecuencia, se condenará solidariamente al llamado en garantía a reintegrar a la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL la condena que ésta pague como consecuencia de este fallo. Considera la Sala que el reintegro no debe ser por la totalidad de la indemnización porque las entidades demandadas incurrieron en falla del servicio, por no haber dispuesto de mecanismos idóneos de vigilancia y control sobre la prestación del servicio médico efectuada por sus contratista, entendido este como un conjunto de deberes (deber de ejecución, deber de



diligencia en la ejecución, deber de información, deber de guardar secreto médico, deber de contar con medios de diagnóstico, etc.), que permitieran asegurar su adecuado cumplimiento por parte de los médicos frente a sus pacientes. En otros términos, como las entidades demandadas incurrieron en falla del servicio, por no haber cumplido obligaciones que no eran exclusivas del médico tratante sino de la institución, no tiene derecho de recuperar del llamado en garantía la totalidad de la indemnización que por esta sentencia deba pagar sino sólo un porcentaje de ella.

Así las cosas, examinados los medios de prueba allegados al expediente, la Sala modificará la decisión apelada en la que se absolvió de responsabilidad patrimonial de la Clínica del Cesar Ltda., y del llamado en garantía Yonis Flórez Mendoza.

Es así como en el presente caso resulta evidente para la Sala que cabe endilgar solidariamente<sup>74</sup> la responsabilidad por los perjuicios causados, específicamente con ocasión de las lesiones padecidas por Camilo Manrique Serrano, a la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal E.P.S, a la Fundación Médico Preventiva para el Bienestar Social Ltda. I.P.S., a la Clínica del Cesar Ltda., y al llamado en garantía, Yonis Flórez Mendoza.

En consecuencia se dispondrá que respecto del pago de la condena que efectúe la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal E.P.S, este podrá exigir el reembolso de la misma al llamado en garantía, Yonis Flórez Mendoza.

## **9 Perjuicios.**

### **9.1 Perjuicios morales.**

En los eventos en los que se sufre una lesión y ésta es imputable al Estado, ello puede desencadenar la indemnización de perjuicios morales, y su tasación dependerá de la gravedad del daño padecido, de tal manera que las personas que se sientan perjudicadas por dicha situación, podrán reclamar indemnización de

<sup>74</sup> Código Civil artículo 2344. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA. Si de un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvo las excepciones de los artículos 2350 y 2355. Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso.



perjuicios acreditando el parentesco con la víctima directa del daño, pues éste se convierte en un indicio suficiente para tener por demostrado el perjuicio sufrido, siempre que no hubieren pruebas en el plenario que indiquen o demuestren lo contrario, y su tasación, como se anotó, será proporcional al daño padecido.

Si bien a partir de 2001 la jurisprudencia viene aplicando como criterio de estimación de los perjuicios morales el salario mínimo mensual legal vigente (en una suerte de equivalencia con los gramos oro reconocidos en la primera instancia), no deja de seguir siendo un ejercicio discrecional (*arbitrio iudicis*) del juez de tasar tales perjuicios, sin lograr, aún, la consolidación de elementos objetivos en los que pueda apuntalarse la valoración, estimación y tasación de los mismos, con lo que se responda a los principios de proporcionalidad y razonabilidad con lo que debe operar el juez y, no simplemente sustentarse en la denominada "cierta discrecionalidad".

Así mismo, para el reconocimiento y tasación el juez se sujeta al criterio determinante de la intensidad del daño, que usualmente se demuestra con base en las pruebas testimoniales las cuales arrojan una descripción subjetiva de quienes, por la cercanía, conocimiento o amistad deponen en la causa, restando objetividad a la determinación de dicha variable, cuya complejidad en una sociedad articulada, plural y heterogénea exige la consideración de mínimos objetivos para la tasación proporcional, ponderada y adecuada de los perjuicios morales, sin que se constituya en tarifa judicial o, se pretenda el establecimiento de una tarifa legal.

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

*"En torno al perjuicio moral es de recordar que su indemnización no obedece a un criterio compensatorio, desde luego que la vida humana es inconmensurable, sino a uno satisfactorio, destinado a mitigar en lo posible la enorme pena que en el fondo queda ante la ausencia de un ser amado, razón por la cual en a su apreciación han de considerarse el dolor de quien lo sufre, la intensidad de su congoja, la cercanía con el ser perdido, entre otras cosas, para con cimiento en la*



*equidad arribar al más justo valor, distante por lo general de la matemática exactitud con que se escruta el daño material*<sup>75</sup>.

De acuerdo con lo anterior, la Sala empleará un test de proporcionalidad para la tasación de los perjuicios morales. En cuanto al fundamento de este test, el precedente jurisprudencial constitucional establece,

*“La proporcionalidad en el derecho refiere a una máxima general y parámetro de acción para la totalidad de la actividad estatal, aunque no exclusivamente, ya que el principio de proporcionalidad puede llegar a aplicarse también en el ámbito de las relaciones particulares regidas por el derecho privado. En sentido constitucional, la proporcionalidad es un principio de corrección funcional de toda la actividad estatal que, junto con otros principios de interpretación constitucional –unidad de la Constitución, fuerza normativa, fuerza integradora, concordancia práctica, armonización concreta, inmunidad de los derechos constitucionales e interpretación conforme a la Constitución–, busca asegurar que el poder público, actúe dentro del marco del estado de derecho, sin excederse en el ejercicio de sus funciones. Su fundamento normativo último está dado por los principios fundamentales de Estado de Derecho (artículo 1 C.P.), fuerza normativa de la Constitución (artículo 4 C.P.) y carácter inalienable de los derechos de la persona humana (artículo 5 C.P.).*

*En el derecho penal, la proporcionalidad regula las relaciones entre diversas instituciones, como entre la gravedad de la conducta punible y la sanción penal a imponer por su comisión, entre las causales de justificación y la posible eximente de punibilidad, entre las causales de agravación o atenuación y la graduación de la pena, o entre la magnitud del daño antijurídico causado y la sanción pecuniaria correspondiente a fijar por el juez, como se analiza en la presente providencia.*

*De las funciones que cumple el principio de proporcionalidad en el control constitucional de la legislación y en la tutela de los derechos fundamentales depende en gran parte la efectividad del Estado Social de Derecho, el respeto de la dignidad humana y la inalienabilidad de los derechos de la persona. Es por ello que se hace necesario un manejo adecuado del principio de proporcionalidad, diferenciando su sentido general -como máxima de interpretación que evita el desequilibrio, la desmesura o el exceso en el ejercicio del poder público- de su sentido específico como parte constitutiva del juicio de igualdad<sup>76</sup>. Tal distinción entre un sentido genérico y uno específico con que se usa el concepto de proporcionalidad conduce al problema de los métodos para su aplicación. 8.2. Un uso general, no técnico, del concepto de proporcionalidad en el control de constitucionalidad, prescinde de un método para su aplicación. La relación de equilibrio entre dos magnitudes, instituciones, conductas, etc., se establece en forma intuitiva, conectada muchas veces a un juicio de grado. Se afirma, por ejemplo, que un acto es proporcionado, desproporcionado, leve o manifestamente desproporcionado. La inexistencia de método para establecer el grado a partir del cual dicho acto pierde la proporción hasta el punto de verse afectada su constitucionalidad, conlleva la concentración en el juez de la facultad de decidir discrecionalmente sobre la juridicidad de las actuaciones de otros órganos del poder público. Tal consecuencia no es compatible en un estado democrático de derecho donde los órganos del Estado cumplen funciones*

<sup>75</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia de 15 de abril de 2009. Exp. 1995-10351.

<sup>76</sup> Sobre la proporcionalidad como elemento del juicio de igualdad únicamente cuando el test es estricto, ver la sentencia C-673 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; aclaración de voto de Jaime Araujo Rentería



separadas. Es por ello que el uso coloquial de la proporcionalidad o desproporcionalidad, en el sentido de exceso o desmesura, requiere ser sustituido por métodos objetivos y controlables que permitan al juez constitucional ejercer su misión de salvaguarda de la Constitución y de los derechos constitucionales, dentro de un marco jurídico respetuoso de las competencias de las demás autoridades públicas, en especial del legislador democrático. La proporcionalidad concebida como principio de interpretación constitucional puede adoptar la forma de dos mandatos: la prohibición de exceso y la prohibición de defecto. El primero tiene que ver principalmente con la limitación del uso del poder público de cara a las libertades fundamentales. El segundo se aplica por lo general respecto de los deberes positivos del Estado y la protección de los derechos que comprometen la actuación de las autoridades para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado. El método de aplicación del principio de proporcionalidad es la ponderación. Generalmente, el objeto de la ponderación son intereses enfrentados que han recibido alguna protección constitucional, la cual es mayor en el caso de intereses cobijados por derechos fundamentales. Los intereses ponderados también se concretan en medidas y fines estatales. Se pondera, por una parte, las medidas y los fines estatales y, por otra parte, la afectación de parámetros formales o materiales consagrados en la Constitución. Existe, por lo tanto, una clara relación conceptual entre la proporcionalidad y la ponderación. La primera es establecida mediante la segunda, puesto que siendo la primera un concepto relacional, los extremos de dicha relación han de ser comparados y sopesados, esto es, ponderados con el fin de establecer si ellos mantienen el equilibrio, el balance o la medida debida o, por el contrario, se desconocen las prohibiciones de exceso o defecto.

No existe un solo método de ponderación. Se pueden aplicar diferentes formas de ponderar según la materia de que se trate. Por ejemplo, cuando se analiza si una medida policiva es desproporcionada, la comparación se efectúa, generalmente, entre la gravedad de las circunstancias, de un lado, y la magnitud con la cual la medida afecta intereses constitucionalmente protegidos. En el juicio de razonabilidad, cuando éste incluye un análisis de proporcionalidad en sentido estricto, la comparación se realiza, usualmente, entre los fines y las medidas estatales, de un lado, y la afectación de intereses protegidos por derechos constitucionales. Los métodos de ponderación se distinguen no solo según qué es lo que se sopesa, sino también por los criterios para decidir cuando la desproporción es de tal grado que procede una declaración de inexecutable. No se exige una proporcionalidad perfecta puesto que el legislador no tiene que adecuarse a parámetros ideales de lo que es correcto por no ser excesivo.

Por lo anterior, el análisis de proporcionalidad del límite de mil salarios mínimos legales, se hará de conformidad con el siguiente método: (i) identificar y clarificar cuáles son los intereses enfrentados regulados por la norma; (ii) sopesar el grado de afectación que sufre cada uno de esos intereses por la aplicación del límite fijado en la norma; (iii) comparar dichas afectaciones; (iv) apreciar si la medida grava de manera manifiestamente desproporcionada<sup>77</sup> uno de los intereses sopesados protegidos por la Constitución, y, en caso afirmativo, (v) concluir que resulta contraria a la Constitución<sup>78</sup> (subrayado fuera de texto).

Dicho principio de proporcionalidad debe, por lo tanto, convertirse en el sustento adecuado para la determinación y dosificación ponderada del quantum

<sup>77</sup> Ver entre otras la sentencia C-758 de 2002, MP: Álvaro Tafur Galvis. Allí la Corte justifica que en materia de sanciones el límite entre lo constitucionalmente inadmisibles y lo permitido se traza con el criterio de la desproporción manifiesta

<sup>78</sup> Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002.



indemnizatorio del perjuicio moral, respecto de lo que el precedente jurisprudencial constitucional señala,

*"Frente a los llamados perjuicios morales objetivables, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, ha estimado que en algunos casos pueden ser valorados pecuniariamente<sup>79</sup>, con base en criterios como el dolor infligido a las víctimas<sup>80</sup>, el perjuicio estético causado<sup>81</sup> o el daño a la reputación<sup>82</sup>. Si de la aplicación de tales criterios surge que dichos perjuicios superan el límite fijado por el legislador, habría una afectación grave del interés de las víctimas por lograr una indemnización integral de los perjuicios que se le han ocasionado y cuyo quantum ha sido probado. Al igual que con los perjuicios materiales, el límite resultaría manifiestamente desproporcionado frente al derecho de las víctimas a la reparación integral, como quiera que el riesgo de arbitrariedad del juez es menor cuando el valor de los perjuicios ha sido acreditado en el juicio por factores que no dependen de su apreciación subjetiva. Esta desproporción resulta más evidente si se tiene en cuenta que ni en la jurisdicción civil ni en la jurisdicción contencioso administrativa existe una disposición legal que restrinja la discrecionalidad del juez para decidir la reparación de perjuicios morales. En dichas jurisdicciones se ha fijado una cifra para la valoración de ciertos perjuicios que depende de consideraciones puramente subjetivas y cuyo quantum ha sido reconocido tradicionalmente hasta por 1000 gramos oro, o más recientemente hasta por 2000 y 4000 gramos oro<sup>83</sup><sup>84</sup>.*

El fundamento, por lo tanto, del test de proporcionalidad no es otro, según los precedentes anteriores, el cual, a su vez, comprende tres sub-principios que son

<sup>79</sup> Ver entre otras las sentencias del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera del 13 de abril de 2000, CP: Ricardo Hoyos Duque, Radicación No. 11892; 19 de julio de 2001, CP: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Radicación No. 13086; 10 de mayo de 2001, CP: Ricardo Hoyos Duque, Radicación No.13.475 y del 6 de abril de 2000, CP: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Radicación No. 11.874. Ver también, por ejemplo, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal del 29 de mayo de 1997, MP: Juan Manuel Torres Fresneda, Radicación 9536

<sup>80</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, 6 de agosto de 1982, CP: Carlos Betancur Jaramillo, Expediente 3139, donde se reconoció como perjuicio moral el "malestar psíquico" sufrido a raíz del accidente. Consejo de Estado, Sección Tercera, 4 de abril de 1997, CP: Jesús María Carrillo Ballesteros, Expediente 12007, que reconoció como perjuicio moral por el hecho de que la víctima "estuvo sometida al miedo, la desolación, a la zozobra, a la tristeza, mientras se produjo su liberación."

<sup>81</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, 31 de julio de 1989, CP: Antonio José de Irisarri Restrepo, Expediente 2852. Consejo de Estado, Sección Tercera, 6 de mayo de 1993, CP: Julio César Uribe Acosta, Expediente 7428

<sup>82</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de marzo de 1990, CP: Antonio José de Irisarri Restrepo, Expediente 3510.

<sup>83</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias de 25 de septiembre de 1997, Sección Tercera, Expediente 10.421, CP: Ricardo Hoyos Duque, que fijó una indemnización por perjuicios morales de 2.000 gramos oro. Sentencia del 19 de julio de 2000, Expediente 11.842, CP: Alier Eduardo Hernández Enríquez, que fijó una indemnización por perjuicios morales de 4.000 gramos oro.

<sup>84</sup> Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002.



aplicables al mencionado test: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto<sup>85</sup>.

En cuanto al primero, esto es, la idoneidad, debe decirse que la indemnización del perjuicio debe estar orientada a contribuir a la obtención de una indemnización que se corresponda con criterios como dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego.

En cuanto al segundo, esto es la necesidad, la indemnización del perjuicio debe ser lo más benigna posible con el grado de afectación que se logre revelar en el o los individuos y que contribuyan a alcanzar el objetivo de dejarlos indemnes. Sin duda, este sub-principio exige que se dosifique conforme a la intensidad que se revele de los criterios propios a la idoneidad, de tal manera que la indemnización se determine atendiendo a la estructura de la relación familiar, lo que debe llevar a proyectar un mayor quantum cuando se produce la muerte, que cuando se trate de lesiones (e incluso se deba discernir la intensidad del dolor que se padece por las condiciones en las que se encuentra la víctima lesionada). Lo anterior, debe permitir concretar un mayor quantum indemnizatorio cuando se trata del dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego, que ocurre en el núcleo familiar inmediato (cónyuge, hijos, padres), de aquel que pueda revelarse en otros ámbitos familiares (hermanos, primos, nietos), sin olvidar para su estimación los criterios que deben obrar en función del principio de idoneidad.

Finalmente, en cuanto al tercero, esto es la proporcionalidad en estricto sentido, con el test se busca que se compensen razonable y ponderadamente los sufrimientos y sacrificios que implica para la víctima (víctimas) la ocurrencia del dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego, y su desdoblamiento, sin que se

<sup>85</sup> La doctrina señala que "la propia estructura del principio de proporcionalidad consiste, en efecto, en la aplicación del conocido test tripartito sobre una medida determinada, adoptada de ordinario por un sujeto distinto a aquel que desarrolla el juicio de control". ARROYO JIMENEZ, Luis. "Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo", en ORTEGA, Luis; SIERRA, Susana de la (Coords). *Ponderación y derecho administrativo*. Madrid, Marcial Pons, 2009, p.33.



produzca una ruptura de los mandatos de prohibición de exceso y prohibición de defecto.

Pese a esto, la Sala mantiene el fundamento compensatorio de valoración y tasación del perjuicio moral, advirtiendo que el mismo no es suficiente para dejar indemne a aquella que lo sufre, ni para responder a la máxima de la restitutio in integrum. Lo anterior, tiene sustento doctrinal cuando se afirma que el "hombre libre y su integridad física están muy por encima de semejante tasación pecuniaria (liberum corpus nullam aestimationem recipit, D.9,1,3; D.9,3,7)"<sup>86</sup>. La compensación económica, por lo tanto, ofrece sólo una forma de satisfacción que obra en virtud del sentimiento de justicia y de la búsqueda del reequilibrio del bienestar del afectado<sup>87</sup>.

De acuerdo con lo anterior, para el reconocimiento y tasación del perjuicio moral en el presente caso se sujetara a los anteriores criterios objetivos, los que ordinariamente están demostrados con base en la prueba testimonial, de la que se deriva la denominada "presunción de aflicción" la que debe aplicarse conjuntamente con los mencionados criterios, de manera que la tasación de este tipo de perjuicios responda a la complejidad de una sociedad articulada, plural y heterogénea que exige la consideración de mínimos objetivos para la tasación proporcional, ponderada y adecuada, sin que constituya una tarifa legal o judicial. En este sentido, se establece la siguiente metodología para determinar el quantum indemnizatorio por concepto de perjuicios morales:

Si solamente se encuentra satisfecho el requisito de **idoneidad** se concederá de la siguiente forma, cuando se trata de tasar los perjuicios morales respecto a una persona que padeció una lesión como daño antijurídico:

	<b>Permanente</b>	<b>Transitoria o temporal</b>	<b>Con secuelas</b>
<b>Lesionado</b>	100	Entre 25 y 50	Entre 50 y 75

<sup>86</sup> ". FISCHER, Hans. A. *Los daños civiles y su reparación*. Madrid, Librería General de Vicotriano Suárez, 1928, p.,227.

<sup>87</sup> "Si la indemnización en metálico no puede restablecer por sí el equilibrio perturbado de nuestro bienestar, puede procurar la adquisición de otros bienes que mitiguen el daño". FISCHER, Hans. A. *Los daños civiles y su reparación*. Madrid, Librería General de Vicotriano Suárez, 1928, p.,228.



	<b>Con convivencia</b>	<b>Sin convivencia pero con relación de cercanía</b>	<b>Sin convivencia y sin relación de cercanía (simple presunción de Registro Civil)</b>
<b>Familiares inmediatos y cónyuge</b>	50 SMMLV	10 SMMLV	5 SMMLV
<b>Familiares derivados</b>	20 SMMLV	5 SMMLV	2 SMMLV

Bajo ese contexto, no sobra advertir que si bien obran en el expediente ocho (8) testimonios sobre la aflicción, tristeza y desasosiego que ha supuesto la lesión padecida por el accionante, lo cierto es que los mismos no revelan el impacto que en la esfera moral sufrieron sus familiares menos cercanos (hermanos) ni la convivencia de estos ni su relación de cercanía con el lesionado. Lo anterior es razón suficiente para dar aplicación al caso concreto del test de proporcionalidad expuesto.

Hechas las anteriores precisiones, puede inferirse, aplicando las reglas de la experiencia, que los actores más próximos al actor (esposa, hijos y padres) tienen un nexo afectivo importante con la víctima directa del daño, que determinan la existencia de lazos de alianza y solidaridad entre ellos, y que, por lo tanto, aquéllos sufrieron con la lesión de Camilo Manrique Serrano. Pueden considerarse suficientes, entonces, las pruebas del parentesco aportadas al proceso para tener demostrado el daño moral reclamado por los demandantes.

Así las cosas la Sala considera que una tasación adecuada, en aplicación del test de proporcionalidad, de los perjuicios morales reclamados por los demandantes con ocasión de la lesión de Camilo Manrique Serrano, será la suma de 60 salarios mínimos mensuales legales vigentes para Camilo Manrique Serrano, de 30 salarios mínimos mensuales legales vigentes para Marlene de los Reyes Avendaño, 30 salarios mínimos mensuales legales vigentes para Merly Johana y Camilo de Jesús Manrique de los Reyes, 20 salarios mínimos mensuales legales vigentes para Camilo Manrique Cortes, 20 salarios mínimos mensuales legales vigentes para Olga Serrano de Manrique, y la suma de 5 salarios mínimos mensuales legales vigentes para Olga Mercedes, María Custodia, Omar Alfonso, Elsy Alba, Consuelo Patrocinia y José Uberlis Manrique Serrano a cada uno de



ellos. En ese orden, la condena impuesta a las entidades demandadas y al llamado en garantía quedará así:

Camilo Manrique Serrano (lesionado)	60 smlmv
Marlene de los Reyes Avendaño (esposa)	30 smlmv
Merly Johana Manrique de los Reyes (hija)	30 smlmv
Camilo de Jesús Manrique de los Reyes (hijo)	30 smlmv
Camilo Manrique Cortés (padre)	20 smlmv
Olga Serrano de Manrique (madre)	20 smlmv
Olga Mercedes Manrique Serrano (hermana)	5 smlmv
María Custodia Manrique Serrano (hermana)	5 smlmv
Omar Alfonso Manrique Serrano (hermano)	5 smlmv
Elsy Alba Manrique Serrano (hermana)	5 smlmv
Consuelo Patrocinia Manrique Serrano (hermana)	5 smlmv
José Uberlis Manrique Serrano (hermano)	5 smlmv

## 8.2. Perjuicios materiales.

### Lucro cesante consolidado.

En materia de perjuicios materiales se reclaman el pago de los perjuicios a título de lucro cesante consolidado a favor de Camilo Manrique Serrano, el cual fue reconocido por el a quo en la suma de \$2'632.108. La Sala procederá a actualizar la condena, de conformidad con la variación de índices de precios al consumidor certificados por el DANE, según la siguiente fórmula:

$$V_p = V_h \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Dónde:

Vp: Valor presente de la renta.

Vh: Capital histórico o suma que se actualiza.

Índice final certificado por el DANE a la fecha de esta sentencia: 108.35



Índice inicial a la fecha de la sentencia dictada por el a quo: 64.77

Vp: \$2'632.108.00 108.35 (IPC septiembre de 2011)  
64.77 (IPC marzo de 2001)

Vp: \$4'403.102.00

Por lo tanto, la Sala condenará por perjuicios materiales por concepto de lucro cesante consolidado a favor Camilo Manrique Serrano a la suma actualizada de \$4'403.102.00

#### **Lucro cesante futuro.**

Finalmente, en relación al lucro cesante futuro deprecado por el actor equivalente a la *"suma igual o superior a \$50'000.000.00, que corresponde a lo que dejará de ganar por el resto de su vida, o la pérdida de su ingreso, como resultado de las graves secuelas que le quedaron y que le han disminuido su capacidad laboral"*, encuentra la Sala que no es procedente acceder al reconocimiento del mismo pues si bien está demostrado que el señor Camilo Manrique Serrano ha perdido el 25,5% de su capacidad laboral lo cierto es que aquel i) continuó laborando al servicio de la Rama Judicial<sup>88</sup> y; ii) no se acreditó en el plenario que por causa del accidente quirúrgico se hayan disminuido o disminuirán sus ingresos y mucho menos que no *"tendrá las mismas posibilidades para escoger el empleo que más le convenga"* o *"que ha perdido la libertad para escoger empleo"*.

Aceptar tales planteamientos altera la esencia jurídica de este perjuicio pues "como rubro indemnizatorio no puede concebirse como un ítem hipotético o eventual, comoquiera que por su naturaleza es un daño cierto que sólo puede ser reconocido cuando su existencia y cuantía se acredita mediante prueba directa, extremo que se logra demostrando la imposibilidad de realizar una determinada actividad rentada o la disminución transitoria de la misma".<sup>89</sup> Además, no debe

<sup>88</sup> Constancia suscrita por el Jefe de la oficina de Recursos Humanos de la Dirección Seccional de Administración Judicial del Cesar. Fls. 35 y 36 c.1

<sup>89</sup> CNCiv., Sala H, 16/3/95, "M., E.C. c/ Lodola, Pabla E." LL 1997-E-1002 (39.762-S) Trigo Repesas Felix A., López Mesa Marcelo J, Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo V, Cuantificación del Daño, pags. 78 y 79.



olvidarse que "el lucro cesante no se presume, razón por la cual quien reclama la indemnización debe probar fehacientemente su existencia."<sup>90</sup>

Al respecto, el precedente jurisprudencia de la Sala señala que,

*"...el mero hecho de que la sección de Medicina Legal determine la existencia de la incapacidad, no es suficiente para que se ordene el pago de la indemnización, dado que existe prueba en contra de tal certificación, prueba que demuestra que ese perjuicio no es cierto, porque la lesionada siguió laborando normalmente en el mismo oficio que desempeñaba. La indemnización por la pérdida de la capacidad laboral debe corresponder a que se haya perdido total o parcialmente tal capacidad, si así no sucede, no hay lugar a indemnización porque tal perjuicio no es real"*<sup>91</sup>

#### **Daño emergente consolidado.**

Asimismo, se reclama el pago de los perjuicios a título de daño emergente consolidado, el cual fue reconocido a favor de Camilo Manrique Serrano por el a quo, en la suma de \$4'710.709., en ese orden, la Sala procederá a actualizar la condena, de conformidad con la variación de índices de precios al consumidor certificados por el DANE, según la siguiente fórmula:

$$V_p = V_h \frac{\text{índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Dónde:

Vp: Valor presente de la renta.

Vh: Capital histórico o suma que se actualiza.

Índice final certificado por el DANE a la fecha de esta sentencia: 108.35

Índice inicial a la fecha de la sentencia dictada por el a quo: 64.77

$$V_p: \$4'710.709.00 \frac{108.35 \text{ (IPC septiembre de 2011)}}{64.77 \text{ (IPC marzo de 2001)}}$$

<sup>90</sup> Ibidem.

<sup>91</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 13 de diciembre de 1995, exp. 10605, sentencia citada en el libro de Henao, Juan Carlos, El Daño, Análisis Comparativo de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en derecho Colombiano y Francés, Universidad Externado de Colombia, pag. 218.



Vp: \$7'880.274.bo

Por lo tanto, la Sala condenará por perjuicios materiales por concepto de daño emergente consolidado a favor Camilo Manrique Serrano a la suma actualizada de \$7'880.274.oo

#### **Daño emergente futuro.**

Ahora bien, el a quo reconoció y condenó "SOLIDARIAMENTE a la CAJA NACIONAL DE PREVISION (sic) SOCIAL "CAJANAL" y a la FUNDACION (sic) MÉDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL LIMITADA I.P.S a indemnizar el perjuicio causado a CAMILO MANRIQUE SERRANO, en la modalidad del DAÑO EMERGENTE FUTURO, imponiéndoles la obligación solidaria de atender todo tipo de servicios médicos o quirúrgicos que en el futuro demande el señor CAMILO MANRIQUE SERRANO, como consecuencia de Colangitis y procesos infecciosos que resulten en su cuerpo como secuela del paso de bacterias intestinales a las vías biliares o de bacterias al terrente (sic) sanguíneo a través de la circulación hepática, o como consecuencia de el (sic) deficiente drenaje de bilis, con independencia de su condición de afiliado al Sistema de Seguridad Social en Salud."

Al respecto, la Sala revocará la codena impuesta por las razones que se exponen a continuación:

El Artículo 1614 del Código Civil señala que "Entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento."

Para la doctrina, el daño emergente es "el que se refiere al costo de la reparación necesaria del daño causado y a los gastos en que se incurre con ocasión del daño. Son los gastos ocasionados, o que se vayan a ocasionar como consecuencia del evento dañoso y que el perjudicado —o un tercero— tiene o tuvo que asumir. Son gastos efectivamente producidos porque se trata de gastos



*realizados efectivamente y conectados causalmente con el hecho dañoso. Estos daños existen en la medida en que se puedan acreditar a través de los correspondientes comprobantes de gasto.*<sup>92</sup>, es así como *"El daño emergente es una pérdida o disminución de valores económicos ya existentes, es decir un empobrecimiento del patrimonio del afectado."*<sup>93</sup>

Para la Corporación, el daño emergente se materializa a partir de las erogaciones pecuniarias en que haya incurrido el afectado por la ocurrencia del daño y aquellos en que deba sufragar hacia el futuro para atemperar las secuelas producto del daño<sup>94</sup>. En efecto, el precedente de la Sala sostiene que *"El daño emergente supone, por tanto, una pérdida sufrida, con la consiguiente necesidad para el afectado de efectuar un desembolso si lo que quiere es recuperar aquello que se ha perdido. El daño emergente conlleva que algún bien económico salió o saldrá del patrimonio de la víctima. Cosa distinta es que el daño emergente pueda ser tanto presente como futuro, dependiendo del momento en que se haga su valoración."*<sup>95</sup>

Sin embargo, se debe resaltar que "el daño indemnizable debe tener bases ciertas de apreciación, y no intentar ser deducido de meras hipótesis o suposiciones. Y si esto se exige del daño ya causado o actual, mayormente se impone la certidumbre de su acaecimiento, respecto del daño futuro, el cual para que pueda mandarse a reparar por el Juez tiene que ser susceptible de evaluación, sobre elementos determinados y concretos, en el momento en que la acción se reconoce. Se trata entonces de que exista certeza de que el daño se producirá, de lo contrario se califica de eventual, porque no se puede asegurar que el mismo se concretará. Se puede entonces afirmar que el perjuicio es cierto cuando la situación sobre la cual el juez va a pronunciarse le permite inferir que se extenderá hacia el futuro, y que es eventual cuando la situación que refleja "el perjuicio" no existe ni se presentará luego."<sup>96</sup>

<sup>92</sup> VICENTE DOMINGO, Elena, El daño, en "Tratado de responsabilidad civil", dirigido por F. REGLERO CAMPOS, cit., pp. 219/220, N° 60.

<sup>93</sup> (153) LÓPEZ MESA, M., Curso de derecho de las obligaciones, cit., T. III, p. 208.

<sup>94</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 30 de agosto de 2007, exp. 15724.

<sup>95</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 4 de diciembre de 2006. Exp. 13168.

<sup>96</sup> Henao, Juan Carlos, El Daño, Análisis Comparativo de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en derecho Colombiano y Francés, Universidad Externado de Colombia, pag. 218.



En efecto, la Sala de tiempo atrás viene sosteniendo que,

*"El daño es uno de los presupuestos o elementos que estructuran la responsabilidad del Estado, común a todos los regímenes (falla del servicio, presunción de falla, daño especial, trabajos públicos, etc), a tal punto que la ausencia de aquél imposibilita el surgimiento de ésta. Esto significa que no puede haber responsabilidad si falta el daño. Ahora bien, para que el daño sea resarcible o indemnizable la doctrina y la jurisprudencia han establecido que debe reunir las características de cierto, concreto o determinado y personal. En efecto, en la materia que se estudia la doctrina es uniforme al demandar la certeza del perjuicio. Tal es el caso de los autores Mazeaud y Tunc, quienes sobre el particular afirman: "Al exigir que el perjuicio sea cierto, se entiende que no debe ser por ello simplemente hipotético, eventual. Es preciso que el juez tenga la certeza de que el demandante se habría encontrado en una situación mejor si el demandado no hubiera realizado el acto que se le reprocha. Pero importa poco que el perjuicio de que se queje la víctima se haya realizado ya o que deba tan sólo producirse en lo futuro. Ciertamente, cuando el perjuicio es actual, la cuestión no se plantea: su existencia no ofrece duda alguna. Pero un perjuicio futuro puede presentar muy bien los mismos caracteres de certidumbre. Con frecuencia, las consecuencias de un acto o de una situación son ineluctables; de ellas resultará necesariamente en el porvenir un perjuicio cierto. Por eso, no hay que distinguir entre el perjuicio actual y el perjuicio futuro; sino entre el perjuicio cierto y el perjuicio eventual, hipotético...". De igual manera, el tratadista Adriano de Cupis enseña sobre el particular: **"El daño futuro es un daño jurídicamente relevante en cuanto revista los caracteres de certidumbre, por lo que puede parificarse al daño presente en tanto en cuanto pueda aparecer como un daño cierto, ya que la simple posibilidad o eventualidad, no bastan a la hora de exigir su responsabilidad. Con la expresión cierto se significa tanto el interés a que afecta como que lo produce, y que por afectarlo motiva el nacimiento de la responsabilidad"**. En el mismo sentido el profesor Jorge Peirano Facio: "De acuerdo a la enseñanza constante de la doctrina el primer carácter que debe presentar el perjuicio para configurarse como relevante a los efectos de responsabilidad extracontractual es el de ser cierto. "En un segundo sentido se habla de perjuicio incierto aludiendo a los daños cuya existencia no está del todo establecida, pudiéndose plantear dudas acerca de su realidad... En el sentido que ahora le atribuimos consideramos, pues, perjuicio aquél que es real y efectivo, y no meramente hipotético o eventual. El criterio esencial para determinar en qué casos un perjuicio es cierto, resulta de apreciar que de no mediar su producción la condición de la víctima del evento dañoso sería mejor de lo que es a consecuencia del mismo. "Próximo al daño futuro, pero discernible de él en la mayoría de los casos, se encuentra el daño eventual. La diferencia fundamental entre estos dos tipos de daño se caracteriza suficientemente cuando se recuerda que el daño futuro no es sino una variedad del daño cierto, en tanto que el concepto de daño eventual se opone, precisamente y en forma radical, al concepto de certeza: daño eventual equivale, al daño que no es cierto; o sea, el daño fundado en suposiciones o conjeturas"<sup>97</sup> (resaltado por fuera de texto)*

Para el caso concreto resulta evidente para la Sala que la condena así impuesta por el a quo reconoce un daño eventual, hipotético, fundado en suposiciones o conjeturas que no dan derecho a indemnización, comoquiera que "la privación de

<sup>97</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 7 de mayo de 1998, exp. 10397



*una simple expectativa, de una contingencia incierta de ganancia o pérdida, de un álea, aun por culpa o dolo de un tercero, no constituye, pues, un daño indemnizable por no ser cierto.*"<sup>98</sup>

En efecto, no obra en el expediente prueba directa que demuestre que indefectiblemente el señor Manrique Serrano deba ser intervenido quirúrgicamente en el futuro como consecuencia de la *hepatoyeyunostmia en Y de Roux con asa subcutánea* sobre él practicada, pues como se desprende del dictamen rendido por los profesionales del Instituto Nacional de Medicina legal y Ciencias Forenses – Dirección Seccional Cesar, a partir de "*la literatura médica mundial*" tan sólo podría presentarse una contingencia incierta de obstrucción de un 20% "*por la Colangitis a repetición que se les presenta, requiriendo reintervenciones quirúrgicas*".

Ahora, respecto del presupuesto-condición impuesto consistente en "*atender todo tipo de servicios médicos o quirúrgicos que en el futuro demande el señor CAMILO MANRIQUE SERRANO, como consecuencia de Colangitis y procesos infecciosos que resulten en su cuerpo como secuela del paso de bacterias intestinales a las vías biliares o de bacterias al terrente (sic) sanguíneo a través de la circulación hepática, o como consecuencia de el (sic) deficiente drenaje de bilis*", vulnera el derecho fundamental a la seguridad social integral en salud al tiempo que se convierte en una *prueba diabólica* para el demandante en la cual deberá demostrar que padece alguna de aquellas patologías para recibir el servicio médico o quirúrgico con independencia del sistema integral de seguridad social en salud.

Finalmente, en relación con el aparte de la condena que establece que las demandadas prestarán el servicio de salud al señor Manrique Serrano "*con independencia de su condición de afiliado al Sistema de Seguridad Social en Salud*", infiere la Sala que tal y como quedó redactado, que autoriza al actor no solamente a desafiliarse al Sistema de Seguridad Social en Salud sino también a sustraerse de la obligación de efectuar las respectivas cotizaciones al sistema.

<sup>98</sup> DEMOGUE, obra citada, tomo IV, N.º 387, pág. 28; JOSSERAND, obra citada, tomo II, 2.ª edición, N.º 439, pág. 70; DE PAGE, obra citada, tomo II, N.º 1020, pág. 871; SAVATIER, obra citada, torso II, N.º 523, pág. 97; PLANIOJ, Y RIPERT, obra citada, tomo VI, N.º 543, pág. 745; BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, obra citada, tomo IV



Sobre el particular, no debe perderse de vista que al tenor del artículo 156, b de la Ley 100 de 1993, *“Todos los habitantes en Colombia deberán estar afiliados al sistema general de seguridad social en salud, previo el pago de la cotización reglamentaria o a través del subsidio que se financiará con recursos fiscales, de solidaridad y los ingresos propios de los entes territoriales.”*. En ese orden, la condena así impuesta no sólo transgrede directamente la norma transcrita sino también el principio de solidaridad en el sistema de seguridad social el cual se *“deriva no sólo de los artículos 1 y 95 de la Carta; la solidaridad también aparece consagrada en el artículo 48 de la Constitución como uno de los principios medulares del servicio público obligatorio de la seguridad social.”*<sup>99</sup> comoquiera que *“La solidaridad no se encuentra sólo en cabeza del Estado sino que también los particulares tienen una carga al respecto. Además, según la filosofía del sistema, los aportes no tienen que verse necesariamente reflejados en las prestaciones, pues estos aportes tienen finalidades que sobrepasan el interés individual del afiliado y apuntan a la protección del sistema considerado como un conjunto dirigido a proteger a toda la población.”*<sup>100</sup>

### 8.3. Perjuicio fisiológico.

En cuanto a los perjuicios fisiológicos se tiene que en la demanda se solicitó el reconocimiento de dichos perjuicios para Camilo Manrique Serrano por un valor de 2000 gramos oro de los cuales fueron reconocidos por el a quo en la suma de 800 gramos oro.

Las reglas de la experiencia indican que Camilo Manrique Serrano sufrió alteraciones, no sólo como consecuencia de la incapacidad dictaminada, sino especialmente porque las condiciones de vida se han visto limitadas y restringidas sus respectivas esferas de desenvolvimiento social, lo que lleva a que se revela, en la presencia de un trauma psicológico que perturba el despliegue de las actividades que ordinariamente realice el demandante.

<sup>99</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-529/10

<sup>100</sup> Ibidem.



Es así como el reciente precedente de la Sala, se señala el curso que ha tenido la jurisprudencia para definir el perjuicio fisiológico,

*"En efecto, en la sentencia del 6 de septiembre de 1993, la Sección tercera puntualizó lo siguiente:*

*"el PERJUICIO FISIOLÓGICO O A LA VIDA DE RELACIÓN, exige que se repare la pérdida de la posibilidad de realizar "...otras actividades vitales, que aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia... A quienes sufren pérdidas irremediables es necesario brindarles la posibilidad de procurarse una satisfacción equivalente a la que han perdido. Por algo se enseña el verdadero carácter del resarcimiento de los daños y perjuicios es un PAPEL SATISFACTORIO..."*

*Con posterioridad, en sentencia del 25 de septiembre de 1997, se precisó al respecto lo que se transcribe a continuación<sup>101</sup>:*

*"1. El mal llamado perjuicio fisiológico se conoce en el derecho francés como perjuicio de placer (prejudice d'agrément), loss of amenity (sic) of the life (pérdida del placer de la vida) en el derecho anglosajón o daño a la vida de relación en el derecho italiano<sup>102</sup>*

*"La jurisprudencia francesa ha definido este particular tipo de daño tomando como marco de referencia la resolución No. 75-7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa relativo a la reparación de daños en caso de lesión corporal, adoptada el 14 de marzo de 1975, según la cual la víctima debe ser indemnizada de "diversos problemas y malestares tales como enfermedades, insomnios, sentimientos de inferioridad, una disminución de los placeres de la vida causada por la imposibilidad de dedicarse a ciertas actividades placenteras<sup>103</sup>*

*"2. La indebida utilización del concepto fisiológico parece derivarse de una mala traducción e interpretación de la jurisprudencia francesa, la cual en una sentencia de la Corte de Casación del 5 de marzo de 1985 distinguió entre el daño derivado de la "privación de los placeres de la vida normal, distinto del perjuicio objetivo resultante de la incapacidad constatada" y los "problemas psicológicos que afectan las condiciones de trabajo o de existencia de la vida". El perjuicio psicológico, de acuerdo con esta distinción, constituye un perjuicio corporal de carácter objetivo que se distingue esencialmente del perjuicio moral reparado bajo la denominación de perjuicio de placer<sup>104</sup>.*

*"Sea de ello lo que fuere, lo cierto es que el adjetivo fisiológico que hace referencia a disfunciones orgánicas, no resulta adecuado para calificar el desarrollo de actividades esenciales y placenteras de la vida diaria (recreativa, culturales, deportivas, etc.).*

*"3. El perjuicio de placer es un perjuicio extrapatrimonial que tiene una entidad propia, lo cual no permite confundirlo con el daño moral (pretium doloris o Schmerzgeld) o precio del dolor, especie también del daño extrapatrimonial, ni con el daño material (daño emergente y lucro cesante, art.1613 del C.C.).*

*"(...)*

<sup>101</sup> Consejo de Estado, Sección tercera, exp.10.241, M.P. Ricardo Hoyos Duque.

<sup>102</sup> Algunos autores han sugerido llamar a este perjuicio *préjudice de désagrément*, perjuicio por desagrado. Cfr. Yvez (sic) Chartier, citado por Javier Tamayo Jaramillo, De la responsabilidad civil, T.II, de los perjuicios y su indemnización. Bogotá, Ed. Temis, 1986, pág.147.

<sup>103</sup> Max Le Roy. L'évaluation du préjudice corporel. Paris, Libraire de la Cour de Cassation, 1989. p.66.

<sup>104</sup> *Ibidem*, p.67.



Luego, en proveído del 19 de julio de 2000, expediente 11842, la Sección Tercera del Consejo de Estado replanteó el nomen iuris del citado perjuicio con fundamento en el siguiente razonamiento que se transcribe in extenso<sup>105</sup>:

**"Debe insistirse ahora, entonces, con mayor énfasis, en que el daño extrapatrimonial denominado en los fallos mencionados "daño a la vida de relación", corresponde a un concepto mucho más comprensivo, por lo cual resulta ciertamente inadecuado el uso de la expresión perjuicio fisiológico, que, en realidad, no podría ser sinónima de aquélla, ni siquiera en los casos en que este daño extrapatrimonial –distinto del moral- es consecuencia de una lesión física o corporal. Por esta razón, debe la Sala desechar definitivamente su utilización. En efecto, el perjuicio aludido no consiste en la lesión en sí misma, sino en las consecuencias que, en razón de ella, se producen en la vida de relación de quien la sufre.**

**"De otra parte, se precisa que una afectación de tal naturaleza puede surgir de diferentes hechos y no exclusivamente como consecuencia de una lesión corporal. De otra manera, el concepto resultaría limitado y, por lo tanto, insuficiente, dado que, como lo advierte el profesor Felipe Navia Arroyo, únicamente permitía considerar el perjuicio sufrido por la lesión a uno solo de los derechos de la personalidad, la integridad física<sup>106</sup>. Así, aquella afectación puede tener causa en cualquier hecho con virtualidad para provocar una alteración a la vida de relación de las personas, como una acusación calumniosa o injuriosa, la discusión del derecho al uso del propio nombre o la utilización de éste por otra persona...**

(...)

**"Debe advertirse, adicionalmente, que el perjuicio al que se viene haciendo referencia no alude, exclusivamente, a la imposibilidad de gozar de los placeres de la vida, como parece desprenderse de la expresión préjudice d'agrément (perjuicio de agrado), utilizada por la doctrina civilista. No todas las actividades que, como consecuencia del daño causado, se hacen difíciles o imposibles, tendrían que ser calificadas de placenteras. Puede tratarse de simples actividades rutinarias, que ya no pueden realizarse, o requieren de un esfuerzo excesivo.**

(...)

**"De acuerdo con lo anterior, resulta, sin duda, más adecuada la expresión daño a la vida de relación, utilizada por la doctrina italiana, la cual acoge plenamente esta Corporación. Se advierte, sin embargo, que, en opinión de la Sala, no se trata simplemente de la afectación sufrida por las persona en su relación con los seres que la rodean. Este perjuicio extrapatrimonial puede afectar muchos otros actos de su vida, aun los de carácter individual, pero externos, y su relación, en general, con las cosas del mundo. En efecto, se trata, en realidad, de un daño extrapatrimonial a la vida exterior; aquél que afecta directamente la vida interior sería siempre un daño moral"**

Posteriormente, el precedente de la Sala consolida el alcance de este perjuicio expresando que,

<sup>105</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de julio de 2000, exp.11842, M.P. Alier E. Hernández Enríquez.

<sup>106</sup> NAVIA ARROYO, Felipe. Ensayo sobre la evolución del daño moral al daño fisiológico, próximo a publicarse. El doctor Navia Arroyo precisa, además, que el concepto de daño fisiológico – de acuerdo el alcance que, hasta ahora, le ha dado esta Corporación – corresponde al de perjuicio de agrado elaborado por la doctrina civilista francesa, y explica que la expresión daño fisiológico, en realidad, corresponde a una noción más amplia, también de creación francesa y aparentemente abandonada, que hace referencia a las repercusiones que puede tener una lesión permanente no sólo en la capacidad de gozar la vida de una persona, sino, en general, en sus condiciones de existencia, al margen de cualquier consecuencia patrimonial, por lo cual resultaría más cercana al concepto de daño a la vida de relación, elaborado por la doctrina italiana.



*"Los perjuicios fisiológicos, comprendidos dentro de lo que se ha denominado como grave alteración a las condiciones de existencia derivadas de la afección que un perjuicio físico causa en el desarrollo social, personal del afectado cuando la lesión es de carácter permanente, se hayan acreditados en caso, puesto que si bien no se aportó una prueba idónea para el establecer que la afección hubiere producido en el paciente una disminución de su capacidad laboral, sí se acreditó que el hecho imputable a la Administración le produjo "deformidad física, perturbación funcional de miembro inferior derecho, perturbación funcional del órgano de la locomoción y perturbación funcional del sistema nervioso periférico. Todas las anteriores de carácter permanente", según datos consignados en el dictamen practicado por el Instituto de Medicina Legal. Además, las declaraciones de Lindelia Peralta Paula y Carlos Astorquiza Aguierra relatan que el menor quedó cojo de una pierna, lo cual le produce serios problemas de locomoción, razón por la cual permanece constantemente acostado, puesto que no puede movilizarse por sí solo, ahora no ha vuelto a jugar, además sufre de constantes dolores, todo lo cual ha hecho que el desarrollo normal de su vida se vea afectado en un cien por ciento. Con fundamento en lo anterior, la Sala encuentra acreditado que con la actuación de la entidad demandada se causó un perjuicio a Luis Eduardo Toro Murillo que afecta en buena medida su desarrollo personal, social y sentimental, razón por la cual confirmará la sentencia en cuanto impuso una condena de 50 S.M.L.M.V., precisando que la misma deviene no sólo del perjuicio fisiológico sino de la grave alteración a las condiciones de existencia que sufre el lesionado"<sup>107</sup>.*

Ahora la Sala aborda la necesidad de delimitar el concepto y modalidades de los daños inmateriales, con el objetivo de superar la distinción que se hace entre perjuicio fisiológico, o la subsunción que se presentó entre este y las alteraciones graves a las condiciones de existencia, estableciendo que es necesario reconocer un solo daño que cubra todos los ámbitos propios al daño inmaterial, como puede ser con el denominado "daño a la salud", lo que en criterio de la Sala resulta limitado y confuso, razón que lleva a exponer las siguientes consideraciones.

Al abordar el daño a la salud se exige, sin duda, examinar dos cuestiones: que se trate de atentados o lesiones a la personalidad física, o a la integridad del cuerpo humano. Dicho daño, en su configuración inicial en el derecho comparado (en el derecho francés e italiano), impone, además, su fundamento se encuentra en principios constitucionales tales como la i) dignidad, ii) igualdad, .iii) libertad y, iv) solidaridad, como daño no patrimonial.

En segundo lugar, el daño a la salud se relaciona estrictamente con las manifestaciones de un bien jurídico reconocido constitucionalmente<sup>108</sup>, aunque

<sup>107</sup> Sentencia de 11 de febrero de 2009. Exp.17050.

<sup>108</sup> En el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: "Sobre el derecho fundamental de salud, la Corte Constitucional ha reconocido que la vida comprende el respeto de la dignidad



con alcance colectivo, como el de la "salud", y tiene en cuenta que el fin último de dicho bien es el respeto por la "correcta expresión de la persona en la comunidad en donde vive y se desarrolla. En el fondo, es el principio de la dignidad humana la que da el sustento principal en la construcción de este tipo de daño, cuyo tratamiento lleva a que se hayan estudiado soluciones uniformes, independientes de la causa del daño y de los beneficios económicos y/o materiales que pueda alcanzar la persona. Esto lleva a una especie de socialización del daño y de los perjuicios, ya que permite la disminución de las desigualdades sociales.

Así mismo, el daño a la salud pone en crisis la idea de relacionar los perjuicios con las necesidades materiales de la víctima. Por lo tanto, se trata de un daño que se vincula al bien de la salud "en sí mismo". No obstante, debe advertirse que su aparición en la escena de la teoría de la responsabilidad civil se produjo como consecuencia directa del progreso que demandaron las sociedades opulentas, en las que se redefinieron y emergieron nuevas necesidades y exigencias para su mundo vital.

Siendo esto así, no cabe duda que el daño a la salud, conceptualmente visto, permite introducir una nueva categoría de bienes de consumo, subordinada a "integridad psico-física". El peligro de una concepción de este tipo se encuentra en la posibilidad de albergar una tutela indiscriminada. Por esto, su consideración ha exigido estudiar la relación bienestar económico y aumento resarcitorio por daños a la persona, como una decisión de responsabilidad fiscal que no puede eludirse, más cuando se trata de comprometer el patrimonio estatal.

Debe, por lo tanto, sostenerse que la aparición del daño a la salud se produce como consecuencia del progreso y avance de la sociedad tecnológica, por el aumento de las lesiones resarcibles y la tendencia a reparar el daño, en cualquier caso, por el cambio que se vino a presentar en el pensamiento liberal individualista.

---

*humana y por ello, una afectación de la salud que altere la vida en condiciones dignas debe ser protegida mediante los mecanismos constitucionales dispuestos para la protección de derechos fundamentales". CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias T-645 de 1996; T-175 de 2002; T-820 de 2007.*



Hasta aquí se ha intentado precisar el surgimiento del daño a la salud como tipo que comprenda a los daños y perjuicios inmateriales, pero es necesario consolidar su estructuración en el derecho de daños. En ese sentido, y desde la perspectiva de la reparación, no puede asimilarse como daño la lesión a la integridad física, las consecuencias que de la misma lesión deriven. De ahí que no pueda confundirse el denominado "daño-evento" y el "daño-consecuencia", ya que identificar el daño con la lesión de un interés no es de recibo en la teoría de la responsabilidad.

Por lo anterior, debe establecerse una aproximación a las posiciones que se han sostenido en cuanto al daño a la salud como modalidad única: i) la primera hace énfasis en la necesidad de identificar en el hombre, en el ser humano, un "valor capital", un "valor intrínseco" que pueda ser valorizable; ii) para otra posición doctrinal, lo esencial es ampliar el concepto de patrimonialidad a los intereses personales.

Conforme a ellas, también es necesario diferenciar los padecimientos de ánimo y la lesión propiamente al derecho a la salud (como expresión del daño a la salud): i) los padecimientos hacen parte del universo de lo sensorial y sentimental, lo que hace que su expresión sea plenamente individualista, lo que dificulta su tasación con base en criterios objetivos; ii) lo anterior hace diferenciar al daño a la salud, el cual debe permitir, en principio, una valoración homogénea.

Cabe, además, precisar el alcance del daño a la vida de relación que ha sido superada en el precedente jurisprudencial sin mayor claridad. Sin duda, se trata de un concepto indeterminado, que permitió (como un contenedor) introducir una amalgama o diversidad de perjuicios que no se traducían en la esfera patrimonial del sujeto.

Este daño a la vida de relación se asoció, inicialmente, a la lesión corporal que sufría una persona, que le impedía desarrollar actividades diferentes a las laborales (de recreación, social, etc.) que desarrollaba antes de causar el daño. Dicha definición puede descomponerse de la siguiente manera: i) menoscabo a la capacidad de concurrir a las relaciones sociales y económicas; ii) afectación peyorativa de la capacidad psicofísica que influye el desarrollo de actividades



complementarias o integradoras, respecto a la actividad laboral normal; iii) para resarcirlo debe haber, por lo menos, un ligamen indirecto con un interés patrimonial; iv) sin duda, es un perjuicio que tiene un profundo carácter clasista<sup>109</sup>. De igual manera, es necesario precisar el alcance del "daño existencial" considerado, en principio, como aquel deducido de las repercusiones negativas en la calidad de vida de la persona. Se entiende, pues, como un daño que se expresa en la "esfera de desarrollo existencial del hombre"<sup>110</sup>. Dicho daño impone, a su vez, serios reparos: i) permitiría un trato discriminatorio, ii) el "no tener un parámetro objetivo para medir el daño existencial dificulta su reparación, pues la convierte en una reparación presunta"<sup>111</sup>; iii) se "acusa la inflación injustificada de los rubros de daño extrapatrimonial, dado que aquello que él vendría a reparar estaría ya contenido dentro de las otras categorías reconocidas por el sistema, específicamente en la categoría constituida por los intereses de la persona constitucionalmente protegidos"<sup>112</sup>, y; iv) finalmente, se "elevarían a la categoría de perjuicio, otorgándoseles la correspondiente tutela resarcitoria, consecuencias que no parecen tener esa connotación jurídica (los llamados "daños bagatelares"), dado que no provienen de la lesión a un derecho constitucional"<sup>113</sup>.

En cuanto a las alteraciones a las condiciones de existencia, su aproximación mejor elaborada en la doctrina francesa indica que se trata de "una modificación anormal que afecta el curso de la existencia... en sus ocupaciones, sus hábitos o sus proyectos"<sup>114</sup>. En la actualidad, se concibe que constituya "apenas una

<sup>109</sup> No podía "consistir en el mero perjuicio de la llamada vida en sociedad o en la perturbación de las relaciones mundanas del sujeto pasivo, hasta llegar a considerarse proporcional [el daño] a la importancia de los ambientes sociales que se frecuentan o, a los ingresos de las personas con las que se tienen relaciones de amistad". CORTÉS, Edgar. *Responsabilidad civil y daños a la persona. El daño a la salud en la experiencia italiana, ¿un modelo para América Latina?*. 1ª ed. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, pp.159 y 160.

<sup>110</sup> En la jurisprudencia del derecho comparado cabe encontrar dos pronunciamientos: "todo perjuicio [provocado]... alterando sus hábitos de vida y los aspectos relacionales que le eran propios, perturbando su propia cotidianeidad y privándolo de ocasiones para la expresión y la realización de su personalidad en mundo externo". Así mismo, se agrega: "el daño existencial se funda sobre la naturaleza no meramente emotiva y ulterior (propia del daño moral), sino que objetivamente relacionado al perjuicio". ITALIA. CORTE DI CASSAZIONE. Sez Un, 24 marzo 2006. No.6572.

<sup>111</sup> CORTÉS, Edgar. *Responsabilidad civil y daños a la persona. El daño a la salud en la experiencia italiana, ¿un modelo para América Latina?*, ob., cit., p.162.

<sup>112</sup> KOTEICH KHATIB, Milagros. "La dispersión del daño extrapatrimonial en Italia. Daño biológico vs. "daño existencial", en *Revista de Derecho Privado*. No.15, 2008, p.152.

<sup>113</sup> KOTEICH KHATIB, Milagros. "La dispersión del daño extrapatrimonial en Italia. Daño biológico vs. "daño existencial", ob., cit., p.152.

<sup>114</sup> CHAPUS, René. *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*. París, LGDJ, 1954, p.414. El precedente de la Sala señala: "El reconocimiento de indemnización por concepto del daño por alteración grave de las



'fórmula que describe el contenido de algunos tipos de perjuicios... Es decir, no constituyen en sí mismos una categoría autónoma de perjuicio... Por el contrario, dicha 'fórmula' aparece, por ejemplo, en la definición de los siguientes perjuicios o prospectos de perjuicios: préjudice fonctionnel d'agrément<sup>115</sup>, préjudice d'accompagnement<sup>116</sup> y préjudice fonctionnel permanent<sup>117-118</sup>.

Dicho lo anterior, no cabe menos que reiterar que el daño a la salud como "daño integrador" se encuentra representado por la lesión en la función vital del sujeto, lo que permite: i) la expresión de los principios de dignidad, de igualdad<sup>119</sup> y solidaridad (afirmación de la "justicia distributiva"<sup>120</sup>), y; ii) afirmar, que a idéntica lesión, idéntico resarcimiento, sin perjuicio de ajuste personalizado.

El riesgo de identificar las dos características señaladas se encuentra en la tendencia a considerar el daño a la salud como un contenedor donde puede caber todo lo que no tiene carácter o esencia patrimonial, como se establece equivocadamente en la decisión de la Sala.

Por lo tanto, es necesario contener la proliferación de nuevas figuras de daño, de manera que se admita todo tipo de pretensiones que no cuentan con un respaldo y legitimidad, especialmente en el marco de su alcance social. Así mismo, debe evitarse que esta situación convierta en ilimitado al contencioso. De ahí, pues, que

---

*condiciones de existencia es un rubro del daño inmaterial -que resulta ser plenamente compatible con el reconocimiento del daño moral-, que, desde luego, debe acreditarse en el curso del proceso por quien lo alega y que no se produce por cualquier variación menor, natural o normal de las condiciones de existencia, sino que, por el contrario, solamente se verifica cuando se presenta una alteración anormal y, por supuesto, negativa de tales condiciones". Sentencias de 19 de julio de 2000. Exp.11842; de 15 de agosto de 2007. Rad. Ag-385; 2 de septiembre de 2009. Exp.17827.*

<sup>115</sup> Informe DINTILHAC, en [<http://lesraports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/064000217/0000.pdf>; (consultado 28 de mayo de 2011)].

<sup>116</sup> Informe DINTILHAC, en [<http://lesraports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/064000217/0000.pdf>; (consultado 28 de mayo de 2011)].

<sup>117</sup> Informe LAMBERT-FAIVRE, en [<http://lesraports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/034000490/0000.pdf>; (consultado 28 de mayo de 2011)].

<sup>118</sup> ". KOTEICH, Milagros. "La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del "daño corporal") en el ordenamiento francés", ob., cit.

<sup>119</sup> Lo que hace que se preserve como tendencia un modelo de derecho de daños que favorece a la víctima, que busca la reparación de los "sinsabores de la existencia humana". KOTEICH, Milagros. "La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del "daño corporal") en el ordenamiento francés", en *Revista de derecho privado*. No.18, 2010. Como crítica puede verse FABRE-MAGNAN, M. *Droit des obligations. Responsabilité civile et quasi contrats*. París, PUF, 2007, p.123.

<sup>120</sup> KOTEICH, Milagros. "La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del "daño corporal") en el ordenamiento francés", ob., cit.



se invoque la necesidad de identificar y jerarquizar los "intereses resarcibles"<sup>121</sup>. En reciente precedente jurisprudencial italiano se dijo que,

*"En la actual configuración del ordenamiento, en el cual asume posición preeminente la Constitución –cuyo, art.2, reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre–, el daño no patrimonial debe ser entendido como categoría amplia, comprensiva de toda hipótesis en virtud de las cuales son lesionados derechos inviolables inherentes a la persona constitucionalmente garantizados así no tuvieren naturaleza económica, con subsumiéndose en el daño moral subjetivo"*<sup>122</sup>.

En el derecho comparado, no hay duda, no en nuestro sistema jurídico, que el daño a la salud vino a absorber las categorías que existían en materia de daños no patrimoniales, estableciéndose como modo de "valoración de las consecuencias negativas que una lesión a la integridad psicofísica de la persona podría llegar a producir sobre el 'valor hombre, entendido en toda su complejidad'".

El otro problema se encuentra a qué reparación debe obedecer el daño a la salud<sup>123</sup>, lo que se responde afirmando que no puede ser otra, como lo señala la doctrina, que la "satisfacción", o lo que otros denominan la "indemnización satisfactoria"<sup>124</sup>, de manera que se "trata más bien de una satisfacción que se ofrece al sentimiento de justicia y a la personalidad del lesionado"<sup>125</sup>. Esto lleva,

<sup>121</sup> "Entonces, mientras en Francia la ciencia jurídica se concentra en los tipos de daños... reparables y no en los intereses o derechos que con su consagración pretenden tutelarse (por ej., no se habla tanto del derecho a la integridad física sino del daño corporal), en otros derechos (como el alemán o el italiano) en cambio, el acento se pone es en el "elenco" de intereses jurídicamente tutelados (cuya agresión delinea a posteriori el daño)". KOTEICH, Milagros. "La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del "daño corporal") en el ordenamiento francés", ob., cit.

<sup>122</sup> ITALIA. CORTE DI CASSAZIONE. Sentenza 31 maio 2003. No.8828.

<sup>123</sup> El daño a la salud al hacer parte de los daños no patrimoniales debe tener en cuenta que el "concepto de esta clase de daños aparece indisolublemente unido con el problema de su reparación". FISCHER, Hans A. *Los daños civiles y su reparación*. Madrid, Librería general de Victoriano Suárez, 1928, p.222.

<sup>124</sup> Lambert-Faivre señala: "¿Cuál es el valor monetario de una amputación?, ¿de una parálisis?, ¿de una ceguera?, ¿de un sufrimiento? [E]n materia de daños corporales, más allá de los perjuicios puramente económicos (gastos de cura, honorarios profesionales) es la esencia misma de la persona víctima, cuerpo y alma, la que es lesionada por los daños que se llaman morales o personales o extrapatrimoniales". LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. "Droit du dommage corporel", en VINEY, Geneviève; MARKESINIS, B. *La réparation du dommage corporel. Essai de comparaison des droits anglais et français*. París, 1985. "Hay quien sostiene que la indemnización en dinero de daños no patrimoniales representa un absurdo, toda vez que los bienes inmateriales y el dinero son magnitudes incomparables, y que jamás pueden <<indemnizarse>> en metálico estos bienes humanos, como se indemniza el patrimonio". FISCHER, Hans A. *Los daños civiles y su reparación*, ob., cit., p.225.

<sup>125</sup> FISCHER, Hans A. *Los daños civiles y su reparación*, ob., cit., p.227.



indudablemente, a convertir al instituto de la responsabilidad en un ámbito dirigido indefectiblemente a la reparación, de manera permanente<sup>126</sup>.

A las dificultades que representa la consideración y la construcción de la figura del daño a la salud, que en la doctrina y la jurisprudencia nacional no se ha terminado de decantar, se agrega la necesidad de fundamentar dicho daño en el concepto de "suma de las funciones naturales" como común denominador de este tipo de daño.

Por esto, se hace necesario precisar los elementos básicos del daño a la salud: i) responde a la necesidad de proteger "una esfera mínima y esencial del individuo que se identificó, en un primer momento, en su integridad psicofísica", y; ii) considera al bien jurídico de la salud como un "valor en sí mismo", que hace que su tratamiento sea independiente a la posición de la víctima, su patrimonio, su capacidad de generar beneficios económicos. Estos elementos han permitido a la doctrina formular la siguiente noción del daño a la salud:

*"... cualquier violación a la integridad psicofísica de la persona, susceptible de ser comprobada por parte del médico legal, que empeore el estado de bienestar de la persona lesionada, en cualquiera de las manifestaciones de su vida, y con independencia de su capacidad para producir réditos"*<sup>127</sup>.

Dicha definición exige considerar el alcance de la tutela del bien jurídico de la salud, que desde comienzos de los años noventa en el derecho comparado, especialmente, en el precedente jurisprudencial constitucional italiano se dijo:

*"... el bien salud es tutelable [n]o sólo como interés de la comunidad, sino también y sobre todo como derecho fundamental del individuo... el menoscabo de la integridad psicofísica del sujeto lesionado constituye entonces un daño integralmente resarcible en sí mismo... La consideración de la salud como un bien y un valor persona, [i]mpone la necesidad de tomar en consideración el daño biológico, para los fines del resarcimiento, en relación con la totalidad de los reflejos perjudiciales respecto de todas las actividades, las situaciones y las relaciones por medio de las cuales la persona se explica a sí misma dentro de su propia vida"*<sup>128</sup>.

<sup>126</sup> Según Lapoyade Dechamps: "toda vez que el hecho generador y el nexo causal pasan a segundo plano, el derecho de la responsabilidad civil ¿no está llamado a convertirse, insensiblemente, en un derecho de la reparación?". LAPOYADE DECHAMPS, Ch. "Quelle (s) réparation(s)?" citado en CORTÉS, Edgar. *Responsabilidad civil y daños a la persona. El daño a la salud en la experiencia italiana, ¿un modelo para América Latina?*, ob., cit., p.51.

<sup>127</sup> CORTÉS, Edgar. *Responsabilidad civil y daños a la persona. El daño a la salud en la experiencia italiana, ¿un modelo para América Latina?*, ob., cit., p.132.

<sup>128</sup> ITALIA. CORTE COSTITUZIONALE. Sentenza 18 luglio 1991.



La búsqueda del fundamento constitucional del daño a la salud puede llevar en nuestro ordenamiento jurídico a convertirlo en un *damnum maius*, que requiere ser decantado, so pena de distorsionar el concepto de resarcimiento, y así mismo condicionar la aplicación del principio de reparación integral.

En ese orden, la Sala considera que una tasación adecuada de los perjuicios fisiológicos reclamados por Camilo Manrique Serrano con ocasión de las lesiones que sufrió, será la suma de 40 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Finalmente, toda vez que para el momento en que se profiere este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, en el sub lite, ninguna procedió de esa forma, no habrá lugar a imponerlas.

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

### FALLA

**MODIFIQUESE** la sentencia proferida por la Sala de Descongestión Tribunales Administrativos de Santander, Norte de Santander y Cesar de 30 de marzo de 2001, por las razones expuestas en este proveído y el su lugar se dispone;

**PRIMERO. DECLÁRESE** a la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal E.P.S, a la Fundación Médico Preventiva para el Bienestar Social Ltda. I.P.S., a la Clínica del Cesar Ltda., y a Yonis Flórez Mendoza administrativamente responsables por los perjuicios causados a los demandantes, con ocasión de las lesiones padecidas por Camilo Manrique Serrano, derivada del servicio médico prestado.

**SEGUNDO. CONDÉNESE** a la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal E.P.S, a la Fundación Médico Preventiva para el Bienestar Social Ltda. I.P.S., a la Clínica del Cesar Ltda., y a Yonis Flórez Mendoza a pagar solidariamente por perjuicios morales la suma de 60 salarios mínimos mensuales legales vigentes para Camilo Manrique Serrano, de 30 salarios mínimos mensuales legales vigentes para



Marlene de los Reyes Avendaño, 30 salarios mínimos mensuales legales vigentes para Merly Johana y Camilo de Jesús Manrique de los Reyes, 20 salarios mínimos mensuales legales vigentes para Camilo Manrique Cortes, 20 salarios mínimos mensuales legales vigentes para Olga Serrano de Manrique, y la suma de 5 salarios mínimos mensuales legales vigentes para Olga Mercedes, María Custodia, Omar Alfonso, Elsy Alba, Consuelo Patrocinia y José Uberlis Manrique Serrano a cada uno de ellos.

**CUARTO. CONDENESE** a la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal E.P.S, a la Fundación Médico Preventiva para el Bienestar Social Ltda. I.P.S., a la Clínica del Cesar Ltda., y a Yonis Flórez Mendoza a pagar solidariamente por concepto de perjuicios fisiológicos a favor Camilo Manrique Serrano (lesionado) cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

**QUINTO. CONDENESE** a la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal E.P.S, a la Fundación Médico Preventiva para el Bienestar Social Ltda. I.P.S., a la Clínica del Cesar Ltda., y a Yonis Flórez Mendoza a pagar solidariamente por concepto de lucro cesante consolidado a favor de Camilo Manrique serrano a la suma actualizada de cuatro millones cuatrocientos tres mil ciento dos pesos (\$4'403.102.00).

**SEXTO. CONDENESE** a la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal E.P.S, a la Fundación Médico Preventiva para el Bienestar Social Ltda. I.P.S., a la Clínica del Cesar Ltda., y a Yonis Flórez Mendoza a pagar solidariamente por concepto de daño emergente consolidado a favor Camilo Manrique serrano a la suma actualizada de siete millones ochocientos ochenta mil doscientos setenta y cuatro pesos (\$7'880.274.00).

**SEPTIMO. CONDÉNESE** al médico Yonis Florez Mendoza a reembolsar a la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal E.P.S, una vez aquella cancele lo ordenado por la jurisdicción, en los términos establecidos en la parte motiva de ésta providencia.

**OCTAVO. DENIÉGUESE** las demás súplicas de la demanda.



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

**DECIMO.** Cúmplase lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

**DECIMOPRIMERO.** ABSTÉNGASE de condenar en costas.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

**ENRIQUE GIL BOTERO**  
Presidente

*Enrique Gil Botero*

*impedida*  
**OLGA VALLE DE DE LA HOZ**  
Magistrada

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**  
Magistrado

10