

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN C

Bogotá D.C., diez (10) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Magistrado Ponente: FERNANDO IREGUI CAMELO

MEDIO DE CONTROL-REPARACIÓN DIRECTA

Radicado:	11001-33-31-034-2012-00061-02
Actor:	RUBEN DARÍO CAMARGO CAMARGO
Demandado:	HOSPITAL DE ENGATIVÁ II NIVEL ESE
Instancia:	SEGUNDA
Asunto:	FALLA DEL SERVICIO POR EQUIVOCACIÓN EN LA ENTREGA DEL CUERPO SIN VIDA DE FAMILIAR
Sistema:	ESCRITURAL
Sentencia	SC03 - 21022809

Asunto: Sentencia de segunda instancia.

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Surtido el trámite de ley, sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 27 de julio de 2018 proferida por el Juzgado Sesenta (60) Administrativo de Bogotá D.C.

II. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones de la demanda:

El 25 de mayo de 2012¹, por conducto de apoderado, el señor Rubén Darío Camargo Camargo y la señora Liliana Fierro Gómez, presentaron demanda a través de la acción de reparación directa contra el Hospital de Engativá ESE – II NIVEL EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO, para que se accediera a las siguientes pretensiones:

¹ Fol. 16 c1.

“1. Declare señor Juez que el HOSPITAL DE ENGATIVÁ E.S.E – II NIVEL EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO es administrativamente responsable del daño causado y de los perjuicios materiales y morales causados a mis representados, por falla o falta del servicio.

2. Ordene señor Juez que como consecuencia de la pretensión anterior y conforme el daño y perjuicios sufridos por los demandantes, el HOSPITAL DE ENGATIVÁ E.S.E – II NIVEL EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO pague a título de daño moral (pretium doloris) la suma de CINCUENTA Y TRES MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS M/CTE. (\$53.500.000). Conforme se estimará a continuación Dicha condena deberá actualizarse conforme el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo”

2.2. Fundamento de las pretensiones:

En síntesis, la parte demandante sustentó sus pretensiones en lo siguiente:

1. El 18 de marzo de 2011 la señora Liliana Fierro Gómez dio parto a su menor hijo, el cual nació muerto.
2. El parto fue atendido en el Hospital de Engativá ESE – II NIVEL EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO el 18 de marzo de 2011 a las 06 horas con 15 minutos.
3. El mortinato fue entregado a sus padres, la señora Liliana Fierro y el señor Rubén Darío Camargo, para su inhumación, quienes realizaron los trámites para dar sepultura al cuerpo de su hijo en el Cementerio de Chapinero Norte el 20 de marzo de 2011.
4. El 24 de marzo de 2011, del Hospital de Engativá ESE llamaron al señor Rubén Darío Camargo para comunicarle que el cadáver entregado no correspondía al de su hijo y que por equivocación le hicieron la entrega de otro cuerpo.
5. Dada la aflicción moral, profunda tristeza y desasosiego ocasionado con esa noticia, los demandantes no soportaron realizar los trámites de exhumar el cadáver ya sepultado e inhumar el cuerpo de su hijo; razones por las que autorizaron a una familiar de nombre Judit Deyanira Camargo Camargo para que gestionara lo pertinente.

2.3. Argumentación jurídica.

La responsabilidad y el error cometido por la Entidad accionada es *res ipsa loquitur* (las cosas hablan por sí solas). Cómo es posible que exista equivocación tan crasa

como lo es la entrega de un cadáver a sus familiares, máxime cuando quien realiza la entrega es un centro Hospitalario, el cual posee todos los medios de convicción para determinar que el cadáver que entrega es ese y no otro. Esa falla, aumentó el dolor sufrido por los demandantes, sin que ellos tuviesen la obligación legal de soportarlo.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.1. Hospital de Engativá ESE Nivel II.

La demandada HOSPITAL DE ENGATIVÁ ESE NIVEL II, por conducto de apoderada, contestó la demanda² y se opuso a la totalidad de las pretensiones.

Así mismo, manifestó que,

si llegara a surgir la responsabilidad del Hospital Engativá ESE, hacía un llamado a la mesura y a la proporcionalidad de las pretensiones de la parte demandante, y excepcionó de fondo la indebida reclamación de perjuicios morales y materiales.

3.2. Llamada en garantía - Previsora SA Compañía de Seguros.

La Compañía Previsora de Seguros SA contestó la demanda y el llamamiento en garantía³, se opuso a todas las pretensiones de la demanda y propuso las siguientes excepciones:

- Inexistencia de prueba del daño moral.
- Inexistencia de los elementos generadores de responsabilidad.
- Ausencia de cobertura, toda vez que los hechos reclamados no se encuentran amparados por la póliza NO. 1007219, (i) al no haber sido producto de un acto médico, (ii) al tener como exclusión la de *"errores o inexactitudes diferentes a la prestación del servicio de salud"*; (iii) respecto al amparo de responsabilidad civil general, es importante anotar que con el mismo se cubre únicamente daños materiales y/o lesiones personales causadas a un tercero; (iv) ausencia de cobertura dada la delimitación temporal del contrato de seguro, al haberse hecho la reclamación el 04 de noviembre de 2011, esto es, fuera de la vigencia de la póliza pactada en la modalidad claims made, del 16 de febrero de 2011 al 17 de abril de 2011; (v) ausencia de cobertura, puesto que la culpa grave no es objeto de la póliza de seguro.
- Límites de cobertura, para que ante una improbable condena, la Aseguradora estuviera obligada a indemnizar los perjuicios, teniendo en cuenta los límites y condiciones de la póliza de seguro.
- Genérica o innominada.

² Fol. 28-49 c1.

³ Fol.59-77 c1.

IV. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con fallo del 27 de julio de 2018 el Juzgado Sesenta (60) Administrativo de Bogotá D.C. resolvió⁴:

“PRIMERO: Negar las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, envíese el expediente a la Oficina de Apoyo Judicial para los Administrativos del Circuito de Bogotá a efecto de que se liquide el remanente y se efectúe el archivo.”

Para negar las pretensiones de la demanda, el Juzgado de Instancia consideró que el daño moral alegado por la parte demandante no surgió en virtud de la muerte de su menor hijo, sino en el error en la entrega del cuerpo a los familiares.

En el sub-exámene, el A quo concluyó que el daño moral no se encontraba demostrado, pues no obró en el proceso prueba testimonial, ni pericial que acreditara tal afectación, y que tampoco se podía presumir la causación del mismo, por lo que se debían negar las pretensiones del líbello.

V. RECURSO DE APELACIÓN.

5.1. Parte demandante.

La parte demandante interpuso recurso de apelación⁵ en torno a la indemnización de perjuicios ordenada por el Juez de instancia, y sustentó:

“(…)

Al efecto no se entiende en primera medida como es que en la parte considerativa el despacho de instancia encuentre demostrada la Responsabilidad Patrimonial del Estado en cabeza del HOSPITAL DE ENGATIVÁ II NIVEL ESE hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIO DE SALUD NORTE E.S.E. por el daño antijurídico causado a mis mandantes, pero en el resuelve decida negar las pretensiones; siendo que una de las pretensiones de la demanda lo era precisamente que se declarase la Responsabilidad del Estado en cabeza de la entidad accionada. Rompiéndose así con el principio de congruencia de la sentencia entre los considerandos y el resuelve.

Ahora bien, estando demostrada la Responsabilidad Patrimonial del estado (sic) en cabeza de la llamada a ser parte demandada, lo subsiguiente era entrar a estudiar lo pertinente a la reparación del daño a través de un mecanismo indemnizatorio teniendo como límite lo solicitado en la demanda

⁴ Fol. 272-276 c7.

⁵ Fol. 278-279 c7.

bajo un cuantía de perjuicios morales tasadas (sic) en 50 salarios mínimos legales vigentes para el año 2012, que está por debajo del máximo indemnizatorio contemplado en la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Y es ese sentido, el despacho no valoró conjuntamente la documental existente en el expediente; como por ejemplo el informe rendido por el Subgerente de Salud de la accionada visto a folios 182 a 184 en donde se deja por demostrado que la accionada ofreció unos servicios de sicología, control post parto y planificación familiar (fol. 193) los cuales a pesar de ser ofrecidos nunca se efectivizaron ni a la familia de mis mandantes ni a la otra familia; por otra parte se probó el termino (sic) que transcurrió entre la inhumación (fol 200 a 203) y la exhumación del óbito fetal (fol. 198). De hecho tampoco se valoró conjuntamente la contestación de la demanda con el material probatorio existente en donde es la misma accionada la que acepta su error y solicita que la tasación de la indemnización a criterio del Juez sea proporcional al daño ocasionado.

Cabe destacar que si el despacho declaró la Responsabilidad Patrimonial del Estado por la falla del servicio encontrando configurados los tres elementos que estructuran esta clase de responsabilidad, lo cierto es que uno de esos elementos es el daño y si se encuentra probado el daño per se enrostra que en efecto se padeció un perjuicio. A la conclusión a la que arribó el despacho de instancia para no condenar al pago de ese daño a título de perjuicios morales me aparto y refuto en el sentido que el operador jurídico podía acudir a las reglas de la experiencia, lógica y sana crítica y concluir que mis mandantes estaban en una etapa de dolor y aflicción por la pérdida de su nasciturus y que dicho dolor fue aumentado sin tener ellos la obligación natural de soportar dicho aumento el cual fuere ocasionado por el error de la entidad accionada, que tal fue la magnitud del error que para la exhumación delegaron a la señora JUDITH CAMARGO hermana de mi representado RUBÉN DARÍO CAMARGO CAMARGO, puesto que no se escapa a la lógica que estando padeciendo un dolor como lo es la pérdida de un hijo por venir, que sería una esperanza para una familia, días posteriores a la inhumación de su cuerpo los padres se den por enterados que inhumaron y dieron duelo a un bebe (sic) el cual no era el suyo y tener que pasar por un trámite administrativo para exhumar el cuerpo equivocado; sumándole a ello que al cadáver correcto no se le pudo hacer el duelo y la inhumación que moralmente se podía haber hecho. Agravando este dolor el HOSPITAL DE ENGATIVÁ II NIVEL ESE hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIO DE SALUD NORTE ESE ofreciendo medidas de reparación no materiales a través de servicios de sicología, control post parto y planificación familiar los cuales se quedaron plasmados en un papel, las cuales nunca fueron ejecutadas por la accionada y dejando este hecho en el olvido ya que ni hubo un criterio de por lo menos realizar seguimiento al caso.

Ahora bien, sobre el aspecto probatorio en efecto debo manifestar que si se solicitaron (sic) la práctica de testigos y prueba pericial pero el despacho negó su práctica bajo el argumento que por nuestra parte nos e indicó si nos ratificábamos en los testimonios sin que se hubiesen citado a audiencia alguna, y el silencio de nuestra parte se tuvo como hecho indicador que desistíamos de la prueba; en cuanto a la prueba pericial la misma suerte corrió a pesar que estuvimos siempre prestos para diligenciar los oficios ante Medicina Legal, ello empero de recurrir el auto que cerró el debate probatorio.

(...)

PRUEBAS DE SEGUNDA INSTANCIA

Solicito al superior jerárquico que en sede de apelación practique las pruebas testimoniales y la prueba pericial solicitadas en la demanda y que fuesen declaradas como desistidas por el despacho de instancia.”

VI. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Ingresado el expediente al despacho el 28 de enero de 2019, fue admitido el recurso de apelación con auto del 21 de marzo de ese año. Así mismo, no se accedió al decreto de pruebas instadas con el recurso de apelación, toda vez que no habían sido solicitadas en la oportunidad procesal para ello en el trámite de la segunda instancia. El 21 de febrero de 2020 se corrió traslado para alegar de conclusión.

VII. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

7.1 Alegatos de conclusión llamada en garantía La Previsora SA Compañía de Seguros.

El 18 de marzo de 2020 la llamada en garantía, La Previsora SA Compañía de Seguros, alegó de conclusión⁶ sobre la inexistencia de la prueba del daño moral y que la tasación realizada por la demandante era excesiva.

De otro lado, argumentó que en el proceso no se verificaban todos los elementos necesarios de la responsabilidad, ya que si bien es cierto, por causa de un error humano se entregó a los demandantes el cuerpo de un menor que no era su hijo, no hay prueba alguna de los daños causados, y menos aún de un nexo causal.

En cuanto a las coberturas, alegó que los hechos reclamados no se encontraban amparados por la póliza No. 1007219, pues la Aseguradora se encontraba obligada a indemnizar al asegurado, por la responsabilidad en que incurriera como consecuencia exclusivamente de un acto médico, y no por errores o inexactitudes diferentes a la prestación del servicio de salud.

⁶ Fol. 301-313 c7.

Se puede establecer que la entrega del cuerpo del menor a la familia no constituye un acto médico, ni tampoco es un daño material o una lesión personal, por lo cual no se encuentra amparado por la póliza No. 1007219.

La póliza expedida por la aseguradora para la vigencia del 16 de febrero de 2011 al 17 de abril de 2011 se expidió bajo la modalidad claims made o de reclamación, y por tanto sólo se ampararon las pérdidas o indemnizaciones que debería pagar el asegurado por reclamaciones realizadas durante la vigencia de la póliza. Así, al haberse realizado la reclamación a la aseguradora el 04 de noviembre de 2011, en audiencia de conciliación extrajudicial, tal no estaba cubierta por la póliza.

Son exclusiones de la Póliza No. 1007219 *“la provocación intencional del daño (dolo) y/o **culpa grave en el ejercicio de la prestación del servicio de salud.**”* En ese sentido, si se probare que el presunto error cometido por parte de un funcionario del hospital fue cometido por su culpa grave, la aseguradora no estaría en la obligación de realizar pago alguno por concepto de indemnización.

Por último, en caso de una improbable condena, la Aseguradora estaría llamada a indemnizar los perjuicios que se probaren en el proceso, dentro del límite de cobertura consignado en las condiciones particulares del contrato de seguro instrumentado en la póliza No. 1007219.

En conclusión, solicitó confirmar el fallo de primera instancia.

7.2. Las partes demandante y demandada no alegaron de conclusión y el Ministerio Público no rindió concepto.

VIII. CONSIDERACIONES

8.1. Jurisdicción y competencia

Conforme al artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, la Jurisdicción Contencioso Administrativa es la competente para juzgar las controversias originadas en la acción u omisión de las entidades públicas, y dado el criterio orgánico establecido, en atención a la naturaleza jurídica de la demandada, es ésta la encargada de juzgar las actuaciones u omisiones del Hospital de Engativá II Nivel ESE hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Norte ESE.

Así mismo, esta Corporación es competente para conocer en segunda instancia del proceso de la referencia, de acuerdo al artículo 133 del CCA, el cual dispone que los Tribunales Administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

8.2. Caducidad de la acción.

El numeral 8º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo establece que el término de caducidad de la acción de reparación directa es de dos años contados a partir de la ocurrencia del hecho u operación, o el acaecimiento de la omisión administrativa.

“ARTÍCULO 136. Modificado por el art. 23, Decreto Nacional 2304 de 1989 , Modificado por el art. 44, Ley 446 de 1998 Caducidad de las acciones.

(...)

8. La de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquiera otra causa.”

La demanda fue radicada el 25 de mayo de 2012,⁷⁸ tuvo como fundamento, hechos ocurridos entre el 16 y el 24 de marzo de 2011, y que obedecieron a la equivocación por parte del Hospital de Engativá ESE en la entrega del cuerpo del hijo fallecido de los demandantes.

Así las cosas, se tiene que la demanda fue presentada dentro del término bial contemplado en el artículo 136 del CCA, y que por lo tanto no se configuró la caducidad de la acción de reparación directa.

8.3. Legitimación en la causa.

8.3.1. Por activa.

Se encuentran legitimados en la causa por activa los demandantes Liliana Fierro Gómez y Rubén Darío Camargo Camargo, en calidad de padres del menor fallecido.⁹

8.3.2. Por pasiva.

La doctrina y la jurisprudencia han diferenciado la legitimación de hecho de la legitimación material en la causa, señalando que la legitimación de hecho es la relación procesal entre el demandante y el demandado, en virtud de la pretensión de la demanda y se constituye una vez se notifica el auto admisorio, puesto que a partir de este momento se pone en conocimiento de la parte demandada la atribución de la responsabilidad por acción u omisión que plantea la parte demandante, fundamento de sus pretensiones, y la legitimación material en la causa se configura con la participación real en los hechos que fundamentan la demanda.

⁷ Fol. 16 c1.

⁸ Fol. 32 c1

⁹ Fol. 3,4,5,7 y 8 c. pruebas.

La distinción aludida, ha sido explicada por la Máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo de la forma en que sigue:

*“La legitimación en la causa de hecho alude a la relación procesal existente entre demandante - legitimado en la causa de hecho por activa - y demandado - legitimado en la causa de hecho por pasiva—y nacida con la presentación de la demanda y con la notificación del auto admisorio de la misma, dicha vertiente de la legitimación procesal se traduce en facultar a los sujetos litigiosos para intervenir en el trámite del plenario y para ejercer sus derechos de defensa y de contradicción. Por su parte, la legitimación material supone **la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, ora porque resultaron perjudicadas, ora porque dieron lugar a la producción del daño.***

*De ahí que un sujeto pueda estar legitimado en la causa de hecho pero carecer de legitimación en la causa material, lo cual ocurrirá cuando a pesar de ser parte dentro del proceso **no guarde relación alguna con los intereses inmiscuidos en el mismo,** evento éste en el cual las pretensiones formuladas estarán llamadas a fracasar puesto que el demandante carecería de un interés jurídico perjudicado y susceptible de ser resarcido o el demandado no sería el llamado a reparar los perjuicios ocasionados a los actores¹⁰.*

En suma, un sujeto procesal que se encuentra legitimado de hecho en la causa no necesariamente está legitimado materialmente, ya que ésta solamente es predicable se reitera, de quienes tienen un derecho cierto que habilita el ejercicio de la acción a los titulares de las correspondientes relaciones jurídicas sustanciales; por consiguiente, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar si existe, o no, relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta fórmula o la defensa que aquella realiza, pues la existencia de tal relación constituye condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a una o a otra parte¹¹¹².

¹⁰ A propósito de la falta de legitimación en la causa material por activa, la Sección ha sostenido que “... si la falta recae en el demandante, el demandado tiene derecho a ser absuelto pero no porque él haya probado un hecho nuevo que enerve el contenido material de las pretensiones sino porque quien lo atacó no es la persona que frente a la ley tiene el interés sustantivo para hacerlo —no el procesal—. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veinte (20) de septiembre de dos mil uno (2001); Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Radicación: 10973.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de diecisiete (17) de junio de dos mil cuatro (2004); Radicación número: 76001-23-31-000-1993-0090-01(14452). En similar sentido y complementando lo dicho en el texto, se ha afirmado lo siguiente: “La legitimación material en la causa, activa y pasiva, es una condición anterior y necesaria entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado. Nótese que el estar legitimado en la causa materialmente por activa o por pasiva, por sí solo, no otorga el derecho a ganar; si la falta recae en el demandante el demandado tiene derecho a ser absuelto pero no porque él haya probado un hecho nuevo que enerve el contenido material de las pretensiones sino porque quien lo atacó no es la persona que frente a la ley tiene el interés sustantivo para hacerlo -no el procesal-; si la falta de legitimación en la causa es del demandado, de una parte al demandante se le negarán las pretensiones no porque los hechos en que se sustenten no le den el derecho sino porque a quien se las atribuyó no es el sujeto que debe responder; por eso, de otra parte, el demandado debe ser absuelto, situación que se logra con la denegación de las súplicas del demandante”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veintidós (22) de noviembre de dos mil uno (2001); Expediente 13.356. Puede verse, en la misma dirección, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de veintisiete (27) de abril de dos mil seis (2006); Radicación número: 66001-23-31-000-1996-03263-01(15352).

¹² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C, C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Sentencia de 26 de abril de 2017, Rad. No. 2003-00130-01(32765).

Así las cosas, se encuentra legitimada en la causa por pasiva el Hospital de Engativá II Nivel ESE hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Norte ESE, por ser la autoridad a quien se reprocha la equivocación constitutiva de falla del servicio que produjo el daño a los demandantes.

8.4. Límites a la competencia del juez de segunda instancia y alcance del recurso de Apelación.

El artículo 320 del Código General del Proceso estatuye que el recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.

En ese mismo sentido, el artículo 328 *Ibid* establece que la competencia del juez en segunda instancia se limita a los argumentos expuestos por el apelante sin perjuicio de los casos previstos en la Ley.

En ese orden, el recurso de apelación le otorga la competencia funcional al Juez de Segunda Instancia para resolver lo planteado en la alzada, salvo algunas excepciones contempladas en la Ley, como los aspectos objeto de declaratoria de oficio, y bajo unos límites, como es el caso la *non reformatio in pejus*.

Por su parte, el Consejo de Estado respecto a la alzada ha dispuesto: (i) la competencia del ad quem está limitada a los aspectos que expresamente señale el recurrente y, (ii) la competencia del juez de segunda instancia comprende los temas implícitos en aquellos aspectos que el recurrente propone expresamente en su escrito de apelación, de manera que nada obsta para que el juez de segunda instancia corrija o modifique aquellos que, por su naturaleza, se encuentran comprendidos o son consustanciales a los asuntos mencionados. (*Subrayas y negrillas de la Sala*).

Revisado el recurso de apelación, la competencia funcional de esta Sala es amplia, en el sentido que debe determinar si se encuentra configurado el daño, la imputación, el nexo causal, y los perjuicios causados a los demandantes con ocasión de la entrega equivocada del cuerpo de su hijo fallecido por parte del Hospital de Engativá Nivel ESE II.

En ese orden, la Sala deberá absolver el siguiente problema jurídico.

IX. PROBLEMAS JURÍDICOS Y TESIS

9.1. Problema jurídico.

Corresponde a la Sala determinar si confirma la sentencia proferida en primera instancia, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, o si por el contrario, hay lugar a revocarla en razón a que en tesis del apelante se encuentran

constatados los elementos de la responsabilidad administrativa del Hospital de Engativá II Nivel ESE hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Norte ESE, por haber entregado a los demandantes un cuerpo que no pertenecía al de su hijo fallecido.

9.2. Tesis.

Las pruebas obrantes en el expediente y que provienen de la demandada, son contundentes y dan cuenta de forma manifiesta, de la falla del servicio en que incurrió el Hospital de Engativá ESE Nivel II, al haber entregado equivocadamente un cuerpo que no pertenecía al hijo de la señora Liliana Fierro Gómez y al señor Rubén Darío Camargo Camargo.

De igual forma, resulta palmaria la relación de causalidad entre la equivocación en la entrega del cuerpo, y el daño irrogado a los demandantes, puesto que la razón determinante para que realizaran la inhumación de otro cuerpo, y no el de su hijo, fue el error en el que incurrió el Hospital demandado.

Así las cosas, se procederá a revocar la sentencia de primera instancia, para en su lugar declarar la responsabilidad administrativa de la demandada por el daño causado a los demandantes.

X. DESARROLLO DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS.

10.1. Régimen de responsabilidad del Estado por la prestación del servicio de salud.

El artículo 90 de la Constitución Política estatuye la cláusula general de responsabilidad contractual y extracontractual del Estado, de acuerdo con la cual, acogió la teoría del daño antijurídico, entendiéndolo no como *“aquel que es producto de una actividad ilícita del Estado, sino como el ‘perjuicio’ que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo¹³”*, siempre y cuando exista título de imputación, por acción u omisión de una autoridad pública¹⁴.

En otras palabras, para declarar la responsabilidad extracontractual del Estado, se deben cumplir dos presupuestos básicos, a saber, que el daño sea antijurídico, y que este sea imputable al Estado. Una vez definido que se está frente a una obligación del Estado, debe establecerse el título a través del cual se atribuye el daño causado, ya sea la falla del servicio, o el riesgo creado o la ruptura del principio de igualdad de las personas frente a las cargas públicas.

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C-333/96. Magistrado Ponente. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁴ *Ibidem*: “Son dos las condiciones indispensables para la procedencia de la declaración de la responsabilidad patrimonial con cargo del Estado y demás personas jurídicas de derecho público, a saber: el daño antijurídico y la imputabilidad del año a alguna de ellas.”

La Jurisprudencia del Consejo de Estado ha desarrollado el concepto de los tres regímenes de responsabilidad expuestos *supra*, sobre los cuales, la Corte Constitucional, en la Sentencia SU-072 de 2018 estableció lo siguiente:

*(i) La falla del servicio. Este título de imputación ha sido entendido tradicionalmente como el equívoco, nulo o tardío funcionamiento del servicio público¹⁵; sin embargo, la comprensión que se le ha dado al régimen de falla del servicio a partir de la expedición de la Constitución de 1991, ha variado, para ser considerada como la violación de una obligación a cargo del Estado¹⁶, lo cual apareja que su naturaleza sea **subjetiva**, pues implica un reproche abstracto de la conducta estatal, sin el análisis de la culpa o el dolo en la conducta particular del agente estatal¹⁷.*

Ahora bien, la Corte entiende que este régimen no puede ser explicado al margen del concepto de daño antijurídico y con ello se introduce una modificación de tal noción, en tanto el fundamento de la responsabilidad no es la calificación de la conducta de la administración, sino del daño que ella causa, es decir, si cualquier actuar público produce un perjuicio en quien lo padece, y no estaba obligado a soportarlo¹⁸.

La comprensión que esta Corporación tiene de la falla del servicio que se encuentra inmersa en el artículo 90 de la Constitución, permite estimar que la misma se presentará sin consideración exclusiva a una causa ilícita y, en tal virtud, también podrá considerarse la existencia de un daño antijurídico a partir de una causa lícita¹⁹, con lo cual se allana el camino para la introducción de los otros dos regímenes que se mencionarán a continuación.

(ii) El riesgo excepcional. Este título de imputación se aplica cuando el Estado ejecuta una actividad lícita riesgosa o manipula elementos peligrosos, verbigracia, el uso de armas de fuego o la conducción de vehículos, y en ejercicio de dicha ejecución produce daños a terceros, quienes, de cara a la solicitud de indemnización, deben acreditar la producción de un daño antijurídico y la relación de causalidad entre este y la acción u omisión de la entidad pública demandada²⁰, lo que sugiere que este régimen de imputación, al no exigir el examen de la conducta del agente estatal se inscribe en un sistema de responsabilidad objetivo.

(iii) El daño especial. Esta tipología de responsabilidad opera cuando el Estado, en ejercicio de una actividad legítima, desequilibra las cargas públicas que deben

¹⁵ PAUL DUEZ. *La responsabilité de la puissance publique*. 2ª ed. París, Dalloz, 1938, p. 20, citado por HENAO, Juan Carlos. "La noción de la falla del servicio como violación de un contenido obligacional a cargo de una persona pública en el derecho colombiano y en el derecho francés" en *Estudios de derecho civil, obligaciones y contratos*. Tomo III. Bogotá. Universidad Externado de Colombia 2003, p. 62, citados, a su vez por M'CAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia. "Responsabilidad del Estado por daños causados por actos violentos de terceros" en *La filosofía de la Responsabilidad Civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual*. Edición de Carlos Bernal Pulido y Jorge Fabra Zamora. Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 517.

¹⁶ HENAO, Juan Carlos. "La noción de la falla...", cit., p. 57 a 114, citado a su vez por M'CAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia. "Responsabilidad del Estado ...", cit., p. 518.

¹⁷ M'CAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia. "Responsabilidad del Estado ...", cit., p. 518.

¹⁸ Sentencia C-043 de 2004.

¹⁹ Sentencia C-043 de 2004, de conformidad con lo dicho por el Consejo de Estado en sentencia del 8 de marzo de 2001. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. En el mismo sentido la sentencia C-957 de 2014.

²⁰ SU-449 de 2016.

soportar los administrados²¹. Su naturaleza es objetiva comoquiera que para su materialización no exige que el acto estatal haya sido ilegal, lo cual, necesariamente, excluye la posibilidad de efectuar señalamientos de orden subjetivo.

De este régimen la jurisprudencia del Consejo de Estado predica un mayor juicio de equidad, en tanto el mismo tiene como finalidad reparar el sacrificio que un ciudadano ha debido soportar en pro del bienestar general²². Por su parte, la Corte ha considerado que en tales casos “la sociedad está obligada a indemnizar el daño excepcional o anormal ocurrido como consecuencia de la actividad lícita del Estado, toda vez que rompería con el principio de equidad que dicha actividad perjudicare sólo a algunos individuos”²³.

XI. CASO CONCRETO

11.1. Se encuentran las siguientes pruebas y hechos probados relevantes para la resolución del caso concreto:

1. Copia de la carátula de la póliza de seguro de responsabilidad civil 1007219 expedida por la Previsora SA Compañía de Seguros, y su prórroga. (fol. 78-79 c1).
2. Copia de las condiciones generales de la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Profesional para Instituciones Médicas. (fol. 80-86, 112-118 c1).
3. Copia auténtica de la carátula de la póliza de seguro de responsabilidad civil 1007219 expedida por la Previsora SA Compañía de Seguros, y su prórroga. (fol. 96-111 c1).
4. Certificado de la póliza de seguro de responsabilidad civil 1007219 expedida por la Previsora SA Compañía de Seguros. (fol. 119-120 c1).
5. Respuesta emitida por la Subgerencia de Servicios de Salud del Hospital de Engativá, en relación con la entrega del cuerpo del hijo de la señora Liliana Fierro Gómez y Rubén Darío Camargo Camargo. (fol. 130-132 c1), de la que se lee:

“(…)

R. Si. La señora LILIANA FIERRO GOMEZ acudió al Servicio de Obstetricia del Hospital Engativá el 16 de marzo de 2011, por tener “seis meses de embarazo y no sentir mover a su bebé”, se diagnosticó Muerte Fetal desde el

²¹ SU-443 de 2016. En la misma, la Corte adopta los derroteros que ofrece el Consejo de Estado en sentencia del de 25 de septiembre de 1997. Exp: 10.392. Consejero Ponente:

²² *Ibidem*.

²³ Sentencia C-254 de 2003.

ingreso. Después del proceso de inducción se presentó expulsión fetal el 18 de marzo de 2011, a las 6:15 am. Anexo historia clínica.

(...)

R. La custodia de los cuerpos fallecidos no es de responsabilidad médica. El cadáver de muerte natural, se traslada del servicio de salud al depósito temporal de cadáveres, donde reposa en custodia del personal auxiliar del servicio de patología, hasta el proceso de entrega a la familia. El cuerpo del hijo de la señora LILIANA FIERRO GOMEZ estuvo este depósito temporal de cadáveres.

(...)

R. La gerencia del hospital se reunió con el señor RUBEN DARIO CAMARGO CAMARGO y con la señora LILIANA FIERRO GOMEZ el mismo día que se reportó el incidente para dar a conocer lo sucedido. Anexo Informe a la Dirección de Servicio de Salud de la Secretaría Distrital de Salud. 2 folios.

(...)

R. El Hospital de Engativá ESE II Nivel solicito (sic) al Cementerio Norte de Chapinero la exhumación del hijo de la señora LUZ STELLA PEREZ, entregado a la señora LILIANA FIERRO GOMEZ. Anexo Carta de solicitud del Cementerio Norte Chapinero 1 folio.

(...)

R. El Hospital de Engativá ESE II Nivel entrego (sic) el cuerpo del hijo de RUBEN DARIO CAMARGO CAMARGO y la señora LILIANA FIERRO GOMEZ el 24 de marzo de 2011, como consta en los anexos Informe a la Dirección de Desarrollo de Servicios de Salud de la Secretaria (sic) Distrital de Salud, 2 folios y Carta de solicitud de exhumación al Cementerio Norte de Chapinero 1 folio.

(...)

Numeral 6: Manifieste si Hospital Engativá ESE II Nivel prestó algún servicio medico psicológico al señor RUBEN DARIO CAMARGO y la señora LILIANA FIERRO GOMEZ.

R. Si. El Hopital Engativá ESE II Nivel ofreció el servicio de atención médica que fue llevado a cabo el 30 de marzo de 2011, como consta en la historia clínica.”

6. Copia de la historia clínica de la señora Liliana Fierro Gómez. (fol. 185-191 c1). De la que se extrae que el 16 de marzo de 2011 tuvo consulta en el Hospital de Engativá ESE, por motivo de “6 meses de embarazo y que hace 2 días no siente mover al bebé”, y se le diagnosticó “muerte fetal de causa no especificada”.

(...)

“PACIENTE DE 23 AÑOS, G3PSA1 CON 27 SEMANAS DE GESTACIÓN (SIC), CONPOBRES (SIC) CONTROLES PRENATALES, A QUIEN SE LE HABÍA DIAGNOSTICADO EMBARAZO DE ALTO RIESGO POR DILATACIÓN DE CAVIDADES CARDIACAS DERECHAS, CON CUADRO CLÍNICO DE APROXIMADAMENTE 2 DIAS DE EVOLUCIÓN DE DISMINUCIÓN DE MOVIMIENTOS RETALES, MOTIVO POR EL CUAL CONSULTA AL SERVICIO DE URGENCIAS EN EL DIA DE HOY, EN DONDE REALIZAN BARRIO ECOGRÁFICO QUE MUESTRA OBITO”.

7. Copia del oficio GHE-1717 del 28 de marzo de 2011 dirigido por el Hospital de Engativá al Director de Desarrollo de Servicios de la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá D.C. (fol. 192-193 c1).

“Cordial saludo. Como fue de su conocimiento, el Hospital Engativá en su proceso de seguimiento y control a la prestación de los servicios, detectó un incidente con la entrega equivocada de los cadáveres de los óbitos fetales de las pacientes Luz Stella Pérez identificada con la cc 52.938.694 y Liliana Fierro identificada con la cc 1.120.562.277.

Las acciones adelantadas ante esta situación por la institución (sic) fueron las siguientes:

Se estableció comunicación inmediata con la Dirección de Desarrollo de Servicios de la Secretaría de Salud y a su se envió carta al área de Salud Pública solicitando autorización para la exhumación del cadáver del h/ Luz Stella Pérez con el fin de subsanar el incidente.

La Gerencia de la Institución lidero (sic) una reunión con las familias al mismo día en que se reportó el incidente al área de calidad, esto con el fin de dar a conocer lo sucedido, ante el error humano que conllevó a la entrega equivocada de los cadáveres de los hijos de las pacientes en mención.

Así mismo, esta Gerencia solicitó investigación disciplinaria inmediata al caso y se llevaron a cabo los comités de Mortalidad Perinatal, los cuales concluyeron que en ambas situaciones fue pertinente el manejo médico y multidisciplinario brindado. Anexo copia de las actas.

Adicionalmente el área de Calidad realizó una revisión al procedimiento vigente de entrega de cadáveres, el cual se ajustó en términos de mayor especificidad en las tareas descritas en el mismo.

(...)

El 24 de marzo del año en curso, previa autorización de familiares y del área de Salud Pública de la Secretaría, se adelantó la exhumación del cadáver del h/uz Stella Pérez en el Cementerio de Chapinero en el pabellón 47 de la Galría 3 Bóveda 88.

Una vez surtido el proceso anterior se realizó la inhumación del cadáver del h/Liliana Fierro y la entrega del h/Luz Stella Pérez a los padres de familia respectivos.

El hospital enviará carta a cada una de las familias con el ánimo de continuar los controles a las madres que presentaron las mortalidades perinatales. De igual manera se les asignó cita por control posparto, psicología y planificación familiar.

(...)”

8. Copia del oficio de la Secretaría de Salud dirigida al Cementerio Norte de Chapinero. (fol. 194):

“Reciba un cordial salud, en atención a la solicitud del Hospital de Engativá, quien informa que bajo registro de defunción 70234182-2 del 18 de marzo de 2011, se inhumo (sic) el mortinato masculino, el día 20 de marzo de 2011 ubicado en el pabellón 47 galería 3, bóveda 88 de la fila 8, como hijo de la señora Liliana Fierro Gómez, esto debido a un error involuntario en la entrega de los cadáveres, por tal motivo esta Secretaría autoriza realizar la exhumación de dicho cadáver, perteneciente a la señora Luz Stella Pérez. Esto cumpliendo con todas las normas de Bioseguridad, cabe aclarar que una vez realizada la exhumación, el cofre además de sellado debe ser transportado en carro fúnebre e inhumado inmediatamente.”

9. Copia de la historia de recién nacido del 18 de marzo de 2011 a las 06:15 am, en la que se registró nombre de la madre Fierro Gómez Liliana, y *“recién nacido óbito fetal sexo masculino (...)”*. (fol. 197 c1).
10. Copia del libro de patología, en el que se registró la entrega de mortinato a la señora Judit Camargo el 24 de marzo de 2011. (fol. 198 c1).
11. Copia del certificado de defunción antecedente para el registro civil, en el que consta la muerte fetal el 18 de marzo de 2011 del hijo de la señora Liliana Fierro Gómez. (fol. 199-200 c1).
12. Acta de audiencia de testimonio de la señora Yhomaira Carolina Urrea Rivera, enfermera profesional (fol. 264 c1).

11.2. Del daño antijurídico.

En verificación de la ocurrencia o no de un daño antijurídico, de conformidad con la Jurisprudencia²⁴ y la Doctrina²⁵ tal se trata de la lesión, menoscabo, deterioro o afectación de un derecho, bien o interés jurídicamente tutelado de una persona, que no tiene el deber jurídico de soportar.

²⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-333/96. Magistrado Ponente. Alejandro Martínez Caballero

²⁵ Orjuela Ruiz Wilson citando a Henao Juan Carlos en la Responsabilidad del Estado y sus regímenes. ECOE Ediciones Pag. 51.

En el sub-exámine, la parte actora expuso que el daño consistió en la equivocación por parte del Hospital de Engativá Nivel II ESE, al haberle entregado a los demandantes, un cuerpo que no pertenecía al de su hijo, quien había fallecido antes de nacer -mortinato-. Cuerpo que inhumaron el 20 de marzo de 2011, bajo la creencia que se trataba de su hijo.

Al respecto, la Sala en concordancia con la Jurisprudencia Constitucional²⁶ considera que la inhumación de cadáveres, es una manifestación del derecho a la libertad de cultos, y además de ello, está intrínsecamente relacionado con la dignidad humana. Sobre el este tópico, la Corte Constitucional, en sentencia T-741 de 2014, expuso:

“El traslado, la exhumación e inhumación de cadáveres. Importancia del rito funerario por parte de los familiares, como manifestación del derecho a la libertad de cultos.

10. Desde una mirada antropológica, la muerte y su ritualización son aspectos fundamentales para los individuos y las sociedades. La idea del paso de una vida a la otra condensa los valores y las explicaciones que sobre el nacimiento, la existencia y la transmutación, tiene cada grupo social. Por tanto, las ceremonias de muerte cumplen funciones de vital importancia para las elaboraciones del duelo y permiten que los individuos asuman otra etapa de la vida, frente a las personas que ya no están.

Se pregunta el antropólogo Carlos Rodríguez, “¿Cómo puede el individuo y el grupo asumir el vacío y el horror de la nada?”, y responde: “solamente ritualizando dentro de su propio marco cosmológico, su propia concepción de la muerte y de la vida, para separar la muerte de la vida y recolocar psicológica y socialmente a los deudos y al resto del grupo en la nueva situación”^[24].

11. Esta idea de la “recolocación” y la relación entre los vivos y sus deberes con sus muertos, ha sido especialmente abordada en algunos casos resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los que se ha analizado la estrecha relación entre el respeto a la dignidad de los parientes vivos y la debida realización de los ritos fúnebres a sus muertos.

(...)

13. Así mismo, la Corte Interamericana resaltó que la muerte de un individuo trae consecuencias que afectan directamente la vida de sus sobrevivientes, no sólo de carácter jurídico, sino de toda índole, incluida la “moral” o “espiritual”. Por ello, el respeto por los restos mortales y la realización de las ceremonias fúnebres acorde con las creencias religiosas del fallecido, encuentra respaldo no sólo en los derechos humanos, sino también “en la espiritualidad de todas las culturas y religiones”^{[31]”^[32].}

(...)

*15. En esa medida, la libertad de cultos protege principalmente la manifestación **externa** de unas convicciones o sentimientos, que permiten al*

²⁶ Sentencia T-741 de 2014 Corte Constitucional.

creyente dignificar su fe y actuar de manera coherente con su representación interna de la divinidad o de su objeto de adoración.

En consonancia con lo anterior, esta Corporación en varias oportunidades ha abordado situaciones en las cuales está de por medio el deseo de las personas de realizar los actos necesarios para que sus seres queridos tengan rituales de muerte dignos y acorde a sus convicciones religiosas.

La jurisprudencia constitucional se ha ocupado de temas como la disposición, inhumación, exhumación o traslado de cadáveres y ha planteado la relación de tales actividades con algunos derechos fundamentales^[35].

*16. Así, por ejemplo, en la sentencia **T-162 de 1994**^[36] se revisó un caso en el que una familia que había enterrado a su padre, se vio sorprendida por la decisión de un hijo extramatrimonial de trasladar los restos del difunto a otro cementerio. Ante esos hechos, la Corte resolvió dos interrogantes “el primero, ¿quién tiene derecho a exhumar un cadáver?, y, el segundo, ¿quién tiene derecho a inhumarlo?”.*

La Corte precisó que tienen prioridad en la disposición del cadáver el o la cónyuge o compañero(a) permanente, los hijos, los padres, los hermanos, los abuelos o los nietos del fallecido. Sin embargo, aclaró que esa potestad que tienen los familiares, debe estar regida por el respeto al cuerpo inerte y, en ningún caso, tal titularidad se asemeja a la propiedad o la posesión. Así mismo, estableció que sólo frente a estas personas se configura el derecho a la libertad de cultos y de conciencia en relación con la sepultura del cuerpo.

Así mismo, en ese fallo, se efectuó una reflexión sobre el valor simbólico del cadáver y la significación del entierro católico^[37]. Frente a esto se explicó que al vincularse la muerte con profundas elaboraciones simbólicas y religiosas, el culto o rito mortuario adquiere total trascendencia para que las personas puedan efectuar más fácilmente el duelo y reelaborar sus relaciones psíquicas con el difunto.

(...)

19. De lo expuesto hasta ahora resulta claro que el culto en las distintas religiones del mundo, es un elemento inescindible de la creencia, razón por la cual se protege constitucionalmente su libre manifestación. Por ello, esta Corte, a través de los casos citados, fijó algunas reglas jurisprudenciales en torno a su salvaguarda, que pueden sintetizarse así:

- a) Los familiares cercanos son los únicos que tienen el derecho a la disposición del cadáver de un ser querido. Esa disposición se debe ejercer con respeto por el cuerpo inerte, y en ningún caso, tal titularidad se asemeja a la propiedad o la posesión.*
- b) Todo acto que impida injustificadamente el ejercicio de un culto religioso, vulnera los derechos fundamentales a la libertad de cultos y de conciencia.*
- c) La incapacidad económica de los familiares para asumir los costos del traslado, exhumación y/o inhumación de cadáveres, no puede ser un obstáculo para el ejercicio de los ritos fúnebres. Tales rubros deben ser cubiertos por los entes*

municipales, en virtud del Decreto 1333 de 1986, por el cual se expide el Código de Régimen Municipal⁴⁰¹.

20. En conclusión, para esta Corte es claro que permitir la manifestación de las ceremonias o ritos de muerte, a través del derecho de los familiares a trasladar, exhumar o inhumar el cadáver de un ser querido, hace se parte esencial del respeto y protección del derecho a la libertad de culto.”

En el sub-lite, se encuentra demostrado con las pruebas obrantes en el expediente, que hubo una equivocada entrega de los cadáveres de los óbitos fetales de las pacientes Luz Stella Pérez y Liliana Fierro, por parte del Hospital de Engativá ESE, y que los demandantes inhumaron el cuerpo que les había sido entregado el 20 de marzo de 2011, bajo la creencia que se trataba del cuerpo de su hijo. Así mismo, quedó acreditado que el 24 de marzo de 2011 se realizó la exhumación del cadáver entregado a la señora Liliana Fierro, y que una vez surtido ese proceso, se realizó la inhumación, ahora sí, del cuerpo de su hijo.

“Una vez surtido el proceso anterior se realizó la inhumación del cadáver del h/Liliana Fierro y la entrega del h/Luz Stella Pérez a los padres de familia respectivos.” (fol. 192-193 c1).

Así las cosas, para la Sala se configuró un daño que lesionó el bien jurídico de la señora Liliana Fierro Gómez y del señor Rubén Darío Camargo Camargo a la libertad de cultos, al haber realizado la inhumación de un cuerpo bajo la creencia que se trataba de su hijo, aunada a la circunstancia de que días después, el 24 de marzo de 2011, una vez surtidas las exhumaciones de los cadáveres, se hiciera la inhumación, ahora sí, de su menor hijo, hechos respecto de los cuales, los demandantes, no se encontraban en el deber jurídico de soportar.

11.3. De la imputación.

Como se reseñó *supra*, el daño respecto del cual el Estado se encuentra llamado a resarcir es aquel ‘perjuicio’ que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo²⁷, siempre y cuando exista título de imputación, por acción u omisión de una autoridad pública²⁸.

La Sala resalta que el Estado se encuentra llamado a responder por los daños que se causen, desde un análisis de imputación fáctico y otro jurídico. En razón a lo anterior, no se requiere que sea la Administración quien ejecute la acción generadora del daño para que se vea comprometida su responsabilidad, sino que también debe analizarse la imputación jurídica, esto es, si al Estado le asistía un deber o una obligación normativa, y que en razón a su inobservancia se produjo el daño; o al

²⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-333/96. Magistrado Ponente. Alejandro Martínez Caballero.

²⁸ *Ibidem*: “Son dos las condiciones indispensables para la procedencia de la declaración de la responsabilidad patrimonial con cargo del Estado y demás personas jurídicas de derecho público, a saber: el daño antijurídico y la imputabilidad del año a alguna de ellas.”

haber puesto a las víctimas en una posición de desigualdad en relación con los demás; o al haber incrementado el riesgo de sufrir un perjuicio a un particular.

Como regla general se tiene que el juez debe analizar si la Administración incurrió en una falla del servicio, entendida como la violación de una obligación a cargo del Estado²⁹.

En el caso concreto, las pruebas obrantes en el expediente y que provienen de la demandada, son contundentes y dan cuenta de forma manifiesta, de la falla del servicio en que incurrió el Hospital de Engativá ESE Nivel II, al haber entregado equivocadamente un cuerpo que no pertenecía al hijo de la señora Liliana Fierro Gómez y al señor Rubén Darío Camargo Camargo.

De igual forma, resulta palmaria la relación de causalidad entre la equivocación en la entrega del cuerpo, y el daño irrogado a los demandantes, puesto que la razón determinante para que realizaran la inhumación de otro cuerpo, y no el de su hijo, fue el error en el que incurrió el Hospital demandado.

Así las cosas, se procederá a revocar la sentencia de primera instancia, para en su lugar declarar la responsabilidad administrativa de la demandada por el daño causado a los demandantes a su bien jurídico protegido a la libertad de cultos, y el sufrimiento agudizado por la circunstancia de tener que revivir los hechos luctuosos asociados a la muerte de su bebé, por la equivocación en la entrega del cuerpo de su hijo fallecido.

Ahora, verificados los presupuestos de la responsabilidad del Estado -hecho dañino, daño, y la relación de causalidad entre el daño y la conducta u omisión de la Administración-, queda por abordar el tema de los perjuicios, entendidos como la materialización o concreción del daño.

En el presente caso, se advierte que sí se encontró probado el daño antijurídico y su imputación a la Entidad demandada. Ahora bien, la presunta falta de prueba sobre el perjuicio, o mejor aún, sobre la cuantía del perjuicio, no daría lugar a negar las pretensiones de la demanda, sino a analizar la procedencia y monto de la indemnización por los perjuicios causados.

11.4. Liquidación de perjuicios.

11.4.1. Del daño moral.

El daño moral, se encuentra definido como el dolor, la aflicción y en general los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, etc, que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo.

²⁹ HENAO, Juan Carlos. "La noción de la falla...", cit., p. 57 a 114, citado a su vez por M´CAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia. "Responsabilidad del Estado ...", cit., p. 518.

Ahora, sobre el arbitrio iuris en materia de tasación de la indemnización por daño moral, el Consejo de Estado ha precisado que corresponde al juez, en ejercicio de una cierta discrecionalidad, restablecer el equilibrio roto por el perjuicio causado, con base en las pruebas obrantes en el proceso, que den cuenta de su existencia e intensidad.

Así, el H. Consejo de Estado, precisó³⁰:

*“... Por otra parte, no puede perderse de vista el principio de equidad, también previsto en la norma transcrita para ser tenido en cuenta en la labor de valoración del daño. Su importancia resulta mayor cuando **se trata de la indemnización de un perjuicio que, por la naturaleza de éste, no puede ser restitutoria ni reparadora, sino simplemente compensatoria.** En efecto, la suma establecida no se ajustará nunca al monto exacto del perjuicio, pero buscará, de alguna manera, restablecer el equilibrio roto con su ocurrencia. **Se impone al juez, entonces, el ejercicio de una cierta discrecionalidad, que, sin embargo, debe encontrarse suficientemente razonada y fundada en las probanzas que, en el proceso, obren sobre la existencia del perjuicio y su intensidad.**”*

No se trata, en efecto, de una facultad arbitraria; por ello, en su desarrollo, debe buscarse también la garantía del principio de igualdad, lo que hace necesaria la comparación de la situación debatida con otras ya decididas, con fundamento en el análisis de los diferentes aspectos que determinan aquella y éstas, dentro de los cuales deberá tomarse en cuenta, por supuesto, el valor real de la indemnización.

...

*Visto lo anterior, considera esta Sala que debe abandonarse el criterio adoptado por ella desde 1978, conforme al cual, para efectos de la indemnización del perjuicio moral, se daba aplicación extensiva a las normas que, al respecto, traía el Código Penal. Como ha quedado demostrado, razones de orden jurídico, apoyadas igualmente en fundamentos de orden práctico, justifican, en la actualidad, esta decisión. **Se afirma, entonces, la independencia del juez contencioso administrativo para fijar, en cada caso, con sustento en las pruebas del proceso y según su prudente juicio, el valor de la indemnización del perjuicio moral.***

***Lo anterior se expresa sin perjuicio de que,** con el fin de garantizar el desarrollo uniforme de la jurisprudencia en este aspecto, **esta Corporación establezca pautas que sirvan de referencia a los juzgadores de inferior jerarquía,** cuyos fallos, sin embargo, en cuanto tasan la indemnización del perjuicio aludido, sólo podrán ser revisados por la instancia superior dentro del marco de sus competencias, dada la inexistencia de una norma prevista en ley o reglamento que pueda considerarse de obligatoria aplicación en la materia.*

...

³⁰Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Tercera- Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enriquez- Radicación: 66001-23-31-000-1996-3160-01(13232-15646)- Actor: Belén González y otros - William Alberto González y otra- Demandado: Nación - Ministerio de Transporte - Instituto Nacional de Vías -INVIAS- Bogotá, D.C., 6 de septiembre de 2001.

*Sin duda, la afirmación de la independencia del juez implica la asunción, por parte de éste, de una responsabilidad mayor. **Deberá ponerse especial esmero en el cumplimiento del deber de evaluar los diferentes elementos que, en cada proceso, permitan establecer no sólo la existencia del perjuicio moral, sino su intensidad, e imponer las máximas condenas únicamente en aquellos eventos en que, de las pruebas practicadas, resulte claramente establecido un sufrimiento de gran profundidad e intensidad, superior a muchos de los pesares imaginables. ...***

En la misma línea, en sentencia del 28 de marzo de 2012 el Consejo de Estado, ha insistido en la aplicación del arbitrio judicial en la tasación de los perjuicios morales³¹:

“... En ese orden de ideas, el manejo del principio de proporcionalidad en sede de la tasación del daño a la salud - al igual que ocurre con el daño moral - no está orientado a solucionar una tensión o colisión de principios o de derechos fundamentales, y menos a determinar la constitucionalidad y legitimidad de una intervención del legislador.

Así las cosas, la defensa de la aplicación del principio de proporcionalidad para la determinación y cuantificación de los daños inmateriales parte de un argumento que confunde el arbitrio judicial con la noción de arbitrariedad.

*Y ello no es correcto, puesto que **el arbitrio juris ha sido empleado** desde la teoría del derecho de daños, **de la mano con el principio de equidad, para solucionar problemas como** el analizado, esto es, **la liquidación del perjuicio moral debido a la imposibilidad de definir el grado de afectación interior** o que produce el daño antijurídico.*

(...)

...

El arbitrio iuris siempre será necesario en cualquier ordenamiento jurídico puesto que el legislador no puede contemplar todas y cada una de las hipótesis y variables que se pueden presentar en el proceso judicial, razón por la cual queda un margen de maniobra a cargo del operador judicial que, lejos de ser catalogado como arbitrariedad, constituye un campo de discreción racional en el que con fundamento en las reglas de la experiencia y la sana crítica traza derroteros para colmar esas lagunas o vacíos que están contenidos en la ley.

...

De manera que, la Subsección aprovecha esta oportunidad para reiterar la jurisprudencia - acogida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y de la Sala Plena de la Sección Tercera - sobre la materia, según la cual el daño moral al hacer referencia a la órbita interna del sujeto, no puede ser tasado a partir de criterios objetivos o tablas de punto, razón por la que para su liquidación se ha optado por la aplicación del arbitrio iuris.

³¹Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Tercera- Subsección C- Consejero Ponente: Enrique Gil Botero- Radicación Número: - Actor: Luis Carlos González Arbeláez y otros- Demandado: Nación - Ministerio de Salud y otros- Referencia: Acción de Reparación Directa- Bogotá D.C., 28 de marzo de 2012.

...
Entonces, se insiste, el arbitrio iuris siempre será necesario en cualquier ordenamiento jurídico dado que el legislador no puede contemplar todas y cada una de las hipótesis y variables que se pueden presentar en el proceso judicial, razón por la cual queda un margen de maniobra a cargo del juez”.

En el caso concreto, la Sala considera que indiscutiblemente la circunstancia de que el Hospital de Engativá ESE por equivocación hubiera entregado un cuerpo que no pertenecía al del hijo de los demandantes, que tal hubiera sido inhumado, y que posteriormente se exhumaran los cadáveres para luego sí entregar los cuerpos de los hijos que en realidad pertenecían a cada familia, genera una aflicción y un dolor constitutivo de daño moral.

No obstante, ante la ausencia probatoria de la intensidad del dolor sufrido por los demandantes, la Sala debe acudir al arbitrio iuris, para de esa forma tasar el reconocimiento de la indemnización por perjuicios morales, en una cuantía de quince 15 SMLMV para cada uno de los demandantes. Se aclara, que existe una imposibilidad material de resarcir exactamente el grado de intensidad de dolor consistente en el daño moral, sin embargo, lo que se busca con esa indemnización restablecer el equilibrio roto por el perjuicio causado a los demandantes.

XII. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

Con auto del 09 de julio de 2013 el Juzgado Veinte (20) Administrativo de Bogotá D.C. vinculó al proceso a la Compañía de Seguros La Previsora SA como llamado en garantía. (fol. 22 c. Llamado en garantía).

Con la contestación de la demanda y del llamado en garantía, la Previsora SA propuso las siguientes excepciones:

- Inexistencia de prueba del daño moral.
- Inexistencia de los elementos generadores de responsabilidad.
- Ausencia de cobertura, toda vez que los hechos reclamados no se encuentran amparados por la póliza NO. 1007219, (i) al no haber sido producto de un acto médico, (ii) al tener como exclusión la de *“errores o inexactitudes diferentes a la prestación del servicio de salud”*; (iii) respecto al amparo de responsabilidad civil general, es importante anotar que con el mismo se cubre únicamente daños materiales y/o lesiones personales causadas a un tercero; (iv) ausencia de cobertura dada la delimitación temporal del contrato de seguro, al haberse hecho la reclamación el 04 de noviembre de 2011, esto es, fuera de la vigencia de la póliza pactada en la modalidad claims made, del 16 de febrero de 2011 al 17 de abril de 2011; (v) ausencia de cobertura, puesto que la culpa grave no es objeto de la póliza de seguro.
- Límites de cobertura, para que ante una improbable condena, la Aseguradora estuviera obligada a indemnizar los perjuicios, teniendo en cuenta los límites y condiciones de la póliza de seguro.

Para resolver si hay lugar a ordenar a la Previsora SA al pago de la indemnización tasada por este Tribunal, es necesario analizar las excepciones de ausencia de cobertura de la póliza 1007219, que tenía una vigencia entre el 16 de febrero de 2011 al 17 de abril de 2011.³²

En carátula de la póliza de responsabilidad civil 1007219³³, se incluyó como amparo los “*daños extrapatrimoniales*”. No obstante, se incluyó que no se otorgaba el amparo por “*ERRORES E INEXACTITUDES DIFERENTES A LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD*”.³⁴

Por su parte, en las condiciones generales de la Póliza se incluyó como amparo cubierto, la responsabilidad civil profesional médica en los siguientes términos³⁵:

“a) PREVISORA SE OBLIGA A INDEMNIZAR AL ASEGURADO POR CUALQUIER SUMA DE DINERO QUE ESTE DEBA PAGAR A UN TERCERO EN RAZÓN A LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN QUE INCURRA, EXCLUSIVAMENTE COMO CONSECUENCIA DE CUALQUIER “ACTO MÉDICO” DERIVADO DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES DE ATENCIÓN EN LA SALUD DE LAS PERSONAS, DE EVENTOS QUE SEAN RECLAMADOS Y NOTIFICADOS POR PRIMERA VEZ DURANTE LA VIGENCIA DE LA PÓLIZA Y HASTA EL LÍMITE DE COBERTURA ESPECIFICADO EN LAS CONDICIONES PARTICULARES (SALVO LOS ACTOS MÉDICOS QUE QUEDEN EXPRESAMENTE EXCLUIDOS).”

De acuerdo con el certificado proferido por la Vicepresidencia Jurídica e Indemnizaciones de la Previsora SA Compañía de Seguros³⁶ la póliza de seguro fue expedida bajo la modalidad “*claims made*” o por “reclamación”, de acuerdo con las Condiciones Generales formato RCP-006-3, acápite “AMPAROS”, condición 1.1., literal A, que dispone:

“AMPAROS

1.1.Responsabilidad civil profesional médica

a) El asegurador se obliga a indemnizar al asegurado por cualquier suma de dinero que este deba pagar a un tercero en razón a la responsabilidad civil en que incurra, exclusivamente como consecuencia de cualquier “acto médico” derivado de la prestación de servicios profesionales de atención en la salud de las personas, de eventos que sean reclamados y notificados por primera vez dentro de la vigencia de la póliza y hasta el límite de cobertura especificado en las condiciones particulares (salvo los actos médicos que queden expresamente excluidos).”

En el sub-lite, se tiene que el hecho dañino no consistió estrictamente a un acto médico, esto es, de la relación médico-paciente, sino que está circunscrito a un error

³² Fol. 110 c1.

³³ Fol. 110 c1.

³⁴ Fol. 111 c1.

³⁵ Fol. 114 c1.

³⁶ Fol. 119 c1.

que no deviene propiamente de la actividad médica. En ese orden, el daño sufrido por los demandantes no estaría dentro de los riesgos amparados por la póliza 1007219.

Por el contrario, los errores o inexactitudes diferentes a la prestación del servicio de salud, se encontraba en el acápite de exclusiones de la mentada póliza.

De otro lado, no se encuentra probado en el expediente que la reclamación a la Aseguradora se hubiera efectuado durante la vigencia de la póliza 1007219, esto es, desde el 16 de febrero de 2011 al 17 de abril de 2011, sino que según la Llamada en Garantía, la reclamación se realizó hasta el 04 de noviembre de 2011. Por lo tanto, bajo el esquema de una Póliza de Seguro *claims made* o de reclamación, y de acuerdo con el literal a del numeral 1.1. del acápite de amparos de las condiciones generales del seguro, se concluye que el daño causado a los demandantes no está asegurado por la Previsora SA en virtud de la póliza 1007219 del 16 de febrero de 2011.

En consecuencia, no hay lugar a vincular a la aseguradora al pago del monto reconocido en favor de los demandantes.

XII. COSTAS PROCESALES

La Sala considera que el artículo 171 del CCA³⁷, no contiene el imperativo de condenar en costas a la parte vencida, como quiera que, si bien establece que, “*la sentencia dispondrá sobre las condenas en costas*”, asume categórico que la alocución “*dispondrá*”, significa: “*mandar lo que se debe hacer*”³⁸, y la remisión que hace a la norma supletoria, antes Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso, es solo para efectos de la liquidación y ejecución de las costas.

Teniendo en cuenta, entonces, que en la jurisdicción contencioso administrativa, la condena en costas, no deviene como consecuencia de resultar vencido en el proceso, y que esta jurisdicción tiene por finalidad la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política, y que este compendio de garantías comprende en el ámbito de los artículos 2º y 230 Constitucionales, la realización de la justicia y el acceso a la administración de justicia, y que no se vislumbró una actuación temeraria de las partes, esta Sala se abstendrá de condenar en costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA – SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN “C”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

³⁷ “CONDENA EN COSTAS. n todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el Juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil.”

³⁸ Ver www.rae.es

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la Sentencia del 27 de julio de 2018 proferida por el Juzgado Sesenta (60) Administrativo de Bogotá D.C., de conformidad con lo expuesto en esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR responsable al Hospital de Engativá Nivel II ESE, hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Norte ESE, por el daño causado a la señora Liliana Fierro Gómez y al señor Rubén Darío Camargo Camargo.

TERCERO: CONDENAR al Hospital de Engativá Nivel II ESE hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Norte ESE, al pago por concepto de daño moral, en las siguientes cuantías a favor de:

- Liliana Fierro Gómez, el valor correspondiente a quince (15) SMLMV.
- Rubén Darío Camargo Camargo, el valor correspondiente a quince (15) SMLMV.

CUARTO: NEGAR el llamamiento en garantía a la Previsora SA Compañía de Seguros.

QUINTO: Sin condena en costas en esta instancia.

SEXTO: Dar cumplimiento a esta sentencia de acuerdo con el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

SÉPTIMO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de Origen. Por Secretaría de esta Corporación **DÉJESE** las constancias del caso.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Aprobado en sesión de la fecha, Sala N° 11).

(Firmado electrónicamente en la Plataforma SAMAI)

FERNANDO IREGUI CAMELO

Magistrado

JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA

Magistrado

MARÍA CRISTINA QUINTERO FACUNDO

Magistrada