

PRUEBA TRASLADADA - Valor probatorio. Valoración probatoria

En lo que se refiere a la prueba trasladada, debe reiterarse que los medios probatorios en ella contenidos que no cumplan con los requisitos previstos en el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil, o que no hubieran sido solicitados en el presente proceso por la parte contra la cual se aducen, o que no hubieran sido practicados con audiencia de ésta no podrán ser valorados por la Sala. Por otro lado, téngase en cuenta que, como se ha dicho en otros casos, en los eventos en los cuales el traslado de las pruebas rendidas dentro de otro proceso hubiere sido solicitado por ambas partes, éstas podrán ser tenidas en cuenta, aún cuando hayan sido practicadas sin su citación o intervención en aquel del cual se traen y no hayan sido ratificadas en el destinatario, considerando que, en esos casos, resulta contrario a la lealtad procesal que una de las partes solicite que la prueba haga parte del acervo probatorio, pero que, en el evento de resultar desfavorable a sus intereses, invoque las formalidades legales para su inadmisión. Pues bien, en el plenario obra, en copia auténtica, el expediente contentivo de la acción de tutela instaurada por la señora Isabel Vanegas Robles en contra de Prosalud Islas I.P.S. y de Humana Vivir E.S.P., pieza procesal que fue trasladada por solicitud de esta última entidad, sin que mediara coadyuvancia de las demás partes, pero que puede ser valorada en el sub lite, por cuanto en el trámite de esa acción constitucional también participaron Prosalud Islas I.P.S. y la acá demandante.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 185

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Prestación del servicio médico de salud / PRUEBA INDICIARIA - Demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño ocasionado

En relación con la responsabilidad del Estado por la prestación del servicio médico de salud, corresponde a la parte actora acreditar los supuestos de hecho que estructuran los fundamentos de la misma; es decir, debe demostrar el daño, la falla en la prestación del servicio médico hospitalario y la relación de causalidad entre estos dos elementos, para lo cual puede valerse de todos los medios probatorios legalmente aceptados, entre los cuales cobra particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño ocasionado, ya que sin la concurrencia de estos elementos no se logra estructurar la responsabilidad administrativa. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre el tema, consultar sentencia de 16 de julio de 2008, exp. 16775

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA PRESTACION DEL SERVICIO MEDICO - Omisión en la atención o negligencia en la prestación del servicio médico que incida en un resultado adverso a la salud e integridad física de paciente / DAÑO ANTIJURIDICO - Perturbación funcional del órgano de aprehensión como consecuencia de una consolidación viciosa de fractura de antebrazo izquierdo de paciente / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA PRESTACION DEL SERVICIO MEDICO - Configuración de una falla del servicio del Hospital Timothy Britton de San Andrés Isla. Falta de remisión inmediata de paciente a ortopedia ocasionando incorrecta fijación de los huesos

La responsabilidad del Estado también se puede derivar de la omisión en la prestación del servicio médico a la persona que acuda al centro asistencial, siempre que dicha desatención o negligencia haya incidido en el resultado adverso

a la salud e integridad física de quien requiera ese servicio. No hay duda de que se encuentra acreditado el daño alegado en la demanda, pues, según la Junta de Calificación de Invalidez del Atlántico, la señora Isabel Vanegas Robles sufre de "compromiso parcial de N. Cubital. Distrofia refleja simpática (sic). Limitación movimientos de muñeca y dedos de mano I." y pérdida de la capacidad laboral del 35.20%; además, el Instituto de Medicina Legal concluyó que la demandante "presenta como secuela una perturbación funcional del órgano de aprehensión como consecuencia de una consolidación viciosa de su fractura de antebrazo izquierdo (...) la falta de remisión inmediata de la paciente a ortopedia constituyó una falla del servicio por parte del hospital demandado, pues, se insiste, la inmediatez en el manejo de la fractura era determinante para su buena consolidación y, sin embargo, hubo demora en el tratamiento de la lesión, lo cual influyó en la incorrecta fijación de los huesos.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA PRESTACION DEL SERVICIO MEDICO - Humana Vivir S.A. E.P.S. - Falla en la prestación del servicio de salud por omisión del deber de controlar y garantizar la prestación del mismo

Humana Vivir S.A. E.P.S. contrató la prestación de los servicios de salud de Prosalud Islas S.A I.P.S., de manera que, en virtud de la falla de esta última detectada por el Tribunal de primera instancia, se estableció que la E.P.S. omitió su deber de controlar y garantizar la prestación integral del servicio de salud. (...) Humana Vivir S.A. E.P.S. incurrió en omisión por la inobservancia de su principal función legal, esto es, garantizar la prestación del servicio integral de salud a sus afiliados, en este caso, a señora Isabel Vanegas Robles, ya que su actividad no podía limitarse a contratar los servicios de un tercero, sino que debió supervisar el adecuado cumplimiento de las labores confiadas a éste

PERJUICIOS MORALES - Pérdida de capacidad laboral en un 35.20 por ciento, se reconocerán 80 salarios mínimos legales mensuales vigentes / LIQUIDACION DE PERJUICIOS - Perjuicio moral / TASACION DEL PERJUICIO MORAL - Inaplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980. Valor de la condena la hará el juzgador, en cada caso, según su prudente juicio / PERJUICIO MORAL - Tasación / TASACION PERJUICIO MORAL - Pauta jurisprudencial. Se fija en salarios mínimos legales mensuales vigentes

Respecto de la cuantía de la indemnización de este perjuicio, debe recordarse que, de conformidad con lo expresado en sentencia del 6 de septiembre de 2001, esta Sala ha abandonado el criterio según el cual se estimaba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980, para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicios morales; se ha considerado, en efecto, que la valoración de dicho perjuicio debe ser hecha por el juzgador, en cada caso, según su prudente juicio. En casos como el que ahora se estudia, la Sala ha acudido al elemento probatorio que certifique el porcentaje de la pérdida de capacidad laboral del lesionado, con el fin de establecer el monto de la condena a imponer por concepto de este perjuicio. En este sentido, teniendo en cuenta que la Junta de Calificación de Invalidez del Atlántico certificó que la señora Isabel Vanegas Robles sufrió una pérdida de la capacidad laboral del 35.20%, como consecuencia de la perturbación funcional de la mano izquierda, la Sala estima que la indemnización por perjuicios morales debe ser de 60 salarios mínimos mensuales legales vigentes. **NOTA DE RELATORIA:** Para establecer el monto de la indemnización por perjuicios morales se tendrá en cuenta la pauta jurisprudencial que ha venido sosteniendo la Corporación desde la sentencia de 6

de septiembre de 2001, expedientes números 13232 y 15646, Consejero Ponente doctor Alier Eduardo Hernández Enríquez, donde se estableció que la tasación de dichos perjuicios se fijará en salario mínimos mensuales legales vigentes, en aplicación del arbitrio iuris.

PERJUICIOS MATERIALES - Daño emergente. Honorarios de abogado / DAÑO EMERGENTE - Cálculo. Fórmula / LUCRO CESANTE - Pérdida de capacidad laboral. Ingreso base de liquidación, si no se tiene un ingreso establecido se tendrá en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 25 por ciento de presumibles prestaciones sociales / LUCRO CESANTE - Indemnización debida o consolidada. Cálculo y fórmula. Del resultado se tomará el porcentaje de pérdida de capacidad laboral / LUCRO CESANTE - Indemnización futura. Cálculo. Fórmula

La parte actora acreditó que, como consecuencia de la acción de tutela instaurada en contra de las acá también demandadas, incurrió en gastos de honorarios de abogado, correspondientes a \$300.000, suma que se actualizará (...) Pese a que no existe material probatorio que demuestre con exactitud cuánto devengaba la señora Isabel Vanegas en razón de su trabajo, sí existe un testimonio en el que se aseguró que aquélla, antes de sufrir la pérdida de la capacidad laboral a que se ha hecho mención, desarrollaba una actividad económica como empleada doméstica ocasional; además, para la época en que se diagnosticó el porcentaje de su incapacidad, se encontraba en una edad productiva (48 años, esto es, con capacidad de ejercer una actividad laboral o comercial que le permitiera percibir por lo menos un salario mínimo. En este orden de ideas, la Sala liquidará el mencionado perjuicio teniendo en cuenta el valor del salario mínimo mensual vigente a la fecha de la presente sentencia (...) El valor del salario mínimo legal vigente será incrementado en un 25% (\$154.000), por concepto de prestaciones sociales, para un total de \$770.000, y de este resultado se tomará, finalmente, el 35.20% que corresponde al porcentaje de pérdida de la capacidad laboral de Isabel Vanegas Robles, es decir, que la base para la liquidación es la suma de \$271.040. Indemnización debida o consolidada. Para el lucro cesante consolidado, el período indemnizable es el comprendido entre la fecha en que se conoció el daño, esto es, el 24 de diciembre de 2003 y la fecha de la presente sentencia. Para calcularlo, se aplicará la fórmula matemático - actuarial utilizada al efecto por la jurisprudencia (...) Indemnización futura. Para el lucro cesante futuro, el período indemnizable es el comprendido entre la fecha de esta sentencia y la fecha de vida probable de la lesionada (...) Para su liquidación, se aplicará la fórmula matemática -actuarial utilizada al efecto por la jurisprudencia (...)

DAÑO A LA SALUD - Pérdida de capacidad laboral en un 35.20 por ciento, se reconocerán 80 salarios mínimos legales mensuales vigentes

Si bien la Sala, hasta hace poco, reconocía bajo el concepto de "alteración a las condiciones de existencia" los perjuicios inmateriales diferentes al perjuicio moral, en el sub lite se reconocerá dicho perjuicio bajo la denominación de daño a la salud, pues, de conformidad con la jurisprudencia reciente de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el daño a la salud es la categoría autónoma que resulta adecuada para indemnizar los perjuicios cuando el daño provenga de una lesión corporal, toda vez que dicha denominación comprende toda la órbita sicofísica del sujeto y está encaminado a resarcir económicamente una lesión o alteración a la unidad corporal de las personas. Bajo esta perspectiva y en consideración a que el daño reclamado por Isabel Vanegas Robles provino de una lesión física que le implicó una pérdida de la capacidad laboral del 35.20%, la Sala le reconocerá, por concepto de daño a la salud, 80 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

3-RD-1091-2014

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOS O ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA
SUBSECCION A

Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de julio de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 88001-23-31-000-2002-00183-01(32600)

Actor: ISABEL VANEGAS ROBLES

Demandado: HOSPITAL TIMOTHY BRITTON E.S.E. Y OTROS

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

Resuelve la Sala los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y por Humana Vivir S.A. E.S.P. contra la sentencia del 31 de octubre de 2005, proferida por el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, por medio de la cual resolvió (se transcribe tal como obra en el expediente):

“PRIMERO: Declaranse no probadas las excepciones propuestas de Falta de Jurisdicción, Ineptitud de la demanda y Cosa Juzgada.

“SEGUNDO: Declaranse solidariamente responsables a las sociedades, HUMANA VIVIR S.A. E.P.S. y PROSALUD ISLAS S.A. hoy SALUD ISLAS S.A., por los daños y perjuicios ocasionados a la demandante ISABEL VANEGAS ROBLES, como consecuencia de la falta de prestación de los servicios médicos, por las razones expuestas en la parte considerativa de este proveído.

“TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, condenase solidariamente a las demandadas, PROSALUD ISLAS S.A. hoy, SALUD ISLAS S.A. y HUMANA VIVIR S.A. E.P.S. a reconocer y pagar a la demandante ISABEL VANEGAS ROBLES al momento de la ejecutoria de la presente sentencia los conceptos que a continuación se enuncian.

- a) Daño moral: La suma de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- b) Daño fisiológico: La suma de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- c) Lucro cesante: La suma de TRECE MILLONES SETENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS QUINCE PESOS (\$13.079.615) M/L., de conformidad con lo explicado en el acápite correspondiente a este tipo de daño.

“CUARTO; Exonerase de toda responsabilidad a la E.S.E. Hospital Timothy Britton.

“QUINTO: Denegarse las demás súplicas de la demanda”.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante demanda del 4 de diciembre de 2002, la señora Isabel Vanegas Robles, por conducto de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de reparación directa, solicitó que se declararan responsables a Prosalud Islas S.A., a Humana Vivir S.A. y al Hospital Timothy Britton, por la falla en el servicio médico que le generó secuelas de carácter permanente en su estado de salud.

Exigió que, en consecuencia, se condenara a las demandadas a pagar como indemnización: (i) por concepto de perjuicios morales, 1000 s.m.m.l.v., (ii) por perjuicios fisiológicos, 500 s.m.m.l.v., (iii) por daño emergente, \$2'734.133 y (iv) por lucro cesante, las sumas de dinero que resultaran probadas en el proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, la señora Isabel Vanegas Robles expuso que estaba afiliada a la E.P.S. Humana Vivir y que su I.P.S. era la Sociedad Prosalud Islas S.A., entidad que tenía convenio con el Hospital Timothy Britton E.S.E. para la atención de urgencias desde las 6:00 p.m. en días no laborales. Comentó que el 28 de diciembre de 2001 acudió a la unidad de urgencias del mencionado hospital, por una fractura que sufrió en el brazo izquierdo, en donde, contrario a lo que indican los protocolos médicos para estos casos (enyesar la parte fracturada), le sujetaron la extremidad a una férula. Transcurridos 13 días, en atención a los resultados de una radiografía, el brazo de la paciente fue enyesado; sin embargo, al retirar el yeso, no se tomó una nueva impresión para determinar el avance de la lesión, de manera que la señora Isabel fue remitida a

terapias de ortopedia, las cuales no dieron resultado, pues, por el tratamiento inadecuado que recibió, la fractura no se consolidó de manera correcta (f. 2 a 19, c. 1).

2. La demanda fue admitida por el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, mediante auto del 21 de enero de 2003, notificado en debida forma a las entidades demandadas (f. 73, c. 1.).

El Hospital Timothy Britton se opuso a las pretensiones de la demanda, por cuanto consideró que no incurrió en la falla del servicio que se le pretende endilgar.

Aseguró que el tratamiento brindado a la paciente Isabel Vanegas Robles fue adecuado, pues, según el protocolo médico, la zona fracturada debe ser inmovilizada, antes de la aplicación del yeso, con el fin de dar tiempo a la disminución del edema en los tejidos blandos. Agregó que su competencia se limitó a atender la urgencia de la paciente y que, por lo tanto, no era su deber remitirla al servicio de ortopedia, pues esa función estaba a cargo de la empresa aseguradora de la acá demandante (f. 81 a 85, c. 1).

Humana Vivir S.A. E.P.S. manifestó que no estaba llamada a responder por los perjuicios alegados, ya que sus funciones consistían en afiliar a los usuarios al sistema de salud, organizar la red de las I.P.S. y recaudar las cotizaciones, entre otras, de manera que la prestación directa del servicio estaba a cargo de la entidad contratista, en este caso, Prosalud Islas S.A., que funciona con plena autonomía científica, técnica y administrativa y que, en consecuencia, es la que tiene el deber de responder en casos en los que, en ejercicio de sus funciones, se causa un daño a los pacientes. Propuso como excepciones la ineptitud de la demanda, la falta de legitimación en la causa por pasiva, la inexistencia de las obligaciones reclamadas, la inexistencia de los perjuicios alegados, la falta de jurisdicción y la cosa juzgada, ésta última, en tanto que la acción de tutela y el incidente de desacato iniciados por la señora Vanegas Robles fueron resueltas de manera desfavorable para la accionante (f. 124 a 130, c. 1).

3. Vencido el período probatorio, el cual fue abierto mediante auto del 28 de agosto de 2003, y fracasada la audiencia de conciliación, se corrió traslado a las

partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para que rindiera concepto (f. 141 a 144, 313 y 332 c. 1).

4. Humana Vivir S.A. E.P.S. reiteró los argumentos de defensa expuestos en la contestación de la demanda e insistió en que la entidad llamada a responder en este caso era la I.P.S. Prosalud Islas S.A.; no obstante, señaló que la demandante no asistió a varias citas de control médico y que ello pudo incidir en las secuelas fisiológicas que ahora la aquejan (f. 341 a 347, c. 1).

La parte demandante enfatizó en que la falla del servicio por parte de las entidades demandadas fue la causa determinante en el deterioro de salud que padece y consideró que todas deben responder solidariamente por la indemnización reclamada, ya que, por un lado, Humana Vivir S.A. E.P.S. tenía la obligación de controlar la atención integral, oportuna y eficiente a sus afiliados, no obstante lo cual, a sabiendas de las falencias en la prestación del servicio de salud por parte de Prosalud Islas S.A. y del Hospital Timothy Britton, no realizó gestión alguna con el fin de corregir tales anomalías y, por otro lado, tanto la I.P.S. como el mencionado hospital incumplieron el deber de brindar una atención médica de calidad, ya que hubo demora en la lectura del examen radiológico, no se dispuso de la atención de un especialista en ortopedia, no le dieron continuidad al tratamiento que requería la paciente y presentaron serios desórdenes administrativos que impidieron una adecuada atención médica a la señora Isabel Vanegas Robles (f. 348 a 361, c. 1).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 31 de octubre de 2005, el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina resolvió, en primer lugar, las excepciones propuestas por las entidades demandadas.

Sobre la falta de jurisdicción contestó que no es procedente, ya que si bien es cierto que dos de las demandadas son particulares, también es cierto que el Hospital Timothy Britton es una Empresa Social del Estado, cuya actividad es juzgada por esta jurisdicción, la cual, por aplicación de la figura del fuero de atracción, conoce de la responsabilidad que se imputa respecto de las entidades de naturaleza privada.

Frente a la cosa juzgada, aclaró que no podía prosperar, toda vez que la acción de tutela ejercida por la señora Isabel Vanegas Robles versó sobre un objeto diferente a aquel en que se fundó la presente demanda y, además, ambas acciones persiguen un fin diferente, pues, con la primera se pretende la protección de derechos fundamentales, mientras que en la de reparación directa se reclama la indemnización de perjuicios originados en una falla del servicio.

Encontró probado que entre Humana Vivir S.A. E.P.S y Prosalud Islas S.A. I.P.S. se suscribió un contrato en el que esta última se comprometió a prestar los servicios de salud contemplados en el P.O.S., y que entre Prosalud Islas I.P.S. S.A. y el Hospital Timothy Britton E.S.E. se celebró un convenio a través del cual dicho hospital se obligó a prestar tales servicios a partir de las 6:00 p.m. Comoquiera que la señora Isabel Vanegas Robles estaba afiliada a la E.P.S. Humana Vivir y que, el 28 de diciembre de 2001, a las 9:30 p.m., sufrió una caída desde su propia altura, acudió a la unidad de urgencias del Hospital Timothy Britton.

Dicho lo anterior e identificado el daño alegado consistente en la pérdida del 35,20% de la capacidad laboral de la demandante y en la deformidad física y funcional del brazo izquierdo, analizó la responsabilidad de cada una de las entidades demandadas, como pasa a sintetizarse:

Respecto del Hospital Timothy Britton, observó que la atención que le brindó a la paciente se ajustó al procedimiento establecido para esos casos, toda vez que, a través de su personal, tomó una radiografía cuyo resultado le permitió evidenciar inmediatamente que se trataba de una fractura, de manera que inmovilizó la parte afectada y suministró los medicamentos necesarios para calmar el dolor, mientras la señora Isabel Vanegas recibía atención por parte de un especialista en ortopedia, quien sería la persona que determinaría el tratamiento definitivo; por lo tanto, concluyó que esa entidad no había incurrido en omisión alguna constitutiva de la falla del servicio alegada.

En cuanto a Prosalud Islas I.P.S., encontró que, una vez la paciente acudió allí por una consulta externa, el médico no ordenó la remisión al ortopedista, porque la señora Isabel Vanegas no había aportado la radiografía tomada en el hospital. A juicio del Tribunal *a quo*, esa omisión develó la falta de diligencia por parte del galeno, quien, pudiendo ordenar la práctica del examen solicitado para evidenciar

la condición de la usuaria y a pesar de que ya habían pasado 5 días desde el accidente, nada hizo al respecto; en consecuencia, señaló que a esa entidad le atañe el deber de responder por los perjuicios causados a la demandante, en solidaridad con la E.P.S. Humana Vivir, por cuanto a esta última le correspondía adoptar medidas para controlar y garantizar la prestación de un servicio de salud integral, eficiente, oportuno y de calidad y, sin embargo, no cumplió con tales deberes.

No obstante lo anterior, el Tribunal consideró que la conducta de la señora Vanegas Robles concurrió con las fallas del servicio de las entidades demandadas, en tanto que no acudió oportunamente a la cita con el especialista en ortopedia, lo cual contribuyó a la causación del daño. De esta manera, dispuso la reducción de la condena en un 50%, esto es, en la indemnización del lucro cesante, del daño moral y del daño fisiológico. El daño emergente fue negado por falta de pruebas (f. 371 a 394, c. ppl.).

Recursos de apelación

La parte demandante formuló recurso de apelación y alegó que el asunto se debía resolver bajo el régimen de falla presunta, en el que la parte demandada debe probar su ausencia de culpa, hecho que no sucedió en este caso.

Discrepó del valor probatorio que se le otorgó al testimonio de la doctora Gina Luz Peña, a partir del cual se absolvió de responsabilidad al Hospital Timothy Britton. A su juicio, esa prueba debió ser analizada con excesiva reserva, toda vez que la deponente fue quien le prestó el servicio de urgencias a Isabel Vanegas Robles y, por lo tanto, su versión no resultaba totalmente confiable.

Alegó que el hospital demandado, así como las entidades que resultaron condenadas en primera instancia, está en la obligación de responder por las fallas en que incurrió, como el retardo en la toma y en la entrega de la radiografía a la paciente y la demora en dar continuidad al tratamiento requerido, de manera que solicitó que contra esa Empresa Social del Estado también se profiera la condena respectiva.

Negó que la conducta de la señora Vanegas Robles hubiera contribuido a la generación del daño, ya que, contrario a lo señalado por el Tribunal *a quo*, no fue

por negligencia que acudió varios días después de la remisión a la cita prioritaria, pues *“nunca le fue entregada orden de remisión prioritaria para ser atendida por ortopedia con fecha enero 4 de 2002”*. Agregó, sin embargo, que suponiendo que la orden se le hubiera entregado el viernes 4 de enero de 2002, lo cierto era que la cita externa sólo se realizaba en días hábiles y que, para esa época, el siguiente sería el martes 8 de enero, fecha en la que se presentó y que fue el 9 de enero cuando el médico general la remitió al ortopedista. De esta forma, solicitó que el 100% de la condena se impusiera con cargo al presupuesto de todas las entidades demandadas.

Pidió que las operaciones matemáticas realizadas por el Tribunal de primera instancia fueran revisadas, ya que, en su opinión, los cálculos para determinar el lucro cesante no eran correctos; además, exigió que se reconociera el daño emergente, pues las pruebas son suficientes para dar cuenta de los gastos en que incurrió la lesionada por concepto de tratamientos médicos, honorarios de abogados, medicamentos y traslados. Añadió que, si bien es cierto en la demanda no solicitó indemnización por perjuicios síquicos, también es cierto que éstos resultaron probados en el proceso y que, por lo tanto, debían ser reparados.

En cuanto a la cuantía reconocida por perjuicios morales y fisiológicos, pidió incrementarla, teniendo en cuenta que la extremidad afectada estaba *“prácticamente inutilizable (sic)”* (f. 395 a 401, c. ppl.).

Humana Vivir S.A. E.P.S. también apeló la decisión de primera instancia y reiteró que, en el contrato suscrito con Prosalud Islas S.A. I.P.S., ésta se obligó a prestar los servicios de salud con plena autonomía científica, técnica y administrativa, y a asumir total y exclusivamente la responsabilidad que se derivara del desarrollo del mismo. Señaló que el *a quo* se equivocó al entender que su función era controlar la atención integral brindada por la I.P.S., toda vez que su labor consistía únicamente en verificar que Prosalud Islas S.A. contara con los requisitos de funcionamiento.

Agregó que, en todo caso, la responsabilidad debía recaer sobre la víctima, ya que está demostrado que fue ella quien, de manera injustificada, no acudió oportunamente a la consulta con el ortopedista (f. 408 a 410, c. ppl.).

III. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Los recursos de apelación se concedieron el 1 de diciembre de 2005 y el 2 de febrero de 2006 y se admitieron en esta Corporación el 25 de abril de 2006 y el 6 de junio del mismo año (f. 415, 441 a 442, 446 a 447, y 449 a 450, c. ppl.).

El 11 de julio de 2006, se corrió traslado a las partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para que rindiera concepto (f. 452, c. ppl.).

Humana Vivir S.A E.P.S. reiteró los argumentos en que fundó el recurso de apelación (f. 453 a 456, c. ppl.).

El Ministerio Público compartió todos los argumentos del Tribunal, en cuanto consideró que las entidades condenadas en primera instancia son las que deben responder de manera concurrente con la demandante, por la causación del daño alegado y que, contrario a lo expuesto por la señora Isabel Vanegas Robles en el recurso de apelación, el Hospital Timothy Britton no está llamado a indemnizar los perjuicios causados; además, consideró que las sumas reconocidas por el *a quo* se ajustan a la gravedad de la lesión y que; por lo tanto, no se debe acceder al incremento solicitado (f. 459 s 486, c. ppl.).

IV. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Las normas de asignación de competencia que rigen la actuación se encuentran previstas en el Decreto 597 de 1988, conforme al cual, para que el asunto pueda ser tramitado en segunda instancia, la cuantía de un proceso cuya demanda se presentó en 2002 debe exceder de \$36'950.000. Comoquiera que la pretensión de mayor valor formulada en la demanda corresponde a la suma de \$309'000.000¹, solicitada por concepto de perjuicios morales, se concluye que esta Corporación es competente para conocer del recurso interpuesto.

Como atrás se mencionó, el Tribunal de primera instancia declaró solidariamente responsables a Humana Vivir S.A. E.P.S. y a Prosalud Islas S.A. I.P.S. (hoy Salud Islas S.A.), por los perjuicios causados a la demandante. En atención a los

¹ Valor que resulta de multiplicar el salario mínimo del año en que se presentó la demanda (\$309.000) por 1000.

recursos de apelación, la Sala se pronunciará, únicamente, respecto de la participación del Hospital Timothy Britton, de Humana Vivir S.A. E.P.S. y de la señora Isabel Vanegas Robles en la causación del daño alegado, ya que ninguno de los apelantes se opuso a la condena en contra de Prosalud Islas S.A. I.P.S. y ésta no apeló.

Esta Sala ha delimitado el estudio de los recursos de apelación a los motivos de inconformidad expresados por las partes recurrentes, basada en los siguientes argumentos:

“De conformidad con el principio de congruencia, al superior, cuando resuelve el recurso de apelación, sólo le es permitido emitir un pronunciamiento en relación con los aspectos recurridos de la providencia del inferior, razón por la cual la potestad del juez en este caso se encuentra limitada a confrontar lo decidido con lo impugnado en el respectivo recurso y en el evento en que exceda las facultades que posee en virtud del mismo, se configurará la causal de nulidad prevista en el numeral 2 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, relativa a la falta de competencia funcional”².

2. Prueba trasladada

En lo que se refiere a la prueba trasladada, debe reiterarse que los medios probatorios en ella contenidos que no cumplan con los requisitos previstos en el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil, o que no hubieran sido solicitados en el presente proceso por la parte contra la cual se aducen, o que no hubieran sido practicados con audiencia de ésta no podrán ser valorados por la Sala³. Por otro lado, téngase en cuenta que, como se ha dicho en otros casos, en los eventos en los cuales el traslado de las pruebas rendidas dentro de otro proceso hubiere sido solicitado por ambas partes, éstas podrán ser tenidas en cuenta, aún cuando hayan sido practicadas sin su citación o intervención en aquel del cual se traen y no hayan sido ratificadas en el destinatario, considerando que, en esos casos, resulta contrario a la lealtad procesal que una de las partes solicite que la prueba haga parte del acervo probatorio, pero que, en el evento de resultar desfavorable a sus intereses, invoque las formalidades legales para su inadmisión⁴.

² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 1 de abril de 2009, expediente 32800, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

³ Sentencia de julio 7 de 2005, expediente 20300

⁴ Sentencia de febrero 21 de 2002, expediente 12789

Pues bien, en el plenario obra, en copia auténtica, el expediente contentivo de la acción de tutela instaurada por la señora Isabel Vanegas Robles en contra de Prosalud Islas I.P.S. y de Humana Vivir E.S.P.⁵, pieza procesal que fue trasladada por solicitud de esta última entidad, sin que mediara coadyuvancia de las demás partes, pero que puede ser valorada en el *sub lite*, por cuanto en el trámite de esa acción constitucional también participaron Prosalud Islas I.P.S. y la acá demandante.

3. Valoración probatoria y caso concreto

Sea lo primero advertir, tal como lo señaló el Tribunal de primera instancia, que el 1° de septiembre de 2001 **Humana Vivir S.A. E.P.S.** contrató, por el término de 12 meses, la prestación de los servicios de salud de **Prosalud Islas I.P.S. S.A.**, correspondientes a aquellos “contemplados en el Plan Obligatorio de Salud de urgencias, primero, segundo y tercer nivel completos, incluyendo las acciones de promoción y prevención a las personas acreditadas e identificadas como afiliados en el Departamento de San Andrés Islas y Providencia”⁶, y que Prosalud Islas S.A. contrató al **Hospital Timothy Britton** para que éste prestara “los servicios médicos asistenciales a los usuarios del CONTRATANTE... los servicio (sic) mencionados se prestarán de conformidad con el Plan Obligatorio de Salud, lo dispuesto en la Resolución 005261 del 5 de Agosto de 1994⁷, emanada (sic) del Ministerio de Salud, el Decreto Número 806 del 30 de Abril de 1.998⁸”⁹.

En relación con la responsabilidad del Estado por la prestación del servicio médico de salud, corresponde a la parte actora acreditar los supuestos de hecho que estructuran los fundamentos de la misma; es decir, debe demostrar el daño, la falla en la prestación del servicio médico hospitalario y la relación de causalidad entre estos dos elementos, para lo cual puede valerse de todos los medios probatorios legalmente aceptados, entre los cuales cobra particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre

⁵ F. 173 a 191, c. 1.

⁶ F. 7 a 10, anexo 1.

⁷ “Por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud”.

⁸ “Por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional”.

⁹ F. 93 a 97, anexo 2.

la actividad médica y el daño ocasionado¹⁰, ya que sin la concurrencia de estos elementos no se logra estructurar la responsabilidad administrativa.

Para ello, resulta preciso insistir en la posición jurisprudencial reiterada por la Corporación, que señala que “la práctica médica debe evaluarse desde una perspectiva de medios y no de resultados, lo que lleva a entender que el galeno se encuentra en la obligación de practicar la totalidad de procedimientos adecuados para el tratamiento de las diversas patologías puestas a su conocimiento, procedimientos que, por regla general, conllevan riesgos de complicaciones, situaciones que, de llegar a presentarse, obligan al profesional de la medicina al agotamiento de todos los medios a su alcance, conforme a la *lex artis*, para evitar daños mayores y, de así hacerlo, en ningún momento se compromete su responsabilidad, incluso en aquellos eventos en los cuales los resultados sean negativos o insatisfactorios para la salud del paciente, a pesar de haberse intentado evitarlos en la forma como se deja dicho”¹¹.

Ahora, la responsabilidad del Estado también se puede derivar de la omisión en la prestación del servicio médico a la persona que acuda al centro asistencial, siempre que dicha desatención o negligencia haya incidido en el resultado adverso a la salud e integridad física de quien requiera ese servicio.

No hay duda de que se encuentra acreditado el daño alegado en la demanda, pues, según la Junta de Calificación de Invalidez del Atlántico, la señora Isabel Vanegas Robles sufre de “*compromiso parcial de N. Cubital. Distrofia refleja simpática (sic). Limitación movimientos de muñeca y dedos de mano I.*”¹² y pérdida de la capacidad laboral del 35.20%¹³; además, el Instituto de Medicina Legal concluyó que la demandante “*presenta como secuela una perturbación funcional del órgano de aprehensión como consecuencia de una consolidación viciosa de su fractura de antebrazo izquierdo*”¹⁴.

Según la historia clínica allegada al expediente, la señora Isabel Vanegas Robles, afiliada a Humana Vivir E.P.S.¹⁵, ingresó el 28 de diciembre de 2001 a la unidad de urgencias del Hospital Timothy Britton de San Andrés Islas, ya que, como

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 16 de julio de 2008, expediente 16.775.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de marzo de 2011, expediente 18947, C.P. Hernán Andrade Rincón.

¹² Dictamen del 24 de diciembre de 2003, f. 269 a 272, c. 1.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Reconocimiento médico legal 596-02. F. 67 a 69, c. 1.

¹⁵ F. 21, c. 1.

consecuencia de una caída desde su propia altura, presentó *“deformidad de puño izquierdo ... con limitación de movimiento por dolor”*¹⁶. La doctora Gina Luz Peña Manuel, quien atendió dicha emergencia, ordenó que se tomara radiografía de la parte afectada y aplicó férula de yeso a la paciente¹⁷.

La doctora Gina Luz Peña Manuel fue escuchada en audiencia de recepción de testimonios, en la que depuso lo siguiente (se transcribe tal como obra en el expediente, incluso con errores):

“Al ingreso fue diligenciada la respectiva historia clínica, se decide por orden médica mía aplicar un antiinflamatorio y tomar una radiografía en la cual se evidencia fractura distal de apófisis estiloides del cúbito y trauma de tejido blando. Se decide por tal motivo inmovilizar de inmediato con férula de yeso provisional y se realiza interconsulta para valoración por ortopedia prioritaria, para que el especialista en curso decida manejo definitivo. Esa es mi participación, es el ortopedista quien decide poner yeso circular. Yo como rural no tengo la potestad para tomar la conducta de colocar yeso circular... Como médico general estoy en la capacidad de determinar si existe una fractura, que éste fue el caso de la señora Vanegas, sin necesidad de la lectura de la radiografía. Al determinar que hay fractura, decido inmovilizar. El radiólogo es el que determina que clase de fractura es, qué hueso, pero yo estoy en la capacidad de determinar si es una fractura... En efecto la remisión si fue realizada con la interconsulta de orden de atención prioritaria, para lo cual la atención de la paciente era directamente con el ortopedista a la mañana siguiente, sin necesidad de acudir a la consulta externa de Prosalud. Con la orden que yo le doy, ella debía ir de una vez al ortopedista, no tenía que ir donde el Dr. Osmi. Todas las atenciones prioritarias son atendidas al día siguiente, sea hábil o no, en el salón de yesos de la sección de urgencias del Hospital Timothy Britton. La radiografía y la hoja de urgencias se deja en urgencias para que cuando el médico llegue en la mañana del día siguiente pueda verlas” (f. 233 a 235, c. 1).

El 2 de enero de 2002, cinco (5) días después de haber acudido a urgencias, la señora Isabel Vanegas Robles asistió a consulta médica en la I.P.S. Prosalud Islas, donde fue atendida por el doctor Osmin Rafael Gómez. En esa oportunidad, la paciente refirió dolor y se presentó *“con férula braquiopalmar en miembro Sup. Izq. Paciente no trae resultados de Rx”*¹⁸.

¹⁶ F. 11, anexo 1.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ F. 12, anexo 1.

Al respecto, el doctor Osmin Rafael Gómez fue escuchado como testigo en el proceso. Su versión fue la siguiente (se transcribe tal como obra en el expediente, incluso con errores):

“La señora María Isabel Vanegas, me consultó en una ocasión cuando yo laboraba en la I.P.S. Prosalud Islas, me consultó el día 2 de enero de 2002, manifestando que había presentado una caída hacía varios días y que había consultado al Hospital Timothy Britton, me refería demás que tenía algo de dolor en la muñeca, le pregunté que porque se había demorado tantos días en llegar? Y manifestó que porque se había metido los días de fiesta, ella se refería a los días de fiesta de fin de año. Le manifesté que ese no era motivo para no haber solicitado la consulta al día siguiente en Prosalud Islas, ya que esta trabajó incluso el 31 de diciembre, después de examinar a la paciente le solicité las radiografías que le habían realizado en el hospital y me dijo que no las había traído. Complete la historia clínica y le solicite a la paciente que fuera al Hospital Timothy Britton y regresara a traerme la radiografía, y la paciente no regresó ese día” (f. 236 y 237, c. 1).

El 3 de enero de 2002 salieron los resultados de la radiografía, según los cuales la paciente presentó *“Fractura metafisiaria con extensión intraarticular del extremo distal del radio cuyos segmentos se encuentran ligeramente desplazados asociados a fractura de la apófisis estiloides del cubito y edema de los tejidos blandos adyacentes. No hay evidencia ni otras alteraciones para señalar”*¹⁹.

El 4 de enero siguiente, la acá demandante regresó a la I.P.S. Prosalud Islas. En esa oportunidad, el doctor Osmin Rafael Gómez ordenó la remisión a ortopedia (f. 12 y 14, anexo 1).

El 9 de enero del mismo año, la paciente asistió a la cita de ortopedia y fue atendida por el doctor Elmer Coronado Riveros, médico ortopedista que ordenó *“Reducción Cerrada + Yeso”*²⁰, procedimiento que se llevó a cabo el día siguiente (10-01-02) *“bajo anestesia local”*²¹. El control de la cirugía se realizó 10 días después²². El 11 de febrero de 2002 se retiró el yeso y se remitió a la paciente a fisioterapias²³.

¹⁹ F. 13, anexo 1.

²⁰ F. 15, anexo 1.

²¹ F. 16, anexo 1.

²² F. 17, anexo 1.

²³ F. 18, anexo 1.

El ortopedista Coronado Riveros compareció al proceso en calidad de testigo y, respecto al tratamiento recibido por la demandante, expresó (se transcribe tal como obra en el expediente, incluso con errores):

“La fractura de colles es una rotura del hueso en la extremidad distal del hueso denominado radio, que esta en la zona de la muñeca, estas fracturas según el desplazamiento que tengan requieren una alineación de los fragmentos rotos que es lo que se denomina reducción. Ella vino al día siguiente 10 de enero de 2002 con el yeso y las ordenes para ser atendida en el Hospital, porque era un procedimiento que debía hacerse con anestesia local en la sala de yesos, eso se hizo el día 10 y se le aplicó el yeso y se citó a control en 10 días ... en términos generales entre más rápido se haga es más fácil la reducción y los resultados pueden variar. En general estas fracturas sueldan entre 4 y 6 semanas, si han pasado 14 días se puede considera que ha empezado a consolidarse. Hay que tener en cuenta en la consolidación otros factores entre los cuales se puede contar la edad del paciente, el grado de mineralización etc, ... ella es una señora de 46 años, lo que indica que su capacidad en general la consolidación es un poco más lenta. Clínicamente es muy difícil valorar el estado de consolidación de una fractura, la fractura de la señora no estaba consolidada, porque 14 días no es tiempo suficiente pero sí estaba consolidando... referente al tratamiento de fisioterapia en general, en caso de fracturas similares y particularmente en casos de personas adultas y ancianas, tiene importancia el iniciar una fisioterapia pronto para evitar Anquilosis, que es falta de movimiento en las articulaciones debidas al tiempo prolongado de inmovilización con yeso, esto hay que valorarlo pues una movilización o fisioterapia temprana ayuda generalmente a mejorar la función de la articulación ... la reducción no se pudo hacer de la manera mas adecuada lo cual hubiera ocurrido si hubiese venido antes, porque ya había dificultad en la reducción porque ya se había iniciado la consolidación” (f. 248 y 250, c. 1).

El Instituto de Medicina Legal se pronunció sobre este último aspecto a que hizo mención el doctor Elmer Coronado Riveros, en el sentido de indicar que *“la consolidación viciosa de la fractura de Colles, puede ser atribuida a la demora en la reducción (remisión a ortopedia tardía. Ver Reconocimientos médico-legales números 493-02 y 596-02)”*²⁴.

²⁴ Oficio 215 del 24 de agosto de 2004, f. 325, c. 1.

De igual manera, la fisioterapeuta Jackeline Dimas Ortega aseveró en su testimonio que *“una vez se presenta la fractura el hueso comienza a consolidar, por eso se necesita que se reduzca rápidamente la fractura, porque va a consolidar de todas maneras, pero a veces puede consolidar mal, si hay desplazamiento. Cada día el hueso va consolidándose, por eso es importante reducirla lo más pronto posible”*²⁵.

Ahora, según anotación del 24 de abril de 2002 en la historia clínica, la demandante *“después de 25 sesiones de fisioterapia, no refiere mejoría”*²⁶.

El 29 de junio de ese año, la señora Isabel Vanegas asistió a cita de neurología en Prosalud Islas S.A., *“con cuadro de dificultad para cerrar los dedos de la mano y oposición del pulgar, con mayor compromiso del meñique. Se realiza estudio neurofisiológico incompleto por falta de colaboración de la paciente que no permite que se continúe (sic) con los estudios eléctricos; ni la EMG; pero en lo realizado se sugiere compromiso parcial de nervio mediano, no pudiendo descartar compromiso cubital”*²⁷.

El Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, con apoyo en la historia clínica y en la valoración del estado de la mano izquierda de la demandante, señaló:

“DISCUSIÓN: Se trata de una fractura de Colles (Fractura de radio y de apófisis estiloides de cubito) con compromiso intrarticular del antebrazo izquierdo. Cuya remisión a ortopedia fue tardía (Desconocemos los motivos); iniciándose el tratamiento 15 días después de la lesión.

“La paciente no aceptó las explicaciones que se intentaron dar por parte de uno de los especialistas que la revisaron.

“El estudio electromiográfico fue incompleto por falta de colaboración de la paciente.

“CONCLUSIÓN: La señora MARIA ISABEL VANEGAS ROBLES, presenta como secuela una perturbación funcional del órgano de la aprehensión como consecuencia de una consolidación viciosa de su fractura de antebrazo izquierdo” (f. 68, c. 1).

El 13 de agosto de 2002, la señora Vanegas Robles acudió nuevamente a valoración en ortopedia por parte de Prosalud Islas S.A., en la que se le recomendó *“infiltración (prueba terapéutica y DX) túnel carpiano y continuar tto o*

²⁵ F. 242, c. 1.

²⁶ F. 28, anexo 1.

²⁷ F. 31, anexo 1.

fisioterapia”²⁸. Se citó para control de ortopedia el 28 de enero de 2003, pero no asistió.

El 29 de julio de 2002, el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de San Andrés resolvió la acción de tutela que Isabel Vanegas Robles formuló en contra de Humana Vivir E.P.S. y Prosalud Islas S.A. En la sentencia, el juez constitucional consideró que *“se le realizó tardíamente valoración por ortopedia y radiología, recomendándose estudios de conducción nerviosa para descartar lesión neural ... no solo la atención prestada a la accionante ha sido tardía sino insuficiente, pues no se ha puesto todas las posibilidades existentes al servicio de la paciente, la empresa accionada no ha mostrado mayor interés por el caso”*²⁹. En consecuencia, concedió 48 horas a Humana Vivir E.P.S. *“para que disponga que sean suministrados a la accionante todos los estudios, procedimientos, tratamiento, medicamentos y cirugías si fuere el caso que requiera”*³⁰.

Teniendo en cuenta los supuestos fácticos que fueron probados en el proceso y los aspectos que resultan de interés para la Sala, esto es, la responsabilidad del Hospital Timothy Britton, de Humana Vivir S.A. E.P.S. y de la señora Isabel Vanegas Robles en la generación del daño, es pertinente hacer mención a la conducta asumida por cada una de estas partes en el proceso de atención médica que se inició como consecuencia de la lesión padecida por la demandante.

a. El Hospital Timothy Britton de San Andrés Islas

Según el dictamen del Instituto de Medicina Legal, la perturbación funcional que presenta la señora Isabel Vanegas Robles en la mano izquierda se debe a la “consolidación viciosa” de la fractura que sufrió tras una caída desde su propia altura. A juicio de esa misma entidad, este tipo de consolidación o fijación de huesos puede atribuirse a la demora en la práctica de la reducción³¹ de la fractura; de ahí la importancia de la prontitud con que se maneje la lesión ya que, tal como lo afirmaron el ortopedista Elmer Coronado Riveros y la fisioterapeuta Jackeline Dimas Ortega, la atención oportuna de la misma facilita la reducción de los huesos afectados.

²⁸ F. 36, anexo 1.

²⁹ F. 177 a 183, c. 1.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *“Reducción: 6. (Cirugía) Restitución de la continuidad de una región después de un desplazamiento como la reducción de una fractura ósea alineando los fragmentos fracturados o de una hernia restituyendo el intestino a su posición normal”* (Editorial Océano, Diccionario de Medicina, Océano Mosby, España, 2004).

Se torna relevante, entonces, analizar la atención que recibió la señora Isabel Vanegas Robles en el Hospital Timothy Britton de San Andrés, a cuya unidad de urgencias acudió el 28 de diciembre de 2001, siendo recibida por la doctora Gina Luz Peña Manuel quien, según la historia clínica, instaló una férula en el brazo izquierdo de la paciente y ordenó la toma de una radiografía.

Al respecto, la doctora Peña Manuel aseguró que, a partir de la lectura de la radiografía, pudo evidenciar que se trataba de una *“fractura distal de apófisis estiloides del cúbito y trauma de tejido blando”*³² y que, por tal motivo, inmovilizó la extremidad con férula de yeso provisional y remitió a la paciente para valoración en ortopedia, la cual debía llevarse a cabo el día siguiente, en el salón de yesos de la sección de urgencias del Hospital Timothy Britton, de tal manera que la paciente no tuviera necesidad de acudir al médico general de la I.P.S.

No obstante, lo dicho por la testigo no tiene respaldo probatorio, toda vez que no existe registro alguno en la historia clínica sobre la remisión directa al ortopedista a que hace referencia y, al contrario, se observa que su trabajo consistió, únicamente, en aplicar la férula de yeso en el brazo izquierdo de la paciente y darle *“salida con fórmula”*³³. En esa medida, entiende la Sala la razón por la cual la demandante no regresó al día siguiente a la cita en ortopedia, pues, se insiste, no contaba con la orden de remisión.

A juicio de la Sala, la falta de remisión inmediata de la paciente a ortopedia constituyó una falla del servicio por parte del hospital demandado, pues, se insiste, la inmediatez en el manejo de la fractura era determinante para su buena consolidación y, sin embargo, hubo demora en el tratamiento de la lesión, lo cual influyó en la incorrecta fijación de los huesos. No puede olvidarse que, según el ortopedista Elmer Coronado Riveros, *“la reducción no se pudo hacer de la manera mas (sic) adecuada lo cual hubiera ocurrido si hubiese venido antes, porque ya había dificultad en la reducción porque ya se había iniciado la consolidación”*³⁴.

b. Humana Vivir S.A. E.P.S.

³² F. 233, c. 1.

³³ F. 11, anexo 1.

³⁴ F. 249, c. 1.

Como se indicó *ab initio*, Humana Vivir S.A. E.P.S. contrató la prestación de los servicios de salud de Prosalud Islas S.A I.P.S., de manera que, en virtud de la falla de esta última detectada por el Tribunal de primera instancia, se estableció que la E.P.S. omitió su deber de controlar y garantizar la prestación integral del servicio de salud.

Humana Vivir S.A. E.P.S. fundó el recurso de apelación, principalmente, en que no le asistía la obligación de ejercer vigilancia sobre las actividades de la I.P.S. contratada ya que, según el convenio de prestación de servicios, la entidad contratista debía asumir toda responsabilidad derivada del mismo, de manera que su deber se limitaba a verificar el lleno de los requisitos de funcionamiento de Prosalud Islas S.A.

Los argumentos de la entidad apelante pugnan con el marco jurídico del sistema de seguridad social integral, pues, si bien es cierto que la Ley 100 de 1993 autorizó a las entidades promotoras de salud (E.P.S.)³⁵ para brindar, de forma directa o a través de las instituciones prestadoras de salud (I.P.S.), el mencionado servicio público a sus afiliados y que éstas últimas cuentan con autonomía administrativa, técnica y financiera³⁶ para ejecutar las actividades concernientes al cumplimiento del deber encargado, también es cierto que dicha autonomía no es óbice para que las E.P.S., en virtud de su deber de garantizar la atención integral a la población afiliada al sistema, ejerzan control y supervisión sobre sus contratistas; de hecho, el artículo 178 de la mencionada ley les impone la función de *“establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las instituciones prestadoras de servicios de salud”*.

Así las cosas, la Sala considera que Humana Vivir S.A. E.P.S. incurrió en omisión por la inobservancia de su principal función legal, esto es, garantizar la prestación del servicio integral de salud a sus afiliados, en este caso, a señora Isabel

³⁵ *“Artículo 177: Las entidades promotoras de salud son las entidades responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del fondo de solidaridad y garantía. Su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan de salud obligatorio a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en la presente ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes unidades de pago por capitación al fondo de solidaridad y garantía, de que trata el título III de la presente ley”*.

³⁶ *“Artículo 185: ... Las instituciones prestadoras de servicios deben tener como principios básicos la calidad y la eficiencia, y tendrán autonomía administrativa, técnica y financiera. Además propenderán por la libre competencia en sus acciones, proveyendo información oportuna, suficiente y veraz a los usuarios, y evitando el abuso de posición dominante en el sistema. Están prohibidos todos los acuerdos o convenios entre instituciones prestadoras de servicios de salud, entre asociaciones o sociedades científicas, y de profesionales o auxiliares del sector salud, o al interior de cualquiera de los anteriores, que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del mercado de servicios de salud, o impedir, restringir o interrumpir la prestación de los servicios de salud”*.

Vanegas Robles, ya que su actividad no podía limitarse a contratar los servicios de un tercero, sino que debió supervisar el adecuado cumplimiento de las labores confiadas a éste; no obstante, no existe prueba que así lo demuestre.

c. Responsabilidad de la demandante

La señora Vanegas Robles explicó en el recurso de apelación que, dado que los resultados de la radiografía salieron el 3 de enero de 2002, debía entenderse que éstos le fueron entregados el viernes 4 de enero de ese año y que sólo pudo acudir a la cita de ortopedia el siguiente día hábil, es decir, el 8 de enero, siendo remitida al especialista el 9 de enero. Consideró, entonces, que su conducta no fue negligente y que, al contrario, fueron las entidades demandadas las responsables del tratamiento inoportuno con que se atendió la lesión.

En primer lugar, debe decirse que, tal como atrás se señaló, no está probado en el expediente que el personal médico que atendió a la demandante en la unidad de urgencias del Hospital Timothy Britton la haya remitido a una cita prioritaria por ortopedia, la cual se llevaría a cabo al día siguiente (29-12-01), de manera que resulta difícil reprochar que la señora Isabel Vanegas no haya acudido en esa fecha al salón de yesos del hospital con el fin de recibir atención especializada.

En segundo lugar, se observa que, el 2 de enero de 2002, Isabel Vanegas asistió a consulta en la I.P.S. en la que, según el médico que la atendió, doctor Osmín Gómez, le pidió *“que fuera al Hospital Timothy Britton y regresara a traerme la radiografía, y la paciente no regresó ese día”*. De este hecho se puede inferir, en principio, que la señora Vanegas fue renuente ante las indicaciones del galeno; sin embargo, la realidad fáctica indica que la paciente no pudo regresar con el examen solicitado, ya que los resultados de la radiografía salieron el día siguiente, esto es, el 3 de enero de 2002 y, en consecuencia, el doctor Osmín Rafael Gómez ordenó la remisión de la paciente al servicio de ortopedia el 4 de enero.

Ahora, es cierto que la demandante no acudió el 8 de enero de 2002 al especialista - como lo aseguró en la apelación - y que su primera cita con el ortopedista se llevó a cabo el miércoles 9 de enero de ese año; sin embargo, ello no es suficiente para entender que la apelante incurrió en un descuido de tal entidad que le imponga el deber de asumir la responsabilidad por el daño alegado, ni mucho menos que permita exonerar a las entidades demandadas.

4. Liquidación de perjuicios

Perjuicios morales

Respecto de la cuantía de la indemnización de este perjuicio, debe recordarse que, de conformidad con lo expresado en sentencia del 6 de septiembre de 2001, esta Sala ha abandonado el criterio según el cual se estimaba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980, para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicios morales; se ha considerado, en efecto, que la valoración de dicho perjuicio debe ser hecha por el juzgador, en cada caso, según su prudente juicio.

En casos como el que ahora se estudia, la Sala ha acudido al elemento probatorio que certifique el porcentaje de la pérdida de capacidad laboral del lesionado, con el fin de establecer el monto de la condena a imponer por concepto de este perjuicio.

En este sentido, teniendo en cuenta que la Junta de Calificación de Invalidez del Atlántico certificó que la señora Isabel Vanegas Robles sufrió una pérdida de la capacidad laboral del 35.20%, como consecuencia de la perturbación funcional de la mano izquierda, la Sala estima que la indemnización por perjuicios morales debe ser de 60 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Perjuicios materiales

Daño emergente

La parte actora acreditó que, como consecuencia de la acción de tutela instaurada en contra de las acá también demandadas, incurrió en gastos de honorarios de abogado, correspondientes a \$300.000³⁷, suma que se actualizará según la siguiente fórmula:

³⁷ Factura de venta 0006, f. 70, c.1.

$$VA = VH \times \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

En donde:

VA = valor actualizado

VH= valor histórico

Índice final = índice de precios al consumidor para la fecha de la presente providencia.

Índice inicial = índice de precios al consumidor vigente al momento en que se efectuó el pago al abogado (30 de julio de 2002).

$$VA = \$300.000 \times \frac{116,91}{69,94}$$

VA= \$501.472

Lucro cesante

Pese a que no existe material probatorio que demuestre con exactitud cuánto devengaba la señora Isabel Vanegas en razón de su trabajo, sí existe un testimonio³⁸ en el que se aseguró que aquella, antes de sufrir la pérdida de la capacidad laboral a que se ha hecho mención, desarrollaba una actividad económica como empleada doméstica ocasional; además, para la época en que se diagnosticó el porcentaje de su incapacidad, se encontraba en una edad productiva (48 años)³⁹, esto es, con capacidad de ejercer una actividad laboral o comercial que le permitiera percibir por lo menos un salario mínimo.

En este orden de ideas, la Sala liquidará el mencionado perjuicio teniendo en cuenta el valor del salario mínimo mensual vigente a la fecha de la presente sentencia, es decir, la suma de \$616.000⁴⁰, pues ésta resulta, en términos de equidad, más beneficiosa que la que arroja la actualización del salario mínimo vigente para la época en que se expidió el dictamen de calificación de la pérdida

³⁸ Testimonio de Flor María González de Santamaría: *"ella me lavaba y me planchaba la ropa en la casa... Lo hacía por días y yo le pagaba esos días... Le pagaba \$40.000 o \$50.000 dependiendo de la cantidad de ropa, cada vez que iba. Ella iba a lavar dos (2) veces por semana y a planchar una (1) vez a la semana"* f. 244 a 246, c. 1.

³⁹ F. 269, c. 1.

⁴⁰ Salario mínimo legal mensual vigente para el año 2014.

de capacidad laboral (24 de diciembre de 2003, momento en que se conoció el daño) (\$510.577), la cual se deriva de aplicar al salario mínimo de esa época (\$332.000) la fórmula utilizada para actualizar la renta, así:

$$Ra = R (332.000) \frac{\text{índice final - junio/2014 (116,91)}}{\text{índice inicial - diciembre/2003 (76,02)}} = \$510.577$$

El valor del salario mínimo legal vigente será incrementado en un 25% (\$154.000), por concepto de prestaciones sociales, para un total de \$770.000, y de este resultado se tomará, finalmente, el 35.20% que corresponde al porcentaje de pérdida de la capacidad laboral de Isabel Vanegas Robles, es decir, que la base para la liquidación es la suma de **\$271.040**.

Indemnización debida o consolidada

Para el lucro cesante consolidado, el período indemnizable es el comprendido entre la fecha en que se conoció el daño, esto es, el 24 de diciembre de 2003 y la fecha de la presente sentencia. Para calcularlo, se aplicará la fórmula matemático - actuarial utilizada al efecto por la jurisprudencia, que se expresa en los siguientes términos, donde "i" es una constante (0.004867) y "n" corresponde al número de meses transcurridos, desde los hechos, hasta ahora (126.9):

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i}$$

$$S = \$271.040 \frac{(1+0.004867)^{126.9} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$47'432.674$$

Indemnización futura

Para el lucro cesante futuro, el período indemnizable es el comprendido entre la fecha de esta sentencia y la fecha de vida probable de la lesionada (que resulta de calcular la expectativa de vida al momento en que se conoció el daño -30.99 años⁴¹-, es decir, 371,88 meses), tiempo al que se le restarán los 126.9 meses del

⁴¹ Resolución No. 0497 del 20 de mayo de 1997, expedida por la Superintendencia Bancaria.

período consolidado, para un total a indemnizar, por lucro cesante futuro, de 244.98 meses. Para su liquidación, se aplicará la fórmula matemático - actuarial utilizada al efecto por la jurisprudencia, la cual se expresa en los siguientes términos, donde "i" es una constante y "n" corresponde al período mencionado, esto es, 244.98 meses, así:

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i(1+i)^n}$$

$$S = \$271.040 \frac{(1+0.004867)^{244.98} - 1}{0.004867(1+0.004867)^{244.98}}$$

$$S = \$38'737.720$$

En este orden de ideas, el valor total de la indemnización por lucro cesante a favor de Isabel Vanegas Robles es de ochenta y seis millones ciento setenta mil trescientos noventa y cuatro pesos **\$86'170.394**.

a. Daño a la salud

Si bien la Sala, hasta hace poco, reconocía bajo el concepto de "alteración a las condiciones de existencia" los perjuicios inmateriales diferentes al perjuicio moral, en el sub lite se reconocerá dicho perjuicio bajo la denominación de daño a la salud, pues, de conformidad con la jurisprudencia reciente de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el daño a la salud es la categoría autónoma que resulta adecuada para indemnizar los perjuicios cuando el daño provenga de una lesión corporal, toda vez que dicha denominación comprende toda la órbita sicofísica del sujeto y está encaminado a resarcir económicamente una lesión o alteración a la unidad corporal de las personas⁴².

Bajo esta perspectiva y en consideración a que el daño reclamado por Isabel Vanegas Robles provino de una lesión física que le implicó una pérdida de la capacidad laboral del 35.20%, la Sala le reconocerá, por concepto de daño a la salud, 80 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

5. Condena en costas

⁴² Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente 19031, C.P. Enrique Gil Botero.

En consideración a que no se evidenció temeridad ni mala fe en la actuación procesal de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo establecido en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

MODIFÍCASE la sentencia del 31 de octubre de 2005, proferida por el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. En su lugar:

PRIMERO: DECLÁRANSE patrimonial y solidariamente responsables al Hospital Timothy Britton de San Andrés Islas, a Humana Vivir S.A. E.P.S. y a Prosalud Islas S.A. I.P.S., por los perjuicios ocasionados a la señora Isabel Vanegas Robles.

SEGUNDO: En consecuencia, **CONDÉANSE** al Hospital Timothy Britton de San Andrés Islas, a Humana Vivir S.A. E.P.S. y a Prosalud Islas S.A. I.P.S. a pagar solidariamente, a título de indemnización por perjuicios morales, el equivalente a sesenta (60) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de esta sentencia, a favor de la señora Isabel Vanegas Robles.

TERCERO: CONDÉANSE al Hospital Timothy Britton de San Andrés Islas, a Humana Vivir S.A. E.P.S. y a Prosalud Islas S.A. I.P.S. a pagar, por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de daño emergente, la suma de quinientos un mil cuatrocientos setenta y dos pesos (**\$501.472**), a favor de Isabel Vanegas Robles.

CUARTO: CONDÉANSE al Hospital Timothy Britton de San Andrés Islas, a Humana Vivir S.A. E.P.S. y a Prosalud Islas S.A. I.P.S. a pagar solidariamente, por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, la suma de ochenta y seis millones ciento setenta mil trescientos noventa y cuatro pesos **\$86'170.394**, a favor de Isabel Vanegas Robles.

QUINTO: CONDÉNANSE al Hospital Timothy Britton de San Andrés Islas, a Humana Vivir S.A. E.P.S. y a Prosalud Islas S.A. I.P.S. a pagar solidariamente, por daño a la salud, el equivalente a ochenta (80) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a favor de la señora Isabel Vanegas Robles.

SEXTO: ABSTIÉNESE de condenar en costas

SÉPTIMO: Una vez en firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

OCTAVO: DÉSE cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, para lo cual se expedirá copia de la sentencia de segunda instancia, conforme a lo dispuesto en el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil. Para tal efecto, el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina cumplirá los dictados del artículo 362 del C. de P. C.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA