



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

CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., veintidós (22) de octubre de dos mil doce (2012)

Radicación: 76001233100019980111001 (24981)

Actor: Jaime Barrios García

Demandado: Instituto de Seguros Sociales

Asunto: Acción de reparación directa (sentencia)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca de 14 de agosto de 2002 mediante la que se dispuso:

"NEGAR LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA" (fl. 105 a 119 c.3).

ANTECEDENTES

1. La demanda.

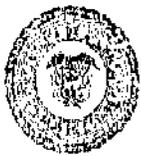
Fue presentada el 11 de agosto de 1996 por Jaime Barrios García, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del C.C.A., con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas.

*"PRIMERA: Declárese a la empresa industrial y comercial del Estado INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES - seccional del Valle del Cauca - I.P.S. CLINICA RAFAEL URIBE URIBE, representada legalmente por el doctor FERNANDO GUTIERREZ GUTIERREZ, mayor de edad, domiciliado y residente en la ciudad de Santiago de Cali, o quien haga sus veces, administrativamente responsable de todos los perjuicios derivados del deficiente y negligente servicio de atención médica, con sus respectivas secuelas, que le ocasionaron al señor JAIME BARRIOS GARCÍA,*

*SEGUNDA: Que como consecuencia se condene a la empresa industrial y comercial del Estado INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES - seccional del Valle del Cauca - I.P.S. CLINICA RAFAEL URIBE URIBE, representada legalmente por el doctor FERNANDO GUTIERREZ GUTIERREZ, mayor de edad, domiciliado y residente en la ciudad de Santiago de Cali, o quien haga sus veces, a indemnizar tales perjuicios, al señor JAIME BARRIOS GARCÍA, quien obra en su propio nombre y representación en el momento del fallo, el daño emergente, lucro cesante, perjuicio fisiológico y perjuicio moral relacionados a continuación:*

*LIQUIDACION DE LOS PERJUICIOS CORRESPONDIENTES AL SEÑOR JAIME BARRIOS GARCÍA:*

*A. - DAÑO EMERGENTE PASADO: Comprende los diferentes gastos que tuvo que realizar y que deba seguir realizando el señor JAIME BARRIOS GARCÍA, con el fin de mantener y asegurar su bienestar físico, mental y moral que asciende a la suma*



de: MILLON SEISCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS MONEDA LEGAL (\$1.650.000,00).

Valor actualizado.....\$ 1.980.000,00

**PETICION SUBSIDIARIA:**

A falta de bases suficientes para la fijación de la liquidación matemático -actuarial del DAÑO EMERGENTE PASADO que se le debe al demandante JAIME BARRIOS GARCÍA, quien obra en su propio nombre, los Honorables Magistrados, se servirán fijarlos de acuerdo al artículo 16 del decreto 446 de 1998 teniendo en cuenta los principios de reparación integral y equidad y observando los criterios técnicos actuariales.

B. - DAÑO EMERGENTE FUTURO: Comprende los diferentes gastos que debe seguir realizando el señor JAIME BARRIOS GARCÍA, con el fin de procurar un nivel de vida estable; así como las sumas que deberá seguir sufragando para acudir a los servicios médicos de control y de psicóloga, para que le ayude asimilar las consecuencias que sufrió y el estado en que quedó, suma que actualizada asciende a la suma de: TRES MILLONES QUINIENTOS TRECE MIL PESOS MONEDA LEGAL (\$3.513.000,00)

Valor actualizado.....\$ 3.960.000,00

**PETICION SUBSIDIARIA:**

A falta de bases suficientes para la fijación de la liquidación matemático -actuarial del DAÑO EMERGENTE FUTURO que se le debe al demandante JAIME BARRIOS GARCÍA, quien obra en su propio nombre, los señores Magistrados, se servirán fijarlos de acuerdo al artículo 16 del decreto 446 de 1998 teniendo en cuenta los principios de reparación integral y equidad y observando los criterios técnicos actuariales.

C- LUCRO CESANTE PASADO: Causado por la disminución de su capacidad física y laboral, durante el tiempo que estuvo incapacitado y que gracias a las deficientes medidas de prevención en las instalaciones físicas y a la falta del suficiente personal auxiliar o de enfermería del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES - seccional del Valle del Cauca - I.P.S. CLINICA RAFAEL URIBE URIBE se le dio una negligente y deficiente prestación de los servicios de salud al señor JAIME BARRIOS GARCIA, naciendo que esta limitación físico-mental sea obstáculo para su desarrollo integral y de futuros ingresos laborales, que se dieron desde el momento del accidente.

Valor.....\$ 9.725.639,00

**PETICION SUBSIDIARIA:**

A falta de bases suficientes para la fijación o liquidación matemático actuarial de los perjuicios correspondientes al LUCRO CESANTE PASADO, que se debe al demandante señor JAIME BARRIOS GARCIA, quien obra en su propio nombre y representación, los Señores Magistrados, se servirán fijarlos de acuerdo al artículo 16 del decreto 446 de 1998 teniendo en cuenta los principios de reparación integral y equidad y observando los criterios técnicos actuariales.

D. - DAÑOS Y PERJUICIOS FISIOLÓGICOS: Llamados por la doctrina y la jurisprudencia francesa "Prejudice D' Agrément" , por la doctrina Italiana "Perjuicio a la vida de relación" y por el tratadista Roger Dalq "La disminución del goce de vivir" por cuanto el afectado verá disminuida su apariencia física así como su estado mental, toda vez que es indiscutible que cualquier limitación de carácter físico o mental genera una serie de limitaciones que deberá sortear el perjudicado, para un buen desarrollo psicológico y fisiológico. Por lo anterior, y atendiendo a los dictámenes periciales que habrán de practicarse durante el proceso, los Honorables Magistrados se servirán fijar estos daños en la suma que estimen conveniente, pero en todo caso, fijamos nuestra petición en el equivalente en pesos de dos mil (2.000) gramos oro fino, por aplicación analógica de artículo 107 del Código Penal

E. - PERJUICIOS MORALES: Que en consecuencia se condene a la empresa industrial y comercial del Estado INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES -seccional del Valle del Cauca - I.P.S. CLINICA RAFAEL URIBE URIBE, representada legalmente por el doctor FERNANDO GUTIERREZ GUTIERREZ, mayor de edad, domiciliado y residente en la ciudad de Santiago de Cali, o quien haga sus veces, al pago de los PERJUICIOS MORALES OBJETIVOS, que se le deben al señor JAIME BARRIOS GARCIA, quien obra en su propio nombre, constituidos por la angustia y desesperación de tan fuerte dolor padecido por él, por las lesiones que le produjeron, correspondiente al equivalente en pesos de mil (1.000) gramos oro fino, al precio que



se encuentre el metal en la fecha en que se ejecutorie la sentencia y de conformidad con la certificación que en tal sentido expida el BANCO DE LA REPUBLICA por aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal.

TERCERA: Que se condene a la empresa industrial y Comercial del Estado INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES - seccional del Valle del Cauca -I.P.S. CLINICA RAFAEL URIBE URIBE de la ciudad de Santiago de Cali, representada legalmente por el doctor FERNANDO GUTIERREZ GUTIERREZ, mayor de edad, domiciliado y residente en la ciudad de Santiago de Cali, o quien haga sus veces, a pagar la desvalorización monetaria de las sumas relacionadas desde que fueron exigibles y pagadas hasta la fecha.

CUARTA: Que se condene a la empresa industrial y comercial del Estado INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES - seccional del Valle del Cauca -I.P.S. CLINICA RAFAEL URIBE URIBE, representada legalmente por el doctor FERNANDO GUTIERREZ GUTIERREZ, mayor de edad, domiciliado y residente en la ciudad de Santiago de Cali, o quien haga sus veces, al pago de los gastos y costas del proceso, incluyendo los honorarios de Abogado.

QUINTA: Que en consecuencia se condene a la empresa industrial y comercial del Estado INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES -seccional del Valle del Cauca - I.P.S. CLINICA RAFAEL URIBE URIBE, representada legalmente por el doctor FERNANDO GUTIERREZ GUTIERREZ, mayor de edad, domiciliado y residente en la ciudad de Santiago de Cali, o quien haga sus veces, al pago de INTERESES COMERCIALES causados a partir de la fecha de ejecutoria de la sentencia y transcurridos seis (6) meses a los INTERESES DE MORA, de conformidad con el artículo 1653 del Código Civil, imputándose todo primero a intereses.

SEXTA: Que en consecuencia se condene a la empresa industrial y comercial del Estado INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES -seccional del Valle del Cauca- I.P.S. CLINICA RAFAEL URIBE URIBE, representada legalmente por el doctor FERNANDO GUTIERREZ GUTIERREZ, mayor de edad, domiciliado y residente en la ciudad de Santiago de Cali, o quien haga sus veces, a dar cumplimiento a la sentencia definitiva dentro del término legal. (Artículos 173 y siguientes del C.C.A.)

RESUMEN:

Liquidación acción personal del paciente perjudicado JAIME BARRIOS GARCIA:

Valor del daño emergente.....	\$ 5.940.000,00
Valor del lucro cesante.....	\$ 9.725.639,00
Valor del perjuicio fisiológico.....	\$ 24.704.000,00
Valor del perjuicio moral.....	\$ 12.352.000,00
TOTAL ACCION PERSONAL.....	\$52.721639,00" (fls. 14 a 29 c.1).

Como fundamento de las pretensiones, el actor expuso los hechos en la siguiente forma:

"1. - El INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se transformó en una empresa industrial y comercial del Estado, del nivel nacional, conforme al decreto 2148 de Enero 3 de 1.992, en concordancia con el decreto 337 de 1.994, creando cinco (5) gerencias seccionales, siendo el representante legal de la I.P.S. CLINICA RAFAEL URIBE URIBE, de la ciudad de Santiago de Cali, el doctor FERNANDO GUTIERREZ GUTIERREZ mayor de edad, domiciliado y residente en este municipio.

2. - El señor JAIME BARRIOS GARCIA, mayor de edad, domiciliado y residente en la ciudad de Santiago de Cali, ha estado afiliado al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, desde el año de 1980 institución que lo ha venido tratando por tuberculosis desde el mes de Junio de 1991.

3. - El 26 de Agosto de 1996, el señor JAIME BARRIOS GARCIA, se presentó en la CLINICA RAFAEL URIBE URIBE de la ciudad de Santiago de Cali, a pedir cita con el neumólogo, que lo habla venido tratando por la tuberculosis, doctor MAXIMILIANO PARRA, pues se encontraba muy indispuerto ya que habla tenido fiebre y expectoración con sangrado los días anteriores, pero al ser atendido por la enfermera de dicho departamento le aconsejó que fuera mejor por urgencias por el grave estado en que se encontraba.



4. - Efectivamente así lo hizo, donde fue atendido por la médica de turno, doctora MONICA MARIA RADA, quien al examinarlo le ordenó hospitalización inmediata.
5. - El señor JAIME BARRIOS GARCIA, fue a entregar el vehículo colectivo que estaba conduciendo y regresó a la I.P.S. CLINICA RAFAEL URIBE URIBE, a hospitalizarse aproximadamente a las 2:10 de la tarde, en donde fue dejado en observación en una camilla situada frente a los consultorios de urgencias, en compañía de por lo menos cien pacientes más en peores condiciones que él sin que fuera aislado, tratándose de la tuberculosis que padecía.
6. - La esposa del señor JAIME BARRIOS GARCIA, lo acompañaba esa tarde, quien le preguntó a la enfermera jefe que si podía quedarse como acompañante a lo que le contestaron que no, pues él podía caminar y que para ello estaban los enfermeros.
7. - Al día siguiente, 27 de Agosto de 1996 siendo las 6:00 A.M., el enfermero les dijo a los pacientes que podían caminar, que fueran a bañarse, pues los médicos paseaban revista temprano, por lo que el señor JAIME BARRIOS GARCIA, se duchó en uno de los baños para hombres situado atrás de un patio ubicado frente al quirófano para pequeñas cirugías de urgencias de la CLINICA RAFAEL URIBE URIBE.
8. - Las duchas mencionadas en el hecho anterior quedan independientes de los sanitarios y de los lavamanos, motivo por el cual el señor JAIME BARRIOS GARCIA, una vez duchado se puso la pijama y sus pantuflas y posteriormente pasó al sitio donde quedan los lavamanos para cepillarse los dientes. Una vez terminada esta labor se dirigía nuevamente al salón donde estaba ubicada su camilla y al salir de ese lugar se resbaló aparatosamente, pues el piso estaba mojado y no había pasamanos donde apoyarse ni enfermero que lo acompañase; recibiendo todo el peso del cuerpo sobre la rodilla izquierda.
9. - El señor JAIME BARRIOS GARCIA, fue auxiliado por un acompañante de otro paciente y por un enfermero quienes lo llevaron a uno de los consultorios de urgencias donde fue remitido a traumatología, ordenándole una radiografía que le fue tomada en el segundo piso de dicha institución.
10. - Posteriormente en traumatología le inmovilizaron la pierna izquierda con una férula mientras le definían la operación siendo llevado de nuevo a su camilla.
11. - En horas de la tarde de ese mismo día 27 de Agosto de 1996, el señor JAIME BARRIOS GARCIA, es evaluado por la señora MARIA AMANDA SANCHEZ y por el doctor GERMAN SALCEDO, de traumatología, quienes deciden hospitalizarlo en el noveno piso para corrección quirúrgica.
12. - Antes de operar al señor JAIME BARRIOS GARCIA, para la corrección quirúrgica de la pierna, continuaron con el tratamiento inicial de tuberculosis, motivo por el cual acudió en primera instancia a la CLINICA RAFAEL URIBE URIBE, del INSTITUTO DEL SEGURO SOCIAL, seccional del Valle del Cauca, pues para ello el paciente tenía que tener normalizada la glicemia y el B.K.
13. - Durante el tratamiento mencionado en el hecho anterior, el paciente JAIME BARRIOS GARCIA, fue tratado por el internista, doctor JORGE SOTO MAYOR, quien al día 28 de Agosto de 1996, ordenó se le aislara por el peligro inminente de contagio.
14. - Pasaron aproximadamente veinte días más sin que fuera operado el señor JAIME BARRIOS GARCIA, pues fue devuelto en dos ocasiones de sala cirugía, una por otro paciente grave que llegó accidentado y la otra porque el médico que lo iba a operar no se atrevió a hacerlo por la glicemia que tenía en ese momento.
15. - Hasta que por fin le fue operada la rótula de la pierna izquierda al señor JAIME BARRIOS GARCIA, por el traumatólogo doctor ANDRES MACHADO, el día 18 de Septiembre de 1996 en donde le tuvieron que incrustar clavos para la corrección de dicha rodilla y le dieron de alta al día siguiente.
16. - Como consecuencia de la negligente atención hospitalaria de la sección de urgencias de la CLINICA RAFAEL URIBE URIBE, de la ciudad de Santiago de Cali, al no tener los baños pasamanos para apoyarse los pacientes, ni contar con personal auxiliar o de enfermería que los acompañen en su labor de aseo, se desencadenaron todos los hechos narrados anteriormente, y a pesar de que le fue operada la rótula de la pierna izquierda, el señor JAIME BARRIOS GARCIA, no ha quedado bien, pues siente mucho dolor en su rodilla, sobre todo en los días fríos y ha sufrido varias caídas pues al caminar le falsea la pierna y esto también le impide arrodillarse bien y tiene dificultad para conducir, labor esta de la cual deriva su sustento, pues trabaja conduciendo un vehículo colectivo.



17. - En el momento de los hechos el señor JAIME BARRIOS GARCIA, se desempeñaba en la ciudad de Santiago de Cali, como conductor de un vehículo colectivo de propiedad del señor IVAN BARRIOS, devengando la suma mensual de DOSCIENTOS SESENTA MIL PESOS MONEDA LEGAL (\$260.000,00) tal como consta en la certificación de fecha 6 de Mayo de 1998.

18. - Analizados los hechos anteriores, es el INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES - seccional del Valle del Cauca, I.P.S. CLINICA RAFAEL URIBE URIBE quien debe responder por los daños y perjuicios causados al señor JAIME BARRIOS GARCIA en virtud de la deficiente y por demás negligente prestación de los servicios, cuya obligación es prestarlos en forma eficiente.

19.- Analizados los hechos anteriores, es el INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES - seccional del Valle del Cauca - I. P.S. CLINICA RAFAEL URIBE URIBE, quien debe reintegrar los gastos, el daño emergente, el lucro cesante, los perjuicios fisiológicos y perjuicios morales, causados al señor JAIME BARRIOS GARCIA, con ocasión de las lesiones sufridas por él, por la negligente e imprudente prestación de los servicios de salud, los cuales está en la obligación de prestarlos en forma oportuna y eficiente.

20.- Ninguno de los graves perjuicios sufridos por el señor JAIME BARRIOS GARCIA, en su calidad de paciente perjudicado, quien obra en su propio nombre, por la negligente atención médica, no le han sido indemnizados hasta la fecha." (fls. 14 a 29 c.1).

## 2. Actuación procesal en primera Instancia

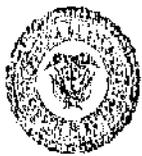
El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca mediante providencia de 18 de agosto de 1998 admitió la demanda (fls. 30 y 31 c.1), la cual fue notificada a la entidad demandada el 28 de octubre de 1998 (fls. 37 c.1).

El apoderado del Instituto de Seguros Sociales - Seccional Valle del Cauca contestó la demanda en la oportunidad legal, mediante escrito en el cual manifestó que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Así mismo, planteó como argumentos de su defensa los siguientes:

*"Me opongo a que se acceda a las pretensiones de la demanda, pues la atención recibida por el Señor JAIME BARRIOS GARCIA por parte del personal médico y paramédico del Instituto de los Seguros Sociales fué (sic) oportuna y eficiente de acuerdo con la enfermedad que presentaba, en ningún momento hubo negligencia o falla en el servicio.*

*Desde el primer momento que el Señor JAIME BARRIOS GARCIA acudió al Instituto de los Seguros Sociales a consultar por su enfermedad de tuberculosis desde Junio de 1991 ha sido atendido con toda la responsabilidad que caracteriza a nuestro cuerpo médico y paramédico de la Clínica Rafael Uribe Uribe. Con relación a las causas que llevaron a los hechos acaecidos el día 27 de Agosto de 1996 narrados en la demanda me parece señora Magistrada que se debe de tener en cuenta el volumen de pacientes que entran a la sala de Urgencias por lo tanto sería absurdo pensar que se permita un acompañante para cada uno de los pacientes que acuden a esta sala y con mayor razón a aquellos pacientes que como en el caso del Señor Barrios no presentaban problemas en su locomoción, ni problemas cerebrales que requiriesen de un acompañante, pues el señor Barrios podía valerse por sí solo.*

*En la sala de Urgencias siempre hay enfermeras para ayudar a los pacientes en los casos que lo requieran, si el señor Barrios hubiese llamado para que lo ayudasen se le hubiese prestado el servicio, pues al fin y al cabo esa es la función del Seguro Social, velar por el bienestar de sus pacientes. Un descuido, o una falta de precaución del paciente (unas pantuflas inadecuadas o descalzo) llevó a que según*



lo narrado en la demanda "resbalara aparatosamente cuando estaba de regreso a la camilla después de haberse cepillado los dientes" pues ya unos minutos antes había estado en la ducha del baño de los hombres y nada había sucedido, lo que nos demuestra que electivamente el paciente no necesitaba de acompañante pues podía valerse por sí mismo.

Al suceder el accidente por descuido del señor JAIME BARRIOS GARCIA, es atendido rápidamente en traumatología donde se le prestó toda la atención necesaria y posteriormente cuando fué (sic) posible debido a su enfermedad de tuberculosis, fué (sic) operado. No podemos hablar de negligencia en la atención hospitalaria de la sección de urgencias de la CLINICA RAFAEL URIBE URIBE como lo manifiesta en su demanda por el hecho de que un baño no tenga pasamanos máxime cuando según lo narrado en la propia demanda el accidente no fué (sic) causado en el baño y mucho menos por no contar con personal auxiliar de enfermería que lo acompañara, pues no era necesario, su estado de salud no requería de una compañía permanente. No solicitó la ayuda de un enfermero y los auxiliares de enfermería no podían presumir que la necesitase.

#### FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO

Quiero presentar ante usted Honorable Magistrada un caso a luces vista de una FUERZA MAYOR y CASO FORTUITO y sustento lo dicho con la Jurisprudencia de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil Sentencia de Noviembre 13 de 1962 así:

LA FUERZA MAYOR COMO EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD. ELEMENTOS "La doctrina y la jurisprudencia enseñan que los elementos constitutivos de la fuerza mayor como hecho eximente de responsabilidad contractual y extracontractual son: la imputabilidad, la imprevisibilidad y la irresistibilidad. El primero consiste en el hecho que se invoca como fuerza mayor o caso fortuito, no se derive en modo alguno de la conducta culpable del obligado, de su estado de culpa precedente o concomitante del hecho. El segundo se tiene cuando el suceso escapa a las previsiones normales, esto es, que ante la conducta prudente adoptada por el que alega el caso fortuito, era imposible preverlo. Y la irresistibilidad radica en que ante las medidas tomadas fue imposible evitar que el hecho se presentara. Por eso, en definitiva, la existencia o no del hecho alegado como fuerza mayor, depende necesariamente de la circunstancia de si el deudor empleó o no la diligencia y cuidado debidos para prever ese hecho o para evitarlo, si fuere previsto. Para que el hecho se repunte como fortuito, es menester, entonces, que en él no se encuentre relación alguna de causa efecto con la conducta culpable del deudor".

Como se observa, en el presente caso se cumplen los tres requisitos para declarar una fuerza mayor y caso fortuito, como lo es que no hubo culpa alguna por parte del cuerpo médico y paramédico, no hubo culpa precedente ni concomitante al hecho. El hecho se escapó de las previsiones normales, era imposible preverlo pues se había adoptado las previsiones normales al caso. En cuanto al tercer punto, cual es la irresistibilidad, también entra en el caso por cuanto aun cuando se adoptan las medidas necesarias para que un hecho como este no ocurra, se dió (sic) por la poca precaución del paciente.

Por lo anteriormente expuesto comedidamente solicito a usted Señora Magistrada declarar el presente caso como FORTUITO." (fs. 47 a 50 c.1).

Propuso como excepción "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION: No existe la falta del servicio atribuido al Instituto de los Seguros Sociales por cuanto la entidad presto la atención debida dentro de las posibilidades reales al paciente, se prestó el servicio que correspondía a la patología que en el momento presentaba el señor JAIME BARRIOS GARCIA."

Agolada la etapa probatoria a la que se dio inicio mediante auto de 2 de agosto de 1999 (fs. 52 a 55 c.1), por auto de 8 de agosto de 2001 se corrió traslado a las partes



para alegar de conclusión y se señaló el traslado especial a que había lugar en caso de solicitarse por el Ministerio Público (fl. 87 c.1).

La parte demandada en la oportunidad legal y por escrito presentó sus alegatos de conclusión en los que se reiteró en lo sustancial lo manifestado en otras instancias procesales (fls. 90 y 91 c.1).

El Ministerio Público y la parte demandante guardaron silencio.

### 3. Sentencia de primera instancia.

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca denegó las pretensiones de la demanda exonerando la responsabilidad de la entidad demandada. El fallo del a quo en su fundamentación señaló,

*"En el caso en análisis, del acervo probatorio recaudado si bien se establece que el actor efectivamente resbaló cuando transitaba por uno de los pasillos del centro hospitalario, debido a que el piso se encontraba mojado, no se advierte sin embargo que el accidente se hubiera producido como consecuencia de una falla o de una falla en la prestación del servicio público asistencial. No es posible para este juzgador de instancia, deducir del material arrimado al proceso, como lo pretende la demanda, que existió deficiencia o imprudencia de parte del personal al servicio de la demandada, al permitir la hospitalización del actor sin la presencia de un acompañante, o por el hecho de que no se le asignara un personal especializado para que lo auxiliara para el acceso al baño, pese a que no tenía en ese momento impedimento alguno para desplazarse por sí sólo de un sitio a otro, o porque no se hubieran instalado pasamanos en los baños o en los corredores del Centro para que los enfermos pudieran transitar con seguridad.*

*Todas esas medidas de seguridad que echa de menos el actor en su demanda, si bien son sin lugar a dudas aconsejables dentro de cualquier servicio asistencial, no son aplicables en la práctica en la generalidad de las instituciones públicas a quienes la ley ha encargado de la prestación del servicio público asistencial, debido principalmente a dificultades de orden económico. No obstante, la inexistencia de los aconsejados mecanismos, la prestación del servicio público de salud no resulta afectado, si éste se presta dentro de los parámetros esenciales que la ley y la ciencia médica determinan.*

*En el presente caso, de la forma como lo atestiguaron los médicos que atendieron al actor durante el período que permaneció hospitalizado, fue atendido y tratado de acuerdo con las condiciones que podía ofrecer el centro hospitalario en esa fecha y a la demanda de servicio de parte de los usuarios. Del mismo modo que, el accidente que produjo las lesiones al demandante, no fue producido por algún descuido negligente del personal de la entidad, y que luego de haberse producido recibió la atención médica especializada que se imponía para atender adecuadamente la emergencia.*

*En resumen, no se comprobó en esta instancia que el accidente sufrido por el actor se hubiera ocasionado debido a una falla o una falta en el servicio asistencial de parte de la entidad demandada, probanza que sólo a él correspondía, según lo expuesto. Se denegarán entonces las pretensiones de la demanda." (fls. 105 a 119 c.3).*

### 4. Recurso de apelación.



Contra la sentencia de primera instancia parte actora interpuso recurso de apelación dentro del término legal (fls. 122 y 123 c.3).

El *a quo* mediante auto de 3 de abril de 2003 concedió el recurso de alzada (fl. 126 c.1).

### 5. Actuación en segunda instancia

El despacho admitió el recurso de alzada mediante auto de 12 de junio de 2003 (fls. 130 c.3); por medio de providencia de 4 de julio de 2003 se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público por el término común de diez (10) días para que presentaran oportunamente los alegatos de conclusión y se surtiera el traslado especial para emitir concepto (fl. 132 c.3).

La parte demandada en sus alegatos, reitera las razones que la defensa ha expresado en las distintas instancias del proceso. (fls. 133 y 134 c.3)

La parte demandante y el Ministerio Público guardaron silencio.

## CONSIDERACIONES

### 1. Competencia

La Sala es competente para conocer del presente recurso de apelación en razón a que la mayor pretensión individualmente considerada corresponde a la suma de \$24'704.000,00<sup>1</sup> por concepto de perjuicio fisiológico a favor del demandante. En ese orden, corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 14 de agosto de 2002.

De otra parte, obliga a destacar que el recurso de apelación se encuentra limitado a los aspectos indicados en los escritos de alzada. Al respecto, conviene recordar lo establecido en la parte final del artículo 357 del C. de P. C., a cuyo tenor:

<sup>1</sup> Como quiera que la sentencia y el recurso de apelación se interpuso para el año 2002, la norma aplicable, a efectos de determinar la segunda instancia, es el Decreto 597 de 1988, el cual señalaba que para el año 1993, fecha de presentación de la demanda, la cuantía mínima para que un proceso fuere susceptible del recurso de apelación era de \$18.850.000



***"La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones. (Negrillas adicionales).***

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) los hechos probados; 4) el daño antijurídico; 5) la imputación de la responsabilidad; 5.1) presupuestos para la responsabilidad extracontractual; 5.2) la responsabilidad del estado por la actividad médica; 5.3) el caso concreto y; 6) los perjuicios.

### **1 Aspectos procesales previos.**

Previo a abordar el análisis respecto al objeto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, la Sala advierte que no se tendrán en cuenta la declaración sobre la circunstancias de tiempo, modo y lugar de la ocurrencia del hecho dañoso de Juan Nepomuceno Saídariaga Cardona por tratarse de persona que no conoció directamente del hecho, lo que se constituye en testimonio de oídas.<sup>2</sup>

Asimismo, obra en el expediente la declaración de la señora Esther Luisa García sobre los hechos relacionados con la demanda interpuesta por Jaime Barrios García, declaración que no ofrece, para la Sala, la demostración plena y suficiente comoquiera que el testimonio antes referido es sospechoso al tenor del artículo 217 del C.P.C. ya que existen circunstancias que afectan su credibilidad o imparcialidad en especial al advertirse que el mismo fue rendido por persona que tenía relación de parentesco con la víctima (tía).

<sup>2</sup> En este sentido, seguimos el precedente de la Sala, que ha sido ratificado en la siguiente forma: "... no es dable a la Sala otorgar a tales testimonios pleno valor probatorio, toda vez que su contundencia demostrativa, de conformidad con los sistemas fundamentales de regulación de la prueba judicial, es mínima...". Sentencia del 9 de marzo de 2000 proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, expediente 16019. "...Los testimonios según el conocimiento del testigo pueden ser de oídas o "directo o presencia". El primero de estos, oídas o ex auditu, puede definirse como el relato que tercero hace ante el juez en el proceso con respecto a lo que le escuchó relatar a otra; el declarante como se observa carece de percepción directa sobre el hecho que se le pregunta; narra en sus propios términos el dicho de otra persona o lo que oyó sobre lo que otros dijeron. La valoración del testimonio de oídas dependerá de la imposibilidad de recaudar una prueba original fehaciente sobre el hecho a probar y el juez, de acuerdo con el numeral 3 del artículo 228, es quien deberá escudriñar el contenido para apreciar y valorar su alcance de acuerdo con los demás medios probatorios...". Sentencia del 16 de febrero de 2001 proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, expediente 12703. "...Se trata de testimonios de oídas en los que se declaró sobre lo sucedido a partir del relato que dicen haber recibido del lesionado, los cuales carecen de valor probatorio, dado que como se ha manifestado en la mayoría de los casos frente a este tipo de declaraciones ex auditu, éstos carecen del requisito de la originalidad, ya que no se refieren directamente al hecho a probar, pudiendo a partir de ellos, arribarse a conclusiones erradas...". Sentencia del 10 de agosto de 2005 proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, expediente 16205.



Sobre el testigo sospechoso, el precedente constitucional ha señalado que,

*"Cuando una controversia entre particulares debe ser dirimida por el juez competente, éste deberá definirla a partir del análisis que realice del acervo probatorio, el cual está en la obligación de estudiar de acuerdo con las reglas que le impone el sistema de la sana crítica, lo que implica confrontarlas, permitir que las partes las contradigan y si es del caso las desvirtúen, y ponderarlas en conjunto, a la luz de su saber técnico específico y su experiencia. La ponderación de una prueba como el testimonio, obliga al juez a desplegar su actividad con miras a determinar la fuerza de convicción del mismo, sin que ello implique, como lo afirma el actor, que se quebrante la presunción de buena fe que se atribuye a todas las actuaciones de los particulares. Si ello fuera así, la labor del juzgador se limitaría al registro de la versión, de la cual no podría dudar, lo que dejaría sin sentido su aducción e impediría el objetivo último del proceso que no es otro que el arribo a la verdad material."<sup>3</sup>*

En el caso concreto, la declarante tiene parentesco con el demandante, no obstante, el simple hecho del vínculo existente, no demuestra en forma inequívoca que sea testigo sospechoso; razón por la cual la sala tiene en cuenta para decidir la controversia todas las pruebas aportadas al proceso de las cuales al realizar un análisis integral, bajo el principio de comunidad de la prueba y determina que este testigo no merece credibilidad pues a pesar de lo afirmado en su relato no es verosímil que ella haya presenciado los hechos.

En efecto, la señora Esther Luisa García declaró que "el día 26 de agosto de 1996 y el se quedó hospitalizado y al otro día, día 27 le ordenaron como él podía caminar que se fuere a bañar así que él fue al baño con sus accesorios y ya regresaba para la pieza o salón donde estaba, el piso estaba mojado, resbaloso, no había ningún pasamanos donde sostenerse los enfermos se cayó y se fracturó la rodilla. en medio de dolores pidió auxilio (sic) y otro acompañante de otr (sic) paciente lo ayudó. llamaron al enfermero y lo recogieron en una camilla y lo llevaron a un consultorio, le inmovizaron (sic) el pie y después lo pasaron a traumatología"

En contraste, en el relato de los hechos de la demanda se aseguró que "Al día siguiente, 27 de Agosto de 1996 siendo las 6.00 A.M., el enfermero les dijo a los pacientes que podían caminar, que fueran a bañarse, pues los médicos pasaban revista temprano, por lo que el señor JAIME BARRIOS GARCIA, se duchó en uno de los baños para hombres situado atrás de un patio ubicado frente al quirófano para pequeñas cirugías de urgencias de la CLÍNICA RAFAEL URIBE URIBE."

<sup>3</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-622/98



Aunado a lo anterior se tiene que la señora Jazmín Zamora Salazar (cuñada de la víctima) aseveró que "PREGUNTADO. Según respuesta anterior suya en donde refiere que el señor Jaime Barrios tuvo una fractura en la rodilla por una caída en el baño, sírvase informar al despacho si sabe usted si en el momento de la mencionada caída el señor Jaime Barrios era acompañado por un auxiliar de enfermería o acompañante. CONTESTO. No había ningún auxiliar ni acompañante porque a mi hermana no la dejaron quedar."

Así las cosas, confrontado en su conjunto bajo las reglas de la sana crítica las piezas probatoria referidas, resulta claro para la Sala que para la hora de la ocurrencia del accidente, el señor Jaime Barrios García no se encontraba en compañía de la señora Esther Luisa García para que pudiera presenciar el mismo.

Ahora bien, en lo que respecta a la afirmación de la señora Jazmín Zamora Salazar consistente en que "PREGUNTADO. En respuestas anteriores refiere usted que estuvo acompañando al señor Jaime Barrios dentro de las instalaciones de la Clínica Rafael Uribe Uribe para traumatología, sírvase informar al despacho en que sección o dependencia de dicha clínica lo acompañó, si tuvo la oportunidad de conocer los baños de dicha dependencia y si los mismos tenían pasamanos y/o avisos de prevención de piso mojado. CONTESTO. Estuve en urgencias, conocí los baños, no tenían pasamanos ni avisos de prevención.", no obran en el expediente otros medios probatorios que ratifiquen su dicho, circunstancia que conduce a la Sala a declarar como no probado el hecho que se aduce.

## 2 Objeto del recurso de apelación.

Resulta necesario precisar que los recurso de apelación interpuesto por la parte demandante está encaminado a que se revoque la sentencia de primera instancia, para en su lugar acceder a las suplicas de la demanda, por considerar que,

"El Señor JAIME BARRIOS, estando en tratamiento por su afección, TUBERCULOSIS, fue hospitalizado en la Clínica Rafael Uribe Uribe, de esta ciudad, donde por negligencia y fallas en la prestación del servicio, de mantenimiento y aseo, al trasladarse de su camilla al cuarto donde se encuentran los lavamanos, sufrió una caída, que le ocasionó fractura en su pierna izquierda.

Consecuencia de su lesión ocasionada por culpa, imprevisión y mala atención de parte del personal de aseo de la institución, hubo que practicarle una cirugía para reducirle la fractura sufrida en las instalaciones del I.S.S.

Postergada la ejecución de la cirugía, en varias oportunidades, por disculpas de parte del personal de atención del Instituto de Seguro Social, el Señor BARRIOS, se fue agravando, al punto de perder su capacidad laboral, puesto que era conductor de vehículo de servicio público, actividad de la cual devengaba su sustento y el de su familia, razón por la cual se instauró la demanda.



*En la etapa probatoria, se pudo establecer que la lesión, fractura, obedeció a culpa de la institución, debido a la mala administración, por no proporcionar en forma correcta, el servicio de aseo y mantenimiento, más grave aún, en una clínica, donde hay pacientes delicados, que con cualquier traspés, podrían perder hasta la vida. De otra parte, se pudo establecer que por negligencia, se ditató la operación a que tenía que ser sometido, a consecuencia de la fractura sufrida en la clínica, la cual se le practicó con posterioridad, lo que repercutió para perder su capacidad laboral, que deberá ser valorada económicamente y a sumida dicha valoración, por parte de la entidad demandada." (fls. 122 y 123 c.3)*

### 3 Los hechos probados.

Respecto de los hechos que dieron origen al presente proceso, se tiene que los medios probatorios debidamente allegados y practicados en el proceso y que gozan de eficacia probatoria en el *sub judice*, son los siguientes:

- 1) Registro Civil de Nacimiento del señor JAIME BARRÍOS GARCIA, expedido por la Notaría Primera del Circulo de Santiago de Cali.
- 2) Fotocopia auténtica del carnet de afiliación al INSTITUTO DEL SEGURO SOCIAL del señor JAIME BARRIOS GARCIA.
- 3) Certificación laboral del señor JAIME BARRIOS GARCIA, expedida por IVAN BARRIOS G., de fecha 6 de Mayo de 1998.
- 4) Fotocopia autenticada del auto liquidación mensual de aportes al sistema de seguridad social del INSTITUTO DEL SEGURO SOCIAL mes de Abril de 1998.
- 5) Fotocopia autenticada de la historia clínica Nro. 916614579 del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES - seccional del Valle del Cauca del señor JAIME BARRIOS GARCIA.
- 6) Certificado de incapacidad Nro. 303514 de fecha 19 de Septiembre de 1999 del señor JAIME BARRIOS GARCIA, expedido por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES - seccional del Valle del Cauca.
- 7) Certificado de incapacidad Nro. 334824 de fecha 24 de Octubre de 1996 del señor JAIME BARRIOS GARCIA, expedido por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES - seccional del Valle del Cauca.



8) Certificado de incapacidad Nro. 396523 de fecha 7 de Enero de 1997 del señor JAIME BARRIOS GARCIA, expedido por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES - seccional del Valle del Cauca.

9) Declaración de los señores Mónica María Rada Quintero, Jorge Carlos Sotomayor Adrada y Andrés Machado Caicedo.

10) Registro civil de defunción del señor Jaime Barrios García,

#### 4 El daño antijurídico.

El daño antijurídico comprendido, desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual<sup>4</sup> y del Estado impone considerar aquello que derivado de la actividad o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea "irrazonable"<sup>5</sup>, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos.

Al respecto, 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>6</sup>.*

Así pues, el precedente jurisprudencial constitucional ha señalado,

<sup>4</sup> "(...) el perjudicado a consecuencia del funcionamiento de un servicio público debe soportar el daño siempre que resulte (contrario a la letra o al espíritu de una norma legal o) simplemente irrazonable, conforme a la propia lógica de la responsabilidad patrimonial, que sea la Administración la que tenga que soportarlo". PANTALEON, Fernando. "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)", en AFDUAM, No.4, 2000, p.185.

<sup>5</sup> "(...) que lo razonable, en buena lógica de responsabilidad extracontractual, para las Administraciones públicas nunca puede ser hacerlas más responsables de lo que sea razonable para los entes jurídico-privados que desarrollan en su propio interés actividades análogas". PANTALEON, Fernando. "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)", ob., cit., p.186.

<sup>6</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.



*"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>7</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>8</sup>.

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>9</sup>. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable<sup>10</sup>, anormal<sup>11</sup> y que se trate de una situación jurídicamente protegida<sup>12</sup>.

Para el caso concreto, el daño antijurídico se encuentra acreditado en el expediente mediante la historia clínica que da cuenta que estando hospitalizado el señor Barrios García sufrió una lesión por caída consistente en la fractura de la rótula izquierda.

## 5 La imputación de la responsabilidad.

### 5.1 Presupuestos para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado.

<sup>7</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 tardamente 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>8</sup> Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001.

<sup>9</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>10</sup> Sentencia de 19 de mayo de 2005. Rad. 2001-01541 AG.

<sup>11</sup> "por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio". Sentencia de 14 de septiembre de 2000. Exp.12166.

<sup>12</sup> Sentencia de 2 de junio de 2005. Rad. 1999-02382 AG.



Con la Carta Política de 1991 se produjo la "constitucionalización"<sup>13</sup> de la responsabilidad del Estado<sup>14</sup> y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados<sup>15</sup> y de su patrimonio<sup>16</sup>, sin distinguir su condición, situación e interés<sup>17</sup>. De esta forma se reivindica el sustento doctrinal según el cual la "acción administrativa se ejerce en interés de todos: si los daños que resultan de ella, para algunos, no fuesen reparados, éstos serían sacrificados por la colectividad, sin que nada pueda justificar tal discriminación; la indemnización restablece el equilibrio roto en detrimento de ellos"<sup>18</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>19</sup>; los daños cubiertos por la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la*

<sup>13</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>14</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 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>15</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; ZIMMÉRLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés. 1ª reimp. México, Fontamara, 2007, p.49.

<sup>16</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>17</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. Omisión 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>18</sup> RIVERO, Jean. Derecho administrativo. 9ª ed. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, p.293. Puede verse también esta construcción doctrinal en: BERLIA, "Essai sur les fondements de la responsabilité en droit public français", en Revue de Droit Public, 1951, p.685; BÉNOIT, F. "Le régime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique", en JurisClasseur Public, 1954. T.I, V.178.

<sup>19</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.



*Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público*<sup>20</sup>.

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado<sup>21</sup> tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública<sup>22</sup> tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo<sup>23</sup>.

En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica<sup>24</sup>, 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*

<sup>20</sup> MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., pp.120-121.

<sup>21</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.

<sup>22</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.10648-11843. 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-916 de 2002.

<sup>23</sup> "Toda acción administrativa concreta, si quiere tenerse la certeza de que realmente se trata de una acción administrativa, deberá ser examinada desde el punto de vista de su relación con el orden jurídico. Sólo en la medida en que pueda ser referida a un precepto jurídico o, partiendo del precepto jurídico, se pueda derivar de él, se manifiesta esa acción como función jurídica, como aplicación del derecho y, debido a la circunstancia de que ese precepto jurídico tiene que ser aplicado por un órgano administrativo, se muestra como acción administrativa. Si una acción que pretende presentarse como acción administrativa no puede ser legitimada por un precepto jurídico que prevé semejante acción, no podrá ser comprendida como acción del Estado". MERKL, Adolfo. Teoría general del derecho administrativo. México, Edinal, 1975, pp.212 y 213.

<sup>24</sup> "La imputación depende, pues, tanto de elementos subjetivos como objetivos". SANCHEZ MORON, Miguel. Derecho administrativo. Parte general., ob., cit., p.927.



*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 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>.

En cuanto a esto, 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

<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 iudicialia), en caso contrario, sólo una imputación dictaminadora (imputatio diiudicatoria)". KANT, I. La metafísica de las costumbres. Madrid, Alianza, 1969, 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 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://icriminet.urg.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 condicionadas 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.



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 de la causalidad, donde será determinante la magnitud del riesgo y su carácter permisible o no<sup>32</sup>. Es más, se sostiene doctrinalmente "que la responsabilidad objetiva puede llegar a tener, en algunos casos, mayor eficacia preventiva que la responsabilidad por culpa. ¿Por qué? Porque la responsabilidad objetiva, aunque no altere la diligencia adoptada en el ejercicio de la actividad (no afecte a la calidad de la actividad), sí incide en el nivel de la actividad (incide en la cantidad de actividad) del sujeto productor de daños, estimulando un menor volumen de actividad (el nivel óptimo) y, con ello, la causación de un número menor de daños"<sup>33</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>34</sup> es necesario para considerar si cabía la adopción de medidas

<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.

<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 tomado 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> MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema, *ob. cit.*, p.171.

<sup>34</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:



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>35</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>36</sup>.

En ese sentido, la jurisprudencia constitucional argumenta:

*"... 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>37</sup> frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible<sup>38</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>39</sup>.*

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>35</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 compete 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>36</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 - 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>37</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>38</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>39</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001. En la doctrina se afirma que la "posición de garantía" debe modularse: "(...) todos deben procurar que su puño no aterrice violentamente en la cara



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<sup>10</sup>, 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 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***

---

de su congénere, o que su dedo índice no apriete el gatillo de un arma de fuego cargada apuntada sobre otra persona, etc. Sin embargo, también aparecen sin dificultad algunos fundamentos de posiciones de garantía referidas a supuestos de omisión: quien asume para sí una propiedad, debe procurar que de ésta no emanen riesgos para otras personas. Se trata de los deberes de aseguramiento en el tráfico, deberes que de modo indiscutido forman parte de los elementos de las posiciones de garantía y cuyo panorama abarca desde el deber de aseguramiento de un animal agresivo, pasando por el deber de asegurar las tejas de una casa frente al riesgo de que caigan al suelo hasta llegar al deber de asegurar un carro de combate frente a la posible utilización por personas no capacitadas o al deber de asegurar una central nuclear frente a situaciones críticas". JAKOBS, Günther. Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal. 1ª reimp. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p.16.

<sup>10</sup> "En una sociedad de libertades, y, más aún, en una sociedad que además hace posibles contactos en alto grado anónimos, es decir, en una sociedad que pone a cargo de los ciudadanos la configuración del comportamiento a elegir, con tal de que ese comportamiento no tenga consecuencias lesivas, la libertad descentral de elección debe verse correspondida, en cuanto sinalagma, por la responsabilidad por las consecuencias de la elección". JAKOBS, Günther. Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal., ob., cit., p.15.



*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>41,42</sup>.*

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>43</sup>.

Dicha formulación no debe suponer, lo que debe remarcar por la Sala, una aplicación absoluta o ilimitada de la teoría de la imputación objetiva que lleve a un desbordamiento de los supuestos que pueden ser objeto de la acción de reparación directa, ni a convertir a la responsabilidad extracontractual del Estado como herramienta de aseguramiento universal<sup>44</sup>, teniendo en cuenta que el riesgo, o su creación, no debe llevar a "una responsabilidad objetiva global de la Administración, puesto que no puede considerarse... que su actuación [de la administración pública] sea siempre fuente de riesgos especiales"<sup>45</sup>.

Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir que sea en un solo título de imputación, la falla en el servicio, en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado, sustentada en la vulneración de deberes normativos<sup>46</sup>, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que

<sup>41</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.

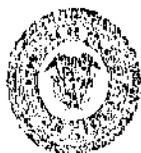
<sup>42</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-1184 de 2001.

<sup>43</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

<sup>44</sup> "La profesora BELADIEZ comparte sin reservas la preocupación por los excesos que desfiguran la institución, admite que con alguna frecuencia se producen <<resultados desproporcionados e injustos>> para la Administración e insiste en advertir que la responsabilidad objetiva no es un seguro universal que cubra todos los daños que se produzcan con ocasión de las múltiples y heterogéneas actividades que la Administración lleva cotidianamente a cabo para satisfacer los intereses generales". LEGUINA VILLA, Jesús. "Prólogo", en BELADIEZ ROJO, Margarita. *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos. Con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo*. Madrid, Tecnos, 1997, p.23.

<sup>45</sup> MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema.*, ob., cit., p.204.

<sup>46</sup> Merkl ya lo señaló: "El hombre jurídicamente puede hacer todo lo que no le sea prohibido expresamente por el derecho; el órgano, en fin de cuentas, el estado, puede hacer solamente aquello que expresamente el derecho le permite, esto es, lo que cae dentro de su competencia. En este aspecto el derecho administrativo, se presenta como una suma de preceptos jurídicos que hacen posible que determinadas actividades humanas se atribuyan a los órganos administrativos y, en último extremo, al estado administrador u otros complejos orgánicos, como puntos finales de la atribución. El



se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho.

Así mismo, debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede reducirse a su consideración como herramienta destinada solamente a la reparación, sino que debe contribuir con un efecto preventivo que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada.

En los anteriores términos, cabe estudiar la responsabilidad extracontractual del Estado analizando dos extremos: el régimen de responsabilidad aplicable en materia de falla médica, y; la realización del juicio de imputación para el caso en concreto.

## 5.2 El régimen jurídico aplicable a la 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>47</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>48</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>49</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

derecho administrativo no es sólo la conditio sine qua non, sino conditio per quam de la administración”. MERKL, Adolfo. Teoría general del derecho administrativo. México, Edinal, 1975, p.211.

47 Sentencias de agosto 31 de 2006, Exp. 15772; octubre 3 de 2007, Exp. 16.402; 23 de abril de 2008, Exp.16.750; 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.

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

49 Sentencia de 7 de octubre de 2009, Exp. 35856.



está produce como efecto la vulneración de la garantía constitucional que recubre el derecho a la salud, especialmente en lo que hace referencia al respeto del principio de integridad en la prestación de dicho servicio, el cual según el precedente jurisprudencial constitucional:

*"La protección al derecho fundamental a la salud no se limita simplemente al reconocimiento de los servicios que se requieren con necesidad; sino que comprende también su acceso de manera oportuna, eficiente y de calidad. La prestación del servicio de salud es oportuna cuando la persona lo recibe en el momento que corresponde para recuperar su salud sin sufrir mayores dolores y deterioros. En forma similar, el servicio de salud se considera eficiente cuando los trámites administrativos a los que se somete al paciente para acceder a una prestación requerida son razonables, no demoran excesivamente el acceso y no imponen al interesado una carga que no le corresponde asumir. Por otro lado, el servicio de salud es de calidad cuando las entidades obligadas a prestarlo actúan de manera tal "que los usuarios del servicio no resulten víctimas de imponderables o de hechos que los conduzcan a la desgracia y que, aplicando con razonabilidad los recursos estatales disponibles, pueden ser evitados, o su impacto negativo reducido de manera significativa para la persona eventualmente afectada"<sup>50</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>51</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.*

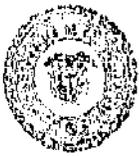
*"Al respecto cabe destacar que el derecho a la salud de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional:*

*-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>50</sup> Corte Constitucional, sentencia T-104 de 2010.

<sup>51</sup> Corte Constitucional, sentencia T-1059 de 2006.



restablecimiento de la salud del paciente<sup>52</sup> o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus aliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud<sup>53</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 jurídica 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>54</sup> (subrayado fuera de texto).*

### 5.3 El caso concreto.

En relación con la responsabilidad del Estado por los daños que se producen como consecuencia de errores u omisiones en las actividades conexas al acto médico o quirúrgico propiamente dicho, se registran en la jurisprudencia de la Corporación casos, como: (i) lesiones debidas a una vigilancia inadecuada, que ocasionan caída de camillas<sup>55</sup>; (ii) la falta de mantenimiento de los equipos o instrumentales<sup>56</sup>; (iii) la omisión o el error en el suministro o aplicación de medicamentos<sup>57</sup>; (iv) falta de

<sup>52</sup> En este sentido se ha pronunciado la Corporación, entre otras, en la sentencia T- 136 de 2004 MP Manuel José Cepeda Espinosa

<sup>53</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>54</sup> Sentencia de 18 de febrero de 2010. Exp. 17655.

<sup>55</sup> Ver, por ejemplo, sentencia de 11 de abril de 2002, exp: 13.227, en la cual se condenó al Hospital demandado por la muerte de un paciente, producida por las omisiones en las que incurrió el personal paramédico y administrativo del centro de salud, en cuanto no fueron cumplidas las órdenes médicas de inmovilizarlo, lo cual propició su caída, y de la administración fue ineficiente en disponer los medios necesarios para realizar el TAC. posterior a dicha caída con el fin de disponer la conducta médica a seguir. También, puede verse la sentencia de 11 de noviembre de 1999, exp: 12.165, en la cual se condena a la entidad por la muerte de un recién nacido que se produjo como consecuencia del hematoma subdural en la región frontoparietal del cerebro, al resbalar en el momento del parto de la lona que cubría la camilla, sin que, además, se pudiera atender esa emergencia con el "equipo de resucitación" requerido, por hallarse bajo llave.

<sup>56</sup> Con desafortunada frecuencia se presentan casos relativos a la falta o mal estado de los equipos indispensables para la prestación de servicios que competen a la institución hospitalaria, se registra por ejemplo, el caso de la muerte de un recién nacido derivada del hecho de no tener en funcionamiento la planta de energía eléctrica y por lo tanto, no poder extraerle en forma inmediata el líquido amniótico que había ingerido, sentencia de 14 de julio de 2005, exp. 15.332. También, eventos en los cuales no se realizan los exámenes de diagnóstico de manera oportuna por el mal estado de los equipos, por ejemplo, ver, sentencia de 3 de mayo de 1999, exp: 11.943.

<sup>57</sup> Por ejemplo, en sentencia de 24 de febrero de 2005, exp. 14.170 se declaró la responsabilidad del Hospital demandado por la inadecuada atención prestada a un menor que fue llevado allí de urgencias, pero en ese momento no había médico, por lo cual fue atendido por una enfermera que le administró un medicamento, sin prescripción médica que le produjo la muerte al menor.



diligencia en la adquisición de medicamentos<sup>58</sup>, y (v) lesiones causadas dentro de la institución hospitalaria<sup>59</sup>.

Un desarrollo particular se ha dado en la jurisprudencia a la obligación de seguridad que deben prestar las entidades hospitalarias, tema en relación con el cual la jurisprudencia de la Sala ha tenido oportunidad de señalar que el deber de seguridad de los hospitales y clínicas, se contrae a impedir que el paciente sufra algún accidente en el curso o con ocasión de la atención médica que se le preste, y que dentro de este deber se incluyen los de "seguridad, custodia y vigilancia".<sup>60</sup>

Es así como la obligación de seguridad pesa sobre el centro hospitalario y no sobre el médico, obligación de seguridad que se acentúa más en función de que el paciente esté en menores condiciones de valerse por sí mismo. La obligación de seguridad también comprende la carga adicional de velar por la seguridad del paciente durante todo el tiempo que permanece en la institución. No obstante, no se trata de una obligación de resultado sino de medios, lo que supone que el perjudicado debe probar la falla del servicio.

Así las cosas, en el sub examine se tiene que el daño antijurídico está acreditado mediante i) la Fotocopia autenticada de la historia clínica Nro. 916614579 del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES - seccional del Valle del Cauca del señor JAIME BARRIOS GARCIA; ii) el Certificado de incapacidad Nro. 303514 de fecha 19 de Septiembre de 1999 del señor JAIME BARRIOS GARCIA, expedido por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES - seccional del Valle del Cauca; iii) el certificado de incapacidad Nro. 334824 de fecha 24 de Octubre de 1996 del señor JAIME BARRIOS GARCIA, expedido por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES - seccional del Valle del Cauca y; iv) certificado de incapacidad Nro. 396523 de fecha 7 de Enero de 1997 del señor JAIME BARRIOS GARCIA, expedido por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES - seccional del Valle del Cauca.

Ahora, en relación con las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos en los cuales resultó lesionado Jaime Barrios García, el acervo probatorio está integrado por las declaraciones de los señores Mónica María Rada Quintero,

<sup>58</sup> En sentencia de 9 de marzo de 2000, exp. 12.489 se condenó a la entidad hospitalaria por la muerte de unas pacientes a quienes se suministró una droga, a pesar de que se tenía conocimiento que había presentado ya daños a pacientes de otros centros médicos de la misma institución, por no reunir las especificaciones científicas necesarias.

<sup>59</sup> En sentencia de 2 de octubre de 1997, exp. 11.652, se condenó a la institución hospitalaria por las lesiones que se causó a un paciente que llegó en estado de alteración mental y le produjeron como consecuencia una invalidez por plejía braquial.

<sup>60</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, exp. 25000-23-26-000-1998-03008-01(18574)



Jorge Carlos Sotomayor Adrada y Andrés Machado Caicedo, los cuales dan cuenta de que,

*"Yo atendía al paciente porque trabajo en urgencias y me asignaron al señor Jaime Barrios a su ingreso refiere antecedente Tuberculosis, estaba expectorando con sangre y tenía síntomas constitucionales que ameritaban su hospitalización en el servicio de urgencias pero que fuera valorado por el servicio de neumología, lo hospitalicé y el día 26 de agosto por esta razón, al día siguiente durante mi evolución refiere que presenta trauma en rodilla izquierda presentando edema y dolor por lo cual interconsulta servicio de traumatología, hasta eso tengo conocimiento del paciente."* (Resaltado por fuera de texto).

Declaración del médico JORGE CARLOS SOTOMAYOR ADRADA,

*"Según la historia clínica el paciente llegó al Seguro Social a urgencias el día 26 de agosto de 1996, paciente con Tuberculosis en tratamiento donde es valorado por la médica de urgencias no sé quien porque la firma es ilegible, quien da una impresión diagnóstica de hemoptisis secundaria fistula broncopulmonar TBC y diabetes mellitus, le solicitan una placa de tórax, hemoglobina hematocrito, hemoclasificación y reserva de sangre, valoración por neumología, cirugía de tórax y medicina interna. Es valorado el 26 de agosto del 96 por medicina interna lo hace el doctor Jiménez quien solicita hemocultivos BK y cultivo de esputo, PPD, y prescribe UNASYN, según la nota de él por una infección bacteriana. Según la historia clínica el 27 de agosto del 96 solicitan valoración por traumatología y es valorado al parecer por el doctor Ramírez el día 27 de agosto del 96 quien da un diagnóstico de fractura de rótula por caída en el baño ayer o sea el 26, deja un plan de cirugía de rótula una vez controle el cuadro infeccioso. El día 28 de agosto es valorado por el doctor Caicedo quien diagnostica tuberculosis pulmonar reactivada, fractura de rótula izquierda, diabetes mellitus insulino dependiente..."* (Resaltado por fuera de texto).

De la declaración del médico ANDRES MACHADO CAICEDO, se extrae que

*"Aquí dice que agosto 26 del 96 consulta por un cuadro por tos con expectoración blanca y de esputo y fiebre alta, presentaba un diagnóstico con antecedentes de tres años de evolución por tuberculosis, la causa de consulta es por un problema de tuberculosis pulmonar, con tres años de tratamiento con esputo positivo. En resumen él se hospitalizó el día 26 de agosto del 96. El día 27 de agosto informan que presenta trauma en rodilla izquierda al caer presentando dolor y edema a este nivel solicitan valoración por traumatología, como antecedente importante tiene una diabetes mellitus, el día 27 citan que sufrió caída en rodilla izquierda y solicitan valoración, el día 27 va a traumatología y se diagnostica fractura de rótula y propone un plan quirúrgico para la corrección de la fractura de rótula y decide hospitalizado en traumatología..."* "...Esto es lo que dice en la historia clínica, dicen que se cayó en el baño pero realmente no sé, pero si estaba hospitalizado por esa época".

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 en el servicio (que ya fue señalado en apartados anteriores). A lo que se agrega, que cabe la posibilidad de considerar la flexibilización de la carga de la prueba en atención a las

<sup>61</sup> La declaración de la doctora MONICA MARIA RADA QUINTERO, quien atendió al actor durante su hospitalización en la fecha de los hechos de que da cuenta la demanda.



circunstancias especiales del caso, teniendo en cuenta que sólo obra en el plenario como prueba la historia clínica y los testimonios de los médicos que atendieron al paciente. 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>62</sup>.*

La Sala, siguiendo el precedente jurisprudencial, considera que en el caso concreto hay prueba suficiente que permite deducir indiciariamente la imputación del daño causado al demandante. En primer lugar, se tiene probado que Jaime Barrios García acudió el día 26 de agosto de 1996 al servicio de urgencias de la Clínica Rafael Uribe Uribe de la ciudad de Cali al presentar según impresión diagnóstica "hemoptisis secundaria fistula broncopulmonar TBC y diabetes mellitus", permaneciendo esa noche hasta el día siguiente (27 de agosto de 1996) hospitalizado en la entidad demandada.

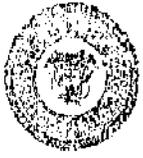
Así mismo, se tiene probado que el 27 de agosto de 1996, aun estando hospitalizado, el señor Jaime Barrios García es valorado por traumatología, se le diagnostica "fractura de rótula" como consecuencia de "caída en el baño ayer", motivo por el cual es hospitalizado por el servicio de traumatología.

Se tiene probado que el señor Barrios García se encontraba en una situación de vulnerabilidad por los efectos que produce la tuberculosis<sup>63</sup> pulmonar reactiva que padecía, lo que debió exigir una mayor precaución y una atención oportuna del paciente durante su hospitalización, y no haberlo dejado a su suerte sin el cuidado, vigilancia y custodia adecuado y suficiente para haber evitado la caída y posterior lesión de rodilla que sufrió.

Luego, desde el ámbito fáctico no hay duda que el daño antijurídico causado al paciente tiene relación directa con el incumplimiento de la obligación de seguridad y atención que debía ofrecerse al paciente, atendiendo a los deberes de seguridad, vigilancia y custodia que por diversas razones no se cumplieron a cabalidad, con

<sup>62</sup> FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. *Sistema de responsabilidad médica*. 5ª ed. Granada, Comares, 2007, p.598.

<sup>63</sup> suele producir tos con expectoraciones grises o purulentas, pérdida de peso, fatiga y debilidad general. [www.hptu.org.co/hptu/images/stories/](http://www.hptu.org.co/hptu/images/stories/)



eficiencia y de manera ajustada a las especiales condiciones de debilidad que presentaba en un episodio reactivo de tuberculosis.

Desde el ámbito de la imputación jurídica, o de atribución, el acervo probatorio, especialmente lo consignado en la historia clínica y lo afirmado en los testimonios de los médicos que lo atendieron, permiten establecer que hubo una falla en el servicio prestado en la Clínica Rafael Uribe Uribe de la ciudad de Cali, como consecuencia de la cual se produjo su caída y afectación, por fractura, de su rodilla. Dicha falla en el servicio consiste en el incumplimiento de las obligaciones de seguridad y del paciente que tenía la entidad demandada para con la paciente, exigible conforme a los mandatos de la ley 23 de 1981, de la ley 100 de 1993 y de los reglamentos que para la época de los hechos eran aplicables en materia de seguridad y atención del paciente.

En ese sentido, la Sala tiene en cuenta que la seguridad del paciente es condición indispensable para lograr que la atención médica sea de calidad. En los procesos de atención de urgencias y de hospitalización, la seguridad del paciente comprende, siguiendo a la doctrina, un *"conjunto de estructuras o procesos organizacionales que reducen la probabilidad de que ocurran eventos adversos como resultado de la exposición al sistema de atención médica durante la atención de enfermedades"*<sup>64</sup>. Así mismo, se indica por la doctrina que *"cuando el paciente está ingresado en el hospital aparte del contrato médico propiamente dicho existe el denominado <<contrato de hospitalización>>"*<sup>65</sup>, del que puede derivar *"una obligación de seguridad en base a la situación específica del paciente ingresado"*.

Adicionalmente, encuentra la Sala que el cuidado del paciente es una de las iniciativas en las que persisten las organizaciones internacionales, como la Organización Mundial de la Salud (OMS), como una forma de alcanzar un respeto no sólo a la salud de las personas, sino especialmente la tutela efectiva de la dignidad de toda persona que accede al sistema de salud, ya sea en proceso de urgencias, o durante su hospitalización.

La Sala puntualiza que cuando se encuentra que la Clínica Rafael Uribe Uribe de la ciudad de Cali incumplió las obligaciones de seguridad y atención del paciente, lo hace distinguiendo estas como servicios extra - médicos, esto es, que nada tienen

<sup>64</sup> RUELA BARAJAS, Enrique. *Seguridad del paciente hospitalizado*. México, Editorial Panamericana, 2007.

<sup>65</sup> FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. *Sistema de responsabilidad médica*. Granada, Comares, 2007, p.420.



que ver, con el acto médico propiamente dicho<sup>66</sup>. Frente a dichas obligaciones se espera, por el paciente, el respeto a principios constitucionales como el de buena fe, ya que como lo señala la doctrina por, *"el hecho de su estado, el enfermo no tiene la misma libertad, y no quiere tenerla: le entrega enteramente a la clínica el cuidado de garantizar su seguridad, se confía en ella; exige que no se produzca ningún accidente. Tan sólo, en caso de accidente, la prueba de la causa ajena liberaría, pues, al que haya hospitalizado a un enfermo"*<sup>67</sup>.

La seguridad y atención del paciente debió llevar a la entidad demandada a adoptar las medidas para contar con el personal suficiente, a determinar la atención del paciente con las precauciones necesarias, entre ellas no sólo la de proporcionarle un acompañante, sino también la de velar por su seguridad durante todo el tiempo de permanencia en la institución.

Luego, no es posible considerar ni que existe un hecho de la víctima, ni el hecho de un tercero como factores que contribuyeron tan determinadamente en la producción del daño antijurídico que permitían romper la relación con el incumplimiento de las obligaciones de seguridad y atención del paciente por parte de la entidad demandada. Por el contrario, con base en las obligaciones de seguridad y atención del paciente el personal médico de la entidad demandada en la fecha de ocurrencia de los hechos estaban llamados a prestar (cada uno en el ámbito de sus competencias profesionales - médico y enfermeras-) la adecuada vigilancia, cuidado y asistencia al paciente que había sido recluido en el servicio hospitalario, teniendo especial énfasis en su estado de salud que revelaba *"cuadro por tos con espectoración blanca y de esputo y fiebre alta"*. Por lo tanto, debe calificarse como una falla en el servicio y calificarse como culposa o negligente la prestación del servicio ofrecida por la entidad demandada, ya que lo que se exigía del personal de la entidad demandada era que diligente y adecuadamente se atendiera al paciente, y no como ocurre generalmente se atiende inicialmente y se le deje abandonada a su suerte durante su hospitalización, su agravamiento o incluso su muerte, como se viene produciendo desde hace años en el sistema de salud del país.

El análisis probatorio, hasta aquí, permite a la Sala establecer que la prestación del servicio no fue completa y con se correspondió con las obligaciones de seguridad y atención del paciente, a las que le es inherente un deber que debe reflejarse en el

<sup>66</sup> En la jurisprudencia comparada puede verse la sentencia del Tribunal Supremo Español de 12 de marzo de 2004, RJ 2004/2146.

<sup>67</sup> MAZEUD y TUNC, citado en FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. *Sistema de responsabilidad médica*, ob., cit., p420.



servicio ofrecido por la entidad demandada al paciente. No olvida la Sala, que el todo paciente tiene unos derechos constitucionalmente reconocidos, a la salud, a la integridad y a la vida, los cuales se refuerzan cuando se trata de preservar y vigilar adecuadamente su seguridad y la atención que se brinda cuando se encuentran en las instalaciones del centro hospitalario, sustentándose, además, en la primacía sustancial de la dignidad. Sin duda, a la entidad demandada le es atribuible el daño antijurídico causado al paciente, como consecuencia de las deficiencias asistenciales que llevaron a que se desencadenara el desenlace dañoso, las que de haberse observado habría permitido evitar secuelas irrazonables que agravaban el estado de salud del paciente, e incluso no someterlo a las contingencias administrativas que se viene a ofrecer como elemento causal adecuado y sustancial para incidir determinadamente, o por lo menos con cierta probabilidad preponderante en la ocurrencia de la lesión en la rodilla, que vino a complicar el precario estado de salud del paciente.

La Sala, en este sentido, hace un llamado de atención a la entidad demandada y la conmina a considerar en sus argumentos de defensa, y en la prueba de su diligencia a respetar la dignidad de la persona como principio esencial del Estado Social de Derecho, por lo que en el presente caso se reprocha y se advierte que existe la concreción desde el ámbito fáctico y jurídico de la imputación a la entidad demandada.<sup>68</sup>

En este sentido, se ratifica el precedente jurisprudencial constitucional según el cual toda entidad de salud está obligada a prestar el servicio de salud de tal forma que el usuario no resulte víctima de "imponderables o de hechos que los conduzcan a la desgracia", lo que se concreta en la aplicación de los medios, recursos, tratamientos y medidas disponibles razonablemente que permita evitar aquellos, por lo menos reducir el impacto negativo que se habría producido en el paciente, como fue la lesión del miembro inferior izquierda<sup>69</sup>.

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<sup>70</sup>–, considera la Sala que no quedó

<sup>68</sup> Sentencia de 13 de abril de 2011, Exp.20220. Puede verse también sentencia de 13 de abril de 2011, Exp.20430.

<sup>69</sup> Corte Constitucional, sentencia T-104 de 2010.

<sup>70</sup> Sentencia de 13 de abril de 2011, Exp.20220. Puede verse también sentencia de 13 de abril de 2011, Exp.20480.



plenamente acreditada en el proceso la actuación oportuna, diligente y acertada en la atención que le brindó la institución médico asistencial a Jaime Barrios García.

Las razones que se dejan expuestas son suficientes para revocar la decisión del Tribunal que no accedió a las pretensiones de la demanda, pues el daño antijurídico resulta imputable a la entidad demandada.

## 6. Los perjuicios.

### 6.1 Daño emergente.

A título de daño emergente, se solicitó en la demanda "*DAÑO EMERGENTE PASADO: Comprende los diferentes gastos que tuvo que realizar y que debe seguir realizando el señor JAIME BARRIOS GARCÍA, con el fin de mantener y asegurar su bienestar físico, mental y moral que asciende a la suma de: MILLON SEISCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS MONEDA LEGAL (\$1.650.000,00).*". La Sala denegará esta pretensión por cuanto no obra en el proceso prueba que acredite la erogación a que hace referencia la parte demandante.

Asimismo, solicitó "*DAÑO EMERGENTE FUTURO: Comprende los diferentes gastos que debe seguir realizando el señor JAIME BARRIOS GARCÍA, con el fin de procurar un nivel de vida estable; así como las sumas que deberá seguir sufragando para acudir a los servicios médicos de control y de psicóloga, para que le ayude asimilar las consecuencias que sufrió y el estado en que quedó, suma que actualizada asciende a la suma de: TRES MILLONES QUINIENTOS TRECE MIL PESOS MONEDA LEGAL (\$3.513.000,00)*"

Al respecto, la Sala denegará la condena deprecada 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 cumplida 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>71</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>72</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>73</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>74</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 reconozca. 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>75</sup>

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

<sup>71</sup> VICENTE DOMINGO, Elena. El daño, en "Tratado de responsabilidad civil", dirigido por F. REGLERO CAMPOS, cit., pp. 219/220, N° 60.

<sup>72</sup> (153) LÓPEZ MESA, M., Curso de derecho de las obligaciones, cit., T. III, p. 208.

<sup>73</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 30 de agosto de 2007, exp. 15724.

<sup>74</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 4 de diciembre de 2006. Exp. 13168.

<sup>75</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.



"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>76</sup> (resaltado por fuera de texto)

Para el caso concreto resulta evidente para la Sala que lo que se pretende es el reconocimiento un daño eventual, hipotético, fundado en suposiciones o conjeturas que no dan derecho a indemnización, comoquiera que "la privación de 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>77</sup>

<sup>76</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 7 de mayo de 1998, exp. 10397

<sup>77</sup> DEMOGUE, obra citada, tomo IV, N.º 387, pág. 28; JOSSERAND, obra citada, tomo II, 2.ª edición, N.º 439, pág. ?U; 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



En efecto, no obra en el expediente prueba directa que demuestre que indefectiblemente el señor Barrios García debería sufragar gasto alguno como consecuencia del daño y menos aún pueden deducirse pues debe tenerse en cuenta que i) al encontrarse la víctima afiliada al Sistema de Seguridad en Salud, tal y como se desprende de la "Autoliquidación Mensual de Aportes" visible a folio 5 del cuaderno 1, no requeriría sufragar como se pretende en la demanda "los servicios médicos de control y de psicóloga" y; ii) no obra en el expediente prueba que lleve a la certeza que el perjuicio o su prolongación se concretará y por lo tanto deba ser reparado.

#### 6.2 Lucro cesante.

En relación al lucro cesante deprecado por el actor "LUCRO CESANTE PASADO: Ocasionado por la disminución de su capacidad física y laboral, durante el tiempo que estuvo incapacitado y que gracias a las deficientes medidas de prevención en las instalaciones físicas y a la falta del suficiente personal auxiliar o de enfermería del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES - seccional del Valle del Cauca - I.P.S. CLINICA RAFAEL URIBE URIBE se le dio una negligente y deficiente prestación de los servicios de salud al señor JAIME BARRIOS GARCIA, naciendo que esta limitación físico-mental sea obstáculo para su desarrollo integral y de futuros ingresos laborales, que se dieron desde el momento del accidente. Valor.....\$9.725.639,00", encuentra la Sala que es procedente acceder al reconocimiento del mismo pues se demostró que el señor Jaime Barrios García estuvo incapacitado durante 115 días<sup>76</sup>, hecho que supone la disminución de sus ingresos durante el tiempo en que no pudo ejercer su actividad productiva.

No obstante, la Sala observa que para establecer los ingresos mensuales del señor Barrios García, no se aportó al proceso prueba que brinde la certeza suficiente para dar por establecido monto del salario que devengaba, comoquiera el documento que reposa en el expediente (certificación expedida por el señor Ivan Barrios García) no demuestra por sí mismo lo que percibía el actor. En contraste, se predica del mismo que Barrios García desempeñaba una actividad lícita por la que recibía unos ingresos, y si bien no existe, se itara, prueba admisible de la cantidad del salario que percibía, se presume que por lo menos recibía un salario mínimo legal mensual.

<sup>76</sup> Certificados de incapacidad visibles a folios 11 a 13 del cuaderno 1.



Para determinar la renta, se tendrá en cuenta el salario que al menos se presume que la víctima percibía, esto es, la suma de \$142.125,00<sup>79</sup>, incrementado en el 25% de prestaciones sociales, lo que arroja la suma de \$177.656,25. Luego, se actualizó el salario mínimo correspondiente a 1996 y se comparó con el salario de 2012, para tomar el mayor de los dos, para el caso el salario mayor es el del año 2012.

La actualización se calculará con base en la siguiente fórmula:

$$Ra = Rh \frac{I. \text{ final}}{I. \text{ Inicial}}$$

En ese orden, la renta será la suma de \$566.700,00 incrementada en un 25% de prestaciones sociales, quedando como base de la liquidación en la suma de \$708.375,00

Salario base=	\$708.375,00.
Incapacidad temporal=	días 115
Suma histórica debida =	\$708.375,00 /30 x 115 = \$2'715.437,00

Conforme a lo anterior, la indemnización total por concepto de lucro cesante a favor de Jaime Barrios García equivale a \$2'715.437,00

### 6.3 Daño a la salud.<sup>80</sup>

<sup>79</sup> Salario mínimo legal vigente para el año de 1996.

<sup>80</sup> 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, que 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, aunque con alcance colectivo, como el de la "salud" (Artículo 49 C.P.), 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".

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

De acuerdo con lo anterior y apoyados en la doctrina, se formula 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".



En cuanto a los perjuicios fisiológicos se tiene que en la demanda se solicitó el reconocimiento de dichos perjuicios para Jaime Barrios García por un valor de dos mil 2000 gramos oro.

El daño a la salud no se reconocerá, en el caso concreto, comoquiera que no se demostró la afectación a la integridad psicofísica de Jaime Barrios García. En efecto, no obra en el expediente valoración médica – legal – con la que se pueda establecer que como consecuencia del daño padeció presentó una alteración anatómica o funcional del derecho a la salud y a la integridad corporal.<sup>81</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”.

Debe la Sala reconocer que dentro del concepto de daño a la salud múltiples rubros indemnizatorios pueden encontrarse, lo que no puede considerarse como la afirmación de una potencial condena que permita la condena autónoma e independiente fundada en cada uno de tales rubros, sino que esta deberá reconocerse, tasarse y liquidarse de tal manera que tenga como límite la consideración como único el daño a la salud, y como condena la que se desprenda de lo que probatoriamente se acredite, sin perjuicio de singularizario en cada uno de los sub-perjuicios en los que puede hacerse consistir.

Ahora bien, para la tasación y reconocimiento del daño a la salud, la Sala en proveído reciente, puntualizó:

“De manera que si existe la forma de establecer criterios de valoración del daño a la salud, de manera concreta, de la siguiente forma:

“1. El ámbito o espectro objetivo o estático del daño a la salud se determinará a través del arbitrio iuris, para lo cual se tendrá en cuenta la edad de la víctima y la gravedad de la lesión, lo cual permitirá emplear la regla de tres – al tener en cuenta que a la mayor incapacidad corresponde un valor máximo de cuatrocientos salarios mínimos mensuales vigentes, como lo ha hecho la jurisprudencia de tiempo atrás de manera uniforme –.

“2. En cuanto al contenido dinámico del daño a la salud, esto es, las particularidades o especificidades que ese perjuicio significa para cada víctima en particular (v.gr. no es lo mismo la pérdida de una mano para alguien que tiene como “hobbie” ir a cine, frente a alguien cuyo esparcimiento lo obtiene de tocar el piano o pintar cuadros. En este tipo de eventos, en los que la persona logre acreditar unas consecuencias particulares que harían más gravosa su condición al resultar afectado en su integridad psicofísica, el juez podrá incrementar, con base en el arbitrio iuris, la indemnización correspondiente al factor objetivo del daño a la salud. No obstante, se reitera, no se podrá reconocer una suma superior a 400 SMMLV, pues este es el tope –sumado el ámbito estático y dinámico– del daño a la salud.”

“Por consiguiente, el daño a la salud reviste una connotación bifronte, una estática u objetiva que garantiza la máxima “a igual afectación a la integridad psicofísica debe corresponder una idéntica o similar compensación del perjuicio”, y una perspectiva dinámica o subjetiva –que permite hacer realidad la igualdad material– debido a que en este componente se permite que el juez eleve en un preciso porcentaje la reparación por cuenta de las condiciones particulares de la víctima.

“No se trata de reparar la vida relacional o social de quien sufre el daño (en el espectro dinámico), sino de reconocer un porcentaje adicional debido a situaciones particulares que hacen que para ese sujeto específico la afectación correspondiente sea más grave.”

“En síntesis, la reparación del daño a la salud exige la concreción de un sistema que respete los principios constitucionales de igualdad y de dignidad humana, sin que sea viable trasladar a la víctima la consideración o la acreditación de que considere el derecho a la salud como un valor en sí mismo, puesto que esta posibilidad riñe con los principios del derecho de daños, ya que serían los propios demandantes quienes tendrían la opción de incrementar –sin justificación alguna o dependiendo la visión capitalista del mundo– el quantum de la indemnización.”

<sup>81</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, exp. 24779, 19031 y 38222,



#### **6.4 Perjuicios morales.**

Revisadas las pretensiones de la demanda, y tratándose de la lesión padecida por Jaime Barrios García consistente en la fractura de la rótula izquierda, lo que lleva a la Sala a tener por demostrado el perjuicio moral en cabeza del demandante hace suponer que el daño constituyó cierta aflicción para aquel, al verse incapacitado por espacio de 115 días.

En la demandada no se desvirtuó en ningún momento la presunción de aflicción causada al demandante, lo que lleva a concretar la existencia de los perjuicios morales en cabeza de Jaime Barrios García.

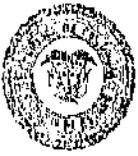
##### **6.4.1. Tasación y liquidación de los perjuicios morales para el caso en concreto.**

Si bien a partir de 2001 la jurisprudencia viene aplicando como criterio de tasación 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, sin lograr, aún, la consolidación de criterios objetivos en los que pueda apuntalarse la valoración y tasación de los mismos, con lo que se responda a los principios de proporcionalidad y razonabilidad con base en los cuales debe decidir el juez y, no simplemente sustentarse en una "cierta discrecionalidad".

En reciente jurisprudencia de la Corte Constitucional, sentencia T-212 de 15 de marzo de 2012 (Exp.T-3199440), se fija la posición que debe orientar al juez contencioso administrativo para la tasación y liquidación de los perjuicios morales en los siguientes términos, que merece ser comentados por la Sala.

En primer lugar, sostiene la Corte Constitucional que dar "la libertad a un juez para que tome una decisión bajo su arbitrio judicial, no es un permiso para no dar razones que sustenten lo decidido, no es una autorización para tomar decisiones con base en razonamientos secretos ni tampoco para tomar decisiones basadas en emociones o pálpitos. Como se indicó, por el contrario, demanda un mayor cuidado en el juez al momento de hacer públicas las razones de su decisión".

En segundo lugar, se parte del argumento según el cual la jurisprudencia constitucional ha sostenido que se viola el debido proceso constitucional, al establecer



condenas en contra de una persona sin tener bases probatorias suficientes sobre la existencia del daño moral por el cual se condenó. No se trata de una forma de controvertir criterios de valoración del acervo probatorio, propios del proceso ordinario. La protección evita mantener decisiones judiciales que no tienen un sustento razonable en las pruebas aportadas y consideradas. Así, por ejemplo, recientemente la Corte Constitucional protegió los derechos de una persona jurídica, por haber sido condenada a pagar una suma, a título de perjuicios morales, sin tener sustento probatorio alguno.<sup>82</sup>

Es necesario, por lo tanto, contar con bases probatorias suficientes para determinar la existencia del daño moral, a lo que cabe agregar, y para determinar la tasación y liquidación de los perjuicios morales.

En tercer lugar, y teniendo en cuenta la sentencia de la Corte Constitucional T-351 de 2011, la jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de daño y perjuicios morales sí establece parámetros vinculantes para los jueces administrativos. En efecto, estos deben seguir *la libertad probatoria* y utilizar su *prudente arbitrio* en el marco de la equidad y la reparación integral para tasar los perjuicios morales. Además, al establecer un tope –al menos indicativo– de 100 smlmv, el Consejo de Estado hizo referencia al principio de igualdad, lo que significa que ese tope, unido a análisis de equidad, debe permitir que cada juez no falle de forma caprichosa sino a partir de criterios de *razonabilidad*, a partir del análisis de casos previos, y de sus similitudes y diferencias con el evento estudiado. El límite, sin embargo, es *indicativo* porque si, a partir de los criterios y parámetros indicados, el juez encuentra razones que justifiquen separarse de ese tope y las hacen explícitas en la sentencia de manera transparente y

<sup>82</sup> "En la sentencia T-874 de 2009 (MP Mauricio González Cuervo) se decidió lo siguiente: "[...] la Sala encuentra, tal y como lo hizo el Tribunal al resolver la segunda instancia del trámite de la tutela, que al decidir sobre el incidente de perjuicios, el juzgado accionado incurrió en evidentes errores fácticos de valoración probatoria, pues extrajo la certeza de ocurrencia de perjuicios, en cuantías precisas, sin que en el expediente existiera fundamento probatorio alguno para llegar a esos montos, por demás exorbitantes. En los términos que ha usado la Corte, el auto que resolvió el incidente de regulación de perjuicios, en la valoración del elemento probatorio, "se sale de los cauces racionales": la determinación de la cuantía de los perjuicios morales, en suma cercana a los cien millones de pesos, no encuentra fundamento alguno en las pruebas obrantes en el expediente; la inclusión del valor adeudado por el ejecutado a otra entidad crediticia en la cuantificación de los perjuicios no responde a ningún criterio racional, especialmente teniendo en cuenta que no hay prueba alguna del nexo existente entre el otorgamiento de dicho crédito, y el embargo supuestamente generador de los perjuicios; y, finalmente, tampoco se encuentra fundamento, en las pruebas obrantes en el expediente, de la decisión tomada por el despacho accionado en el sentido de considerar como parte de la cantidad a ser resarcida, el valor comercial del inmueble embargado, con base en una supuesta venta frustrada del mismo, cuya existencia, aunque fuera cierta-lo cual es debatible-, no conduce, por ningún camino racional, al monto definido por el juez. || Además de estos errores 'ostensibles, flagrantes y manifiestos' en el juicio valorativo de la prueba, la Sala constata que ellos tuvieron incidencia directa en la decisión, pues el auto del 27 de noviembre de 2008 condenó a la entidad demandante, con base en esa defectuosa valoración probatoria, a pagar una suma cercana a las cuatrocientos setenta millones de pesos mcte."



suficiente, su decisión no se apartaría de la jurisprudencia del Consejo de Estado, ni sería ajena a la obligación constitucional de motivar los pronunciamientos judiciales”.

En cuarto lugar, y es de singular relevancia, la jurisprudencia de la Corte Constitucional advierte que “un juez incurre en una violación del derecho constitucional al debido proceso, cuando condena a una persona a pagar un monto por concepto de daños morales, que carece evidentemente de sustento en el acervo probatorio del proceso”. Con otras palabras, obrar con base en la comprensión del arbitrio iudicis como una cláusula que exime al juez de motivar por qué concede un determinado quantum puede constituirse, como lo señala la Corte Constitucional, en una VIOLACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL AL DEBIDO PROCESO.

En quinto lugar, la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la que se apoya la Sala, sentencia T-212 de 2012, argumenta que los “criterios adicionales que se advierten en la sentencia del Consejo de Estado para determinar la discrecionalidad judicial en materia de perjuicios morales son dos, a saber: (a) tener en cuenta “las condiciones particulares de la víctima” y (b) tener en cuenta “la gravedad objetiva de la lesión”. Da pues la jurisprudencia parámetros y factores de análisis mínimos a considerar por los jueces administrativos para identificar los perjuicios morales y el monto de los mismos”, los cuales obedecen a la existencia de “un parámetro constitucional mínimo para ejercicio de la discrecionalidad judicial”. Sin duda, la Corte Constitucional está orientando su posición hacia la exigencia de una motivación suficiente, y del reconocimiento de criterios objetivos, que como los que se procuran emplear en el “test de proporcionalidad” deben constituirse en el sustento de la decisión judicial de tasar y liquidar el “quantum” del perjuicio moral para cada caso en concreto.

En sexto lugar, la Corte Constitucional considera que “la jurisprudencia contencioso administrativa ha encontrado tres principios básicos que han de orientar el cumplimiento de las funciones judiciales fundadas en la discreción judicial, a saber: *equidad*, *razonabilidad* y *reparación integral*. Estos principios, en especial la equidad, demandan al juez algún grado de comparación entre la situación evaluada y otras reconocidas previamente. De lo contrario puede llegarse a decisiones inequitativas, desproporcionadas o discriminatorias”. No cabe duda que a la razonabilidad cabe asociar el principio de proporcionalidad, y especialmente el sub-principio de ponderación, con los que la decisión del juez contencioso responda al principio fundamental de la justicia distributiva.



Finalmente, cabe afirmar que la sentencia T-212 de 2012 permite no sólo considerar como necesaria la motivación que debe dar el juez contencioso al momento de tasar y liquidar los perjuicios morales, sino también admite que metodologías, como la del "test de proporcionalidad", están llamadas a operar ya que exigen no sólo una mínima prueba de la intensidad del perjuicio padecido, sino también que establecen criterios objetivos en los que el juez contencioso administrativo pueda apoyarse para que su decisión no exceda o quiebre el principio de la autonomía judicial, al invocar un excesivo "abritrio iudicis". Precisamente, en la mencionada sentencia se interroga "¿cuáles fueron los criterios concretos y específicos de razonabilidad, equidad y reparación integral de las víctimas que se tuvieron en cuenta? ¿Los criterios en cuestión cómo fueron aplicados? ¿por qué se llega a las consecuencias derivadas en la sentencia y no otras? Todo ello se mantiene en secreto. ¿Por qué si no existieron pruebas de los perjuicios morales y, por tanto, ni siquiera se sabe la real magnitud del daño material, es posible establecer con la precariedad de elementos con que se cuenta en el proceso que el monto del daño, razonable y equitativamente es el fijado y no otro? La respuesta a esta pregunta es competencia del juez ordinario; por supuesto. Pero está obligado a darla, no puede mantenerse oculta y ajena al texto de la decisión judicial que está fundando"

Ahora bien, examinado la fundamentación jurídica en la que cabe sustentar el "test de proporcionalidad" como metodología para la tasación y liquidación de los perjuicios morales, la Sala procede a motivar y delimitar los criterios de dicha tasación y liquidación.

Debe partirse de concebir el perjuicio moral con un carácter inconmensurable, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, 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 escrula el daño material"<sup>83</sup>.*

Con base en las anteriores premisas, el juez contencioso administrativo está llamado a considerar, dentro de su discrecionalidad judicial, en su apreciación criterios como i)

<sup>83</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia de 15 de abril de 2009. Exp. 1995-10351.



el dolor sufrido, ii) la intensidad de la congoja; iii) la cercanía con el ser perdido, iv) derecho (s) vulnerado (s) –considerar, especialmente, la vulneración de derechos humanos, o del derecho internacional humanitario–, v) la conformación del núcleo familiar, vi) las diversas relaciones y vii) la valoración ponderada de lo que representa moralmente la angustia, la tristeza y la aflicción de verse con el fallecimiento de sus familiares. Se trata de criterios objetivos, si cabe, fundados en los principios de equidad, razonabilidad, reparación integral y proporcionalidad, que deben permitir al juez determinar con justicia (distributiva) el "quantum" indemnizatorio de los perjuicios morales reclamados en cada caso en concreto.

Lo anterior, además, significa que la discrecionalidad que el legislador le otorgó al juez, en el marco del artículo 16 de la ley 446 de 1998, en materia de tasación y liquidación de los perjuicios morales no está sujeto a imposiciones jurisprudenciales, ni a limitaciones conceptuales, menos a aquellas con las que pueda socavarse no sólo su libre ejercicio por el juez, sino que se condicione de tal manera que se convierta una construcción jurisprudencial en precedente cuando no tiene dicho alcance, implicando, además, en el fondo la generación de desigualdades e, incluso, de discriminaciones.

De ahí, pues, que como manifestación de la discrecionalidad, de la que está dotado el juez por el legislador, se emplea (sin convertirse en regla normativa) la metodología del test de proporcionalidad, que busca como objetivos: i) que haya una acreditación o prueba mínima del perjuicio moral en cabeza de los demandantes, sin que sea suplida por la simple presunción jurisprudencial de aflicción o, por las reglas de la experiencia del juzgador (suficientes para el reconocimiento del perjuicio, pero no para la tasación y liquidación), sino que debe reunir la mayor cantidad de elementos posibles a valorar, advirtiéndose las limitaciones que tiene el juez para tasar en cabeza de qué personas cabe afirmar una mayor intensidad del dolor moral o aflicción, que en otras; así mismo, ii) se busca la aplicación, en sede del contencioso administrativo, del principio de proporcionalidad<sup>84</sup>, el cual no está vedado o prohibido de aplicación, ni se puede

<sup>84</sup> "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



considerar solamente como una herramienta para resolver las tensiones constitucionales entre derechos, intereses y principios, sino que cabe afirmarlo, a partir del sub-principio de ponderación y del principio de la razonabilidad, en sede de la tasación y liquidación de los perjuicios morales, de tal manera que el juez oriente su raciocinio desde una perspectiva jurídica, con mínimos criterios objetivos (una "crítica frecuente a la ponderación es que la Corte (americana) no cuenta con un criterio objetivo para valorar o comparar los intereses en juego (...) Por tanto, la ponderación demanda el desarrollo de una balanza de valores externos a las preferencias personales de los jueces"<sup>85</sup>) que permitan resolver la tensión que se produce entre el ejercicio del derecho a la reparación integral y los intereses generales representados en el patrimonio público del cual debe sufragarse las indemnizaciones<sup>86</sup>, como por ejemplo: i) núcleo familiar; ii) relaciones afectivas; iii) relaciones de cercanía (no sólo material, sino desde la perspectiva de las relaciones que se logre establecer existía entre los miembros de la familia de la víctima o lesionado), y otras inherentes al concepto de familia, si que tenga la necesidad de acudir a discursos sociológicos, psicológicos o de otro orden<sup>87</sup> que sólo contribuyen a distorsionar el papel del juez al momento de la tasación y liquidación de los perjuicios morales, y a crear desigualdades propias de la visión subjetiva que desde la posición del juez intenta establecer "in abstracto" un valor genérico del perjuicio moral que cabe indemnizar en los diferentes eventos en los que queda acreditado el daño antijurídico y la imputación.

La aplicación del "test de proporcionalidad", como metodología en el ejercicio discrecional del juez (reconocido por el legislador), tiene sustento constitucional y permite afrontar la crítica según la cual en el "Estado de Bienestar (estadio en el que se encuentra implicado el Estado Social de Derecho como modelo en el cual se encuentra nuestra Nación) había provocado dos cambios esenciales. Primero, se pidió progresivamente a los jueces que aplicaran estándares abiertos como equidad, buena

---

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".

<sup>85</sup> ALEINIKOFF, T. Alexander. El derecho constitucional en la era de la ponderación. Lima, Palestra, 2010. pp.74 y 75.

<sup>86</sup> Lo que ha sido reconocido en el derecho constitucional anglosajón de la siguiente manera: "La protección igualitaria ha sido testigo del desarrollo de un nivel intermedio de escrutinio que exige que una ley esté "sustancialmente relacionada" con "intereses gubernamentales importantes". Este examen se ha aplicado a demandas de discriminación por género y legitimidad, y, por cuatro jueces, a casos de clasificaciones sociales con el propósito de ayudar a los afroamericanos". ALEINIKOFF, T. Alexander. El derecho constitucional en la era de la ponderación., *ob.*, *cit.*, pp.66 y 67.

<sup>87</sup> Lo anterior, lleva a concluir desde cierta perspectiva a que se piense que el "estilo del discurso jurídico se acercó al de los lugares comunes de la argumentación política o económica cuando el razonamiento jurídico intencionado y las preocupaciones y las preocupaciones por la justicia sustantiva empezaron a prevalecer. Surgen serias dudas sobre la legitimidad de esa manera de tomar las decisiones judiciales. Ofende la libertad política que los jueces no elegidos tengan que tomar decisiones cuya índole no difiere de las que toman las legislaturas". TAMAHANA, Brian. "En torno al Estado de derecho. Historia, política y teoría. Bogotá, Universidad Externado, 2011, p.177.



fe, razonabilidad y negación del enriquecimiento injusto<sup>88</sup>. Sin duda, esto se aparta de la función judicial tradicional de la "aplicación formal de las normas y se apartaban del idea de un conjunto de normas poseedor de las cualidades de generalidad, igualdad y certeza:

*"Las cláusulas abiertas y los estándares generales llevan a que las cortes y los departamentos administrativos se dediquen a una ponderación ad hoc de intereses reacios a ser reducidos a reglas generales.*

*El razonamiento intencionado y la justicia no formal también causan problemas al ideal de generalidad. El abogado orientado a la política sostiene que parte de la interpretación de una norma es elegir los medios más eficientes para lograr los fines que se le asignan a ella. Pero como las circunstancias a las que se refieren las decisiones cambian y como la interpretación de quien toma la decisión de los que dispone varía, así también debe suceder con la forma en que él interpreta las normas (...) Por tanto, la noción de áreas estables de derechos y obligaciones individuales, una noción inseparable del ideal del Estado de derecho, se erosionará.*

*La búsqueda de la justicia sustantiva corrompe la generalidad jurídica en un grado aún mayor. Cuando la gama de desigualdades inadmisibles entre situaciones sociales se amplía, la necesidad de tratamiento individualizado aumenta correspondientemente. Sin importar cómo se defina la justicia sustantiva, ésta solo se puede lograr tratando de manera diferente las diferentes situaciones<sup>89</sup>.*

Lo anterior, no implica apartarse de la construcción jurisprudencial que a partir de 2001 la Sección Tercera aplica de manera uniforme, al tener como factor para la tasación y liquidación de los perjuicios morales al salario mínimo mensual legal vigente, pero no puede comprenderse agotada en el mismo, sino que para responder al reto de no crear desigualdades entre los diferentes actores sociales que acuden a reclamar la indemnización por concepto de perjuicios morales, se emplea el "test de proporcionalidad" como la metodología con base en la cual cabe tasar y liquidar dichos perjuicios. Se reitera, por lo tanto, que con la determinación del factor de tasación y liquidación simplemente no se logra, aún, la consolidación de criterios objetivos con los que pueda apuntarse la valoración, tasación y liquidación de los mismos, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad y, a su vez, la ponderación y la razonabilidad con la que debe operar el juez y, no simplemente sustentarse en la denominada "cierta discrecionalidad".

Así mismo, para la tasación y liquidación 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 las relaciones familiares, afectivas, de 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

<sup>88</sup> TAMAHANA, Brian. "En torno al Estado de derecho. Historia, política y teoría.", ob., cit., p.175.

<sup>89</sup> TAMAHANA, Brian. "En torno al Estado de derecho. Historia, política y teoría.", ob., cit., p.176.



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. De acuerdo con lo anterior, la Sala empleará como metodología para la tasación y liquidación de los perjuicios morales el test de proporcionalidad.

En cuanto al fundamento de este test, se encuentra en la aplicación de la proporcionalidad<sup>90</sup> desde la perspectiva del juicio de igualdad<sup>91</sup>, y de la necesidad ponderar ante la indeterminación, vaguedad y necesidad de una resolver la tensión que pueda representar la tasación y liquidación de los perjuicios morales cuando se

<sup>90</sup> "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. 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, prescindiendo 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 manifiestamente desproporcionado. La inexistencia de método para establecer el grado a partir del cual dicho acto pierda 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 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 supesados, 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" (subrayado fuera de texto). Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002.

<sup>91</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 Araújo Rentería



pone en juego la tutela de derechos, como a la vida, al libre desarrollo de la personalidad, a la integridad personal (enmarcado dentro del concepto global de dignidad humana), y el respeto del derecho a la reparación, que no puede resolverse, como se pretende en muchas ocasiones, por medio de la lógica de la subsunción<sup>92</sup>, sino que debe trascenderse, como se busca con el test de proporcionalidad, que el juez contencioso administrativo valore, determine si cabe el sacrificio de principios, con otras palabras que se oriente hacia la ponderación<sup>93</sup> de valores o derechos reconocidos desde la individualidad de cada sujeto, y su dimensionamiento y expresión en el derecho a la reparación, que no es unívoco en su individualidad, sino que exige responder al principio de igualdad.

Luego, ante la potencial colisión de los derechos señalados que pueda representarse en la tasación y liquidación de los perjuicios morales atendiendo sólo al salario mínimo legal mensual vigente, desprovisto de argumentación jurídica y propiciando una mayor colisión de los mismos, que derive en el quebrantamiento de la igualdad y la justicia<sup>94</sup> es que procede, dentro del arbitrio judicial, el "test de proporcionalidad" para que obre la decisión judicial con la suficiente ponderación. De ahí que en la jurisprudencia constitucional se sostiene:

*"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>95</sup> uno de los intereses sopesados protegidos por la Constitución, y, en caso afirmativo, (v) concluir que resulta contraria a la Constitución"<sup>96</sup>.*

<sup>92</sup> Alexy tiene como principal postulado al darle tratamiento a las decisiones judiciales "es que una resolución o sentencia emitida por un juez no se refiere únicamente a simples operaciones mecánicas lógicas de subsunción, sino que en los casos difíciles implican valoraciones, sacrificios de principios, una necesidad de ponderación de los valores en conflicto". SOBREVILLA, David: "La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy" en La filosofía del derecho alemana actual de orientación racionalista (Estudios sobre R. Alexy, K. Günther, J. Habermas y O. Höffe), México, Fontamara, 2008, p. 28. LÓPEZ SANCHEZ, Rogelio. "El principio de proporcionalidad como derecho hermenéutico en la justicia constitucional", en Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho. N.23, 2011, p.327.

<sup>93</sup> "La ponderación es necesaria debido a cuatro razones fundamentales: a) la vaguedad del lenguaje jurídico; b) la posibilidad de conflictos de normas; c) el hecho de que sean posibles casos que necesitan una regulación jurídica, pero para cuya regulación no existe ya una norma vigente, y d) la posibilidad de decidir incluso contra el tenor literal de una norma en casos especiales". ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica (La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica), (trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 23.

<sup>94</sup> LARENZ, Karl. Metodología de la ciencia del derecho, (trad. y revisión de Marcelino Rodríguez Molinero), Barcelona, Ariel, 1994, p. 400

<sup>95</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>96</sup> Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002.



Dicho principio de proporcionalidad debe, por lo tanto, convertirse en el sustento adecuado para la tasación y liquidación ponderada del quantum indemnizatorio del perjuicio moral, respecto de lo que la jurisprudencia 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>97</sup>, con base en criterios como el dolor infligido a las víctimas<sup>98</sup>, el perjuicio estético causado<sup>99</sup> o el daño a la reputación<sup>100</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 manifestamente 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>101,102</sup>.*

El test de proporcionalidad, a su vez, comprende tres sub-principios que son aplicables: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto<sup>103</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, pasar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar

<sup>97</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. 13475 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 20 de mayo de 1997, MP: Juan Manuel Torres Fresneda, Radicación 9536

<sup>98</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, 6 de agosto de 1982, CP: Carlos Belancur 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>99</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>100</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de marzo de 1990, CP: Antonio José de Irisarri Restrepo, Expediente 3510.

<sup>101</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>102</sup> Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002.

<sup>103</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.



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

De acuerdo con lo anterior, la tasación y liquidación del perjuicio moral en el presente caso se sujetará a lo que ordinariamente esté demostrado con base en las pruebas allegadas en cada proceso (testimorial, pericial, informes técnicos, etc), a la "presunción de aflicción" (que no es de "iure") y a los criterios para ponderar la tasación de los perjuicios morales: en cuanto a la proporcionalidad en estricto sentido, o la ponderación cabe observar: la intensidad del daño (que cabe examinarlo desde la cercanía y la mínima certeza de conocimiento), la aflicción por la vulneración, propiamente dicha.

En este sentido, se establece la siguiente metodología para determinar el quantum indemnizatorio por concepto de perjuicios morales a favor del actores:

Circunstancias del caso y sujetos a indemnizar	Criterios y cuantificación
--	----------------------------



Se trata de una lesión que produjo en la víctima una incapacidad parcial de 115 días, como consecuencia de la fractura de la rótula.	a) circunstancias de cada caso; b) "presunción de aflicción" (que no es de "iure"); c) cabe ponderar la intensidad del daño por la vulneración, propiamente dicha.
--	--

De acuerdo con lo anterior, los perjuicios morales quedarán tasados para el actor de la siguiente manera:

Indemnizado	Salarios mínimos legales mensuales vigente.
Jaime Barrios García (lesionado)	10 smlmv

Ahora bien, observa la Sala que el demandante falleció antes de que se hubiera dictado sentencia de primera instancia, hecho que aparece acreditado con el Registro Civil de Defunción visible a folio 70 del cuaderno 1, según el cual el señor Jaime Barrios García, falleció el día 22 de abril de 2000.

En ese orden, "cuando el actor fallece, el apoderado debe dar noticia de este hecho al juez y el proceso, como reza el artículo 60 del C.P.C., continuará con el cónyuge, el albacea con tenencia de bienes, los herederos o el curador, es decir, que se surte una sucesión procesal y el proceso continúa, como si subsistiera el demandante original, puesto que las cuestiones de fondo que son objeto del litigio no se modifican ni afectan por su deceso; sobre el punto, ha dicho la Sala<sup>104</sup>:

*"De acuerdo con la doctrina<sup>105</sup>, esta figura procesal no constituye una intervención de terceros, sino un medio encaminado a permitir la alteración de las personas que integran la parte. En casos como éste, el fallecimiento de la parte actora no produce la suspensión o interrupción del proceso, ya que sus intereses los sigue defendiendo el apoderado o el curador, porque de conformidad con el inciso 5º del artículo 69 del C. de P.C. la muerte del mandante o la extinción de las personas jurídicas no pone fin al mandato judicial. En cambio, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 168 del C. de P.C. la muerte o enfermedad grave del apoderado judicial de alguna de las partes si constituye causal de interrupción, lo cual no ocurrió en este caso.*

*Es el artículo 60 del C.P.C. la norma destinada a tipificar la figura, la cual se estructura de manera diversa según se trate de personas naturales o jurídicas las sustituidas y si la causa la origina un acto entre vivos o sucesión por muerte de la persona natural. En relación con las personas naturales -que es la que nos interesa-, dispone el inciso primero que fallecido un litigante, y por tal se comprende tanto a quien integra una parte como al que actúa con cualquiera de las calidades de un tercero, o declarado ausente o en interdicción "el proceso continuará con el cónyuge, el albacea con tenencia de bienes, los herederos o el correspondiente curador", aún cuando debe advertirse que en algunos procesos el deceso de la persona implica la terminación del mismo por cuanto no puede operar la figura, tal como sucede en los procesos de divorcio, separación de bienes, de cuerpos o de nulidad de matrimonio donde la muerte de una de las partes implica culminación inmediata de la actuación*

<sup>104</sup> Sentencia del 10 de marzo de 2005. Expediente 16.346.

<sup>105</sup> LOPEZ BLANCO Hernán Fabio, *Procedimiento Civil Parte General*, t. 1, 8ª Ed., Bogotá, Edt. DUPRE Editores, 2002, pág. 359.



por sustracción de materia y en atención a la índole personalísima de las relaciones jurídicas en debate<sup>106</sup>.

Otro sector de la doctrina<sup>107</sup>, ha dicho que la sucesión procesal se presenta cuando cualquiera de las partes es sustituida por otra o se aumenta o reduce el número de personas que la integran. Se define, conforme al sencillo concepto de Ramos Mendez<sup>108</sup>, como "la sustitución de una de las partes por otra que ocupa su posición procesal". Esta especie de crisis - como lo denomina AZULA CAMACHO-, consiste exclusivamente en el cambio de personas que integran cualquiera de las partes y, por tanto, es factible que afecte al demandante o al demandado o, incluso, a un tercero interviniente. El sucesor queda con los mismos derechos, cargas y obligaciones procesales que su antecesor. **La sucesión procesal no entraña ninguna alteración en los restantes elementos del proceso. Por ser un fenómeno de índole netamente procesal, tampoco modifica la relación jurídica material, que, por tanto, continúa igual, correspondiéndole al funcionario jurisdiccional pronunciarse sobre ella como si la sucesión procesal no se hubiese presentado**". (Las negrillas no son del texto original).

Por su parte, el artículo 62 del mismo código, establece que los sucesores, tomarán el proceso en el estado en que se halle en el momento de su intervención.

De acuerdo con lo anterior, y tal y como lo sostiene la doctrina, "...excepción hecha del proceso de ejecución, donde inclusive el juez de oficio de conocer el hecho de la muerte del deudor podrá disponer la citación de los herederos con el fin de evitar que prosiga una actuación viciada de nulidad, **en todos los restantes procesos, será la iniciativa del cónyuge, albacea, herederos o curador presentarse al proceso para que se reconozca su calidad de sucesores procesales**"<sup>109</sup> (las negrillas son de la Sala), lo que significa que así éstos no concurren al proceso, el mismo no se suspende, sigue adelante y el juez, debe proferir la sentencia teniendo en cuenta al litigante fallecido, cuyos derechos reconocidos en esa providencia, serán transmitidos a sus sucesores<sup>110</sup> <sup>111</sup>.

Para el caso concreto, se advierte que en el proceso se dio noticia al tribunal de primera instancia sobre el fallecimiento del demandante antes de que proferiera su decisión; a pesar de ello, no se produjo la sucesión procesal que era procedente; sin embargo, con ocasión del recurso de apelación, la Sala ha tenido conocimiento de su deceso, por lo tanto, procederá a declarar que la condena proferida, se hace a favor de la sucesión del señor **Barrios García** sin individualizar los reconocimientos, en atención a que no se encuentra acreditado si la sucesión del mismo esta totalmente integrada, pues no se tiene conocimiento de haberse iniciado un proceso ordinario de

<sup>106</sup> Ibidem.

<sup>107</sup> AZULA CAMACHO, *Manual de Derecho Procesal, Teoría General del Proceso*, Tomo I, 8ª Edición, Edt. Temis, Bogotá, 2002, pág. 416.

<sup>108</sup> FRANCISCO RAMOS MENDEZ, *La Sucesión Procesal*, Barcelona, Biblioteca Hispano Europea de Ciencias Sociales, 1974, pág.2.

<sup>109</sup> LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio, *Procedimiento Civil T. I.*, Dupré Editores, 9ª ed., 2005; pg. 361.

<sup>110</sup> Así lo dijo la Sala en Sentencia del 5 de diciembre de 2005. Expediente 14.536

<sup>111</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, exp. 16180



sucesión, en donde se haya hecho parte todas las personas que tienen derecho a la masa herencial.<sup>112</sup>

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, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### FALLA

**REVOCASE** la sentencia apelada, esto es, aquella dictada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca de 14 de agosto de 2002, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**PRIMERO. DECLARESE** administrativa responsable a la Empresa Industrial y Comercial del Estado INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES o al liquidador, por los daños y perjuicios sufridos por el demandante como consecuencia de la lesión sufrida por señor Jaime Barrios García.

**SEGUNDO. CONDÉNASE** a la Empresa Industrial y Comercial del Estado INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES o al liquidador, a pagar a favor de la sucesión de Jaime Barrios por concepto de perjuicios morales, la siguiente cantidad: la suma de 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

**TERCERO. CONDÉNASE** a la Empresa Industrial y Comercial del Estado INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES o al liquidador, a pagar a favor de la sucesión de Jaime Barrios por concepto de lucro cesante la suma de dos millones setecientos quince mil cuatrocientos treinta y siete pesos (\$2.715.437,00)

**CUARTO. DENIÉGUENSE** las demás súplicas de las demandas.

<sup>112</sup> Ver sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente 13.232-15.646.



Jaime Barrios García  
Expediente 24981  
Acción de reparación directa

**QUINTO.** Para el cumplimiento de esta sentencia expídense 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.

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

**SEPTIMO. ABSTÉNGASE** de condenar en costas.

**OCTAVO.** Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE**

*Olga Valle de Dela Hoz*  
**OLGA VALLE DE DELA HOZ**  
Presidente

*Enrique Gil Botero*  
**ENRIQUE GIL BOTERO**  
Magistrado

*Jaime Orlando Santofimio Gamboa*  
**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**  
Magistrado

*Adriano Voto*