

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRÉS,  
PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA

San Andrés Isla, treinta y uno (31) de Enero dos mil Diecisiete (2017)

MAGISTRADO PONENTE: JESÚS GUILLERMO GUERRERO GONZÁLEZ

Expediente No. 88-001-33-33-001-2014-00007-03

REPARACIÓN DIRECTA

Dte.: HUMBERTO BARRIOS MERCADO Y OTROS

Ddo: CAPRECOM Y OTROS

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por los apoderados judiciales de las partes, contra la sentencia del 09 de marzo de 2016, proferida por el Juzgado Único Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, mediante la cual se dispuso lo siguiente:

“...RESUELVE:

**PRIMERO: DECLÁRASE** administrativamente responsable a la **CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL – CAPRECOM EPS** – por la muerte de la Sra. Ynes María Barrios Mercado el día 13 de septiembre de 2011, acorde con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: CONDÉNASE** a la **CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL – CAPRECOM EPS** – a pagar por concepto de perjuicios morales a cada uno de los demandantes el equivalente en suma de dinero, así:

NIVEL	DEMANDANTE	SMLMV (100%)
1	MARGARITA MERCADO GUERRERO (en representación de su Nieto YOINER LUIS GARCÍA BARRIOS (hijo)	100 SMLMV
1	MARGARITA MERCADO GUERRERO (En Nombre Propio) (madre)	80 SMLMV
1	ARMONIO JESÚS BARRIOS RODRIGUEZ (padre)	70 SMLMV
2	SERGIO LUIS NARVAEZ BARRIOS (hermano)	50 SMLMV
2	HUMBERTO BARRIOS MERCADO (hermano)	50 SMLMV
2	JUAN CARLOS BARRIOS MERCADO (Hermano)	50 SMLMV

Expediente No. 88-001-33-33-001-2014-00007-03  
Reparación Directa  
Dte.: HUMBERTO BARRIOS MERCADO Y OTROS  
Ddo: CAPRECOM Y OTROS

2	CARLOS BARRIOS (Hermano)	ALBERTO MERCADO	50 SMLMV
---	--------------------------------	--------------------	-------------

*Para la efectividad de la condena a favor de la señora Margarita Mercado Duran, se aportará ante la entidad certificación emitida por la Registraduría Nacional del Estado Civil que certifique los cambios en sus apellidos.*

**TERCERO:** *Niégrese la solicitudes (sic) elevadas por CAPRECOM en busca de que los llamados en garantía procedan al reembolso del dinero que por condena aquí se le impone, de acuerdo a lo expuesto en la motiva de la presente providencia.*

**CUARTO:** *Se niegan las demás pretensiones de la demanda.*

**QUINTO: ORDÉNASE** *actualizar y pagar la condena impuesta a la entidad demandada conforme a los términos del artículo 192 del CPACA.*

**SEXTO:-** *Expídanse copias de esta providencia conforme las previsiones de los artículos 114 y 115 del Código General del Proceso.*

**SÉPTIMO:-** *Sin condena en costas.*

**OCTAVO:-** *Niéganse las demás pretensiones de la demanda.*

**NOVENO:-** *Notifíquese personalmente esta providencia al señor Agente Liquidador de CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN. Reconócese personería jurídica a la Dra. JOVEE STEPHANIE PINO GOMEZ, identificada con C.C.No.40.992.946 y T.P.No.188.949, para representar lo intereses de CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN, acorde al poder visible a folio 185 del cuaderno principal del expediente.*

**DÉCIMO:- Acéptase** *la renuncia presentada por la Dra. YAISA CÓRDOBA ZABALA, al poder otorgado por SEGUROS DEL ESTADO S.A., por Secretaría comuníquese a la Aseguradora.*

**UNDÉCIMO:-** *Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría, liquídense los gastos del proceso, y en caso de remanentes, devuélvanse al interesado. Pasados dos (2) años sin que el actor los haya reclamado, la secretaria declarará la prescripción a favor del Consejo Superior de la Judicatura – Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial. Desanótese en los libros correspondientes y archívese el expediente...*

El Juez de primera instancia fundamentó su decisión bajo el entendido que se configuraron los elementos necesarios para la imputación de la responsabilidad a la entidad accionada - CAPRECOM - pues, la entidad le causó a la señora Ynes María Barrios Mercado, daño a la salud con ocasión de la falla del servicio médico en un procedimiento quirúrgico que le fuera realizado, error que produjo su muerte.

Afirma además el A-quo que existe certeza de las afecciones que conllevaron a la muerte de la señora Barrios Mercado y que estas fueron consecuencia de la perforación en el colon que sufriera al haber sido sometida a un procedimiento de histerectomía abdominal total. De igual manera expuso que la falla en el servicio se produjo no solo por la acción sino también por la omisión de los agentes de la entidad condenada al haberle dado de alta sin la valoración de la evolución postquirúrgica; con relación a la responsabilidad del ente departamental adujo que la misma no se configura por cuanto no observó participación alguna en la producción del daño causado a los demandantes.

## ANTECEDENTES

Se sintetizan los hechos de la siguiente manera:

Manifiesta el actor en su escrito de demanda que, siendo el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina propietario del Hospital Amor de Patria, centro de asistencia médica que a la fecha de la ocurrencia de los hechos era el encargado de la prestación del servicio público de salud y estaba concesionado a la Empresa Promotora de Salud CAPRECOM-EPS, con la finalidad que prestara los servicios de salud requeridos en la isla.

Relata que el día 07 de septiembre de 2011, la señora Ynes María Barrios Mercado ingresó al centro hospitalario citado en precedencia a efectos de que se le practicara una histerectomía total como tratamiento contra un cáncer uterino debidamente diagnosticado, procedimiento quirúrgico que se realizó por el equipo de galenos adscritos a la entidad de salud, Dra. Dora Gordon, Dr. Oscar Trujillo, Dr. Rafael Hernández e Ivonne Livingston, siendo dada de alta el 08 de septiembre de 2011.

Describen los actores que, el día 09 de septiembre de 2011, la señora Barrios Mercado, ingresa a sala de urgencias del Hospital con un cuadro clínico de dolor abdominal agudo, informándose a los familiares que será dejada en observación por presentar una infección; el 10 de septiembre del mismo año, la paciente fue ingresada nuevamente a sala de cirugía a fin de explorar la causa que generaba el cuadro clínico presentado, siendo hallado en el nuevo procedimiento quirúrgico una perforación en la cara anterior de colon sigmoide aproximadamente de 15 centímetros del margen anal; sepsis de origen abdominal; peritonitis generalizada e insuficiencia renal aguda; pese a que dicha cirugía estaba dirigida a contrarrestar la infección su estado de salud presentó un profundo deterioro, por tal motivo el 11 de septiembre de la misma anualidad, se dispuso por la entidad dar traslado a la señora a un centro médico de mayor nivel, por lo que tuvo que ser asistida para su desplazamiento a través de un avión ambulancia, durante el vuelo sufrió un paro respiratorio obligando a la aeronave a retornar a la Isla, ingresando por tercera vez al Hospital Departamental en donde falleció a las 10:50 am del mismo día.

Afirma la parte demandante que el deceso de la señora Ynes María Barrios Mercado fue una causa directa de la lesión sufrida en el colon sigmoide en la cirugía practicada por la Dra. Gordon Martínez el día 7 de septiembre de 2011, ya que dicho órgano de la digestión no debió ser tocado en la intervención que se

En virtud de lo establecido en el artículo 153 de la ley 1437 de 2011, esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación contra la sentencia proferida por el Juez Administrativo de San Andrés y Providencia.

## **OBJETO DE LOS RECURSOS**

### **Parte Demandante**

En el caso en concreto la síntesis del sustento del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, se centra en tres supuestos:

i) En primera medida, señala que la decisión objeto del recurso debe cobijar no solo a la entidad condenada Caprecom –Eice-, sino también a la entidad codemandada, Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, sustentando que la entidad condenada solo actuaba como agente prestador del servicio del ente territorial y que como ente público éste es el único que se encuentra facultado y obligado a la prestación del servicio de salud el cual puede realizarlo mediante convenios con otras entidades prestadoras del servicio, lo cual no lo exonera de la responsabilidad de la cual es titular; ii) Afirma que el *a-quo* erró cuando asigna al señor Sergio Luis Narvárez Barrios la calidad de hermano de la señora Ynes Barrios Mercado (q.e.p.d.) cuando en realidad, la calidad probada es la de hijo, afectándose el principio de igualdad en cuanto a los demás descendientes y sus derechos frente al daño probado; iii) Por último, sustenta que la entidad demandada sea condenada en costas al haber sido vencida en la *litis*.

### **Parte Demandada – CAPRECOM EPS-**

Por su lado, la entidad condenada sostiene que si bien existe un daño, ella actuó con diligencia y prontitud, buscando siempre salvaguardar la salud de la occisa, además, no está demostrado que el daño sufrido por la parte accionante, sea la causa eficiente del mismo, siendo que la intervención quirúrgica aunque vincula causalmente al daño no fue el origen de la eficiencia del mismo, sino que es un efecto no previsible o evitable producto de la misma enfermedad sufrida por la señora Barrios Mercado.

## ANALISIS NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DEL DAÑO

### RESPONSABILIDAD ESTATAL

A partir de nuestra Constitución de 1991, la responsabilidad estatal y especialmente con la consagración en el artículo 90 de la misma, del concepto de Daño Antijurídico como fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado, ha reforzado, el criterio de responsabilidad y ha mantenido esa obligación que posee de protección sobre todos los habitantes del territorio nacional, en esta misma línea, el mencionado artículo consagra:

**“ARTICULO 90.** *El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.*

*En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.”*

Bajo este entendido, nos encontramos frente al escenario en que el Estado en ejercicio de su poder público, tiene la obligación constitucional de velar y responder por cualquier daño que éste ocasione a un particular bien sea directamente o que por omisión a su deber aconteció.

En este orden de ideas, el constituyente señaló un procedimiento especial para que cualquier persona que se sienta vulnerado o que crea que el Estado le ocasionó un daño pueda reclamar ante el ente responsable el resarcimiento de su derecho, este medio lo denominó reparación directa, consagrada en el Código de Procedimiento Administrativo y de Contencioso Administrativo así.

**“ARTÍCULO 140. REPARACIÓN DIRECTA.** *En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado.*

*De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma.*

*Las entidades públicas deberán promover la misma pretensión cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública.*

*En todos los casos en los que en la causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se*

*determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño.”*

Teniendo en cuenta lo anterior, y encontrando la Sala que el objeto de alzada de las partes no va direccionado a establecer la existencia del daño puesto que el extremo pasivo dentro de sus intervenciones en cada una de las etapas procesales no desconoció su existencia, por el contrario fue aceptado, sin embargo no considera que el daño en mención se debe endilgar a la entidad accionada (CAPRECOM), en atención que actuó con diligencia y conforme al principio de oportunidad.

Por su lado la parte demandante señala que se debe realizar un análisis de imputabilidad solidaria respecto de las entidades demandadas, solicita la corrección del parentesco con relación a la víctima con la que actuó uno de los demandantes y el pago de las costas por el extremo vencido en la Litis.

Ahora bien, como primera medida esta Sala realizará un análisis normativo del daño a fin de tener claro el concepto para así poder analizar con lucidez la imputación del daño y el nexo de causalidad entre estos y los demás puntos de alzada así:

## **EL DAÑO**

El daño antijurídico ha sido determinado jurisprudencialmente como:

*“el detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia causado a alguien, en su persona, bienes, libertad, honor, afectos, creencias, etc., suponiendo la destrucción o disminución de ventajas o beneficios patrimoniales o extramatrimoniales de que goza un individuo, sin que el ordenamiento jurídico le haya impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carezca de causales de justificación”.<sup>1</sup>*

Lo anterior indica que el concepto de daño antijurídico del cual opera el medio de control impetrado en este caso, abarca no solo un perjuicio o menoscabo que se le causa a una persona como tal, sino también la afectación que se cause a esa persona en sus bienes, sus libertades honor, afectos y creencias, es decir todo lo que de una u otra forma afecte al sujeto íntegro.

Por otro lado el Honorable Consejo de Estado ha señalado respecto del daño lo siguiente<sup>2</sup> :

<sup>1</sup> Consejo de Estado – Sección Tercera. Sentencia del 27 de enero del 2000. C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

<sup>2</sup> Consejo de Estado. sentencia proferida el 5 de agosto de 1994, exp. 8487, actor VICTOR JULIO PARDO, ponente Dr. Carlos Betancur Jaramillo

*"1.- En casos como el presente, en los cuales se imputa responsabilidad a la administración por el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de sus obligaciones, la determinación de si el daño causado al particular tiene el carácter de daño antijurídico, depende de acreditar que la conducta de la autoridad fue inadecuada. Si el daño que se imputa a ésta se deriva del incumplimiento de un deber que legalmente le corresponde, o de su cumplimiento inadecuado, la antijuridicidad del daño surgirá entonces aquí de dicha conducta inadecuada, o lo que es lo mismo, de una FALLA EN EL SERVICIO.*

(...)

*2.- Para determinar si aquí se presentó o no dicha falla del servicio, debe entonces previamente establecerse cuál es el alcance de la obligación legal incumplida o cumplida inadecuadamente por la administración. Debe precisarse en qué forma debió haber cumplido el Estado con su obligación; qué era lo que a ella podía exigírsele; y, sólo si en las circunstancias concretas del caso que se estudia se establece que no obró adecuadamente, esto es, que no lo hizo como una administración diligente, su omisión podrá considerarse como causa del daño cuya reparación se pretende.*

*"La falla de la administración, para que pueda considerarse entonces verdaderamente como causa del perjuicio y comprometa su responsabilidad, no puede ser entonces cualquier tipo de falta. Ella debe ser de tal entidad que, teniendo en cuenta las concretas circunstancias en que debía prestarse el servicio, la conducta de la administración pueda considerarse como "anormalmente deficiente".*

*"No se trata entonces de determinar si el Estado tiene o no recursos para cubrir condenas, como lo afirma el recurrente. Se trata de establecer si, teniendo en cuenta la realidad concreta en la cual se presta un determinado servicio, puede considerarse que dicho servicio fue inadecuadamente prestado y dicha circunstancia así puede considerarse como la causa del daño sufrido por el demandante..."*

Teniendo en cuenta lo anterior, la responsabilidad por falla en el servicio se presenta con ocasión de un menoscabo causado por haberse producido una falla en la prestación de un servicio público, esto es la negligente, inepta, regular, ausencia en la prestación de un servicio del cual se estaba en la obligación de ejecutar.

Por tal motivo, procede esta judicatura a examinar los puntos objeto de esta alzada y así determinar si efectivamente existió una responsabilidad por parte de la entidad condenada, la existencia de una responsabilidad solidaria como lo señala el apoderado demandante o si existe un eximente de responsabilidad tal y como lo afirma la entidad prestadora de salud.

### **1. De la necesaria vinculación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina**

El apoderado demandante expresa que se debió incluir al Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina dentro de la condena por falla del servicio impuesto por el a-quo, resaltando que el artículo 49 de la

Constitución Política deja en su cabeza la responsabilidad de la garantía de la debida prestación del servicio de salud.

Es claro para la Sala que nuestra Constitución Política concibe como derecho fundamental la salud, la cual se consagra en el artículo 49 así:

ARTICULO 49. Modificado por el Acto Legislativo No 02 de 2009. La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.

Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.

*La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.*

*Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad*

Conforme al concepto señalado por nuestra carta magna en principio el derecho a la salud es un derecho de protección fundamental, privilegiado y constitucionalmente protegido que se encuentra en cabeza del Estado, el cual deberá velar por el cumplimiento de la prevención, protección y recuperación de este derecho a todos los habitantes del territorio nacional y a su vez vigilará su prestación cuando se encuentre en cabeza de una entidad privada.

Ahora bien, la norma también nos señala que este servicio se organizará en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.

A su vez el artículo 1 ibídem nos define a Colombia como:

*“un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.*

Por lo anterior, es preciso revisar la figura de la Descentralización, su concepto y las clases, representación que la Corte Constitucional en innumerables sentencias ha señalado como:

"...descentralización consiste en la facultad que se otorga a entidades diferentes del Estado para gobernarse por sí mismas, a través de la radicación de ciertas funciones en sus manos y autonomía significa la capacidad de gestión independiente de los asuntos propios. Etimológicamente, autonomía significa autonomarse, y de ella se derivan las siguientes consecuencias: a. Capacidad de dictar normas; b. Capacidad de la comunidad de designar sus órganos de gobierno; c. Poder de gestión de sus propios intereses y d. Suficiencia financiera para el desempeño de sus competencias..."

"... Existen varios tipos de descentralización, a saber: territorial, funcional o por servicios, por colaboración y, finalmente, por estatuto personal. La descentralización territorial se entiende como el otorgamiento de competencias o funciones administrativas a las entidades territoriales regionales o locales, las cuales se ejecutan en su propio nombre y bajo su propia responsabilidad. La descentralización funcional o por servicios consiste en la asignación de competencias o funciones del Estado a ciertas entidades, que se crean para ejercer una actividad especializada, tales como los establecimientos públicos, las corporaciones autónomas regionales, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta. La descentralización por colaboración se presenta cuando personas privadas ejercen funciones administrativas, v. gr. las Cámaras de Comercio y la Federación Nacional de Cafeteros y, por último, la descentralización por estatuto personal, cuyo concepto fundamental es el destinatario de la norma jurídica. En esta hipótesis, la descentralización se realiza teniendo en cuenta las características distintas de las personas que habitan el territorio del estado. "Pueden dictarse normas, con validez para todo el territorio jurídico, de diferente contenido para hombres de diferentes características, como ser diferente lenguaje, religión, raza, sexo, etc., o inclusive de diferente profesión".<sup>3</sup>

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede establecer que la descentralización consiste en la transferencia, o entrega, de competencias y/o funciones administrativas y recursos, a personas públicas creadas por el poder central del Estado, para que las ejerzan en su propio nombre y bajo su propia responsabilidad, de las cuales se derivan dos tipos, la territorial y por servicios, la primera es la transferencia de competencias y/o funciones y recursos a una persona pública que ejerce su jurisdicción sobre una sección del territorio del Estado, se otorgan competencias y funciones que son propias de la entidad a la cual se descentraliza y la segunda (servicios) es transferencia de competencias y/o funciones y recursos a una persona pública de carácter técnico o especializado, situación fáctica en el caso de marras .

Ahora bien, estos entes territoriales, son los encargados de ejercer las funciones públicas propias de su territorio, las cuales son, entre ellas la prestación de los servicios públicos como lo es la salud y a su vez están taxativamente

---

<sup>3</sup> Sentencia C-1051/01. Referencia: expediente D-3469. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 12 de la ley 53 de 1989. Demandante: Orlando Posada Ruiz. Magistrado Ponente: Dr. JAIME ARAUJO RENTERIA

contempladas en nuestra Constitución Política en su artículo 286 así: *“las entidades territoriales son los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas. La ley podrá darles el carácter de entidades territoriales a las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la Constitución y de la ley.”* Aunado a lo anterior, la ley 80 de 1993, por la cual se expide el estatuto general de contratación de la administración pública, señala que:

*“... 1o. Se denominan entidades estatales:*

*a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el Distrito Capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles...”*

De acuerdo con lo anterior y en la misma línea, con el artículo 287 CN expresa que:

*“las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses y dentro de los límites de la Constitución y la Ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos: 1. “Gobernarse por autoridades propias. 2. Ejercer las competencias que les correspondan. 3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones. 4. Participar en las rentas nacionales”. “La autonomía de las entidades territoriales está limitada por la Constitución y las Leyes”.*

Acorde con lo anterior vemos que las entidades territoriales son personas jurídicas de derecho público que gozan de autonomía para la gestión de sus intereses dentro de los límites de la Constitución y la Ley. En tal virtud, el límite mínimo de la autonomía territorial, garantizado por la Constitución, constituye su núcleo esencial y está integrado por el conjunto de derechos, atribuciones y facultades reconocidas en la Carta Política a las entidades territoriales y a sus autoridades, para el eficiente cumplimiento de las funciones y la prestación de servicios a su cargo. En nuestro medio, el límite máximo lo señala el artículo 1° de la Constitución al establecer que Colombia es una república unitaria que trata de que solo posee un centro de impulsión política y gubernamental por tanto existe un único Estado (representado en la persona jurídica pública de la nación) el cual está organizado en secciones territoriales (representadas por las entidades territoriales) por lo tanto las entidades territoriales no pueden darse su propia Constitución ni sus propias Leyes.

Luego de este análisis normativo y jurisprudencial es notable que las funciones de prestación de servicios públicos, esta obligatoriamente en cabeza del Estado, en esta medida sus entes territoriales están obligados y facultados para administrar, vigilar y prestar estos servicios públicos con el fin de garantizar los derechos fundamentales e impedir arbitrariedades e inconsistencias en la prestación de estos servicios que el ente otorgue a particulares. En cuanto al servicio de salud, las Instituciones Prestadoras de Salud y Entidades promotoras de salud prestan los servicios públicos de salud dando cumplimiento a la política del servicio público las cuales son realizadas directamente por el Estado por medio de las ESE e indirectamente por las IPS privadas y EPS, dándoles potestades administrativas, financieras y técnicas a particulares para la prestación; pero siempre siendo el administrador, coordinador y vigía de la prestación. Desde el punto de vista prestacional, la salud es un servicio público y un fin del Estado, es por ello que:

*“el Sistema General de Seguridad Social en Salud, en su conjunto, es un servicio público esencial. Es además un ‘servicio público obligatorio, cuya dirección, coordinación y control están a cargo del Estado’ (art. 4º, Ley 100 de 1993). En tal sentido el Estado tiene la obligación de crear las reglas necesarias para que las diferentes entidades e instituciones del sector de la salud puedan garantizar efectivamente la prestación de los servicios que sean requeridos por las personas dentro del Sistema de Salud<sup>4</sup>.”*

Aunado a la anterior “La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley<sup>5</sup>.

En esta medida, en nuestra ínsula, la prestación de los servicios de salud se encuentra en cabeza del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, como ya se analizó en párrafos anteriores, es el ente territorial facultado, obligado y titular de la función pública, además es el encargado de que la prestación de los servicios públicos se cumpla cabalmente con los principios y

<sup>4</sup> T-760/ 2008 MP. Manuel José Cepeda Espinosa

<sup>5</sup> Radicación número: 5200012331000199708942-01 (17.866), (18) de febrero de dos mil diez (2.010)  
Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio

normas integrantes del sistema de salud, y que si a bien lo tiene, puede adoptar las medidas y mecanismos que considere necesarios para el pleno cumplimiento y desempeño de estos, entre ellos realizar contratos o convenios con otras entidades en las cuales delegue la prestación de ellos.

Siendo el Estado entonces, el encargado de coordinar, administrar y garantizar la salud por medio del sistema integral de seguridad social, dando cumplimiento al postulado de Colombia como Estado social de derecho, se han dejado claras las obligaciones estatales, luego entonces, la salud, como servicio público debe ser prestado de manera, pronta cumplida y eficazmente por quien tenga la obligación constitucional de hacerlo, en nuestra Isla es el Departamento Archipiélago, tal como se observa en la contestación del ente territorial Fl. 169 a 174).

De otra parte, observa esta Sala que, en el conjunto probatorio la entidad territorial, realizó el convenio interadministrativo No. 07 de 2010, con la Institución Prestadora de Servicios de Salud – CAPRECOM- para que administrara y operara el Hospital Departamental amor de Patria hoy Clarence Lynd Newball<sup>6</sup>, y en el considerando 10 del citado acuerdo interadministrativo se estableció lo siguiente:

*“...10. Que con base en lo anterior, en aras de asegurar el acceso a los servicios de salud de los usuarios en el área de influencia de los Hospitales objeto del presente convenio, y proteger la integridad de los bienes propiedad del Departamento, es pertinente suscribir el presente convenio, cuya finalidad es la administración u operación de los Hospitales Departamentales de San Andrés Islas y Local de Providencia...”*

Claramente se resalta en dicho negocio jurídico la función de administración u operación del establecimiento hospitalario de propiedad del Departamento en cabeza de –CAPRECOM- para que el servicio de salud que obligatoriamente debe prestarse por el ente territorial fuera asumido por la Caja de Previsión Social aquí relacionada, facultad o delegación que realiza con autoridad de la ley, el titular de la prestación del servicio a otras entidades públicas o privadas ejerciendo una vigilancia frente a estas, lo que hace solidariamente responsable al ente territorial.

En cuanto a las Entidades responsables del daño el Consejo de Estado ha dicho:

*“..en tanto la jurisprudencia de la Sala, así como de la Corte Constitucional fue reiterativa en señalar que el servicio de salud constituye función propia del Estado, y que la misma se desarrolla a través de la función administrativa...”*<sup>7</sup>

<sup>6</sup> folio 44 a 46 del expediente

<sup>7</sup> CONSEJO DE ESTADO.SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Bogotá D.C., primero (1) de octubre de dos mil ocho (2008). Radicación número: 25000-23-26-000-1999-01145-01(27268). Actor: LEONEL CEBALLOS GALLO Y

Por otro lado, señaló:

*En cuanto al enunciado normativo contenido en el artículo 2º, cabe decir, en primer lugar, que caracteriza el derecho fundamental a la salud como autónomo e irrenunciable, tanto en lo individual como en lo colectivo. En segundo lugar, manifiesta que comprende los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. En tercer lugar, radica en cabeza del Estado el deber de adoptar políticas que aseguren la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. Finalmente, advierte que la prestación de este servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.<sup>8</sup>*

Todo lo anterior nos señala que el Estado es el encargado de la protección y que se garantice la prestación de los servicios de salud a los habitantes de Colombia, como servicio público y derecho fundamental. Teniendo en cuenta que el Estado puede delegar la prestación de dichos servicios en entidades públicas y privadas para el goce efectivo y el cumplimiento Constitucional del servicio a la salud, no así delegándole la responsabilidad total a éstas, pues la responsabilidad recae en cabeza del Estado y no en sus delegados, aun cuando el Estado, deje de prestar directamente los servicios públicos, sigue siendo el directo responsable, pues al tratarse de actividades colectivas, debe asegurarse una prestación eficiente y una cobertura a todos los ciudadanos.

Ha quedado claro, qué se entiende por servicio público y que es el Estado quien debe prestarlo; por ello el artículo 365 de la Carta Política deja claro que por ser los servicios públicos una finalidad del Estado, recae en él la responsabilidad de su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, otorgándole la posibilidad de entregar la prestación a entidades públicas o particulares, sin delegar la regulación, la vigilancia y el control pues sigue siendo el Estado responsable. Cuando las instituciones encargadas de prestar el servicio de salud son de naturaleza pública, serán órganos pertenecientes a la administración, las que se llamen Empresas Sociales del Estado o cuando son entidades territoriales las que llevan el mando de la prestación del servicio de salud, sus actuaciones serán legalmente vigiladas, aun cuando sean actividades descentralizadas.

Por otro lado, el Estado Colombiano plantea como principios constitucionales la descentralización y autonomía de los entes territoriales y en razón de ello, se

---

OTROS. Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES Y OTRO. Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

<sup>8</sup> Sentencia C-313/14. Referencia: expediente PE-040. Asunto: Revisión constitucional del Proyecto de Ley Estatutaria No. 209 de 2013 Senado y 267 Cámara. Magistrado Ponente: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO. Bogotá D. C., veintinueve (29) de mayo de dos mil catorce (2014)

convierten en prestadores de servicios públicos, siendo el Estado el que presta los servicios de salud por medio de: hospitales públicos (ESES: empresas sociales del Estado), en 3 niveles de complejidad; los hospitales de primer nivel eran administrados por los municipios y los de segundo y tercer nivel por los departamentos. A estos les llegaba una porción de los recursos del sistema general de participaciones (según lo determinó la Ley 715 de 2001<sup>9</sup>) para que garantizaran el Plan de Atención Básica.

Así mismo, el H. Consejo de Estado, expresa:

“ ...

La responsabilidad del Estado por la deficiente prestación del servicio médico, supone que quien acude en procura de este padece una patología o afección que determina su necesidad de acudir a los centros médicos asistenciales. El enfermo o lesionado, tiene derecho a obtener, en esas condiciones, el tratamiento más idóneo disponible y, cuando así no ocurre, el prestador del servicio incurre en responsabilidad derivada de la falencia en la prestación del servicio a su cargo, cuando esta ha determinado la ocurrencia de un daño antijurídico.<sup>10</sup> ...”

De otro lado, la misma Corporación ha sostenido que:

“...5.2. La imputabilidad

La Imputabilidad es la atribución jurídica que se le hace a la entidad pública del daño antijurídico padecido y que por el que en principio estaría en la obligación de responder, bajo cualquiera de los títulos de imputación de los regímenes de responsabilidad, esto es, del subjetivo (falla en el servicio) u objetivo (riesgo excepcional y daño especial)...<sup>11</sup>

Conforme a lo anterior el prestador del servicio de salud es el responsable de las fallas médicas que causen lesiones o daños en la salud de las personas quienes acudan a ejercer su derecho a la salud, en el caso concreto el Departamento

<sup>9</sup> Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros.

<sup>10</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA SUBSECCION B. Consejero ponente: RAMIRO DE JESUS PAZOS GUERRERO. Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil quince (2015). Radicación número: 17001-23-31-000-1998-00667-01(25574) Actor: MELIDA RUBY MAFLA CRIOLLO Y OTROS. Demandado: MUNICIPIO DE ARANZAZU, E.S.E. HOSPITAL DE CALDAS, E.S.E. HOSPITAL SAN VICENTE DE PAUL DE ARANZAZU. Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (APELACION SENTENCIA) Temas: Falla del servicio médico. Historia clínica, omisión de datos relevantes para la atención. / Llamamiento en garantía antes de la vigencia de la Ley 678 de 2001. Culpa grave del agente. Se condena a restituir el 30% de la condena a la entidad pública. / Apelación: perjuicios. Sustentación. Suficiente pedir que se hiciera la liquidación conforme a la jurisprudencia. Reitera fallo de unificación.

<sup>11</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION A. ponente: HERNAN ANDRADE RINCON. Bogotá, D. C, veintiséis (26) de mayo de dos mil once (2011). Radicación: 19001-23-31-000-1998-03400-01(20097). Actor: FLORENTINO MUÑOZ PIAMBA Y OTROS. Demandado: DIRECCION DEPARTAMENTAL DE SALUD DEL CAUCA. Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA. Decide la Sala el recurso de apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia de 12 de enero de 2001 proferida por la Sala de Descongestión- Sede Cali, en la que se negaron las pretensiones de la demanda.

Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina es el ente encargado de esta prestación en la ínsula. Por tanto esta Sala declara prosperó el cargo. Lo anterior también despeja la excepción de la parte demandada referente a la responsabilidad de Caprecom, respondiendo ambas entidades de manera solidaria, uno por ser el ente encargado Constitucionalmente para prestar el servicio (Departamento), y el otro por ser la entidad quien prestó directamente el servicio (Caprecom), quien por su error produjo la muerte de la señora Barrios Mercado.

**2. De la errada condición de hermano de la occisa atribuida al señor Sergio Luis Narváez Barrios, hijo de la señora Ynes Barrios Mercado (q.e.p.d.)**

El apoderado del actor señala que conforme a las pruebas aportadas con la demanda, se observa claramente la condición de hijo del señor Sergio Luis Narváez Barrios y por tanto no hay razón alguna por la que el *a-quo*, lo señale en una condición que no se ha demostrado dentro del proceso y que no ostenta en la vida real, siendo esto un perjuicio para el demandante puesto que el monto de indemnización fue rebajado en un 50% de lo que legalmente le correspondía.

En cuanto a este cargo, sea lo primero recordar la pretensión 2.2.1 De la demanda la cual plasma lo siguiente:

SERGIO LUIS NARVAEZ BARRIOS, hijo de la señora YNES MARÍA BARRIOS MERCADO, indemnización a título de daños morales en cuantía equivalente a CIEN (100) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES.

Observa la Sala, que efectivamente la parte actora, pide dentro de su libelo demandatorio, que se otorgue al señor Sergio Luis Narváez Barrios en su calidad de hijo de la víctima, la suma de cien salarios mínimos legales mensuales vigentes (100 SMLMV); ahora bien, dentro de la parte resolutive de la sentencia recurrida, encuentra esta Corporación que se le otorgó en calidad de hermano al señor Narváez Barrios la suma de cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (segundo numeral – parte resolutive sentencia primera instancia folio 224<sup>a</sup> del cuaderno de apelación).

Sin embargo, conforme a las pruebas aportadas dentro del expediente, se observa que a folio 11 del mismo, obra registro civil de nacimiento del señor Sergio Luis Narváez Barrios en el cual señala como madre a la señora “Inés María Barrios Guerrero” y como padre al señor “Sergio Manuel Narváez Pérez”.

Examinando con detenimiento el registro civil de nacimiento de la directa afectada, se encuentra que la señora Ynes María Barrios Mercado (folio 9 cdno ppal), no concuerda con el nombre que aparece en el registro del señor Narváez Pérez, es decir, pese a que ambas son señoras cuyo primer apellido que ostentan es el de Barrios, poseen inconsistencias, en primer lugar ambos nombres están escritos de manera diferente en los registros civiles puesto que la occisa ostentaba el nombre cuya letra inicial era "y", por su lado la señora que hace alusión la parte actora como madre del demandante comienza con la letra "i", y en segundo lugar, el apellido materno en ambos registros civiles son distintos por cuanto la víctima directa de la falla en el servicio su segundo apellido es "Mercado" y la señora que se encuentra en el registro civil del señor Sergio Luis como madre, tiene como segundo apellido "Guerrero".

Luego si se tiene que el nombre completo de la occisa era YNES MARIA BARRIOS MERCADO (según recertificado de defunción visible a folio 15 del expediente), y el registro civil del señor Narváez señala como madre a la señora INES MARIA BARRIOS GUERRERO, por tanto, no hay compatibilidad entre ambas personas puesto no existe certeza que ambas personas sean una sola.

Por otro lado, tampoco se presume y arroja certeza de ser hermano de la víctima, puesto que los padres de la señora Ynes María Barrios Mercado son Margarita Mercado Guerrero y el señor Armonio Jesús Barrios Rodríguez y los padres que se encuentran en el registro civil del señor Sergio Luis Narváez Barrios son el señor Sergio Manuel Narváez Pérez y la señora Inés María Barrios Guerrero; por lo anterior, la parte actora en su acervo probatorio no arroja certeza a esta Sala sobre la real titularidad del derecho del señor Narváez Barrios como parte demandante del presente asunto, demostrando con los datos señalados con anterioridad, la falta de legitimación en la causa por activa del mencionado al no demostrar vínculo o parentesco consanguíneo o de afinidad con la víctima directa del insuceso.

En este orden de ideas, el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha Señalado lo siguiente:

La falta de legitimación por pasiva, constituye un presupuesto material, referido a la relación sustancial que debe existir entre el demandante y el demandado, y el interés perseguido en el juicio. De faltar dicho presupuesto conduciría obligatoriamente a una sentencia desestimatoria de las pretensiones de la demanda, de ahí que en este caso, se mantendrá la decisión del Tribunal en cuanto negó las súplicas de la demanda frente al

*departamento de Caldas, Dirección Seccional de Salud, Municipio de Salamina y Universidad de Caldas por cuanto dichas entidades no prestaron el servicio de salud por el cual se demanda y como se encuentra ausente el presupuesto relativo a la falta de legitimación por pasiva frente aquellas las pretensiones está llamadas a fracasar.* <sup>12</sup>

Por otro lado, en providencia posterior, la misma corporación recalcó que:

*iii) La legitimación de las víctimas del daño: se reconoce a la víctima directa de la lesión como a su núcleo familiar más cercano, esto es, cónyuge o compañero (a) permanente y los parientes hasta el 1º de consanguinidad, incluida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas "de crianza", en atención a las relaciones de solidaridad y afecto que se presumen entre ellos.*<sup>13</sup>...

Así mismo, resaltó:

*"La legitimación en la causa consiste en la identidad de las personas que figuran como sujetos (por activa o por pasiva) de la pretensión procesal, con las personas a las cuales la ley otorga el derecho para postular determinadas pretensiones. Cuando ella falte bien en el demandante o bien en el demandado, la sentencia no puede ser inhibitoria sino desestimatoria de las pretensiones aducidas, pues querrá decir que quien las adujo o la persona contra las que se adujeron no eran las titulares del derecho o de la obligación correlativa alegada"*<sup>14</sup>

En la misma línea, el reconocimiento de los perjuicios morales hacia el núcleo familiar de la víctima directa, está encaminado hacia el resarcimiento del dolor y sufrimiento que padecieron quienes resultaron afectados psicológicamente por el insuceso, causándoles graves sufrimientos, traumas e inclusive depresión, sin embargo, la calidad de núcleo familiar debe demostrarse dentro del proceso puesto que exclusivamente quien ostente calidad de familiar de la víctima es quien va a ser indemnizados por los daños que se presumen sufrió por la tragedia. Así las cosas, el señor Sergio Luis Narvárez Barrios, no arrojó a esta Sala el grado de certeza que lograra acreditar su calidad de hijo de la víctima por las apreciaciones señaladas en párrafos anteriores, sumado a lo anterior, tampoco acreditó la calidad de hermano, puesto que el registro civil aportado por la parte actora donde constan los datos del demandante, evidencia a padres distintos al de la occisa, razón que lleva a esta Corporación a desechar esta pretensión al carecer de identidad procesal, y por tanto excluir al señor en mención del proceso objeto de alzada.

<sup>12</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN B Consejera Ponente: STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO Bogotá D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil doce (2012) Radicación n.º 22424 Actor: NOHORA CARMENZA GRISALES BLANDÓN Y OTROS Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE SALUD Y OTROS Naturaleza: Reparación directa

<sup>13</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA DOCUMENTO FINAL APROBADO MEDIANTE ACTA DEL 28 DE AGOSTO DE 2014 REFERENTES PARA LA REPARACIÓN DE PERJUICIOS INMATERIALES Documento ordenado mediante Acta No. 23 del 25/sep/2013 con el fin de recopilar la línea jurisprudencial y establecer criterios unificados para la reparación de los perjuicios inmateriales. Olga Mérida Valle de De la Hoz Presidenta de la sección Carlos Alberto Zambrano Barrera Vicepresidente de la Sección Magistrados Jaime Orlando Santofimio Gamboa Enrique Gil Botero Ramiro Pazos Guerrero Stella Conto Díaz del Castillo Hernán Andrade Rincón Danilo Rojas Betancourth Bogotá D.C.

<sup>14</sup> Sentencia del 23 de octubre de 1990. Expediente No. 6054.

### 3. De las costas procesales

El apoderado actor señala que el a-quo debió condenar en costas a la parte vencida puesto que obró de mala fe al tratar de evadir su responsabilidad administrativa por parte del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina al pretender ser excluida de la litis, conducta que se configura como dilatoria y congestiona el aparato jurisdiccional y por parte de Caprecom, su mala fe se evidencia en la falla del servicio en la práctica de las actividades medicas a su cargo, por lo anterior pide a esta judicatura que las demandadas sean condenadas en costas.

Respecto los señalamientos de la parte actora sea lo primero sostener que el concepto de costas está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación y comprende los denominados gastos o expensas del proceso. Pero también hay que decir que existen otros gastos, como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación, pólizas, copias, entre otros.

En este orden de ideas, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), en su artículo 188 no implica la condena de manera automática u objetiva frente a aquel que resultara vencido en el litigio, en esta condena deben observarse una serie de factores, tales como la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre los gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el operador judicial debe ponderar dichas circunstancias y sustentar la decisión.

No obstante lo anterior, en sentencia reciente de la Sección Segunda, Subsección A, con ponencia del consejero William Hernández Gómez, varió aquella posición y acogió el criterio objetivo para la imposición de costas, incluidas las agencias en derecho, al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes como temerarias o de mala fe, se deben valorar aspectos objetivos respecto de la causación de las costas, tal como lo establece el Código General del Proceso, así lo señaló el H. Tribunal Máximo de lo Contencioso Administrativo:<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> Consejo de Estado varía enfoque sobre imposición de costas en procesos administrativos (8:00 a.m.) (Consejo de Estado Sección Segunda, Sentencia 13001233300020130002201 (12912014), 05/04/2016 )-(C.P. William Hernández Gómez).

“... El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos o expensas del proceso llamados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo gastos ordinarios del proceso y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación, pólizas, copias, etc.

Igualmente, el concepto de costas incluye las agencias del derecho que corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora atendiendo a los criterios sentados en los numerales 3° y 4° del artículo 366 del CGP, y que no necesariamente deben corresponder al mismo monto de los honorarios pagados por dicha parte a su abogado<sup>10</sup> los cuales deberán ser fijados contractualmente entre éstos conforme los criterios previstos en el artículo 28 numeral 8.º de la ley 1123 de 2007.

Ahora bien, a raíz de la expedición del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en anteriores oportunidades y en materia de condena en costas, la Subsección A sostuvo que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, no implicaba la condena de manera “automática” u “objetiva”, frente a aquel que resultara vencido en el litigio.

Ello, en consideración a que debían observarse una serie de factores, tales como la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre los gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez debía ponderar dichas circunstancias y sustentar la decisión, existiendo un margen de análisis mínimo en el que el juez evaluara las circunstancias para imponerla, o no.

Sin embargo, en esta oportunidad la Subsección A varía aquella posición y acoge el criterio objetivo para la imposición de costas (incluidas las agencias en derecho) al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe). Se deben valorar aspectos objetivos respecto de la causación de las costas, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365. Las razones son las siguientes:

a- El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, regula que tratándose de costas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la sentencia el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público. Asimismo, que la liquidación y ejecución se rigen por lo dispuesto en el Código de procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso, artículo 365.

b- De la lectura del artículo 365 en comento, se observa que varias de las situaciones por las que se impone el pago de las costas del proceso, están relacionadas con el hecho de que una de las partes resultó vencida en el juicio, sin que para tal efecto se indique que adicionalmente debe verificarse mala fe o temeridad como lo refiere la postura anteriormente adoptada y que aquí se substituye.

c- En efecto, la evolución normativa de este concepto en nuestra legislación, específicamente en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, permite resaltar tres etapas bien definidas y diferenciadas: **Una primera etapa de prohibición, la segunda de regulación con criterio subjetivo, y la última de regulación con criterio objetivo.** Veamos los detalles:

a. **Prohibición de condena en costas al Estado:** Consagrada originalmente en el artículo 171 del Decreto 01 de 1984, conocido como Código Contencioso Administrativo, que prohibía la condena en costas al Estado, aunque sí autorizaba la condena en costas al particular vencido, incluso en incidentes, salvo en nulidad y electorales. Este criterio armonizaba con el antiguo inciso 2º del numeral 1º del artículo 392 del CPC, modificado por el Decreto 2289 de 1989 artículo 1 numeral 198, lo que luego derogó la Ley 794 de 2003 artículo 42.

b. **Autorización de condena en costas, con criterio subjetivo.** La Ley 446 de 1998, al modificar el original artículo 171, consagró una norma que autorizó la condena en costas, previa evaluación del juez de la conducta asumida por las partes<sup>19</sup>. Lo novedoso de la reforma fue la terminación del privilegio histórico que se le había conferido al Estado, el cual no podía ser condenado al pago de costas en el litigio...

... c. **La condena en costas con criterio objetivo.** El CPACA adoptó la misma línea del CPC y CGP en el sentido de acoger el criterio objetivo para la condena en costas. Veamos las normas que lo consagran:

i. El artículo 178 que se refiere a condena en costas en los casos del desistimiento tácito.

ii. El artículo 188 que regula la condena en costas cuando se trate de sentencias, salvo en los procesos en los que se ventile un interés público.

iii. El artículo 267, regula que en caso de que fuere desestimado el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, se condenará en costas al recurrente.

iv. El artículo 268, regula la condena en costas en caso de que alguno de los recurrentes desista del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, salvo que se interponga ante el Tribunal antes de haberse enviado al Consejo de Estado. Las reglas previstas en los literales 1, 3 y 4 de la anterior relación, permiten interpretar el enunciado deóntico "**dispondrá**" que consagra el artículo 188 *ibídem*, el cual puede asimilarse al enunciado "decidirá", lo que necesariamente lleva a señalar que se supera el criterio optativo propio del criterio subjetivo, para avanzar hacia la condena en costas por un criterio valorativo, con base en los presupuestos objetivos reseñados por la legislación procesal civil.

En efecto, desaparece de la actual regulación la obligación de tener "[...] en cuenta la conducta asumida por las partes [...]". **Es decir, en este caso el legislador introduce una modificación en la redacción que no puede pasar desapercibida para el intérprete, dada la misma evolución normativa y jurisprudencial ya reseñada.**

d- Por su parte, el artículo 365 del CGP que fue objeto de análisis por la Corte Constitucional en sentencia C-157 de 21 de marzo de 2013, ratificó el criterio objetivo valorativo de la norma, al señalar lo siguiente:

"[...] La condena en costas **no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada**, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto en el artículo 365.

Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366, se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, **siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley.** De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra. [...]" (negrillas fuera de texto)

e- En virtud de lo anterior y conforme la evolución normativa del tema, puede concluirse que el legislador cambió su posición al respecto<sup>23</sup>, para regular la condena en costas a ambas partes en la jurisdicción de lo contencioso administrativo con un criterio netamente objetivo, excepto en cuanto corresponda a los procesos en los que se ventile un interés público, en los cuales está legalmente prohibida la condena en costas.

f- Esta postura fue adoptada recientemente por la Corporación en sede de tutela, decisión que se transcribe in extenso por ser perfectamente aplicable puesto que corrobora el criterio objetivo en la materia...

... El análisis anterior permite las siguientes conclusiones básicas sobre las costas:

a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio "subjetivo" –CCA- a uno "objetivo valorativo" –CPACA-.

b) Se concluye que es "objetivo" porque en toda sentencia se "dispondrá" sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

c) Sin embargo, se le califica de "valorativo" porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su

*comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.*

*d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).*

*e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.*

*f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP27, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.*

*g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia..."*

Del anterior análisis normativo y jurisprudencial que realiza el H. Consejo de Estado, en la cual impone una nueva línea frente a la condena en costas, haciendo énfasis en su criterio objetivo y en el análisis probatorio que realizan los Dispensadores de justicia para realizar dicha condena, por lo anterior esta Sala acoge el criterio objetivo del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo respecto a la condena en costas, por lo anterior, accederá al cargo tercero de esta alzada declarándola próspera por las razones antedichas e impondrá la condena en costas de acuerdo al artículo 188 del CPACA. De igual manera se condenara en agencias en derecho a la parte vencida, las cuales se fijan en 2% de las pretensiones reconocidas. Por secretaria liquídense las mismas.

Por último, el recuso expuesto por la parte demanda CAPRECOM-, no está llamada a prosperar, por cuanto considera esta Judicatura quedó demostrado en el material probatorio arrimado a este proceso la falla en la prestación del servicio-error médico indicando que la causa de la muerte de la señora Barrios Mercado, fue consecuencia de la perforación en el colon que sufriera al momento de la realización del procedimiento quirúrgico de histerectomía abdominal total más liberación de adherencias peridural, permitiendo establecer que la falla ocurrida no fue solo por acción sino también por omisión.

Por lo anterior, esta Sala se encuentra de acuerdo con los argumentos expuestos por el Juez de instancia, al considerar que si se configuró el daño antijurídico consistente en la vulneración del derecho a la vida de la señora Barrios Mercado.

Teniendo en cuenta todos los argumentos expuestos anteriormente ésta Judicatura modificará el fallo del 09 de marzo de 2016 proferido por el Juzgado Único Administrativo de San Andrés.

### **Condena en Costas en segunda instancia**

La Sala condenará en costas en esta instancia a la parte vencida, con fundamento en la Jurisprudencia y la ley enunciada anteriormente. Por secretaría liquidense las mismas. Equivalentes al 1%.

Finalmente, la Magistrada Noemí Carreño Corpus, integrante de esta Sala de Decisión, manifestó encontrarse inmersa en causal de impedimento por cuanto el apoderado de la parte accionante, el Dr. Alejandro Osuna Gutiérrez, es su cónyuge, situación que encuentra asidero en la causal de impedimento alegada, por lo tanto se procederá a su separación del conocimiento del proceso de la referencia.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, SALA DE DECISIÓN**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **FALLA:**

**PRIMERO: MODIFIQUESE**, el numeral primero de la sentencia del 09 de Marzo de 2016 proferida por el Juzgado Único Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, el cual quedará así:

***PRIMERO: DECLÁRASE** administrativamente responsable a la **CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL – CAPRECOM EPS –** y al **DEPARTAMENTO ARCHIPIELAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA** por la muerte de la Sra. Ynes María Barrios Mercado el día 13 de septiembre de 2011, acorde con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

**SEGUNDO: MODIFIQUESE**, el numeral segundo de la sentencia del 09 de Marzo de 2016 proferida por el Juzgado Único Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en cuanto a la exclusión del señor Sergio Luis Narváz Barrios del proceso de alzada el cual quedará así:

***SEGUNDO: CONDÉNASE** a la **CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL – CAPRECOM EPS –** y al **DEPARTAMENTO ARCHIPIELAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA** a pagar por concepto de perjuicios morales a cada uno de los demandantes el equivalente en suma de dinero, así:*

NIVEL	DEMANDANTE	SMLMV (100%)
1	MARGARITA MERCADO GUERRERO (en representación de su Nieto YOINER LUIS GARCÍA BARRIOS (hijo)	100 SMLMV
1	MARGARITA MERCADO GUERRERO (En Nombre Propio) (madre)	80 SMLMV
1	ARMONIO JESÚS BARRIOS RODRIGUEZ (padre)	70 SMLMV
2	HUMBERTO BARRIOS MERCADO (hermano)	50 SMLMV
2	JUAN CARLOS BARRIOS MERCADO (Hermano)	50 SMLMV
2	CARLOS ALBERTO BARRIOS MERCADO (Hermano)	50 SMLMV

*Para la efectividad de la condena a favor de la señora Margarita Mercado Duran, se aportará ante la entidad certificación emitida por la Registraduría Nacional del Estado Civil que certifique los cambios en sus apellidos.*

**TERCERO: MODIFIQUESE**, el numeral Séptimo de la sentencia del 09 de Marzo de 2016 proferida por el Juzgado Único Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, el cual quedará así:

**SÉPTIMO:-** *Condénase en costas a las entidades condenadas CAPRECOM EPS Y al Departamento Archipiélago De San Andrés Providencia y Santa Catalina. Por lo anterior y de conformidad con el artículo 188 del CPACA, y en agencias en derecho, las cuales se fijan en 2% de las pretensiones reconocidas. Por secretaria liquidense.*

**CUARTO:** Condenase en esta instancia en costas a las entidades condenadas CAPRECOM ICE Y al Departamento Archipiélago De San Andrés Providencia y Santa Catalina. Por lo anterior y de conformidad con el artículo 188 del CPACA, y en agencias en derecho, las cuales se fijan en 1% de las pretensiones reconocidas. Por secretaria liquidense.

**QUINTO:** Una vez ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente previas las anotaciones del caso.

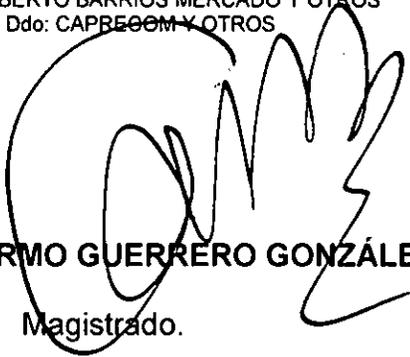
**SEXTO: ACÉPTESE** el impedimento elevado por la Honorable Magistrada, Noemí Carreño Corpus.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE**

Se deja constancia que el anterior fallo fue discutido y aprobado en Sala de Decisión de la fecha.

335

Expediente No. 88-001-33-33-001-2014-00007-03  
Reparación Directa  
Dte.: HUMBERTO BARRIOS MERCADO Y OTROS  
Ddo: CAPRECOM Y OTROS



**JESÚS GUILLERMO GUERRERO GONZÁLEZ**

Magistrado.

**NOEMÍ CARREÑO CORPUS**

Magistrada - Impedida



**JOSE MARÍA MOW HERRERA**

Magistrado