

DAÑO - Muerte de niña de tres años. Dengue hemorrágico / DAÑO ANTIJURIDICO - Configuración. Acreditación / PERJUICIO MORAL - Prueba. Registro Civil

De conformidad con lo expuesto, la Sala encuentra acreditado el daño invocado por la parte actora, pues está probado en el expediente que la menor María Fernanda Agudelo Suárez, presentó complicaciones en su estado de salud que ocasionaron su muerte. De igual forma se encuentra acreditado el parentesco en primer y segundo grado de consanguinidad de los demandantes con la menor María Fernanda Agudelo Suárez de acuerdo con los registros civiles que se allegaron al proceso. El nexo de parentesco que existe entre la occisa y los accionantes, permite a la Sala inferir los perjuicios morales que para ellos surgieron como consecuencia de la muerte de la menor. **NOTA DE RELATORIA:** En relación con la prueba de la existencia de perjuicios morales, acreditación del daño y parentesco, consultar sentencias de: abril 10 de 2003, exp. 13834; 12 de febrero de 2004, exp. 14955; 24 de febrero de 2005, exp. 14335; 8 de marzo de 2007, exp. 15459; 23 de abril de 2008, exp. 16186 y de 26 de enero de 2011, exp. 18617

IMPUTABILIDAD DEL DAÑO - La Constitución Política de 1991 no privilegió ningún régimen de responsabilidad extracontractual en particular / IMPUTABILIDAD DEL DAÑO - Se debe fallar en relación con la aplicación del título de imputación correspondiente y su consonancia con la realidad probatoria en eventos que guardan ciertas semejanzas fácticas entre sí / IMPUTABILIDAD DEL DAÑO - No puede la jurisprudencia establecer un único título de imputación / RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL Y PATRIMONIAL DEL ESTADO - No se privilegia ningún régimen de responsabilidad. Variación según las circunstancias particulares de cada caso

En cuanto a la imputabilidad del daño a la administración, es pertinente poner de presente que en reciente pronunciamiento, la Sección Tercera del Consejo de Estado en pleno señaló que, así como la Constitución Política de 1991 no privilegió ningún régimen de responsabilidad extracontractual en particular, tampoco podía la jurisprudencia establecer un único título de imputación a aplicar a eventos que guarden ciertas semejanzas fácticas entre sí, ya que éste puede variar en consideración a las circunstancias particulares acreditadas dentro del proceso y a los parámetros o criterios jurídicos que el juez estime relevantes dentro del marco de su argumentación (...) no todos los casos en los que se discuta la responsabilidad del Estado por daños derivados de un supuesto de hecho que guarde semejanzas deben resolverse de la misma forma pues, se insiste, el juez puede –en cada caso concreto- válidamente considerar que existen razones tanto jurídicas como fácticas que justifican la aplicación de un título de imputación o una motivación diferente. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre el tema consultar sentencias de 19 de abril de 2012, exp. 21515 y 23 de agosto de 2012, exp. 23219

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRESTACION DEL SERVICIO DE SALUD - De naturaleza subjetiva / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRESTACION DEL SERVICIO DE SALUD - Aplicación del título de imputación de falla del servicio / RESPONSABILIDAD MEDICA - Falla en la prestación del servicio / FALLA DEL SERVICIO MEDICO - Presupuestos de configuración

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha consolidado una posición en materia de responsabilidad del Estado por la prestación del servicio de salud, en virtud de la cual aquella es de naturaleza subjetiva, advirtiendo que es la falla probada del servicio el título de imputación bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria, de suerte que se exige acreditar la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquella y éste. En materia médica, para que pueda predicarse la existencia de una falla, la Sala ha precisado que es necesario que se demuestre que la atención no cumplió con estándares de calidad fijados por el estado del arte de la ciencia médica, vigente en el momento de la ocurrencia del hecho dañoso. Del mismo modo, deberá probarse que el servicio médico no ha sido cubierto en forma diligente, esto es, que no se prestó el servicio con el empleo de todos y cada uno de los medios humanos, científicos, farmacéuticos y técnicos que se tengan al alcance. **NOTA DE RELATORIA:** Consultar sentencias de: 31 de agosto de 2006, exp. 15772; octubre 3 de 2007, exp. 16402; 23 de abril de 2008, exp. 15750; 1 de octubre de 2008, exps. 16843 y 16933; 15 de octubre de 2008, exp. 16270; 28 de enero de 2009, exp. 16700; 19 de febrero de 2009, exp. 16080; 18 de febrero de 2010, exp. 20536; 9 de junio de 2010, exp. 18683; 25 de febrero de 2009, exp. 17149 y de 11 de febrero de 2009, exp. 14726

FALLA DEL SERVICIO MEDICO - Muerte de niña de 3 años. Dengue hemorrágico / CONFIGURACION DE UNA FALLA DEL SERVICIO MEDICO - Negligencia y desatención oportuna por parte del personal médico. Muerte de niña de 3 años, sujeto de especial protección por parte del Estado / CONFIGURACION DE UNA FALLA DEL SERVICIO MEDICO - Por omisión al no haber remitido a la menor a otro centro de salud o al hospital en donde le practicaran los exámenes de laboratorios requeridos

[E]n el caso concreto existió una falla del servicio médico, por cuanto a la menor María Fernanda Agudelo Suárez no se le suministró la atención y los procedimientos requeridos según los síntomas presentados desde su valoración de ingreso, en la E.S.E. Villavicencio. (...) las complicaciones presentadas por la niña a la madrugada del 24 de septiembre de 2002, se produjeron como consecuencia de la negligencia y desatención con que fue tratada por los galenos de la E.S.E. demandada. (...) según la prueba recaudada, valorada en su conjunto, y atendiendo los síntomas presentados por María Fernanda Agudelo Suárez, era predecible y prevenible el deterioro de su salud con motivo del dengue que la aquejaba; y a pesar de esto fue tratada con desidia por parte de los profesionales de la salud que tuvieron a cargo la atención de la niña, conducta con la cual se incurrió en una clara falla del servicio médico por omisión, consistente fundamentalmente en no haber remitido a la menor a otro centro de salud o al hospital en donde le practicaran los exámenes de laboratorios requeridos y acertadamente recetados por el médico de turno que la atendió el viernes 20 de septiembre de 2002. (...) la paciente no recibió la atención apropiada ni oportuna y que se probó la negligencia en la actuación médica alegada por la parte actora. Por tal razón, procederá a declarar la existencia de una falla del servicio médico. En consecuencia, la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo del Meta habrá de confirmarse. (...) Cabe resaltar que la falla del servicio en este caso reviste una mayor gravedad por tratarse la paciente, de una niña menor de edad, es decir sujeto de especial protección por parte del Estado, toda vez que la Constitución Política de 1991 establece la prelación de los derechos de los niños. La Corte Constitucional en sentencia T-760-08 enfatizó en las medidas de protección especial que se debe a los menores, las cuales deben tener por finalidad garantizar a los niños su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

FALLA DEL SERVICIO MEDICO - Llamado de atención al apoderado de entidad médico hospitalaria por la utilización de lenguaje inadecuado frente al dolor de los padres de niña fallecida

[L]a Sala hace un llamado de atención al apoderado de la E.S.E. Villavicencio por el lenguaje utilizado en el recurso de apelación, que resulta indelicado frente al dolor de los familiares de la menor fallecida. En efecto afirmar que los padres de la niña debieron tomar los exámenes en un laboratorio privado y que como no lo hicieron “no era ni tanto su amor, su afán o preocupación” resulta a todas luces desproporcionado, grosero e inhumano. Este argumento no solamente carece de sentido por tratarse de una familia humilde beneficiaria del Sisben, que no contaba con los recursos económicos para asumir el costo de los exámenes, sino que en cualquier caso afirmaciones como la citada merecen el reproche de esta Corporación y no son propios del profesionalismo en el ejercicio del derecho.

TASACION DE PERJUICIOS MORALES - Padres de menor fallecida. En primera instancia 1000 gramos oro. Reconocimiento de 100 s.m.m.l.v. Reiteración de sentencia de unificación / TASACION DE PERJUICIOS MORALES - Hermanos de menor fallecida. En primera instancia 700 gramos oro. Reconocimiento de 50 s.m.m.l.v. Reiteración de sentencia de unificación

Teniendo en cuenta, que el Tribunal de primera instancia reconoció la indemnización que se otorgaba cuando los perjuicios morales se tasaban en gramos de oro, esta Corporación con aplicación de la facultad discrecional que le asiste frente a estos casos, procederá a realizar la conversión de la condena en salarios mínimos, para la fecha de ejecutoria del presente fallo, sin hacer más gravosa la condena al apelante único. A favor de Ana Argenis Suárez Cortes y Gonzalo Agudelo, padres de la menor María Fernanda Agudelo Suárez, el a quo reconoció “1000 GRAMOS ORO para cada uno”. En consecuencia, la Sala reconocerá en su favor la suma equivalente a 100 smlmv. A favor de Yessica Alexandra Vaquiro Suárez, Erika Tatiana Agudelo Suárez, Gilari Yised Agudelo Suárez y Yeferson Andrés Agudelo Suárez, el a quo reconoció “700 GRAMOS ORO para cada uno”. Sería del caso reconocer una suma equivalente a 70 smlmv. Sin embargo, en reciente sentencia de la Sección Tercera se unificaron los criterios de esta Corporación en materia de tasación de los perjuicios inmateriales en favor de los familiares de una persona fallecida, según el grado de parentesco; por lo tanto, la Sala dará aplicación a lo allí dispuesto y ordenará indemnizar a cada uno de los hermanos de la víctima con la suma equivalente a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria del presente fallo. **NOTA DE RELATORIA:** Consultar sentencia de unificación de fecha 28 de agosto de 2014, exp. 27709.

NOTA DE RELATORIA: Con salvamento parcial de voto de la doctora Stella Conto Díaz del Castillo

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION B

Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH

Bogotá, cinco (5) de marzo de dos mil quince (2015)

Radicación número: 50001-23-31-000-2002-00375-01(30102)

Actor: ANA ARGENIS SUAREZ CORTES Y OTROS

Demandado: E.S.E. VILLAVICENCIO

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 12 de octubre de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo del Meta, por medio de la cual se concedieron las pretensiones de la demanda. La sentencia recurrida será confirmada.

SÍNTESIS DEL CASO

El 20 de septiembre de 2002, la menor María Fernanda Agudelo Suárez presentó fiebre intensa, vómito, diarrea y dejadez inusual, por lo que sus padres la llevaron al puesto de salud del barrio La Esperanza, perteneciente a la E.S.E. Villavicencio. Allí fue valorada por un médico general quien le ordenó exámenes de laboratorio, los cuales no le fueron practicados por cuanto este no funcionaba los viernes en la noche, los sábados, ni los domingos, razón por la que la niña regresó a la casa. Al día siguiente, la llevaron nuevamente porque persistieron los síntomas, ante lo cual le formularon diclofenaco y la niña fue devuelta a la casa. El lunes 23 de septiembre del mismo año los padres regresaron con la menor en grave estado de salud reflejado en los resultados de los exámenes tomados ese mismo día, por lo cual, fue hospitalizada con diagnóstico de dengue clásico, medicación y orden de realizar cuadro hemático al día siguiente. El mismo día, la paciente de tres años presentó sangrado. Finalmente, el 24 de septiembre de 2002 su estado de salud empeoró progresivamente y falleció.

ANTECEDENTES

I. Lo que se demanda

1. Mediante escrito presentado el 5 de noviembre de 2002, ante el Tribunal Administrativo del Meta (f. 39-47 c.1.), los señores Ana Argenis Suárez Cortés y Gonzalo Agudelo Velásquez, quienes actúan en nombre propio y en representación de sus hijos, Yessica Alexandra Vaquiro Suárez, Erika Tatiana Agudelo Suárez, Gilari Yised Agudelo Suárez y Yeferson Andrés Agudelo Suárez, a través de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el art. 86 del C.C.A., presentaron demanda contra la E.S.E. Villavicencio, con el fin de que se realicen las siguientes declaraciones y condenas:

1. *La E.S.E., Empresa Social del Estado, Instituto Descentralizado de Salud Municipal de Villavicencio, es directamente responsable de la totalidad de los perjuicios causados a los demandantes, como consecuencia de la muerte prematura de su hija María Fernanda Agudelo Suárez, el día 24 de septiembre del año 2002.*

2. *Condénese a la E.S.E., Empresa Social del Estado del Orden Municipal de Villavicencio, a pagar a favor de los demandantes.*

2.1. Daños Morales:

Con el equivalente en pesos, de la fecha de ejecutoria de la sentencia y /o conciliación si la hubiere así:

a) Tres mil (3000) gramos oro fino para la señora Ana Argenis Suárez Cortés en su calidad de madre de la menor fallecida.

b) Tres mil (3000) gramos oro fino para el señor Gonzalo Agudelo Velásquez en su calidad de padre de la menor fallecida.

c) Mil gramos oro fino para cada uno de sus hermanos Yessica Alexandra Vaquiro Suárez, Erika Tatiana Agudelo Suárez, Gilari Yised Agudelo Suárez y Yeferson Andrés Agudelo Suárez.

3. *La E.S.E., Empresa Social del Estado del Orden Municipal, dará cumplimiento a la sentencia y/o conciliación si la hubiere, en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A., e igualmente se pagarán los intereses moratorios desde la fecha de la ejecutoria, dando aplicación a la sentencia de la Corte Constitucional C-188 del 24 de marzo de 1999 con ponencia del Doctor José Gregorio Hernández Galindo.*

2. Afirma la parte demandante que la E.S.E. Villavicencio es responsable de la muerte de la menor María Fernanda Agudelo Suárez, porque no le tomaron a tiempo los exámenes de laboratorio, no se tomaron las medidas preventivas frente a un posible sangrado súbito -circunstancia que a juicio de la actora era previsible dado el bajo número de plaquetas que presentaba-, no se estableció qué grupo sanguíneo ni RH era la niña para atender una emergencia, no fue valorada por el

especialista pediatra y tampoco fue remitida a un hospital de mayor nivel, con el fin de que se le hubiese podido brindar un manejo oportuno.

II. Trámite procesal

3. En la oportunidad para **alegar de conclusión** la parte actora solicitó que se accediera a las pretensiones de la demanda por encontrarse plenamente acreditadas las omisiones en que incurrió la demandada. Hizo un análisis de las pruebas recaudadas, según las cuales, la menor debió ser enviada a un centro de mayor nivel, lo que no ocurrió, por lo que a juicio de la parte actora se encuentra probada la negligencia médica (f. 92-94, c.1).

4. El Tribunal Administrativo del Meta, el 12 de octubre de 2004 profirió **sentencia de primera instancia**, en la que declaró responsable a la E.S.E. de Villavicencio por el fallecimiento de la menor María Fernanda y la condenó a pagar los perjuicios ocasionados a los demandantes. El *a quo* consideró que además de existir error en el diagnóstico, la atención que se le brindó a la paciente no fue la adecuada. Sustenta esta conclusión en las pruebas sobre las circunstancias específicas en las que se dieron los hechos, pues, la menor no fue atendida en una zona alejada desprovista de recursos técnicos-científicos sino en una capital de departamento, a pocas cuadras de distancia del Hospital Regional de Villavicencio, por lo que no se explica por qué la menor no fue remitida por el galeno que la atendió el 21 de septiembre de 2002. Adicionalmente considera que los síntomas que presentó inicialmente la menor, permitían diagnosticar sin mayor dificultad el dengue por tratarse de una enfermedad tropical que no es ajena a los territorios del Llano; considera que por el contrario, es sabido que los médicos de esa latitud son más peritos que los de la capital de la República en este tipo de enfermedades: *“No se concibe que una enfermedad como esta, de común ocurrencia en los Llanos Orientales, no se haya atendido desde un principio con la suficiente diligencia y cuidado, pues sabido es, que el Dengue si es tratado desde un comienzo, puede ser controlado perfectamente, pero si se deja avanzar hasta la fase de hemorrágico, el desenlace puede ser fatal como aconteció en el caso bajo estudio. No se entiende porque (sic) razón no se trasladó oportunamente a la menor a un centro médico con mejores capacidades técnicas y científicas, más aún, cuando se trataba de una paciente de escasos años, sin recursos económicos, pues está demostrado que era afiliada al Sisben en estrato uno”* (f. 113 c.p.). Así falló la primera instancia:

PRIMERO: DECLARAR ADMINISTRATIVAMENTE RESPONSABLE a la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO–E.S.E. Instituto de Salud Descentralizado del orden municipal de Villavicencio- por el fallecimiento de la menor **MARÍA FERNANDA AGUDELO SUÁREZ**, acaecida en las circunstancias anotadas en este proveído.

SEGUNDO: CONDENAR a la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO–E.S.E. Instituto de Salud Descentralizado del orden municipal de Villavicencio- a pagar por concepto de perjuicios morales a **ANA ARGENIS SUÁREZ CORTÉS** y **GONZALO AGUDELO ÁLVAREZ**, padres de la menor fallecida, el valor correspondiente a MIL (1.000) GRAMOS ORO para cada uno.

Para los hermanos de la fallecida, **YESSICA ALEXANDRA VAQUIRO SUÁREZ**, **ERIKA TATIANA AGUDELO SUÁREZ**, **GILARI YISED AGUDELO SUÁREZ**, **YEFERSON ANDRÉS AGUDELO SUÁREZ**, el valor correspondiente a SETECENTOS (sic) (700) GRAMOS ORO para cada uno.

El valor del metal, será el que certifique el Banco de la República, para la fecha en que quede en firme esta providencia.

TERCERO: Dese aplicación a lo dispuesto en los arts. 167 y 177 del C.C.A.

5. El 16 de noviembre de 2004, la parte demandada interpuso **recurso de apelación** contra la anterior decisión, en el cual solicitó que se revoque la sentencia impugnada y, en su lugar, se nieguen las pretensiones de la demanda, con fundamento en los siguientes argumentos (f. 119-121 c.p.):

5.1. El tribunal debió desechar como pruebas la historia clínica y el registro civil de nacimiento de la menor por haber sido aportados en copia simple. De haberlo hecho, hubiera quedado sin respaldo probatorio i) la relación de causalidad entre la muerte de la niña y la actuación de la E.S.E. y ii) el parentesco entre la menor fallecida y sus padres y hermanos. Al no haberse aportado la prueba idónea en forma legal, debieron desecharse las pretensiones.

5.2. Debió declararse inepta demanda porque la parte actora no probó la capacidad jurídica de la parte demandada ya que no se aportó el acto administrativo creador de la E.S.E. municipal.

5.3. Los padres de la menor, al saber que no había servicio de laboratorio en aquel centro de salud, debieron superar el obstáculo y acudir a un laboratorio particular para que le realizaran a la niña los exámenes ordenados, de donde se deduce que *“no era ni tanto su amor, su afán o preocupación, ni real interés por la mejoría y recuperación de su hija. (...) eran conscientes y sabían de esta limitante*

en el centro de salud, pero más pudo su pereza, y desinterés que la voluntad de ver restablecida su hija (sic)... Si los padres de la menor hubieran tomado en serio y con diligencia los síntomas de María Fernanda y la hubieran llevado a un laboratorio particular para la toma de exámenes apenas fue ordenado, seguramente con los resultados el médico del centro de primer nivel la hubiera remitido a un centro de mayor complejidad" (f.120 c.p.).

6. En el término concedido para presentar alegatos en esta instancia, mediante escrito del 5 de abril de 2006, la parte demandante reiteró lo expuesto en las otras etapas procesales.

7. El Ministerio Público presentó concepto en el que señaló que no se encuentran cumplidos los presupuestos procesales por cuanto, a su juicio, se evidencia falta de legitimación en la causa de los demandantes porque se aportó copia informal o simple del registro civil de nacimiento de la menor y por tanto no se encuentra acreditado el parentesco. De igual forma advirtió que no se allegó certificado de defunción de la víctima para acreditar la muerte y afirmó que pese al protocolo de necropsia que obra en el plenario no puede tenerse por probado el fallecimiento, toda vez que se trata de una prueba material *ad probationem*. Por las razones expuestas la Procuraduría solicitó en esta instancia el decreto de las pruebas indispensables para acreditar el nacimiento y muerte de la menor. Adicionalmente -y en el entendido de que las pruebas fueran allegadas-, manifestó lo siguiente frente al fondo del asunto:

... se está frente a una falla probada en el servicio, por cuanto se encuentra suficientemente acreditado por los demandantes con todo el acervo probatorio, en especial con el informe de responsabilidad médica, que para el día 23 "EN HORAS DE LA NOCHE DEBIÓ SER VALORADA Y REMITIDA A UN NIVEL SUPERIOR PARA GARANTIZAR MAYOR ATENCIÓN" (fls.69 y 70 c.1.), con lo cual se concluye que la menor MARÍA FERNANDA AGUDELO SUÁREZ no se le prestó desde el primer momento en forma adecuada la asistencia médica y hospitalaria debida, como quiera que no se estudió en forma seria, concienzuda y profesional su estado de salud, ni se dispuso por el galeno la práctica de exámenes y sus correspondientes análisis, para establecer desde el primer momento las posibles causas del caso febril y vómito que presentaba la paciente, más cuando era superior a tres días. Y agrava el comportamiento del personal médico que reingresada por dichos síntomas se le trató en forma ligera pese al diagnóstico febril, al tiempo de evolución y a la demás sintomatología que acompañaba a la paciente, reflejada en los resultados de los exámenes de laboratorio, particularmente en el recuento de las plaquetas; como al desatender la médica tratante los llamados del auxiliar de enfermería, situación que se traduce en descuido y negligencia, y que la llevó a la muerte, lo que permite inferir, sin lugar a

equivocos, que al equipo médico que acompañó en la hospitalización a la paciente, no procedió en forma profesional y rigurosa a establecer las causas de la sintomatología que presentaba la menor, para tratar adecuadamente el dengue hemorrágico que tardíamente se había diagnosticado y no se atendió conforme a los protocolos médicos, y tal omisión sin lugar a dudas llevó al funesto desenlace.

(...)

*Se tiene, además, en forma incontrovertible, que la paciente cuando ingresó al Centro Asistencial, presentaba los mencionados síntomas y la muerte se hubiera podido evitar si se le atiende en forma debida y se remite a un centro asistencial de mayor complejidad que contara con la infraestructura necesaria para realizarle a la paciente los exámenes de laboratorio con la frecuencia requerida, cada cuatro horas; lo que hace más patente la clara e inadecuada atención y la falta de cuidado del personal médico. Así las cosas no cabe duda que hubo falla en el servicio por parte de la Administración, al obrar en forma grave y negligente en el procedimiento de diagnóstico, atención, cuidado y tratamiento, lo que produjo la muerte de la infante. Se resalta, entonces, que el obrar en formas ligera de la médica, al no esclarecer su diagnóstico ni disponer en forma **inmediata** la práctica de los exámenes mínimos requeridos para descartar la enfermedad que para aquellos era previsible y diagnosticable, y su posterior traslado a otro centro asistencial. Se trata de hechos, omisiones atribuibles exclusivamente al Ente público demandado que también involucran al personal médico que debió realizar en forma idónea el diagnóstico, la atención y el tratamiento, sin acudir a la solución simplista, radical e inmediata de dar de alta a la paciente.*

Todo ello permite concluir en forma inequívoca, que la citada Empresa E.S.E., como entidad encargada del servicio médico, debe responder por sus actos y por las obligaciones que le son propias, sin que se diluya por la actuación omisiva de la galena. En conclusión, la obligación de la Entidad prestadora del servicio de salud, y el actuar en concurso o en forma concomitante del personal médico, son los hechos que permiten inferir la responsabilidad de éstos, por un obrar omisivo y negligente, por el que debe responder la demandada.

En este orden de ideas, el Delegado comparte el planteamiento del a quo y concluye que existe la responsabilidad, dado que la aflicción padecida por los actores se hubiera podido evitar, si se presta la adecuada y oportuna atención a la paciente.

Como consecuencia de la condena, la Entidad Pública afectada con el fallo, deberá incoar la acción de repetición contra quienes por su conducta gravemente culposa dieron lugar a la condena en perjuicios.

(...)

De igual forma, se rechaza la pretendida culpa de los padres de la [menor] al no haber dispuesto la práctica de los exámenes de laboratorio, con recursos propios, como quiera que está establecido que dicho grupo familiar pertenece al sistema subsidiado de salud Sisben, y por ese solo hecho se descarta la capacidad económica de los progenitores para llevar a su pequeña hija a un centro hospitalario privado o a la práctica de tales exámenes con recursos propios, menos

aún para desvirtuar por tal omisión excusable y entendible, la aflicción, congoja o dolor padecido por los demandantes, por tratarse de personas de escasos recursos económicos, con lo cual se atentaría de manera grave contra los más nobles y fundamentales derechos del ser humano, como lo son la vida, la dignidad, la honra y el respeto.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

III. Competencia

8. Por ser competente, procede la Sala a decidir, en segunda instancia¹, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Meta, el 12 de octubre de 2004.

IV. Los hechos probados

9. De conformidad con el material probatorio recaudado en el proceso contencioso administrativo, se tienen como ciertas las siguientes circunstancias fácticas relevantes:

9.1. La menor de tres años María Fernanda Agudelo Suárez –beneficiaria del Sisben- fue atendida el 20 de septiembre de 2002 en la ESE Villavicencio por presentar fiebre, vómito y diarrea. En la historia clínica se anotó: *“pte con cuadro de + - 18 horas de evolución de fiebre no cuantificada asociada a emesis de contenido alimenticio y deposiciones liquidas escasas”*; el galeno de turno le ordenó exámenes de laboratorio (copia del registro civil de nacimiento f. 31 c. 1, copia de la historia clínica, f. 14 c. 1 y copia del carnet de afiliación al régimen subsidiado f. 37 c.1).

9.2. El 21 de septiembre de 2002, reingresó la paciente con anotación de *“hipertermia T. 38.7 C”*. Se consignó la siguiente información en la historia clínica (copia de la historia clínica, f. 15 c.1):

Fiebre

Pte con cuadro clínico 24 horas de evolución consistente en fiebre cuantificada 39°C no presenta vómito, sin ningún otro síntoma

Pte Asistió el 20 a este centro, quien se le dio tto y pte refiere no mejoría.

Pte refiere dar acetaminofén 5cc cada 4/horas

¹En razón de la cuantía el proceso es de doble instancia, comoquiera que la pretensión mayor correspondiente a perjuicios morales a favor de cada uno de los padres de la menor se estimó en 3 000 gramos oro, equivalentes a \$85 461 870 a la fecha de presentación de la demanda, monto que supera la suma requerida en el año 2002 (\$ 36 950 000) para las acciones de reparación directa.

(...)

Examen físico:

Pte consciente-en buen estado general, Hidratada

Dx: 1) síndrome febril 2) virosis

Tto: Diclofenaco amp 75 mg aplicar 15 mg (ilegible)

9.3. El lunes 23 de septiembre 2002, la menor fue llevada a consulta nuevamente por persistencia de los síntomas. Allí fue hospitalizada con el siguiente registro de información en la historia clínica (copia historia clínica f. 16-22, c. 1):

Motivo de consulta: Síndrome febril

Enfermedad actual: Paciente que presenta (ilegible) 3 días de evolución (ilegible) fiebre no cuant (ilegible) asociado a tos seca, dolor abdominal, tos seca ocasional y escalofríos (ilegible) leuc 3800 plaq 23000 (Ilegible)

Impresión diagnóstica: 1) dengue clásico? 2) amigdalitis aguda

Tratamiento: hospitalizar uum

ORDENES MÉDICAS HOSPITALARIAS

23/09/02

1) hospitalización

2) dieta corriente para (ilegible) con abundantes líquidos

3) Dipirona 700 mg

4) vigilar signos de (ilegible)

5) (ilegible) curva térmica

6) (ilegible) a 140cc/hr x 3 horas

7) (ilegible)

8) Acetaminofén 55cc c/6 horas

23/9/02 3+15 pm

1) suspender Dipirona

2) Acetaminofén 8 cc c/6 h si hay fiebre $T \geq 38^{\circ} c$

3) ROM (ilegible)

4) Mañana control plaquetas

9.4. El 24 de septiembre de 2002 empeoró la situación de salud de la menor, presentó paro respiratorio y murió. A las 5:30 horas se registró (historia clínica f. 18 anverso c.1, certificado de defunción f. 32 c.1 y protocolo de necropsia A-578-02 f. 62 c.1):

Paciente que según la madre se encuentra grave.

Ha presentado 3 episodios de vómito ya se le administró (ilegible)

(ilegible) ansiosa en buen estado general

(ilegible) sin fiebre vomito en cuncho café

Se interpreta crisis de ansiedad originada por la actitud de la madre

24/09/02 6:00

Soy avisada por enfermero que después de que la paciente presentó emesis con cuncho de café y sudoración profuso entra en paro respiratorio con cianosis peribucal

Se baja a sala de urgencias se inician maniobras de reanimación cardio pulmonar con ambu masaje cardiaco Fc 60 x Fr 0 cianosis peribucal abundante secreciones por boca y nariz en cuncho de café. (ilegible) rítmicos bradicardicos No hay ventilación pulmonar espontánea

Se aspiran secreciones las cuales son abundantes en cuncho de café se instala adrenalina 0.3mg iv se continúa el ambu se llaman ambulancia luego de 5 minutos de reanimación llega ambulancia en donde nos trasladamos dando ambu, masaje cardiaco y continua aspiración de secreciones.

NOTAS DE ENFERMERÍA

23-9-02

3AM Se le informa a la DRA Claudia que la pte durante la noche vomitó 3 veces y ordena verbal aplicar (ilegible) metoclopramida IM también del estado de signos vitales Fc 143 x Fr 35 y ordena verbalmente llevar control de signos cada hora

4+30 AM pte hace deposición de consistencia verde oscuro

24-9-02

6AM Paciente pierde signos vitales, se baja a urgencias para ponerle sonda nasogástrica y se obtiene abundante liquido café oscuro, la DRA trata de entubar a la pte se aplica 3 cm adrenalina de 1 ampolla dividida 10cc se pasa directa por vena. Se continúa maniobra de reanimación cardio respiratoria. La dra Claudia intenta intubar no siendo posible por la cantidad de secreciones café oscuro los cuales se aspiran continuamente

6+5 se llama ambulancia la cual llega a los 5 ms para trasladar pte al H.P.V.

6+10 Llega ambulancia se sube pte a la camilla con vena canalizada dando ambu continuamente y masaje cardiaco

6+12 Se lleva en ambulancia pte acompañada por la dra Claudia y auxiliar Ardila y acompañada de la madre.

PROTOCOLO DE NECROPSIA A-578-02 (f. 62 y ss. c.1)

NOMBRE: MARÍA FERNANDA AGUDELO SUÁREZ

EDAD: 3 AÑOS

SEXO: FEMENINO.

AUTORIDAD SOLICITANTE: FISCALÍA ONCE SECCIONAL.

LABORATORIO: C.T.I.

ACTA DE INSPECCIÓN DEL CÁDAVER: 542-02.

LUGAR DE LA MUERTE: IPS LA ESPERANZA.

LUGAR DE LA NECROPSIA: HOSPITAL DEPARTAMENTAL DE VILLAVICENCIO.

FECHA DE MUERTE: SEPTIEMBRE 24 DE 2002. HORA: 06:20

FECHA DE NECROPSIA: SEPTIEMBRE 24 DE 2002. HORA: 14:45.

MÉDICO PROSECTOR: ALFONSO SUÁREZ RIVERA.

AUXILIAR - DISECTOR: JUAN CARLOS GARCÍA.

CERTIFICADO DE DEFUNCIÓN: A. 1317390.

(...)

RESUMEN DE LA INFORMACIÓN PRELIMINAR.

Preescolar sin antecedentes de trauma con historia clínica de hospitalización en el Centro de Salud la Esperanza y diagnóstico de muerte broncoaspiración. HUDA denge (sic) hemorrágico y hemorragia intracraneana interrogadas.

(...)

CONCLUSIÓN:

PREESCOLAR QUIEN FALLECIÓ POR FALLA MULTISISTÉMICA DEBIDO A CUAGULOPATÍA E HIDROTORAX.-

11. PROBABLEMENTE MANERA DE MUERTE: NATURAL.-

12. CADENA DE CUSTODIA: El cadáver se mantuvo en cadena de custodia desde el inicio de la necropsia hasta su entrega.-

13. DESTINO FINAL DEL CADÁVER: Fue entregado a: Gonzalo Agudelo Fernández.

9.5. El Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Seccional Meta envió un oficio con la siguiente información -en respuesta a una solicitud de información-a la Fiscalía Octava Seccional de Villavicencio (f. 65 y ss. c.1):

*INFORMACIÓN DISPONIBLE PARA EL ESTUDIO
HISTORIA CLÍNICA DEL HOSPITAL DEPARTAMENTA Y DEL
CENTRO DE SALUD DE LA ESPERANZA.*

(...)

*INFORME HISTOPATOLÓGICO DEL INSTITUTO NACIONAL DE
SALUD II. 58088.*

*Este informe incluye como diagnóstico: "NIÑA DE 3 AÑOS DE EDAD
CON HISTORIA CLÍNICA y CAMBIOS HISTOLÓGICOS DEL HÍGADO
INDICADORES DE DENGUE HEMORRÁGICO"-*

(...)

*SOBRE EL DENGUE HEMORRÁGICO (Pediatria diagnóstico y
tratamiento HOSPITAL PEDIÁTRICO UNIVERSITARIO DE LA
MISERICORDIA- Edit. Celsus Pg. 483 y ss.)*

*El dengue hemorrágico es una enfermedad febril de origen viral
caracterizado por hemoconcentración, trastornos de la coagulación y
en los casos muy graves por shock e hipoproteinemia. Es transmitido
por el mosquito Aedes aegypti que se encuentra circunscrito a las
áreas urbanas; generalmente la persona con dengue hemorrágico ha
tenido previamente infección por algún serotipo del virus del dengue
con producción de defensas contra este serotipo (sensibilización); en
presencia de una segunda infección, se presenta una potenciación de
estas defensas llevando a la formación de sustancias que actúan sobre
las paredes de los vasos sanguíneos alterando su permeabilidad y
permitiendo la salida de fluidos, electrolitos, proteínas y eventualmente
hematíes fuera de los espacios intravasculares, esto con el déficit
debido a los vómitos, lleva a hemoconcentración (espesamiento de la
sangre), hipoproteinemia, hipovolemia hipoxia tisular y acidosis
metabólica. Un leve grado de CID sumado a la lesión hepática y la
trombocitopenia contribuyen a la producción de hemorragias. La clínica
del dengue está caracterizada por fiebre de 39.5 a 41 grados
centígrados, cefalea frontal, dolor retroorbitario, dolor dorsolumbar
severo y exantema macular transitorio generalizado. Posteriormente
aparecen mialgias, artralgias, náuseas y vómito, con linfadenopatía e
hiperalgesia, alteraciones del gusto y anorexia. El cuadro clínico de la
fiebre hemorrágica dengue es en general variable, pues puede mostrar
desde una infección relativamente benigna hasta el cuadro clínico
típico de shock. La primera fase se presenta súbitamente con fiebre
malestar y vómito seguida de deterioro rápido y colapso cardiovascular,
posteriormente el paciente manifiesta frío, cara rubicunda sudoración
con cambios de conducta y frecuentemente petequias en frente y
extremidades, seguida de cianosis periférica, con disnea, pulso débil,
rápido y filante e hipotensión. El shock se instala inmediatamente*

desciende la temperatura. El diagnóstico se fundamenta en la sospecha epidemiológica y su distribución geográfica; incluye diferenciarlo de otras formas de enfermedades virales como paludismo, tifo, hepatitis. Hay tres enfermedades por arbovirus tipo dengue muy similares (chicunguyo, O'nyong y Fiebre del Nilo occidental) En síntesis hay una amplia gama de enfermedades con múltiples agentes causales que se denominan genéricamente "Enfermedades tipo dengue". El Dengue hemorrágico (fiebre hemorrágica dengue), debe sospecharse su presencia en áreas endémicas de dengue, ante la presencia de dengue hemorrágico con shock y hemoconcentración con trombocitopenia. En cuanto al tratamiento del dengue clásico, es esencialmente de soporte consistente en el alivio del dolor y control de la temperatura. Si hay déficit de líquidos y sudoración, ayuno, vómito o diarrea, se da tratamiento para restituir las pérdidas. En la fiebre hemorrágica dengue no hay tratamiento etiológico; si no hay presentación de shock, las pérdidas de líquidos pueden tener como consecuencia una hemoconcentración que debe ser restituida con líquidos adecuadamente. Para evitar riesgos de convulsiones febriles está indicado en acetaminofén y en ningún caso el ácido acetilsalicílico pues aumenta el riesgo de hemorragia y acidosis. El shock es una emergencia médica y es esencialmente la inmediata administración intravenosa de líquidos para expandir el volumen plasmático, lactato de Ringer o solución salina normal y en casos extremos se dan expansores plasmáticos. Se deben determinar electrolitos y gases arteriales en pacientes gravemente enfermos, pues si no se corrige la acidosis puede inducir coagulación intravascular diseminada.

DISCUSIÓN

En resumen se trata de una menor de tres años (cuatro años y medio según la madre) quien consulta el 20 de septiembre del 2002 por cuadro de 48 horas de evolución consistente en fiebre, vómito y diarrea encontrándose en buen estado general y se interpreta el cuadro como un síndrome febril, virosis y enteritis viral instaurándose tratamiento sintomático con dipirona y metoclopramida y solicitándosele paraclínicos. El 21 siguiente acude por persistencia de la fiebre (39.4 C) sin otro síntoma asimilándose nuevamente a un síndrome febril y virosis estableciéndose tratamiento sintomático con diclofenaco y citándosele a control al que acude el 23 de septiembre al medio día con persistencia de fiebre y diarrea asociada a tos seca y escalofríos, el laboratorio mostró 28.000 plaquetas,- indicando plaquetopenia severa - y con cuadro hemático dentro de parámetros normales y se encuentra además adenomegalias submandibulares y amígdalas hiperémicas que llevó a la impresión diagnóstica de dengue clásico y amigdalitis que justificaban en esos momentos su hospitalización. El mismo 23 en horas de la tarde se anota que hay mejoría pues tolera la vía oral y no hay dolor abdominal ni signos de sangrado, sin embargo ya presenta tres episodios de vómito en cunchos de café pero hay buen estado general aunque llama la atención es estos momentos la taquicardia moderada. Ya a las 17:30 horas se nota hipotérmica sin deshidratación y hemodinámicamente estable aunque en los signos vitales no aparecen cifras de tensión arterial y con vómitos en cunchos de café recidivantes. Llama la atención la falta de evolución médica las horas siguientes, pues es hasta las 5:20 horas del día siguiente en una nota de remisión se escribe que a esta hora presentó ansiedad sin dolor abdominal y que hacia las 06:00 presentó emesis por boca y nariz

sudoración y paro respiratorio que es cuando se deciden maniobras de resucitación y remisión. De la información paramédica se extracta que a las 18:20 horas la menor todavía toleraba la vía oral pero a las 20:00 vuelve a presentar vómito en cunchos de café representando una aparente contradicción pues hubo necesidad de aplicar antiemético y aumentar el volumen de la hidroterapia con solución salina normal. Nuevamente a las 03:00 del día siguiente hay presencia de vómito persistente tratado con antiemético ordenado verbalmente; hasta este momento se desconoce la evolución clínica al no contarse con evolución puntual sobre signos de deshidratación y hemodinámicos, aunque el balance de líquidos fue negativo durante el turno de la noche lo que representaría algún desequilibrio hemodinámico. El 24 de septiembre, ya aparece nota de evolución donde se describe que después de emesis en cunchos de café, sudoración profusa y cianosis peribucal entró en paro cardiorrespiratorio reiniciándose maniobras de reanimación cardiopulmonar con ambú, pero sin ventilación espontánea por lo que se remite a Hospital Departamental a donde llega muerta y se dan como diagnósticos finales: 1. Muerte, 2. Broncoaspiración, 3. Hemorragia de vías digestivas altas, 4. Dengue hemorrágico y 5. Hemorragia intracraneana.

La necropsia practicada mostró signos de sangrado difuso (hemorragias, hematomas y petequias) con aumento de la permeabilidad vascular (hidrotórax) que inicialmente indicaba una coagulopatía de etiología no establecida, pero el resultado de patología del Instituto Nacional de Salud confirmó que el origen era un dengue hemorrágico, lográndose aclarar la causa básica de la muerte.

CONCLUSIÓN

A.LA CAUSA BÁSICA DE LA COAGULOPATIA E HIDROTÓRAX FUE EL DENGUE HEMORRÁGICO PRODUCIDO POR UN ARBOVIRUS Y TRANSMITIDO POR UN MOSQUITO, Y SU MANERA DE MUERTE FUE NATURAL.

B.LOS CUADROS CLÍNICOS QUE PRESENTÓ LA MENOR DURANTE LOS DÍAS 20 Y 21 DE SEPTIEMBRE DEL 2002 NO REQUERÍAN HOSPITALIZACIÓN PUES FUERON INTERPRETADOS COMO SINDROMES FEBRILES, VIROSIS Y ENTERITIS (sic) VIRAL SIN DESHIDRATACIÓN.

C.LA MENOR DURANTE LOS DÍAS 20 Y 21 NO REQUERÍA SER HOSPITALIZADA EN UN CENTRO DE MAYOR NIVEL PUES SE ENCONTRABA EN BUEN ESTADO GENERAL PERO EL DÍA 23 EN HORAS DE LA NOCHE DEBIÓ SER VALORADA Y REMITIDA A UN NIVEL SUPERIOR PARA GARANTIZARLE MAYOR ATENCIÓN.

D.DURANTE LOS DÍAS 20 Y 21 DE SEPTIEMBRE, EN EL CENTRO DE SALUD DEL BARRIO LA ESPERANZA, SI SE OBSERVÓ LA NORMA DE ATENCIÓN Y EL DEBIDO CUIDADO.

9.6. La profesional de la medicina que se encontraba de turno la noche del 23 de septiembre de 2002 desatendió las alertas transmitidas por el personal paramédico que estaba en el mismo turno. De este hecho da cuenta el testimonio del auxiliar

de enfermería que estuvo esa noche presente en el cuidado de la menor (declaración de Gelber Alberto Vija Burgos, f. 74 c.1):

El incidente de la niña se presentó después de las 8 de la noche ya que la niña a esa hora se encontraba dinámicamente estable a las 10 de la noche de la misma fecha la niña presenta un episodio de vomito. Con respecto a la pregunta la médica de turno no quiso aceptar la información de lo que le dije cuando la niña empezó a empeorar, ese fue el primer llamado que le hice a la médico. Durante esa noche la niña estuvo inquieta ya que estaba acompañada por su mamá que la señora me decía qué era lo que tenía la niña, a mí me tocaba calmar la señora porque se encontraba muy nerviosa y asustada. Esa noche hable con la doctora y ella me ordenó aplicarle a la niña 0.4cm de placil, la doctora se levantó una vez a examinar la niña y el resto de la noche no quiso aceptar las alarmas que yo le estaba informando. PREGUNTADO: Dígame al despacho si dados los síntomas del empeoramiento del estado de salud de la niña y que usted se los transmitía la noche del 23 de septiembre de 2002 a la médica tratante del Centro Médico de la Esperanza, ella en algún momento valoró la posibilidad de enviarla a un centro de mayor nivel y que fuera valorada por un pediatra. CONTESTÓ: No. Porque ella estaba esperando los reportes del examen que le habían pedido a la niña para el día siguiente. (...) En mi concepto personal fue negligencia, ya que ella no quiso atender los llamados de los síntomas de la niña. PREGUNTADO. Dígame al despacho si durante el tiempo que la niña estuvo hospitalizada en el Centro Médico de la Esperanza fue valorada por un pediatra. CONTESTÓ: No. PREGUNTADO: Dígame al despacho si la médica general a la cual estaba a cargo la menor solicitó en algún momento ayuda, conceptos, exámenes urgentes a otros colegas o entidades de salud. CONTESTÓ: No. PREGUNTADO: Durante la noche del 23 de septiembre de 2002 día en que usted se encontraba de turno y dado el empeoramiento de la salud de la menor, cuántas veces durante la noche la paciente fue valorada por la médica. CONTESTÓ: Una vez. (...) PREGUNTADO: Dígame al despacho si durante la noche del 23 de septiembre de 2002 en algún momento usted le sugirió que fuera trasladada al Hospital Departamental. CONTESTÓ: Sí. Ella valoró a la niña y le dijo a la mamá que tocaba esperar que le hicieran el examen ordenado al día siguiente.

9.6.1. En igual sentido declaró Florinda Piñeros Guzmán, quien fue testigo presencial de los hechos por estar acompañando a sus hijas gemelas hospitalizadas en el mismo centro de salud (f. 79 c.1.):

La señora madre de la niña fallecida entró con la niña para que se la atendieran ella le rogaba mucho, pero los médicos no le paraban bolas a la señora, siempre le decían que la niña no tenía nada, ella le decía a la doctora que la atendiera que la niña se sentía muy mal, la doctora le decía que ahí estaban los enfermeros para que le pusieran cuidado. La niña vomitaba un líquido negro y la enfermera lo recogió y lo llevó a la doctora para que lo examinara, ella lo único que decía era que la dejaran quieta que ella estaba cansada que no la molestaran. Entonces la mamá de la niña fue y le golpeó a la doctora y le dijo que por favor le atendiera la niña, que le practicara exámenes y la señora le decía que

por favor le atendiera a su niña que se le estaba muriendo. Y como la señora le estaba golpeando muy duro la doctora le dijo que no molestara que esa señora estaba loca, que debían de mandarla a un manicomio y nada que la doctora salía a examinarle la niña, la doctora le decía a los enfermeros que le aplicaran la droga era lo único que decía que le aplicaran droga cuando un momento a otro la niña comenzó a quedar inconsciente fue cuando el enfermero y la enfermera la sacaron de la pieza corriendo y pegaron un grito a la doctora para que la examinara, la pusieron en el consultorio y la doctora estaba durmiendo en una pieza, ahí cuando vio que la niña estaba muy mala se paró a atenderla para remitirla al hospital. La niña iba bien grave cuando la sacaron, ya prácticamente más muerta que viva la niña.

9.7. El núcleo familiar de la menor María Fernanda Agudelo Suárez estaba conformado por sus padres Ana Argenis Suárez Cortés y Gonzalo Agudelo; y sus hermanos Yessica Alexandra Vaquiro Suárez, Erika Tatiana Agudelo Suárez, Gilari Yised Agudelo Suárez y Yeferson Andrés Agudelo Suárez (f. 31-36 c.1).

V. Problema jurídico

10. Procede la Sala a determinar si en el caso bajo análisis, la complicación en el estado de salud de la menor María Fernanda Agudelo Suárez desde el 20 de septiembre de 2002 hasta el 24 del mismo mes y año que desencadenó en su muerte, sobrevino por la inadecuada e inoportuna atención brindada a la paciente y por tanto, constituye una falla del servicio médico asistencial imputable a la parte demandada o si por el contrario el servicio se prestó conforme a la Ley 23 de 1981 y la muerte de la paciente no le resulta imputable a la ESE Villavicencio.

VI. Análisis de la Sala

11. De conformidad con lo expuesto, la Sala encuentra acreditado el **daño** invocado por la parte actora, pues está probado en el expediente que la menor María Fernanda Agudelo Suárez, presentó complicaciones en su estado de salud que ocasionaron su muerte.

12. De igual forma se encuentra acreditado el parentesco en primer y segundo grado de consanguinidad de los demandantes con la menor María Fernanda Agudelo Suárez de acuerdo con los registros civiles que se allegaron al proceso. El nexo de parentesco que existe entre la occisa y los accionantes, permite a la

Sala inferir los perjuicios morales que para ellos surgieron como consecuencia de la muerte de la menor².

13. En cuanto a la imputabilidad del daño a la administración, es pertinente poner de presente que en reciente pronunciamiento, la Sección Tercera del Consejo de Estado en pleno señaló que, así como la Constitución Política de 1991 no privilegió ningún régimen de responsabilidad extracontractual en particular, tampoco podía la jurisprudencia establecer un único título de imputación a aplicar a eventos que guarden ciertas semejanzas fácticas entre sí, ya que éste puede variar en consideración a las circunstancias particulares acreditadas dentro del proceso y a los parámetros o criterios jurídicos que el juez estime relevantes dentro del marco de su argumentación:

En lo que se refiere al derecho de daños, como se dijo previamente, se observa que el modelo de responsabilidad estatal establecido en la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez la labor de definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas, que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción contenciosa ha dado cabida a diversos "títulos de imputación" como una manera práctica de justificar y encuadrar la solución de los casos puestos a su consideración, desde una perspectiva constitucional y legal, sin que ello signifique que pueda entenderse que exista un mandato constitucional que imponga al juez la obligación de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas un determinado y exclusivo título de imputación.

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, tal y como se explicó previamente en esta sentencia³.

² De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación en relación con la prueba de la existencia de perjuicios morales, el hecho de que esté acreditado el parentesco representa un indicio para la configuración de ese daño en los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil, esto es, respecto de los padres, hermanos, abuelos e hijos del afectado y de su cónyuge o compañera permanente (sentencias de 10 de abril de 2003, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros, expediente 13834; del 12 de febrero de 2004, C.P. Ricardo Hoyos Duque, expediente 14955; del 24 de febrero de 2005, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, expediente 14335; del 8 de marzo de 2007, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, expediente 15459; del 23 de abril de 2008, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, expediente 16186; del 23 de abril de 2008, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, expediente 16186; del 26 de enero de 2011, expediente 18617, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo).

³ Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de 19 de abril de 2012, exp. 21515, C.P. Hernán Andrade Rincón, reiterada en la sentencia de 23 de agosto de 2012, exp. 23219, del mismo ponente.

14. Así las cosas, de conformidad con la jurisprudencia citada, no todos los casos en los que se discuta la responsabilidad del Estado por daños derivados de un supuesto de hecho que guarde semejanzas deben resolverse de la misma forma pues, se insiste, el juez puede –en cada caso concreto- válidamente considerar que existen razones tanto jurídicas como fácticas que justifican la aplicación de un título de imputación o una motivación diferente.

15. La Sección Tercera del Consejo de Estado ha consolidado una posición en materia de responsabilidad del Estado por la prestación del servicio de salud, en virtud de la cual aquella es de naturaleza subjetiva, advirtiendo que es la falla probada del servicio el título de imputación bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria, de suerte que se exige acreditar la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquella y éste⁴.

16. En materia médica, para que pueda predicarse la existencia de una falla, la Sala ha precisado que es necesario que se demuestre que la atención no cumplió con estándares de calidad fijados por el estado del arte de la ciencia médica, vigente en el momento de la ocurrencia del hecho dañoso⁵. Del mismo modo, deberá probarse que el servicio médico no ha sido cubierto en forma diligente, esto es, que no se prestó el servicio con el empleo de todos y cada uno de los medios humanos, científicos, farmacéuticos y técnicos que se tengan al alcance⁶.

16.1. Así, la Ley 23 de 1981 establece las reglas para la prestación del servicio de salud conforme a la ética médica:

ARTICULO 1o. (...)

1. La medicina es una profesión que tiene como fin cuidar de la salud del hombre y propender por la prevención de las enfermedades, el perfeccionamiento de la especie humana y el mejoramiento de los patrones de vida de la colectividad, sin distinciones de nacionalidad, ni de orden económico-social, racial, político y religioso. El respeto por la vida y los

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de: agosto 31 de 2006, exp. 15772, C.P. Ruth Stella Correa; de octubre 3 de 2007, exp. 16402, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; del 23 de abril de 2008, exp. 15750; del 1 de octubre de 2008, exp. 16843 y 16933; del 15 de octubre de 2008, exp. 16270. C.P. Myriam Guerrero de Escobar; del 28 de enero de 2009, exp. 16700, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; del 19 de febrero de 2009, exp. 16080, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; del 18 de febrero de 2010, exp. 20536, C.P. Mauricio Fajardo Gómez y del 9 de junio de 2010, exp. 18683, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, entre otras.

⁵ Sección Tercera, sentencia de 25 de febrero de 2009, exp. 17149, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁶ Sección Tercera, sentencia de 11 de febrero de 2009, exp. 14726, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

fueros de la persona humana constituyen su esencia espiritual. Por consiguiente, el ejercicio de la medicina tiene implicaciones humanísticas que le son inherentes.

2. El hombre es una unidad síquica y somática, sometido a variadas influencias externas. El método clínico puede explorarlo como tal, merced a sus propios recursos, a la aplicación del método científico natural que le sirve de base, y a los elementos que las ciencias y la técnica ponen a su disposición.

En consecuencia, el médico debe considerar y estudiar al paciente, como persona que es, en relación con su entorno, con el fin de diagnosticar la enfermedad y sus características individuales y ambientales, y adoptar las medidas, curativas y de rehabilitación correspondiente.

4. La relación médico-paciente es elemento primordial en la práctica médica. Para que dicha relación tenga pleno éxito debe fundarse en un compromiso responsable, leal y auténtico, el cual impone la más estricta reserva profesional.

5. (...) el médico está obligado a transmitir conocimientos al tiempo que ejerce la profesión, con miras a preservar la salud de las personas y de la comunidad.

(...)

9. El médico, por la función social que implica el ejercicio de su profesión, está obligado a sujetar su conducta pública y privada a los más elevados preceptos de la moral universal.

10. Los principios éticos que rigen la conducta profesional de los médicos, no se diferencian sustancialmente de los que regulan la de otros miembros de la sociedad. Se distinguen si por las implicaciones humanísticas anteriormente indicadas. La presente Ley comprende el conjunto de normas permanentes sobre ética médica a que debe ceñirse el ejercicio de la medicina en Colombia.

CAPITULO II. DEL JURAMENTO

ARTICULO 2o. Para los efectos de la presente ley, adóptanse los términos contenidos en el juramento aprobado por la Convención de Ginebra de la Asociación Médica Mundial, con la adición consagrada en el presente texto.

El médico deberá conocer y jurar cumplir con lealtad y honor el siguiente Juramento médico:

Prometo solemnemente consagrar mi vida al servicio de la humanidad; (...)

Ejercer mi profesión dignamente y a conciencia;

Velar solícitamente y ante todo por la salud de mi paciente; (...)

CAPITULO II. PRACTICA PROFESIONAL

CAPITULO I. DE LAS RELACIONES DEL MEDICO CON EL PACIENTE

ARTICULO 3o. El médico dispensará los beneficios de la medicina a toda persona que los necesite, sin más limitaciones que las expresamente señaladas en esta Ley. (...)

ARTICULO 5o. La relación médico-paciente se cumple en los siguientes casos; (...)

4. Por haber adquirido el compromiso de atender a personas que están a cargo de una entidad privada o pública. (...)

ARTICULO 10. El médico dedicará a su paciente el tiempo necesario para hacer una evaluación adecuada de su salud e indicar los exámenes indispensables para precisar el diagnóstico y prescribir la terapéutica correspondiente.

ARTICULO 13. El médico usará los métodos y medicamentos a su disposición o alcance, mientras subsista la esperanza de aliviar o curar la enfermedad. (...)

*ARTICULO 15. El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados.
(...)*

ARTICULO 19. Cuando la evolución de la enfermedad así lo requiera, el médico tratante podrá solicitar el concurso de otros colegas en Junta Médica, con el objeto de discutir el caso del paciente confiado a su asistencia. (...)

17. La Sala considera que en el **caso concreto** existió una **falla del servicio** médico, por cuanto a la menor María Fernanda Agudelo Suárez no se le suministró la atención y los procedimientos requeridos según los síntomas presentados desde su valoración de ingreso, en la E.S.E. Villavicencio.

18. Considera la Sala que las complicaciones presentadas por la niña a la madrugada del 24 de septiembre de 2002, se produjeron como consecuencia de la negligencia y desatención con que fue tratada por los galenos de la E.S.E. demandada.

19. Se destaca que según la prueba recaudada, valorada en su conjunto, y atendiendo los síntomas presentados por María Fernanda Agudelo Suárez, era predecible y prevenible el deterioro de su salud con motivo del dengue que la aquejaba; y a pesar de esto fue tratada con desidia por parte de los profesionales de la salud que tuvieron a cargo la atención de la niña, conducta con la cual se incurrió en una clara falla del servicio médico por omisión, consistente fundamentalmente en no haber remitido a la menor a otro centro de salud o al hospital en donde le practicaran los exámenes de laboratorios requeridos y acertadamente recetados por el médico de turno que la atendió el viernes 20 de septiembre de 2002. La Sala observa en el acervo probatorio que la médica de turno del 23 de septiembre en la noche, no solamente se abstuvo de tomar las medidas inmediatas en respuesta a la gravedad de los síntomas de la menor, sino que asumió una actitud inhumana frente a los llamados que le hacía la madre de la infante para que hiciera algo. La profesional esperó a que la situación de salud de la menor llegara a tal extremo de urgencia que tuvo que intentar reanimarla y trasladarla, ahí sí a toda prisa al Hospital de Villavicencio, cuando ya nada funcionó en favor de Maria Fernanda.

20. La historia clínica da cuenta de los síntomas de alarma, a pesar de los cuales no se brindó a la paciente el manejo terapéutico oportuno. La parte actora acreditó que las condiciones clínicas de la niña María Fernanda Agudelo Suárez, no fueron atendidas conforme a la *lex artis* por el médico tratante.

21. El concepto médico del Instituto Nacional de Medicina Legal permite establecer una falla en el servicio médico prestado por la ESE Villavicencio frente a María Fernanda Agudelo Suárez así (f. 69 c.1):

Llama la atención la falta de evolución médica las horas siguientes, pues es hasta las 5:20 horas del día siguiente en una nota de remisión se escribe que a esta hora presentó ansiedad sin dolor abdominal y que hacia las 06:00 presentó emesis por boca y nariz sudoración y paro respiratorio que es cuando se deciden maniobras de resucitación y remisión.

EL DÍA 23 EN HORAS DE LA NOCHE DEBIÓ SER VALORADA Y REMITIDA A UN NIVEL SUPERIOR PARA GARANTIZARLE MAYOR ATENCIÓN.

22. Del análisis de la totalidad de las pruebas allegadas, la Sala concluye que la paciente no recibió la atención apropiada ni oportuna y que se probó la negligencia en la actuación médica alegada por la parte actora. Por tal razón, procederá a declarar la existencia de una falla del servicio médico. En consecuencia, la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo del Meta habrá de confirmarse.

23. Cabe resaltar que la falla del servicio en este caso reviste una mayor gravedad por tratarse la paciente, de una niña menor de edad, es decir sujeto de especial protección por parte del Estado, toda vez que la Constitución Política de 1991 establece la prelación de los derechos de los niños. La Corte Constitucional en sentencia T-760-08 enfatizó en las medidas de protección especial que se debe a los menores, las cuales deben tener por finalidad garantizar a los niños su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Así se pronunció la Corte frente al derecho a la salud de los menores⁷:

4.5.2.1. La jurisprudencia constitucional ha expresado en forma reiterada que el derecho a la salud de los niños, en tanto 'fundamental',⁸ debe ser protegido en forma inmediata por el juez constitucional en los casos en que sea amenazado o vulnerado.⁹ En el caso de los niños y de las niñas, la

⁷ Corte Constitucional, sentencia T-760 del 31 de julio de 2008, actora: Luz Mary Osorio Palacio y otros (acumulado), M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁸ Según la Constitución (art. 44), "*son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, (...)*". Al respecto pueden consultarse entre otras muchas las sentencias T-514 de 1998, T-415 de 1998, T-408 de 1995, T-531 de 1992, T-287 de 1994, T-556 de 1998, T-117 de 1999. La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 1989, ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991, al reconocerse que la infancia supone cuidados y asistencia especiales, dada la falta de madurez física y mental del niño.

⁹ Ver, entre muchas otras, las sentencias T-075 de 1996 (MP Carlos Gaviria Díaz, SU-225 de 1998 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz), T-046 de 1999 (MP Hernando Herrera Vergara), T-117 de 1999 (MP Alfredo Beltrán Sierra), T-093 de 2000 (MP Álvaro Tafur Galvis), T-153 de 2000 (MP José Gregorio Hernández Galindo) y T-819 de 2003 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

acción de tutela procede directamente para defender su derecho fundamental a la salud; no se ha requerido, pues, que exista conexidad con otro derecho como la vida o la integridad.¹⁰ La jurisprudencia ha señalado que los servicios de salud que un niño o una niña requieran son justiciables, incluso en casos en los que se trate de servicios no incluidos en los planes obligatorios de salud (del régimen contributivo y del subsidiado).

4.5.2.2. La protección a los niños es mayor, pues, por ejemplo, se garantiza su acceso a servicios de salud que requiera para asegurar desarrollo armónico e integral. (...) La fundamentalidad del derecho a la salud de los niños ha llevado a la Corte Constitucional a protegerlos incluso para evitar que contraigan enfermedades.

En la sentencia T-695 de 2007,¹¹ por ejemplo, la Corte estudio el caso de un menor autista al que la EPS negaba el tratamiento de rehabilitación integral por considerar que se encontraba excluido del plan obligatorio de salud. En esa oportunidad la Sala Segunda de Revisión protegió los derechos fundamentales del menor y reiteró su jurisprudencia sobre protección especial de los niños y las niñas en los siguientes términos,

“La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado reiteradamente que el derecho a la salud de los niños, al lado de otros derechos, es en sí mismo un derecho fundamental, con carácter prevalente sobre los derechos de todos los demás.¹² Esta regla encuentra su fundamento en el artículo 44 de la

¹⁰ Sentencia T-860 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett). En la sentencia T-223 de 2004 (MP Eduardo Montealegre Lynett) y T-538 de 2004 (MP Clara Inés Vargas Hernández) la Corte reiteró que el derecho a la salud es directamente fundamental frente a los contenidos del POS y del POS.

¹¹ Corte Constitucional, sentencia T-695 de 2007 (MP Manuel José Cepeda Espinosa). La Corte ordenó, ante la complejidad del autismo y lo formulado por el médico: “Segundo.- Ordenar a Sanitas EPS, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación del presente fallo, en caso de que aún no lo haya hecho, adopte las medidas necesarias para brindar al menor Miguel Ángel Jiménez Romero el tratamiento integral por personal especializado para el Trastorno Generalizado del Desarrollo no Especificado (autismo atípico) que padece, en los términos indicados por el médico tratante. Si la EPS Sanitas SA no cuenta dentro de su red contratada con una institución que pueda prestar los servicios especializados para el tratamiento del Trastorno Generalizado del Desarrollo no Especificado (autismo atípico), deberá contratarlos, al menos para atender el caso concreto siguiendo lo dispuesto por el médico tratante. || Los exámenes adicionales que ordene el médico tratante deberán practicarse antes de quince (15) días contados a partir de la notificación de la presente sentencia y en ningún caso serán un obstáculo para la iniciación del tratamiento.”

¹² Para ver algunos casos recientes en los cuales la Corte ha reiterado el derecho fundamental a la salud de los niños: Sentencia T-492 de 2007 (MP Clara Inés Vargas Hernández) en la que se protegió el derecho de un menor a recibir tratamiento para una Craneofaringioma, y se señaló: “(...) el mandato consignado en el artículo 44 constitucional previó el carácter fundamental del derecho a la salud de los niños y, por consiguiente, no hay necesidad de relacionarlo con ninguno otro para que adquiera tal status, con el objeto de obtener su protección por vía de tutela.”; Sentencia T- 201 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto) en la que se protegieron los derechos de un niño a ser trasladado para Bogotá a recibir tratamiento pos operatorio de una cirugía para corregir una cuadraplegia espástica que sufría el menor, en dicha providencia se indicó: “(...) importa destacar que el derecho a la salud de niñas y niños adquiere carácter fundamental autónomo y puede ser garantizado mediante acción de tutela (...) el servicio de salud que sea brindado a niñas y niños debe permitir el cumplimiento de la cláusula según la cual, todo niño tiene “derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud” y

Constitución que señala expresamente: “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social (...). La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. (...) Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”. También el artículo 13 ordena al Estado la protección especial de las personas que se encuentren en condiciones de debilidad manifiesta.¹³ ¹⁴

En la misma sentencia, la Corte recordó algunos de los compromisos internacionales en cuanto a la protección de los niños y las niñas, en relación con su derecho a la salud, sin discriminación ni distinciones fundadas exclusivamente en el ingreso de los padres. Dijo al respecto,

“Por otra parte, esta regla también encuentra respaldo en diversos instrumentos internacionales que les otorgan a los niños el estatus de sujetos de protección especial y, específicamente en el campo de la salud, reconocen el derecho a la salud de los menores como fundamental. En la sentencia T-037 de 2006¹⁵ se recordaron algunos de estos instrumentos:

(1) Convención sobre los Derechos del Niño, en el artículo 24 reconoce ‘el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho, y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: (...) b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud.’

(2) Declaración de los Derechos del Niño que en el artículo 4 dispone que ‘[E]l niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud, con este fin deberán proporcionarse tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados’.

Sentencia T-134 de 2007 (MP Jaime Araújo Rentería) en la cual se protegió el derecho de un menor a recibir tratamiento para mejorar un retraso en el crecimiento diagnosticado por el médico tratante, en esa oportunidad la Corte consideró que: “(...) el mandato consignado en el artículo 44 constitucional previó el carácter fundamental del derecho a la salud de los niños y que, por consiguiente, su protección por vía de tutela es de carácter directo, sin que, como ocurre en el caso de los mayores de edad, deba probarse la violación conexa de otro derecho de rango fundamental para que proceda su amparo.”

¹³ Artículo 13 de la Constitución Política: “(...) El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia T-695 de 2007 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

¹⁵ Sentencia T-037 de 2006 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), en la cual se protegieron los derechos de una niña a recibir tratamiento integral para un trastorno del aprendizaje diagnosticado por su médico tratante.

(3) *Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas fijó en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales algunos parámetros que propenden por la protección de los derechos fundamentales de los niños como por, ejemplo en el numeral 2° del artículo 12 del citado pacto se establece: a), es obligación de los Estados firmantes adoptar medidas necesarias para ‘la reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños’; mientras que el literal d) dispone que se deben adoptar medidas necesarias para ‘la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad’.*

(4) *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que en su artículo 24 establece: Todo Niño tiene derecho sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado*

(5) *Convención Americana de Derechos Humanos, que en su artículo 19 señala que ‘todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado’.*

(6) *Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 que, en su artículo 25-2, establece que ‘la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados de asistencia especiales’, y que ‘‘todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social’.*¹⁶ *(Al respecto, ver también el segundo anexo de la presente sentencia sobre desarrollo internacional y regional del derecho a la salud).*

4.5.2.3. *No obstante, la protección que brinda la jurisprudencia no es suficiente y en muchas ocasiones ha llegado tarde. No son pocos los niños y las niñas que han fallecido esperando que se les reconociera y protegiera su derecho fundamental a la salud.*¹⁷ *La protección ideal de los derechos de los niños no se logra con una jurisprudencia constitucional robusta y protectora que los garantice cada vez que sean violados; el ideal es que las prácticas aseguren los derechos de los menores de tal forma que no sea necesario ir ante un juez a solicitar su defensa.*

24. Finalmente la Sala hace un llamado de atención al apoderado de la E.S.E. Villavicencio por el lenguaje utilizado en el recurso de apelación, que resulta indelicado frente al dolor de los familiares de la menor fallecida. En efecto afirmar

¹⁶ Con relación a estas disposiciones internacionales ver también el anexo de la sentencia sobre la cuestión.

¹⁷ En la sentencia T-819 de 2003 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra) se resolvió que una entidad territorial (Dirección Seccional de Salud de Antioquia) había violado los derechos de una menor, *Leidy Serna Zapata*, al negarse a garantizar la práctica de los servicios de salud que requería; la menor murió sin acceder al servicio porque la madre no había pagado la ‘cuota de recuperación’ –hoy, copago–.

que los padres de la niña debieron tomar los exámenes en un laboratorio privado y que como no lo hicieron “*no era ni tanto su amor, su afán o preocupación*” resulta a todas luces desproporcionado, grosero e inhumano. Este argumento no solamente carece de sentido por tratarse de una familia humilde beneficiaria del Sisben, que no contaba con los recursos económicos para asumir el costo de los exámenes, sino que en cualquier caso afirmaciones como la citada merecen el reproche de esta Corporación y no son propios del profesionalismo en el ejercicio del derecho.

VII. Indemnización de perjuicios

Perjuicios morales

25. Teniendo en cuenta, que el Tribunal de primera instancia reconoció la indemnización que se otorgaba cuando los perjuicios morales se tasaban en gramos de oro, esta Corporación con aplicación de la facultad discrecional que le asiste frente a estos casos¹⁸, procederá a realizar la conversión de la condena en salarios mínimos, para la fecha de ejecutoria del presente fallo, sin hacer más gravosa la condena al apelante único.

26. A favor de Ana Argenis Suárez Cortes y Gonzalo Agudelo, padres de la menor María Fernanda Agudelo Suárez, el *a quo* reconoció “*1000 GRAMOS ORO para cada uno*”. En consecuencia, la Sala reconocerá en su favor la suma equivalente a 100 smlmv.

27. A favor de Yessica Alexandra Vaquiro Suárez, Erika Tatiana Agudelo Suárez, Gilari Yised Agudelo Suárez y Yeferson Andrés Agudelo Suárez, el *a quo* reconoció “*700 GRAMOS ORO para cada uno*”. Sería del caso reconocer una suma equivalente a 70 smlmv. Sin embargo, en reciente sentencia de la Sección Tercera¹⁹ se unificaron los criterios de esta Corporación en materia de tasación de los perjuicios inmateriales en favor de los familiares de una persona fallecida,

¹⁸ Dicha facultad discrecional debe ser ejercida de acuerdo con los lineamientos de la jurisprudencia de la Sala, los cuales “... *descartan toda fórmula mecánica o matemática y antes ilustran que esa decisión debe considerar las circunstancias que rodearon los hechos y enmarcarse por los principios de razonabilidad...*” (sentencia del 16 de junio de 1994, C.P. Juan de Dios Montes Hernández, radicación n.º 7.445, actor: María Luisa Perdomo Lozada). Igualmente puede verse, entre otras, la sentencia del 11 de febrero de 2009, C.P. Myriam Guerrero de Escobar, radicación n.º 54001-23-31-000-1993-08025-01 (N.I. 14726), actor: Domingo Antonio Bermúdez, decisión que constituye uno de los muchos ejemplos de aplicación de la facultad discrecional en la tasación de perjuicios inmateriales.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2014, exp. 73001-23-31-0002001-00418-01 (27.709), C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

según el grado de parentesco; por lo tanto, la Sala dará aplicación a lo allí dispuesto y ordenará indemnizar a cada uno de los hermanos de la víctima con la suma equivalente a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria del presente fallo.

VIII. Costas

28. En atención a que para el momento en el cual se dicta este fallo la Ley 446 de 1998, en su artículo 55, indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y como en el *sub lite* ninguna de aquellas actuó de esa forma, no habrá lugar a su imposición y se confirmará lo decidido en este punto por el *a quo*.

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

FALLA

CONFIRMAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Meta, el 12 de octubre de 2004, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia y **MODIFICAR** la condena en el sentido de establecerla en salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de la presente decisión. La sentencia quedará así:

PRIMERO: DECLARAR ADMINISTRATIVAMENTE RESPONSABLE a la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO-E.S.E. Instituto de Salud Descentralizado del orden municipal de Villavicencio- por el fallecimiento de la menor MARÍA FERNANDA AGUDELO SUÁREZ, acaecida en las circunstancias anotadas en este proveído.

SEGUNDO: CONDENAR a la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO–E.S.E. Instituto de Salud Descentralizado del orden municipal de Villavicencio- a pagar por concepto de perjuicios morales a ANA ARGENIS SUÁREZ CORTÉS y GONZALO AGUDELO ÁLVAREZ, padres de la menor fallecida, el valor correspondiente a cien (100) smlmv para cada uno.

Para los hermanos de la fallecida, YESSICA ALEXANDRA VAQUIRO SUÁREZ, ERIKA TATIANA AGUDELO SUÁREZ, GILARI YISED AGUDELO SUÁREZ, YEFERSON ANDRÉS AGUDELO SUÁREZ, el valor correspondiente a cincuenta

(50) smlmv para cada uno.

TERCERO: Dese aplicación a lo dispuesto en los arts. 167 y 177 del C.C.A.

CUARTO: Por secretaría **EXPÍDANSE** copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, las cuales se entregarán a quien acredite estar actuando como apoderado judicial dentro del proceso.

QUINTO: En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Presidenta de la Sala

DANILO ROJAS BETANCOURTH

Magistrado

RAMIRO PAZOS GUERRERO

Magistrado

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DRA. STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

TASACION DE PERJUICIOS MORALES A FAVOR DE LOS HERMANOS DE LA VICTIMA - Falla del servicio médico. Muerte de niña de 3 años por dengue hemorrágico / TASACION DE PERJUICIOS MORALES - Aplicación de sentencia de unificación no es absoluta / TASACION DE PERJUICIOS MORALES - A menores de edad que padecieron la muerte de su hermana de 3 años de edad. Inaplicación de sentencia que unificó topes de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes a hermanos de la víctima. Situación especial

En el sublite la Sala conoció la apelación presentada por la parte demandada en contra de un fallo del Tribunal administrativo del Meta en el que se condenó a la E.S.E Villavicencio a indemnizar a los familiares de una menor que falleció por no haber recibido diagnóstico y tratamiento en un centro de salud adscrito a la entidad demandada. En tal ocasión el tribunal de primera instancia ordenó indemnizar a padres y hermanos de la menor fallecida en cuantía equivalente a 1000 y 700 gramos de oro puro. Siguiendo la práctica jurisprudencial la Sala convirtió la condena a salarios mínimos, conforme a una regla de proporción que equipara los mil gramos oro y cifras superiores a cien salarios mínimos. Entendió así la Sala que según estas reglas comunes la indemnización ordenada por el a quo equivale a 100 y 70 salarios mínimos para los padres y hermanos de la menor, sin embargo, consideró pertinente rebajar la indemnización concedida a los hermanos de la víctima, toda vez que esta excede el monto que la reciente jurisprudencia de unificación señala para la reparación del daño moral de quienes

tienen relación de parentesco de segundo grado con la víctima directa. Prima facie, la reducción de la indemnización parece la conclusión más razonable, dado que, efectivamente, mediante sentencia de 28 de agosto de 2014 se fijó un tope indemnizatorio de 50 salarios mínimos legales mensuales frente al daño moral sufrido por hermanos y abuelos. Considero, sin embargo, que la mayoría de la sala no tuvo en cuenta que los criterios indemnizatorios establecidos jurisprudencialmente no tienen un carácter absoluto sino más bien orientador e ilustrativo y que ha sido suficientemente aceptada la posibilidad de reconocer montos diferentes cuando las circunstancias lo ameriten. Igualmente, en sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014, la Sala explícitamente señaló que los topes indemnizatorios basados en porcentajes de incapacidad, que se adoptaron como base para el cálculo de la reparación del daño fisiológico tenían que acompañarse de consideraciones sobre las circunstancias de la víctima, entre ellas algunas relativas a la edad. En vista de que según se ha visto, los topes indemnizatorios no son barreras hieráticas infranqueables, que se imponen sin consideración de las circunstancias, considero que en el sublite había justificación suficiente para no variar la condena impuesta en primera instancia a pesar de la novedad jurisprudencial. Considero, por lo demás, que dicha alternativa podría haber sido una oportunidad de complementación y enriquecimiento de la jurisprudencia vigente, que no está llamada al estatismo sino al continuo perfeccionamiento. En efecto, en el caso sublite, los familiares en segundo nivel de consanguinidad de la víctima directa, sufrieron la pérdida siendo menores de edad que formaban parte de un único núcleo familiar con la fallecida. Ahora bien, un análisis crítico del precedente permite entender que, aplicado sin ninguna consideración circunstancial, equipara el sufrimiento derivado del duelo fraterno en momentos muy disímiles de la vida. Según este modo de interpretar rígidamente el precedente, en efecto, no cabe distinción alguna entre el duelo sufrido por hermanos adultos que han formado sus propios hogares y que, en muchos casos, no tienen un trato frecuente, que el que puede sufrir un niño o adolescente que convive cercanamente con sus hermano y que, independientemente de su relación con el fallecido, se verá necesariamente afectado por el duelo de los padres.

NOTA DE RELATORIA: Consultar sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014, exp. 27709. En relación con el carácter no absoluto de los topes indemnizatorios, ver sentencia de 28 de agosto de 2013, exp. 25022. Sobre la tasación del perjuicio moral respecto a los menores de edad y las circunstancias especiales de las víctimas, consultar sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014, exp. 27252

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR FALLA MEDICA - Inexistencia de un único título de imputación

[C]onsidero necesario aclarar el voto respecto del enfoque que siguió la mayoría para determinar si el daño puede o no imputarse a la entidad demandada. En efecto, en la parte motiva de la sentencia se lee: La Sección Tercera del Consejo de Estado ha consolidado una posición en materia de responsabilidad del Estado por la prestación del servicio de salud, en virtud de la cual aquella es de naturaleza subjetiva, advirtiendo que es la falla probada del servicio el título de imputación bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria, de suerte que se exige acreditar la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad. Las anteriores consideraciones no solamente no son consistentes con la reciente jurisprudencia de la Corporación, según las cuales no existen títulos fijos de imputación, sino que, como lo he manifestado en otras ocasiones, supone la persistencia de un modo de razonamiento adecuado para el modelo

constitucional de 1886 pero innecesario y sobrevinientemente inexecutable a la luz de la Carta Política de 1991.

NOTA DE RELATORIA: Consultar sentencia de 31 de junio de 2013, exp. 31959

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION B

Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH

Bogotá, cinco (5) de marzo de dos mil quince (2015)

Radicación número: 50001-23-31-000-2002-00375-01(30102)

Actor: ANA ARGENIS SUAREZ CORTES Y OTROS

Demandado: E.S.E. VILLAVICENCIO

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Consejera: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

De conformidad con el num. 7 del art. 33 del Reglamento Interno del Consejo de Estado -Acuerdo n.º 58 de 1999, modificado por el art. 1 del Acuerdo n.º 35 de 2001-, procedo a consignar las razones por las cuales salvo parcialmente el voto en el asunto de la referencia. Así mismo, considero necesario aclarar el voto respecto de cierto aspecto de la fundamentación del fallo que, sin incidir directamente en el *decisum*, sí plantea problemas teóricos de fondo.

En el *sublite* la Sala conoció la apelación presentada por la parte demandada en contra de un fallo del Tribunal administrativo del Meta en el que se condenó a la E.S.E Villavicencio a indemnizar a los familiares de una menor que falleció por no haber recibido diagnóstico y tratamiento en un centro de salud adscrito a la entidad demandada. En tal ocasión el tribunal de primera instancia ordenó

indemnizar a padres y hermanos de la menor fallecida en cuantía equivalente a 1000 y 700 gramos de oro puro. Siguiendo la práctica jurisprudencial la Sala convirtió la condena a salarios mínimos, conforme a una regla de proporción que equipara los mil gramos oro y cifras superiores a cien salarios mínimos. Entendió así la Sala que según estas reglas comunes la indemnización ordenada por el *a quo* equivale a 100 y 70 salarios mínimos para los padres y hermanos de la menor, sin embargo, consideró pertinente rebajar la indemnización concedida a los hermanos de la víctima, toda vez que esta excede el monto que la reciente jurisprudencia de unificación señala para la reparación del daño moral de quienes tienen relación de parentesco de segundo grado con la víctima directa.

Prima facie, la reducción de la indemnización parece la conclusión más razonable, dado que, efectivamente, mediante sentencia de 28 de agosto de 2014²⁰ se fijó un tope indemnizatorio de 50 salarios mínimos legales mensuales frente al daño moral sufrido por hermanos y abuelos. Considero, sin embargo, que la mayoría de la sala no tuvo en cuenta que los criterios indemnizatorios establecidos jurisprudencialmente no tienen un carácter absoluto sino más bien orientador e ilustrativo y que ha sido suficientemente aceptada la posibilidad de reconocer montos diferentes cuando las circunstancias lo ameriten²¹. Igualmente, en sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014²², la Sala explícitamente señaló que los topes indemnizatorios basados en porcentajes de incapacidad, que se adoptaron como base para el cálculo de la reparación del daño fisiológico tenían que acompañarse de consideraciones sobre las circunstancias de la víctima, entre ellas algunas relativas a la edad.

En vista de que según se ha visto, los topes indemnizatorios no son barreras hieráticas infranqueables, que se imponen sin consideración de las circunstancias, considero que en el *sublite* había justificación suficiente para no variar la condena impuesta en primera instancia a pesar de la novedad jurisprudencial. Considero, por lo demás, que dicha alternativa podría haber sido una oportunidad de complementación y enriquecimiento de la jurisprudencia vigente, que no está llamada al estatismo sino al continuo perfeccionamiento.

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de agosto de 2014, exp. 73001-23-31-0002001-00413-01 (27709) C.P. Carlos Alberto Zambano Barrera.

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 28 de agosto de 2013, exp. 25022, C.P Enrique Gil Botero.

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de agosto de 2014, exp25000232600020000071801 (27252) C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

En efecto, en el caso *sublite*, los familiares en segundo nivel de consanguinidad de la víctima directa, sufrieron la pérdida siendo menores de edad que formaban parte de un único núcleo familiar con la fallecida. Ahora bien, un análisis crítico del precedente permite entender que, aplicado sin ninguna consideración circunstancial, equipara el sufrimiento derivado del duelo fraterno en momentos muy disímiles de la vida. Según este modo de interpretar rígidamente el precedente, en efecto, no cabe distinción alguna entre el duelo sufrido por hermanos adultos que han formado sus propios hogares y que, en muchos casos, no tienen un trato frecuente, que el que puede sufrir un niño o adolescente que convive cercanamente con sus hermano y que, independientemente de su relación con el fallecido, se verá necesariamente afectado por el duelo de los padres. Esta línea de razonamiento adolece, pues, de dos defectos significativos.

El primero es una falla científica, relacionada con la valoración del impacto del duelo de un modo descontextualizado que desconoce, por una parte, las dinámicas básicas del desarrollo afectivo y la mayor vulnerabilidad emocional de niños y adolescentes y por otra, el hecho, difícilmente controvertible, de que la familia no es una simple agrupación aritmética de individuos sino un sistema social en el que el estado emocional de sus miembros incide casi necesariamente en el de los demás. Por otra parte, incurre en el error jurídico de petrificar las lagunas de la jurisprudencia, pues es evidente que allí donde se establece un tope general, sin tener en cuenta distinciones tan evidentes como las fundadas en el natural desarrollo afectivo, hay una laguna que debe superarse mediante la apelación a los principios jurídicos. Como bien lo ha hecho notar Dworkin, parte del respeto al precedente, consiste en perfeccionarlo.

Aparte de lo anterior, considero necesario aclarar el voto respecto del enfoque que siguió la mayoría para determinar si el daño puede o no imputarse a la entidad demandada. En efecto, en la parte motiva de la sentencia se lee:

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha consolidado una posición en materia de responsabilidad del Estado por la prestación del servicio de salud, en virtud de la cual aquella es de naturaleza subjetiva, advirtiendo que es la falla probada del servicio el título de imputación bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria, de suerte que se exige acreditar la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad.

Las anteriores consideraciones no solamente no son consistentes con la reciente jurisprudencia de la Corporación, según las cuales no existen títulos fijos de imputación²³, sino que, como lo he manifestado en otras ocasiones, supone la persistencia de un modo de razonamiento adecuado para el modelo constitucional de 1886 pero innecesario y sobrevinientemente inexecutable a la luz de la Carta Política de 1991.

Lo anterior se entiende si se considera que la Constitución de 1886 carecía de una regulación explícita de la responsabilidad estatal, por lo cual ésta tuvo que ser desarrollada a partir de ejercicios de aplicación analógica del régimen de responsabilidad por daños contenido en el Código Civil, el cual, como se sabe, es, por regla general de carácter subjetivo, aunque excepcionalmente contempla supuestos de reparación al margen de la culpa, como lo son los casos de responsabilidad por riesgo o de la indemnización en caso de expropiación.

Compelidos a juzgar aquellos casos de daños causados por los agentes estatales, dada la imposibilidad absoluta de aceptar la tesis de la irresponsabilidad del príncipe, se entiende que quienes administraban justicia en el marco de la anterior normatividad constitucional tuvieron que forjar auténticos constructos conceptuales sobre la base de las figuras del Código Civil. Así, se introdujo la figura de “falta del servicio” como equivalente administrativo de la culpa; la teoría del daño especial como traslación y extensión del régimen de la expropiación y la teoría del riesgo excepcional, sobre la base de las figuras civiles de responsabilidad por actividades peligrosas.

Con la Constitución de 1991 opera un significativo cambio de panorama. La Carta Política, en efecto, contempla explícitamente en su artículo 90 un régimen de responsabilidad estatal y repetición contra el funcionario. Dentro de éste cabe distinguir dos elementos distintos, antiguamente indiferenciados: la responsabilidad estatal y la responsabilidad de quienes cumplen funciones estatales.

El primero de los dos elementos tiene que ver con la relación jurídica entre las entidades estatales y la víctima y se caracteriza por su carácter marcadamente objetivo. En efecto, de la lectura del primer inciso de la norma constitucional en

²³ ²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 31 de junio de 2013, expediente 25000232600020010072101 (31959), C.P. Hernán Andrade Rincón

mención se colige inequívocamente que aquello que da lugar al deber estatal de indemnizar a la víctima es la causación de un daño antijurídico, esto es, la imposición de una carga o la materialización de un mal que no tenía por qué haberse soportado. Tal como lo explicó en su momento el Constituyente Juan Carlos Esguerra:

“Hay varias novedades dentro de este inciso, varias novedades que vale la pena resaltar por la importancia que tiene, el primero: el de que allí se consagra expresamente la figura de la responsabilidad patrimonial del Estado, en una norma de carácter positivo y de jerarquía constitucional, estamos hablando de los daños antijurídicos, y con esto, vale la pena que la comisión lo tenga en cuenta, porque en esta materia puede considerarse que nuestra propuesta es audaz, tradicionalmente, la responsabilidad del Estado, la responsabilidad patrimonial del Estado que han venido construyendo nuestros tribunales, como ya lo mencioné, se ha elaborado a partir del juicio que se hace sobre la conducta del ente público, primero estableciendo que si esa conducta podía calificarse de culpable habría lugar a la responsabilidad, luego se fue tendiendo un tanto más a noción de falla en el servicio, que es la que actualmente prima entre nosotros, la falla en el servicio es toda, pues en términos muy generales, es toda conducta de la administración que sea contraria al cumplimiento de su obligación en los términos establecidos por la Constitución y por la ley, lo que nosotros proponemos es que se desplace el centro de gravedad de la responsabilidad patrimonial del Estado, de la conducta antijurídica del ente público a la antijuridicidad del daño, de manera que con esto se amplía muchísimo la responsabilidad y no queda cobijado solamente el ente público cuando su conducta ha dado lugar a que se causen unos daños, sino cuando le ha infringido alguno a un particular que no tenga por qué soportar ese daño²⁴.

El segundo elemento, contenido en el artículo 90, está referido al ámbito relacional entre la entidad estatal llamada a responder y el agente estatal que causa el daño por el que resulta condenada la Nación. En este caso la condena del agente estatal exige de un análisis eminentemente subjetivo, puesto que la misma Constitución funda la posibilidad de repetir en la actuación culposa o gravemente culposa del servidor comprometido.

Como se ve, se trata de dos relaciones sustancialmente distintas a las que, en principio, corresponden instancias procesales propias y diferenciadas. Así, lo concerniente a la relación jurídica entre el Estado y la víctima se resuelve dentro del contexto del proceso de reparación directa, mientras que lo relativo a la obligación del funcionario frente al Estado se resuelve en el contexto de la acción

²⁴ Colombia, Asamblea Nacional Constituyente, Actas de sesiones de las Comisiones, Art. 90, Sesión Comisión 1, Mayo 6 de 1991, pág. 4

de repetición, o también, en los procesos de reparación directa, a través de la figura del llamamiento en garantía. Se aclara, desde luego, que en este último caso, a pesar de haber un proceso unitario, el juez se pronuncia sobre dos relaciones jurídicas distintas y realiza un doble íter argumentativo. Por un lado, razona sobre la responsabilidad del Estado a la luz de una consideración objetiva sobre la existencia de un deber de soportar la carga que el accionante alega le fue impuesta, sin tener el deber de soportarla y, en segundo lugar, analiza si el agente estatal actuó con dolo o culpa grave.

Ahora bien, para lo que aquí respecta, interesa resaltar que en aquellos procesos en los que el agente estatal es llamado en garantía, éste tiene oportunidad de intervenir para demostrar que su actuación no estuvo injustificada. Cosa distinta ocurre cuando en el contexto de una acción de reparación directa en la que no hay llamamiento en garantía, el juez administrativo se pronuncia sobre los aspectos subjetivos del acto de producción del daño. En estos, la realización del juicio subjetivo puede constituirse en una suerte de prejuzgamiento de alguien que no ha sido llamado al proceso y que, por ende, carece de las garantías mínimas de defensa. Y, aunque el juicio de reparación directa no lo afecte, en primer momento, el hecho de que la potencial acción de repetición que se adelante en su contra tenga como fundamento un fallo judicial en que, de entrada, se califica de culposa o dolosa su acción (no se olvide que, en principio, el concepto de falla en el servicio no es más que una versión administrativa de la culpa), puede afectar indebidamente la efectividad de su derecho de defensa y al tiempo, se prefiere un título de los llamados objetivos, dar al traste con la acción de repetición.

FECHA UT SUPRA

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO