

El artículo 225 del Código Trabajo, en lo medular dispone: que... "la indemnización será el equivalente a 3.4 semanas de cada año laborada en los diez primeros años, y cada año posterior a los diez años, será indemnizado con el equivalente de una semana de salario por cada año."..

En ese orden vemos que la señora Xiomara Solís cuando fue destituida del cargo que ejercía en la Tesorería Municipal percibía un salario de B/.700.00 y laboró por 17 años, lo cual es manifestado por la parte actora y aceptado por la entidad demandada.

La fórmula para obtener la suma de indemnización acumulada en el presente caso, de acuerdo con el artículo 225 del Código de Trabajo correspondería al salario mensual dividido en 4.333, cuyo resultado es el salario semanal, y ese resultado se multiplica por la indemnización acumulada en semana, que en el caso que nos ocupa corresponde a 17 años que en la escala aplicable la indemnización acumulada es de 41 semanas. Para mayor claridad lo dicho lo describimos en la siguiente manera:

"700/4.333=SALARIO SEMANAL B/.161.55x41 SEMANAS= B/.6623.55 MONTO A INDEMNIZAR"

De acuerdo con el artículo 4 de la Ley 39 de 2013, las sumas reconocidas por sentencia judicial, en virtud de pago de las prestaciones laborales a favor de los servidores públicos destituidos injustificadamente, deberán ser canceladas en el término de tres meses después de ejecutoriada la sentencia.

Por consiguiente, la Sala Tercera de la Corte Suprema, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DECLARA que es ilegal, el Decreto Personal No. 073-C/14 de 12 de agosto de 2014, emitido por el Tesorero Municipal del distrito de Panamá y, en consecuencia ORDENA a la Tesorería Municipal del distrito de Panamá, que pague el monto de seis mil seiscientos veintitrés balboas con 55/100 (B/.6,623.55), en el término de tres meses de ejecutoriada la presente resolución, a la señora XIOMARA ESTHER SOLÍS APOLAYO, con cédula de identidad personal No. 8-337-647; y NIEGA el resto de las pretensiones esgrimidas por la demandante.

Notifíquese,

ABEL AUGUSTO ZAMORANO

CECILIO CEDALISE RIQUELME -- LUIS RAMÓN FÁBREGA SÁNCHEZ (Con Salvamento de Voto)  
KATIA ROSAS (Secretaria)

---

DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE INDEMNIZACIÓN, INTERPUESTA POR EL LCDO. ALEXANDER VALENCIA M., EN REPRESENTACIÓN DE SAMUEL NÚÑEZ, PARA QUE SE CONDENE AL PATRONATO DEL HOSPITAL SANTO TOMÁS Y AL ESTADO PANAMEÑO, AL PAGO DE CINCO MILLONES DE DÓLARES, EN CONCEPTO DE DAÑOS Y PERJUICIOS MORALES Y MATERIALES CAUSADOS POR EL MAL FUNCIONAMIENTO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE SALUD. PONENTE: ABEL AUGUSTO ZAMORANO PANAMÁ, VEINTISÉIS (26) DE ABRIL DE DOS MIL DIECISÉIS (2016).

Tribunal: Corte Suprema de Justicia, Panamá  
Sala: Tercera de lo Contencioso Administrativo  
Ponente: Abel Augusto Zamorano

Fecha: 26 de abril de 2016  
Materia: Acción contenciosa administrativa  
Reparación directa, indemnización  
Expediente: 109-06

## VISTOS:

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, conoce de la solicitud de indemnización interpuesta por el Licenciado Alexander Valencia M., en representación de SAMUEL NÚÑEZ, para que se condene al Patronato del Hospital Santo Tomás y al Estado Panameño, al pago de cinco millones de dólares (B/.5,000,000.00), en concepto de daños y perjuicios morales y materiales causados por el mal funcionamiento de los servicios públicos de salud.

## PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Los solicitantes han manifestado en su libelo, haber sufrido daños y perjuicios materiales y morales causados a consecuencia del fallecimiento de su hija Lourdes D. Núñez Navarro (q.e.p.d).

Los peticionarios solicitan a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia se pronuncie sobre lo siguiente:

- I. Que se declare que el Patronato del Hospital Santo Tomás es responsable de todas las complicaciones que sobrevinieron producto de todos los actos quirúrgicos realizados a la paciente Lourdes Núñez Navarro (q.e.p.d) por mal funcionamiento del servicio público de salud que le prestó su personal médico desde su ingreso al nosocomio el día 21 de enero de 2005, hasta su deceso el 24 de marzo de 2005.
- II. Que se declare que el Patronato del Hospital Santo Tomás y el Estado Panameño, están solidariamente obligados a pagarle al señor Samuel Núñez, la indemnización correspondiente por los daños y perjuicios ocasionados por el mal funcionamiento de los servicios públicos de salud a cargo del Hospital Santo Tomás, que guardan relación con lo sucedido a su hija Lourdes Núñez Navarro (q.e.p.d), lo cual le causó la muerte. Que se condene a los demandados al pago de cinco millones de balboas (B/.5,000,000.00) a favor de nuestro representado en concepto de indemnización correspondiente al daño material y moral ocasionado en relación a todas las complicaciones que sobrevinieron producto de todos los actos médicos e intervenciones quirúrgicas realizadas a su hija Lourdes Núñez Navarro (q.e.p.d), a partir del 21 de enero de 2005 y cuya causa es directamente imputable a los demandados, por el mal funcionamiento de los servicios públicos de salud, a cargo del Hospital Santo Tomás, más los intereses legales que dicha suma acumule hasta la fecha que se verifique el pago.

## HECHOS EN QUE SE SUSTENTA LA DEMANDA.

La paciente Lourdes Dalys Núñez Navarro (q.e.p.d) ingresó al Hospital Santo Tomás el día 21 de enero de 2005 por orden de la Dra. María Du Bois, con el Diagnóstico de coledocolitiasis, presentando acolia, sin fiebre, sin signos de abdomen agudo, sin diarrea y sin distensión abdominal, diagnóstico que es producto del estudio realizado por el Dr. Juan José Gutiérrez.

Que luego de su evaluación médica del día 25 de enero realizada en horas de la mañana, que evidencia condición afebril, asintomática, con ictericia, al examen físico con abdomen blando, depresible, sin dolor, la paciente es sometida a CPRE (colangio-pancreatografía retrógrada-endoscópica), procedimiento a cargo del Dr. Luis Arango Ch., procedimiento que fue fallido ya que no se obtuvo el llenado de las vías biliares.

El día posterior al CPRE fallido nuevamente la evalúan médicamente, dejando indicación en el expediente que debe ser pasada a sala de operaciones, indicación que no se cumple.

El día 27 de enero de 2005 el Dr. García ordena nuevamente preparar la Sala de Operaciones a 8:45 A.M.; sin embargo en horas de la tarde por orden de la Dra. María Du Bois se detiene la orden y prefiere un manejo conservador, siendo notificado el jefe de Sala de Operaciones, el Dr. Jaime Velarde Batista.

El día 28 de enero de 2005, el Dr. Jaime Velarde solicita de manera urgente un CAT abdómino pélvico (tomografía axial computarizada de abdomen y pelvis) el cual reveló lo siguiente: 1. Perforación del duodeno 2. Cambios Inflamatorios peri pancreáticos relacionados a pancreatitis posterior al procedimiento fallido de CPRE.

Según protocolo operatorio, el día 29 de enero de 2005, ingresan a la paciente al quirófano, correspondiéndole a los Doctores Aldo Ávila, Rogelio Vargas y Macías, el diagnóstico PREOPERATORIO de COLELITIASIS + COLEDOCOLITIASIS + PANCREATITIS AGUDA. Encontrándose hallazgos de una colecistitis subaguda, dilatación del coledoco y pancreatitis aguda, 100 c.c de líquido libre.

Continúa señalando el demandante que debido a las complicaciones subsiguientes a la primera y mala manipulación instrumental del 25 de enero de 2005, Lourdes Dalys Núñez Navarro (q.e.p.d.) fue sometida a 17 actos quirúrgicos que inician el 29 de enero de 2005 y finalizan el 21 de marzo de 2005, falleciendo la paciente el día 24 de marzo de 2005 con el diagnóstico de SEPSIS, PERITONITIS Y PANCREATITIS AGUDA, según consta en certificado de defunción.

#### NORMAS QUE SE CONSIDERAN VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Con base a las anteriores alegaciones, el demandante solicita se condene al Estado por intermedio del Patronato del Hospital Santo Tomás, conforme al numeral 10 del artículo 97 del Código Judicial, en concordancia con lo establecido en los artículos 1644 y 1645 del Código Civil.

Como normas violadas se señalan las siguientes:

A. El artículo 5 de la Ley N°4 de 10 de abril de 2000 que regula el Patronato del Hospital Santo Tomás, señala:

"Artículo 5: Será función del patronato, prestar con eficiencia, excelencia, funcionalidad y equidad, en el Hospital Santo Tomás, los servicios de salud preventiva y curativa, de rehabilitación, docencia en investigación, como hospital nacional de tercer nivel, para la población del país; y como hospital de segundo nivel, para la población de la región metropolitana."

Estima el recurrente que esta norma ha sido violada de forma directa, por omisión, por parte de la institución demandada, ya que en el cumplimiento del servicio público que presta, no se observaron las conductas necesarias y propias para el cumplimiento de la salud preventiva y curativa de la paciente.

B. El artículo 19 de la Ley N° 4 de 10 de abril de 2000 que preceptúa:

"Artículo 19. son deberes y atribuciones del Patronato:

2. Garantizar que el complejo hospitalario brinde la mayor y mejor calidad de atención y servicios de salud, con humanitarismo y sensibilidad social, a las poblaciones señalada en el artículo 5 de esta ley.
3. ....
4. ....
5. ....".

Se estima que esta norma ha sido violada en forma directa por omisión por parte de la institución demandada, toda vez que asevera el demandante que en la concurrencia de los hechos que le causaron la muerte a la señora Lourdes Núñez Navarro (q.e.p.d.) el día 24 de marzo de 2005, los funcionarios, médicos del Hospital Santo Tomás no actuaron, a su juicio, en acatamiento de lo que dispone el citado artículo; ya que estima que, la atención que brindaron a la paciente fue de tan mala calidad que llegó por sus propios medios en busca de atención médica por un padecimiento normal y que por mal manejo perdió la vida.

C. El numeral 2 del artículo 40 del Reglamento General y Manual de Cargos y Funciones del Hospital Santo Tomás, el cual dice:

"Artículo 40: Son deberes y funciones de los Médicos Especialistas:

36. ....
37. Prestar la debida atención médica que requieran los pacientes del hospital en forma profesional, diligente y ética con las debidas acciones preventivas, de curación y de rehabilitación que el caso requiera.
38. ....
39. ....
40. ....
41. ....".

Estima el demandante que esta norma ha sido violada en forma directa por omisión por parte de la entidad demandada en la medida en que sus funcionarios no prestaron una atención adecuada que se merecía la paciente frente al cuadro que presentaba .

D. También señalan como infringido el artículo 1644 del Código Civil que señala:

"Artículo 1644: El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado .

Si la acción u omisión fuere imputable a dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable por los perjuicios causados".

Esta norma consideran que es violada en forma directa por comisión por parte de la entidad demandada, en la medida en que el acto dañoso que se cometió es imputable a los funcionarios públicos designados para prestar el servicio con la diligencia necesaria.

E. El párrafo cuarto del artículo 1645 del Código Civil que su letra dice:

“Artículo 1645: La obligación que impone el artículo 1644 es exigible no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes debe responder...”

El Estado, las instituciones descentralizadas del estado y el Municipio son responsables cuando el daño es causado por conducto del funcionario público a quien propiamente corresponda la gestión practicada, dentro del ejercicio de sus funciones.”.

El demandante estima que, esta norma ha sido violada en forma directa por comisión, en cuanto señala que el Patrono del Hospital Santo Tomás es responsable del daño derivado del mal funcionamiento del servicio público que presta por disponerlo así la Ley.

F. El artículo 17 de la Ley N° 68 de 20 de noviembre de 2003 que regula los Derechos y Obligaciones de los Pacientes, en materia de Información y de decisión libre e informada.

“Artículo 17: El documento de consentimiento debe ser específico para cada procedimiento de diagnóstico o terapéutico, sin perjuicio de que se puedan adjuntar hojas y otros medios informativos de carácter general. Dicho documento debe contener información suficiente sobre el procedimiento de que se trate y sobre sus beneficios y posibles riesgos.”

El demandante estima que esta norma ha sido violada de manera directa por omisión, toda vez que, asevera que se desprende de las diferentes hojas de consentimiento que existe un desorden en cuanto al no seguimiento de las exigencias de la norma por los diferentes funcionarios del Hospital Santo Tomás que les correspondió en cada caso hacer uso de ellas, estima que no cumplieron con el procedimiento de informar debidamente a la paciente.

#### POSICIÓN DE LA PROCURADURÍA DE LA ADMINISTRACIÓN

Mediante Vista 949 de 12 de diciembre de 2007, la Procuraduría de la Administración en su contestación de demanda señala que no ha sido acreditada la relación de causalidad que debe existir en toda reclamación de indemnización de daños y perjuicios, entre el hecho generador, es decir la aludida mala prestación del servicio público de salud, y el daño causado, en este caso la muerte de la paciente Lourdes Dalys Núñez, existiendo además deficiencia probatoria, por lo cual solicitan a esta Superioridad se sirva a declarar que el Hospital Santo Tomás no es responsable de pagar cinco millones de dólares (B/5,000,000.00) a la familia de la Señora Núñez, mismos que se demandan en concepto de daños y perjuicios materiales y morales causados por el supuesto mal funcionamiento de los servicios públicos.

#### DECISIÓN DE LA SALA TERCERA

Competencia de la Sala Tercera

Antes del análisis del problema de fondo planteado, hay que destacar que por tratarse de una actuación del Patronato del Hospital Santo Tomás, sobre la cual se reclama responsabilidad, la presente acción es viable, en atención a lo dispuesto en el Artículo 97, numeral 10, del Código Judicial, en concordancia con el

Artículo 206 de la Constitución Política, que establece como competencia de la Sala Tercera, el conocimiento de las indemnizaciones de que sean responsables directos el Estado y las restantes entidades públicas, por el mal funcionamiento de los servicios públicos a ellos adscritos, por lo que esta Sala es la competente para conocer y decir este proceso.

### La petición de indemnización

#### Fundamentos

Frente a la obligación que se reclama, a la Sala le corresponde entonces establecer la responsabilidad extracontractual del Estado que será, como ya se manifestó en Sentencia de 31 de mayo de 2004, y Sentencia de 24 de mayo de 2010, siempre que en el desarrollo de una función pública se produzca un hecho dañoso en perjuicio de un particular.

Previo a ello precisa indicar que la responsabilidad extracontractual del Estado tiene fundamento legal y Constitucional. Así lo expuso esta Sala en Sentencia de 24 de mayo de 2010, 2 de febrero de 2009 y 2 de junio de 2003, que en lo pertinente dice:

"Para resolver, claro es que el fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado en nuestra legislación se deriva de lo que está contenido en los artículos 1644 y 1645 del Código Civil, y con la modificación de la que este último fue objeto mediante la Ley N°18 de 31 de julio de 1992, importante resulta señalar que está expresamente contemplada al prever "la responsabilidad directa del Estado" cuando el daño es causado por conducto del funcionario a quien propiamente corresponde la gestión practicada dentro del ejercicio de sus funciones. Sobre la responsabilidad extracontractual del Estado, la Sala ha conceptualizado que tiene claro fundamento en las normas de la Constitución Nacional, que en nuestro medio están previstas en el Título III de los Derechos y Deberes Individuales y Sociales, Capítulo 1º, sobre las Garantías Fundamentales, específicamente los artículos 17 y 18. Así vemos que en el artículo 17 de la Constitución Nacional se instituye la concepción social de los fines del Estado, al preverse que "las autoridades de la República están instituidas para proteger en su vidas, honra y bienes a los nacionales donde quiera que se encuentren y a los extranjeros que estén bajo su jurisdicción ...". Por su parte, el artículo 18 de la Constitución Nacional prevé el principio de la responsabilidad personal de los funcionarios públicos por infracción a la Constitución o de la Ley o por extralimitación de funciones en el ejercicio de ésta. Dicha responsabilidad extracontractual tiene, pues, un fundamento de derecho público, postura que ha sido también la mantenida por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado en Colombia en relación con el artículo 16 de la Constitución de 1886 de ese país, norma que es el antecedente del artículo 17 de nuestra Constitución. (Cfr. Ureta Manuel S., "El Fundamento Constitucional de la Responsabilidad Extracontractual del Estado", en La Responsabilidad de la Administración Pública en Colombia, España, Francia e Italia, autores varios, Universidad Externado de Colombia, 1986, págs. 163 a 181)."

La Sala estima oportuno reiterar que en la doctrina, autores como Roberto Dromi, se inclinan en ese sentido y además sostiene que, "la responsabilidad del Estado existe sea que los agentes estatales actúen con o sin culpa y aunque nazca de un acto legítimo, pues su antijuricidad surgirá de su vulneración a la Constitución...que protege a los habitantes contra cualquier daño injustamente

inferidos a sus derechos individuales...con esto se abre el camino a una concepción objetiva de la antijuricidad poniendo de relieve los elementos daños e injusticia por encima del concepto clásico de culpa..." También destaca que la jurisprudencia admite la responsabilidad del Estado, pero siempre tomando en cuenta la relación causal a fin de determinarla. (Derecho Administrativo, 7 Edición actualizada, Buenos Aires, 1998, págs. 816-817 y 836). En esa misma línea de pensamiento Gilberto Martínez Rave enfatiza que la responsabilidad extracontractual objetiva por parte del Estado tiene por finalidad "restablecer el equilibrio económico roto cuando se lesiona un patrimonio particular por parte de la administración pública..." (La Responsabilidad Civil Extracontractual, 10ª Edición, Editorial Temis, S. A., Colombia 1998, Pág. 363).

En la sentencia de 24 de mayo de 2010 y 20 de noviembre de 2009, al conceptuar sobre el sentido y alcance del artículo 1644 del Código Civil en particular, el Tribunal señaló que para que se configure el mal funcionamiento del servicio público deben acreditarse los siguientes elementos:

- "1. La existencia de una conducta culposa o negligente.
2. La presencia de un daño directo, cierto y susceptible de ser cuantificado; y
3. La demostración del nexo de causalidad entre el resultado dañoso y la conducta del agente provocador del evento."

Por tales motivos, la Sala examinará los presupuestos de responsabilidad que están planteados en la demanda, a la luz del marco jurídico señalado, iniciando el análisis de la existencia del daño y posteriormente se entrará a estudiar los demás elementos enunciados, lo anterior, por cuanto el daño directo y cierto es el primer elemento del estudio de la responsabilidad extracontractual del Estado<sup>3</sup>.

### 1. El daño

Daño ha de entenderse como la lesión definitiva a un derecho o a un interés jurídicamente tutelado de una persona. Sin embargo, el daño objeto de la reparación sólo es aquel que reviste la característica de ser antijurídico. En este sentido, el daño sólo adquirirá el carácter de antijurídico y en consecuencia será indemnizable, si cumple una serie de requisitos como lo son, el de ser personal, cierto y directo.

Ahora bien, los elementos constitutivos del daño son: (1) la certeza del daño; (2) el carácter personal, y (3) directo. El carácter cierto, como elemento constitutivo del daño se ha planteado por la doctrina tanto

---

<sup>3</sup> "Lo importante es recordar con el Rector Hinestrosa del Externado de Colombia: el daño es la razón de ser de la responsabilidad, y por ello, es básica de que su determinación en sí, precisando sus distintos aspectos y su cuantía, ha de ocupar el primer lugar, en términos lógicos y cronológicos, en la labor de las partes y juez en el proceso. Si no hubo daño o no se puede determinar o no se le pudo evaluar, hasta allí habrá de llegarse; todo esfuerzo adicional, relativo a la autoría, y a su calificación moral de la conducta del autor resultará necio e inútil. HENAO, Juan Carlos. El daño. Universidad Externado de Colombia, Colombia, Segunda reimpresión, página 36.

colombiana como francesa, como aquel perjuicio actual o futuro, a diferencia del eventual<sup>4</sup>. En efecto, el Consejo de Estado, ha manifestado que para que el daño pueda ser reparado debe ser cierto<sup>5,6</sup>, esto es, no un daño genérico o hipotético sino específico, cierto: el que sufre una persona determinada en su patrimonio<sup>7</sup>.

La existencia es entonces la característica que distingue al daño cierto, pero, si la existencia del daño es la singularidad de su certeza no se debe sin embargo confundir las diferencias entre la existencia del perjuicio y la determinación en su indemnización<sup>8</sup>. De igual forma, para que el daño se considere existente es indiferente que sea pasado o futuro, pues el problema será siempre el mismo: probar la certeza del perjuicio, bien sea demostrando que efectivamente se produjo, bien sea probando que, el perjuicio aparezca como la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual<sup>9</sup>.

Se considera como tal, la afectación, menoscabo, lesión o perturbación a la esfera personal [carga anormal para el ejercicio de un derecho o de alguna de las libertades cuando se trata de persona natural), a la esfera de actividad de una persona jurídica (carga anormal para el ejercicio de ciertas libertades), o a la esfera patrimonial [bienes e intereses], que no es soportable por quien lo padece bien porque es irrazonable, o porque no se compadece con la afirmación de interés general alguno<sup>10</sup>.

---

<sup>4</sup> CHAPUS. "Responsabilité Publique et responsabilité privée"., ob., cit., p.507.

<sup>5</sup> Colombia, Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 1994, expediente 8998.

<sup>6</sup> Colombia, Sección Tercera, sentencia de 19 de octubre de 1990, expediente 4333.

<sup>7</sup> Colombia, Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 5 de julio de 2012, expediente 31148. Pon. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>8</sup> CHAPUS. "Responsabilité Publique et responsabilité privée"., ob., cit., p.403. En el mismo sentido el profesor CHAPUS ha manifestado "lo que el juez no puede hacer, en ausencia de la determinación del perjuicio, es otorgar una indemnización que repare, y ello por la fuerza misma de las cosas, porque la realidad y dimensión del perjuicio son la medida de la indemnización. Pero bien puede reconocer que la responsabilidad se compromete cuando la existencia del perjuicio se establece, sin importar las dudas que se tengan acerca de su extensión exacta".

<sup>9</sup> HENAO, Juan Carlos, El Daño- Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p.131

<sup>10</sup> Puede verse citado en: Colombia, Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 5 de julio de 2012, expediente 31148. Po. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Así pues, daño antijurídico es aquél que la persona no está llamada a soportar puesto que no tiene fundamento en una norma jurídica, o lo que es lo mismo, es aquel que se irroga a pesar de que no exista una ley que justifique o imponga la obligación de soportarlo <sup>11</sup>.

El daño antijurídico “comprendido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual <sup>12</sup> y del Estado, impone considerar dos componentes: a) el alcance del daño como entidad jurídica, esto es, “el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio”<sup>13</sup> ; o la “lesión de un interés o con la alteración “in pejus” del bien idóneo para satisfacer aquel o con la pérdida o disponibilidad o del goce de un bien que lo demás permanece inalterado, como ocurre en supuestos de sustracción de la posesión de una cosa”<sup>14</sup> ; y, b) aquello que derivado de la actividad, omisión, o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea “irrazonable”<sup>15</sup> , en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos <sup>16</sup>; y, iii) porque no

---

<sup>11</sup> Colombia, Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 5 de julio de 2012, expediente 31148. Po. Jaime Orlando Santofimio Gamboa

<sup>12</sup> PANTALEON, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, en AFDUAM, No.4, 2000, p.185. “[...] el perjudicado a consecuencia del funcionamiento de un servicio público debe soportar el daño siempre que resulte (contrario a la letra o al espíritu de una norma legal o) simplemente irrazonable, conforme a la propia lógica de la responsabilidad patrimonial, que sea la Administración la que tenga que soportarlo”. MARTIN REBOLLO, Luis. “La responsabilidad patrimonial de la administración pública en España: situación actual y nuevas perspectivas”, en BADELL MADRID, Rafael (Coord). Congreso Internacional de Derecho Administrativo (En Homenaje al PROF. LUIS H. FARIAS MATA). Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2006, pp.278 y 279. Martín Rebollo se pregunta: “¿Cuándo un daño es antijurídico? Se suele responder a esta pregunta diciendo que se trata de un daño que el particular no está obligado a soportar por no existir causas legales de justificación en el productor del mismo, esto es, en las Administraciones Públicas, que impongan la obligación de tolerarlo. Si existe tal obligación el daño, aunque económicamente real, no podrá ser tachado de daño antijurídico. Esto es, no cabrá hablar, pues, de lesión”.

<sup>13</sup> LARENZ. “Derecho de obligaciones”, citado en DÍEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. T.V. 1ª ed. Navarra, Thomson-Civitas, 2011, p.329.

<sup>14</sup> SCONAMIGLIO, R. “Novissimo digesto italiano”, citado en DÍEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. T.V. 1ª ed. Navarra, Thomson-Civitas, 2011, p.329.

<sup>15</sup> PANTALEON, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, ob., cit., p.186. “[...] que lo razonable, en

---

encuentra sustento en la prevalencia, respeto o consideración del interés general <sup>17</sup>, o de la cooperación social <sup>18</sup> <sup>19</sup>.

---

buena lógica de responsabilidad extracontractual, para las Administraciones públicas nunca puede ser hacerlas más responsables de lo que sea razonable para los entes jurídico-privados que desarrollan en su propio interés actividades análogas”.

<sup>16</sup> MILL, John Stuart, *Sobre la libertad*, 1ª reimp, Alianza, Madrid, 2001, pp.152 y 153. “Cuál es entonces el justo límite de la soberanía del individuo sobre sí mismo? ¿Dónde empieza la soberanía de la sociedad? ¿Qué tanto de la vida humana debe asignarse a la individualidad y qué tanto a la sociedad? [...] el hecho de vivir en sociedad hace indispensable que cada uno se obligue a observar una cierta línea de conducta para con los demás. Esta conducta consiste, primero, en no perjudicar los intereses de otro; o más bien ciertos intereses, los cuales, por expresa declaración legal o por tácito entendimiento, deben ser considerados como derechos; y, segundo, en tomar cada uno su parte (fijada según un principio de equidad) en los trabajos y sacrificios necesarios para defender a la sociedad o sus miembros de todo daño o vejación”.

<sup>17</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. “La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y principio de convencionalidad como pilares en su construcción”, próximo a publicación.

<sup>18</sup> RAWLS, John, *Liberalismo político*, 1ª ed, 1ª reimp, Fondo de Cultura Económica, Bogotá, 1996, p.279. Este presupuesto puede orientar en lo que puede consistir una carga no soportable, siguiendo a Rawls: “la noción de cooperación social no significa simplemente la de una actividad social coordinada, organizada eficientemente y guiada por las reglas reconocidas públicamente para lograr determinado fin general. La cooperación social es siempre para beneficio mutuo, y esto implica que consta de dos elementos: el primero es una noción compartida de los términos justos de la cooperación que se puede esperar razonablemente que acepte cada participante, siempre y cuando todos y cada uno también acepte esos términos. Los términos justos de la cooperación articulan la idea de reciprocidad y mutualidad; todos los que cooperan deben salir beneficiados y compartir las cargas comunes, de la manera como se juzga según un punto de comparación apropiado [...] El otro elemento corresponde a “lo racional”: se refiere a la ventaja racional que obtendrá cada individuo; lo que, como individuos, los participantes intentan proponer. Mientras que la noción de los términos justos de la cooperación es algo que comparten todos, las concepciones de los participantes de su propia ventaja racional difieren en general. La unidad de la cooperación social se fundamenta en personas que aceptan su noción de términos justos. Ahora bien, la noción apropiada de los términos justos de la cooperación depende de la índole de la actividad cooperativa misma: de su contexto social de trasfondo, de los objetivos y aspiraciones de los participantes, de cómo se consideran a sí mismos y unos respecto de los demás como personas”.

En cuanto al daño antijurídico, "la jurisprudencia constitucional colombiana señala que la "antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima"<sup>20</sup> . Así pues, y siguiendo la jurisprudencia constitucional, se ha señalado "que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración"<sup>21</sup><sup>22</sup> .

---

<sup>19</sup> Colombia, Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 5 de julio de 2012, expediente 31148. Po. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>20</sup> Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. Así mismo, se considera: "El artículo 90 de la Carta, atendiendo las (sic) construcciones jurisprudenciales, le dio un nuevo enfoque normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado desplazando su fundamento desde la falla del servicio hasta el daño antijurídico. Ello implica la ampliación del espacio en el que puede declararse la responsabilidad patrimonial del Estado pues el punto de partida para la determinación de esa responsabilidad ya no está determinado por la irregular actuación estatal – bien sea por la no prestación del servicio, por la prestación irregular o por la prestación tardía- sino por la producción de un daño antijurídico que la víctima no está en el deber de soportar, independientemente de la regularidad o irregularidad de esa actuación". Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002. PANTALEÓN, Fernando. "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)", en AFDUAM. No.4, 2000, p.168. Debe advertirse que revisada la doctrina de la responsabilidad civil extracontractual puede encontrarse posturas según las cuales "debe rechazarse que el supuesto de hecho de las normas sobre responsabilidad civil extracontractual requiera un elemento de antijuridicidad (sic)".

<sup>21</sup> Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-918 de 2002. A lo que se agrega: "El artículo 90 de la Constitución Política le suministró un nuevo panorama normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado. En primer lugar porque reguló expresamente una temática que entre nosotros por mucho tiempo estuvo supeditada a la labor hermenéutica de los jueces y que sólo tardíamente había sido regulada por la ley. Y en segundo lugar porque, al ligar la responsabilidad estatal a los fundamentos de la organización política por la que optó el constituyente de 1991, amplió expresamente el ámbito de la responsabilidad estatal haciendo que ella desbordara el límite de la falla del servicio y se enmarcara en el más amplio espacio del daño antijurídico". Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002. DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. 1ª ed. Navarra, Aranzadi, 2011, p.297. Sin embargo, cabe advertir, apoyados en la doctrina iuscivilista que "no puede confundirse la antijuridicidad en materia de daños con lesiones de derechos subjetivos y, menos todavía, una concepción que los constriña, al modo alemán, a los derechos subjetivos absolutos, entendiéndolos por tales los

De igual manera, "la jurisprudencia constitucional colombiana considera que el daño antijurídico se encuadra en los "principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución"<sup>23</sup><sup>24</sup>.

Debe quedar claro que es un concepto que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente de la Sala un "Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos"<sup>25</sup>. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable<sup>26</sup>, anormal<sup>27</sup> y que se trate de una situación jurídicamente protegida<sup>28</sup>.

---

derechos de la personalidad y la integridad física, el honor, la intimidad y la propia imagen y los derechos sobre las cosas, es decir, propiedad y derechos reales". Puede verse citado en: Colombia, Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 5 de julio de 2012, expediente 31148. Po. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>22</sup> Colombia, Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 5 de julio de 2012, expediente 31148. Po. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>23</sup> Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001. Cabe afirmar, que en la doctrina del derecho civil se advierte que "la antijuridicidad del daño no se produce porque exista violación de deberes jurídicos", definiéndose como "violación de una norma especial o de la más genérica alterum non laedere". DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual., ob., cit., p.298. Puede verse citado en: Colombia, Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 5 de julio de 2012, expediente 31148. Po. Jaime Orlando Santofimio Gamboa

<sup>24</sup> Colombia, Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 5 de julio de 2012, expediente 31148. Po. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>25</sup> Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 9 de febrero de 1995, expediente 9550. Agregándose: "Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede exigirse al juez que, como no le alcanzan sus recursos fiscales, no le condene por ejemplo, por los atentados de la fuerza pública, contra la dignidad de la persona humana".

<sup>26</sup> Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 19 de mayo de 2005, expediente 2001-01541 AG.

<sup>27</sup> "por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio". Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 2000, expediente 12166.

<sup>28</sup> Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 2005, expediente 1999-02382 AG.

Al daño así concebido cabe agregar, siguiendo a García de Enterría, la distinción entre lesión y perjuicio, en el sentido que para que exista obligación de indemnizar debe haberse producido una lesión o daño antijurídico<sup>29</sup>, entendida como

"...es indispensable, en primer término determinar la existencia del daño, y, una vez establecida la realidad del mismo, deducir sobre su naturaleza, estos es, si el mismo puede, o no calificarse como (sic) antijurídico, puesto que un juicio de carácter negativo sobre tal aspecto, libera de toda responsabilidad al Estado..., y por tanto, releva el juzgador de realizar la valoración del otro elemento de la responsabilidad estatal, esto es la imputación del daño al Estado, bajo cualquiera de los distintos títulos que para el efecto se ha elaborado.

....De manera tal que la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria al derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, razón por la cual se reputa indemnizable, lo cual significó un giro copernicano en el fundamento de la responsabilidad estatal, la cual ya no reposa en la -calificación de la conducta de la Administración, sino la calificación del daño que ella causa-

...En síntesis, puede afirmarse que la labor analítica del juez en asuntos de esta naturaleza, se reduce simple y llanamente a la constatación del daño como entidad, que es un dato objetivo o de conocimiento dado por la experiencia; a la posición axial frente al mismo por parte del juez, lo que imprime el sello de antijurídico o jurídico, y una vez estructurado aquel -daño antijurídico-, coprogramáticamente mirar la posibilidad de imputación del mismo a una entidad de derecho público." (Enrique, Gil Botero, Tesoro de Responsabilidad Extracontractual del Estado, Jurisprudencia 1991-2011, Tomo I, Editorial Temis S. A., Colombia, página 11-12) (lo resaltado es de la Sala).

Pues bien, en el presente asunto se tiene acreditado el daño consistente en la muerte de la señora Lourdes Núñez Navarro, acreditado con el registro de defunción visible a foja 3 del expediente que indica que la misma falleció el día 24 de marzo de 2005 a causa de sepsis, peritonitis, pancreatitis aguda.

En ese orden de ideas las circunstancias fácticas que permiten determinar que la muerte de la paciente Lourdes Núñez Navarro se constituye en cierto, personal y directo se ven plasmadas en el informe realizado por la Dra. Fulvia Vergara, quien sintetiza el caso así:

"Paciente que ingresó hace 60 días con cuadro de colecistocolocolitis, el cuarto día de hospitalización se realiza CPRE fallida, desarrollando pancreatitis. Al octavo día de hospitalización se realiza colecistectomía más exploración de vías biliares. Presentó deshicencia de herida y visceración

---

<sup>29</sup> Debe tenerse en cuenta que en el derecho español el concepto de lesión tiene su fundamento en el artículo 106.2 de la Constitución de 1978, en tanto que en el derecho colombiano el daño antijurídico se consagra como elemento básico de la responsabilidad del Estado en el artículo 90 de la Carta Política [cuya redacción se vio influenciada por la Constitución Española].

más salida de tubo en T. Se han presentado múltiples perforaciones intestinales durante el curso de su hospitalización." (foja 122).

Así como en lo consignado por el perito forense Dr. Andres César Tucker en cuanto al tema es lo siguiente:

"Según expediente clínico las causas de muerte de la paciente Lourdes D. Núñez Navarro fueron: 1. Perforación Duodenal por CPRE (no reparada) 2. Pancreatitis traumática post CPRE fallida que evolucionó a una pancreatitis aguda necrotizante-peritonitis seguida de un shok séptico e Hipovolémico que culmina con un cuadro de falla orgánica multisistémica.

Motivadas por:

8. Perforación Duodenal por CPRE el día 25 de enero de 2005. La pancreatitis aguda necrotizante posterior al día 25 de enero de 2005.
9. Abscesos y sepsi intra-abdominal observadas a partir del 2 de febrero de 2005, según consta en los diversos informes de protocolo quirúrgico a partir del 2 de febrero de 2005.
10. Su muerte se dio el 24 de marzo de 2005 producto de las fallas multisistémicas.
11. Los abscesos se localizaron en un principio en áreas peri-pancreáticas, para renales y luego de manera generalizada, según el informe de patología del Hospital Santo Tomás firmado por la Dra. Gabriela Jiménez."

Cuando se trata de actividad médica el daño antijurídico exige observar:

"En cualquier actuación médica se puede plantear una situación en la que, por el estado anterior del enfermo, el daño sobrevenido como consecuencia de la intervención médica es más importante que el ordinario... Otra cosa distinta es que una enfermedad o lesión preexistente se haya agravado como consecuencia de una intervención médica en cuyo caso el problema será determinar en qué porcentaje la incapacidad o lesión final se debe a la intervención del médico"<sup>30</sup>.

El daño ocasionado a la señora Lourdes Núñez Navarro y a sus familiares es antijurídico porque no estaban llamados a soportarlo como una carga ordinaria, ni siquiera extraordinaria, en atención al respeto de su dignidad humana y de sus derechos constitucionales a la vida, a la integridad personal y a la salud<sup>31</sup>, que es incuestionable en un Estado Social de Derecho<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> FERNANDEZ HIERRO, José Manuel. Sistema de responsabilidad médica. 5a ed. Granada, Comares, p.359. Puede verse citado en: Colombia, Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 5 de julio de 2012, expediente 31148. Po. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>31</sup> "Ya en la Declaración Universal de los Derechos Humanos contenía un precepto, el artículo 25.1 en el que se reflejaba entre otros contenidos el derecho a la Protección de la Salud: <Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la asistencia médica y los servicios

Se trata de un daño a unos bienes jurídicamente tutelados como es el derecho a la salud e integridad física, ya que el demandante no estaba llamado a soportar la muerte de su pariente como una carga ordinaria, ni siquiera extraordinaria, en atención al respeto de sus derechos constitucionales, lo que es incuestionable en un Estado Social de Derecho, desde una perspectiva no sólo formal, sino también material de la antijuridicidad <sup>33</sup>.

Y no es soportable, porque la muerte de la señora Lourdes Núñez Navarro no comprende una carga u obligación general impuesta por la ley a los ciudadanos, ni encuadra en una actuación "discrecional de la Administración que se ejerce en términos razonables y proporcionados (por ejemplo, daños causados por la reacción proporcionada de los agentes de la autoridad al disolver una manifestación ilegal o al detener a un presunto delincuente, la pérdida de clientela derivada del cambio de trazado justificado de una carretera, etc.)"<sup>34</sup>; y, tampoco, puede tratarse de una carga soportable teniendo en cuenta que la lesión no es producto de un riesgo normal "derivado de la relación con un servicio público" <sup>35</sup>.

---

sociales necesarios>. FERNANDEZ HIERRO, José Manuel. Sistema de responsabilidad médica., ob., cit., p.589.

<sup>32</sup> Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-038 de 2006 "La Corte Constitucional ha entendido que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración [sentencia C-333 de 1996]. Igualmente ha considerado que se ajusta a distintos principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución [sentencia C-832 de 2001]".

<sup>33</sup> Colombia, Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 5 de julio de 2012, expediente 31148. Po. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>34</sup> SANCHEZ MORON, Miguel. Derecho administrativo. Parte general., ob., cit., p.925.

<sup>35</sup> "Pero sobre toda duda prevalece la idea de que sería absurdo dejar ir con las manos vacías a la víctima de una intervención antijurídica inculpable, mientras que pudiera pretender una reparación el perjudicado por una intervención perfectamente legal. No puede ser ese el sentido del ordenamiento jurídico. Es función de una interpretación responsable eliminar un resultado tan arbitrario... En Alemania es decisivo el criterio de la carga desigual, del particular sacrificio; y la conciencia jurídica lo exige así. Será regla general que al particular sacrificio por parte del ciudadano corresponda un enriquecimiento o cualquier otro provecho por parte del estado ; pero no es necesario que ocurra así. Pero el estado tampoco está autorizado para negar la indemnización alegando que el sacrificio no le ha procurado ninguna utilidad". FORSTHOFF, Ernst. Tratado de derecho administrativo. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958, p.469. Puede verse: Colombia, Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 5 de julio de 2012, expediente 31148. Po. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

En efecto, el artículo 17 de la Constitución de Panamá ordena a las autoridades de la República proteger en su vida, honra y bienes a los nacionales donde quiera que se encuentren, así mismo garantiza el reconocimiento y protección de sus derechos reconocidos no sólo en la Constitución sino en las normas de carácter internacional (artículo 4 de la Constitución).

Uno de los derechos plasmados en la Carta Política de Panamá lo constituye el derecho a la salud que debe ser protegido por el Estado en todos los ámbitos, esto es, física, mental y social (Artículos 109 y 110 de la Constitución de Panamá).

Pero no siendo el único elemento para establecer la responsabilidad del Estado, se exige examinar si en la producción del daño se afirma o no la existencia de una conducta culposa o negligente.

## 2. La existencia de una conducta culposa o negligente y su nexa con el daño.

Bajo este aspecto, de conformidad con lo establecido en el artículo 1644 del Código Civil la conducta generadora del daño antijurídico requiere de la culpa o negligencia, esto es, que el sujeto con su actuar o con la omisión, viole deberes preexistentes, máxime de los deberes especiales que en una situación en concreto establece el ordenamiento jurídico <sup>36</sup>.

Ya en materia de responsabilidad médica la culpa se refiere a la violación de los deberes objetivos definidos no sólo en el ordenamiento jurídico y en la *lex artis*, que se exige al personal médico, dependiendo de su especialidad, requiere entonces de un comportamiento en relación con unas determinadas condiciones del paciente.

Sin embargo, la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad en la jurisprudencia latinoamericana, especialmente la colombiana, "está marcada por la imputación objetiva que "parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones"<sup>37</sup>. Siendo esto así, la imputación objetiva implica la "atribución", lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de "cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta"<sup>38</sup><sup>39</sup>. En atención a los hechos planteados en la

---

<sup>36</sup> SERRANO ESCOBAR, Luis Guillermo. El régimen probatorio en la responsabilidad médica. EDICIONALES DOCTRINA Y LEY LTDA., Bogotá, Colombia. Página 4 y 5.

<sup>37</sup> "El Derecho se dirige a hombre y no a adivinos. Declarar típica toda acción que produzca un resultado dañoso, aun cuando éste fuese imprevisible, significaría que la ley no tiene en cuenta para nada la naturaleza de sus destinatarios; pues una característica del hombre es precisamente la de que no puede prever más que muy limitadamente las consecuencias condicionadas por sus actos. Vincular un juicio de valor negativo (el de antijuridicidad) a la producción de un resultado que el hombre prudente no puede prever sería desconocer la naturaleza de las cosas (más concretamente): la naturaleza del hombre". GIMBERNAT ORDEIG, E. Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad. Madrid, 1990, pp.77 ss.

<sup>38</sup> MIR PUIG, Santiago. "Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal", ob., cit., p.7.

demanda, y las demás piezas procesales presentes en el proceso, lo procedente es determinar si efectivamente el Estado, es responsable de los daños que se le imputan.

“Aún cuando el Estado deje de prestar directamente los servicios públicos, sigue siendo el directo responsable, pues al tratarse de actividades encaminadas a la satisfacción de necesidades colectivas, debe asegurarse una prestación eficiente y una cobertura a todos los ciudadanos.” (La Responsabilidad médica derivada de los actos administrativos en el sector salud, Enrique Gil Botero, Universidad del Externado de Colombia, 2012, Colombia, pág 24)“.

Ahora bien, desde la perspectiva de la causalidad material, física o natural, alude a los antecedentes que han tenido incidencia material en la producción de un resultado, esto es, ¿qué causó el daño?. Algunos autores hablan de causalidad física y jurídica, esta última llamada imputación.

Este último concepto se ha definido como la determinación de antecedentes que han tenido relevancia jurídica para la producción de un resultado, para luego atribuírselo a un sujeto. Significa que a la imputación le interesa saber quién es el autor.

En cuanto a la imputación <sup>40</sup> exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica <sup>41</sup>, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico. Adicionalmente, resulta relevante

---

39 Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 5 de julio de 2012, expediente 31148. Pon. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. “Esto, sin duda, es un aporte que se representa en lo considerado por Larenz según el cual había necesidad de “excluir del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que éstos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar (LARENZ, K. “Hegelszurechnungslehre”, en MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7). Con lo anterior, se logra superar, definitivamente, en el juicio de responsabilidad, la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de condiciones, como de la causalidad adecuada, ofreciéndose como un correctivo de la causalidad, donde será determinante la magnitud del riesgo y su carácter permisible o no (JAKOBS, G. La imputación objetiva en el derecho penal. Bogotá, Universidad Externado, 1994). Es más, se sostiene doctrinalmente “que la responsabilidad objetiva puede llegar a tener, en algunos casos, mayor eficacia preventiva que la responsabilidad por culpa. ¿Por qué? Porque la responsabilidad objetiva, aunque no altere la diligencia adoptada en el ejercicio de la actividad (no afecte a la calidad de la actividad), sí incide en el nivel de la actividad (incide en la cantidad de actividad) del sujeto productor de daños, estimulando un menor volumen de actividad (el nivel óptimo) y, con ello, la causación de un número menor de daños” (MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.171) (...) Dicha formulación no debe suponer, lo que debe remarcar por la Sala, una aplicación absoluta o ilimitada de la teoría de la imputación objetiva que lleve a un desbordamiento de los supuestos que pueden ser objeto de la acción de reparación directa, ni a convertir a la responsabilidad extracontractual del Estado como herramienta de aseguramiento universal, teniendo en cuenta que el riesgo, o su creación, no debe llevar a “una responsabilidad objetiva global de la Administración, puesto que no puede considerarse... que su actuación [de la administración pública] sea siempre fuente de riesgos especiales”.

<sup>40</sup> Esta posición puede verse en diversas sentencias del Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C de 8 de abril de 2014, referencia: 68001-23-15-000-2000-03456-01 (29185); referencia: 73001-23-31-000-2001-03150-01 (28330); referencia: 73001-23-31-000-2000-02837-01 (28318); 26 de marzo de 2014, referencia: 54001-23-31-000-1998-00659-01(29004), entre otras.

tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Precisamente, en la jurisprudencia constitucional se sostiene, que la “superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen”<sup>42</sup>.

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad <sup>43</sup>, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica <sup>44</sup>. Así mismo, debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede reducirse a su consideración como herramienta destinada solamente a la reparación, sino que debe contribuir con un efecto preventivo que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada.

### 2.1 La falla del servicio público <sup>45</sup> y en la prestación del servicio de salud.

---

<sup>41</sup> La imputación depende, pues, tanto de elementos subjetivos como objetivos”. SANCHEZ MORON, Miguel. Derecho administrativo. Parte general., ob., cit., p.927.

<sup>42</sup> Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

<sup>43</sup> En los términos de Kant, dicha imputación se entiende: “Imputación (imputatio) en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (causa libera) de una acción, que entonces se llama acto (factum) y está sometida a leyes; si el juicio lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas del acto, es una imputación judicial (imputatio iudiciaria), en caso contrario, sólo una imputación dictaminadora (imputatio diiudicatoria)”. KANT, I. La metafísica de las costumbres. Madrid, Alianza, 1989, p.35.

<sup>44</sup> Colombia, Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-254 de 2003. El “otro principio de responsabilidad patrimonial del Estado es el de imputabilidad. De conformidad con éste, la indemnización del daño antijurídico le corresponde al estado cuando exista título jurídico de atribución, es decir, cuando de la voluntad del constituyente o del legislador pueda deducirse que la acción u omisión de una autoridad pública compromete al Estado con sus resultados”.

<sup>45</sup> Sobre este aspecto puede verse aclaración de voto a sentencia del Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C Expediente: 15001-23-31-000-1998-00725-01 (31549).

Este fundamento de atribución de responsabilidad ha sido constantemente utilizado en los casos de responsabilidad extracontractual del Estado, especialmente en los eventos en que se acredite que el Estado falló en la prestación del servicio público, bien porque no se prestó o se prestó de manera deficiente lo que consecuencialmente genera un daño a la persona afectada y que debe ser reparado en su integridad por dicho daño.

La falla en el servicio es el fundamento de imputación diseñado por el sistema francés, en contraposición al régimen de la culpa, propio del Derecho Civil, según el cual consiste en el mal funcionamiento de los servicios que se encuentran en cabeza del Estado, ya sea porque éste no se prestó, se prestó tardíamente, defectuosamente o equivocadamente. Por lo cual, mientras la parte que demanda la responsabilidad estatal, tiene la carga de demostrar dicha falta, corresponde a la administración, acreditar que su actuación fue oportuna, prudente, diligente, eficaz y con pericia, es decir, que no hubo falla del servicio o, que no obstante, su adecuada y oportuna actuación, se presentó una causa extraña, que desbordó su diligencia y eficacia, a saber, la fuerza mayor o caso fortuito, el hecho exclusivo y determinante de la víctima o, el hecho, también, exclusivo y determinante de un tercero.

Ahora bien, teniendo en cuenta que las actuaciones de la administración, por su naturaleza, son esencialmente regladas, la falla del servicio ha sido considerada como la violación de una obligación a cargo del Estado, de manera que para lograr determinar cuál es el contenido obligacional al que está sujeto el Estado frente a un caso concreto, debe el juez referirse en primer término, a las normas que regulan la actividad pública causante del perjuicio, previendo, adicionalmente que la determinación de la obligación administrativa, no solo está circunscrita a los casos en que la ley o el reglamento la consagran expresa y claramente, sino también en todos aquellos eventos en que de hecho la Administración asume un servicio o lo organiza, o cuando la actividad cumplida está implícita en las funciones del Estado <sup>46</sup>.

Nótese igualmente, que la falla de la administración, se configura, no sólo en la mala prestación de los servicios a cargo del Estado sino, también, por la falta o ausencia de prestación, es decir por omisión, en el entendido que el Estado debe utilizar todos los medios de que dispone para lograr la garantía y seguridad, real, de los bienes jurídicos y derechos de los administrados, y no conformarse con realizar una simple defensa formal de los mismos. En relación con la responsabilidad del Estado por omisión, ha considerado la Sala que para la imputación de un daño antijurídico a la administración, es necesario que se acredite la existencia de una obligación legal o reglamentaria a cargo de la entidad demandada de realizar la acción con la cual se habrían evitado los perjuicios y la omisión de poner en funcionamiento los recursos de que se dispone para el adecuado cumplimiento del deber legal, atendidas las circunstancias particulares del caso, de manera que lo que aquí se realiza, es una imputación objetiva por desconocimiento de los deberes normativos, a título de falla <sup>47</sup>.

---

<sup>46</sup> Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera, sentencia de 30 de marzo de 1990, expediente: 3510.

<sup>47</sup>En página web del Consejo de Estado de Colombia, sentencia de 15 de agosto de 2007, expediente: 25000-23-27-000-2002-00004-01(AG).

En términos generales, la falla del servicio surge a partir de la comprobación de que el daño se ha producido como consecuencia de una violación -conducta activa u omisiva- del contenido obligacional, determinado en la Constitución Política y en la ley, a cargo del Estado, lo cual resulta de la labor de diagnóstico que adelanta el juez en relación con las falencias en las cuales incurrió la Administración y se constituye en un juicio de reproche que no puede pasarse por alto, porque, en todo caso, debe contemplarse en primer lugar, la aplicación del régimen de falla en el servicio, de manera que, siempre que se encuentre demostrada, habrá que llamar la atención sobre ella, aun cuando no haya sido alegada por el demandante, y así se cumplirá con los cometidos sociales del juicio de responsabilidad, cual es evitar que casos semejantes se repitan o ejercer un llamado a las autoridades administrativas para que cumplan los cometidos del ente estatal <sup>48</sup>.

### 3. El caso en concreto.

En este caso en particular del caudal probatorio contenido en los expedientes esta Corporación de Justicia evidencia a través de la historia clínica, los testimonios de los doctores que participaron de los procedimientos quirúrgicos que se le realizaron a la Señora Lourdes Núñez y de los peritos que tuvieron la oportunidad de analizar los expedientes médicos y el informe de necropsia de la paciente, lo siguiente:a) En cuanto a la pancreatitis diagnosticada a la paciente:

La declaración del perito Dr. Pedro Ríos indicó lo siguiente (visible a foja 224 del expediente):

---

<sup>48</sup> Colombia, Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 5 de julio de 2012, expediente 31148. Pon. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. “Cuando la falla probada en la prestación del servicio médico y hospitalario se funda en la “lesión al derecho a recibir atención oportuna y eficaz”, se debe observar que está produce como efecto la vulneración de la garantía constitucional que recubre el derecho a la salud, especialmente en lo que hace referencia al respeto del principio de integridad en la prestación de dicho servicio, el cual según el precedente jurisprudencial constitucional: “La protección al derecho fundamental a la salud no se limita simplemente al reconocimiento de los servicios que se requieren con necesidad; sino que comprende también su acceso de manera oportuna, eficiente y de calidad. La prestación del servicio de salud es oportuna cuando la persona lo recibe en el momento que corresponde para recuperar su salud sin sufrir mayores dolores y deterioros. En forma similar, el servicio de salud se considera eficiente cuando los trámites administrativos a los que se somete al paciente para acceder a una prestación requerida son razonables, no demoran excesivamente el acceso y no imponen al interesado una carga que no le corresponde asumir. Por otro lado, el servicio de salud es de calidad cuando las entidades obligadas a prestarlo actúan de manera tal “que los usuarios del servicio no resulten víctimas de imponderables o de hechos que los conduzcan a la desgracia y que, aplicando con razonabilidad los recursos estatales disponibles, pueden ser evitados, o su impacto negativo reducido de manera significativa para la persona eventualmente afectada (Corte Constitucional, sentencia T-104 de 2010)”.

"...Según la pregunta 9 del informe, por qué dice usted que no fue razonable el tiempo entre la CPRE y el acto quirúrgico del 29 de enero de 2005. Explique al Tribunal. CONTESTO: Cuando se realiza una CPRE donde ha habido múltiples intentos para canalizar la vía biliar y en donde ha habido un precut de la papila y el gastroenterólogo me informa que fue fallida la CPRE y que recomienda nada por boca por 24 a 48 horas y que se le realicen radiografías informadas, yo debo inmediatamente pensar en una perforación duodenal (posible porque no me consta). Debo monitorizar al paciente dejándolo por nada por boca, hidratación parenteral, antibiótico terapia, exámenes de laboratorio de hemograma seriado, amilasa, lipasa, serie de abdomen agudo diario y vigilar la evolución del paciente por un término de 48 horas, así lo establecen las guías de los artículos que trata la CPRE y sus complicaciones. Dependiendo de la evolución, si a las 48 horas los leucocitos aumentan, los neutrófilos aumentan, la amilasa se eleva al igual que la lipasa y en este caso el CAT abdominal me informa que hay aire en cavidad peritoneal y se cumplen las 48 horas y la paciente empeora, hay indicación para hacer laparotomía. Independiente de la posible causa de la perforación duodenal, la elevación de las bilirrubinas a las cifras ya señaladas, se convierte en una patología que debe ser resuelta en un plazo de 48 horas. Por eso es que digo que a las 48 horas es un plazo estipulado para intervenir a la paciente, después encontraremos mayores complicaciones que la inicial de la paciente, que era su ictericia.

PREGUNTADO: Atendiendo a la pregunta 17 del informe, diga el perito qué relación guarda el resultado de la CPRE fallida del 25 de enero de 2005, con el diagnóstico pre-operatorio de pancreatitis aguda de la pregunta 15 y 17. CONTESTO: De por sí una CPRE puede ocasionar una pancreatitis como también puede ocasionar una perforación duodenal. Pero, la generación de una pancreatitis puede suscitarse por cálculos en el coledoco, por una colangitis y por la instrumentación en la CPRE.

PREGUNTADO: En el caso de la paciente Lourdes Núñez Navarro (q.e.p.d) diga el perito si el resultado de la CPRE influyó o no en el desarrollo de esa pancreatitis aguda, atendiendo a su respuesta 17. CONTESTO: Habiendo cálculos en el coledoco antes del día 25 de enero de 2005, la paciente tenía cálculos en el coledoco y no había desarrollado pancreatitis por las cifras de amilasa eran normales. La pancreatitis apareció después del día 25 de enero, después de haberse realizado la CPRE. PREGUNTADO: Atendiendo a la respuesta de la pregunta 25 del informe, qué produjo en la paciente Lourdes Núñez Navarro el desarrollo de una sepsis intraabdominal, dos días después de su primera intervención. CONTESTO: Debo decir que el duodeno perforado drena material gástrico, material bilioso y material de enzimas pancreáticas hacia la cavidad peritoneal. Esta presencia de secreciones origina una peritonitis química que posteriormente se transforma en peritonitis bacteriana, coadyuvando a este proceso se encuentran la colecistectomía, más la exploración de vías biliares, que es una operación limpia contaminada que aporta bacterias del tubo digestivo hacia ese contenido anómalo producto de la perforación duodenal. Debo decir que el estómago drena aproximadamente pasan 700 c.c en 24 horas y de secreción pancreática pasan de 700 mil cc en 24 horas. Todo no va a pasar por la perforación, pero una parte importante puede drenarse hacia la cavidad libre peritoneal.

"...PREGUNTADO: Diga el Perito, en qué estado clínico llegó la paciente al Hospital Santo Tomás y en qué fundamenta su respuesta. CONTESTO: La paciente estaba con signos vitales estables, sólo presentada ictericia en piel y esclera, ese era el motivo de su consulta en el cuarto de urgencia y me baso en que ella fue trasladada a sala y no a la unidad de cuidados intensivos. PREGUNTADO: Diga el perito, si había o no algún estudio previo que revelara que la paciente tenía pancreatitis aguda antes del 25 de enero de 2005. CONTESTO: Hay un examen de amilasa cuyo resultado era de 75 ul

(unidades internacionales), antes del 25 de enero, lo cual me indica a mi que el páncreas estaba con un funcionamiento normal. (foja 228) (lo resaltado es de la Sala)".

Puede apreciarse de la declaración del perito y de la historia clínica, que la paciente tuvo que esperar 4 días para ser intervenida (desde el 25 de enero hasta el 29 de enero de 2005). Cuando arribó al centro hospitalario para el 25 de enero de 2005, tenía como diagnóstico coledocolitiasis sin presencia de otros signos de alarma, y al resultar fallido el examen CPRE el 25 de enero, para el 28 de enero de 2005 al practicársele un CAT, los resultados arrojaron entre otras cosas, cambios inflamatorios peri – pancreáticos relacionados a pancreatitis posterior al procedimiento CPRE. Siendo esto así, se tiene acreditada la falla en el servicio médico al no haberse dado una oportuna, razonable y eficaz atención, cuando los diagnósticos, exámenes y condiciones de salud de la señora Lourdes Núñez Navarro indicaban la imperiosa necesidad de dar el debido y completo tratamiento para impedir el empeoramiento de su estado de salud. En ese orden de ideas el Doctor Rogelio Alberto Vargas Ramos dijo:

"PREGUNTADO: Diga el testigo qué relación guarda el diagnóstico pre-operatorio del 29 de enero de 2005 con el diagnóstico pre operatorio del 16 de febrero de 2005, a la que usted hizo referencia en su respuesta anterior, CONTESTO: En la operación del 29 de enero la paciente tenía una pancreatitis aguda que posteriormente evolucionó hacia necrosis pancreática, eso es que áreas del páncreas se quedan sin circulación, se mueren por así decirlo, liberando enzimas pancreáticas en el abdomen lo cual puede producir hemorragia e infección dentro del mismo y lo cual puede producir una gran sepsis abdominal..." (Foja 109) (lo resaltado es de la Sala).

Lo anterior hace inferir que para el momento en que la paciente fue intervenida por primera vez, esto es, el 29 de enero de 2005, tenía como diagnóstico pancreatitis aguda que a juicio del doctor declarante, desencadenó en una necrosis pancreática. Lo anterior implica, que el riesgo derivado intra y operatoriamente que exigía la atención continuada, el seguimiento y control riguroso para poder ofrecer alternativas de tratamiento, o de eventos en los que procede la realización de otros procedimientos operatorios.

Por su parte, el doctor Dr. Jaime Velarde Batista, quien fue el que ordenó la práctica de un CAT, indicó en su declaración lo siguiente:

"PREGUNTADO: Diga el testigo, qué otro día después del 22 de enero tuvo contacto con la paciente? CONTESTO: Según el expediente, el 28 de enero de 2005, solicité un CAT de urgencia para la paciente y se pidieron otras pruebas de laboratorio...PREGUNTADO: Diga el testigo, qué motivos o circunstancias lo llevaron a usted, a ordenar de forma urgente (para hoy) un CAT para la paciente, según reposa en historia clínica del día 28 de enero de 2005. Explique. ? CONTESTO: La evolución del cuadro clínico. PREGUNTADO: Diga el testigo, qué reveló el informe del CAT? CONTESTO: Las conclusiones del estudio fueron: 1. dilatación de la vía biliar, llama la atención el cambio de calibre del colédoco en su porción más distal, 2. Hay cambios de tipo inflamatorio peripancreático, ya descrito en relación a la pancreatitis y 3. Hay aire en relación al duodeno en forma extraluminal, que interpretamos en primera instancia a perforación del duodeno." (fojas 117) (lo resaltado es de la Sala)

Lo anterior entonces lleva a concluir que el doctor Valverde al observar el estado clínico de la paciente, ordenó el CAT arrojando este examen un diagnóstico lamentable en el estado de salud de la paciente. Si bien existían una serie de exámenes que ofrecían una serie de resultados que implicaban una situación de empeoramiento en la salud de la paciente, se debe cuestionar por qué se permitió que llegara a este nivel la degradación de la salud.b) Sobre la perforación del duodeno de la paciente.

Ahora bien, es importante indicar que de las declaraciones del doctor Jaime Velarde y del perito Pedro Ríos, la posible perforación del duodeno se debió a la práctica fallida del examen CPRE realizada el 25 de enero de 2005.

Con referencia a esto el Dr. Jaime Velarde expresa lo siguiente:

"PREGUNTADO: Diga el testigo, frente a ese cuadro clínico de la paciente qué ordenó? CONTESTO: Según registro del expediente del 22 de enero de 2005, pedí una consulta a gastroenterología para una CPRE... PREGUNTADO: Atendiendo a su respuesta anterior y teniendo en cuenta que usted ordenó una CPRE que ya en el expediente es conocido el resultado, a qué le atribuye lo relacionado con el aire de la perforación duodenal a la que usted se refirió? CONTESTO: Pensaría en el procedimiento de la CPRE..." (lo resaltado es de la Sala)

Por su parte, el perito Dr. Pedro Ríos, quien al ser interrogado a la hora de presentar su informe pericial dijo:

"PREGUNTADO: Atendiendo a la pregunta 17 del informe, diga el perito que relación guarda el resultado de la CPRE fallida del 25 de enero de 2005, con el diagnóstico preoperatorio de pancreatitis aguda de la pregunta 15 y 17, CONTESTO: De por sí una CPRE puede ocasionar una pancreatitis como también puede ocasionar una perforación duodenal..." (fojas 224) (lo resaltado es de la Sala).

En coincidencia con lo plasmado por el perito Dr. Pedro Ríos, el Dr. Iván Beitía indicó que luego de realizar una CPRE exitosa o fallida pueden presentarse las siguientes complicaciones: hemorragia la cual puede ser autolimitada o requerir cirugía para su control, pancreatitis aguda, perforación de viscera hueca, infección localizada o sistémica (foja 212). Lo que queda corroborado con lo manifestado por el Dr. Rogelio Alberto Vargas que señaló que el diagnóstico pre-operatorio cuando se operó el 29 de enero de 2005 fue colelitiasis más coledocolitiasis y el tercer diagnóstico fue pancreatitis aguda.c) En cuanto a la forma en que se practicó la primera intervención quirúrgica a la paciente Núñez Navarro.

Se cuenta además con los informes periciales de los doctores TERESA RÍOS ATENCIO y Andrés César Tucker y en la historia clínica se consignó que: "se realizó una incisión subcostal derecha. Hallazgos: 1. colecistitis sub aguda 2. Dilatación del colédoco 3. Pancreatitis aguda, 4. Más 100 cc de líquido libre citrino...se sutura el duodeno con prolene 3-0..."

Con respecto a la técnica utilizada para la incisión realizada a la paciente Lourdes Núñez el Dr. Pedro Ríos, dijo:

"la incisión subcostal para realizar la colecistectomía no era la más apropiada para apreciar qué estaba ocurriendo en la pelvis. Esta inflamación pelviana está consignada en el CAT abdominal del 28 de enero de 2005, por lo tanto, UNA INCISIÓN PARAMEDIA DERECHA SUPRA E INTRAABDOMINAL era la incisión más cónsona para explorar la cavidad pelviana y realizar la colecistomía y la exploración vías biliares..." (lo resaltado es de la Sala).

En similar sentido se pronunció el perito Dr. Tucker, al decir:

"PREGUNTADO: Diga el testigo según la patología que presentaba la paciente, cuál de las dos (2) técnicas que usted ha hecho referencia, era la adecuada para palpar y ver el desarrollo del cuadro infeccioso de la paciente y por qué? CONTESTO: En mi opinión y según la historia clínica quirúrgica la incisión recomendada para este caso, que además de una problemática litiasica de conductos biliares, es decir, vesícula, conducto cístico, conductos hepáticos, colédoco común y considerando lo informado, tanto en el ultrasonido a su ingreso de vías biliares y páncreas del 8 de enero de 2005, más la información del CAT abdominal del día 28 de enero de 2005, y en donde este último informa o menciona un aire, a nivel del área peripancreática y duodenal, es más sugiere, una posible perforación duodenal y reiterno, que este CAT del día 28 fue tomado posterior a la fecha de 25 de enero del mismo año, lo que indica la relación, vinculación traumática durante el corte de la papila y los múltiples intentos fallidos para introducir una guía hacia la ampolla, desde el duodeno, por lo tanto, la incisión media longitudinal hubiera sido la más indicada para tratar tanto el problema de los cálculos biliares en vesícula, como para atender y resolver el problema de una perforación duodenal diagnosticada y que en su momento el cirujano no le dio valor y esto lo expreso precisamente en base, al tipo de incisión realizado, es decir, subcostal derecha (foja 160) (lo resaltado es de la Sala)".

Lo anterior evidencia que a pesar de los diagnósticos de la paciente, adicionalmente el Dr. Rogelio Vargas quien practicó la primera intervención quirúrgica, no tuvo en cuenta el resultado del CAT para realizar la intervención y por lo tanto realizó la técnica SUBCOSTAL DERECHA la cual según lo apuntado por los otros especialistas, debió practicarse otra técnica de incisión que le hubiera permitido una más amplia y efectiva exploración de la cavidad peritoneal.<sup>d</sup> En cuanto a la no práctica de la intervención quirúrgica ordenada el 26 de enero de 2005.

Existen evidencias dentro del expediente que las órdenes dadas por el Dr. García de pasar al Salón de Operaciones (SOP) un día después de la CPRE fallida (26 de enero de 2005) fueron contrariadas por mandato escrito de la Dra. María Du Bois (fojas 215 y 346 de la Historia Clínica).

Declaración de la Dra. María E. Du Bois (visible a foja 109 del expediente)

"...PREGUNTA: Diga la testigo, por qué razón o circunstancia según consta en historia clínica a foja 346 suspendió la orden dada por el Dr. García de pasar a la paciente al salón de operaciones. CONTESTO: Porqué recibimos el resultado de amilasa y lipasa sérica, los cuales estaban en valores elevados como consta en la nota del expediente clínico el día 27 de enero de 2005, a las 3:30 P.M., valores que iban en elevación en comparación a valores previos haciendo sospechar una pancreatitis en evolución post colangio pancreato retrógrada endoscópica (CPRE)."

Así es corroborado por el Dr. Tucker:

"PREGUNTADO: Diga el perito si hubo o no modificación en la salud de la paciente posterior, a los intentos fallidos de la CPRE a lo que usted hace referencia en la página No.2 de su informe. CONTESTO: Sí hubo modificación, en la salud de la paciente, en fecha posterior, al estudio y atención traumática de la CPRE practicada el día 25 de enero de 2005. PREGUNTADO: Diga el perito, atendiendo a la respuesta anterior, cuáles fueron las consecuencias de esas modificaciones en la salud de la paciente. CONTESTO: Tomando en consideración, las condiciones previas al estudio de la CPRE, es decir, aceptables clínicamente para un procedimiento quirúrgico sin mayor relevancia que dolor abdominal, malestar tolerable e ictericia de escleras, llama la atención que precisamente después de la CPRE se presentaron cambios importantes en el organismo de la señora Lourdes Núñez consecutivas a una procedimiento fallido con múltiples intentos de pasar la guía del duodeno hacia la ampolla de Vater y aclara el mismo médico gastroenterólogo ejecutor del procedimiento que después de los múltiples intentos no pudo penetrar dicho conducto... El procedimiento de la CPRE significa que se invierte esta comunicación y es entonces, desde el duodeno, que se dirige la guía mencionada hacia el páncreas, esta maniobra implica el traslado de materia o contenido duodenal hacia el interior del páncreas y de esta forma, es mi análisis pericial con relación a la aparición u origen de una pancreatitis post traumática durante la CPRE, además de un corte que menciona el gastroenterólogo en su proceder...(foja 155 del expediente) (lo resaltado es de la Sala)"

En ese mismo sentido, el Dr. Pedro Ríos al ser consultado señaló:

"PREGUNTADO: Según la pregunta 9 del informe, por qué dice usted que no fue razonable el tiempo entre la CPRE y el acto quirúrgico del 29 de enero de 2005, explique al Tribunal. CONTESTO: Cuando se realiza una CPRE donde ha habido múltiples intentos para canalizar la vía biliar y en donde ha habido un precut de la papila y el gastroenterólogo me informa que fue fallida la CPRE y que recomienda nada por boca por 24 a 48 horas y que se realicen radiografías informadas YO DEBO INMEDIATAMENTE PENSAR EN UNA PERFORACIÓN DUODENAL (posible porque no me consta). Debo monitorizar al paciente dejándolo nada por boca, hidratación parenteral, antibiótico terapia, exámenes de laboratorio de hemograma seriado, amilasa, lipasa, serie de abdomen agudo diario y vigilar la evolución del paciente por un término de 48 horas, así lo establecen las guías de los artículos que trata la CPRE y sus complicaciones. Dependiendo de la evolución, si a las 48 horas los leucocitos aumentan, los neutrófilos aumentan la amilasa se eleva al igual que la lipasa y en este caso el CAT abdominal me informa que hay aire en la cavidad peritoneal y se cumplen las 48 horas y la paciente empeora, hay indicación para hacer laparotomía. Independientemente de las posibles causas de la perforación duodenal, la elevación de las bilirrubinas a las cifras ya señaladas, se convierten en una patología que debe ser resuelta en un plazo de 48 horas es el plazo estipulado para intervenir a la paciente, después encontraremos mayores complicaciones que la inicial de la paciente..". (fojas 224 resaltado es de la Sala).

De lo anterior, puede determinarse que luego de practicado el examen CPRE fallido, la Doctora María E. Du Bois con los resultados de amilasa y lipasa que se encontraban elevados le hizo pensar que la paciente tendría una pancreatitis, y de acuerdo con el perito Pedro Ríos, dicho examen puede generar una pancreatitis, lo

cierto es que debió ser pasada a cirugía en el menor tiempo posible, pues el estado de salud de la paciente empeoraba cada día. Lo planteado ut supra reviste de importancia, puesto que los peritajes realizados son producto de la historia clínica de la paciente, misma que es considerada por la doctrina como la prueba documental más importante para esclarecer los hechos litigiosos de responsabilidad médica por los siguientes motivos:

“La Historia Clínica recoge todos los datos referidos al estado de salud y la asistencia prestada al paciente, informan al juez, como a los peritos que se sirven de ella para rendir conceptos, sobre la condición de la paciente y la atención desplegada por la institución sanitaria, lo que permite valorar su conducta, para determinar a partir de allí si se cumplieron los deberes por parte del personal sanitario, y por tanto, si hay o no lugar a responsabilidad médica. Y se convierte así, en el medio de prueba por excelencia para evaluar el nivel de la calidad asistencial y para valorar si la conducta del médico se adecuó a la *lex artis*, de tal manera que constituye el objeto de estudio de todo informe pericial en materia de responsabilidad sanitaria, pues el perito médico requiere como elemento base para la elaboración de su concepto toda la información contenida en la historia clínica.” (lo resaltado es de la Sala) (Serrano Escobar, Luis Guillermo, el Régimen probatorio en la responsabilidad médica, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá, Colombia, 2012, págs 251, 252).

Conforme a lo anterior, la historia clínica como medio probatorio imperante por excelencia en los casos de responsabilidad médica, requiere que ésta cumpla con los cometidos por cuanto:

“(…) elaborar historias clínicas claras, fidedignas y completas, las cuales permitan garantizar el adecuado seguimiento y el acierto en el diagnóstico y en la atención de los pacientes, así como también el pertinente control posterior, tanto interno por parte del centro médico asistencial, como externo por parte de entidades de vigilancia o del propio juez, de suerte que se haga posible el conocimiento y la fiscalización efectiva del proceder de los galenos, tal como resulta necesario dentro de los procesos a los cuales da lugar el ejercicio de la acción de reparación directa por parte de los ciudadanos que se sienten perjudicados por la acción o la omisión de las instituciones que prestan este tipo de servicios o del personal a su cargo (...)”<sup>49</sup>.

Para el cumplimiento de la obligación de elaborar una historia clínica conforme al deber normativo, deben establecerse ciertos criterios: a) claridad en la información (relativa al ingreso, evolución, pruebas diagnósticas, intervenciones, curaciones o profilaxis, tratamientos, etc.); b) fidelidad en la información que se refleje y que corresponda con la situación médica del paciente y, con el período en el que se presta la atención médica; c) que sea completa tanto en el iter prestacional, como en la existencia de todo el material que debe reposar en los archivos de la entidad de prestación de la salud; d) debe dejarse consignado dentro de la historia clínica de manera ordenada, cronológica y secuencial toda la información de diagnóstico, tratamientos,

---

<sup>49</sup> En página [consejoestado.gov.co](http://consejoestado.gov.co). Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 31 de agosto de 2006, radicación: 68001-23-31-000-2000-09610-01, expediente: 15772. Posición reiterada en sentencia de la misma Sección de 26 de mayo de 2011, radicación: 19001-23-31-000-1998-03400-01 expediente: 20097.

intervenciones quirúrgicas, medicamentos y demás datos indispensables que reflejen el estado de salud del paciente; e) debe orientar y permitir la continuidad en la atención y proporcionar al médico la mejor información, posible, para adoptar decisiones sin improvisación para así ofrecer las mejores alternativas médicas, terapéuticas y/o quirúrgicas, siempre con el objetivo de resguardar la eficacia del derecho a la salud (...)<sup>50</sup>.

En efecto, la condición de salud de la paciente después de la CPRE fallida empeoró notoriamente, así lo dejaba ver todas órdenes que se emitieron y que no se acataron (so pretexto de aumento de amilasa y lipasa), cuando en realidad puede desprenderse de los estudios y el CAT que había un órgano lesionado haciendo que cada día tomara fuerza un cuadro infeccioso (perforación duodenal).

Cómo puede apreciarse dentro del historial médico y las declaraciones tanto del personal médico del Hospital Santo Tomás como de los peritos que han emitido sus informes periciales, puede comprobarse que posterior al ingreso de la paciente Lourdes Núñez en condiciones estables y a que se le practicara la CPRE empeoró en su salud al generarse una pancreatitis aguda que se evidenció con el aumento desproporcionado de la amilasa y lipasa; incremento desproporcionado de los glóbulos blancos, como consecuencia de esa pancreatitis que devino en el desarrollo de un cuadro infeccioso.

Todos los testigos y peritos son coincidentes en que la pancreatitis aguda que desarrolló la paciente se debió al procedimiento fallido de la CPRE, el cual ocasionó una perforación en el duodeno de la paciente, producto de los múltiples cortes que se realizaron para canular la vía biliar y precorte papilar, demás que el CAT reveló que efectivamente hubo perforación gastrointestinal, tomando en consideración el diagnóstico preoperatorio de la paciente, previo a la CPRE según expediente clínico y los informes periciales médicos determinan que la misma ingresó al hospital Santo Tomás en condiciones estables de salud, como las indicadas por los informes que se realizaron a su ingreso:

"La paciente Lourdes Núñez fue admitida en Sala 10, estaba con un cuadro de ictericia (personas que se ponen amarillas) colecistitis aguda (inflamación en la vesícula biliar) y sospecha de cólecoco que es cálculo en la vía biliar."

El diagnóstico de la primera intervención quirúrgica de la paciente fue colelitis más coledocolitiasis y el tercer diagnóstico fue pancreatitis aguda.

La pancreatitis aguda se produjo con posterioridad al procedimiento CPRE fallida y que habiendo indicios del desarrollo de ese cuadro infeccioso, en atención al aumento de glóbulos blancos, aumento de la amilasa y lipasa, habiendo indicación desde el día siguiente 26 y 27 de enero de 2005 de pasar al salón de operaciones y tal orden no se cumplió, la Sala considera que el tiempo que transcurrió en entre el 25 de enero al

---

<sup>50</sup> En página [consejoestado.gov.co](http://consejoestado.gov.co). Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C de 1º de febrero de 2012, radicado: 76001-23-25-000-1996-03000-01 expediente: 22199; 12 de febrero de 2014, radicación 66001-23-31-000-2006-00672-01, expediente: 40802.

29 de enero de 2005 (más de 100 horas) fue determinante para el desarrollo del cuadro infeccioso de la paciente y su posterior fallecimiento, luego de las 17 cirugías que le practicaron y resultaron infructuosas.

Incluso debe tenerse en consideración lo expuesto por el perito Dr. Pedro Ríos quien indicó que de acuerdo con la guía de protocolo para la CPRE, si el examen resultaba fallido, debió darse una espera de 48 horas de evolución de la paciente alternando su observación con la práctica de exámenes, radiografías y ante los resultados de amilasa y lipasa elevados, tal situación indicaba una posible perforación del duodeno lo que consecuentemente generó una pancreatitis y un cuadro infeccioso de tal magnitud que determinó en la primera intervención quirúrgica una necrosis pancreática.

Todo lo anterior denota, a través de los indicios <sup>51</sup> una clara falla en la prestación del servicio público de salud al existir irregularidades en la prestación del servicio médicos a la Señora Lourdes Núñez Navarro,

<sup>51</sup> “(...) los indicios son medios de prueba indirectos y no representativos - como sí lo son el testimonio y la prueba documental- y no pueden ser observados directamente por el juez, como por ejemplo sucede en la inspección judicial. En la prueba indiciaria el juez tiene ante sí unos hechos probados a partir de los cuales establece otros hechos, a través de la aplicación de reglas de la experiencia, o principios técnicos o científicos. En otros términos, al ser el indicio una prueba indirecta que construye el juez con apoyo en la lógica, partiendo de la existencia de unos hechos debidamente acreditados en el proceso, tal construcción demanda una exigente labor crítica en la que si bien el fallador es autónomo para escoger los hechos básicos que le sirven de fundamento al momento de elaborar su inferencia, así como para deducir sus consecuencias, en ella está sujeto a las restricciones previstas en la codificación procesal: i) La consignada en el artículo 248 del CPC conforme al cual los raciocinios son eficaces en tanto los hechos básicos resulten probados; y ii) la contemplada en el artículo 250 eiusdem que impone un enlace preciso y directo entre el indicio y lo que de él se infiere, que exige -salvo el evento no usual de los indicios necesarios que llevan a deducciones simples y concluyentes- pluralidad, gravedad, precisión y correspondencia entre sí como frente a los demás elementos de prueba de que se disponga. Al margen de las controversias que se suscitan en la doctrina en relación con su naturaleza jurídica (si son medio de prueba o si son objeto de prueba), puede afirmarse que el indicio está integrado por los siguientes elementos: i) Los hechos indicadores, o indicantes: son los hechos conocidos, los rastros o huellas que se dejan al actuar, la motivación previa, etc., son las partes circunstanciales de un suceso, el cual debe estar debidamente probado en el proceso; ii) Una regla de experiencia, de la técnica o de la lógica o de la ciencia, es el instrumento que se utiliza para la elaboración del razonamiento; iii) Una inferencia mental: el razonamiento, la operación mental, el juicio lógico crítico que hace el juzgador; la relación de causalidad entre el hecho indicador y el hecho desconocido que se pretende probar; iv) El hecho que aparece indicado, esto es, el resultado de esa operación mental. Así las cosas, una vez construida la prueba indiciaria, el juez deberá valorarla teniendo en cuenta su gravedad, concordancia, convergencia y relación con los demás medios de prueba que obren en el proceso. Para efecto de establecer su gravedad, la doctrina ha clasificado los indicios en necesarios y contingentes, entendiendo como necesarios, aquellos que de manera infalible muestran la existencia o inexistencia de un hecho que se pretende

quien ingresó al Hospital Santo Tomás a Sala con un diagnóstico que no era de gravedad y luego de practicarle un CPRE fallida.

Se observa que si bien a la paciente se le prestó el servicio de salud en atención a sus dolencias, esta prestación fue deficiente, inoportuna, no integral, por cuanto ante la práctica fallida del examen CPRE, del cual se infiere que le perforaron el duodeno y se inició el proceso de pancreatitis, (debido a que para el 25 de enero de 2005 antes del examen referenciado la paciente sólo tenía ictericia y coledocolitiasis) se realizó una intervención quirúrgica con prácticas diferentes a las establecidas a los peritos en atención a la inobservancia del examen CAT que arrojó un nuevo diagnóstico entre ellos, 1. dilatación de la vía biliar, 2. Hay cambios de tipo inflamatorio peripancreático, ya descrito en relación a la pancreatitis y 3. Hay aire en relación al duodeno en forma extraluminal, de acuerdo con el testimonio del doctor Valverde quien fue el que ordenó dicho examen.

Como consecuencia de todos los hechos, indicios y pruebas expuestas esta Superioridad estima que habiendo quedado acreditado en autos que de parte del Hospital Santo Tomás hubo una falta de servicio, corresponde que el Estado indemnice el daño causado, por haber funcionado en forma deficiente y ello fue determinante para que el estado de salud de la paciente se agravara lo que devino en su fallecimiento, por lo que considera que se han vulnerado las siguientes normas:

1. El artículo 19 de la Ley N° 4 de 10 de abril de 2000 que preceptúa:

"Artículo 19. son deberes y atribuciones del Patronato:

6. Garantizar que el complejo hospitalario brinde la mayor y mejor calidad de atención y servicios de salud, con humanitarismo y sensibilidad social, a las poblaciones señalada en el artículo 5 de esta ley.

7. ....

---

demostrar, o revelan en forma cierta la existencia de una constante relación de causalidad entre el hecho que se conoce y aquel que se quiere demostrar y son, por lo tanto, sólo aquellos que se presentan en relación con ciertas leyes físicas, y como contingentes, los que revelan de modo más o menos probable cierta causa o cierto efecto. Estos últimos son clasificados como graves o leves, lo cual depende de si entre el hecho indicador y el que se pretende probar existe o no una relación lógica inmediata (...) En efecto, suele acudir a pruebas indirectas en las que está separado el objeto de la prueba y el objeto de percepción, en particular a los indicios, toda vez que exigir la prueba directa supondría demandar una "prueba imposible", lo que impone acudir al juicio lógico del fallador quien a través de su raciocinio evalúa algunos rastros y máximas de la experiencia de varios hechos probados, infiere conclusiones desconocidas y así procura establecer cuál ha sido la participación de agentes del Estado en el hecho dañoso". En página web del Consejo de Estado. Sentencias del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera de 3 de octubre de 2007. Radicación: 25000-23-26-000-1994-00381-01 (19286). Puede verse también sentencias de 2 de mayo de 2007. Radicación: 68001-23-15-000-1998-00778-01 (15700); de 10 de junio de 2009. Radicación: 73001-23-31-000-1997-05229-01(17321); 13 de junio de 2013. Radicación: 54001-23-31-000-1996-09250-01 (23603).

8. ....
9. .... " (lo resaltado es de la Sala).

2. El numeral 2 del artículo 40 del Reglamento General y Manual de Cargos y Funciones del Hospital Santo Tomás, el cual dice:

"Artículo 40: Son deberes y funciones de los Médicos Especialistas:

42. ....
43. Prestar la debida atención médica que requieran los pacientes del hospital en forma profesional, diligente y ética con las debidas acciones preventivas, de curación y de rehabilitación que el caso requiera.
44. ....
45. ....
46. ....
47. ...." (lo resaltado es de la Sala).

3. También señalan como infringido el artículo 1644 del Código Civil que señala:

"Artículo 1644: El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado .

Si la acción u omisión fuere imputable a dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable por los perjuicios causados". (lo resaltado es de la Sala).

4. De igual forma, se ha vulnerado el artículo 17 de la Ley N° 68 de 20 de noviembre de 2003 que regula los Derechos y Obligaciones de los Pacientes, en materia de Información y de decisión libre e informada que señala:

"Artículo 17: El documento de consentimiento debe ser específico para cada procedimiento de diagnóstico o terapéutico, sin perjuicio de que se puedan adjuntar hojas y otros medios informativos de carácter general. Dicho documento debe contener información suficiente sobre el procedimiento de que se trate y sobre sus beneficios y posibles riesgos." (lo resaltado es de la Sala).

Es sumamente importante exigir que toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información correspondiente el paciente pueda valorar las opciones propias del caso, especificando que el consentimiento informado<sup>52</sup> deberá

---

<sup>52</sup> "(...) Consentimiento Informado del Paciente: se trata de aquella obligación, de carácter legal, que tiene un médico de explicar a su paciente, en forma clara, completa y veraz, su patología y opciones terapéuticas, con la exposición de beneficios y riesgos, a fin de que el paciente, ejerciendo su derecho a autodeterminarse, acepte o rechace las alternativas planteadas.

constar por escrito, como en las intervenciones quirúrgicas, los procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos, y en general en cualquier procedimiento que suponga un riesgo o inconveniente de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente, como el caso de la Sra. Lourdes Núñez a la cual no se le informó sobre el CPRE entre otros procedimientos que le practicaron.

Según Ricardo Miguel Zuccherino en su obra *la Praxis Médica*, indica que "desde las consideraciones antedichas se origina la significación que la información tiene sobre la validez del consentimiento prestado por el enfermo o sus familiares y que son derechos a favor del paciente, lo que naturalmente principia con la facultad de acceso a esa información". (Zuccherino Ricardo Miguel, *La Praxis Médica en la Actualidad*, Editorial Depalma, 1994, Pag 33.)

Así mismo, Mónica Navarro Michel en su obra titulada *Derecho de Daños*, establece que <sup>53</sup> :

- El paciente debe prestar su consentimiento para cualquier actuación que afecte a su salud, después de recibir la información adecuada.

El concepto de consentimiento supone dos condiciones fundamentales: el conocimiento previo que se tenga del paciente y de su condición clínica y, el uso de la sana crítica profesional.

En relación con el primer tema, aun cuando podría parecer elemental, infortunadamente no es así. Se encuentran, y no con poca frecuencia, profesionales de la medicina convertidos en especies de técnicos operadores que sin conformar una relación médico - paciente, proceden a realizar procedimientos - algunos incluso de alto riesgo - confiados en que quien ha remitido el examen o tratamiento ha dado las explicaciones debidas. (...) En relación con el uso de la sana crítica profesional se debe mencionar que el carácter y contenido de la información que está obligado a entregar el médico a su paciente debe ser algo más que la transmisión fría de datos estadísticos. Se pretende un ejercicio humanizado de las ciencias de la salud y no un proceso alarmante sin justificación alguna. Ni minimizar riesgos previsible, generando la falsa - y peligrosa - percepción de que existen procedimientos inocuos; ni maximizarlos hasta el punto de que sea imposible lograr que un paciente ingrese en forma voluntaria a un quirófano o a una sala de procedimiento especial, es lo pretendido. El ideal de información está basado, como toda otra obligación médica, en los principios éticos mencionados al inicio de este escrito. Exigir una información que agote todas las variables implícitas en un acto médico es imposible. Pero argumentar que dada la dificultad y variedad de datos es preferible dar información general y poco concreta, tampoco es admisible. La pretensión legal y doctrinal es la de exigir al médico una comunicación racional con su paciente, que atienda su formación y desarrollo cultural, ofreciéndole aquellos datos que le resulten convenientes para tomar una decisión en su beneficio. En [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0120-99572004000400009](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-99572004000400009).

<sup>53</sup> Sexta edición. TIRANT LO BLANCH, 2011.

5. Es obligación del médico informar al paciente, obtener su consentimiento, y guardar la confidencialidad de sus datos.
6. El paciente tiene derecho a saber en qué consiste el acto médico, sus contraindicaciones, las alternativas si existen, y las consecuencias relevantes que origina con seguridad y los riesgos. Todo acto médico del tipo que sea, puede conllevar riesgos.
7. En principio, el médico no debe informar de todos y cada uno de ellos, sino sólo de aquellos que son "probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia" Además de los que derivan del tipo de intervención de que sea trate.
8. Los riesgos de los que se informa deben ser personalizados, atendiendo a las circunstancias personales o profesionales del paciente, pues éstas pueden incrementar el grado de probabilidad (en función de la edad, peso y estado general de salud del paciente o el interés del paciente en conocer un determinado riesgo).

Por lo antes expuesto se ha violado la norma al no existir comprobación en el proceso que permita sustentar que por parte del médico tratante cirujano se le hicieron las observaciones, advertencias y precisiones necesarias al paciente respecto de las consecuencias que el acto quirúrgico podía originarle, entre ellas, una posible, dada la localización del campo operativo, lesión o perforación del duodeno, y los consecuentes efectos físicos que vendrían.

Lo anterior se fundamenta en la historia clínica de la paciente y en la declaración rendida por el perito Doctor Iván Beitía, indicó (visible a foja 226) lo siguiente:

"...PREGUNTADO: Atendiendo a la pregunta 19 de su informe, diga el perito si la paciente Lourdes Núñez Navarro emitió su consentimiento informado para el acto quirúrgico del 21 de enero de 2005 y si se le informó debidamente de los riesgos de someterse o no a dicha intervención quirúrgica. El Lcdo. Solís objeta parcialmente la pregunta porque no era objeto del peritaje determinar si se había informado a la paciente los riesgos del tratamiento que se le pretendía practicar. El Lcdo. Valencia manifiesta que reformula la pregunta. PREGUNTADO: Atendiendo a la pregunta 19 de su informe, diga el perito si la paciente Lourdes Núñez Navarro emitió su consentimiento informado para el acto quirúrgico del 29 de enero de 2005. CONTESTO: Entre los consentimientos quirúrgicos que aparecen en la copia del expediente clínico que reposa en el Tribunal, no encuentro el que concuerde con la fecha del 29 de enero de 2005..."

Por su parte, el Dr. Pedro Ríos, señaló que:

El día que escogieron para intervenir quirúrgicamente fue el 29 de enero de 2005 ...le correspondió al Dr. Alberto Vargas Ramos dicha intervención (foja 854) y no encontró hoja de consentimiento informado en esta operación específicamente (foja 201).

En conclusión, la entidad pública demandada no tuvo en cuenta la complejidad y el riesgo adecuadamente que implicaba la situación médica de la señora Lourdes Núñez Navarro, como de las intervenciones quirúrgicas a las que fue sometida y del empeoramiento postoperatorio, de manera tal que ante la falta de oportunidad, la inactividad en el despliegue de todos los medios médicos razonables y la insuficiencia en las órdenes, procedimientos y tratamientos realizados, pese a las evidencias diagnósticas, no hubo una respuesta idónea, necesaria y ponderada a la amenaza irreversible e irremediable que enfrentaba por su cuadro clínico la señora Núñez Navarro. A lo que cabe agregar la insuficiente protección del consentimiento que debía ofrecer la paciente, que no se reduce a una simple fórmula instrumental, a un mero formato, a una expresión básica, sino que debe comprender en toda su extensión la comprensión de las amenazas y riesgos que debía enfrentar ante la situación médica.

### LAS SUMAS RECLAMADAS Y SU PRUEBA

El demandante incorporó un conjunto de elementos probatorios de carácter documental, testimonial, pericial, con el propósito de sustentar la mala prestación de los servicios públicos de salud y en consecuencia las sumas reclamadas por daños materiales y morales. Toda vez que ha sido probada la actuación negligente del personal médico que labora para el Patronato del Hospital Santo Tomás, es necesario comprobar de acuerdo a los informes periciales que el monto de cinco millones de balboas (B/.5,000,000.000) solicitado en materia de indemnización por daños y perjuicios materiales y morales es acorde con el material probatorio existente.

#### 25. DAÑO MATERIAL

La Sala estima necesario citar al jurista Gilberto Martínez Rave, quien describe como daño emergente y el lucro cesante, en su obra "Responsabilidad Civil Extracontractual", estableciendo que estos implican daños patrimoniales o materiales. El autor en mención señala que:

" El daño emergente es: "el empobrecimiento directo incluyen del patrimonio del perjudicado...lo conforma lo que sale del patrimonio del perjudicado para atender el daño y sus efectos o consecuencias. Por su parte, considera que lucro cesante es "la frustración o privación de un aumento patrimonial. La falta de rendimiento, de productividad, originada por los hechos dañosos." (Gilberto Martínez Rave, Responsabilidad Civil Extracontractual, 8ªedición, Biblioteca Jurídica Diké, 1995, págs 194 y 195)

#### 1.1. Gastos Médicos:

Dentro del rubro de gastos médicos, no consta en el expediente ninguna prueba que evidencia que la familia Núñez Navarro haya recibido algún tipo de terapia grupal o individual por la que haya pagado, ya que no se reflejan las facturas ni de terapias, ni de la compra de medicamentos antidepresivos en que hayan tenido que incurrir los padres por la muerte de su hija. El demandante alega que como se trata de una paciente que permaneció hospitalizada por 63 días, hasta su muerte debe calcularse todos los gastos en que se incurrió en el Hospital Santo Tomás, y los que se estima que ascienden a veintidós mil novecientos veintiocho con veintidós. (B/.22,928.22), sin embargo no se presentó factura de pago de los mismos y consta en el expediente, visible a foja 185 del mismo, evidencia de que los gastos médicos en que incurrió la paciente Lourdes Dalys Núñez Navarro fueron exonerados a solicitud de la Trabajadora Social del Hospital Santo Tomás, Carolina Hernández,

quien basada en la situación económica de la familia, solicitó dicha exoneración.

No obstante lo anterior, esta Corporación de Justicia, estima que de acuerdo a lo justo y lo razonable el monto reclamado en materia de pasadas y futuras citas médicas y medicamentos, no procede. Además de que la situación de la familia debe haber cambiado sustancialmente desde el día de los hechos, hasta la fecha y al no haberse probado los gastos en medicamentos en que habían incurrido los padres (toda vez que no existe ningún tipo de prueba al respecto, dentro del expediente), esta Sala no puede reconocer dichos gastos.

### 1.2. Lucro Cesante:

El lucro cesante y se puede conceptuar como “una cesación de pagos, una ganancia o productividad frustrada, ya sea de un bien comercialmente activo o de una persona que haga parte del mercado laboral de forma dependiente, liberal o como empresa unipersonal.” (Responsabilidad del Estado y sus regímenes, Wilson Ruiz Orejuela, Ecoe Ediciones, 2010, p.101)

La parte accionante solicita un monto de seiscientos mil trescientos cincuenta balboas con 00/100 (B/.600,350.00) fundamentados en el Trabajo actuarial realizado por el perito David Ramos, con respecto a los salarios dejados de percibir por parte de la paciente Lourdes Núñez, el cual indica que el monto dejado de percibir por la misma si se hubiera completado su período normal de vida (71 años) asciende a seiscientos mil trescientos cincuenta dólares (\$600,350.00), (foja 172 y s.s), fundamentado en el informe de valuación económica y actuarial, que reflejan los ingresos netos que la afectada pudo haber generado, a partir de los 29 años y a lo largo de su vida laboral, hasta los 71 años de vida, de no haber fallecido a la edad de 28 años. Es importante destacar que, el lucro cesante opera para establecer no sólo la renta que el afectado o víctima directa dejó de percibir, sino también la renta que le debe proporcionar a aquellos a quienes tiene a cargo en razón de sus obligaciones alimentarias; lo mismo, opera en caso de muerte de la víctima directa a favor de aquellos a quienes les otorgaba su sostenimiento.

Comenta el jurista colombiano Gil Botero en su obra “Temas de Responsabilidad Extracontractual del Estado” sobre el lucro cesante lo siguiente:

“La reparación del daño a título de lucro cesante en los eventos de fallecimiento, estará constituido por el derecho a recibir lo que dejará de aportar el fallecido, no es suficiente que se demuestre la capacidad productiva del causante, es necesario que se de el daño por la privación del beneficio que se recibía, no en calidad de heredero, sino en calidad de perjudicado o beneficiario al no seguir recibiendo el mismo.”

En ese sentido, el lucro cesante no puede basarse en una mera expectativa, sino en una utilidad razonablemente esperada en razón de una ocupación productiva permanente de un bien o persona, o en razón de su proyección profesional o comercial, de la que se deduzca, sin lugar a duda, que en el futuro, antes de producirse el daño que le deja cesante, se ocuparía productivamente en algo que le generaría una renta o utilidad.

En virtud de lo anterior, esta Sala considera que en algunos casos, los padres no son beneficiarios directos de un hijo fallecido, específicamente cuando el hijo contrae nupcias o relaciones de familia en donde adquiere sus propias obligaciones, sin embargo, en el caso en cuestión la joven Lourdes Núñez Navarro convivía con sus padres quienes se hacían cargo de sus gastos, puesto que la misma no había conseguido trabajo todavía y además, dejó en orfandad un hijo menor de 6 años, el cual se encuentra bajo la tutela y

responsabilidad de sus abuelos, los padres de la Señora Lourdes Núñez Navarro, quienes están obligados a otorgarle la manutención correspondiente en virtud de fallo proferido por el Juzgado Primero de Familia del Tercer Circuito Judicial de Panamá, con sede en Chorrera, en donde se les concede a éstos la guarda y crianza del menor.

Por lo antes expuesto, esta SALA considera justo asignar un monto del lucro cesante a los padres de la Señora Lourdes Núñez Navarro, mismos que serán calculados en equidad y en base al peritaje que esta SALA considera el más adecuado a la realidad laboral y expectativa de vida de la Señora Lourdes Núñez, mismo que fue realizado por el Contador Público Autorizado (CPA) Alexis A. Vanega S., perito de la Procuraduría de la Administración, quien al realizar el peritaje del lucro cesante, señala que la misma debió percibirlo desde su fallecimiento hasta los 71 años el monto de ciento setenta y nueve mil seiscientos veintiséis con sesenta y nueve centésimos (B/.179,626.69), tomando en cuenta el salario mínimo y que la paciente al momento de su fallecimiento no laboraba.

Por lo tanto esta SALA fija el monto a indemnizar para el padre de la joven fallecida en la suma de setenta y cinco mil balboas (B/.75.000.00).

## 2. DAÑO MORAL:

Estiman las partes accionantes que el mismo consiste en el desmedro sufrido en los bienes extrapatrimoniales, que cuentan con protección jurídica, y se atiende a los efectos de la acción antijurídica, el agravio moral es el daño no patrimonial que se inflige a la persona en sus intereses morales tutelados por la ley.

Esta categoría abarca aquellos perjuicios que afectan el aspecto personal o emotivo, derivados de la violación de los derechos inherentes a la personalidad, como lo son el honor, la reputación, la fama, el decoro, la vida, entre otros, y la describe el Código Civil de la siguiente manera:

“Artículo 1644-A. Dentro del daño causado se comprende tanto los materiales como los morales.

Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físico, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás.

Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en materia de responsabilidad contractual, como extracontractual. Si se tratare de responsabilidad y existiere cláusula penal se estaría a lo dispuesto en ésta.

Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quién incurra en responsabilidad objetiva así como el Estado, las instituciones descentralizadas del Estado y el Municipio y sus respectivos funcionarios, conforme al Artículo 1645 del Código Civil.

Sin perjuicio de la acción directa que corresponda al afectado la acción de reparación no es transmisible a terceros por acto entre vivos y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida. El monto de la indemnización lo determinará el Juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso...”

“Artículo 1645. La obligación que impone el artículo 1644 es exigible no solo por los actos u omisiones propios sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder...

El Estado, las instituciones descentralizadas del Estado y el Municipio son responsables cuando el daño es causado por conducto del funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada, dentro del ejercicio de sus funciones.”

La citada disposición establece como regla para fijar el monto indemnizatorio, que el juzgador considere los factores descritos en la norma, los cuales recaen en la naturaleza del derecho lesionado, el grado de responsabilidad del sujeto generador del daño, la situación económica del responsable y de la víctima, así como las demás circunstancias relativas al perjuicio reclamado.

Estos factores constituyen una herramienta de ayuda para la formación del criterio del juez, el cual debe basarse esencialmente en el principio de la sana crítica, toda vez que goza de amplios poderes discrecionales en materia de tasación de daños y perjuicios.

En cuanto a la fijación del monto indemnizatorio por daño moral, la jurisprudencia de esta Corte ha señalado de forma reiterada que su determinación debe hacerse de conformidad con las pruebas aportadas por el damnificado. No obstante, esa misma línea jurisprudencial reconoce también que, a falta de elementos que ayuden a precisar el monto de dicha reparación, el Tribunal puede de forma discrecional, razonable y fundada, adentrarse a su fijación tomando en cuenta aquellos factores o elementos que surjan en autos.

En sentencia de 19 de agosto de 2008 se indica lo siguiente:

“ ...

Luego del examen de las consideraciones expuestas en el fallo impugnado sobre los medios de prueba que sirvieron para demostrar el daño moral que sufrió el demandante, a juicio de esta Corporación resulta acertado el análisis y la conclusión a la que arribó al respecto, ya que al haberse acreditado la lesión que sufrió la víctima del accidente, consistente en la pérdida de su ojo derecho, sin lugar a dudas recae en su configuración y aspecto físico, lo que obviamente se traduce en la afectación de sus sentimientos psíquicos, tanto en su yo interno ocasionándole sentimientos desagradables (como tristeza, preocupación, angustia, intranquilidad, desasosiego, fracaso, mal humor, cólera, entre otros) así como también los llamados sentimientos de autovaloración y ex valoración, los primeros a lo referente a la consideración que tiene la persona sobre sí mismo (vergüenza, culpa etc...) y los segundos relativos a la consideración que tienen los terceros sobre su persona (como repugnancia, respeto, lástima).

En jurisprudencia de esta Sala se ha dicho que en estos casos de lesiones físicas, los medios de prueba que acreditan la severidad y magnitud del tamaño o trauma físico, constituyen al mismo tiempo la prueba del daño moral, ya que constituyen una alteración de su configuración y aspecto físico, por lo que necesariamente tiene que afectarse negativamente sus emociones y sentimientos psíquicos. En este sentido en fallo de 16 de junio de 1999, la Corte dijo:

...

Sobre la prueba de daño moral se dijo en aquella sentencia:

“Pero, encima de lo que hayan dicho los peritos empleados en el esfuerzo de demostrar que se produjo un daño moral en perjuicio de la parte demandante, es mucho más importante dejar sentado el criterio de que, cuando el agravio moral consiste en la violación de cualquiera de los derechos de la personalidad de un sujeto, la mera demostración de la existencia de dicha transgresión constituirá, al mismo tiempo, la prueba de la existencia del daño moral ocasionado. La prueba del daño moral surge

o aflora, inmediatamente, de los hechos que constituyen la actividad ofensora, pues el daño moral se presume por la sola realización del hecho dañoso...." (ver Registro Judicial de enero de 1998, sentencia fechada 26 de enero de 1998, Demetrio Basilio Lakas contra Diamantis Papadimitri).

....

(Ver registro judicial de junio de 1999, sentencia de 16 de junio de 1999, caso: Tom Scott y Brenda Scott recurrentes en casación en el proceso ordinario que les sigue EUGENE BARNES en representación de su menor hija APRIL BARNES).

...

"...

Así las cosas, considerando que la prueba del daño moral surge o aflora, inmediatamente, de los hechos que constituyen la actividad ofensora, pues el daño moral se presume por la sola realización del hecho dañoso, como se sostuvo en el fallo transcrito, debemos concluir para efectos del caso que nos ocupa que los informes y las declaraciones de los facultativos de la medicina y del Centro Hospitalario que tuvieron a su cargo la curación y el cuidado del demandante lesionado, que obran en autos y que fueron destacados por el Ad Quem, constituyen en plena prueba el daño moral que sufrió el actor, aunado al informe de la trabajadora social que alude específicamente al efecto psicológico la pérdida del ojo en el joven ALBERTO CASTRO WRIGHT.

En atención a lo que se deja expuesto, el cargo que se atribuye al fallo de segunda instancia no prospera, por ello la Corte procederá a no casar dicha sentencia" (Ver en registro judicial de mayo de 2003 sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, fechada 30 de mayo de 2003. caso: Coca Cola de Panamá Compañía Embotelladora, S.A. recurre en casación en el proceso ordinario que le sigue Alberto Castro Wright).

"...

Sabemos que en estos casos, cuando de la reparación del daño moral se trata, entran en juego la naturaleza resarcitoria que para la víctima tiene la reparación, con la naturaleza sancionatoria que con respecto al ofensor conduce a que sobre este recaiga la obligación de indemnizar las consecuencias del acto ilícito del cual es responsable. El juez, por su parte, está facultado para fijar, en uso de su prudente discreción, el monto de la indemnización que corresponda. En esta tarea no hay dudas que puede ser de mucha ayuda la asistencia de los peritos, pero nada le impide al juzgador que, en ausencia de los mismos, proceda en forma cuidadosa a fijar la cuantía de dichos daños teniendo como guía los factores mencionado en el artículo 1644-A, las verdades reveladas por el expediente y lo que le aconseja la experiencia" (ver registro judicial de junio de 1999. Sentencia de 16 de junio de 1999 expedida por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia. caso: Tom y Brenda Scott -vs- Eugene D. Barnes).

Los apuntes precedentes traídos al caso que ocupa la atención de la Sala ponen de manifiesto lo siguiente:

El proponente de la demanda cuantifica el daño moral ocasionado a la familia Núñez-Navarro en cinco millones de balboas (B/.5,000,000.00), ya que sostiene que como resultado del mal funcionamiento de los servicios públicos de salud, perdió la vida su hija Lourdes Núñez Navarro y éstos se vieron afectados psíquica y emocionalmente, lo que se refleja en sus relaciones personales y familiares.

Las pruebas aportadas para la comprobación del daño moral son las siguientes:

2.1. Informe pericial psicológico preparado por la licenciada Iris Valdés, con relación al señor Samuel Núñez y la Sra. Irma Navarro de Núñez.

En dichos informes se certifica que los señores Núñez y Navarro fueron evaluados a través de varias entrevistas psicológicas, psiquiátricas y sociales, las cuales concluyen que poseen un trastorno depresivo mayor de moderado a severo, con duelo patológico y trastorno de estrés post traumático.

“El Señor Samuel Núñez: Padece de problemas de comunicación, ansiedad, inseguridad, temor, en la aplicación de MMPI en las escalas clínicas que salen de la norma son la escala 1(HS) Hipocondriasis; 2 (D) Depresión y la 3 (Hy) Histeria esta escalas nos identifican los siguientes síntomas dolores y malestares sin una base orgánica esclarecida, desesperanza, depresión, ansiedad, tristeza, quejas generales, apatía, inhibición...”

La condición anímica del señor Samuel Núñez, según las pruebas aplicadas identificamos los siguientes síntomas: dolores o malestares somáticos, sin una base orgánica establecida, apatía, inhibición, depresión, ansiedad, tristeza. Considero que todavía persiste la afectación emocional toda vez que el señor Núñez no supera el duelo por la pérdida de su hija, constantemente visita el cementerio, le preocupa el futuro de su nieto, actualmente asiste a consulta por el equipo de salud mental del centro de salud de Bejuco. En cuanto al pronóstico el Señor Samuel Núñez debe recibir tratamiento por parte del equipo de salud mental para poder superar su estado anímico. Podemos decir que persiste el trauma emocional, pues este proceso de remoción todavía no concluye, pues el recuerdo aún produce un efecto doloroso en el señor Samuel Núñez.”

En cuanto a la Señora Irma Edith Navarro se indica lo siguiente:

“El análisis y evaluación de las pruebas y entrevista nos muestra lo siguiente: Problema Motriz, confusión emocional, inseguridad, temor, de la aplicación del MMPI las escalas clínicas que salen de norma fueron la escala 2 (D) Depresión y la escala (7) Psicatenia esas escalas nos identifican los siguientes síntomas: tristeza, ansiedad, preocupación, inhibición motora, sentimientos de minusvalía, tensión, preocupación excesiva, falta de confianza en sí misma, muchas personas muestran fobias sin encontrarse intensivamente incapacitadas, depresión.

La Señora Irma Navarro, evidenció rasgos de ansiedad, inseguridad sentimientos de inutilidad, preocupación excesiva, falta de confianza en sí misma, tristeza, depresión. Considero que todavía existe afectación emocional, actualmente es atendida por el equipo de salud mental del centro de salud de Bejuco. Necesitan elaborar o superar el duelo por la pérdida de su hija, Sí persiste trauma.”

2.2. Estudio social realizado a la familia Núñez-Navarro por la Trabajadora Social Licenciada Vielsa de Aguilar, que indica entre otras cosas lo siguiente:

“La Familia Núñez Navarro hasta el momento no se ha sobrepuesto del duelo causado por la muerte inesperada de su hija Lourdes Núñez Navarro (q.e.p.d). La salud del señor Samuel Núñez como la de la Señora Irma N. De Núñez se ha deteriorado, el problema dermatológico del señor Samuel lo está afectando para realizar trabajos de albañilería, su esposa presenta problemas de movilización y destreza motora más acentuados. Las mejoras de la casa que se habían planificado se paralizaron desde ese momento (instalación de las ventanas de vidrio de las partes laterales, terminar de poner la baldosa en la vivienda, terminación de la cerca, colocación del cielorraso). La construcción del taller el cual inició con la administración de la fallecida Lourdes Núñez Navarro no se ha continuado. La

actividad de la venta de los lotes pendientes se vio afectada y por ende la economía de la familia. Ausencia de una persona con conocimientos en administración y de confianza para asesoramiento y guía del grupo familiar.”

### 2.3. Evaluación Pericial de Psiquiatría, realizada por el Dr. Pedro A. Brandao V.-médico psiquiatra.

La evaluación realizada al Señor Samuel Núñez, es la siguiente:

“De las evaluaciones del señor Samuel Núñez podemos concluir que se trata de una persona quien en un momento dado de su vida experimentó la pérdida física de su hija mayor, acontecimiento este que se dio en una forma lenta y dolorosa en la sala de cirugía del Hospital Santo Tomás: dicho acontecimiento provocó reacciones de dolor moral y angustia que en la actualidad no ha sido superado de una manera satisfactoria, tal como lo corrobora el hecho de que aún están bajo atención especializada de salud mental por no superar la pérdida de su hija y de existir elementos de tipo depresivo de tal manera que le cuesta mucho trabajo al señor Núñez manifestar y exteriorizar sus sentimientos a tal punto de que aún no ha aceptado la realidad de lo acaecido. Si bien es cierto que el Señor Núñez no presenta trastorno depresivo muy florido, también es cierto que si no se le brinda una adecuada atención a los rasgos que exhibe éstos pueden a la larga magnificarse y presentarse como un trastorno depresivo de mayor envergadura lo cual afectaría enormemente toda la vida del señor Núñez, inclusive impediría el que desempeñase a cabalidad la función de criar y educar felizmente a su nieto.”

La evaluación psiquiátrica de la Señora Irma Edith Navarro de Núñez indica lo siguiente:

“En cuanto a las sesiones de evaluación de la señora Irma puedo reportar que se trata de una persona quien experimentó una situación muy dolorosa en el aspecto emocional puesto que le costó vivir la experiencia de la condición quirúrgica de su hija Lourdes Núñez por espacio de tres meses en el Hospital Santo Tomás. Los sentimientos de incapacidad e impotencia para ver recuperada a su hija trastocaron en furia y enojo; sentimientos estos que aún persisten en la memoria de la señora Irma. Aún no se percibe resignación por la pérdida pues siente que no se hizo lo mejor para que su hija llegase a buen término con la condición que le aquejaba. Denota síntomas de tipo depresivo que aún permanecen vigentes a raíz del fallecimiento de Lourdes Núñez. Los esposos Núñez tienen un compromiso por delante que es el de la guarda y crianza de su nieto de 6 años. Como en el caso de su esposo, es menester mencionar que sin una adecuada integridad de la esfera mental, puesto que sus rasgos depresivos son más fehacientes, esto podría significar una inadecuada educación del nieto de ambos y a la postre comprometer la salud mental de la señora Irma”.

Los dictámenes observados reflejan que los padres de la joven fallecida, poseen una afectación real por la pérdida de su hija Lourdes Núñez Navarro dejándoles secuelas emocionales, psicológicas y laborales, generando sentimientos de ansiedad y zozobra, creando inestabilidad y depresión en ambos.

### 2.4 Peritaje de la Procuraduría de la Administración:

Los peritos de la Procuraduría de la Administración Marcel Penna-Psiquiatra; Mariela Donato-Psicóloga Clínica y Auristela Cárdenas-Trabajadora Social, no pudieron realizar sus peritajes en virtud de que la familia no asistió a las citas, a pesar de que existe evidencia en el expediente a fojas 243- 246, 251-253, 266-269, que fueron llamados y citados.

Tomando en consideración estas circunstancias, los elementos probatorios aportados, en aplicación a la sana crítica, es viable para este Tribunal fijar el daño moral alegado en la demanda, en la suma de ciento cincuenta mil balboas con 00/100 (B/.150,000.00).

Sobre el particular, el jurista Jorge Bustamante Alsina (Teoría General de la Responsabilidad Civil, novena edición, edit. Abeledo-Perrot, p.247) pone de relieve la necesidad de recurrir a indicios reveladores en virtud de los cuales resulta presumible el daño moral en ciertas circunstancias, como a continuación se expresa.

"Para probar el daño moral en su existencia y entidad no es necesario aportar prueba directa, lo cual es imposible, sino que el juez deberá apreciar las circunstancias del hecho lesivo y las calidades morales de la víctima para establecer objetiva y presuntivamente el agravio moral en la órbita reservada de la intimidad del sujeto pasivo. No creemos que el daño moral debe ser objeto de prueba directa pues ello resulta absolutamente imposible, dada la índole del mismo que reside en los más íntimo de la personalidad, aunque se manifieste a veces por signos exteriores que pueden no ser su auténtica expresión. Nadie puede indagar el espíritu de otro tan profundamente como para poder afirmar con certeza la existencia y la intensidad del dolor, la verdad de un padecimiento, la realidad de la angustia o de la decepción."

Por su parte, el prenombrado Javier Tamayo Jaramillo, en su obra "De la Responsabilidad Civil" p.165 señala que "por la naturaleza misma del daño moral este no puede demostrarse mediante las pruebas directas, sino utilizando las indirectas del indicio. En ese sentido, cabría decir que el vínculo de parentesco es un buen indicio para inferir, por demostración indirecta, la existencia del daño moral."

En efecto, acorde con lo expuesto por los precitados autores, no hay posibilidad de prueba directa respecto del daño moral consistente en el dolor físico y el impacto psicológico que habría sufrido los padres de la Señora Lourdes Núñez Navarro quien fallece a consecuencia de la mala prestación de los servicios públicos de salud.

Sobre el daño moral el ex magistrado de la Corte Suprema de Justicia, lastimosamente ya fallecido Doctor Eligio A. Salas, en su ponencia titulada "Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre Daño Moral", señaló lo siguiente:

"...En cuanto a la reparación del daño se indica: "..... En la reparación del daño moral se conjugan o sintetizan la naturaleza resarcitoria que para la víctima tiene la reparación, con la naturaleza sancionatoria que con respecto del ofensor le impone a éste el deber de reparar las consecuencias del acto ilícito del cual es responsable. También es cierto que la reparación del agravio o daño moral debe guardar relación con la magnitud del perjuicio, el dolor o la afección que haya causado, sin dejar de tomar en consideración el factor subjetivo que pudo haberle servido de inspiración al infractor cuando cometió el ilícito. Son esos los factores recogidos por el artículo 1644A del Código Civil cuando señala:

"El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.

Encontrar una adecuada proporción o equivalencia entre la reparación y el daño tratándose de la afectación de bienes extrapatrimoniales ofrece, como es natural, serias dificultades y exige del juzgador poner en juego sus facultades discrecionales de la manera más seria y prudente posible. Para, comenzar se debe considerar la gravedad objetiva de la ofensa y la extensión palpable del agravio. En ese sentido no puede pasar inadvertido que en el presente caso la difamación alcanzó niveles nacionales de divulgación, hasta el punto de que no es extraño ni exagerado pensar que las acusaciones hechas contra el demandante continúan siendo hoy consideradas por muchas personas como ciertas y verdaderas."

Como puede apreciarse, el Ex Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Eligio A. Salas ha señalado que el reconocimiento de una indemnización por daño moral, en favor de los familiares cercanos al fallecido, cuando el resultado del daño haya sido la muerte, es un asunto que hoy no se discute. La dificultad que ofrece demostrar el dolor, las aflicciones, el desprestigio o la indignidad provocada, no significa ni quiere decir que tales padecimientos no sean susceptibles de apreciación pecuniaria, sin que ello implique que tal reparación equivalga a una compensación propiamente dicha. (Citado por Eligio A. Salas, en su ponencia titulada "Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre Daño Moral").

Finalmente, de acuerdo al anterior desglose se concluye que, en definitiva la familia Núñez-Navarro, representadas por el señor Samuel Núñez, tienen derecho a que se le indemnice por los daños y perjuicios sufridos por la pérdida de su hija, Lourdes Núñez Navarro, por un monto total de doscientos veinticinco mil balboas (B/.225,000.00) que corresponde a la sumatoria de todos los daños y perjuicios materiales y morales aceptados por la Sala desglosados de la siguiente manera:

- |                                   |               |
|-----------------------------------|---------------|
| 1. Daño Material (Lucro Cesante): | B/.75,000.00  |
| 2. Daño Moral                     | B/.150,000.00 |

En atención a que se encuentran probados en autos; son pertinentes y están vinculados con la muerte de la Señora Lourdes Núñez Navarro y han sido enmarcados dentro de los parámetros establecidos en la sentencia de 21 de diciembre de 2009 proferida por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, CONDENA AL PATRONATO DEL HOSPITAL SANTO TOMÁS (ESTADO PANAMEÑO) por el mal funcionamiento de los servicios públicos que ocasionaron la muerte de Lourdes Núñez Navarro y ORDENA pagar al señor Samuel Núñez la suma de doscientos veinticinco mil balboas (B/.225,000.00), en concepto de indemnización por daños y perjuicios materiales y morales, causados como consecuencia de la muerte de su hija Lourdes Núñez Navarro.

Notifíquese,

ABEL AUGUSTO ZAMORANO

CECILIO CEDALISE RIQUELME -- LUIS RAMÓN FÁBREGA SÁNCHEZ (Con Salvamento de Voto)