

HISTORIA CLINICA - Entidades Prestadoras de Servicios en Salud tienen la obligación de elaborarla y actualizarla / HISTORIA CLINICA - Su omisión genera a la responsabilidad extracontractual o patrimonial del Estado / RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL O PATRIMONIAL DEL ESTADO - Título de imputación. Falla del servicio por omisión en la obligación de elaboración y actualización de historia clínica / FALLA DEL SERVICIO MEDICA - Omisión en la obligación de elaboración y actualización de historia clínica / FALLA DEL SERVICIO MEDICA - Entidad prestadora de servicio de salud no resguarda historia clínica de paciente / FALLA DEL SERVICIO MEDICA - Obligación de elaborar y mantener la historia clínica / ACCION DE REPARACION DIRECTA - Condena al ISS Instituto de Seguros Sociales. No resguardó historia clínica de paciente

Esta Sala considera que el acto médico complejo abarca también las obligaciones consagradas en la ley 23 de 1981, especialmente aquellas referidas a la apertura, manejo, custodia, archivo y conservación de la historia clínica, como elemento esencial en la documentación de la actividad médica prestada en un caso concreto. Tal como lo ha establecido la Sección Tercera de esta Corporación, dicha ley, (...) contiene una serie de obligaciones a las que deben sujetarse las entidades que integran el Sistema Nacional de Salud (...) En el caso de autos, se observa que dentro de la historia clínica no se aprecia algún informe o descripción de la intervención quirúrgica practicada a la demandante, ni tampoco los informes médicos y de enfermería antes, durante y después de la cirugía, lo que se traduce en un incumplimiento de las obligaciones a las que estaba sujeta la entidad demandada de acuerdo a los preceptos consagrados en la ley 23 de 1981, así como un indicio de la falla en la prestación del servicio médico – asistencial.

FUENTE FORMAL: LEY 23 DE 1981 / RESOLUCION 1595 DE 8 DE JULIO DE 1999 / RESOLUCION 1715 DE 13 DE JUNIO DE 2005 / RESOLUCION 58 DE 2007

NOTA DE RELATORIA: Sobre el particular ver las decisiones: 28 de septiembre de 2000, exp. 11405; 25 de mayo de 2006, exp.15836; 31 de agosto de 2006, exp. 15772; 7 de octubre de 2009, exp.17923; 23 de junio de 2010, exp. 19101; 21 de febrero de 2011, exp. 20371; 26 de mayo de 2011, exp. 20097 y 19 de agosto de 2011, exp. 20144. Ahora bien, en relación con el objetivo de resguardar la eficacia del derecho a la salud consagrado en la constitución política, ver los fallos de 1 de febrero de 2012, exp. 22199 y 25 de abril de 2012, exp.19602

HISTORIA CLINICA - Contenido: Requisitos y criterios

Para el cumplimiento de la obligación de elaborar una historia clínica conforme al deber normativo, deben satisfacerse ciertos criterios: a) claridad en la información (relativa al ingreso, evolución, pruebas diagnósticas, intervenciones, curaciones o profilaxis, tratamientos, etc.); b) fidelidad en la información que se refleje y que corresponda con la situación médica del paciente y, con el período en el que se presta la atención médica; c) que sea completa tanto en el iter prestacional, como en la existencia de todo el material que debe reposar en los archivos de la entidad de prestación de la salud; d) debe dejarse consignado dentro de la historia clínica de manera ordenada, cronológica y secuencial toda la información de diagnóstico, tratamientos, intervenciones quirúrgicas, medicamentos y demás datos indispensables que reflejen el estado de salud del paciente; e) debe orientar y permitir la continuidad en la atención y proporcionar al médico la mejor información, posible, para adoptar decisiones sin improvisación para así ofrecer las mejores alternativas médicas, terapéuticas y/o quirúrgicas, siempre con el

objetivo de resguardar la eficacia del derecho a la salud consagrado en el artículo 49 de la Carta Política.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 49

NOTA DE RELATORIA: En referencia a este tema ver los fallos: 31 de agosto de 2006, exp. 15772; 1 de febrero de 2012, exp. 22199 y de 25 de abril de 2012, exp. 19602

DAÑO ANTIJURIDICO - Concepto / DAÑO ANTIJURIDICO - Menoscabo o lesión que sufre una persona en intervención quirúrgica / DAÑO ANTIJURIDICO - Principio constitucional / DAÑO ANTIJURIDICO - Características

El daño antijurídico comprendido, desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual y del Estado, impone considerar dos componentes: a) el alcance del daño como entidad jurídica, (...) y, b) aquello que derivado de la actividad, omisión, 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”, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos; y, iii) porque no encuentra sustento en la prevalencia, respeto o consideración del interés general. (...) Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable, anormal y que se trate de una situación jurídicamente protegida.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 1 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 13 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 2 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 58

NOTA DE RELATORIA: Respecto a la obligación de responder del Estado cuando causa daños, ver sentencia del 9 de febrero de 1995, exp.9550; respecto al daño antijurídico el cual debe ser cierto, determinado o determinable, el fallo de 19 de mayo de 2005, exp. 2001-01541 AG

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL O PATRIMONIAL DEL ESTADO - Constitucionalización / RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL O PATRIMONIAL DEL ESTADO - Principio de imputabilidad

Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización” de la responsabilidad del Estado y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados y de su patrimonio, sin distinguir su condición, situación e interés. (...) Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo, argumentación que la Sala Plena de la Sección Tercera acogió al unificar la jurisprudencia en las sentencias de 19 de abril de 2012 y de 23 de agosto de 2012. (...) En cuanto a la imputación, exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, (...) 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”. (...) Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la reparación del daño antijurídico cabe atribuirse

al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 90

NOTA DE RELATORIA: En relacion con la responsabilidad del Estado, ver: Corte Constitucional, sentencias C 333 de 1996 y C 892 de 2001. En relacion con la determinación de un daño antijuridico causado a un administrado y la imputacion del mismo a la administración publica tanto por la acción como por la omisión de un deber normativo, ver los fallos: 19 de abril de 2012, exp. 21515 y 23 de agosto de 2012, exp. 23492

PERJUICIOS MORALES - Tasación: 100 salarios mínimos mensuales legales. Lesión sufrida en musculo ocular por cuenta de intevención quirúrgica

La sentencia de primera instancia condenó a la entidad demandada al pago de 100 salarios mínimos legales mensuales en favor de cada uno de los demandantes por los perjuicios morales padecidos, sustentando su determinación en las razones expuestas en la sentencia de 6 de septiembre de 2001, que determinó que el juez debía poner especial esmero en el cumplimiento de diferentes elementos que en cada proceso permitía establecer no solo la existencia del daño moral sino su intensidad, e imponer la máxima condena en los eventos en que de las pruebas practicadas resulte claramente establecido un sufrimiento de gran profundidad e intensidad superior a muchos de los pesares inimaginables. (...) Con fundamento en lo anterior, se confirma la cuantificación reconocida por el Tribunal de primera instancia, esto es, 100 smlmv para cada uno de los demandantes.

DAÑO A LA SALUD - Perjuicio fisiológico. Lesión sufrida en musculo ocular por cuenta de intevención quirúrgica / PERJUICIO FISIOLÓGICO - Daño a la salud. Tasación: Lesión sufrida en musculo ocular por cuenta de intevención quirúrgica / DAÑO A LA SALUD - Perjuicio fisiológico: Prueba pericial / DAÑO A LA SALUD - Perjuicio fisiológico: Tasación en 100 salarios mínimos mensuales legales / PERJUICIO FISIOLÓGICO - Daño a la salud. Tasación en 100 salarios mínimos mensuales legales

Respecto del perjuicio fisiológico, en atención a lo establecido por la nueva posición de la Sección Tercera en providencias de 14 de septiembre de 2011, expedientes 19031 y 38222, se entiende por daño a la salud, la afectación a la integridad psicofísica de una persona. (...) Con fundamento en el acervo probatorio arrojado al expediente, se observa la existencia y padecimiento de una lesión concretándose en un daño a la salud, lo que hace que su estado sicofísico se vea seriamente afectado. Con fundamento en lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia, esto es, se mantiene la condena de 100 smlmv.

NOTA DE RELATORIA: En esta materia, consultar los fallos de 14 de septiembre de 2011, exp. 19031 y 38222

COSTAS - No condena

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

FUENTE FORMAL: LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 55 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 171

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

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de abril de dos mil trece (2013).

Radicación número: 66001-23-31-000-1999-00494-01(26923)

Actor: BEATRIZ OROZCO VALLEJO Y OTROS

Demandado: INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (APELACION SENTENCIA)

Decide la Subsección C el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda el 28 de noviembre de 2003, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda en los siguientes términos:

“(...) 1. Declarar administrativa y patrimonialmente responsable al Seguro Social por los perjuicios ocasionados a la señora Beatriz Orozco Vallejo con ocasión de la intervención quirúrgica a la que fue sometida el 28 de noviembre de 1997.

2. Como consecuencia de lo anterior, se condena a la entidad mencionada a pagar perjuicios morales a favor de la señora Beatriz Orozco Vallejo, César Gallego Ospina (esposo) y Andrés Gallego Orozco (hijo), de a cien (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes para cada uno.

3. Por perjuicios fisiológicos se pagará a Beatriz Orozco Vallejo cien (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

4. Se niegan las demás súplicas de la demanda (...). (Fl. 123 C. ppal)

I. ANTECEDENTES

1. La demanda y pretensiones

César Gallego Ospina y Beatriz Orozco Vallejo (esposos) actuando en nombre propio y en representación de su hijo menor Andrés Gallego Orozco; mayores de edad, actuando por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del C.C.A, presentaron demanda el 6 de mayo de 1999 (Fls. 18 a 29 C.1) contra el Instituto de Seguros Sociales, solicitando que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

*“(...) 1. Que se declare que el **INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES** es administrativamente responsable de los perjuicios materiales y morales causados a los demandantes, con la intervención quirúrgica a que fue sometida la señora **BEATRIZ OROZCO VALLEJO** en las circunstancias descritas en los hechos.*

*2. Que como consecuencia de la declaración de responsabilidad, se condene al **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** a pagar a los actores:*

*a)- **Por perjuicios morales** para la señora **BEATRIZ OROZCO VALLEJO** el valor en pesos equivalente a dos mil (2.000) gramos de oro, a la fecha de la ejecutoria de la sentencia, según lo certifique el Banco de la República.*

*b)- **Por perjuicios morales** para cada uno de los codemandantes, **CESAR VALLEJO OSPINA Y ANDRÉS VALLEJO OROZCO**, en sus calidades de esposo e hijo de la víctima respectivamente, el equivalente en pesos a dos mil (2.000) gramos de oro al valor de dicho metal en la fecha de ejecutoria de la sentencia, según lo certifique el Banco de la República.*

*c)- **Por perjuicios materiales** para la señora **BEATRIZ OROZCO VALLEJO**:*

***Por perjuicio fisiológico**, el equivalente a dos mil (2.000) gramos de oro, al valor de dicho metal en la fecha de ejecutoria de la sentencia, según lo certifique el Banco de la República.*

***Por lucro cesante**, las sumas que se determinarán teniendo en cuenta la actualización del valor del ingreso mensual a la fecha de la sentencia, de conformidad con los índices de precios al consumidor –IPC- calculados por el DANE; la indemnización por período vencido; y la indemnización futura (...)*

***Por daño emergente**, las sumas que se determinará teniendo en cuenta la actualización del valor del gasto mensual, a la fecha de la sentencia, de conformidad con los índices de precios al consumidor –IPC- calculados por el DANE; la indemnización por período vencido; y la indemnización por período futuro (...). (Fls. 23 a 24 C. 1)*

2. Hechos de la demanda.

Como fundamento en las pretensiones, los actores expusieron los hechos que la Sala sintetiza así:

El día 28 de noviembre de 1997 la señora Beatriz Orozco Vallejo fue intervenida quirúrgicamente como beneficiaria de los servicios asistenciales en salud prestados por la entidad demandada con un diagnóstico de sinusopatía maxilo etmoidal bilateral que la aquejaba. Posterior a la cirugía, la paciente el 2 de diciembre de 1997 consultó el servicio de urgencias de la entidad por presentar un

cuadro de diplopía y dificultad para caminar. El resultado de los exámenes fue hipertensión arterial y desviación del ojo izquierdo, razón por la cual fue remitida al área de oftalmología y se encontró como resultado: ojo en X e imposibilidad para la aducción.

El 14 de diciembre de 1997 se procedió a la práctica de un TAC que arrojó como resultado que la paciente tenía sinusitis maxilar izquierda, poliposis nasal, pérdida de continuidad en ambos pisos orbitarios con compromisos de partes blandas en órbita izquierda.

El 12 de diciembre de la misma anualidad, ante la persistencia de los síntomas, se procedió a hospitalizar a la demandante y se inició un tratamiento con antibióticos y esteroides sin ninguna mejoría. La paciente fue valorada el 18 de diciembre de 1997 en la ciudad de Cali encontrándose fractura de ambos pisos orbitarios y se diagnosticó parálisis del tercer par, de probable etiología traumática.

El 26 de diciembre de 1997 se practicó una resonancia magnética en la que se anotó como hallazgos “nurinoma intracanalicular y desviación de ambos globos oculares a la izquierda, sinupatía maxilo – etmoidal bilateral”. Por último, el 15 de enero de 1998 no se evidenció mejoría del tercer nervio izquierdo con signos de regeneración aberrante entre párpado y recto inferior, continuando la pupila fija.

En atención al estado de salud y físico, la señora Orozco Vallejo se dirigió al Departamento de Calidad de la entidad demandada con el fin de formular queja formal contra el procedimiento practicado. Como consecuencia de la queja, el día 13 de abril de 1998 se constituyó un Comité Ad Hoc integrado por médicos del Instituto de Seguros Sociales, quienes conceptuaron: 1. Que hubo falla en los registros quirúrgicos, por cuanto no se hizo la descripción del procedimiento, ni hallazgos, ni descripción de la técnica, ni las recomendaciones post-quirúrgicas; 2. Que el procedimiento practicado no era el adecuado dado los resultados de los exámenes prequirúrgicos y; 3. Que hubo impericia en el procedimiento al utilizar una técnica que convencionalmente no era la más adecuada.

Posteriormente, se constituyó un nuevo comité Ad Hoc por solicitud de la entidad demandada, el cual emitió concepto desfavorable contra la entidad, por falla profesional, por cuanto determinó que *“el diagnóstico, manejo y tratamiento correspondiente a esta complicación no fue adecuado para la severidad del cuadro”*.

3. Actuación procesal en primera instancia

Mediante auto de fecha 30 de julio de 1999, el Tribunal admitió la demanda (Fls 31 a 32 C. 1), siendo notificada la entidad demandada por conducto del Gerente del Instituto de los Seguros Sociales regional Pereira el 26 de agosto de 1999 (Fl. 35 C. 1).

3.1 Contestación de la demanda

Estando dentro del término legal, el día 8 de septiembre de 1999 procedió la entidad a la contestación de la demanda a través de su apoderado, indicando que algunos hechos no le constaban y otros a los que se oponía (Fls. 50 a 52 C.1). Adujo que el comité Ad hoc de 13 de abril de 1998 contrario a lo sostenido por la parte actora en su escrito de demanda, indicó que *“el accidente ocurrido a la paciente se facilitó por la técnica quirúrgica e independientemente de este accidente, la patología presentada pudo haber ocurrido sin la cirugía por la complicación de la enfermedad que presentaba la paciente”*.

Es importante resaltar que la parte demandada para contestar el libelo tuvo en cuenta los documentos aportados por la parte actora en su demanda, tales como la historia clínica y las actas del Comité Ad hoc del Instituto de los Seguros Sociales.

Mediante escrito separado y de la misma fecha, la entidad demandada solicitó llamar en garantía al doctor Óscar Ignacio Gutiérrez, quien para la época de los hechos fue el médico que intervino quirúrgicamente a la demandante. (Fls. 53 y 54 C. 1)

Por medio de auto de fecha 19 de noviembre de 1999, el Tribunal negó el llamamiento en garantía solicitado, por cuanto estimó no haberse probado la calidad de autoridad pública del presunto llamado, debido a que la vinculación de éste con la entidad demandada se hizo bajo la modalidad de “libre escogencia”. Así mismo, expuso el *a quo* que no existía prueba sumaria del derecho legal o contractual que evidenciara la vinculación con el profesional mencionado (Fls. 60 a 61 C. 1).

Finalizada la etapa probatoria que inició mediante auto de 21 de febrero de 2000 (Fls. 66 y 67 C. 1) el *a quo*, por auto de 2 de abril de 2002, ordenó citar a las partes a la celebración de la audiencia de conciliación (Fl. 70 C. 1). Llegado el día de la diligencia, la parte demandada solicitó suspender la audiencia *“con el objeto de que el Comité de Conciliación del ISS que está centralizado en Bogotá analice*

los documentos que le fueron aportados y recomiende una posible conciliación.”
(Fls. 75 a 76 C. 1).

Por causa de las dilaciones en el pronunciamiento del Comité de Conciliación del Instituto de Seguros Sociales, la parte demandada solicitó continuar con el proceso, situación que se ordenó mediante auto de agosto 13 de 2002 (Fl. 80 C. 1). Por último, el 12 de noviembre de 2002, se ordenó correr traslado a las partes para alegar en conclusión y al Ministerio Público para que rindiera el concepto de rigor (Fl. 86 C. 1).

3.2 Alegatos de conclusión de primera instancia

Mediante escrito de 26 de noviembre de 2002, la entidad demandada presentó los alegatos de conclusión (Fls. 87 a y 88 C.1), indicando que de las pruebas que obraban en el expediente no podía inferirse la falla del servicio atribuible a un presunto dolo o culpa grave en la atención de la paciente de la cual se pudiera derivar la responsabilidad del Estado (Fl. 88 C. 1).

Por el contrario, al sentir de la entidad demandada, existen pruebas que infirman la relación de causalidad entre el daño padecido por la paciente y el procedimiento practicado, fundamentalmente en el concepto emitido en el acta del Comité Ad Hoc No. 013 que afirma que *“la patología presentada pudo haber ocurrido sin la cirugía por complicación de la enfermedad que presentaba la paciente”*. Así mismo, afirmó que obraban en el expediente pruebas que descartaban la responsabilidad de la entidad, pues el médico legista afirmó que *“aún en las mejores manos, con buen entrenamiento y experiencia, se pueden presentar complicaciones orbitales”*. (Fl. 88 C.1)

Por su parte, la parte actora, mediante escrito allegado el 28 de noviembre de 2002 presentó los alegatos de conclusión. Luego de una relación *in extenso* de las pretensiones y los hechos de la demanda, concluyó que se encontraba plenamente acreditada la falla del servicio por la actuación negligente del agente, pues afirma que de la historia clínica de la paciente y de las actas de los Comités Ad Hoc constituidos por el Instituto de Seguros Sociales, se infiere que hubo falla en los registros quirúrgicos e impericia en el procedimiento aplicado a la señora Orozco Vallejo, por cuanto de los exámenes prequirúrgicos se deduce que una técnica endoscópica nasal era la convencionalmente más adecuada para tratar a la paciente (Fls. 89 a 106 C. 1).

El Ministerio Público guardó silencio.

4. Sentencia del Tribunal

El Tribunal Administrativo de Risaralda mediante sentencia de 28 de noviembre de 2003 accedió parcialmente a las súplicas de la demanda. Para tomar esta decisión el *a quo* tuvo en cuenta las siguientes consideraciones: (Fls. 108 a 124 C. ppal)

Con fundamento en el acervo probatorio, la responsabilidad de la demandada quedó plenamente evidenciada en el acta No. 013 del 13 de abril de 1998 emitido por el Comité Ad Hoc, en el que en esencia se expuso: i) la existencia de una falla en los registros quirúrgicos, puesto que no se hizo descripción del procedimiento, ni hallazgos, ni descripción de la técnica, ni de las recomendaciones post-quirúrgicas, ni las recomendaciones por parte de quien realizó la cirugía; ii) el procedimiento quirúrgico llevado a cabo no era el más adecuado, pues en los exámenes prequirúrgicos se observaba claramente la osteólisis de los pisos orbitarios, dando más seguridad para esos casos las técnicas endoscópicas; iii) hubo impericia en el procedimiento al aceptar realizar la intervención con una técnica que convencionalmente no era la más adecuada, ya que el ideal era una intervención endoscópica y si el profesional no disponía del equipo, no debió realizar el procedimiento. (Fl. 119 C. ppal)

Luego de hacer una relación de las pruebas, entre ellas, la complementación al dictamen pericial rendido por Medicina Legal (Fl. 95 C. 2), las declaraciones rendidas por los testigos de la actora (Fls. 10 a 20 C. 2) y las actas de los Comités Ad Hoc constituidos por el Instituto de Seguros Sociales (Fls. 6 a 17 C. 1), aquéllas permitían concluir que los perjuicios ocasionados a la señora Orozco Vallejo, como son la deformación física y la perturbación psíquica de carácter permanente, son consecuencia directa de la intervención quirúrgica a la cual fue sometida el 28 de noviembre de 1997.

5. El recurso de apelación y actuación en segunda instancia.

Contra lo así decidido se alzó la parte demandada mediante escrito de 10 de diciembre de 2003 (Fl. 126 C. ppal) y el 12 de diciembre de 2003, sustentó el recurso de apelación argumentando lo siguiente: (Fls. 127 a 128 C. ppal)

1. De las pruebas practicadas se infiere que la entidad demandada puso a disposición de la paciente las instalaciones, el personal médico y la prestación del servicio de forma oportuna, sin que se hubiera incurrido en una falla en la

prestación del servicio atribuible por la culpa o el dolo en la atención de la señora Orozco Vallejo.

2. No puede desconocerse del acervo probatorio el acta de comité No. 013 de 1998 que determinó que el accidente pudo haber ocurrido sin la cirugía por la complicación de la enfermedad que presentaba la paciente.

De igual manera, el dictamen emitido por el médico forense del Instituto de Medicina Legal No. 0893-00 de 12 de abril de 2000 concluyó que la cirugía de senos paranasales por técnicas tradicionales y/o endoscópicas, implican riesgos de lesión directa del contenido intraorbitario. Esta es una de las complicaciones más importantes debido a las variantes anatómicas, a la distorsión de la anatomía ocasionada por el proceso inflamatorio propio de la enfermedad. Por último concluyó el perito que aun en las mejores manos, con un buen entrenamiento y experiencia, se pueden presentar complicaciones orbitales.

Así mismo, debió tenerse en cuenta el dictamen emitido el 22 de agosto de 2001 que complementó el anterior peritazgo, concluyendo que se tuvo en cuenta los conceptos emitidos por el comité ad hoc y expuso los mismos argumentos que el precitado dictamen.

Concluyó el recurrente que no existía prueba fehaciente que demostrara la responsabilidad de la entidad demandada y como consecuencia de ello, el pago de los perjuicios morales y fisiológicos presuntamente causados a los demandantes.

Mediante auto de 29 de enero de 2004 el Tribunal Administrativo de Risaralda concedió el recurso interpuesto (Fl. 130 C. Ppal). Esta Corporación por auto de 18 de junio de 2004 admitió el recurso. (Fl. 135 C. ppal)

Por su parte, esta Corporación mediante auto de 17 de septiembre de 2004 ordenó correr traslado a las partes para presentar los alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera el concepto de rigor (Fl. 137 C .ppal). Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

En atención a la solicitud de prelación presentada por la parte demandante el 15 de febrero de 2010 (Fl. 140 C. ppal), por auto de 12 de mayo de la misma anualidad, la Sección accedió a la prelación en consideración a lo establecido en

la ley 1105 de 2006 artículo 7, esto es, por tratarse de una entidad pública en liquidación. (Fl. 141 y 142 C. ppal)

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Corporación es competente para conocer del asunto¹, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada² en proceso de doble instancia, contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Risaralda de 28 de noviembre de 2003, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

2. Alcance del recurso de apelación.

Teniendo en cuenta que el recurso de apelación fue interpuesto por la parte demandada, la Subsección aplicará la decisión adoptada por la Sala Plena de la Sala Plena del Consejo de Estado³ en la cual se fijan los alcances sobre el estudio de los puntos que fueron expresamente expuestos por el recurrente.

3. Aspecto previo

¹ De conformidad con el artículo 129 del C.C.A., subrogado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998.

² El Decreto 597 de 1988 consagró que para que un proceso de reparación directa que inició en el año 1999 tuviere vocación de doble instancia, la pretensión mayor de la demanda debía superar la suma de \$18.850.000. En efecto, para la fecha de presentación de la demanda –6 de mayo de 1999– el valor del grammo oro era de \$ 13,876.38 que, multiplicado por 2000 (pretensión mayor por concepto de perjuicios morales) arroja un resultado de \$27.752.760.

³ “(...) En este orden de ideas, para la Sala Plena de la Sección Tercera resulta claro –y alrededor de este planteamiento unifica en esta materia su Jurisprudencia– que por regla general el marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente, están llamados a excluirse del debate en la instancia superior, sin perjuicio de los casos previstos o autorizados por la Constitución Política o por la ley, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia de la sentencia como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia nacional ha sostenido que “las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: ‘tantum devolutum quantum appellatum’”. (...) Ahora bien, en relación con la mencionada regla general, según la cual aquellos temas no propuestos en el recurso de alzada estarían llamados a excluirse del conocimiento del juez ad quem, conviene precisar que dicha regla general no es absoluta, puesto que la misma debe entenderse y admitirse junto con las excepciones que se derivan, por ejemplo, i) de las normas o los principios previstos en la Constitución Política; ii) de los compromisos vinculantes asumidos por el Estado a través de la celebración y consiguiente ratificación de Tratados Internacionales relacionados con la protección de los Derechos Humanos y la vigencia del Derecho Internacional Humanitario, o iii) de las normas legales de carácter imperativo, dentro de las cuales se encuentran, a título puramente ilustrativo, aquellos temas procesales que, de configurarse, el juez de la causa debe decretar de manera oficiosa, no obstante que no hubieren sido propuestos por la parte impugnante como fundamento de su inconformidad para con la decisión censurada (...). Sentencia 9 de febrero de 2012, expediente: 21060.

El valor probatorio de los documentos aportados por la parte demandante: advierte la Sala que varios documentos originales y emanados de la entidad demandada, fueron aportados por los demandantes, junto con el escrito de demanda. Tales documentos contienen la reproducción del acta suscrita por el Comité Ad Hoc No. 013 de 13 de abril de 1998 (Fls, 6 a 8 C.1); acta de Comité Ad hoc No. 488 de 22 de mayo de 1998 (Fls, 10 a 14 C.1); acta suscrita por el Comité el día 22 de Julio de 1998 (Fls. 15 a 17 C. 1) y original de la historia clínica (anexo 1 en 101 folios).

La Subsección valorará tales documentos, toda vez que la entidad demandada, así como la parte demandante los utilizaron para la defensa de sus intereses no solo en la demanda, sino en su contestación y alegatos de conclusión.

En efecto, el apoderado de la entidad demandada en su escrito de contestación, al referirse a los hechos 12 a 16 de la demanda, aceptó por cierto, con algunos disentimientos interpretativos, las copias auténticas y originales de las actas de comité realizadas por el Instituto de los Seguros Sociales (Fl. 50 y 51 C.1) Así mismo, en el escrito de alegatos de primera instancia tuvo en cuenta los consignado en el acta de comité No. 013 de 13 de abril de 1998 (Fl. 87 C.1).

4. Problema jurídico

¿La desviación del ojo izquierdo de la demandante se produjo como consecuencia directa de la intervención quirúrgica practicada por los profesionales de la entidad demandada, lo que genera entonces una responsabilidad administrativa por falla en la prestación del servicio médico?

5. Del acervo probatorio

Dentro del plenario, obran los siguientes medios de prueba relevantes:

1. Certificado de Registro Civil de nacimiento de la señora Beatriz Orozco Vallejo y de su hijo Andrés Gallego Orozco (Fls. 2 y 4 C.1).
2. Certificado de Registro Civil de Matrimonio celebrado entre el señor César Gallego Ospina y la señora Beatriz Orozco Vallejo (Fl. 3 C.1).
3. Acta del Comité Ad Hoc No. 013 de abril 13 de 1998, integrado por los doctores José Manuel Gómez Pardo, Henry Macayza Fontalvo, Jorge Ramón Hoyos Herazo, Ricardo Valdez Rendón, Juan Antonio López y María Elena Echeverri Jaramillo, por medio del cual, a instancias del Instituto de Seguros Sociales y

producto de la queja interpuesta por la demandante, se conceptuó acerca de la lesión ocular causada a la paciente Orozco Vallejo por motivo de la intervención quirúrgica a la que fue sometida, en la cual se consignó lo siguiente: (Fls. 6 a 8 C.1)

“(…) ACTA DE COMITÉ AD HOC No. 13 DE ABRIL 13 DE 1998

(…) Para el análisis se tuvieron en cuenta, la queja de la paciente, la historia clínica, el resumen de la misma, los exámenes complementarios presentados en esta oficina por la Sra. Beatriz. Falla imputadas:

- 1. Falla administrativa en la atención por parte del Especialista, doctor Oscar Ignacio Gutiérrez por demora en la atención.*
- 2. Falla médica en la atención por parte del Especialista Dr. Gutiérrez, pues se dio de alta a altas horas de la noche, estando la paciente aun imposibilitada para deambular.*
- 3. Falla médica por impericia en la realización del procedimiento quirúrgico (Maxilometoidectomía bilateral), quedando como secuela lesión III par izquierdo.*
- 4. Falla médica por parte del Especialista, al no tener dotación de equipos para garantizar atención integral a los usuarios del ISS.*

DISCUSIÓN Y ANÁLISIS

Paciente que de acuerdo a un TAC pre quirúrgico realizado en Octubre 8/97, mostraba:

- 1. Osteolosis de ambos pisos orbitarios, con solución de continuidad de los dos pisos de órbita, más marcado en el lado izquierdo, Además presenta engrosamiento mucoso de ambos senos maxilares, devolución crónica y velamiento de ambos senos etmoidales, más presencia de pólipos a nivel etmoidal, bilateral. No hay niveles líquidos en los senos maxilares, los complejos ostio – meatales se encuentran obstruidos, bilaterales.*

Se trata entonces de una rino sinopatía alérgica polipoide maxilo etmoidal bilateral crónica grado IV. Se le programó para cirugía el 28 de noviembre de 1997, de la cual el otorrino no describe en la historia clínica, ni la técnica, ni los hallazgos patológicos, como tampoco recomendaciones del post – operatorio.

Posterior a la cirugía, en diciembre 2/97 consultó al servicio de Urgencias, donde se le observó diplopía y dificultad para caminar, al examen oftalmológico, se encontró desviación del ojo izquierdo hacia afuera o en X e imposibilidad absoluta para la aducción, además midriasis OI, el resto del examen no presentó alteraciones. El control posterior el día 12 de dic. Se encontró restricción total de la movilidad ocular, con ojo en extropía. El TAC de dic. 4 mostró gran proceso inflamatorio a nivel cono muscular, solución de continuidad en piso de ambas órbitas siendo más evidente en el lado izquierdo.

En la hospitalización de dic 12 se le inició tratamiento de prednisolona + clarofán como consta en el expediente folio No. 16. El día 17 de dic. Se remite a Cali, ya que no presentaba mejoría. Teniendo en cuenta toda la patología presentada por la paciente prequirúrgica y la cirugía realizada, se considera que presentó un proceso inflamatorio por vecindad y continuidad a nivel del cono muscular del ojo izquierdo.

PREGUNTAS AL COMITÉ

- 1. Cuál es la opinión del Comité respecto al incumplimiento por parte del Especialista del horario de atención: R/ la espera de varias horas respecto a la hora programada para la cirugía no tiene relevancia desde el punto de vista patológico.*
- 2. Hay falla en los registros quirúrgicos? Sí es cierto, por parte de quién? R/ Sí hay una falla en los registros quirúrgicos, puesto que no se observa descripción del procedimiento, ni hallazgos, ni descripción de la técnica, tampoco están por escrito las recomendaciones pos – quirúrgicas ni la formulación, por parte de quien realizó la cirugía.*

3. Era el procedimiento realizado el más adecuado para la paciente. Si no es el planteado cuál era? R/ No era el procedimiento más adecuado, pues en los exámenes pre quirúrgicos se observaba claramente la osteolisis de los pisos orbitarios. Para esos casos, da más seguridad las técnicas endoscópicas, como la cirugía endoscopia nasal.

4. Cuál fue la causa directa de la alteración que evidenció la paciente en el post-operatorio. Fue como consecuencia del procedimiento realizado? R/ proceso inflamatorio o infeccioso a nivel del cono muscular del ojo izquierdo. El procedimiento facilitó que el proceso pasara.

5. Hubo impericia? O se presentó otra falla en la realización del procedimiento? R/ Sí hubo impericia. Al aceptar realizar la intervención con una técnica que convencionalmente no era la más adecuada para el caso "a la luz de los conocimientos actuales no fue el procedimiento más adecuado, el ideal hubiera sido con endoscopia. Si el profesional no dispone del equipo, no debe realizar el procedimiento.

6. Era pertinente dar de alta a la paciente, luego del procedimiento a esa hora y en el estado en que se encontraba la señora? R/ No. Hubiera sido más prudente dejar a la paciente hasta el día siguiente.

7. Se considera insuficiencia en la prestación del servicio el no contar con los equipos completos para realizar exámenes a los pacientes como fue el caso de la paciente a quien no se le pudo tomar la tensión arterial en el consultorio del doctor por carecer de tensiómetro? R/ No se considera insuficiencia en la prestación del servicio, ese detalle no hace parte del consultorio de Otorrinolaringólogo.

8 Cuál fue el pronóstico en el caso de la paciente respecto de la lesión neurológica? R/ respecto a dicha lesión, el Comité considera que la paciente deber ser sometida a una Junta Médica para decidir los pasos a seguir en su tratamiento, debe contar con la participación por lo menos de: Cirujano plástico, Neurocirujano, Otorrinolaringólogo, Oftalmólogo.

(...) CONCEPTO

El accidente ocurrido en la paciente se facilitó por la técnica quirúrgica e independientemente de este accidente la patología presentada pudo haber ocurrido sin la cirugía por la complicación de la enfermedad que presentaba la paciente (...). (Subrayado fuera de texto)

4. Acta de Comité Ad hoc No. 488 de 22 de mayo de 1998 en el que el concepto del comité fue inhibitorio debido a que dentro de las recomendaciones está la de allegar diferentes documentos como la historia pre- quirúrgica; descripción quirúrgica, notas de enfermería del pos - operatorio, imágenes radiológicas pre y post quirúrgicas. (Fls. 11 a 14 C.1)

5. Seguimiento del Acta del Comité Ad Hoc No. 488 de julio 22 de 1998, integrado por los doctores Juan Luis Almonacit, Gustavo Carrizosa y Jeannette Ariza, por medio del cual, a solicitud del Departamento de Calidad de la entidad demandada, se conceptuó acerca de la lesión ocular sufrida por la paciente Orozco Vallejo como consecuencia de la intervención quirúrgica practicada, en la cual se consignó: (Fls. 15 a 17 C.1)

"(...) D. CONCEPTO: DESFAVORABLE:

Por falla profesional.

1. Según lo anotado en el punto 4 esta es una cirugía de grandes dificultades en la técnica quirúrgica, en la tecnología para practicarla y en la experiencia del cirujano.

2. Es evidente una lesión en órbita secundaria a una manipulación quirúrgica en esta zona y que el diagnóstico, manejo y tratamiento correspondiente a esta complicación no fue adecuado para la severidad del cuadro.

Consideramos que este tipo de lesión presenta clínica de forma muy temprana y no permitía postergar el manejo, para el que también es necesario el concurso de oftalmología, de forma inmediata.

DESFAVORABLE. Hacia la institución, personal de enfermería y administrativa ya que no encontramos historia clínica evoluciones médicas ni de enfermería (...).

(Subrayado fuera de texto)

6. Copia de Aclaración del Acta de comité Ad Hoc de 26 de noviembre de 1998 (Fl.s 54 a 56 anexo 1) en el que se estableció lo siguiente:

“(...) Acerca del cuestionamiento de si el procedimiento realizado fue o no endoscópico, en el informe quirúrgico el nombre de la intervención practicada, Maxilo Etmoidectomía bilateral (...) pero en la evaluación pre anestésica se anota programado para Cirugía Funcional Senos Paranasales.

El procedimiento realizado, como tal, no es un procedimiento endoscópico de acuerdo a la tradicional forma de nombrar los procedimientos. El término Cirugía Funcional de Senos Paranasales se ha popularizado luego del advenimiento de la Cirugía Endoscópica y por lo tanto se supone endoscópica; esto no descarta que en un procedimiento no endoscópico no sea funcional.

Acerca de la técnica quirúrgica más adecuada para este tipo de cirugía, sin duda alguna en manos adecuadas y entrenadas la cirugía endoscópica es de elección, sin embargo hay que anotar que la vía tradicional endonasal tiene riesgos similares ya que las estructuras vecinas son las mismas e igualmente el entrenamiento en esta área quirúrgica es indispensable. Ambos tipos de cirugías tiene la misma vía de entrada o abordaje, a través de la fosa nasal y los riesgos son similares; la diferencia real es la capacidad de visualización y de manejo más delicado y exacto en los tejidos y estructuras vecinas, al igual que los puntos de referencia anatómicos en la cirugía endoscópica.

En ambas técnicas operatorias el manejo de todas las estructuras debe ser cuidadoso de la misma manera, los cuidados pre, trans y postoperatorios deben estar dirigidos a erradicar la patología y a preservar estos tejidos cercanos y cualquier complicación debe ser identificada y manejada de inmediato y adecuadamente (...). (Subrayado fuera de texto)

7. Historia clínica de la paciente Beatriz Orozco Vallejo que consta en un cuaderno con 101 folios. En esta historia clínica es importante destacar que no obra descripción quirúrgica de la cirugía, ni descripciones médicas de enfermería y médicas pre y post- operatorias.

a. Obran originales de resultados de exámenes de fecha 10 de octubre y 11 y 26 de noviembre de 1997⁴.

⁴ Resultados de exámenes de eosinófilos (Fl. 25 anexo 1); glicemia (Fl. 26 anexo 1); protobina (Fl. 17. anexo 1); parcial de orina (Fl. 19 anexo 1) y resultados de cuadro hemático (Fl. 20 y 27 anexo 1).

b. Por su parte, obra TAC de SPN (tomografía computarizada de senos paranasales) de fecha 8 de octubre de 1997 en el que se indicó lo siguiente: (Fl. 29 anexo1)

*“(...) Secuencia axial y coronal a través de senos paranasales, con presentación para hueso y tejido blando observándose:
Las celdillas etmoidales se encuentra ocupadas por material de origen inflamatorio.
Signos de engrosamiento de la mucosa de recubrimiento de ambos senos maxilares, con líquido en mínima cantidad en seno maxilar del lado derecho.
La transparencia y neumatización del resto de cavidades paranasales se encuentran adecuadamente neumatizadas.
Septum nasal centralizado.
Moderada hipertrofia de cornetes, especialmente del lado derecho.
CONCEPTO: SINUPATÍA CRÓNICA INFLAMATORIA ETMOIDOMAXILAR.
ESTRUCTURAS ÓSEAS DE LA CARA, NORMALES (...)”.*

c. Hoja de remisión o interconsulta del ISS Clínica Pio XII. De fecha 10 de noviembre de 1997 en el que se consignó lo siguiente:

*“(...) Chequeo prequirúrgico a cirugía del SPN
Hipertensa (...)”.* (Fl. 22 anexo 1)

d. Así mismo, obra hoja de evaluación pre – anestésica de fecha 11 de noviembre de 1997 en la que se indicó lo siguiente:

*“(...) PROGRAMADO PARA CIRUGÍA FUNCIONAL SPN
ANTECEDENTES PATOLÓGICOS: HTA – HEMORROIDES (...)
DROGAS EN LA ACTUALIDAD: Artesanol, Ludiomil y Naburen (...)”.* (Fl. 26 anexo 1)

e. Los documentos respecto de la intervención quirúrgica y que obran dentro de la historia clínica son las siguientes:

Hoja de QUIROFANO CASALUD Y CIA LTDA. Se consignó la siguiente información. (Fl. 14 anexo 1)

*“(...) Cirujano Oscar Gutiérrez,
Anestesiólogo Dr, Corrales Tipo de anestesia: gral
Diagnóstico Pre - Operatorio Sinupatía maxilo etmoidal bilateral
Post operatorio ilegible
INTERVENCIÓN PRACTICADA el 28/11/97 MAXILO ETMOIDECTOMIA
BILATERAL (...)”*

Hoja de record de anestesia pero es ilegible (Fl. 15 anexo 1)

Posterior a la cirugía, obran originales de la asistencia médica que tuvo la paciente en días posteriores a la intervención quirúrgica hasta el año 1998. Dentro de los documentos más sobresalientes, se encuentran los siguientes:

La paciente efectivamente consultó a la entidad demandada el día 2 de diciembre de 1997 indicándose que en su cuarto día de post- operatorio de cirugía de sinusitis crónica disminución permanente de la mirada hacia afuera y diplopía (Fl. 11 anexo 1)

Se practicó TAC de órbitas el 4 de diciembre de 1997 (Fl. 10 anexo 1) en el cual observó abundante tejido inflamatorio en el seno maxilar del lado izquierdo. Así mismo se concluyó que había pérdida de la continuidad del techo de ambos senos maxilares, con compromiso del piso orbitario, siendo más evidente en la órbita izquierda, donde se observa pérdida de planos grasos de la grasa extraconal y engrosamiento del recto interno, con pérdida de la definición del recto inferior. El concepto de la tomografía fue el siguiente:

(...) SINUSITIS MAXILAR IZQUIERDA, POLIPOSIS NASAL. PERDIDA DE LA CONTINUIDAD DE AMBOS PISOS ORBITARIOS CON COMPROMISO EN PARTES BLANDAS EN ÓRBITA IZQUIERDA DE CARACTERÍSTICAS ANOTADAS (...)

La señora Orozco Vallejo el 12 de diciembre de 1997 fue hospitalizada por orden del doctor Hoyos (Fl. 7 anexo 1) y en la historia clínica se indicó que la paciente padecía de limitación de movimientos oculares y extropía. Se ordenó la remisión a Cali para ser revisada por cirujano plástico. (Fl. 9 anexo 1)

En la hoja de remisión de ISS de Risaralda a Cali área de oftalmología el 16 de diciembre de 1997 con la siguiente anamnesis:

“(...) paciente operada de sinusitis maxilar bilateral - en el 1er día post Qx se observó restricción marcada en la movilidad ocular en una axotropía fija OI. (Fl. 37 anexo 1)

Con fecha de 26 de diciembre de 1997 se practicó una resonancia magnética a la señora Beatriz Orozco en el que dio como resultado *“(...) Neurinoma intracanalicular y en el ángulo ponto – cerebeloso del acústico izquierdo (...) A nivel de las órbitas se observa desviación lateral de ambos globos oculares hacia el lado izquierdo (...)”* (Fl. 32 anexo 1)

La paciente fue revisada en múltiples ocasiones en 1998 y se concluyó que la señora Orzoco Vallejo presentaba regeneración aberrante entre párpado y rinf, necesitando seguimiento ortopédico para posterior cirugía de estrabismo. (Fl. 46 anexo 1)

8. Dictamen pericial No. 0893-00 de 12 de abril de 2000, rendido por el Médico Legista No. 204-13 del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en el cual se conceptuó:

(...) Gravedad del daño

RESPUESTA:

La gravedad del daño está determinada por las limitaciones con que quedó la paciente, las cuales se establecen en la pregunta 5.

3. Irreversibilidad del mismo.

RESPUESTA:

El daño sufrido por la señora Beatriz Orozco Vallejo, es irreversible.

(...) 5. Las limitaciones con que quedó y los otros aspectos que puedan ser relevantes.

RESPUESTA:

La señora Beatriz Orozco Vallejo sufrió lesión del III Par en la órbita izquierda que le ocasiona desviación del globo ocular izquierdo hacia fuera. Esta lesión ocasiona visión doble permanente y además, asimetría de la estética facial ostensible y deformante.

Desde el punto de vista médico legal la examinada queda con las siguientes secuelas y limitaciones:

a. Deformidad física de carácter permanente

b. Perturbación funcional del órgano de la visión de carácter permanente

6. Si los tratamientos dados a la citada señora fueron adecuados

RESPUESTA:

Los aspectos más relevantes del presente caso son los siguientes:

Las cirugías de senos paranasales por técnicas tradicionales y/o endoscópicas implican riesgos de la lesión directa del contenido intraorbitario. Esta es una de las complicaciones más importantes debido a las variantes anatómicas, a la distorsión de la anatomía ocasionadas por el proceso inflamatorio propio de la enfermedad y a la pérdida de puntos de referencia durante el proceso quirúrgico.

Aun en las mejores manos, con buen entrenamiento y experiencia, se pueden presentar complicaciones orbitales.

Lo que se presentó en el caso de la paciente Orozco Vallejo fue una complicación de este tipo.

La historia clínica aportada por el ISS es incompleta. No aparecen registros médicos de las evaluaciones pre - quirúrgicas. No está consignada la descripción quirúrgica en el informe de la cirugía. No aparecen las evaluaciones médicas y de enfermería del post - quirúrgico inmediato. Por lo tanto, con los elementos de juicio disponibles en la historia clínica, no es posible realizar un análisis detallado del manejo dado a la paciente (...).

9. Dictamen pericial No. 110-2000-S-RO rendido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en el cual se conceptuó sobre el estado mental de la señora Orozco Vallejo, dictaminándose: 1. Que la demandante presenta "ideas de minusvalía e ideas fijas en relación a su estado físico"; 2. "Afecto: Deprimido"; 3. "Introspección y prospección: Alterados"; 4. Que la señora Orozco Vallejo presenta "cambios sustanciales en su estilo de vida, estado anímico, afectivo y en el comportamiento, las actividades cotidianas como las que hacemos del hogar se han visto notablemente disminuidas, así mismo la vida laboral y recreativa, esto ha repercutido en la autoestima, en los proyectos de vida, en la autoimagen corporal, en las relaciones interpersonales y en la autonomía, lo

cual le han (sic) generado una Perturbación Psíquica de carácter permanente". (Fls. 55 a 58 C.2)

10. En atención a que la parte demandante objetó el anterior dictamen por error grave, el Tribunal mediante auto de 15 de julio de 2000 ordenó, contrario a lo solicitado por la parte actora, la complementación o aclaración (Fls. 47 y 48 C.2) Sin embargo, en atención a que el Instituto de Medicina Legal allegó un escrito de aclaración de fecha 16 de marzo de 2001 (Fl. 82 C.2), éste no cumplió con los requisitos exigidos para el mismo, razón por la cual, se solicitó al Hospital Universitario San Jorge designar a personal de planta para emitir un concepto, previo análisis de la historia clínica y examen físico de la señora Orozco Vallejo. (Fl. 90 C.2).

El doctor Humberto Henao, miembro del Hospital mencionado, allegó dictamen en el que conceptuó acerca de los perjuicios fisiológicos sufridos por la paciente, de lo cual se destaca: 1. Que *"la paciente se siente incapaz de salir a la calle sola, porque requiere (sic) visión doble e incapacidad secundaria para cualquier actividad"*; 2. Que la demandante presenta *"deformación física en el rostro, por alteración de la estética, secundaria al estrabismo"*; 3. Que la señora Orozco Vallejo presenta *"alteración marcada de sus relaciones interpersonales por disminución de la autoestima, debido a la no aceptación de su cambio actual, motivado por la presencia de una destrucción ocular"*; 4. Que la demandante sufre *"una disminución de la capacidad de gozo por una marcada tendencia depresiva, ocasionando incapacidad para las labores normales y rutinarias que no esta (sic) en condición de realizar por la presencia de visión doble"*; 5. Que *"la posición social que la paciente ocupa en su comunidad se afecta (sic) notablemente, por la presencia de sentimientos de rechazo ocasionados por su apariencia"*; y 6. Que existe *"relación directa entre la cirugía sinusal practicada y el estado oftalmológico actual"*. (Fl. 95 C.2)

11. Aclaración del dictamen pericial No. 0893-00 rendido por el Médico Legista No. 204-13 del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, aportada por el perito No. 15290 de la misma institución, del cual se destaca que el perito 204-13 sí tuvo en cuenta las actas de los Comités Ad Hoc para proferir su dictamen por cuanto señala que *"se realizó cirugía funcional de senos paranasales por lo que se supone endoscópica; que sin duda este procedimiento es de elección, además anotan que la vía tradicional endonasal tiene riesgos similares, ya que las estructuras vecinas son las mismas e igualmente el entrenamiento en estas área*

quirúrgica (sic) es indispensable. Ambos tipos de cirugía tienen la misma vía de abordaje, a través de la fosa nasal, los riesgos son similares. Si bien es cierto que se requiere de manos expertas, entrenadas en dichos procedimientos, no significa que no se puedan presentar complicaciones.” (Fl. 111 C.2)

6. El daño Antijurídico

El daño antijurídico comprendido, desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual⁵ y del Estado, impone considerar dos componentes: a) el alcance del daño como entidad jurídica, esto es, *“el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio”*⁶; o la *“lesión de un interés o con la alteración “in pejus” del bien idóneo para satisfacer aquel o con la pérdida o disponibilidad o del goce de un bien que lo demás permanece inalterado, como ocurre en supuestos de sustracción de la posesión de una cosa”*⁷; y, b) aquello que derivado de la actividad, omisión, 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”*⁸, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos; y, iii) porque no encuentra sustento en la prevalencia, respeto o consideración del interés general⁹.

En cuanto al daño antijurídico, la jurisprudencia constitucional señala que la *“antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta*

⁵ *“(…) 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. Martín Rebollo se pregunta: *“¿Cuándo un daño es antijurídico? Se suele responder a esta pregunta diciendo que se trata de un daño que el particular no está obligado a soportar por no existir causas legales de justificación en el productor del mismo, esto es, en las Administraciones Públicas, que impongan la obligación de tolerarlo. Si existe tal obligación el daño, aunque económicamente real, no podrá ser tachado de daño antijurídico. Esto es, no cabrá hablar, pues, de lesión”*. MARTIN REBOLLO, Luis. “La responsabilidad patrimonial de la administración pública en España: situación actual y nuevas perspectivas”, en BADELL MADRID, Rafael (Coord). Congreso Internacional de Derecho Administrativo (En Homenaje al PROF. LUIS H. FARIAS MATA). Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2006, pp.278 y 279.

⁶ LARENZ. “Derecho de obligaciones”, citado en DÍEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. T.V. 1ª ed. Navarra, Thomson-Civitas, 2011, p.329.

⁷ SCONAMIGLIO, R. “Novissimo digesto italiano”, citado en DÍEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. T.V. 1ª ed. Navarra, Thomson-Civitas, 2011, p.329.

⁸ *“(…) 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.

⁹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. “La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y principio de convencionalidad como pilares en su construcción”, próximo a publicación.

*desplegada por la Administración, sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima*¹⁰. Así pues, y siguiendo la jurisprudencia constitucional, se ha señalado *“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*¹¹. De igual manera, la jurisprudencia constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los “principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º), la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución”¹².

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*¹³. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro,

¹⁰ 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. Debe advertirse que revisada la doctrina de la responsabilidad civil extracontractual puede encontrarse posturas según las cuales *“debe rechazarse que el supuesto de hecho de las normas sobre responsabilidad civil extracontractual requiera un elemento de antijuricidad (sic)”*. PANTALEÓN, Fernando. *“Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”*, en AFDUAM. No.4, 2000, p.168.

¹¹ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-918 de 2002. A lo que se agrega: *“El artículo 90 de la Constitución Política le suministró un nuevo panorama normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado. En primer lugar porque reguló expresamente una temática que entre nosotros por mucho tiempo estuvo supeditada a la labor hermenéutica de los jueces y que sólo tardíamente había sido regulada por la ley. Y en segundo lugar porque, al ligar la responsabilidad estatal a los fundamentos de la organización política por la que optó el constituyente de 1991, amplió expresamente el ámbito de la responsabilidad estatal haciendo que ella desbordara el límite de la falla del servicio y se enmarcara en el más amplio espacio del daño antijurídico”*. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002. Sin embargo, cabe advertir, apoyados en la doctrina iuscivilista que *“no puede confundirse la antijuridicidad en materia de daños con lesiones de derechos subjetivos y, menos todavía, una concepción que los constriña, al modo alemán, a los derechos subjetivos absolutos, entendiéndose por tales los derechos de la personalidad y la integridad física, el honor, la intimidad y la propia imagen y los derechos sobre las cosas, es decir, propiedad y derechos reales”*. DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual*. 1ª ed. Navarra, Aranzadi, 2011, p.297.

¹² Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001. Cabe afirmar, que en la doctrina del derecho civil se advierte que *“la antijuridicidad del daño no se produce porque exista violación de deberes jurídicos”*, definiéndose como *“violación de una norma especial o de la más genérica alterum non laedere”*. DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual*, ob., cit., p.298.

¹³ Agregándose: *“Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede exigirse 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”*. Sección Tercera, sentencia de 9 de febrero de 1995, expediente 9550.

determinado o determinable¹⁴, anormal¹⁵ y que se trate de una situación jurídicamente protegida¹⁶.

En el *sub lite* se encuentra acreditado el daño consistente en la lesión padecida por la señora Beatriz Orozco Vallejo en su ojo izquierdo como consecuencia de la intervención quirúrgica denominada maxiloetmoidectomía bilateral, en donde la paciente tenía un cuadro de sinusitis maxilar bilateral. Lo anterior, con fundamento la historia clínica, las actas de comité ad hoc del Instituto de los Seguros Sociales, el dictamen pericial emanado por el Instituto de Medicina Legal y aquél practicado por el Hospital Universitario Sna Jorge.

Se trata de un daño a un bien jurídicamente tutelado como es el derecho a la salud e integridad física, ya que ni la víctima ni los demandantes estaban llamados a soportar la lesión padecida como una carga ordinaria, ni siquiera extraordinaria, en atención al respeto de sus derechos constitucionales, lo que es incuestionable en un Estado Social de Derecho¹⁷, desde una perspectiva no sólo formal, sino también material de la antijuridicidad¹⁸.

Sin embargo, no es suficiente constatar la existencia de este presupuesto, es necesario realizar el correspondiente juicio de imputación que permita determinar si cabe o no atribuirlo fáctica y jurídicamente a la entidad demandada, si opera alguna de las causales exonerativas de responsabilidad o se produce un evento de concurrencia de conductas u omisiones en la producción del daño.

7. Imputación de responsabilidad.

¹⁴ Sección Tercera, sentencia de 19 de mayo de 2005, expediente: 2001-01541 AG.

¹⁵ “(...) por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio”. Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 2000, expediente: 12166.

¹⁶ Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 2005, expediente: 1999-02382 AG.

¹⁷ 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 [sentencia C-333 de 1996]. Igualmente ha considerado que se ajusta a distintos 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 [sentencia C-832 de 2001]”. Corte Constitucional, sentencia C-038 de 2006.

¹⁸ Cabe fundarse en la aproximación al derecho penal, de manera que “se admite que al lado de una antijuridicidad formal, definida abstractamente por contraposición con el ordenamiento jurídico, existe una antijuridicidad material que está referida a juicios de valor... sólo desde un punto de vista valorativo se puede explicar que en la antijuridicidad tengan que encontrar su fundamento y su asiento las causas de justificación. En sentido material, la antijuridicidad es un juicio valorativo o juicio de desvalor que expresa... el carácter objetivamente indeseable para el ordenamiento jurídico, de una lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos y puede ser un juicio de desvalor acerca del resultado o un juicio de desvalor acerca de la conducta cuando ésta pueda ser considerada peligrosa ex ante”. DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual., ob., cit., p.303.

7.1 Presupuestos para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado

Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización”¹⁹ de la responsabilidad del Estado²⁰ y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados²¹ y de su patrimonio²², sin distinguir su condición, situación e interés²³. 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”²⁴. 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 potestad²⁵; los daños cubiertos por la

¹⁹ En la jurisprudencia 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.

²⁰ 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.

²¹ Derechos e intereses que constitucional o sustancialmente reconocidos “son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado”. ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés. 1ª reimp. México, Fontamara, 2007, p.49. La “responsabilidad es, desde luego, en primer lugar una garantía del ciudadano, pero, coincidiendo en esto con otros autores (sobre todo franceses: Prosper Weil, André Demichel), creo que la responsabilidad es también un principio de orden y un instrumento más de control del Poder”. MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración: Un balance y tres reflexiones”, en AFDUAM. No.4, 2000, p.308.

²² “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.

²³ La “razón de ser de las autoridades públicas es defender a todos los ciudadanos y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Omitir tales funciones entraña la responsabilidad institucional y la pérdida de legitimidad. El estado debe utilizar todos los medios disponibles para que el respeto de la vida y derechos sea real y no solo meramente formal”. Sección Tercera, sentencia de 26 de enero de 2006, expediente AG-2001-213. En la doctrina puede verse STARCK, Boris. Essai d une théorie general de la responsabilité civile considerée en sa double fonction de garantie et de peine privée. Paris, 1947.

²⁴ 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 Publique, 1954. T.I, V.178.

²⁵ “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

*responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público*²⁶.

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado²⁷ tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública²⁸ tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo²⁹, argumentación que la Sala Plena de la Sección Tercera acogió al unificar la jurisprudencia en las sentencias de 19 de abril de 2012³⁰ y de 23 de agosto de 2012³¹.

En cuanto a la imputación, exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica³², 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

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.

²⁶ MIR PUIGPELAT, ob., cit., p.120-121.

²⁷ "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.

²⁸ 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, expedientes: 10948-11643. Es, pues "menester, que además de constatar la antijuridicidad del [daño], el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, 'la imputatio juris' además de la 'imputatio facti'". Sentencia de 13 de julio de 1993. En el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: "En efecto, el artículo de la Carta señala que para que el Estado deba responder, basta que exista un daño antijurídico que sea imputable a una autoridad pública. Por ello, como lo ha reiterado esta Corte, esta responsabilidad se configura "siempre y cuando: i) ocurra un daño antijurídico o lesión, ii) éste sea imputable a la acción u omisión de un ente público". Corte Constitucional, sentencias C-619 de 2002; C-918 de 2002.

²⁹ "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.

³⁰ Sección Tercera, sentencia 19 de abril de 2012, expediente: 21515. MP: Hernán Andrade Rincón.

³¹ Sección Tercera, sentencia 23 de agosto de 2012, expediente: 23492. MP: Hernán Andrade Rincón.

³² "La imputación depende, pues, tanto de elementos subjetivos como objetivos". SANCHEZ MORON, Miguel. Derecho administrativo. Parte general., ob., cit., p.927.

–simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los criterios de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Precisamente, en la jurisprudencia constitucional se sostiene, que la “superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen”³³.

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad³⁴, según el cual, la reparación del daño antijurídico cabe atribuirse al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica³⁵. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de *las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”*³⁶.

En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por los criterios de la imputación objetiva que *“parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las*

³³ Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

³⁴ En los términos de Kant, dicha imputación se entiende: *“Imputación (imputatio) en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (causa libera) de una acción, que entonces se llama acto (factum) y está sometida a leyes; si el juicio lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas del acto, es una imputación judicial (imputatio iudiciaria), en caso contrario, sólo una imputación dictaminadora (imputatio diiudicatoria)”*. KANT, I. La metafísica de las costumbres. Madrid, Alianza, 1989, p.35. En nuestro precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: *“La jurisprudencia nacional ha recabado en ello al sentar la tesis de que la base de la responsabilidad patrimonial del Estado la constituye la imputabilidad del daño. En efecto, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Constitucional ha sostenido que la responsabilidad patrimonial del Estado y de las demás personas jurídicas públicas se deriva de la imputabilidad del perjuicio a una de ellas, lo cual impide extenderla a la conducta de los 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.

³⁵ 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.

³⁶ *“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://criminnet.urg.es/recpc>], p.6 y 7.

decisiones”³⁷. Siendo esto así, los criterios de imputación objetiva implica la “atribución”, lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrecen estos criterios, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de “cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta”³⁸.

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*”³⁹. 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 no⁴⁰. 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*”⁴¹.

³⁷ “*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, p.77 ss.

³⁸ MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

³⁹ LARENZ, K. “Hegelszurechnungslehre”, en MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

⁴⁰ JAKOBS, G. La imputación objetiva en el derecho penal. Bogotá, Universidad Externado, 1994. Sin embargo, como lo sostiene el precedente de la Sala: “*De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 86 del Código Contencioso Administrativo (...) No obstante que la norma constitucional hace énfasis en la existencia del daño antijurídico como fuente del derecho a obtener la reparación de perjuicios siempre que el mismo le sea imputable a una entidad estatal, dejando de lado el análisis de la conducta productora del hecho dañoso y su calificación como culposa o no, ello no significa que la responsabilidad patrimonial del Estado se haya tornado objetiva en términos absolutos, puesto que subsisten los diferentes regímenes de imputación de responsabilidad al Estado que de tiempo atrás han elaborado tanto la doctrina como la jurisprudencia*”. Sentencia de 24 de febrero de 2005, expediente: 14170.

⁴¹ MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.171.

Dicha tendencia es la que marcó la jurisprudencia 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 proporcionalidad⁴² es necesario para considerar si cabía la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico, y así se motivara el juicio de imputación. Dicho juicio, en este marco, obedece sin lugar a dudas a un ejercicio de la ponderación⁴³ 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”*⁴⁴.

En ese sentido, la jurisprudencia constitucional indica que “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 protección⁴⁵ frente a

⁴² “El principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: el principio de idoneidad; el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Estos principios expresan la idea de optimización (...) En tanto que exigencias de optimización, los principios son normas que requieren que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dadas sus posibilidades normativas y fácticas. Los principios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización relativa a lo que es fácticamente posible por lo que expresan la idea de optimalidad de Pareto. El tercer subprincipio, el de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a la optimización respecto de las posibilidades normativas. Las posibilidades normativas vienen definidas, fundamentalmente, por la concurrencia de otros principios; de modo que el tercer subprincipio podría formularse mediante la siguiente regla: *Cuanto mayor ser 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.

⁴³ “La ley de la ponderación pone de manifiesto que la ponderación puede fraccionarse en tres pasos. El primero consiste en establecer el grado de insatisfacción o de detrimento del primer principio; el segundo, consiste en establecer la importancia de la satisfacción del segundo principio, que compite con el primero y, finalmente, el tercer paso consiste en determinar si, por su importancia, la satisfacción del segundo principio justifica la no satisfacción del primero”. ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.64.

⁴⁴ 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.

⁴⁵ 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.

determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible⁴⁶. 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 ciudadano⁴⁷.

⁴⁶ Cfr. Günther Jakobs. Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung. ZStW 89 (1977). Págs 1 y ss.

⁴⁷ “En la actualidad, un sector importante de la moderna teoría de la imputación objetiva (la nueva escuela de Bonn: Jakobs, Lesch, Pawlik, Müssig, Vehling) estudia el problema desde una perspectiva distinta a la tradicional de Armin Kaufmann: el origen de las posiciones de garante se encuentra en la estructura de la sociedad, en la cual existen dos fundamentos de la responsabilidad, a saber: 1) En la interacción social se reconoce una libertad de configuración del mundo (competencia por organización) que le permite al sujeto poner en peligro los bienes jurídicos ajenos; el ciudadano está facultado para crear riesgos, como la construcción de viviendas a gran escala, la aviación, la exploración nuclear, la explotación minera, el tráfico automotor etc. Sin embargo, la contrapartida a esa libertad es el surgimiento de deberes de seguridad en el tráfico, consistentes en la adopción de medidas especiales para evitar que el peligro creado produzca daños excediendo los límites de lo permitido. Vg. Si alguien abre una zanja frente a su casa, tiene el deber de colocar artefactos que impidan que un transeúnte caiga en ella. Ahora bien, si las medidas de seguridad fracasan y el riesgo se exterioriza amenazando con daños a terceros o el daño se produce – un peatón cae en la zanja- surgen los llamados deberes de salvamento, en los cuales el sujeto que ha creado con su comportamiento peligroso anterior (generalmente antijurídico) un riesgo para los bienes jurídicos, debe revocar el riesgo – prestarle ayuda al peatón y trasladarlo a un hospital si es necesario- (pensamiento de la injerencia). Esos deberes de seguridad en el tráfico, también pueden surgir por asunción de una función de seguridad o de salvamento, como en el caso del salvavidas que se compromete a prestar ayuda a los bañistas en caso de peligro. Los anteriores deberes nacen porque el sujeto ha configurado un peligro para los bienes jurídicos y su fundamento no es la solidaridad sino la creación del riesgo. Son deberes negativos porque su contenido esencial es no perturbar o inmiscuirse en los ámbitos ajenos. Corresponde a la máxima del derecho antiguo de no ocasionar daño a los demás. 2) Pero frente a la libertad de configuración, hay deberes que proceden de instituciones básicas para la estructura social (competencia institucional) y que le son impuestas al ciudadano por su vinculación a ellas. Por ejemplo, las relaciones entre padres e hijos y ciertas relaciones del estado frente a los ciudadanos. Estos deberes se caracterizan, porque el garante institucional tiene la obligación de configurar un mundo en común con alguien, de prestarle ayuda y protegerlo contra los peligros que lo amenacen, sin importar que el riesgo surja de un tercero o de hechos de la naturaleza. Vg. El padre debe evitar que un tercero abuse sexualmente de su hijo menor y si no lo hace, se le imputa el abuso. Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad. Se trata de deberes positivos, porque contrario a los negativos en los cuales el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en éstos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos (Cfr. Günther Jakobs. Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre (studienausgabe). 2 Auflage. Walter de Gruyter. Berlin. New York. 1993. Págs. 796 y ss)”. 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 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

En una teoría de la imputación objetiva construida sobre la posición 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 sí una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante⁴⁸.

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 universal⁴⁹, 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”⁵⁰, y que además debe obedecer a la cláusula del Estado Social de Derecho⁵¹.

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 la motivación razonada, sin fijar un solo título de imputación en el que deba

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.

⁴⁸ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

⁴⁹ “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.

⁵⁰ MIR PUIGPELAT, ob., cit., p.204.

⁵¹ “el tema de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas ha sido abordado tradicionalmente desde la óptica de las garantías individuales. Se trata de una institución que protege al individuo frente a los daños causados por las Administraciones Públicas como consecuencia de la amplia actividad que éstas desarrollan. Pero, desde la perspectiva de la posición de la Administración, la responsabilidad está en el mismo centro de su concepción constitucional como derivación de la cláusula del Estado social de Derecho; derivación que, en hipótesis extrema, puede conllevar que los límites del sistema resarcitorio público estén condicionados por los propios límites del llamado Estado social de Derecho”. MARTÍN REBOLLO, ob., cit., p.308.

encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado⁵², sino que cabe hacer el proceso de examinar si procede aplicar la falla en el servicio sustentada en la vulneración de deberes normativos⁵³, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que 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; en caso de no aplicarse la falla en el servicio, cabe examinar si procede en el daño especial, sustentado en la argumentación razonada de cómo (probatoriamente) se produjo la ruptura en el equilibrio de las cargas públicas; o, finalmente, si se acogen los criterios del riesgo excepcional. De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera:

“(...) en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1.991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso en concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá que adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos “títulos de imputación” para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas –a manera de recetario- un específico título de imputación”⁵⁴.

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 preventivo⁵⁵ que permita la

⁵² Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente: 21515; 23 de agosto de 2012, expediente: 23492.

⁵³ 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 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. Para Martín Rebollo: *“Un sistema de responsabilidad muy amplio presupone un estándar medio alto de calidad de los servicios. Y si eso no es así en la realidad puede ocurrir que el propio sistema de responsabilidad acabe siendo irreal porque no se aplique con todas sus consecuencias o se diluya en condenas a ojo, sin reglas fijas o casi con el único criterio de que las solicitudes indemnizatorias no «parezcan» excesivamente arbitrarias o desproporcionadas. Aunque, claro está, lo que sea proporcionado o no, en ausencia de referentes externos sobre cómo debe ser y actuar la Administración, acaba siendo también una decisión subjetiva. De ahí la conveniencia de la existencia de parámetros normativos que señalen cuál es el nivel, la pauta o la cota de calidad de los servicios, es decir, el elemento comparativo y de cotejo sobre cómo debe ser la Administración”.* MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración.: Un balance y tres reflexiones”, ob., cit., p.311.

⁵⁴ *“En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado”.* Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente: 21515 y 23 de agosto de 2012, expediente: 24392.

⁵⁵ *“En consecuencia, la función de la responsabilidad extracontractual (sic) no puede ser ni única ni primariamente indemnizatoria. Tiene que ser, ante todo, preventiva o disuasoria, o se trataría de una*

mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada.

7.2 Régimen de responsabilidad por prestación del servicio médico – asistencial

Conforme a la posición actual de la Sección Tercera de esta Corporación, el análisis de los casos responsabilidad médica del Estado se circunscribe a la falla probada del servicio⁵⁶, correspondiéndole al demandante el deber de acreditar los elementos o los presupuestos de la responsabilidad extracontractual de la administración por la ausencia, definiente o inoportuna prestación del servicio.

Así, la Sala ha acogido el criterio según el cual, si bien para demostrar la responsabilidad de la administración, en la mayoría de los casos resulta idónea la prueba directa, esto es, el dictamen de expertos, también es posible llegar a la certeza a través de indicios, para cuya construcción resulta de utilidad la aplicación de reglas de experiencia de carácter científico, objetivo o estadístico, debidamente documentadas y controvertidas dentro del proceso⁵⁷.

8. El caso concreto

Para la Subsección es evidente que el daño y la imputación a establecer, debe partir del análisis del concepto de acto médico complejo⁵⁸. En ese sentido, el precedente de la Sala viene considerando:

“(...) en la responsabilidad patrimonial por la falla médica involucra no sólo el acto médico propiamente dicho, que se refiere a la intervención del profesional en sus

institución socialmente absurda: ineficiente”. PANTALEÓN, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, en AFDUAM, No.4, 2000, p.174. De acuerdo con Martín Rebollo “(...) es que la responsabilidad pública es un tema ambivalente que, a mi juicio, no debe ser enfocado desde el estricto prisma de la dogmática jurídico-privada. Esto es, no debe ser analizado sólo desde la óptica de lo que pudiéramos llamar la justicia conmutativa, aunque tampoco creo que éste sea un instrumento idóneo de justicia distributiva. La responsabilidad es, desde luego, siempre y en primer lugar, un mecanismo de garantía. Pero es también un medio al servicio de una política jurídica. Así lo señala Ch. Eisenmann: el fundamento de la responsabilidad puede ser la reparación del daño, pero su función «remite a la cuestión de los fines perseguidos por el legislador cuando impone una obligación de reparar. En este sentido –concluye– la responsabilidad es un medio al servicio de una política jurídica o legislativa»”. MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración: Un balance y tres reflexiones”, en AFDUAM: no.4, 2000, p.307.

⁵⁶ Así se ha reiterado en innumerables providencias, tales como de 31 de agosto de 2006, expediente: 15772; 3 de octubre de 2007, expediente: 16402; 23 de abril de 2008, expediente: 15750; 1 de octubre de 2008, expediente: 16843 y 16933; 15 de octubre de 2008, expediente: 16270; 28 de enero de 2009, expediente: 16700; 19 de febrero de 2009, expediente: 16080; 18 de febrero de 2010, expediente: 20536; 13 de abril de 2010, expediente: 20480; 7 de julio de 2011, expediente: 19953; 19 de octubre de 2011, expediente: 20862; entre otras

⁵⁷ Puede verse, entre ellas, sentencia de 31 de agosto de 2006, expediente 15772, sentencia de 3 de febrero de 2010, expediente: 18100.

⁵⁸ Sentencia de 21 de febrero de 2011, expediente 20371 y 19 de agosto de 2011, expediente: 20144.

*distintos momentos y comprende particularmente el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades, incluidas las intervenciones quirúrgicas, sino que también se refiere a todas aquellas actuaciones previas, concomitantes y posteriores a la intervención profesional, que operan desde el momento en que la persona asiste o es llevada a un centro médico estatal, hasta que culmina su demanda del servicio, actividades que están a cargo del personal paramédico o administrativo (...)*⁵⁹.

Conforme a lo anterior, el daño a establecer debe partir del análisis del acto médico como una actividad compleja que no se agota en un solo momento, sino que se desarrolla con un *íter* en el que se encuentra involucrada tanto la atención previa (o preventiva), el diagnóstico, el tratamiento, como la atención pre y quirúrgica, la atención post-quirúrgica y el seguimiento (controles concomitantes y posteriores al tratamiento e intervención).

8.1 La obligación de elaborar y mantener la historia clínica – su incumplimiento es un indicio de falla en la prestación del servicio.

Así mismo, esta Sala considera que el acto médico complejo abarca también las obligaciones consagradas en la ley 23 de 1981, especialmente aquellas referidas a la apertura, manejo, custodia, archivo y conservación de la historia clínica, como elemento esencial en la documentación de la actividad médica prestada en un caso concreto. Tal como lo ha establecido la Sección Tercera de esta Corporación⁶⁰, dicha ley⁶¹, normatividad vigente para la época de los hechos, contiene una serie de obligaciones a las que deben sujetarse las entidades que integran el Sistema Nacional de Salud, respecto de la historia clínica se encuentran las siguientes:

“ARTICULO 34. La historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un documento privado sometido a reserva que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la Ley.

ARTICULO 36. En todos los casos la Historia Clínica deberá diligenciarse con claridad.

Cuando quiera que haya cambio de médico, el reemplazado está obligado a entregarla, conjuntamente con sus anexos a su reemplazante.” (Subrayado por la Sala)

Conforme a lo anterior, esta Sala ha establecido la necesidad de

“(…) elaborar historias clínicas claras, fidedignas y completas, las cuales permitan garantizar el adecuado seguimiento y el acierto en el diagnóstico y en la atención

⁵⁹ A este respecto ver, por ejemplo, sentencia de 23 de junio de 2010, expediente: 19101; 25 de mayo de 2006, expediente: 15.836 y 28 de septiembre de 2000, expediente: 11.405.

⁶⁰ Sentencia de 7 de octubre de 2009, expediente: 17923.

⁶¹ Parcialmente modificada por las Resoluciones 1995 de 8 de julio de 1999; 1715 del 13 de junio de 2005 y 58 de 2007.

*de los pacientes, así como también el pertinente control posterior, tanto interno por parte del centro médico asistencial, como externo por parte de entidades de vigilancia o del propio juez, de suerte que se haga posible el conocimiento y la fiscalización efectiva del proceder de los galenos, tal como resulta necesario dentro de los procesos a los cuales da lugar el ejercicio de la acción de reparación directa por parte de los ciudadanos que se sienten perjudicados por la acción o la omisión de las instituciones que prestan este tipo de servicios o del personal a su cargo (...)*⁶².

Para el cumplimiento de la obligación de elaborar una historia clínica conforme al deber normativo, deben satisfacerse ciertos criterios: a) claridad en la información (relativa al ingreso, evolución, pruebas diagnósticas, intervenciones, curaciones o profilaxis, tratamientos, etc.); b) fidelidad en la información que se refleje y que corresponda con la situación médica del paciente y, con el período en el que se presta la atención médica; c) que sea completa tanto en el *iter prestacional*, como en la existencia de todo el material que debe reposar en los archivos de la entidad de prestación de la salud; d) debe dejarse consignado dentro de la historia clínica de manera ordenada, cronológica y secuencial toda la información de diagnóstico, tratamientos, intervenciones quirúrgicas, medicamentos y demás datos indispensables que reflejen el estado de salud del paciente; e) debe orientar y permitir la continuidad en la atención y proporcionar al médico la mejor información, posible, para adoptar decisiones sin improvisación para así ofrecer las mejores alternativas médicas, terapéuticas y/o quirúrgicas, siempre con el objetivo de resguardar la eficacia del derecho a la salud consagrado en el artículo 49 de la Carta Política⁶³.

En el caso de autos, se observa que dentro de la historia clínica no se aprecia algún informe o descripción de la intervención quirúrgica practicada a la demandante, ni tampoco los informes médicos y de enfermería antes, durante y después de la cirugía, lo que se traduce en un incumplimiento de las obligaciones a las que estaba sujeta la entidad demandada de acuerdo a los preceptos consagrados en la ley 23 de 1981, así como un indicio de la falla en la prestación del servicio médico – asistencial⁶⁴.

⁶² Sentencia de 31 de agosto de 2006, expediente: 15772. Posición reiterada en sentencia de 26 de mayo de 2011, expediente: 20097

⁶³ Tal postura ha sido reiterada en sentencias de la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado de 1º de febrero de 2012, expediente 22199 y de 25 de abril de 2012, expediente: 19602.

⁶⁴ “(...) Sin embargo, no es necesario modificar las reglas probatorias señaladas en la ley para hacer efectivas las consecuencias que se derivan de la violación del deber de lealtad de las partes el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil, establece que el juez podrá deducir indicios de su conducta procesal Así, por ejemplo, de la renuencia a suministrar la historia clínica, o hacerlo de manera incompleta, o no documentar datos relevantes de la prestación médica, puede inferirse el interés de la parte de ocultar un hecho que le resulta adverso a sus intereses (...)” Así lo ha establecido la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado de 31 de agosto de 2006, expediente: 15772.

8.2 El caso en concreto

La Sala tiene por establecido que la paciente antes de la cirugía a ella practicada, se encontraba en condiciones estables de salud, especialmente en su órgano de la visión del ojo izquierdo. Lo anterior se basa con fundamento de las pruebas testimoniales arrimadas al proceso como por ejemplo la declaración de Liliana Patricia Mejía Pelaez al indicar lo siguiente

"(...) El cambio es notable, al ser ella tan activa, y al perder el ojo, ella cambió por completo la familia se redujo a estar encerrado, la familia cambió por completo. (Fl. 14 C. 2)

Declaración de Piedad de la Cruz Cardona Márquez

"(...) Sufrió la señora Beatriz algún cambio físico después de la operación. CONTESTO: Sí ella sufrió un cambio físico, en su ojo izquierdo (...) quedó completamente visca o desobediente. (Fl. 16 C.29)

Declaración de María Fulbia Marín de Osorio

"(...) Ellos son una pareja muy estable, tienen un hogar muy bonito, pero a raíz de una operación que tuvo en 1997, operada de cinositis (sic), ella esa misma noche se sintió mal y al otro día se dio cuenta que había quedado vizca (sic). Ella siguió en su proceso de recuperación y viendo que no se le mejoraba la vista, se sentía muy mal de ver que no podía ser la misma de antes (...) Ella quedó vizca (sic) y estéticamente cuando ella habla con uno se tiene que tapar la vista porque como que la luz le molesta mucho también (Fl. 18 C.2)

Por otro lado, de acuerdo con los supuestos fácticos del presente caso, es importante anotar que si bien no obra prueba directa de la descripción sobre la forma como se practicó la intervención quirúrgica efectuada a la paciente el 28 de noviembre de 1997, lo cierto es que obran pruebas fehacientes que indican la práctica de la intervención quirúrgica realizada a la señora Orozco Vallejo y ejecutada por el doctor Óscar Ignacio Gutiérrez Castro, quien prestaba los servicios profesionales en la entidad demandada, tal como se acreditó con el escrito de 23 de noviembre de 1999 mediante el cual se expuso que el profesional de la salud tenía un contrato de compra de servicios (Fl. 64 C.1). Así mismo, puede observarse en las actas de comité ad hoc del Instituto de los Seguros Sociales y en la hoja de intervención practicada vista a folio 14 del anexo 1.

En efecto, la señora Beatriz Orozco Vallejo fue intervenida quirúrgicamente el 28 de noviembre de 1997 con un diagnóstico de sinopatía crónica inflamatoria etmoidomaxilar⁶⁵ y que, según la hoja de intervención, la cirugía practicada fue

⁶⁵ De acuerdo con el TAC de SNP practicado el 8 de octubre de 1997, Folio 29 anexo 1.

maxilometoidectomía bilateral⁶⁶. Al cuarto día del pos - operatorio, esto es, el 2 de diciembre de 1997, la demandante asistió al área de urgencias de la entidad demandada, debido a que presentaba diplopía (visión doble) y restricción de la movilidad. Con los anteriores síntomas, la entidad demandada dispuso del personal médico y técnico para proceder a mitigar o por lo menos, determinar los diagnósticos y resultados obtenidos por la paciente, luego de la cirugía practicada, todo con el fin de contrarrestar los efectos nocivos a su estado de salud.

La entidad demandada argumentó en su escrito de impugnación que de las pruebas practicadas, estaba acreditado que se puso a disposición de la paciente las instalaciones, el personal médico y la prestación del servicio de forma oportuna, sin que se hubiera incurrido en una falla en la prestación del servicio atribuible por la culpa o el dolo en la atención de la señora Orozco Vallejo.

Para la Sala es claro que la entidad demandada prestó el servicio médico asistencial, ya que efectivamente la señora Orozco Vallejo fue atendida por el personal humano profesional y se dispuso de todos los medios o herramientas necesarias para determinar la patología padecida y el estado de la demandante, con ocasión de las secuelas padecidas con posterioridad a la intervención quirúrgica.

Pese a ello, lo que la Subsección debe resolver es si la intervención quirúrgica practicada a la paciente fue determinante para el resultado obtenido, esto es, la lesión del III Par o nervio motor ocular del ojo izquierdo, conforme a lo establecido en los diagnósticos arrojados, la historia clínica, las actas de comité ad hoc de la entidad demandada y los dictámenes periciales del Instituto de Medicina Legal. Esta lesión tuvo como consecuencias visión doble permanente, asimetría de la estética facial ostensible y deformante, y perturbación funcional irreversible del órgano de la visión de carácter permanente, de acuerdo con todo el acervo probatorio mencionado.

Adicionalmente, se logró acreditar que la demandante sufrió cambios sustanciales en su estilo de vida, estado anímico y afectivo, por cuanto las actividades cotidianas del hogar, laborales y recreativas quedaron notablemente disminuidas, como consecuencia de una perturbación psíquica –así mismo permanente– secundaria a la lesión ocular padecida. Lo anterior, con fundamento en el dictamen pericial del Instituto de los Seguros Sociales, así como el dictamen

⁶⁶ Tal como consta en el folio 14 anexo 1.

elaborado por el Hospital Universitario San Jorge y la historia clínica donde se pudo observar que la señora Beatriz Orozco fue atendida en varias oportunidades para recibir atención psicológica por el estado emocional que padecía.

Es importante destacar que tanto el comité ad hoc del ISS así como el dictamen pericial del Instituto de Medicina Legal, concluyeron que la práctica de las intervenciones quirúrgicas tradicionales o endoscópicas implicaban riesgos, especialmente de contenido intraorbitario. El Comité ad hoc del Instituto de los Seguros Sociales indicó que la única diferencia real entre la práctica de una intervención endoscópica o no, es *“la capacidad de visualización y de manejo más delicado y exacto en los tejidos y estructuras vecinas, al igual que los puntos de referencia anatómicos en la cirugía endoscópica”* (Fls 54 a 56 anexo 1). Es claro que toda intervención quirúrgica puede conllevar una serie de complicaciones y resultados adversos para el paciente, pese a lo anterior, la Subsección considera lo siguiente:

La cirugía practicada a la paciente, esto es, maxiloetmoidectomía bilateral no se trataba de un procedimiento endoscópico, tal como lo indicó el acta de aclaración del comité Ad hoc de 26 de noviembre de 1998 en los siguientes términos:

“(...) Acerca del cuestionamiento de si el procedimiento realizado fue o no endoscópico, en el informe quirúrgico el nombre de la intervención practicada, Maxilo Etmoidectomía bilateral (...) pero en la evaluación pre anestésica se anota programado para Cirugía Funcional Senos Paranasales.

El procedimiento realizado, como tal, no es un procedimiento endoscópico de acuerdo a la tradicional forma de nombrar los procedimientos. El término Cirugía Funcional de Senos Paranasales se ha popularizado luego del advenimiento de la Cirugía Endoscópica y por lo tanto se uspone endoscópica; esto no descarta que en un procedimiento no endoscópico no sea funcional. (Fls. 54 a 56 anexo 1).

Por su parte, en el Acta de Comité Ad hoc de 13 de abril de 1998 se determinó que la práctica del procedimiento efectuado por el otorrino no fue el más adecuado. Así lo dijo en los siguientes términos:

3. Era el procedimiento realizado el más adecuado para la paciente. Si no es el planteado cuál era? R/ No era el procedimiento más adecuado, pues en los exámenes pre quirúrgicos se observaba claramente la osteolisis de los pisos orbitarios. Para esos casos, da más seguridad las técnicas endoscópicas, como la cirugía endoscopia nasal.

Con fundamento en lo anterior, es imperioso concluir que el procedimiento efectuado a la paciente según lo descrito en la hoja de intervención quirúrgica, esto es la maxiloetmoidectomía bilateral, no se trataba de un procedimiento

endoscópico y como tal, de acuerdo con los conceptos de la misma entidad, la intervención practicada no era la más adecuada debido a los resultados pre - quirúrgicos de 8 de octubre de 1997 (TAC) y lo más conveniente era haber utilizado una técnica endoscópica.

Ahora, si bien el Comité ad hoc en el acta de 13 de abril de 1998 concluyó que el accidente ocurrido en la paciente se facilitó por la técnica quirúrgica e que independientemente de este accidente, la patología presentada pudo haber ocurrido sin la cirugía por la complicación de la enfermedad que presentaba la paciente, tal aseveración se encuentra desvirtuada por la conclusión dictaminada por el propio comité ad hoc del ISS en acta de 22 de julio de 1998 al consignar que se evidenciaba una lesión en órbita secundaria a una manipulación quirúrgica en esta zona y que el diagnóstico, manejo y tratamiento correspondiente a esta complicación no fue adecuado para la severidad del cuadro. (Fls. 15 a 17 C.1)

Con base en lo anterior, se encuentra plenamente establecido que la entidad demandada causó un daño del cual es responsable, derivado no solo un incumplimiento de los deberes tendientes a llevar en debida forma la historia clínica, sino también, porque de acuerdo con lo establecido por la misma entidad, la intervención practicada a la paciente no era la más adecuada, de acuerdo con los resultados pre - quirúrgicos arrojados (TAC de 8 de octubre de 1997), se aconsejaba una intervención de carácter endoscópica y por último, la lesión del globo ocular izquierdo es secundaria a la intervención quirúrgica.

Finalmente, resulta necesario indicar que la lesión padecida por la paciente fue un resultado no esperado en el curso normal del procedimiento quirúrgico o tratamiento terapéutico que involucra la prestación del servicio médico hospitalario. Es decir, es un evento que no se presenta en la secuencia lógica de los actos médicos que constituyen la prestación del servicio solicitado, de acuerdo con el acervo probatorio. De esta forma, es evidente la falla del servicio por razón del evento adverso, no esperado o anormal, producto de la intervención quirúrgica de la que se desprende la parálisis del nervio motor ocular de la señora Orozco Vallejo.

Por todo lo anterior, probados los presupuestos de la responsabilidad patrimonial del estado, se confirma la sentencia de primera instancia de fecha 28 de noviembre de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, en cuanto a la declaratoria de responsabilidad del Instituto de los Seguros Sociales.

9. Perjuicios

Ahora bien, el recurrente consideró que al no existir prueba determinante sobre la responsabilidad de la entidad, tampoco estaba obligada al pago de los perjuicios morales y fisiológicos, presuntamente causados a la parte demandante.

9.1 Perjuicios morales

La sentencia de primera instancia condenó a la entidad demandada al pago de 100 salarios mínimos legales mensuales en favor de cada uno de los demandantes por los perjuicios morales padecidos, sustentando su determinación en las razones expuestas en la sentencia de 6 de septiembre de 2001, que determinó que el juez debía poner especial esmero en el cumplimiento de diferentes elementos que en cada proceso permitía establecer no solo la existencia del daño moral sino su intensidad, e imponer la máxima condena en los eventos en que de las pruebas practicadas resulte claramente establecido un sufrimiento de gran profundidad e intensidad superior a muchos de los pesares inimaginables. Así mismo, de los testimonios recepcionados⁶⁷, pudo establecer el máximo quantum para cada uno de los actores. Con fundamento en lo anterior, se confirma la cuantificación reconocida por el Tribunal de primera instancia, esto es, 100 smlmv para cada uno de los demandantes.

9.2 Perjuicio fisiológico – daño a la salud

Por último, respecto del perjuicio fisiológico, en atención a lo establecido por la nueva posición de la Sección Tercera en providencias de 14 de septiembre de 2011, expedientes 19031 y 38222, se entiende por daño a la salud, la afectación a la integridad psicofísica de una persona. En el presente caso, de conformidad con el dictamen pericial No. 0893-00 de 12 de abril de 2000, rendido por el Médico Legista No. 204-13 del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, la señora Beatriz Orozco Vallejo presenta

⁶⁷ Declaraciones de Adelia del Carmen Sánchez de Angel (Fls 10 y 11 C.2); Liliana Patricia Mejía Pelaez (Fls. 13 y 14 C.2); Piedad de la Cruz Cardona Marquez (Fls. 15 y 16 C.2) y María Fulbia Marín de Osorio (Fls. 17 y 18 C.2). Todas ellas indicaron que la familia de la señora Beatriz conformada por su esposo e hijo, mantenían buenas relaciones y que de acuerdo con las reglas de la experiencia, se concreta en un padecimiento grave al ver sufrir un pariente de su núcleo familiar.

“(...) lesión del III Par en la órbita izquierda que le ocasiona desviación del globo ocular izquierdo hacia fuera. Esta lesión ocasiona visión doble permanente y además, asimetría de la estética facial ostensible y deformante. Desde el punto de vista médico legal la examinada queda con las siguientes secuelas y limitaciones:
a. *Deformidad física de carácter permanente*
b. *Perturbación funcional del órgano de la visión de carácter permanente (...)*”

Con fundamento en el acervo probatorio arrimado al expediente, se observa la existencia y padecimiento de una lesión concretándose en un daño a la salud, lo que hace que su estado sicofísico se vea seriamente afectado. Con fundamento en lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia, esto es, se mantiene la condena de 100 smlmv.

10. Condena en costas

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia recurrida, esto es, la proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda el 28 de noviembre de 2003 por las consideraciones expuesta en esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente de la Sala

ENRIQUE GIL BOTERO
Consejero
Aclaró voto

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Consejera