

## **DAÑO ANTIJURIDICO - Existencia / PERJUICIOS MORALES - Prueba / REGLAS DE LA EXPERIENCIA - Aplicación**

Está demostrado en el proceso que el menor Julián David Calderón Rivas resultó lesionado el 4 de marzo de 1996, debido a que sufrió quemaduras en la piel cuando apenas tenía cuatro días de nacido, hecho que se acreditó con los siguientes documentos: (i) Historia Clínica No. 730583 del menor Julián David Calderón Rivas expedida por el Hospital San José, en la que consta en el aparte relacionado con el diagnóstico inicial: “quemadura dorso mano derecha G. II-III” (copia auténtica aportada por la parte actora, y copia allegada por el Jefe de Departamento y Calidad del Instituto de Seguros Sociales. Igualmente obra en la historia clínica, nota del médico de turno el 4 de marzo de 1996 realizada a las 6 de la mañana, en el que indicó que acudió a un llamado de la enfermería y que “se evidencia quemadura G II con (ilegible) en MSD y G II en torax anterior” y al día siguiente de la ocurrencia del hecho, se indicó: “Cirugía plástica- ronda nocturna. Pcte estable, con quemadura G II en evolución. Presenta signos de profundización en dorso de mano derecha, resto de áreas con buena epitelización”. En la “hoja de descripción quirúrgica” de 29 de mayo de 1996 que obra dentro de la historia clínica, se estableció que la intervención que se le realizó al menor fue de “injertos de piel”. En el resumen de salidas de la unidad de recién nacidos del Hospital San José, consta que ingresó el 1 de marzo de 1996 y salió el 7 de abril siguiente, y en la información del menor se estableció “patologías de la piel (...) quemadura mano y brazo derecho 1 y 2 grado (...) cirugía plástica: colocación de injerto en miembro superior derecho, escarectomía”. (ii) Dictamen realizado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses- Regional Bogotá, el 11 de junio de 1998, en el que se indicó como incapacidad médico legal definitiva 45 días, y se estableció como secuelas deformidad física de carácter permanente y perturbación funcional del “órgano de la prensión”. Igualmente está acreditado que la lesión de Julián David Calderón Rivas causó daños a los demandantes, Baudilio Calderón y Sara Nidia Rivas Gómez, quienes acreditaron ser los padres de la víctima, con el registro civil de nacimiento del menor. La demostración del parentesco en el primer grado de consanguinidad entre la víctima y los demandantes, unida a las reglas de la experiencia, permite inferir el dolor moral que éstos sufrieron con la lesión de aquél.

## **LESIONES DE MENOR EN INCUBADURA - Falla en el servicio médico / RECIEN NACIDO - Lesiones / IMPUTACION - Existencia / IMPUTACION - Determinación**

Como quiera que se trata de una lesión que se produjo como consecuencia de la quemadura que sufrió el menor en su brazo derecho y tórax con agua hirviendo, durante el procedimiento a que se sometió al paciente en la incubadora por haber nacido en forma prematura, la Sala realizará una distinción entre los actos médicos propiamente dichos, y las actuaciones que están a cargo del profesional paramédico de la institución hospitalaria. Debe destacarse que la responsabilidad patrimonial por la falla médica involucra no sólo el acto médico propiamente dicho, que se refiere a la intervención del profesional en sus distintos momentos y comprende particularmente el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades, incluidas las intervenciones quirúrgicas, sino que también se refiere a todas aquellas actuaciones previas, concomitantes y posteriores a la intervención profesional, que están a cargo del personal paramédico o administrativo tanto de la institución hospitalaria, como del personal que tiene a su cargo el cuidado de la persona que está bajo especial sujeción, como ocurre también en el caso de los conscriptos o de los detenidos. Sobre la distinción entre el acto médico propiamente dicho y los actos anexos que integran el llamado “acto médico

complejo”, la Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse en repetidas oportunidades. Así, en sentencia de 28 de septiembre de 2000, exp: 11.405, se acogió la clasificación que sobre tales actos ha sido realizada por la doctrina: Dicha distinción se realizó en épocas pasadas, además, para establecer diferencias en relación con el régimen de responsabilidad y las cargas probatorias de las partes, pero de acuerdo con los criterios jurisprudenciales que hoy han sido adoptados y que exigen al demandante la prueba de los elementos de la responsabilidad por el daño causado con ocasión de la actuación médico hospitalaria, con independencia del acto de que provenga (médico, paramédico o extramédico), dicha distinción carece de sentido.

### **FALLA MEDICA - Errores u omisiones en las actividades conexas al acto médico o quirúrgico propiamente dicho / RESPONSABILIDAD MEDICA - Falla en el servicio**

En relación con la responsabilidad del Estado por los daños que se producen como consecuencia de errores u omisiones en las actividades conexas al acto médico o quirúrgico propiamente dicho, se registran en la jurisprudencia de la Corporación casos, como: (i) lesiones debidas a una vigilancia inadecuada, que ocasionan caída de camillas; (ii) la falta de mantenimiento de los equipos o instrumentales; (iii) la omisión o el error en el suministro o aplicación de medicamentos; (iv) falta de diligencia en la adquisición de medicamentos, y (v) lesiones causadas dentro de la institución hospitalaria. Un desarrollo particular se ha dado en la jurisprudencia a la obligación de seguridad que deben prestar las entidades hospitalarias, tema en relación con el cual la jurisprudencia de la Sala ha tenido oportunidad de señalar que el deber de seguridad de los hospitales y clínicas, se contrae a impedir que el paciente no sufra ningún accidente en el curso o con ocasión de la atención médica que se le preste, y que dentro de este deber se incluyen los de “custodia y vigilancia” cuando se trata de establecimientos para enfermos mentales, pero que no se extiende a brindar protección a los pacientes frente a actos de terceros, salvo que se trate de “situaciones especiales en las que los administradores de los hospitales deben extremar las medidas de control y vigilancia de los pacientes, dadas las condiciones de riesgo en que éstos pueden encontrarse. Así las pruebas, se encuentra acreditado que el daño sufrido por el menor Julián David Calderón Rivas es imputable a la demandada por la falla en la prestación del servicio médico asistencial, porque las lesiones que sufrió ocurrieron cuando el paciente se encontraba en la Unidad de Recién Nacidos- Cuidados Intensivos del Hospital San José, debido a que nació en forma prematura y fue sometido a tratamiento en incubadora, y parte de las medidas terapéuticas que se adoptaron para la recuperación de la salud del menor fue ponerle una “bolsa de agua caliente”, lo cual dio lugar a que fuera quemado con el agua hirviendo que contenía la bolsa, causándole quemaduras de II y III grado en su brazo derecho y tórax. Así mismo, este daño le es imputable al Instituto de Seguros Sociales porque fue esta entidad la que contrató al Hospital San José para la prestación del servicio de salud a la madre de la víctima y al menor, y si bien es cierto el daño ocurrió en dicho Hospital, lo cierto es que la entidad encargada de suministrar el servicio de salud era el Instituto demandado con independencia de las entidades hospitalarias que contratara para el efecto.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

## **SECCION TERCERA**

**Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil diez (2010)

**Radicación número: 25000-23-26-000-1996-03008-01(18574)**

**Actor: BAUDILIO CALDERON Y OTROS**

**Demandado: NACION-MINISTERIO DE TRABAJO-INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**

**Referencia: ACCION DE DE REPARACION DIRECTA (SENTENCIA)**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por las partes, en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 16 de marzo de 2000, mediante la que se declaró la responsabilidad de la demandada, la cual será modificada. La parte resolutive de la sentencia es la siguiente:

“Primero: Deniéganse la pretensiones en relación con la Nación-Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Segundo: Declárase administrativa y patrimonialmente responsable al Instituto de Seguros Sociales, por las lesiones sufridas por el menor Julián David Calderón Rivas, cuando se encontraba en la unidad de recién nacidos del Hospital San José.

Tercero: Como consecuencia de la anterior declaración, condénase al Instituto de Seguros Sociales, a pagar a los demandantes por concepto de perjuicios morales subjetivos el valor equivalente a mil (1000) gramos de oro para JULIAN DAVID CALDERON RIVAS y el valor equivalente a 800 gramos de oro para cada uno de los demandantes BAUDILIO CALDERON ACOSTA y SARA NIDIA RIVAS GOMEZ.

El precio de oro se determinará conforme a certificación que expida el Banco de la República para la fecha de ejecutoria de ésta providencia.

Cuarto: Condénase igualmente al Instituto de Seguros Sociales a prestar toda la asistencia médica, quirúrgica, hospitalaria y farmacéutica necesaria para obtener el mayor grado de recuperación posible del menor JULIAN DAVID CALDERON RIVAS.

Quinto: Deniéganse las demás súplicas de la demanda.

Sexto: Para el cumplimiento de esta sentencia se dará aplicación a los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo”

## I. ANTECEDENTES

### 1. Las pretensiones

El 17 de octubre de 1996, por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de reparación directa establecida en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, los señores Baudilio Calderón y Sara Nidia Rivas Gómez quienes obran en nombre propio y en el de su hijo menor Julián David Calderón Rivas, formularon demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en contra de la NACION- MINISTERIO DE TRABAJO y SEGURIDAD SOCIAL- INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, con el objeto de que se declarara patrimonialmente responsable a esas entidades, de los daños y perjuicios sufridos con ocasión de la lesión sufrida por el menor Julián David Calderón Rivas, el 4 de marzo de 1996 cuando se encontraba en tratamiento de incubadora y sufrió “un accidente de quemadura en el brazo derecho, porque le habían colocado mucho calor a la incubadora (sic)”, en el Hospital San José de Bogotá.

A título de indemnización solicitaron el pago de: (i) por perjuicios morales una suma equivalente a 1.000 gramos de oro a favor de cada uno de los demandantes; y (ii) por concepto de perjuicios materiales la suma de \$300.000.000 a favor de los padres de la víctima, y de \$300.000.000 a favor del menor por las lesiones sufridas.

### 2. Los fundamentos de hecho

Los hechos narrados en la demanda son, en síntesis, los siguientes: Que el 27 de febrero de 1996 la señora Nidia Rivas Gómez fue internada en el Hospital de San José debido a que presentaba síntomas de tensión alta por lo cual se dispuso que debían practicarle “cesárea segmentaría tranperitoneal”. Que el 1 de marzo de 1996 nació el menor Julián David Calderón Rivas con seis meses de gestación, razón por la cual debió ser sometido a un tratamiento de incubadora en el mismo Hospital San José.

Que el 4 de marzo siguiente el señor Baudilio Calderón acudió a la sala de incubadora del Hospital con el fin de visitar a su hijo, pero lo encontró con el brazo derecho vendado, y al indagar sobre lo sucedido los médicos le informaron que el menor “había sufrido un accidente de quemadura en el brazo derecho, porque le

habían colocado mucho calor en la incubadora (sic)” y debido a que su piel era muy delgada por ser recién nacido.

Que el menor Julián David permaneció en la sección de alto riesgo en incubadora hasta el día 30 de marzo del mismo año, fecha en la que se le practicó una operación de injerto en el brazo afectado, después de la cual los médicos les manifestaron a los padres de la víctima que no sabían las consecuencias ni los resultados de la intervención, y estuvo hospitalizado hasta el 8 de abril de 1996. Que desde la fecha en que fue dado de alta el menor hasta el 30 de mayo siguiente la madre del mismo asistió todos los días al Hospital con el fin de que le realizaran las correspondientes terapias.

Se afirmó en la demanda que el daño es imputable a la entidad demandada, por haber sido causado como consecuencia de una falla del servicio que se concretó en la negligencia médica del Hospital San José al permitir el paso excesivo de vapor a la incubadora en la que se encontraba el menor causándose las lesiones.

### **3. La oposición de los demandados**

Previa notificación personal, dentro del término de fijación en lista el Instituto de Seguros Sociales, se opuso a las pretensiones de la demanda y manifestó que la obligación médica no es de resultado sino de medio y que el personal médico puso toda su capacidad profesional e intelectual para obtener un buen resultado a favor del paciente.

Por su parte, la Nación- Ministerio de Trabajo y Seguridad Social se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso como excepciones las de: (i) Ilegitimidad de personería sustantiva: debido a que el Instituto de Seguros Sociales es una empresa industrial y comercial del Estado con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente vinculado al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de manera que posee una personalidad diferente a la de la Nación y por tanto puede ser sujeto de derechos y obligaciones y en consecuencia tiene capacidad para comparecer en juicio como demandante o demandado. Razón por la cual la Nación – Ministerio de Trabajo no debía ser demandada; y (ii) Ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales e indebida acumulación de pretensiones, dado que hay una indebida acumulación de pretensiones en cuanto

que se demandó a la Nación, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social que no debía haberse demandado.

#### **4. La sentencia impugnada**

El Tribunal *a quo* en Sentencia de 16 de marzo de 2000, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda y declaró patrimonialmente responsable al Instituto de Seguros Sociales y lo condenó a pagar los perjuicios morales causados a los demandantes y a que se le brindara la asistencia médica que requiriera el menor para la recuperación integral de su salud, pero exoneró a la Nación, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social por falta de legitimación en la causa por activa porque la responsabilidad por falla médica le corresponde al Instituto de Seguros Sociales que es una entidad con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, por lo que es esta entidad la que tiene la legitimación para comparecer al proceso en calidad de demandada.

Consideró que están acreditado los elementos de la responsabilidad extrapatrimonial de la administración por falla en la prestación del servicio, como quiera que se demostraron las lesiones padecidas por el menor Julián David en su brazo derecho como consecuencia de una quemadura con una bolsa de agua hirviendo cuando se encontraba en la unidad de recién nacidos del Hospital de San José.

Igualmente encontró acreditado que dichas lesiones sufridas fueron el resultado de un accidente que no hacía parte de las eventuales complicaciones derivadas del manejo de un paciente neonatal, por cuanto se probó que éstas se produjeron por un descuido en la unidad de recién nacidos del Hospital San José. Que además el nexo causal surge porque sin la falla del servicio no se hubiera producido el hecho dañino que se concretó en las lesiones del menor, así como tampoco el perjuicio causado a los actores.

Condenó al Instituto de Seguros Sociales al pago de 1000 gramos de oro para la víctima y de 800 gramos de oro a favor de cada uno de los padres del menor por perjuicios morales, y a que le prestaran la asistencia médica, quirúrgica, hospitalaria y farmacéutica requerida por el menor para obtener el mayor grado de recuperación de su salud. Negó la condena por perjuicios materiales por

considerar que no existe ningún elemento que permita determinar y cuantificar el daño emergente y el lucro cesante reclamado.

## **5. Lo que se pretende con la apelación.**

Inconforme con el fallo, las partes interpusieron recurso de apelación.

La demandante apeló la sentencia en lo referente a la negativa a condenar por perjuicios materiales, dado que las lesiones causadas al menor Julián David Calderón por falla en el servicio son de carácter permanente con pérdida de la capacidad funcional y por tanto laboral, y que al encontrarse probada la falla del servicio y el nexo de causalidad con el daño sufrido por el menor, era procedente la condena por este perjuicio aunque fuere en abstracto para que en incidente posterior se determinara la cuantía de la misma. Igualmente solicitó que se accediera a la condena en costas especialmente de las agencias en derecho.

Sostuvo que la decisión de negar la condena por perjuicios materiales no estaba acorde con las pruebas recaudadas en el plenario que dan cuenta del daño ocasionados a los actores el cual a pesar de haber sido reconocido en la sentencia se denegó su condena por no existir elementos para su determinación. Afirmó que la deficiencia probatoria no se debe a la culpa de los actores sino a que el fallador de primera instancia negó las pruebas testimoniales que se habían solicitado con el fin de acreditar estos daños por cuanto no cumplían con los requisitos de ley, que igualmente en la demanda se pidió un dictamen pericial para que se determinara el perjuicio material pero que esa prueba fue negada por el a quo en cuanto consideró que existían fórmulas de matemática financiera adoptadas por el Consejo de Estado para su liquidación, y que además a pesar de que se había solicitado un dictamen a Medicina legal éste no había conceptualizado sobre la pérdida de la capacidad laboral del menor.

Finalmente señaló que si no existían los elementos para liquidar en concreto el juez debió decretar las pruebas pertinentes para cuantificar el daño, el cual estaba acreditado, para lo cual solicitó que en segunda instancia se decretaran las pruebas necesarias para el efecto.

Por su parte, la demandada afirmó que la sentencia impugnada no tuvo en cuenta que “el criterio de daño antijurídico no se aplica a la obligación de medios porque

dentro de la infraestructura del servicio se pusieron todos los medios y servicios médicos a favor del niño Julián David Calderón Rivas” y que el Instituto de Seguros Sociales no es responsable porque puso todos los medios para atender a la madre y al niño prematuro, y que de existir algún responsable era el Hospital San José que fue la entidad contratada por el Instituto de Seguros Sociales para que atendiera a los demandantes.

## **6. Actuación ante esta Corporación**

6.1. Del término concedido en esta instancia para presentar alegaciones hicieron uso las partes. La Nación- Ministerio de Trabajo y Seguridad Social solicitó que se confirmara la sentencia en cuanto se declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por cuanto el Instituto de Seguros Sociales es una entidad autónoma con personería jurídica, por lo que no es procedente la vinculación del ministerio.

La demandante reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación y solicitó que se desestimaran los expuestos por la demandada en su recurso, dado que de acuerdo a lo afirmado por el Instituto de Seguros Sociales a la accionante y a su hijo se le prestaron los servicios médicos que requerían, pero la falla no consistió en que no se le hubieren prestado los servicios médicos sino en la negligencia en la prestación del mismo que conllevó a las lesiones padecidas por el menor.

6.2. Por otra parte, la Señora Consejera, doctora Myriam Guerrero de Escobar, puso en conocimiento de la Sala su impedimento para conocer del proceso de la referencia, por encontrarse incurso en la causal prevista en el numeral 2 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, que prescribe: *“Haber conocido del proceso en instancia anterior, el juez, el cónyuge o algunos de sus parientes indicados en el numeral precedente”*, por cuanto participó como integrante de la Sala de Decisión en su condición de Magistrada del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la discusión y aprobación de la sentencia de primera instancia.

Este impedimento fue aceptado por la Sala en auto de 7 de octubre de 2009 por cuanto se configuró la causal alegada.



## II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

### 1. Competencia

La Corporación es competente para conocer del asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por las partes, en proceso con vocación de segunda instancia ante el Consejo de Estado, seguido contra la Nación- Ministerio de Trabajo y Seguridad Social- Instituto de Seguros Sociales, en el cual se accedió parcialmente a las pretensiones formuladas por los señores Baudilio Calderón y otros, decisión que habrá de modificarse, por las razones que a continuación se señalarán.

La competencia del *ad quem* le permite revisar todos los aspectos del fallo apelado, habida cuenta de que fue impugnado por ambas partes.

### 2. El daño sufrido por los demandantes

2.1. Está demostrado en el proceso que el menor Julián David Calderón Rivas resultó lesionado el 4 de marzo de 1996, debido a que sufrió quemaduras en la piel cuando apenas tenía cuatro días de nacido, hecho que se acreditó con los siguientes documentos:

(i) Historia Clínica No. 730583 del menor Julián David Calderón Rivas expedida por el Hospital San José, en la que consta en el aparte relacionado con el diagnóstico inicial: *“quemadura dorso mano derecha G. II-III”* (copia auténtica aportada por la parte actora, fls. 11 a 160 C. 2, y copia allegada por el Jefe de Departamento y Calidad del Instituto de Seguros Sociales, fls. 302 a 458 C. 2).

Igualmente obra en la historia clínica, nota del médico de turno el 4 de marzo de 1996 realizada a las 6 de la mañana, en el que indicó que acudió a un llamado de la enfermería y que *“se evidencia quemadura G II con (ilegible) en MSD y G II en torax anterior”* y al día siguiente de la ocurrencia del hecho, se indicó: *“Cirugía plástica- ronda nocturna. Pcte estable, con quemadura G II en evolución. Presenta signos de profundización en dorso de mano derecha, resto de áreas con buena epitelización”* (fls. 58 y 60 C. 2). En la *“hoja de descripción quirúrgica”* de 29 de mayo de 1996 que obra dentro de la historia clínica, se estableció que la intervención que se le realizó al menor fue de *“injertos de piel”* (fl. 108 C. 2).

En el resumen de salidas de la unidad de recién nacidos del Hospital San José, consta que ingresó el 1 de marzo de 1996 y salió el 7 de abril siguiente, y en la información del menor se estableció *“patologías de la piel (...) quemadura mano y brazo derecho 1 y 2 grado (...) cirugía plástica: colocación de injerto en miembro superior derecho, escarectomía”* (fl. 18 C. 2).

(ii) Dictamen realizado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses- Regional Bogotá, el 11 de junio de 1998, en el que se indicó como incapacidad médico legal definitiva 45 días, y se estableció como secuelas deformidad física de carácter permanente y perturbación funcional del “órgano de la prensión”, así:

“Paciente de dos años y medio, quien según historia clínica fue recién nacido pretérmino con dificultad respiratoria que amerita manejo en Unidad Neonatal en incubadora presentando: Quemadura de II y III grado en miembro superior derecho cuyo agente causal fue líquido hirviente (fl. 175 de historia clínica), hubo exposición articular y tendinosa (según notas de folios 178 y precedentes) de la articulación radio-cubital distal y III y IV metacarpiano.

Fue llevado a cirugía practicándosele injertos libres de piel y colgajo a distancia para cubrimiento de la articulación radio-carpiana (...)

#### 9. Transcripción del informe radiológico

1. Pérdida de la mayor parte de la falange proximal del V dedo.
2. Defecto por pérdida de tejido óseo del extremo distal del cubito, imagen sugestiva del injerto óseo adyacente al segundo metacarpiano, ausencia de la epífisis distal del radio.

Desde el punto de vista de Cirugía Plástica Forense amerita como secuelas:

1. deformidad física de carácter permanente.
2. Perturbación funcional del órgano de la prensión de carácter permanente.

Como incapacidad médico legal definitiva cuarenta y cinco (45) días.

El elemento causal fue líquido hirviente” (fl. 1-2 C. 3)

(iii) Dictamen realizado por la Junta Médica de Calificación de Invalidez de Bogotá, el 17 de diciembre de 2009 (fl. 234 a 237C. ppal), sobre la merma de la capacidad laboral sufrida por el menor, en el que se le determinó a la víctima una disminución

de la capacidad laboral del 46,46%, y se estableció como calificación del origen de la lesión “accidente: común”:

“...5.2. Diagnóstico motivo de la calificación: Secuelas de complicaciones de la atención médica y quirúrgica (...)

7. Porcentaje de la pérdida de la capacidad laboral

Calificación:	%	Estado PCL:	Incapacidad permanente parcial
Deficiencia:	27,46		
Discapacidad:	5,50	Fecha estructuración PCL:	15/12/2009
Minusvalía:	13,50	Requiere ayuda de terceros:	(sic)
%Total:	46,46	Manual:	Decreto 917 de 1999”.

Así mismo, con el dictamen de calificación de invalidez, se aportó la ponencia del médico, en la que indicó que para la fecha del experticio el menor tenía 13 años y que su estado actual era: *“notoria deformidad en antebrazo y mano derecha asociada a hipotrofia muscular en miembro superior derecho, funcionalmente se trata de miembro superior con severas restricciones sensorias, motrices, prensiles, disminución de fuerza y agarre”* (fl. 238-239 C. ppal).

2.2. Igualmente está acreditado que la lesión de Julián David Calderón Rivas causó daños a los demandantes, Baudilio Calderón y Sara Nidia Rivas Gómez, quienes acreditaron ser los padres de la víctima, con el registro civil de nacimiento del menor (fl. 3 C. 2).

La demostración del parentesco en el primer grado de consanguinidad entre la víctima y los demandantes, unida a las reglas de la experiencia, permite inferir el dolor moral que éstos sufrieron con la lesión de aquél.

### **3. El daño sufrido por el menor es imputable a la entidad demandada**

Como quiera que se trata de una lesión que se produjo como consecuencia de la quemadura que sufrió el menor en su brazo derecho y tórax con agua hirviendo, durante el procedimiento a que se sometió al paciente en la incubadora por haber nacido en forma prematura, la Sala realizará una distinción entre los actos médicos propiamente dichos, y las actuaciones que están a cargo del profesional paramédico de la institución hospitalaria.

Debe destacarse que la responsabilidad patrimonial por la falla médica involucra no sólo el acto médico propiamente dicho, que se refiere a la intervención del profesional en sus distintos momentos y comprende particularmente el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades, incluidas las intervenciones quirúrgicas, sino que también se refiere a todas aquellas actuaciones previas, concomitantes y posteriores a la intervención profesional, que están a cargo del personal paramédico o administrativo tanto de la institución hospitalaria, como del personal que tiene a su cargo el cuidado de la persona que está bajo especial sujeción, como ocurre también en el caso de los conscriptos o de los detenidos<sup>1</sup>.

Sobre la distinción entre el acto médico propiamente dicho y los actos anexos que integran el llamado “acto médico complejo”, la Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse en repetidas oportunidades. Así, en sentencia de 28 de septiembre de 2000, exp: 11.405, se acogió la clasificación que sobre tales actos ha sido realizada por la doctrina:

“...la responsabilidad derivada de la prestación del servicio de salud puede tener por causa actos de diferente naturaleza. Al respecto, cita Bueres la clasificación propuesta por José Manuel Fernández Hierro, en su obra “Responsabilidad civil médica sanitaria” (Edit. Aranzadi, Pamplona, 1984), que distingue tres supuestos:

“1. Actos puramente médicos, que son los de profesión realizados por el facultativo;

“2. Actos paramédicos, que vienen a ser las acciones preparatorias del acto médico y las posteriores a éste; por lo común, son llevadas a cabo por personal auxiliar para ejecutar órdenes del propio médico y para controlar al paciente (por ejemplo suministrar suero, inyectar calmantes o antibióticos – o proporcionarlos por vía oral-, controlar la tensión arterial, etcétera). También en esta categoría queda emplazada la obligación de seguridad que va referida al suministro de medicamentos en óptimas condiciones y al buen estado en que deben encontrarse los instrumentos y aparatos médicos;

“3. Actos extramédicos, están constituidos por los servicios de hostelería (alojamiento, manutención, etcétera), y por los que obedecen al

---

<sup>1</sup> Así lo consideró la Sala, por ejemplo, en sentencia de 25 de mayo de 2006, exp. 15.836, al declarar la responsabilidad de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, por haber retardado la prestación del servicio médico que demandó un soldado conscripto, quien sufrió una lesión durante un entrenamiento militar. Dijo la Sala: “...por haberse demostrado que el soldado William Antonio Holguín sufrió una lesión en el mes de noviembre de 1993, durante el desarrollo de una operación militar de patrullaje de registro y control militar en el área de San José del Guaviare; que sólo vino a recibir atención médica especializada a partir del mes de septiembre de 1995 y que, como consecuencia de esa caída le sobrevino un dolor lumbar permanente que lo inhabilitó para trabajar, hay lugar a inferir que la asistencia médica que se le brindó no fue oportuna y, por lo tanto, que la entidad demandada incurrió en falla en la prestación del servicio médico que por mandato legal debía brindarle”.

cumplimiento del deber de seguridad de preservar la integridad física de los pacientes”.<sup>2</sup>

Dicha distinción se realizó en épocas pasadas, además, para establecer diferencias en relación con el régimen de responsabilidad y las cargas probatorias de las partes<sup>3</sup>, pero de acuerdo con los criterios jurisprudenciales que hoy han sido adoptados y que exigen al demandante la prueba de los elementos de la responsabilidad por el daño causado con ocasión de la actuación médico hospitalaria, con independencia del acto de que provenga (médico, paramédico o extramédico), dicha distinción carece de sentido.

En relación con la responsabilidad del Estado por los daños que se producen como consecuencia de errores u omisiones en las actividades conexas al acto médico o quirúrgico propiamente dicho, se registran en la jurisprudencia de la Corporación casos, como: (i) lesiones debidas a una vigilancia inadecuada, que ocasionan caída de camillas<sup>4</sup>; (ii) la falta de mantenimiento de los equipos o instrumentales<sup>5</sup>; (iii) la omisión o el error en el suministro o aplicación de

---

<sup>2</sup> BUERES, Alberto. La responsabilidad civil de los médicos, Edit. Hammurabi, 1ª reimpresión de la 2ª edición, Buenos Aires, 1994, p. 424, 425.

<sup>3</sup> Sentencia de 11 de noviembre de 1999, exp: 12.165. Se dijo en esa providencia: “Muchos son los casos en que con ocasión de la prestación del servicio público de salud, se incurre en fallas administrativas que por su naturaleza deben probarse y la carga de la prueba corresponde al demandante, tales hechos como el resbalar al penetrar en un consultorio, tropezar al acceder a la mesa de observación por la escalerilla, caída de una camilla, el no retiro de un yeso previa ordenación médica, o la causación de una quemadura cuando hay lugar a manipulación de elementos que puedan ocasionarla. En ellos, es natural que no proceda la presunción de falla deducida jurisprudencialmente para los casos de acto médico y ejercicio quirúrgico, y que consecuentemente deba el actor probar la falla del servicio como ocurrió en el caso sub análisis, habiendo demostración de la caída del menor por descuido de quienes lo tenían a su cuidado, y de la imposibilidad de atenderlo convenientemente, con los elementos de que se disponía, pero que no pudieron emplearse por encontrarse bajo llave”. No obstante, en sentencia de 10 de agosto de 2000, exp: 12.944, aclaró la Sala: “En ese caso se quiso diferenciar el régimen colombiano con el francés respecto de ‘los hechos referentes a la organización y funcionamiento del servicio’, y aunque el texto de la sentencia quedó así, lo cierto es que las indicaciones sobre la aplicación del régimen de falla probada frente a esos hechos concernían a la jurisprudencia francesa y no a la colombiana. En nuestra jurisprudencia el régimen de responsabilidad patrimonial desde 1992 por hechos ocurridos con ocasión de actividades médicas, sin diferenciar, es y ha sido ‘el de falla presunta”.

<sup>4</sup> Ver, por ejemplo, sentencia de 11 de abril de 2002, exp: 13.227, en la cual se condenó al Hospital demandado por la muerte de un paciente, producida por las omisiones en las que incurrió el personal paramédico y administrativo del centro de salud, en cuanto no fueron cumplidas las órdenes médicas de inmovilizarlo, lo cual propició su caída, y de la administración fue ineficiente en disponer los medios necesarios para realizar el TAC. posterior a dicha caída con el fin de disponer la conducta médica a seguir. También, puede verse la sentencia de 11 de noviembre de 1999, exp: 12.165, en la cual se condena a la entidad por la muerte de un recién nacido que se produjo como consecuencia del hematoma subdural en la región frontoparietal del cerebro, al resbalar en el momento del parto de la lona que cubría la camilla, sin que, además, se pudiera atender esa emergencia con el “equipo de resucitación” requerido, por hallarse bajo llave.

<sup>5</sup> Con desafortunada frecuencia se presentan casos relativos a la falta o mal estado de los equipos indispensables para la prestación de servicios que competen a la institución hospitalaria, se registra por ejemplo, el caso de la muerte de un recién nacido derivada del hecho de no tener en funcionamiento la planta de energía eléctrica y por lo tanto, no poder extraerle en forma inmediata el líquido amniótico que había ingerido, sentencia de 14 de julio de 2005, exp. 15.332. También, eventos en los cuales no se realizan los exámenes de diagnóstico de manera oportuna por el mal estado de los equipos, por ejemplo, ver, sentencia de 3 de mayo de 1999, exp: 11.943.

medicamentos<sup>6</sup>; (iv) falta de diligencia en la adquisición de medicamentos<sup>7</sup>, y (v) lesiones causadas dentro de la institución hospitalaria<sup>8</sup>.

Un desarrollo particular se ha dado en la jurisprudencia a la obligación de seguridad que deben prestar las entidades hospitalarias, tema en relación con el cual la jurisprudencia de la Sala ha tenido oportunidad de señalar que el deber de seguridad de los hospitales y clínicas, se contrae a impedir que el paciente no sufra ningún accidente en el curso o con ocasión de la atención médica que se le preste, y que dentro de este deber se incluyen los de “custodia y vigilancia” cuando se trata de establecimientos para enfermos mentales<sup>9</sup>, pero que no se extiende a brindar protección a los pacientes frente a actos de terceros, salvo que se trate de *“situaciones especiales en las que los administradores de los hospitales deben extremar las medidas de control y vigilancia de los pacientes, dadas las condiciones de riesgo en que éstos pueden encontrarse*<sup>10</sup>.

Así las cosas, en el *sub examine* se tiene que en relación con las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos en los cuales resultó lesionado Julián David Calderón Rivas, el acervo probatorio está integrado por aquellas pruebas practicadas o aportadas directamente por las partes y las arriadas al expediente por disposición del A quo. Con estas pruebas se encuentra acreditado:

(i) Que la señora Sara Nidia Rivas Gómez ingresó al Hospital San José el 27 de febrero de 1996, y fue hospitalizada por “enfermedad materna hipertensión arterial crónica y preeclampsia sobreagregada”, razón por la cual, el día 1 de marzo siguiente fue sometida a “cesárea segmentaria transperitoneal” con un término de gestación de 30 semanas, fecha en la que nació el menor Julián David Calderón a

---

<sup>6</sup> Por ejemplo, en sentencia de 24 de febrero de 2005, exp. 14.170 se declaró la responsabilidad del Hospital demandado por la inadecuada atención prestada a un menor que fue llevado allí de urgencias, pero en ese momento no había médico, por lo cual fue atendido por una enfermera que le administró un medicamento, sin prescripción médica que le produjo la muerte al menor.

<sup>7</sup> En sentencia de 9 de marzo de 2000, exp. 12.489 se condenó a la entidad hospitalaria por la muerte de unas pacientes a quienes se suministró una droga, a pesar de que se tenía conocimiento que había presentado ya daños a pacientes de otros centros médicos de la misma institución, por no reunir las especificaciones científicas necesarias.

<sup>8</sup> En sentencia de 2 de octubre de 1997, exp: 11.652, se condenó a la institución hospitalaria por las lesiones que se causó a un paciente que llegó en estado de alteración mental y le produjeron como consecuencia una invalidez por plejía braquial.

<sup>9</sup> La Sala ha declarado la responsabilidad de las instituciones hospitalarias, por suicidios de enfermos mentales, por ejemplo, en sentencias de 11 de abril de 2002, exp: 13.122 y , o por evasión del hospital psiquiátrico y su posterior muerte, en sentencia de 27 de abril de 2006, exp. 15.352.

<sup>10</sup> Sentencia de 28 de septiembre de 2000, exp: 11.405.

las 3:32 a.m. Así consta en el informe de 9 de septiembre de 1997 rendido por el Hospital de San José, en atención a la solicitud realizada por el a quo (fl. 460-462 C. 2).

(ii) Que debido a los “múltiples riesgos por prematuridad y bajo peso” el menor Julián David Calderón Rivas ingresó a la unidad de recién nacidos – cuidados intensivos del Hospital San José y fue sometido a tratamiento de incubadora, por cuanto presentaba “síndrome de dificultad respiratoria”, y que estando en dicha unidad el menor sufrió quemaduras en la piel.

En efecto, en el informe rendido por el Hospital de San José el 9 de septiembre de 1997, se indicó:

“El día 4 de marzo se extuba al paciente a pesar de lo cual presenta deterioro clínico con sangrado a nivel gastrointestinal (...). Dentro de las medidas terapéuticas tomadas se deja al recién nacido en cámara cefálica requiriendo oxígeno con alta concentración y alto flujo motivo por el cual se enfría al paciente y una auxiliar de enfermería le coloca una bolsa de agua caliente, calentada sobre la lámpara de fototerapia y después colocada al bebe junto con sabanas calientes, presentando el paciente quemaduras a nivel del miembro superior derecho grado 2° motivo por el cual el paciente también es manejado por cirugía plástica.

El día 4 de marzo de 1996 se hace interconsulta a cirugía plástica y se registra en la nota correspondiente: “paciente que presenta quemadura en tórax y antebrazo y cara dorsal de mano derecha con bolsa de agua caliente de aproximadamente ocho horas de evolución. R.N. prematuro en respirador y fototerapia. Presenta quemadura en mano y antebrazo, áreas desepitelizadas con superficies húmedas cianóticas blandas dolorosas y en brazo y tórax áreas eritematosas no ampollas diagnóstico quemadura de II grado superficial y profundo en antebrazo mano (...) Día 27 se observa tejido de granulación bueno con exposición articulación radiocarpiana y de tendones extensores por lo cual se decide dar cobertura cutánea lo mas pronto posible por lo cual se pasa a cirugía el día 29 de marzo haciéndole injerto de piel parcial lo cual se considera el único tratamiento posible por el estado del paciente. La cirugía exitosa, los injertos integrados y se deja para manejo por parte de rehabilitación” (fl. 460-462 C. 2).

Además, este informe también da cuenta de que el menor fue sometido a tratamiento de rehabilitación y de terapias durante el año de 1996 y en el año de 1997 se le practicaron otras dos cirugías.

Así mismo, de las lesiones sufridas por el menor también da cuenta la Historia clínica No. 730583 del Hospital San José, en la que consta en el aparte

relacionado con el diagnóstico inicial: *“quemadura dorso mano derecha G. II-III”* (fls. 11-160 C. 2).

(iii) Que por estos hechos, el Departamento Seccional Mercadeo y Calidad del Instituto de Seguros Sociales adelantó un proceso disciplinario, en atención a la queja presentada por los padres de la víctima, en el que el comité ad-hoc rindió concepto desfavorable dado que “este accidente no corresponde a los riesgos normales de su condición de prematuro y manejo”. En dicho expediente obra el concepto del comité ad hoc de 25 de octubre de 1996, según el cual:

“(…) C. Análisis de la información.

Revisada la historia clínica aparece nota del médico de turno de 4 de marzo de 1996 a las 6 am, donde el médico acude a un llamado de enfermería describe quemadura grado II en miembro superior derecho hasta el codo y grado I en tórax anterior. No encontramos en la historia clínica de ese momento notas de enfermería o médicas acerca del origen de esas quemaduras, que el paciente no presentaba previamente.

La valoración por cirugía plástica del mismo día doce (12) horas después menciona quemaduras en tórax anterior y cara dorsal de mano y antebrazo derecho con bolsa de agua. Sin embargo, en esta valoración de cirugía plástica no consta de donde sacaron la información que había sido producida con bolsa de agua.

El manejo inicial de la quemadura y los eventos posteriores tanto desde el punto de vista pediátrico, de cirugía plástica y de enfermería, fue adecuado, quedando el paciente con secuelas previsibles a su condición inicial.

Según nuestra experiencia y revisada la historia clínica la probabilidad mas alta es que sí haya sido producida esta quemadura por liquido hirviendo de manera accidental, sin embargo no tenemos datos de cómo se produjo el accidente y quien o quienes serían los responsables. No obstante es un evento que no debería ocurrir en un servicio que maneja pacientes neonatales.

D. Concepto.

DESFAVORABLE

Porque este accidente no hace parte de las eventuales complicaciones derivadas del manejo de un paciente neonatal”.

Igualmente, en dicho concepto se recomendó que se debía investigar *“a fondo las causas del accidente por parte del ISS y la Institución”*, dado que todo hecho anormal debía aparecer *“en las notas de enfermería del paciente, lo cual no ocurrió en este caso”*.



Además, esta circunstancia es confirmada por el oficio No. 50156 de 12 de diciembre de 1996 que el Instituto de Seguros Sociales le remitió a los padres del menor poniendo en su conocimiento el concepto desfavorable emitido por el comité ad hoc del Departamento Seccional Mercadeo y Calidad de esa entidad (fl. 212 C. 2).

Así las pruebas, se encuentra acreditado que el daño sufrido por el menor Julián David Calderón Rivas es imputable a la demandada por la falla en la prestación del servicio médico asistencial, porque las lesiones que sufrió ocurrieron cuando el paciente se encontraba en la Unidad de Recién Nacidos- Cuidados Intensivos del Hospital San José, debido a que nació en forma prematura y fue sometido a tratamiento en incubadora, y parte de las medidas terapéuticas que se adoptaron para la recuperación de la salud del menor fue ponerle una “bolsa de agua caliente”, lo cual dio lugar a que fuera quemado con el agua hirviendo que contenía la bolsa, causándole quemaduras de II y III grado en su brazo derecho y tórax.

Así mismo, este daño le es imputable al Instituto de Seguros Sociales porque fue esta entidad la que contrató al Hospital San José para la prestación del servicio de salud a la madre de la víctima y al menor, y si bien es cierto el daño ocurrió en dicho Hospital, lo cierto es que la entidad encargada de suministrar el servicio de salud era el Instituto demandado con independencia de las entidades hospitalarias que contratara para el efecto.

#### **4. La indemnización del perjuicio**

##### **4.1. Perjuicios Morales**

Se acreditó que la lesión sufrida por John Alexander Palomino Vargas causó perjuicios morales, tanto al propio lesionado -porque sufrió un padecimiento y un dolor en su cuerpo que le causó una limitación-, como a sus familiares cercanos, por cuanto la lesión no sólo le produjo una disminución en su capacidad laboral del 46,46%, sino que además permaneció en el Hospital San José desde el 1 de marzo de 1996 hasta el 7 de abril siguiente, después fue sometido a rehabilitación y en el año de 1997 se le practicaron dos cirugías, según da cuenta el oficio de 9 de septiembre de 1997 expedido por dicho Hospital (fl. 460-462 C. 2).

Por lo tanto, se confirmará la sentencia proferida por el Tribunal en cuanto reconoció la indemnización por este perjuicio; sin embargo, se reducirá el valor de la misma, de manera proporcional a la gravedad del daño, teniendo en cuenta que, de acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, la lesión sufrida por el menor no es una de aquellas invalidantes que le incapacita totalmente para desempeñar actividades de carácter laboral, ni que le impida al lesionado vivir el pleno goce de sus facultades o desempeñar actividades placenteras.

Se advierte que para establecer el valor de la indemnización por este concepto, la Sala tendrá en cuenta los criterios establecidos en la sentencia de 6 de septiembre de 2001, expedientes Nos. 13.232 y 15.646, en la cual se fijó en salarios mínimos legales mensuales vigentes el valor del perjuicio moral. Por lo tanto, se fijará en 70 salarios mínimos legales mensuales vigentes el valor de la indemnización por el daño moral para el lesionado y de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de sus padres.

## **4.2. Perjuicios materiales**

### **4.2.1. Daño emergente**

La parte actora solicitó que se condenará a la entidad demandada al pago de *“toda la asistencia médica, quirúrgica, hospitalaria y farmacéutica necesaria para obtener el mayor grado de recuperación”*. El a quo condenó por este concepto por considerar que el Instituto de Seguros Sociales era la entidad responsable de las lesiones sufridas por el menor Julián David Calderón y que por tanto era obligación de esa entidad suministrarle dicha asistencia.

La Sala revocará esta condena por cuanto no obran en el expediente pruebas tendientes a la demostración de este perjuicio, dado que si bien el Instituto de Seguros Sociales es responsable de las lesiones causadas al menor Julián David Calderón, la parte actora tenía la carga de probar que este daño le había causado los perjuicios alegados, pero en el plenario no se aportó ninguna prueba que permitiera acreditar que el menor necesitaba a futuro la asistencia hospitalaria, quirúrgica y farmacéutica, y además ni siquiera señalaron en forma concreta en qué consistía dicha asistencia.

Así mismo, téngase en cuenta que el hecho sucedió el 4 de marzo de 1996, es decir que ya la lesión se encuentra cicatrizada por el tiempo que ha transcurrido debido a que al menor se le determinó una incapacidad médico legal definitiva de 45 días, según el dictamen del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses- Regional Bogotá, rendido el 11 de junio de 1998 (fl. 1 y 2 C. 3), es decir que ya ha pasado suficiente tiempo desde que se estableció la incapacidad.

#### **4.2.2. Lucro Cesante**

Se solicitó en el recurso modificar la sentencia del a quo en cuanto negó la condena por lucro cesante, porque en el plenario se acreditó que el menor sufrió un daño con las quemaduras que le causaron y por tanto se debía deprecar la condena por este concepto aunque fuere en abstracto. La Sala accederá al reconocimiento de este perjuicio, como quiera que se determinó que la lesión le causó al menor una pérdida de la capacidad laboral.

La lesión sufrida por Julián David Calderón Rivas le generó una incapacidad laboral permanente del 46.46% y si bien para la fecha de ocurrencia del hecho la víctima era menor de edad, cuatro días de nacimiento de conformidad con su registro civil de nacimiento (fl. 3 C. 1), a partir de los 18 años de edad podrá ejercer una actividad laboral, razón por la cual y con base en el salario mínimo legal mensual vigente, se le reconocerá la indemnización por lucro cesante, desde cuando cumplirá la mayoría de edad y por su vida probable.

La liquidación se realizará con fundamento en los siguientes parámetros:

- Para determinar la renta, se tendrá en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente, esto es, la suma de \$515.000<sup>11</sup>, incrementado en el 25% de prestaciones sociales, lo que arroja la suma de \$643.750

Como quiera que la disminución en la capacidad laboral de Julián David Calderón Rivas fue del 46.46% de acuerdo con el concepto médico legal expedido por la Junta Médica de Calificación de Invalidez de Bogotá, la indemnización se liquidará

---

<sup>11</sup> Se toma el salario mensual vigente a esta fecha, por ser mayor que el salario indexado vigente para la época de la ocurrencia de los hechos (4 de marzo de 1996).

por éste porcentaje del salario mínimo legal mensual vigente, es decir, por \$299.086,25

- El periodo a indemnizar lo será la vida probable del lesionado, calculada desde la fecha en que cumplirá los 18 años de edad (1 de marzo de 2014), de acuerdo con la resolución 0497 de 20 de mayo de 1997, expedida por la Superintendencia Bancaria, mediante la cual se adopta la tabla de mortalidad de los asegurados, esto es, por 57.82 años (693.84 meses).

- Indemnización futura.

La indemnización futura se calculará con base en la siguiente fórmula:

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

Donde:

S = Es la indemnización a obtener.

Ra = Es la renta o ingreso mensual que equivale a \$299.086,25

i= Interés puro o técnico: 0.004867

n= Número de meses que comprende el período indemnizable: desde la fecha en que cumplirá los 18 años de edad (1 de marzo de 2014), hasta la vida probable de la víctima, 693.84 meses.

$$S = \$299.086,25 \frac{(1+0.004867)^{693.84} - 1}{0.004867(1.004867)^{693.84}}$$

$$S = \$59'335.872,62$$

## 5. Costas

Solicitó la recurrente que se condenara en costas a la entidad demandada especialmente al pago de las agencias en derecho.

La Sala negará la condena en costas, dado que en los términos del artículo 55 de la Ley 446 de 7 de julio de 1998<sup>12</sup>, que modificó el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo -aplicable en el presente caso por ser una norma procesal de aplicación inmediata y anterior a la sentencia que se recurre-, ella procede *“teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes”* y en el presente asunto no se presentó una conducta procesal temeraria o de mala fe de la parte demandada que la haga objeto de la medida.

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

#### **FALLA:**

**MODIFICASE** la sentencia recurrida, esto es, la proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 16 de marzo de 2000 y, en su lugar, SE DISPONE:

**“PRIMERO.** DENIEGANSE las súplicas de la demanda en relación con la Nación-Ministerio de Trabajo y Seguridad Social

**SEGUNDO.** DECLARASE administrativa y patrimonialmente responsable al Instituto de Seguros Sociales, por las lesiones sufridas por el menor Julián David Calderón Rivas, cuando se encontraba en la unidad de recién nacidos del Hospital San José.

**TERCERO.** Como consecuencia de lo anterior, CONDENASE al Instituto de Seguros Sociales, a pagar a los demandantes los perjuicios materiales y morales por ellos sufridos, así:

1. Para JULIAN DAVID CALDERON RIVAS el valor equivalente a setenta (70) salarios mínimos legales mensuales vigentes por perjuicios morales, y la suma de CINCUENTA Y NUEVE MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL

---

<sup>12</sup> Vigente a partir del 8 de julio de 1998, según publicación en el Diario Oficial 43.3335 de esa fecha.

OCHOCIENTOS SETENTA Y DOS PESOS CON SESENTA Y DOS (\$59'335.872,62) por perjuicios materiales.

2. Para los señores BAUDILIO CALDERON Y SARA NIDIA RIVAS GOMEZ el valor equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno.

**TERCERO.** NIEGANSE las demás pretensiones de la demanda.

**CUARTO.** El Instituto de Seguros Sociales, dará cumplimiento a lo dispuesto en este fallo, dentro de los términos indicados en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

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

**SEXTO.** Ejecutoriada esta providencia, DEVUELVASE el expediente al tribunal de origen”.

**COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVASE**

**RUTH STELLA CORREA PALACIO**  
Presidenta de la Sala

**ENRIQUE GIL BOTERO**  
Con aclaración de voto

**MAURICIO FAJARDO GOMEZ**

**ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR ENRIQUE GIL BOTERO**

**RESPONSABILIDAD MEDICO SANITARIO - Régimen / PLENA PRUEBA - Se requiere que los indicios sean convergentes y conducentes / PLURALIDAD DE INDICIOS - Prueba de la responsabilidad / FALLA PRESUNTA EN EL SERVICIO - Aplicación en materia de responsabilidad médica**

En el tema de la responsabilidad del Estado por la prestación del servicio médico – sanitario, del que trata la sentencia respecto de la cual aclaró voto-, he señalado que no existe una línea jurisprudencial que brinde claridad a los operadores jurídicos, en relación con cuáles son los títulos de imputación aplicables en asuntos de esta naturaleza; al respecto he señalado: 2.1. El criterio jurisprudencial que parte del hecho de admitir la dificultad probatoria que le asiste, en determinados eventos, a los demandantes en materia médica, es digno de reconocimiento. 2.2. El hecho de reconocer la existencia del indicio de falla, desde mi criterio, constituye un sistema de aligeramiento probatorio que va tan allá como el de las fronteras trazadas por la falla presunta y, por consiguiente, comparto el hecho de que se edifique un modelo a partir del cual sea el profesional médico quien deba acreditar que su actuar fue diligente y cuidadoso. Me aparto eso sí, de manera respetuosa, de entender que a partir de un único indicio de responsabilidad, se pueda derivar una plena prueba de la imputación fáctica en relación con la responsabilidad patrimonial del Estado; lo anterior, por cuanto, si bien acepto que el mal denominado nexos causal pueda ser acreditado a partir de indicios, no debe olvidarse que para que la prueba indirecta sea plena prueba se requiere que los indicios sean convergentes y conducentes, es decir que la pluralidad de indicios (hechos inferidos) se dirijan a un mismo punto. En consecuencia, la Sala debería retornar a la teoría de la falla presunta, sin tener que efectuar giros argumentativos como los que se vienen presentando, en la medida que el indicio único de falla no es otra cosa distinta a una presunción judicial de falla, que debe ser desvirtuada en los términos del artículo 1604 del C.C. En efecto, el indicio al que se ha hecho referencia, realmente envuelve una falla presunta y, por lo tanto, debería resultar aplicable a cualquier tipo de especialidad médica. 2.3. En consecuencia, comparto todos aquellos sistemas de aligeramiento o alivianamiento probatorio, salvo el de las cargas probatorias dinámicas porque requiere de una regulación legal expresa (audiencia especial de distribución probatoria), motivo por el cual he defendido la teoría de la falla presunta, así como el instrumento de la res ipsa loquitur, para definir la responsabilidad del Estado en materia médico – hospitalaria, y todos los esquemas que en esta materia de una u otra forma consagran o permitan esa facilidad probatoria, con garantía de los derechos al debido proceso y de defensa, sin que el juez tenga la posibilidad de sorprender probatoriamente a las partes. Conceptualmente definiendo la teoría de la falla presunta o el indicio de falla, como quiera que estoy convencido de que el galeno, en los términos del artículo 1604 del C.C., debe ser quien está obligado a probar que su actuar fue diligente y cuidadoso, toda vez que la prueba de la diligencia y cuidado corresponde a quien ha debido emplearlos. 2.4. La teoría de la falla presunta se acomoda más a las exigencias probatorias imperantes en este tipo de procesos, ya que el demandante debe probar el daño antijurídico y la imputación fáctica, mientras que el demandado requiere acreditar un actuar diligente y cuidadoso para romper la presunción judicial que recae en relación con el elemento falla.

## **RESPONSABILIDAD MEDICA - Obligación de seguridad / RESPONSABILIDAD MEDICA - Por el hecho de las cosas en materia médica**

En jurisprudencia reciente la Sala ha precisado que la obligación de seguridad en instituciones de salud es una sola y que no admite distinciones. En el caso particular el daño fue causado con una bolsa de agua caliente, mientras el menor lesionado se encontraba en una unidad neonatal; el uso de ese objeto sin duda creó un riesgo excepcional que la víctima no estaba en el deber jurídico de soportar, por lo que debió aplicarse, en el caso concreto, un régimen objetivo de responsabilidad; la Sala, en otros eventos ha admitido la posibilidad de

fundamentar la responsabilidad de la administración en un título de esa naturaleza.

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION TERCERA**

**Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO**

Bogotá D.C., diecinueve (19) de mayo de dos mil diez (2010)

**Radicación número: 25000-23-26-000-1996-03008-01(18574)**

**Actor: BAUDILIO CALDERON Y OTROS**

**Demandado: NACION-MINISTERIO DE TRABAJO-INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**

**Referencia: REPARACION DIRECTA**

Con el acostumbrado respeto, procedo a señalar los motivos por los cuales, si bien comparto la decisión adoptada 28 de abril del año en curso, aclaro mi voto en relación con tres aspectos de la parte motiva del proveído en cuestión.

#### **1. Argumentos sobre los cuales recae la presente aclaración de voto**

La Sala en la providencia referida, en cuanto al régimen aplicable en materia médica, en la parte motiva puntualizó lo siguiente:

“Dicha distinción [entre actos médicos, paramédicos y extramédicos] en épocas pasadas, además, para establecer diferencias en relación con el régimen de responsabilidad y las cargas probatorias de las partes, pero de acuerdo con los criterios jurisprudenciales que hoy se han adoptado y que exigen al demandante la prueba de los elementos de la responsabilidad por el daño causado con ocasión de la actuación médico hospitalaria, con independencia del acto de que provenga (médico, paramédico o extramédico), dicha distinción carece de sentido” (folios 13 y 14 de la providencia).

Respecto del deber de custodia y vigilancia en establecimientos psiquiátricos se manifestó:



“... La jurisprudencia de la Sala ha tenido la oportunidad de señalar que el paciente no sufra ningún accidente en el curso o con ocasión de la atención médica que se le preste, y que dentro de este deber se incluyen los de “custodia y vigilancia” cuando se trata de establecimientos para enfermos mentales...” (folio 15 de la providencia).

En cuanto al evento causante del daño:

“Así las pruebas , se encuentra acreditado que el daño sufrido por el menor... es imputable a la demandada por la falla en la prestación del servicio médico asistencial, porque las lesiones que sufrió ocurrieron cuando el paciente se encontraba en la Unidad de Recién Nacidos-Cuidados Intensivos del Hospital San José, debido a que nació en forma prematura y fue sometido a tratamiento en incubadora, y parte de las medidas terapéuticas que se adoptaron para la recuperación de la salud del menor fue ponerle una “bolsa de agua caliente”, lo cual dio lugar a que fuera quemado con el agua hirviendo de contenía la bolsa, causándole quemadura de II y III grado en su brazo derecho y tórax” (folio 18 de la providencia).

## **2. Razones y fundamentos de la aclaración en cuanto al régimen de responsabilidad en materia del servicio médico sanitario.**

En el tema de la responsabilidad del Estado por la prestación del servicio médico – sanitario, del que trata la sentencia respecto de la cual aclaró voto-, he señalado que no existe una línea jurisprudencial que brinde claridad a los operadores jurídicos, en relación con cuáles son los títulos de imputación aplicables en asuntos de esta naturaleza; al respecto he señalado:

2.1. El criterio jurisprudencial que parte del hecho de admitir la dificultad probatoria que le asiste, en determinados eventos, a los demandantes en materia médica, es digno de reconocimiento.

2.2. El hecho de reconocer la existencia del indicio de falla, desde mi criterio, constituye un sistema de aligeramiento probatorio que va tan allá como el de las fronteras trazadas por la falla presunta y, por consiguiente, comparto el hecho de que se edifique un modelo a partir del cual sea el profesional médico quien deba acreditar que su actuar fue diligente y cuidadoso.

Me aparto eso sí, de manera respetuosa, de entender que a partir de un único indicio de responsabilidad, se pueda derivar una plena prueba de la imputación fáctica en relación con la responsabilidad patrimonial del Estado; lo anterior, por

cuanto, si bien acepto que el mal denominado nexos causal pueda ser acreditado a partir de indicios, no debe olvidarse que para que la prueba indirecta sea plena prueba se requiere que los indicios sean convergentes y conducentes, es decir que la **pluralidad** de indicios (hechos inferidos) se dirijan a un mismo punto. En consecuencia, la Sala debería retornar a la teoría de la falla presunta, sin tener que efectuar giros argumentativos como los que se vienen presentando, en la medida que el indicio único de falla no es otra cosa distinta a una presunción judicial de falla, que debe ser desvirtuada en los términos del artículo 1604 del C.C.

En efecto, el indicio al que se ha hecho referencia, realmente envuelve una falla presunta y, por lo tanto, debería resultar aplicable a cualquier tipo de especialidad médica.

2.3. En consecuencia, comparto todos aquellos sistemas de aligeramiento o alivianamiento probatorio, salvo el de las cargas probatorias dinámicas porque requiere de una regulación legal expresa (audiencia especial de distribución probatoria)<sup>13</sup>, motivo por el cual he defendido la teoría de la falla presunta, así como el instrumento de la *res ipsa loquitur*, para definir la responsabilidad del Estado en materia médico – hospitalaria, y todos los esquemas que en esta materia de una u otra forma consagran o permitan esa facilidad probatoria, con garantía de los derechos al debido proceso y de defensa, sin que el juez tenga la posibilidad de sorprender probatoriamente a las partes.

Conceptualmente definiendo la teoría de la falla presunta o el indicio de falla, como quiera que estoy convencido de que el galeno, en los términos del artículo 1604 del C.C., debe ser quien está obligado a probar que su actuar fue diligente y cuidadoso, toda vez que la prueba de la diligencia y cuidado corresponde a quien ha debido emplearlos.

2.4. La teoría de la falla presunta se acomoda más a las exigencias probatorias imperantes en este tipo de procesos, ya que el demandante debe probar el daño antijurídico y la imputación fáctica, mientras que el demandado requiere acreditar un actuar diligente y cuidadoso para romper la presunción judicial que recae en relación con el elemento falla.

---

<sup>13</sup> Tal y como lo he sostenido en foros académicos y que, por cuestiones metodológicas, no paso a explicar en esta ocasión.

2.5. No se comparte lo expuesto por doctrinantes como el Dr. Javier Tamayo Jaramillo, al afirmar (ver Ambito Jurídico del 8 al 21 de septiembre de 2008), que la falla presunta ha sido aplicada de manera estable y uniforme en más de 1.000 sentencias durante 16 años, pues son muy pocas las veces que el Consejo de Estado lo ha hecho, en estricto sentido; máxime si a partir del año 2000, se adoptó la falla probada con el sistema de carga probatoria dinámica y, en el 2007, se estableció de forma mayoritaria el sistema estático, por regla general, de falla probada, sin posibilidades de aligeramiento probatorio.

No existen, por consiguiente, el número de sentencias a que hace referencia el tratadista Tamayo Jaramillo, razón que motiva a no compartir su artículo denominado “La falla presunta en materia médica conduce a una presunción de causalidad”, por tres razones básicamente, las cuales desechan de tajo, cualquier posibilidad de asumir con seriedad esa postura doctrinal:

i) Porque se basa en cifras que no son reales, en consecuencia, la muestra académica a la que se hace referencia, es inexistente, lo cual le resta validez a su crítica.

ii) Porque erróneamente, se afirma que la tesis aplicable en materia de responsabilidad médica es la falla del servicio presunta, cuando lo cierto es que nada ha sido más fluctuante que la aplicación del título de imputación correspondiente a este tipo de asuntos, argumento adicional para desestimar la crítica académica que se hace, y que, demuestra un desconocimiento de las últimas posturas asumidas jurisprudencialmente desde el año 2000.

iii) A diferencia de lo manifestado por el citado tratadista, la presunción de culpa o de falla, no supone, inexorablemente, la presunción del nexo causal, por cuanto este último hace relación a la prueba de la causa del daño, mientras que la culpa se refiere a la acreditación de la negligencia, impericia, o desconocimiento de los reglamentos *lex artis*.

En los anteriores términos, dejo planteada mi posición en cuanto concierne a la forma como la Sala abordó –y, en general a como ha venido asumiendo– el aspecto de la prueba de los elementos de la responsabilidad en materia médico – sanitaria, toda vez que, a lo largo de varios años, se han producido giros y

movimientos drásticos en la línea jurisprudencial que motivan a reflexionar sobre el punto, con miras a que se i) fijen criterios claros para las personas que acceden a la administración de justicia y, de otro lado, que ii) reconozcan la dificultad a la que se encuentra sometida la parte demandante para acreditar la falla del servicio, esto es, el desconocimiento de la *lex artis*, máxime si se tiene en cuenta la complejidad que reviste la ciencia médica y más aún en nuestros tiempos con los recientes avances tecnológicos.

Por último, sólo espero que la jurisprudencia sea abierta a la posibilidad de implementar o extender la aplicación de construcciones teóricas como el indicio de falla, a todas las especialidades médicas, sin que importe mucho la denominación que se le dé al respectivo sistema o mecanismo de aligeramiento probatorio (falla presunta o indicio de falla), puesto que lo importante es poner a tono a la jurisprudencia nacional con los más recientes postulados conceptuales trazados desde la doctrina y la jurisprudencia extranjeras que al unísono han reconocido la necesidad de establecer estándares de aligeramiento probatorio en el tópico objeto de análisis.

### **3. Razones y fundamentos de la aclaración en cuanto a la obligación de seguridad.**

En jurisprudencia reciente la Sala ha precisado que la obligación de seguridad en instituciones de salud es una sola y que no admite distinciones:

*“A contrario sensu*, en esta oportunidad la Sala propugna por un conocimiento unívoco de la obligación de seguridad, sin que sea viable escindirlos en los términos fijados por la Corte Suprema de Justicia, como quiera que la misma lleva aparejados deberes propios como los de custodia y vigilancia, sin que esta precisión se erija como óbice para el cumplimiento de los mandatos del artículo 7º de la Resolución No. 741 de 1997<sup>14</sup>, del Ministerio de la Protección Social que establece el imperativo de las instituciones y empresas prestadoras de servicios de salud de establecer procedimientos y estándares especiales de seguridad para los usuarios de: i) sala de partos; ii) recién nacidos; iii) hospitales psiquiátricos; hogares geriátricos y iv) centros asistenciales para discapacitados, en garantía del principio de igualdad material reforzada a que hace referencia el inciso tercero del artículo 13 y el artículo 50 de la Carta Política<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> “Por la cual se imparten instrucciones sobre seguridad personal de usuarios para Instituciones y demás Prestadores de Servicios de Salud.”

<sup>15</sup> “Artículo 13.- (...) 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.”

“Así las cosas, debe precisarse que la obligación de seguridad es una sola y, por consiguiente, es comprensiva de diversas actividades como las de: protección, cuidado, vigilancia y custodia, circunstancia por la que todas las instituciones de prestación de servicios de salud deberán contar con la infraestructura necesaria en lo que se refiere a iluminación, señalización, accesos, ventanas, techos, paredes, muros, zonas verdes y demás instalaciones relacionadas con el servicio público de salud. De otra parte, los establecimientos hospitalarios deberán adoptar todas las medidas que minimicen los riesgos de robo de menores y de agresiones a los pacientes por terceros (arts. 3º y 4º Resolución 741 de 1997). De otro lado, el hecho de que el servicio de salud sea suministrado por clínicas psiquiátricas no muta o transforma la obligación de seguridad, puesto que todo centro hospitalario tiene como finalidad principal la protección de la integridad de sus pacientes.

“En otros términos, los elementos y el régimen de responsabilidad aplicable en estas circunstancias no se altera dependiendo de que el centro asistencial sea de atención general o de atención psiquiátrica, sino que la diferencia se concreta en el análisis de una eventual causa extraña, específicamente con el hecho exclusivo de la víctima. Lo anterior toda vez que para un centro hospitalario general no resulta previsible que uno de sus pacientes se cause a sí mismo un daño, mientras que por el contrario, en los centros de atención psiquiátrica o mental la autodeterminación del paciente no podrá servir para efectos de desvirtuar la imputación fáctica en la producción del daño. Por lo tanto, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, la obligación no será de resultado y el título de imputación seguirá siendo el de falla del servicio, razón para reforzar la idea de entender la obligación de seguridad como un todo, que requiere un especial análisis frente a la eventual acreditación de la causa extraña, concretamente, con la previsibilidad y resistibilidad en la producción del daño”<sup>16</sup>.

### **3. Razones y fundamentos de la aclaración en cuanto a la responsabilidad por el hecho de las cosas en materia médica.**

En el caso particular el daño fue causado con una bolsa de agua caliente, mientras el menor lesionado se encontraba en una unidad neonatal; el uso de ese objeto sin duda creó un riesgo excepcional que la víctima no estaba en el deber jurídico de soportar, por lo que debió aplicarse, en el caso concreto, un régimen objetivo de responsabilidad; la Sala, en otros eventos ha admitido la posibilidad de fundamentar la responsabilidad de la administración en un título de esa naturaleza:

---

“Artículo 50.- Todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado. La ley reglamentará la materia.”

<sup>16</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 19 de agosto de 2009, expediente: 17.733, Actores: Blanca Edilsa Hernández Acosta y otros, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

“Sobre el particular, la doctrina ha precisado:

“La doctrina del riesgo creado puede ser sintetizada de esta manera: *quien se sirve de cosas que por su naturaleza o modo de empleo generan riesgos potenciales a terceros, debe responder por los daños que ellas originan*. La teoría que analizamos pone especial atención en el hecho de que alguien “cree un riesgo”, “lo conozca o lo domine”; quien realiza esta actividad debe cargar con los resultados dañosos que ella genere a terceros, sin prestar atención a la existencia o no de una culpa del responsable.

(...)

“Por nuestra parte, pensamos que la correcta formulación de la teoría del riesgo debe ser realizada sobre la base del llamado “riesgo creado”, es decir, en su formulación más amplia y genérica.

“Quien introduce en el medio social un factor generador de riesgo potencial para terceros, *se beneficie o no con é*, debe soportar los detrimentos que el evento ocasione. Esto es una consecuencia justa y razonable del daño causado, que provoca un desequilibrio en el ordenamiento social y pone en juego el mecanismo de reparación. Así como en otro tiempo se sostuvo que el hombre debía responder solamente por sus actos culposos, hoy es razonable pensar que también deba reparar los daños que son fruto de una actividad riesgosa, sea la misma normal o anormal, le reporte o no un beneficio de cualquier índole.”<sup>17</sup>

“El régimen de imputación del riesgo excepcional halla asidero y fundamento, en el concepto de daño antijurídico (art. 90 C.P.), en la medida que éste impone el reconocimiento del deber de indemnizar ante la constatación efectiva de un daño o lesión jurídica a un bien jurídicamente tutelado, que la persona no se encuentra en la obligación de soportar, dado que ese detrimento se impone con transgresión del principio de igualdad ante las cargas públicas, como quiera que, en estos eventos, se somete por parte de la administración pública – a través de una actividad lícita y/o legítima– a la persona a un riesgo de naturaleza especial, excepcional y extraordinario que desborda, necesariamente, el parámetro de riesgo permitido<sup>18</sup> – asumido- al interior del conglomerado social.

---

<sup>17</sup> PIZARRO, Ramón Daniel “Responsabilidad Civil por el riesgo o vicio de las cosas”, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1983, págs. 38 y 43.

<sup>18</sup> “Las más elemental distinción que puede efectuarse en relación con las repercusiones que determinada conducta acarrea permite distinguir entre sus ventajas y sus desventajas; sobre esta clasificación, ha surgido el concepto de “riesgo” con el cual se alude al desfavorable devenir de un suceso, o la posibilidad de que una acción traiga consigo desventajosas consecuencias.

“(…) Para que un riesgo pueda ser considerado como permitido no basta tan solo que la actividad de la cual emana represente considerables beneficios sociales frente a un mínimo de peligrosidad sino que es indispensable la absoluta indeterminación de potenciales víctimas de ese riesgo residual; por ello, en el hipotético evento de que anticipadamente pudieran ser individualizadas las víctimas de una actividad peligrosa ella debería ser prohibida porque su desarrollo no puede

“Como se aprecia, la teoría del “*riesgo creado*” resulta aplicable a eventos en los cuales no sólo se somete a una persona a la existencia de un riesgo que desborda la normalidad, como consecuencia del uso de instrumentos o elementos para la prestación de un determinado servicio o actividad (v.gr. instalaciones públicas o de policía, armas de dotación oficial, automotores oficiales, etc.), sino que también puede, eventualmente, configurarse el título objetivo de riesgo, en aquellos eventos en que la administración pública, en desarrollo de una actividad legítima del poder público, crea y libera, en cabeza de un particular, un determinado riesgo que excede los límites de normalidad a los que generalmente se encuentra sometido y, por consiguiente, en el supuesto de que se ocasione un perjuicio, éste es el producto directo del rompimiento de las cargas públicas y, consecuentemente, del principio de igualdad (artículo 13 C.P.).

“Si se analiza con detalle el fundamento de la responsabilidad por actividades peligrosas, se tiene que la misma se origina en la concreción de un riesgo derivado de la ejecución de una acción específica o del uso de elementos o instrumentos que llevan envuelta una determinada probabilidad de ocasionar un perjuicio<sup>19</sup>.

“Entonces, la responsabilidad del Estado puede serle imputada o atribuida mediante la formulación de la teoría del riesgo, esto puede ser a través de dos vías, claramente diferenciables: i) a través del perjuicio ocasionado por la concreción de un riesgo excepcional que desborda el marco de la normalidad- por parte de la administración, bien derivado de determinada cosa o instrumento, o el advenido de una específica actividad pública- o ii) mediante la realización de un daño derivado de la materialización del riesgo que emana de una actividad peligrosa”<sup>20</sup>.

---

prevalecer frente a la inminente lesión de un individuo... Como postulado general puede decirse que todas aquellas actividades desarrolladas dentro de lo que socialmente se considera riesgo permitido no pueden dar lugar a reproche jurídico de ninguna naturaleza, aun en el evento de que generen lesiones a particulares; **por el contrario, son desaprobadas todas aquellas conductas que exceden el riesgo permitido, lo cual cobija no solo aquellas actividades que han sido desplegadas a pesar de ser socialmente prohibidas, sino también las que siendo toleradas han sido ejecutadas sin la observancia de las normas de cuidado previamente establecidas para la minimización del riesgo...** En consecuencia, cualquier actuación conforme a las previsiones vigentes que genere un riesgo será tolerada en cuanto no exceda los límites preestablecidos, mientras que toda conducta con la cual se genere un peligro mayor del permitido será considerada como generadora de un riesgo jurídicamente desaprobado si eleva el riesgo mínimo tolerado.” (destaca la Sala) Cf. REYES Alvarado, Yesid “Imputación Objetiva”, Ed. Temis, Bogotá, Pág. 92, 93 y 160.

<sup>19</sup> “El concepto amplio de riesgo creado como factor de atribución nos lleva a propiciar que él debe tener aplicación no sólo cuando el daño ha sido causado por una cosa riesgosa, tal como lo contempla en su parte pertinente el art. 1113, C.C., sino incluso cuando se trate de actividades riesgosas... Cabe tener muy presente lo siguiente, a pesar de que parezca algo sobreentendido. Este factor de atribución exige siempre la presencia de una cosa o actividad riesgosa, calificada ésta como un *prius*, y no por el mero hecho de haber originado un daño. Por ello no se trata de un factor de tipo residual que pueda justificar la reparación de cualquier daño. Insistimos en la necesidad de la creación de un riesgo como requisito ineludible para su funcionamiento.” VASQUEZ Ferreyra, Roberto A. “Responsabilidad por daños”, Ed. Depalma, Buenos Aires, Pág. 210.

<sup>20</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre de 2007, expediente: 16.399 (R-94-948) actor: Maximiliano Quiñónez Montaña y otros. Consejero ponente: Enrique Gil Botero.

Atentamente,

**ENRIQUE GIL BOTERO**

*Fecha ut supra*