

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Por falla multisistémica del servicio médico por infección intrahospitalaria / FALLA DEL SERVICIO MEDICO INTRAHOSPITALARIO - Por presentar paciente foco infeccioso nosocomial séptico postoperatorio / FALLA MULTISISTEMICA DEL SERVICIO MEDICO EN POSTOPERATORIO – Por permitir que progresaran procesos infecciosos en paciente después de neurocirugía / FALLA DEL SERVICIO MEDICO ASISTENCIAL – Por contraer paciente infección nosocomial o intrahospitalaria / DAÑO ANTIJURIDICO - Muerte de paciente por neumonía nosocomial intervenido quirúrgicamente por neurocirugía en Hospital Militar Central / MUERTE DE PACIENTE – Por falla médica asistencial de centro hospitalario por complicaciones posquirúrgicas

Se tiene por probado que después de la neurocirugía practicada, el señor Enrique Arias sufrió complicaciones respiratorias y graves procesos infecciosos. También se sabe que el paciente murió el 23 de mayo de 1993 como consecuencia de una neumonía nosocomial y complicaciones derivadas de ésta como la falla multisistémica, subsiguiente a la progresión de la infección. Lo acontecido durante el tórpido post-operatorio quedó detalladamente registrado en la historia clínica

RECURSO DE APELACION - Competencia / COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO - Conoce de procesos de reparación directa con vocación de segunda instancia de sentencias dictadas por tribunales / VOCACION DE DOBLE INSTANCIA EN ACCION DE REPARACION DIRECTA - Cuando pretensión mayor supera cuantía dispuesta para tal efecto

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el ocho 8 de febrero de 2001 por la Subsección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca por cuanto la pretensión mayor excede la cuantía mínima exigida para que proceda la doble instancia ante esta Corporación, en aplicación del Decreto 597 de 1988, vigente en la época de presentación de la demanda.

PRUEBA PERICIAL DE OFICIO - Acreditó que detección y tratamiento de neumonía nosocomial fueron tardíos / PRUEBA PERICIAL DE OFICIO - Permite concluir que las complicaciones del paciente no obedecieron a falta de cuidado del personal sanitario

Valorada la historia clínica y las pruebas testimoniales, a la luz de los dictámenes técnicos solicitados de oficio en primera y segunda instancia, la Sala concluye que, si bien es cierto que la detección y tratamiento de la neumonía nosocomial fueron tardíos, la prueba de esta circunstancia no parece conducir a la conclusión de que las complicaciones sufridas fueron consecuencia de la falta de cuidado por parte del personal sanitario o de que la evolución de la patología hubiese sido sustancialmente diferente en caso de haber iniciado el tratamiento antibiótico con antelación. Más aún, los peritos consultados han sido explícitos en declarar que, salvo la demora anotada en el diagnóstico, la actuación del personal médico fue, en términos generales, adecuada, al paso que desestimaron las consideraciones de la parte actora sobre la necesidad de haber atendido al señor Arias García en una unidad especial para pacientes en posoperatorio por neurocirugía.

FALLA PROBADA EN LA PRESTACION DEL SERVICIO MEDICO – Conlleva a la responsabilidad médica / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO – Se configura por diagnóstico tardío del servicio médico hospitalario

A la luz de la concepción tradicional de la responsabilidad médica como un subproducto de la falla (probada o presunta) en la prestación del servicio, los supuestos expuestos y probados darían lugar a condenar al Estado por el diagnóstico tardío de la neumonía nosocomial, entendida esta como una falla constitutiva de un daño antijurídico autónomo, pero en ningún caso justificaría la imputación de los daños derivados de la muerte de señor Arias Giraldo pues, como se puso de manifiesto ad supra, no existe prueba de que ésta esté causalmente vinculada a un acto defectuoso o una omisión por parte de la entidad demandada.

RESPONSABILIDAD MEDICA - Vinculada a la falla en la prestación del servicio de salud no puede constituirse en principio absoluto y excluyente / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DEFECTO EN ACTUACION DE SERVIDOR PUBLICO - Según la Carta Política el daño antijurídico es el fundamento y título supremo del deber de reparar por la desproporción objetiva de las cargas jurídicas

Es de notar, sin embargo, que la vinculación de la responsabilidad médica a la falla en la prestación del servicio de salud, no puede constituirse en principio absoluto y excluyente. Lo anterior debido a que la Carta Política de 1991 abandona explícitamente el entendimiento de la responsabilidad estatal como consecuencia del defecto en la actuación del servidor público y en su lugar sitúa al daño antijurídico como fundamento y título supremo del deber de reparar. La antijuridicidad que califica al daño, se ha de aclarar, no deviene de la injusticia subjetiva del agente que lo causa, sino de la desproporción objetiva de las cargas jurídicas. En este sentido, se entiende que, dentro del esquema de responsabilidad aceptado y previsto por el Constituyente, la responsabilidad estatal se predica en que la actuación de los agentes públicos imponga a alguien una carga que exceda lo que razonablemente está llamado a soportar, aun cuando no medie actuación irregular en su causación.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DAÑOS EN LA PRESTACION DEL SERVICIO MEDICO – El juez debe cuestionar la proporcionalidad del daño y entenderlo como una de las cargas que debe soportar el afectado / DAÑO SUFRIDO POR ATENCION MEDICO SANITARIA – Pueden considerarse desproporcionados aun dentro de culpa o falla en el servicio

En lo que respecta a la valoración de la responsabilidad estatal por daños ocurridos en el contexto de la prestación del servicio médico, el juez está llamado a cuestionar la proporcionalidad del daño, esto es, entenderlo como una de las cargas que el afectado está llamado a soportar. Ahora bien, es cierto que en la mayor parte de los casos la razón para considerar que el daño excede lo que razonablemente debe ser asumido radica en la naturaleza defectuosa de la acción que lo ha causado y en el principio general de que nadie está llamado a asumir la carga de la negligencia y la mala fe ajena. Sin embargo, al lado de este supuesto común, la jurisprudencia ha venido señalando otros casos en los que los daños sufridos por la víctima, dentro del contexto de la atención médico sanitaria, pueden ser considerados desproporcionados, aún por fuera de los supuestos que permiten subsumir a la acción causal dentro de categorías como la culpa o la falla en el servicio.

DAÑOS QUE DEBE ASUMIR EL PACIENTE – Como titular de la vida y la salud se arroga la carga de la natural precariedad de estos bienes

Exige explicitar, como primera medida, cuáles son los daños que por definición debe asumir el paciente. A este respecto, ha de regir el principio de que, por regla general, el titular del bien jurídico asume los riesgos inherentes al mismo, de modo que quien es titular de la vida y la salud asume también, en principio, la carga que se deriva íntegramente de la natural precariedad de estos bienes. Ello significa, a su vez, que no se considera jurídicamente relevante aquel daño que no obedece, directa o indirectamente, a una agencia externa o exógena, derivándose únicamente de factores endógenos.

DERECHOS DEL PACIENTE - A recibir el mejor tratamiento posible / DERECHOS DEL PACIENTE - Cuando media consentimiento comporta la asunción de riesgos inherentes al tratamiento y lo exime de ser privado del mismo / DERECHOS DEL PACIENTE - No puede ser prestado tratamiento por debajo de estándares de la lex artis

Al hacerse usuario de la atención médica, el paciente adquiere el derecho a recibir el mejor tratamiento posible. Cuando media consentimiento, ello comporta, en principio, la asunción de los riesgos inherentes al tratamiento, dentro de los cuales se encuentran el fracaso terapéutico y ciertos efectos secundarios adversos y a la vez exime de la carga de soportar las consecuencias de la privación del tratamiento, así como la prestación del mismo por debajo de los estándares de la lex artis. Estos efectos, que escapan de la órbita de lo que paciente está llamado a soportar incluyen tanto la progresión de una condición patológica curable, en el caso concreto como la aparición de nuevas patologías o secuelas.

ASUNCION DEL RIESGO IATROGENICO – Daño en la salud causado por acto médico / ASUNCION DEL RIESGO - No existe sino se explica clara y específicamente al paciente / GRADACION DEL CONSENTIMIENTO - No comporta asunción plena del riesgo / CONSENTIMIENTO INFORMADO – Aún en frente a la acción terapéutica mengua en su perfección cuando negarse a la acción médica comportaría el detrimento irreversible de un bien fundamental, la vida / ASUNCION DEL RIESGO - No tiene valor absoluto, si concurren otras circunstancias se declara la desproporcionalidad e irracionalidad de que la carga del riesgo recaiga sobre el paciente

El enunciado general de la asunción consentida del riesgo iatrogénico, aquí enunciado, está sometido también a matizaciones y aclaraciones. En primer lugar, se ha de entender que el consentimiento, en tanto acto de la voluntad dependiente de la advertencia previa, no es más que aparente cuando no existe claridad sobre el riesgo que se asume, de modo que no hay asunción del riesgo cuando éste no se ha explicado clara y específicamente al paciente. En segundo lugar, se ha de entender que el consentimiento admite gradación, de modo que el consentimiento menos perfecto no puede comportar una asunción plena del riesgo. En tercer lugar, se ha de entender que la perfección del consentimiento disminuye en la medida en que aumenta la necesidad y, consecuentemente, disminuye la posibilidad de elección. Esto es relevante por cuanto, el consentimiento, aún informado frente a la acción terapéutica, mengua en su perfección cuando negarse a la acción médica comportaría necesariamente el detrimento irreversible de un bien fundamental. Así, pues, se ha de suponer que el consentimiento tiene menor perfección, cuando el “costo” de rechazar la intervención consiste en la pérdida de la vida o de toda esperanza de curación y en este sentido, en tales supuestos, cabe relativizar la asunción del riesgo. Se trata de eventos en los que, sin ser necesaria la conclusión de que no opera la asunción del riesgo, se entiende que ésta última no tiene un valor absoluto, de modo que, si concurren otras

circunstancias, cabe declarar la desproporcionalidad e irracionalidad de que la carga del riesgo recaiga enteramente sobre el paciente.

TITULAR DEL RIESGO – Es el paciente por ser beneficiario directo y principal del efecto curativo o paliativo / RIESGOS AL PACIENTE – No se le pueden atribuir aceptando formas objetivas de imputación, ni en aplicación de políticas sanitarias

En cuanto a la determinación del titular, se parte de la premisa de que el riesgo ha de ser asumido por el beneficiario principal del acto. Así, en principio, cabría esperar que el paciente, en tanto beneficiario directo y principal del efecto curativo o paliativo, sea quien asuma el riesgo. Se observa, sin embargo que en algunos casos, la actuación en salud, se orienta tanto al beneficio general como a la preservación del interés público. El caso paradigmático de esta índole de acciones en las que es discernible el doble beneficio es el de la vacunación obligatoria, supuesto en el que si bien la acción redundante en la protección del inmunizado frente a posibles enfermedades, la comunidad, en general, resulta favorecida, en cuanto la inmunización colectiva previene las epidemias y eleva los niveles de salud pública. Tratándose de estas dimensiones de la medicina, orientadas a la optimización de los niveles generales de la salud, la Sala ha aceptado que en estos casos no resulta razonable atribuir los riesgos al paciente, aceptándose así formas objetivas de imputación. Así, por ejemplo, en sentencia de 28 de septiembre de 2012 esta Sala aceptó explícitamente la posibilidad de imputación al margen de la culpa o la falla y justificó así la procedencia de esta especie de responsabilidad, en la doctrina y el derecho foráneo.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO POR INFECCIONES NOSOCOMIALES – Es asociada a la atención de salud / INFECCIONES NOSOCOMIALES O INTRAHOSPITALARIAS – Concepto

Se trata, pues de un concepto amplio dentro del cual se incluyen diversas patologías, cuyo denominador común es el hecho de haberse adquirido por causa y con ocasión del tratamiento médico. Ahora bien, para efectos de determinar las consecuencias jurídicas de las mismas, es preciso destacar que dentro del amplio concepto de infección asociada a la atención en salud cabe incluir a aquellas patologías que son causadas por agentes endógenos a la flora normal del paciente, como ocurre en el caso de los microorganismos presentes en el tracto intestinal. Así, por ejemplo, puede darse el caso de que a causa de la ruptura de las barreras orgánicas naturales durante un tratamiento médico, los microorganismos presentes en una parte del cuerpo, como el tracto intestinal causen daños en otra. Estos casos, aunque técnicamente pueden ser clasificados dentro del concepto médico de infección intrahospitalaria, han de carecer de relevancia jurídica frente a la determinación de la responsabilidad en la medida en que, no existe una causa propiamente externa, no se puede entender generada por el prestador del servicio de salud. De este modo, el concepto jurídico de infección nosocomial se ha de entender restringido a la infección exógena.

FACTORES EN LA TRANSMISION Y DESARROLLO DE LAS INFECCIONES NOSOCOMIALES - Clasificación / FACTORES DE INFECCIONES NOSOCOMIALES - Agente microbiano, ambientales, vulnerabilidad de pacientes y resistencia bacteriana

NOTA DE RELATORIA: Organización Mundial de la Salud. Prevención de las infecciones nosocomiales. Guía práctica 2003, páginas 2 y 3

LITERATURA MEDICA SOBRE MEDIDAS ASEPTICAS Y DE PREVENCION – Se puede disminuir casos de infección nosocomial, pero no es posible erradicar este riesgo, aún observando las medidas prudenciales

De la revisión de la literatura médica se llega a la conclusión de que si bien la adopción de medidas asépticas y de prevención puede disminuir notablemente los casos de infección nosocomial o asociada a la atención en salud, en términos absolutos, no es posible erradicar este riesgo, aun observando todas las medidas prudenciales. (...) Esta circunstancia ha sido puesta de relieve por varias voces de la comunidad médica como reacción a la reciente jurisprudencia en materia de infecciones nosocomiales.

INFECCIONES NOSOCOMIALES – Conclusiones

a) Las infecciones nosocomiales constituyen eventos adversos inherentes al funcionamiento del sistema actual de salud, cuya ocurrencia puede ser reducida significativamente mediante la implementación de estrategias preventivas pero no puede ser totalmente eliminada, al menos en las actuales condiciones científicas. b) Las probabilidades de contraer una enfermedad nosocomial aumentan proporcionalmente a la vulnerabilidad biológica del paciente. Se ha de tener, en cuenta, sin embargo, que, aun cuando hay sujetos que están mayormente expuestos al riesgo de la enfermedad nosocomial, nadie está del todo excluido del mismo, a no ser que renuncie por completo a todo contacto con el actual sistema de salud. c) Los ambientes hospitalarios (así como otros escenarios de la atención de salud en el actual sistema, tales como consultorios) son focos que incrementan la posibilidad de contagio, incluso en circunstancias de adecuada asepsia. d) Que el uso de medicamentos antimicrobianos, sin los cuales sería inconcebible el funcionamiento del sistema de salud, disminuye las probabilidades de éxito en el tratamiento de las infecciones asociadas a la atención en salud.

RELATIVIZACION DE ASUNCION DEL RIESGO – Razones / CONSENTIMIENTO INFORMADO FRENTE AL RIESGO NOSOCOMIAL – No puede reputarse perfecto, se predica de todo el sistema de salud / PRINCIPIO DE LA ASUNCION DEL RIESGO FRENTE A ENFERMEDADES NOSOCOMIALES – Debe relativizarse con la posibilidad de no llegarse a aplicar si se dan otras circunstancias, que demuestran la desproporcionalidad de la carga nosocomial

En primer lugar hay que tener en cuenta que el consentimiento, aún informado, que se presta frente al riesgo nosocomial no puede reputarse perfecto. En efecto, el riesgo de contraer este tipo de infecciones no está circunscrito a una intervención concreta sino que se predica de la existencia y el funcionamiento de todo el sistema de salud. Quien quisiera eliminar por completo el riesgo de contraer este tipo de patologías debería necesariamente mantenerse al margen de todo el sistema de atención en salud, con sus componentes hospitalarios y con prácticas tales como el uso de antibióticos que, a la larga, fomentan la resistencia bacteriana (aunque es menester reconocer que este fenómeno también está vinculado a la automedicación).(...) dado que dentro del contexto de la sociedad occidental moderna, aislarse del sistema de salud (con sus componentes hospitalarios y farmacológicos) supone renunciar de alguna manera a la posibilidad de proteger los bienes básicos de la vida y la salud, así como de paliar el sufrimiento, en aquellos casos en los que la cura no es posible, es lícito inferir que el consentimiento del paciente está, de alguna manera, movido por la necesidad absoluta de preservar esos bienes. Y es que, cuando la disyuntiva consiste en aceptar el tratamiento, la muerte segura o la renuncia a la curación, la

posibilidad de elegir, sin desaparecer, sí se ve significativamente reducida. En virtud de lo anterior, frente a las enfermedades nosocomiales, el principio de la asunción del riesgo por el consentimiento debe relativizarse, con la posibilidad de no llegarse a aplicar, si se dan otras circunstancias que, en conjunción con la antedicha imperfección, demuestren la desproporcionalidad de la carga nosocomial.

ASUNCION DE DAÑOS POR INFECCION NOSOCOMIAL – No se explica exclusivamente por inferioridad biológica del sujeto, sino que son víctimas potenciales todos los usuarios del sistema de salud aunque en apariencia no presenten factor de riesgo

La segunda y más importante razón por la cual parece desproporcionado esperar la completa asunción de los daños causados por la infección nosocomial, radica en que, con excepción de las infecciones totalmente endógenas, el riesgo nosocomial no se explica exclusivamente por la inferioridad biológica del sujeto. Por una parte, aunque es cierto que existen individuos más vulnerables a esta clase de infecciones –pacientes inmunosuprimidos, niños, ancianos, personas con problemas de salud previos, etc.- no es cierto que únicamente estas personas sean susceptibles de padecer esta clase de enfermedades. Por el contrario, aunque no todos tengan el mismo riesgo de contagio, todos los usuarios del sistema de salud, incluyendo a aquellos que en apariencia no presentan ningún factor de riesgo, son víctimas potenciales de las infecciones intrahospitalarias. En este sentido, se ha de entender que, si bien la medicina no se puede considerar una “actividad peligrosa”, sí conlleva un riesgo objetivo, como cualquier actividad humana.

RIESGO DE INFECCION NOSOCOMIAL – Se cierne sobre la colectividad en general

Aun cuando está comprobado que el riesgo de infección nosocomial puede disminuir significativamente, hasta el punto de ser realmente bajo, lo cierto es que hasta el momento no se conoce ninguna medida preventiva que elimine por completo el riesgo. De este modo, el funcionamiento mismo del sistema de salud implica la aceptación de que eventualmente alguien resultará infectado. Se trata de un riesgo que se cierne sobre la colectividad en general, pero del cual toda la comunidad se beneficia. Cabría suponer, en efecto, que una sociedad que prescindiera por completo del uso de antibióticos tendría menores índices de resistencia bacteriana, pero en ese mismo supuesto cabría esperar que las muertes por enfermedades curables se dispararan. Igualmente, se podría suponer que una sociedad en la que no existen hospitales, ni salas de cuidados intensivos, ni operaciones consideradas riesgosas, no presentara enfermedades intrahospitalarias, pero en ese escenario, tampoco cabría esperar los beneficios que los adelantos de la ciencia médica ofrecen.

RIESGO SOCIAL – No es proporcionado ni justo que aquellos que resultan infectados tengan la carga de soportarlo, se exime al damnificado de la asunción total del mismo

La existencia del sistema de salud moderno, propio de la sociedad occidental industrializada, es inescindible de numerosos beneficios y unos cuantos riesgos a los cuales todos se encuentran expuestos, aunque no en la misma medida. Se aclara, sin embargo, que lo anterior no hace de la medicina una “actividad naturalmente peligrosa” ya que no implica un riesgo desproporcionado. Dicho lo anterior, se debe resaltar que si una actividad que beneficia a toda la comunidad

lleva implícito un riesgo social que sólo se ha de concretar en algunos casos, no es proporcionado, ni en consecuencia justo, suponer que solo aquellos que de hecho resultan infectados tienen la carga de soportar lo que en esencia es un riesgo social. En este sentido, cabe aplicar los principios contenidos en la jurisprudencia reciente en materia de vacunación obligatoria, según los cuales, como ya se enunció, el hecho de que la acción causante del perjuicio responda a la necesidad de garantizar la salubridad pública, exime al damnificado de la asunción total del riesgo, aun cuando sea innegable que la acción también se proyectara en su beneficio propio.

RIESGO PUBLICO - Se concreta en quienes están en situación de mayor vulnerabilidad, premisa incompatible con el principio de solidaridad / PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD – Resulta determinante para declarar la desproporcionalidad de la regla de asunción del riesgo del paciente / PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD – Genera una exigencia de adopción de medidas sistemáticas y diseño de rutas institucionales que permita hacer justo y eficaz el riesgo social

Vale la pena resaltar que quienes están más expuestos a la concreción del riesgo público, son justamente quienes se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad, siendo algunos de ellos sujetos de especial protección constitucional (cfr. niños, ancianos, pacientes crónicos). Así las cosas, la proposición de que el riesgo público debe ser asumido por aquellos que sufren su concreción, lleva implícita la aceptación de que, en términos generales, los sujetos más débiles y vulnerables de la sociedad han de asumir la mayor parte del costo social de un sistema que a todos beneficia. Esta premisa es, por definición incompatible, con el modelo de Estado Social de Derecho, consagrado por la Carta Política de 1991. Ésta, fundada sobre el principio de solidaridad, dispone que la sociedad entera asuma las cargas excesivamente onerosas para sus miembros más débiles, exigencia del todo antitética con la premisa implícita de la justificación del sacrificio del derecho del más vulnerable en beneficio de la sociedad entera. Se aclara que el principio de solidaridad aquí enunciado opera de dos maneras en casos como en el sub-lite. En primer lugar, resulta determinante para la declaración de la desproporcionalidad de la regla de la asunción entera del riesgo por parte del paciente y, en segundo lugar, genera una auténtica exigencia de adopción de medidas sistemáticas y diseño de rutas institucionales que permitan hacer distribuir justa y eficazmente el riesgo social

REGIMEN DE LA CULPA – Aplicable en la responsabilidad médica en infecciones nosocomiales

Resulta desproporcionado, es necesario reparar en que, en los últimos años, la jurisprudencia de esta sección ha aceptado consistentemente la aplicabilidad de una forma de responsabilidad al margen de la culpa en este tipo de supuestos. La sentencia pionera en relativizar la otrora absoluta prevalencia del régimen de la culpa en la responsabilidad médica. **NOTA DE RELATORIA:** Referente a relativizar la absoluta prevalencia del régimen de la culpa en la responsabilidad medica en infecciones nosocomiales, consultar sentencia de 19 de agosto de 2009, Exp.17733, MP. Enrique Gil Botero

RESPONSABILIDAD OBJETIVA DEL ESTADO POR INFECCION NOSOCOMIAL – Debe acreditar quien alegue este perjuicio que la misma la adquirió en centro hospitalario o asistencial o por procedimiento médico / RESPONSABILIDAD OBJETIVA DEL ESTADO POR INFECCION

NOSOCOMIAL – No requiere que se pruebe que la entidad actuó de manera indebida o negligente

NOTA DE RELATORIA: Sobre la imputación por daños derivados de infecciones intrahospitalarias desde una perspectiva objetiva de responsabilidad, consultar sentencia de 24 de marzo de 2012, Exp. 20836. MP. Enrique Gil Botero

RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA – Desplaza el concepto subjetivo de la antijuridicidad por el objetivo / RIESGO ALEA – Categoría en los que el daño es consecuencia de infección contraída en centro asistencial, riesgo conocido por la ciencia médica pero irresistible

NOTA DE RELATORIA: Referente a la procedencia de formas objetivas de responsabilidad en casos de infección nosocomial, consultar sentencia de 7 de noviembre de 2012, Exp.26124. Sobre la responsabilidad del Estado basada en el daño, la figura del riesgo alea, para justificar la aplicabilidad de formas objetivas, consultar sentencia de 29 de agosto de 2013, Exp. 28484.

RESPONSABILIDAD ESTATAL AL MARGEN DE LA CULPA DEL CUERPO MEDICO ASISTENCIAL Por infecciones nosocomiales carece de repercusiones condenatorias o absolutorias a menos que exista llamamiento en garantía que garantice defensa del facultativo / RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL DE PERSONAL MEDICO ASISTENCIAL – No se configura en la medida en que la invocación de la responsabilidad objetiva no se fundamenta en la aceptación de la culpa o falla del servicio

Habiendo expuesto el desarrollo, en los últimos años, de una sólida línea jurisprudencial que acepta la procedencia de la imputación por daño antijurídico, esto es, al margen de la culpa, en materia de responsabilidad médica por infecciones nosocomiales, es preciso recordar que, este tipo de declaración carece, per se, de repercusiones condenatorias o absolutorias frente a la cuestión de la responsabilidad individual del personal médico asistencial. Esto por dos razones. En primer lugar, porque a menos que exista un llamamiento en garantía, que garantice la defensa del facultativo, la culpa grave o dolo del agente estatal, necesaria para hacerlo responder de la condena en contra del Estado no es objeto de examen ni de pronunciamiento por parte del juez de la responsabilidad. Por otra parte, en la medida en que, por esencia, la invocación de la responsabilidad objetiva no se fundamenta en la aceptación de la culpa o falla del servicio, una condena por la desproporcionalidad objetiva de la carga no tiene el efecto que repercutir directa ni tampoco indirectamente en el agente estatal eventualmente demandado en repetición, de efectos entre las partes convocadas a definir la responsabilidad estatal.

INEXISTENCIA DE MEDIDAS LEGISLATIVAS – Dificulta la distribución solidaria del riesgo / INEXISTENCIA DE MEDIDAS LEGISLATIVAS - Impide distribuir las cargas patrimoniales asociadas a las infecciones nosocomiales / CONCRECIÓN DEL RIESGO DE INFECCIONES NOSOCOMIALES – La ausencia de políticas para hacer frente la carga de indemnizar recae sobre el prestador directo del Servicio de Salud, EPS o IPS a cuyo cuidado se encuentre el paciente / CARGA DEL RIESGO HOSPITALARIO POR INFECCIONES NOSOCOMIALES – Por indebida atención medico asistencial

No se puede negar que en el marco jurídico actual no existe un diseño estratégico que permita distribuir adecuadamente las cargas patrimoniales asociadas a las infecciones nosocomiales. En efecto, ante la ausencia de políticas más razonables

para hacer frente a la concreción del riesgo de las infecciones nosocomiales, la carga indemnizatoria ha de recaer necesariamente sobre el prestador directo del Servicio de Salud, esto es, sobre la E.P.S o la I.P.S, a cuyo cuidado se encontraba el paciente. Esta situación podría considerarse desproporcionada, en la medida en que el riesgo de infección nosocomial infiere a la existencia misma del modelo de atención en salud en las sociedades contemporáneas y, por lo tanto, no se origina enteramente en la existencia o la operación de una determinada institución de salud que hace parte del sistema. Si es la colectividad general la que se beneficia de los estándares actuales del sistema de salud, lo razonable sería esperar que el riesgo sea asumido de modo colectivo, de modo que la carga indemnizatoria recaiga sobre un fondo igualmente colectivo o sea repartida, de una u otra manera, entre los asociados; pero de ello no se sigue que lo procedente sea negar la responsabilidad de las entidades prestadoras de salud denunciadas por vía de reparación directa, pues ello equivaldría a trasladar al paciente, un riesgo social que no le corresponde asumir. Ahora, se trata de considerar la carga de asumir el riesgo hospitalario per se, no en los casos en los que la enfermedad nosocomial sobrevenga de la indebida atención médico-asistencial; ya que se considera la implementación de estrategias institucionales de reparto del riesgo o imputación de la indemnización en razón de la procedencia de formas objetivas de responsabilidad, en la medida en que no tienen que constituirse en una carga adicional para el individuo, mucho menos, cuando se encuentra en situación de víctima o de vulnerabilidad manifiesta.

FALTA DE MEDIDAS LEGISLATIVAS – No es constitucionalmente aceptable absolver a la administración por adolecer de ellas y de una organización administrativa y presupuestal dirigidas a corregir inconsistencias en la distribución de los gastos asociados a la reparación del daño / DISFUNCIONALIDAD INTERNA DEL SISTEMA DE SALUD – Por carecer de políticas públicas no pueden afectar el derecho del usuario del servicio

Se ha de resaltar que el mandato de reparación del daño antijurídico contenido en el artículo 90 de la Constitución Política es perentorio e incondicional, no meramente un enunciado desiderativo. Siendo así, no resulta constitucionalmente aceptable absolver a la Administración, sin perjuicio del daño antijurídico socialmente imputable, en razón de que el Estado mismo adolece de falta de medidas legislativas y de una organización administrativa y presupuestal dirigidas a corregir inconsistencias en la distribución de los gastos asociados a la reparación del daño. Por ello, si el actual diseño del sistema de salud y de las políticas públicas en este ámbito carecen de mecanismos que eviten la concentración desproporcionada de la carga indemnizatoria en establecimientos directamente intervinientes en el tratamiento del paciente afectado con una infección nosocomial, esta circunstancia ha de asumirse como una disfuncionalidad interna del sistema de salud, cuya solución no puede afectar el derecho del usuario del servicio.

NECESIDAD DE MEDIDAS LEGISLATIVAS – Su ausencia impide la distribución adecuada del riesgo, el que no debe ser asumido por el damnificado / CARGA INDEMNIZATORIA POR DISFUNCIONALIDAD EN EL SISTEMA DE SALUD – Debe ser más racional por lo que se requiere la existencia de un marco legal

Las observaciones antedichas sobre la existencia de disfuncionalidades en la organización del sistema de salud que impiden la distribución adecuada del riesgo y que, de ninguna manera deben ser asumidas por el damnificado, alertan sobre la necesidad de que exista un marco legal que permita una forma más racional de

asumir la carga indemnizatoria. Para lo anterior las experiencias del derecho comparado resultan de especial interés. En efecto, la Sala observa que en buena parte los ordenamientos foráneos que han servido de referencia en el proceso de aceptación de la responsabilidad al margen de la culpa, han desarrollado legislaciones que permiten asumir la carga indemnizatoria de un modo equitativo, bien sea mediante el establecimiento de fondos de solidaridad o mediante seguros obligatorios de responsabilidad médica. (...) En resumen, se observa que, en general, los países que tienen sistemas estrictos de responsabilidad médica cuentan con un diseño estructurado de los medios y modos de indemnización, previsto en leyes que regulan la materia y permiten la adecuada distribución del riesgo asociado a la prestación del servicio público de salud.

PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO DE DAÑOS - Existe vacío legislativo que impide superar disfuncionalidades sistemáticas en el sector salud por infecciones nosocomiales

El análisis del supuesto de hecho de las infecciones nosocomiales, a la luz de los principios rectores del derecho de daños y de la experiencia de los sistemas jurídicos foráneos, evidencia, pues, la existencia de un vacío legislativo, que impide superar las disfuncionalidades sistemáticas mencionadas. Esta dificultad ya fue resaltada en sentencia de 30 de abril de 2014, en la que se exhortó a la adopción de medidas legislativas para superar las inconsistencias actuales. **NOTA DE RELATORIA** - Sobre la carencia de medidas legislativas y organización administrativa para corregir inconsistencias en la distribución de gastos para reparar el daño, consultar sentencia de 30 de abril de 2014, Exp. 28214, MP. Danilo Rojas Betancourth

PERJUICIOS MORALES - Reconocimiento a esposa e hijos / INDEMNIZACION PERJUICIOS MORALES - Se aplican criterios adoptados en sentencia de unificación por daño moral en caso de muerte

Habiéndose acreditado que la señora Marleny García Giraldo fue cónyuge del señor Enrique Arias García y que los señores Carlos Enrique y Leonardo Arias García son sus hijos, la Sala encuentra fundamento para declarar acreditado su daño moral, puesto que es propio del vínculo conyugal y el paterno-filial, el duelo subsiguiente a la muerte del cónyuge o padre. Por otra parte, para la determinación del monto indemnizatorio, la Sala se atenderá a lo fijado en sentencia de 28 de agosto de 2014, en la cual se unificaron los criterios de indemnización del daño moral en caso de muerte. **NOTA DE RELATORIA:** Referente a los criterios para estimar la cuantía indemnizatoria por niveles de cercanía afectiva, consultar sentencia de 28 de agosto de 2014.

PERJUICIOS MATERIALES – Daño emergente / DAÑO EMERGENTE – Reconocimiento de gastos hospitalarios asumidos por la cónyuge / DAÑO EMERGENTE – Se condena en abstracto para hospital que pague gastos derivados de infección hospitalaria por neumonía nosocomial

En el proceso se acreditó suficientemente que la señora Marleny García Giraldo tuvo que asumir parcialmente, las expensas del tratamiento de su esposo en el Hospital Militar Central. Ahora, si bien la señora García Giraldo no tiene por qué asumir los costos hospitalarios derivados de infección hospitalaria, sí debe asumir los correspondientes a la neurocirugía. De este modo, se condenará en abstracto, para que vía incidental se establezca lo que el Hospital Militar Central debe pagar a la señora Marleny García Giraldo, esto es, lo que de la suma pagada en su momento sea atribuible a las expensas ocasionadas después del inicio de la

neumonía nosocomial. Para el efecto, se tendrá en cuenta que, según el concepto rendido por la Asociación Colombiana de Neumonía y Cirugía del Tórax, dicha enfermedad se comenzó a manifestar el 6 de mayo de 1993.

PERJUICIOS MATERIALES - Lucro cesante / LUCRO CESANTE – Condena en abstracto por la expectativa de vida del paciente / PROBABILIDAD DE VIDA DE PACIENTE – Se calculará de acuerdo con el estado de salud del paciente en postoperatorio anterior a la neumonía nosocomial / INDEMNIZACION LUCRO CESANTE – Derivados del trabajo del paciente, sueldo y prestaciones sociales / CALCULO DEL LUCRO CESANTE – Se tienen en cuenta criterios jurisprudenciales y se reconoce acrecimiento

En el caso del lucro cesante, también es necesario realizar una condena en abstracto, para que mediante incidente se establezca la cuantía del daño. Esto, en la medida en que la liquidación por este concepto debe realizarse sobre la base de la expectativa de vida del paciente, la cual, no es posible establecer con la información obrante en el acervo probatorio. En efecto, tradicionalmente se ha tomado la edad de la víctima como parámetro de referencia, pero lo anterior no parece razonable cuando quien ha fallecido padece una enfermedad que, dependiendo del cuidado, puede llegar a ser mortal. El material probatorio sugiere que la neurocirugía realizada al paciente fue, en sí misma, exitosa. Sin embargo, también apunta a que no constituía una solución curativa permanente, sino más bien una medida paliativa, siendo probable que la dolencia apareciera nuevamente. Dado que no todas las complicaciones de la neurocirugía dan lugar a la predicación de la responsabilidad y que la intervención quirúrgica en sí misma no puede reputarse antijurídica, la expectativa de vida se calculará de acuerdo con el estado de salud del paciente en el postoperatorio inmediatamente anterior al desarrollo de la neumonía nosocomial y demás procesos de origen infeccioso. Es decir, se calculará asumiendo que las infecciones no tuvieron lugar, pero sí otras complicaciones como el edema pulmonar neurogénico y el neumotórax. (...) la base liquidatoria estará constituida únicamente por los ingresos directamente derivados del trabajo del señor Enrique García Giraldo, excluyéndose, por lo tanto, todo aquello que pueda reputarse como utilidad social o réditos de capital. En este sentido, la base liquidatoria estará dada por el sueldo y las prestaciones sociales que el señor Arias recibía en virtud de su vinculación como Gerente de Industrias McLaren y Cía. Ltda., única renta de trabajo demostrada. A esta cantidad se ha de deducir un 25%, correspondiente a lo que, según estimaciones usualmente aceptadas por la Sala, una persona destina sus gastos personales. (...) para el cálculo del lucro cesante se tendrán en cuenta los criterios jurisprudencialmente aceptados y reconociendo el acrecimiento, de acuerdo con la jurisprudencia de unificación recientemente aceptada.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION B

Consejera ponente: STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

Bogotá D. C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil quince (2015)

Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00964-01(21774)

Actor: MARLENY GARCIA GIRALDO Y OTROS

Demandado: HOSPITAL MILITAR CENTRAL

Referencia: APELACION SENTENCIA – ACCION DE REPARACION DIRECTA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el ocho (8) de febrero de 2001 por la Subsección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca¹, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

El 19 de mayo de 1995, en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, por intermedio de apoderado, la señora Marleny García Giraldo, obrando en nombre propio y en representación de sus menores hijos Leonardo y Carlos Enrique reclama perjuicios morales y materiales como consecuencia de la muerte del señor Enrique Arias Giraldo, el día 23 de mayo de 1993.

Para el efecto pretende:

“1. Declarar que el Hospital Militar Central es responsable por la muerte del señor Enrique Arias Giraldo, ocurrida en ese centro hospitalario el día 23 de mayo de 1993.

2. Como consecuencia de lo anterior, condenar al Hospital Militar Central a reparar a cada uno de los demandantes los daños morales que se les causó así:

a. A la señora Marleny García, la suma equivalente a mil (1000) gramos de oro puro a la cotización que para la fecha de la sentencia expida el Banco de la República; con los respectivos intereses que determine la ley, desde la fecha de la sentencia hasta el día del pago.

¹ Mediante auto de 13 de agosto de 2014, el Magistrado Ramiro Pazos Guerrero manifestó que no está impedido para conocer el asunto, por cuanto a pesar de que perteneció al Tribunal en cuestión, su actuación se limitó a ordenar correr traslado a la parte por el término de tres días de la solicitud de nulidad planteada por la parte demandada, decisión que no implicaba el estudio de fondo en el proceso.

b. Al joven Leonardo Arias Giraldo (sic), la suma equivalente a mil (1000) gramos de oro puro a la cotización que para la fecha de la sentencia expida el Banco de la República; con los respectivos intereses que determine la ley, desde la fecha de la sentencia hasta el día del pago.

c. Al joven Carlos Enrique Arias Giraldo (sic)², la suma equivalente a mil (1000) gramos de oro puro a la cotización que para la fecha de la sentencia expida el Banco de la República; con los respectivos intereses que determine la ley, desde la fecha de la sentencia hasta el día del pago.

3. Se condene al Hospital Militar Central por los daños causados (...), por el daño emergente consistente en los gastos pagados de toda índole como consecuencia de la falla del servicio. Y por el lucro cesante derivado de la muerte de su esposo y padre”.

2. Fundamentos de hecho

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora adujo que el señor Enrique Arias Giraldo ingresó al Hospital Militar Central para ser sometido a una neurocirugía. Luego de la misma el señor Arias Giraldo presentó edema pulmonar neurogénico, síndrome de dificultad respiratoria del adulto y, finalmente, una neumonía nosocomial, producida por la falta de asepsia hospitalaria, que los médicos tratantes no detectaron a tiempo, ni trataron oportunamente, a consecuencia de lo cual el paciente falleció. También alegan que tanto el tratamiento, como los gastos funerarios, causaron a sus parientes un daño emergente y que la muerte prematura de su cónyuge y padre fue causa de lucro cesante.

A continuación se relaciona *in extenso* la relación fáctica realizada por la parte actora, dada su inescindible conexión con las alegaciones de negligencia médica contenidas en la demanda:

“1) El señor Enrique Arias Giraldo ingresó el 29 de abril de 1993 al Hospital Militar Central a fin de ser intervenido quirúrgicamente de una craneotomía de fosa superior de tres años de antigüedad, reportando en Talogía como mal de formación arteriovenosa que se reseca en su totalidad.

2) Fue intervenido quirúrgicamente el 3 de mayo de 1993, se contrató (sic) su presenidad general satisfactoria, salvo cuanto se refiere al aspecto para el cual iba a ser intervenido.

3) Según lo manifiesta la nota de ingreso <<NEUROCIURUGÍA>> (sic) de fecha 29 de abril de 1993, el examen físico de ingreso, se encontró al paciente en buen

² La Sala hace notar que en la demanda se nombra a Leonardo y Carlos Enrique Arias Giraldo, los registros civiles se expidieron a nombre de Leonardo y Carlos Enrique Arias García, como corresponde. Error de escritura sin trascendencia en la decisión.

estado general, afebril, alerta, tensión arterial FC 80/M. Cicatriz antigua en la línea media cráneo cervical normal. Adecuada ventilación pulmonar. Neurológicamente fue un paciente consciente, alerta, con juicio y raciocinio conservado, ejecuta operaciones sencillas, interpreta refranes y analogías. Lenguaje normal.

4) Desde el punto de vista motor, la nota de ingreso <<NEUROCIUGÍA>>(sic) también informa que mostraba hipotrofia generalizada, más marcada en las manos. Fuerza 5/5, simétrica, orientado, Rot xxx simétricas, reflejos rotulianos pendulares, clonus aquiliano bilaterales, agotables, Hoffman y Trommer bilaterales, respuesta plantar flexora bilateral. Trommer bilaterales, respuesta plantar flexora bilateral. Sensibilidad: conservada. Coordinación: ataxia leve trocular. Dismetría bilateral con disdiadococinesia, más marcada izquierda. Aumento de polígonos de sustentación latero pulsión, predominio izquierdo.

5) El especialista que le intervino fue el Dr. Jaime Unda.

6) De conformidad con lo establecido en la historia clínica No. 574520, hoja evolución y órdenes médicas de 3 de mayo de 1993, a las 10 p.m, se informa que se trata de un paciente de 54 años que ingresa en "POP" inmediato de resección de malformación arteriovenosa fosa posterior. El paciente ingresó a neurocirugía hace cuatro días y en el día de hoy se llevó a cirugía donde se introdujo B Pancuronium, Fentanyl, Midazolam, y Tiopental sódico y Febtanyl + Isorane. Tiempo Anestésico de 13 horas, quirúrgico de 12 horas, encontrando malformación arteriovenosa gigante, la cual se extrae en su totalidad. No hubo complicaciones (negrita de la parte actora), y el sangrado fue de 1000 c.c, aproximadamente. El paciente presentó adecuadas saturaciones y oxigenaciones con tendencia hacia la acidosis metabólica. <<No se refieren complicaciones>> (negrilla de la parte actora).

7) En cuanto a los antecedentes se refiere, en la misma anotación de 3 de mayo de 1993, a las 10:00 pm se anota que el paciente tiene varias intervenciones quirúrgicas por su problema, el cual se diagnosticó en 1987, siendo llevado en dos oportunidades previamente a cirugía. El paciente había evolucionado en forma satisfactoria hasta dos meses antes del ingreso, cuando presentó un síndrome cerebeloso, cuyas características fueron empeorando, la arteriografía cerebral había demostrado una malformación congénita a nivel de la pica con llenamiento temprano del sistema venoso.

8) El mismo reporte de 3 de mayo de 1993, a las 10:00 p.m ratifica la presanidad del paciente al examen físico de ingreso, bajo efectos de la anestesia. Dejando claro que los campos estaban bien ventilados RsCs rítmicos, bien timbrados sin soplos ni agregados.

9) En el mismo reporte de 3 de mayo de 1993 a las 10:00 pm se determinó como plan: monitoreo hemodinámico. Ingresó a la Unidad de Cuidados Intensivos en un post-operatorio, una vez concluida la cirugía neurológica.

10) Al día 4 de mayo de 1993 a las 8:00 horas, según obra en el reporte de hoja de evolución tenía un estado estable. Y se le ordenó suspender algunos de los medicamentos ordenados cuando ingresó a la sala de cuidados intensivos. Ese mismo día se tomó una radiografía del tórax que resultó normal. Solamente se presentaba orina abundante y concentrada.

11) El día 5 de mayo de 1993, presentaba normal el sistema respiratorio. Pulmones limpios sin extertores (sic) ni sibilancias.

12) El día 6 de mayo de 1993, según lo anota la hoja de evolución, en la anotación de las 2:00 pm, que el paciente estaba muy inquieto con ligera cianosis central y periférica, lo cual era debido a una hipoxemia de oxígeno. También se le ordenó radiografía del tórax, encontrándose infiltrados alveolares en cuatro cuadrantes. Se decide colocar catéter de Swang Gangs (sic) y línea arterial. En ese momento se diagnosticó que el paciente presentaba un síndrome de dificultad respiratoria del adulto (SDRA), de origen neurogénico, considerándolo de origen infeccioso.

13) Es una constante médica que el 74% de los casos en que se presenta el síndrome de dificultad respiratoria del adulto SDRA va acompañada de neumonía nosocomial.

14) No obstante la constante anotada en el hecho anterior, para esa fecha no se inició tratamiento con antibióticos para combatir una infección que revestía una alta probabilidad de presentarse o estarse incubando por ser propia de las producidas en las unidades de cuidados intensivos de los hospitales. Aun cuando se previó la posible existencia de una consolidación de origen infeccioso. Ver anotación en la hoja de evolución de 6 de mayo de 1993, a las 20:00 horas.

15) Dentro del procedimiento de la introducción del catéter de Swang-Gangs (sic), se produjo un neumotórax que significa entrada de aire a la cavidad pulmonar, ocasionada por haberse chuzado el pulmón, lo cual produjo un colapso, y colapsado, junto con el tratamiento subsiguiente para superar esta complicación, contribuyó a hacer más grave el estado de salud del paciente. Pues se introdujo un tubo de tórax, lo cual ante un procedimiento normal, de no haber existido el colapso no habría sido necesario.

16) Condiciones tales como la colocación de catéteres venosos o de líneas intraarteriales en las unidades de cuidados intensivos; así como la implantación de materiales extraños a la naturaleza humana; como en éste caso lo contribuyó no sólo el catéter de Swang-Gangs, sino la introducción del catéter para superar la dificultad producida por el neumotórax y la posterior intubación que fue definitiva, o sea, hasta el momento de la muerte del paciente, aumentaron o mejor contribuyeron de manera importante el avance de la infección por neumonía nosocomial, que para ese entonces (6 de mayo de 1993) era incipiente.

17) Tan cierto es lo anterior que el paciente no mostró síntomas de mejoría, sino por el contrario entró en una situación cada vez más crítica, que no fue oportunamente controlada, que hace presumir la responsabilidad imputable a la demandada, ya que si bien es cierto que cuando se ordenó introducir el catéter de Swang- Gangs (sic) se diagnosticó el síndrome de dificultad respiratoria del adulto, no se analizó que en el 74% de los casos en que se presenta SDRA, va acompañada de nosocomial.

18) La neumonía nosocomial es una infección de las vías respiratorias bajas (pulmones) producidos (sic) dentro de un recinto hospitalario, por encontrarse éste infectado de las bacterias que producen esta enfermedad.

19) La presencia de estos agentes patógenos en el recinto hospitalario debe evitarse con medios asépticos, es decir, utilizando todos los medios necesarios de limpieza y desinfección, a fin de descontaminar el medio.

20) La condición del paciente que acababa de ser sometido a una intervención quirúrgica de gravedad, lo cual posiblemente contribuía a disminuir sus defensas,

obligaba a la demandada a tomar el máximo de precauciones a fin de que no se produjera una infección de índole nosocomial o intrahospitalaria. Y sin embargo, ello no se hizo.

21) La falla de precaución y previsión que se manifiesta por la ausencia de higiene en la unidad de cuidados intensivos, junto con las equivocaciones en los procedimientos (neumotórax e intubación permanente) son demostraciones de una falla en el servicio.

22) El Hospital Militar Central pudo haber practicado otro tipo de exámenes a fin de detectar la existencia de infección consistente en una broncoscopia con cepillado, que es un examen que brinda mayor seguridad y precisión en la realización de un diagnóstico.

23) Adicionado a lo anterior, lo cual agrava la responsabilidad del Hospital Militar Central, fue el tratamiento tardío dado por el centro hospitalario demandado, ya que si en un 74% de los casos en los que se presenta el síndrome de dificultad respiratoria del adulto SDRA, se acompaña de neumonía nosocomial, ante el primer síntoma, ha debido suministrársele tratamiento a base de antibióticos. Con mayor razón cuando las radiografías de tórax que se ordenaron casi todos los días mostraron múltiples infiltrados bilaterales. Y se escuchaba extractores y sibilancias en los pulmones.

24. La afirmación realizada en el punto anterior está debidamente soportada en las anotaciones realizadas en la hoja de evolución de la historia clínica, reporte de órdenes médicas y resultados de laboratorio. De la transcripción de las anotaciones encontramos que no obstante haberse diagnosticado el síndrome de dificultad respiratoria del adulto el día 6 de mayo de 1993, fecha en la cual ha debido iniciarse el tratamiento con estos medicamentos, sólo hasta el día 15 cuando ya estaba avanzada la infección, se le comenzó a suministrar antibióticos que posiblemente por ser tardíos, tampoco obraron.

25. El día 7 de mayo, día siguiente de la complicación producida por el neumotórax, se sigue diagnosticando que el paciente presentaba síndrome de dificultad respiratoria del adulto, descartando la neumonía, ya que se pensó que era de origen neurológico.

26. El día 8 de mayo se sigue considerando el diagnóstico del síndrome de dificultad respiratoria del adulto. Sigue el paciente con campos extertores. Se decide retirar el tubo a tórax, pero finalmente no se realiza, pues también se complicó la situación del paciente, como consecuencia de otro error incurrido sobre el tubo fístulo bronco pleural, el cual se había introducido como consecuencia del neumotórax.

27. En un procedimiento normal, de no haber existido el error causante del neumotórax, no habría existido necesidad de intubar. Pues estas intubaciones, como se dijo, aumentan los riesgos de producir neumonías nosocomiales, sino de agravar la ya existente en proceso insípida (sic), como posiblemente se daba en este caso.

28. El día 9 de mayo de 1993 se sigue diagnosticando síndrome de dificultad respiratoria.

29. El día 10 de mayo a las 7 pm, según anotación de un médico intensivista, se manifiesta que los parámetros son de sepsis con síndrome de dificultad

respiratoria del adulto en resolución sin fiebre. Aquí cabe anotar que fue el primer médico que habló de sepsis, que es el grado de infección máxima.

30. Ese mismo día 10 de mayo de 1993, se ordena radiografía de tórax para definir si se podía o no retirar el tubo a tórax.

31. No obstante la anterior anotación, que era una seria advertencia de lo que podría desencadenarse, al día siguiente, o sea el 11 de mayo, se le califica como edema pulmonar neurogénico a las 21:40, sin tener en cuenta que según lo relata la hoja de evolución del día 11, el paciente presentaba disminución de plaquetas (ello ocasionado por la sepsis). Obsérvese a esta fecha aún no se le suministraba antibiótico.

32. El día 12 de mayo se anota en la hoja de evolución, que el paciente presentaba esputo purulento. Sigue con trombocitopenia, que significa disminución de plaquetas. Manifiesta la historia clínica que se solicitará radiografía de tórax y un gram-esputo, (este último a fin de averiguar si había bacterias, no de hongos).

33. A las 22 horas ya presentaba una temperatura de 38 grados (presentaba fiebre y sin embargo este síntoma no lo tuvieron en cuenta para suministrar un antibiótico).

34. El 13 de mayo a las 9:30 lo entuban porque está cianótico (tiene poco oxígeno en la sangre, está amoratado). Sigue con fiebre. Presenta picos febriles y sigue con estertores en ambos campos pulmonares. Aún no se le suministra antibiótico.

35. El día 14 de mayo presenta picos febriles. Sin embargo pregunta y anota el médico intensivista, aparentemente el Dr. Arango: “edema pulmonar neurogénico?- SRDA (síndrome de dificultad respiratoria del adulto).

36 Como se observa, hasta este momento no hay unidad de criterio sobre el diagnóstico, tampoco hubo junta médica, que ha debido hacerse al presentarse diversidad de criterios. No obstante ya por haberse diagnosticado el día 10 de mayo por el intensivista la presencia de sepsis (máximo grado de infección) con síndrome de dificultad respiratoria del adulto, presentar fiebre y tener esputo purulento (purulento se define como adjetivo, que tienen pus. Y a su vez, pus es el humor que fluye de los tumores o llagas, y es un síntoma inequívoco de infección). Obsérvese que hasta este momento tampoco se le suministra tratamiento alguno a base de antibióticos.

37. En la anotación de la 1 o 2 horas del 14 de mayo/93, ya que es un poco ilegible esta hoja de la historia clínica, el doctor A. Rodríguez realiza la siguiente anotación: “a las 0:15 horas presentó paro respiratorio seguido de bradicardia y asistolia, para lo cual se realizaron maniobras para revivir con la asistencia de oxígeno a tubo traqueal”.

38. No obstante lo anterior, los médicos encontraban al paciente alerta y obedecía órdenes.

39. Al inicio de la anotación del día 15 de mayo/93 el médico intensivista de turno pregunta: “Edema pulmonar neurogénico? SRDA? (significa síndrome de dificultad respiratoria del adulto) y como tercera opción neumonía nosocomial”. Adiciona a estas anotaciones que el paciente refiere encontrarse bien aunque con dolor en todo el cuerpo. El examen físico muestra un paciente en aparente buen estado general, consciente.

40. Ese día se ordenó (sic) tres hemocultivos seriados y un examen punta de catéter. Se le suministró en esta fecha ceftadina y amikacin, que son antibióticos bactericidas de alto espectro,

41. De estos exámenes de laboratorio de punta de catéter se obtuvo respuesta positiva de 80.000 colonias de estafilococos áureos, 60.000 colonias de enterobacterias según orden de laboratorio 557 y 100.000 colonias de estafilococos, según orden de laboratorio número 532 (ver reporte de cultivos de laboratorio).

42. El estafilococo áureo es una infección que se presenta y se adquiere dentro de un recinto hospitalario.

43. Para ese día 15 de mayo ya se presenta desnutrición aguda.

44. Para el día 16 de mayo de 1993 a las 13 horas, el intensivista de turno, doctor Rodríguez, continúa con la duda de la presencia de edema pulmonar (neurológico) SDRA (síndrome de dificultad respiratoria del adulto)- Neumonía nosocomial ¿ A las 21:15 del mismo día los intensivistas, doctores Unda, Arango y Serrano dejan como interrogantes:

1. POP. Resección hemangioblastoma
2. Edema pulmonar?
3. SDRA?
4. Neumonía nosocomial?
5. Otorragia a oído derecho?
6. Celulitis?

45. También se informa en anotaciones del mismo día 17 de mayo que el paciente presentaba fiebre con una temperatura de 37 grados con seis décimas.

46. En este instante por estar recibiendo antibiótico iniciado el 15, no debía presentar fiebre. Por lo cual ha debido indagarse las causas a fin de determinar:

1. Si el antibiótico suministrado no sirve
2. O si la infección está en otro lado.

47. Al día mayo/93 se recibe reporte del cultivo punta de catéter, encontrando blasconidia u hongo en cultivo.

Los médicos B. Ospino, J.A Hurtado realizan la siguiente anotación:

"Mayo 19/93 Valoración por Hematología

"Enrique Arias paciente de 45 años con antecedente de malformación AV en fosa posterior, quien presenta S. cerebeloso severo, por lo cual es llevado a cirugía el 3 de mayo realizándose resección de la malformación, durante su PO presentó SRDA y posteriormente neumotórax derecho; este último con franca mejoría, ha presentado en varias ocasiones requiriendo en la última intubación y RCP, solicitan concepto ante los hallazgos de trombocitopenia documentados desde el 16 V/93.

No hay datos de sangrado digestivo, herida Qx. EF mal estado general con ventilación mecánica Fc 0, TA 179/90 Fr 15 alerta, cabeza zonas eritematosas sin secreciones bitemporales, herida qx cubierta con apósito húmedo serosanguinolento, edema de tejidos blando en la nuca.

Ojos ligero tinto icterico quemosis bilateral PINR ORL tubo ortotraqueal cuello No l no masas.

Tórax herida qx en cara externa de HTD con escasa secreción serosa, estertores bibasales.

Abdomen blando depresible sin signos de irritación peritoneal extremidades, edema miembros superiores, piel petequias en cara anterior del muslo derecho SNC alerta moviliza con menos facilidad MLD paresia 4 MIL 4+5 no rigidez franca difícil por TOT. No kerning. Paraclínicos Rx de tórax múltiples infiltrados bilaterales silueta cardíaca sin alteración. Último CH de ayer Hb 13.6, Hto L.9 trombocitopenia 57.000 y PTT normales.

Tomamos estudios pertinentes descargar CID y se revalorará con resultados tomados hoy. No hay dato de sangrado digestivo, herida qx. FF mal estado general con ventilación mecánica Fc (hasta aquí el texto transcrito)

48. De conformidad con una constancia de 20 de mayo de 1993, expedida por el doctor Darío Pacheco Ceballos especialista neumólogo interconsultante del servicio de neumología del Hospital Militar Central se expresa que el señor Enrique Arias Giraldo con historia clínica 574520 ingresó a la unidad de cuidados intensivos el día 3 de mayo 1993 en post-operatorio inmediato de cirugía neurológica. Dos días luego presenta síndrome de dificultad respiratoria que aumentó soporte ventilatorio, y el cual se interpreta como edema pulmonar no cardíaca.

49. La constancia en el punto anterior concluye que: "su evolución posterior ha sido tórpida y actualmente presenta neumonía nosocomial para lo cual se encuentra actualmente en tratamiento".

50 Como ya se dijo, la neumonía nosocomial es una infección respiratoria adquirida dentro de un recinto hospitalario y en el presente caso el señor Enrique Arias adquirió ésta en la unidad de cuidados intensivos del Hospital Militar Central, por el deficiente aseo de la unidad y retardada atención médico hospitalaria de la entidad demandada.

51. Para el día 21 de mayo/93 el paciente continuaba con fiebre y la función renal no estaba bien. Su creatina era de 0.7.

52. Conviene aclarar que hasta esta fecha, el paciente mostraba una evolución neurológicamente estable, teniendo en cuenta que el motivo de la intervención fue de este tipo. En otras palabras, el motivo de su proceso infeccioso no fue generada por los daños o lesiones existentes previos a la intervención quirúrgica. Y fue ajeno a aspectos neurológicos.

53. Para el día 20 de mayo de 1993 en la anotación de las 16:30 horas los intensivistas drs. Unda y Zúñiga ordenaron tomar cultivo de la secreción de la herida externa occipital (herida producida por la operación). Al consultar el resultado del laboratorio, según reporte No. 673, también se encontró estafilococo aéreo.

54. El día 21 de mayo/93 se decide cambiar de antibióticos e iniciar anfotericina, que no fue resistido por el paciente. Por lo cual se cambió con fluconazol.

55. Para el día 22 de mayo/93 la creatina era de 1.3, eran mínimas las plaquetas, se encuentra en sepsis, presenta falla respiratoria hemodinámica y renal. Presenta tensión baja.

56. Al paciente no se le dio manejo para CID (coagulación intravascular diseminada).

57. El paciente finalmente fallece el día 23 de mayo de 1993 a las 6:00 por falla multisistémica, como consecuencia del estado infeccioso que se propagó en todo su cuerpo el cual le afectó todo su sistema funcional y fisiológico.

58. Según el resumen de la historia clínica No. 15149 elaborada por el doctor R. Villanueva C. se informa una serie de imprecisiones, consistentes en que la primera complicación luego de la intervención fue un edema pulmonar neurogénico, cuando en la historia clínica se anunció síndrome de dificultad respiratoria del adulto (que tampoco descartaba la presencia de infección). Otra imprecisión consiste en que se encontró neumonía nosocomial sin aislarse germen. Pues de los resultados tardíos del laboratorio de 15 de mayo/93 y los subsiguientes si se encontró estafilococo áureos.

59. El ingreso a la unidad de cuidados intensivos generó una erogación monetaria para los demandantes, quienes tuvieron que cancelar más de once millones de pesos por la atención hospitalaria. Suma que debe ser resarcida, ya que fueron cancelados por una deficiente atención hospitalaria.

60. Así mismo, constituyen también daño emergente los gastos causados para el entierro, entendiéndose dentro de estos el traslado del cadáver a su ciudad de origen, funerarios y de sepultura, que deben ser reintegrados a la cónyuge supérstite.

61. La muerte prematura ha generado un lucro cesante que debe ser resarcido por la entidad demandada. Lucro cesante que debe ser reconocido a los demandantes, ya que como sucesores y herederos de su esposo y padre, se menguó el patrimonio familiar correspondiente a lo que produciría la víctima dentro de su ciclo de vida probable. Teniendo en cuenta su capacidad productiva como aparece en los documentos y certificados de ingresos que se acompañan y que demuestran que trabajaba hasta el momento mismo de ingresar al Hospital Militar Central.

3. Oposición a la demanda

El Hospital Militar Central se opuso a todas y cada una de las pretensiones. Fundó su defensa, en que, en su criterio, en la historia clínica hay suficientes pruebas de que el Hospital puso al servicio del paciente todos los recursos humanos y físicos requeridos para su tratamiento y le brindó una atención ajustada a las exigencias de la *lex artis*.

Por otra parte, consideró necesario aclarar o contradecir algunos puntos específicos del recuento fáctico

Así, por ejemplo, sostuvo lo siguiente respecto del señalamiento del neumotórax y la intubación permanente como “demostraciones de una falla en el servicio” relacionadas con la falta de higiene en la unidad de cuidados intensivos:

Al numeral 1 al numeral 21 (sic) del libelo de demanda se aclara:

En ningún momento existe falta de precaución y previsión en las normas de higiene en las unidades de cuidados intensivos del Hospital Militar puesto que existe un grupo multidisciplinario de control epidemiológico que vela en forma permanente para que se lleve en efecto en forma eficiente lo referente a la higiene del personal médico, paramédico y de utensilios y equipos usados en dichas unidades.

Lo referente a la equivocación en los procedimientos es una verdadera falacia, el neumotórax que se produjo en este paciente fue una complicación secundaria a la colocación de un catéter de Swan-Ganz que tenía indicaciones muy claras para ello y dicha complicación es independiente de la experiencia e idoneidad del profesional que realizó este procedimiento. La “intubación permanente” es un término absolutamente erróneo puesto que a este paciente se le coloca en ventilación mecánica como consecuencia de un síndrome de dificultad respiratoria del adulto y siendo este el manejo adecuado para dicho síndrome, dada la evolución del paciente y como no se cumplían los requisitos para desentubar tenía que permanecer conectado al ventilador.

Y respecto de las alegaciones según las cuales el Hospital dejó de practicar pruebas necesarias para la detección a tiempo de la neumonía nosocomial, como, por ejemplo, una broncoscopia con cepillado, respondió:

Respecto del punto 22 de la demanda se aclara:

La neumonía nosocomial es una entidad que se presenta como consecuencia de la invasión bacteriana al pulmón, independientemente de unas excelentes medidas de precaución, una vez establecida, hay criterios diagnósticos que hay que establecer muy claramente para iniciar un manejo adecuado. Estos criterios consisten en:

- 72 horas de hospitalización-Fiebre*
- Leucocitos*
- Expectoración purulenta*
- Infiltrados en las radiografías de tórax*
- Gram y cultivo del esputo*

La broncoscopia con cepillado se realiza siempre y cuando los criterios anteriormente mencionados se cumplan y existan dudas de la etiología de dicha infección, en este paciente la infección se sospecha, se confirman los criterios y de acuerdo a resultado bacteriológico se inicia el manejo antibiótico adecuado y sin retraso alguno, vale la pena aclarar que la broncoscopia no brinda mayores ventajas que el Gram y el cultivo del esputo.

Finalmente, precisó lo que sigue respecto de las alegaciones sobre la atención tardía de la neumonía nosocomial:

En ningún momento el tratamiento para la neumonía nosocomial es tardío, si nos guiamos por las estadísticas mencionadas en la demanda en donde en forma no muy clara dice que el 74% de los casos en los que se presenta síndrome de dificultad respiratoria del adulto son acompañados de neumonía nosocomial tendríamos que iniciar antibiótico en todo paciente que entre a la unidad de cuidado intensivo y crearíamos con este acto de irresponsabilidad un caos bacteriológico en el Hospital, por lo tanto toca establecer con mucha claridad los criterios de neumonía nosocomial y en consecuencia a ello proceder a administrar la terapéutica antibiótica adecuada.

4. Alegatos de conclusión de la parte demandada

En sus alegatos de conclusión el Hospital puso de manifiesto que tanto el edema pulmonar como el síndrome de dificultad respiratoria del adulto y la neumonía nosocomial son complicaciones previsibles después de una neurocirugía. De ahí que, por ser en cierto modo propias de la intervención realizada, su ocurrencia no tenga que ser necesariamente imputada a la negligencia médico asistencial u otro tipo de falla. La parte demandada insistió en que testimonios y conceptos técnicos recaudados durante el proceso apoyan la interpretación de las sucesivas complicaciones pulmonares del paciente, como eventos que pueden desencadenarse como consecuencia de una intervención neuroquirúrgica inicial y de los tratamientos empleados para hacer frente a las complicaciones. También destacó que los mismos testimonios apuntan a reconocer que el Hospital tomó todas medidas prudentes y necesarias para prevenir la neumonía nosocomial, al margen de que su resultado no fuese el esperado y puntualizó que un uso más agresivo de medicamentos antibióticos (como el sugerido por la parte actora) muy probablemente habría contribuido a fortalecer la resistencia de los gérmenes nosocomiales. En sus palabras:

“El señor doctor Darío Alfonso Pacheco Ceballos, médico especialista en medicina interna y neumología expuso en su testimonio que existe un riesgo aumentado que los pacientes operados del cerebro presenten complicaciones pulmonares, especialmente edema pulmonar, al punto que se llama edema pulmonar neurogénico, además por el tipo de cirugía realizada, son cirugías usualmente muy prolongadas, generalmente los pacientes requieren un soporte ventilatorio en el post-operatorio esto quiere decir que el paciente, por sus propios medios no puede mantener una ayuda suficiente para oxigenar normalmente el organismo y requiere ayuda mecánica y respecto a la introducción del catéter o tubo explicó “la neumonía nosocomial es toda neumonía que se adquiere dentro del hospital, todo paciente hospitalizado, y cuanto más grave sea su estado más riesgos tiene de adquirir neumonía nosocomial, todo procedimiento invasivo realizado en la vía aérea tiene un riesgo de desarrollar neumonía y en el caso concreto la inserción de un tubo broncotraqueal implica este riesgo”. Este riesgo es mayor cuanto más dure el tubo colocado y manifestando de otro lado que los pacientes con síndrome de dificultad respiratoria del adulto tienen un riesgo muy alto de desarrollar

neumonía nosocomial, respecto al tratamiento el especialista dijo: “Son dos situaciones diferentes, el síndrome de dificultad y la neumonía nosocomial, una puede llevar a la otra situación, por ejemplo una neumonía puede terminar en un síndrome de dificultad respiratorio o, lo que es más usual es que sobre un síndrome de dificultad respiratoria se desarrolle una neumonía, los tratamientos por ser dos complicaciones diferentes (sic). El síndrome de dificultad respiratoria se trata con soporte ventilatorio y la neumonía con antibiótico. Si el diagnóstico es de un síndrome de dificultad, el tratamiento debe ser realizado con soporte ventilatorio y si hay sospecha fundamentada o evidencia de neumonía se debe administrar los antibióticos pertinentes. El uso indiscriminado de antibióticos profilácticos puede llevar al desarrollo de infecciones resistentes a los antibióticos o superinfecciones por gérmenes oportunistas de difícil tratamiento: De por sí los gérmenes hospitalarios (los que producen neumonía nosocomial) suelen ser de antemano resistentes a los antibióticos de común uso” y en cuanto a las medidas tomadas por el Hospital Militar Central explicó: “las medidas tomadas por (sic) disminuir el riesgo de una neumonía nosocomial son las de higiene bronquial, esto es terapia respiratoria, cambio periódico de los circuitos ventilatorios y disminuir la acidez gástrica con el objeto de evitar el reflujo gastroesofágico. Estas medidas son las que tomó el Hospital Militar. Dejo constancia que se dejó un antibiótico profiláctico Cefacidal en dosis de un gramo cada 8 horas”.

En este mismo sentido, la parte demandada resaltó que el dictamen pericial rendido por el Grupo de Patología Forense Regional Bogotá permite tener por cierto que el Hospital Militar Central adoptó todas las medidas prequirúrgicas, quirúrgicas y posquirúrgicas necesarias para minimizar los riesgos inherentes a la operación neuroquirúrgica, de modo que el resultado final es atribuible a la situación de especial debilidad del paciente, la cual, siendo endógena, no cabría atribuir a la entidad demandada.

5. Sentencia recurrida

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones. Como fundamento de su decisión señaló, en primer lugar, que el régimen de imputación propio de la responsabilidad médica es de carácter subjetivo, y por ende requiere de la configuración de la falla del servicio. Estimó, además, que la aceptación jurisprudencial de la inversión de la prueba no exime por completo a la parte demandada de acreditar, así sea sumariamente, la existencia de la falla del servicio, cosa que en el caso concreto no ocurrió.

Por otra parte, el *a quo* se basó en lo declarado por los médicos tratantes, llamados al proceso en calidad de testigos, así como en el dictamen del Grupo de Patología Forense del Instituto de Medicina Legal, para concluir que las complicaciones presentadas en el postoperatorio (edema pulmonar neurogénico,

neumotórax, neumonía nosocomial) son riesgos propios de la operación a la que fue sometido el paciente y que la causa de su materialización no radica en deficiencia de la atención médica prestada sino en la propia “*incompetencia*” biológica del paciente y en las medidas que fue necesario adoptar para realizar un tratamiento necesario como lo fue la neurocirugía a la que fue sometido.

Resaltó, por otra parte, que en el plenario se acreditó plenamente la adopción de las medidas de asepsia y prevención para evitar las complicaciones posquirúrgicas y que ellas acaecieron por cuanto no es propio de tales precauciones eliminar por completo la posibilidad de eventos adversos.

6. Recurso de apelación

La parte actora impugnó la sentencia. En sustento de la apelación, argumentó, en primer lugar, que el *a quo* incurrió en causal de nulidad por violación del artículo 137, ord. 4 del Código de Procedimiento Civil entonces vigente. En segundo lugar, adujo que la parte demandada no desvirtuó la presunción de falla existente en su contra, por cuanto en el instituto no se practicaron pruebas de vital importancia para la determinación de la responsabilidad. Finalmente, se pone de relieve que el análisis de los testimonios realizado por el *a quo* fue deficiente, por cuanto del decir de los médicos tratantes se sigue la conclusión de que las complicaciones sufridas por el paciente eran predecibles y, a pesar de ello, no se tomaron las precauciones necesarias para evitarlas ni el Hospital contaba con los recursos necesarios para hacerlo.

La parte actora fundamentó sus consideraciones respecto de la configuración de la causal de nulidad por violación del artículo 137, ord. 4 del Código de Procedimiento Civil, vigente en esa época, en que la sentencia de primera instancia se profirió sin tener en cuenta que estaba pendiente la resolución de la solicitud de nulidad del auto que ordenó el traslado para presentar alegatos, controvertido por la parte actora por haber cerrado el debate probatorio a pesar de que el dictamen pericial de Medicina Legal fue aportado indebidamente (en fotocopia y con prescindencia de los anexos en los que alegadamente se fundamenta) y no se dio traslado del mismo, para su contradicción o petición de aclaración.

La parte actora es enfática en sostener que, cuando advirtió las irregularidades en la presentación y notificación de la prueba referida, solicitó inmediatamente la declaratoria de nulidad. Esta petición solamente fue examinada por el *a quo* de modo extemporáneo, cuando ya se había proferido sentencia de primera instancia y resuelta de modo que simplemente confirmara el fallo.

En lo que respecta a la diligencia de la entidad demandada, en orden a desvirtuar la falla que se le endilga la parte actora puso de manifiesto que solicitó inspección judicial para la verificación de a) las actas del comité de infecciones del Hospital Militar Central, b) los informes de laboratorio correspondientes al señor Enrique Arias y c) el estado prequirúrgico del mencionado señor, especialmente en lo relativo a la presencia de bacterias productoras de enfermedades nosocomiales; petición rechazada por el *a quo*, en lo relativo a la realización de la inspección judicial, a pesar de lo cual, se determinó ordenar al Instituto Nacional de Medicina Legal el nombramiento de dos peritos médicos, que se pronunciaran sobre los puntos que se solicitó examinar en la inspección, ante lo cual el Instituto mencionado solicitó la remisión de la historia clínica, los estudios paraclínicos, el acta de defunción, el resultado de la necropsia, los informes de interconsulta y las actas del comité de infecciones de la unidad de cuidados intensivos del Hospital Militar Central, correspondientes a los tres meses anteriores y los tres meses posteriores a la intervención realizada al señor Arias Giraldo. Documento que la demandada no aportó, sin perjuicio de la orden emitida por el despacho al respecto.

No obstante lo anterior, el dictamen de medicina legal fue proferido, sin que se corriera traslado del mismo a las partes. Defecto que impidió su contradicción o petición de complementación y aclaración, debido a lo cual no es posible entender que el dictamen quedara en firme y, debido a lo cual no se entiende cómo el juez de primera instancia pudo tenerla como fundamento de primer orden de su decisión. En palabras de la parte apelante:

(...) si se me hubiera dado oportunidad de controvertir el dictamen rendido por el Instituto de Medicina Legal, mediante el respectivo traslado del mismo, que como informé en el cargo anterior fue omitido por el a quo, con lo cual violó el debido proceso, la suscrita habría tenido oportunidad de solicitar su complementación, objeción, etc. Y mientras no se cumpliera con este ineludible trámite procesal, el dictamen no queda legalmente en firme, como en efecto no quedó por no haber sido objeto de contradicción. Pero pese a ello el a quo lo tuvo como fundamento de su decisión.

Y obsérvese que la prueba solicitada en el punto II segunda parte del acápite de pruebas de la demanda no fue satisfecha. En el expediente únicamente existe una respuesta del Hospital Militar Central manifestando que sí cuenta con protocolos de manejo de la unidad de cuidados intensivos, sin que se hubiera preocupado por demostrar que el procedimiento pre, quirúrgico y postquirúrgico sí cumplió con las normas del protocolo. Pues no acompañó (sic) tales protocolos ni al despacho ni al Instituto de Medicina Legal, mucho menos, los siguientes documentos que de existir y cumplirse plenamente, le habría eximido de la presunción de responsabilidad, consistentes en:

a) Las actas y estudios del Comité de Infecciones de la Unidad de Cuidados Intensivos, a fin de demostrar si se han adoptado medidas de asepsia, las fechas de su realización, en caso de haberse efectuado, qué tipo de gérmenes encontraron y si en efecto fueron erradicados.

d.(sic) Verificar si antes de la fecha en que se hospitalizó la víctima y subsiguiente a ella, se detectó la presencia de bacterias productoras de infecciones nosocomiales en otros pacientes. Para este efecto consultar los resultados de laboratorio tres meses antes y tres meses después del deceso del paciente.

En lo que respecta a los alegatos sobre la nulidad de la sentencia y la omisión del traslado del dictamen a las partes, la Sala reitera que mediante auto de 9 de octubre de 2001, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca rechazó por improcedente la solicitud de nulidad promovida el 13 de octubre de 2000 por la parte demandante y, así mismo, puso de manifiesto que, contrariamente a lo que esta aduce, en el expediente hay evidencia de que sí se corrió traslado del dictamen pericial, el cual no fue objetado en su debido término. Sostuvo el Tribunal en dicha ocasión:

“Conforme al artículo 140 del C.de P.C, donde se enuncian las causales de nulidad, siendo taxativa la ley en señalarlas, no encuentra la Sala que los argumentos expuestos por la parte estén comprendidos dentro de los citados numerales, toda vez que como se expuso anteriormente lo que se discute es el haber cerrado el periodo probatorio sin que se hubiera allegado al proceso original del dictamen pericial y sin haber controvertido el mismo.

De otra parte, observa el despacho que si bien el original del dictamen de medicina legal no aparece, sí se encuentra la copia, y éstas fueron presentadas ante este Tribunal el 29 de marzo de 2000 (fl. 279 a 283), y el auto que corrió traslado para alegar es de fecha 25 de agosto de 2000 (fl. 109), quedando así al descubierto que se contó con tiempo prudencial para controvertir el citado dictamen y hacer mención del mismo dentro de los alegatos de conclusión”.

Dado que el referido auto no fue controvertido por la parte actora y se encuentra debidamente ejecutoriado, la Sala no se pronunciará sobre aquello que ya fue debidamente resuelto por el *a quo*.

Además de que el *a quo* fundó sus consideraciones sobre una prueba que, en primer lugar no era válida y en segundo lugar carecía de fundamentos sólidos, la apelación también resaltó que los restantes elementos del acervo probatorio

parecen apuntar a que el desarrollo de las complicaciones postquirúrgicas y en particular de la neumonía nosocomial se debió a la falta de condiciones para el tratamiento de pacientes como el sr. Arias Giraldo y hacer frente a los previsibles eventos negativos.

Así, después de analizar los testimonios de los doctores Darío Alfonso Pacheco y Jaime Unda, la parte apelante concluye lo siguiente:

De los dos testimonios se deduce:

1. Que las condiciones prequirúrgicas del paciente, debido al tumor que presentaba en el cerebro, lo hacían inmensamente susceptible de posteriores complicaciones postquirúrgicas. Y como lo asevera el médico Unda, que la complicación iba a ser insoslayable.

2. Que el tumor cerebral que se iba a resear consistía en una cirugía cerebral que es del sistema nervioso central.

3. Que el tratamiento postoperatorio que se requería brindar al paciente, dada la condición antecedente de su infección tumoral, y, al área donde se localizaba (en el cerebro) debía prestarse, no en la unidad que utilizó la entidad demandada, sino en un área mucho más especializada, como lo informa el Dr. Pacheco Ceballos, con la cual no contaba el hospital. Dado que éste carecía de los recursos e infraestructura propia para el tratamiento de postoperatorios del sistema nervioso central.

4. Que teniendo en cuenta lo informado por el médico Jaime Unda, en cualquier recinto reposan bacterias. Lo que implicaba que la atención de este paciente dadas sus condiciones físicas, que presentaba “una disminución biológica” o que es lo mismo, inmunosuprimida, requería que fuera atendido en un sitio muy especial, como lo es al que se refirió el doctor Pacheco; especial para atender pacientes en postoperatorios del sistema nervioso central como lo fue en este casos. Y que por no poseerlo, el Hospital Militar, no podía otorgársele la asistencia que era requerida, lo cual sin lugar a dudas, establece una falla en el servicio asistencial.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el ocho 8 de febrero de 2001 por la Subsección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca por cuanto la pretensión mayor excede la cuantía mínima exigida para que proceda la doble

instancia ante esta Corporación, en aplicación del Decreto 597 de 1988, vigente en la época de presentación de la demanda³.

2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si los perjuicios materiales e inmateriales alegados por la parte actora son imputables al Hospital Militar Central. Para ello se habrá de determinar, en primer lugar, si las complicaciones posquirúrgicas sufridas por el paciente Enrique Arias Giraldo eran riesgos propios de la neurocirugía, cuya concreción constituye una carga que el mismo debía soportar o si, por el contrario, existe alguna razón que justifique considerar desproporcionada esta carga, bien sea por la naturaleza de la afectación sufrida (la circunstancia de ser una infección nosocomial) o por algún defecto en la actuación del personal médico asistencial.

3. Análisis del caso

3.1 Hechos probados

3.1.1 Está probado que el señor Enrique Arias García era esposo de la señora Marleny García Giraldo y padre de los señores Carlos Enrique y Leonardo Arias García, según consta en los registros civiles de nacimiento y matrimonio aportados al proceso y obrantes a folios 2 a 4 del cuaderno 2.

3.1.2. Está probado que el señor Enrique Arias García era socio de las empresas “*McLaren Limitada*”, “*Distrideportes, Ltda.*”, “*Almacén Olímpico Limitada*”, todas ellas dedicadas a la venta de artículos deportivos y que se desempeñaba como Gerente de la Primera y “*suplente de gerente*” de las segunda y tercera, tal como se prueba en los certificados de existencia y representación legal de las referidas sociedades a folios, 144 a 141 del cuaderno 2.

Obra también certificación de McLaren Ltda., en la que consta que el 31 de diciembre de 1992 al antes mencionado se le cancelaron las siguientes sumas de dinero:

³ Para el momento de presentación (1995) la cuantía establecida para que un proceso tuviera vocación de segunda instancia era de \$9.610.000 y la pretensión mayor consignada de modo concreto en la demanda, correspondiente cada uno de los demandantes por concepto de daños morales se eleva a \$11.348.000, valor correspondiente a 1000 gramos de oro fino el día 11 de mayo de 1999.

"NOMBRES: Enrique Arias
 Fecha Ingreso: Ene/01/92
 Fecha liquidación: Dic/31/92
 Días: 360
 Básico Primas: 180.000
 Básico Vacaciones: 180.000
 Vr. Prima: 90.000
 Días p: 15
 Vr. Vacaciones: 90.000
 Int. Cesantías: 21.600
 Total a pagar: 281.6000 (f, 131, c.6)

Y en otro certificado de la misma empresa se lee:

"Pago Nómina de Dic. 1 a Dic. 15 de 1992:
 Nombre Enrique Arias
 Básico: 90.000
 CXC Almacén: 3.802
 Total pagos: 90.000
 Total Deducciones: 3.802
 Neto a pagar: 86.198 (f. 132, c. 6)

Así mismo, figura el certificado de ingresos y retenciones del año gravable de 1992, de señor Enrique Arias Giraldo en Industrias McLaren y Cía. Ltda. (F.- 146, C. 2). Según esta certificación, los ingresos del señor Arias Giraldo en la susodicha sociedad fueron:

CONCEPTO DE LOS INGRESOS	NO GRAVADOS	GRAVADOS
SALARIOS	2.430.000	---
CESANTÍAS E INTERESES DE CESANTÍAS	21.6000	----
GASTOS DE REPRESENTACIÓN	0	----
PENSIONES DE JUBILACIÓN, VEJEZ O INVALIDEZ	0	----
OTROS INGRESOS	0	----
TOTAL	2.451.6000	----
VALOR DE LA RETENCIÓN	----	----

Adicionalmente se aportaron certificaciones de las sociedades Mc. Laren y Cía. Ltda., Almacén Distrideportes Ltda., y Almacén Olímpico Ltda., donde consta el

patrimonio de las mismas y la participación del señor Enrique Arias Giraldo en sus utilidades (f. 148, c.2).

También obra una certificación del contador Néstor Eduardo Cardona en la cual se afirma que el señor Enrique Arias Giraldo realizó durante el año gravable de 1992 ventas agrícolas por valor de \$2.765.000 (f. 145, c. 2).

3.1.3 Se sabe que el señor Enrique Arias Giraldo ingresó el 29 de abril de 1993 al Hospital Militar Central, con el fin de que se le practicara una craneotomía de fosa superior, siendo su diagnóstico prequirúrgico, síndrome cerebeloso, disfunción vascular, MAV fosa posterior, PICA y hemangioblastoma.

Así en la nota de ingreso a neurocirugía, de la Historia Clínica del Hospital Militar Central se lee, lo siguiente sobre su situación previa:

“MC y estado actual: Paciente conocido por el servicio, con historia de 6 años de evolución de dolor cervical cuando se documentó mediante arteriografía, lesión vascular en fosa posterior. En agosto del 87 se llevó a cirugía encontrando lesión altamente vascularizada que se biopsió recibiendo radioterapia y en diciembre de 1987 se documenta síndrome cerebeloso e hidrocefalia obstructiva. Se practica derivación que luego fue revisada y cambiada por sistema programable. Posterior a la derivación el pte refiere paresia de MMII por lo que TAC arteriografía evidenciaron MAV por lo que nuevamente en junio del 88 se lleva a cirugía encontrando gran fibrosis en todo el cerebelo con cambios post-radioterapia. Evoluciona satisfactoriamente aunque persiste síndrome cerebeloso. Nuevamente hace 2 meses refiere exacerbación de su ataxia con limitación para la marcha independiente y ocasional visión doble se hospitaliza en marzo de 26 del presente año. Al TAC y RNM se observó colapso ventricular al parecer por disfunción valvular y nueva lesión en fosa posterior izquierda. El paciente se practicó arteriografía cerebral (cineangiografía) en otra institución que demostró según informe escrito malformación arteriovenosa a nivel de la PICA, con llenamiento temprano del sistema venoso. La arteriografía carotídea nos demuestra llenamiento de la malformación por las comunicantes posteriores. Se rehospitaliza en esta institución para manejo. Al E.F de ingreso se encuentra paciente en buen estado general, afebril, alerta, TA ----, DC 80/m, FR 18/m. Cicatriz antigua en línea media craneocervical, orofaringe normal. Cuello: pulsos carotídeo homocrotos, traquea central. C/P; RsCsRS no spoloa (sic), adecuada ventilación pulmonar. Abdomen; blando, depresible, no masas ni megalias. No doloroso. Ext. Simétricas, pulsos periféricos presentes. Neurológico; pte consciente, alerta, orientado, 3 esferas, juicio y raciocinio conservado, ejecuta operaciones sencillas, interpreta refranes y analogías. Pares; pupilas de 4 mm, isocóricas, fotorreactivas, movimientos oculares normales. Discreto VI izd. Nistagmus a la mirada extrema derecha. No diplopía. F. de O, palidez de papila. No papidema. Simetría facial, úvula y lengua central. Lenguaje normal. Motor: Hipotrofia muscular generalizada, más marcada en las manos. Fuerza 5/5, simétrica. ROT xxx/xxx simétricas, reflejos rotulianos pendulares, clonus aquiliano bilaterales, agotables, Hoffman y trommer bilaterales. Respuesta plantar flexora bilateral. Sensibilidad: conservada. Coordinación: Ataxia leve troncular. Dismetría bilateral con disdiadococinesia,,

más marcada izquierda. Marcha: Aumento de polígono de sustentación, lateropulsión predominio izquierdo.

1.Dx: Sx Cerebeloso, 2. Disfunción Valvular, 3. MAV fosa posterior. PICA, Hemangioblastoma. (f. 278, c. 6)

Sobre la naturaleza de la afección y las perspectivas de recuperación del señor Enrique Arias García, conceptuó el Instituto Nacional de Medicina Legal, en respuesta al cuestionario solicitado como prueba por la parte actora:

1. ¿La lesión que presentaba el paciente Enrique Arias era de origen vascular, o de origen tumoral maligno?

. El hemangioblastoma o hemangioblastoma capilar es una neoplastia o tumor benigno de origen vascular, aunque es histológicamente benigno tiene capacidad de recurrir e infiltrar localmente.

2. Teniendo en cuenta que el paciente había recibido radioterapia previa (varios años atrás), ¿cuál era el pronóstico de la lesión por la cual se intervino quirúrgicamente al paciente Enrique Arias en abril de 1993?

R/ A pesar de que se resecó la lesión, al parecer en su totalidad, en este tipo de tumores siempre se espera una alta tasa de recidiva. De hecho, la cirugía se realiza con el fin de mejorar la calidad de vida del paciente, no buscando la curación definitiva.

3. Si no había intención curativa en la intervención quirúrgica, ¿se debió haber contemplado otra terapia como radioterapia o trombosis del tumor?

R/ Como consta en la respuesta anterior, la intervención quirúrgica debe considerarse paliativa, no curativa (f- 159, c 6).

Respecto de la enfermedad y la intervención realizada, así como de los pronósticos esperados, se pronunció también el neurocirujano tratante, doctor Jaime José Unda ante el a quo:

“Preguntado: ¿Conoció usted al señor Enrique Arias y en caso afirmativo, practicó cirugía en dicha persona en el mes de mayo de 1993 y cuáles fueron las causas que lo llevaron a tomar la determinación de practicar la cirugía?

Respondió: Sí conocí al paciente y sí, lo operé, las indicaciones para la cirugía fueron primero la presencia de una masa de origen vascular en una ubicación anatómica en extremo amenazante, condición que se evidenciaba por la evolución progresiva de deterioro neurológico que comprometía los centros neurológicos que afectaban las vías respiratorias, la eglución, la coordinación motora, las vías motoras corticoespinales y en general todo lo que implica lesión del aspecto inferior del tallo cerebral, adicionalmente la naturaleza vascular de la lesión comprometía el flujo sanguíneo con las implicaciones que de eso se desprenden en tan crítica ubicación anatómica, no tengo duda en afirmar que la lesión de no ser intervenida iba a terminar con la vida del paciente ante tan alto riesgo en la

intervención quirúrgica reconociendo que también era del alto riesgo, era plenamente indicada.

Preguntado, De acuerdo con la respuesta anteriormente dada, ¿cuál era el pronóstico posterior al tratamiento quirúrgico empleado en el paciente Enrique Arias?

Respondió: En la historia clínica consta que la lesión fue resecada en su totalidad, en el cuadro clínico postquirúrgico demostró integridad neurológica sin deterioro de las condiciones pre-operatorias es decir, que el objetivo de extirpar la lesión se logró, desafortunadamente la situación nutricional del paciente, el compromiso de los medios craneanos bajos que controlan los mecanismos respiratorios previo a la cirugía habían sido lesionados por la lesión, consecuentemente las opciones de complicaciones post-operatorias como aconteció eran posibilidades insoslayables (f. 253 y 254, c. 2)

3.1.4. Se tiene por probado que después de la neurocirugía practicada, el señor Enrique Arias sufrió complicaciones respiratorias y graves procesos infecciosos. También se sabe que el paciente murió el 23 de mayo de 1993 como consecuencia de una neumonía nosocomial y complicaciones derivadas de ésta como la falla multisistémica, subsiguiente a la progresión de la infección. Lo acontecido durante el tórpido post-operatorio quedó detalladamente registrado en la historia clínica (f. 162 a 236, c 2; 6-177, c 5). El Instituto Nacional de Medicina Legal resumió de esta manera lo consignado en la historia clínica. Por su interés se transcribe *in extenso*.

“El 23 de mayo de 1993 se le realiza cirugía sobre la cicatriz antigua en región posterior del cuello la cual se extiende desde C 3 hasta vértex. Se halla gran lesión vascular y se realiza coagulación de la gran masa que se comporta como malformación arteriovenosa, se extrae lesión en su totalidad quedando la cápsula adherida a la duramadre. Se medica con cafacidal. 1 gramo IV cada 8 horas, dexametasona 8mg IV cada 8 horas hasta mayo 14 de 1993 según se observa en órdenes médicas. El 7 de mayo de 1993 se le ordenaron hemocultivos seriados (f. 88).

Evoluciona presentando volúmenes elevados de orina poco concentrada por lo que se piensa en un síndrome de secreción inadecuada de hormona antidiurética, diabetes insípida, acidosis metabólica marcada, por lo que se administra bicarbonato (...).

En la evolución del 6 de mayo de 1993 anota que se torna muy inquieto con ligera cianosis labial y periférica, hace una hipoxemia marcada además de la acidosis metabólica, se decide intubar, los rx del tórax muestran infiltrados alveolares en ángulo (ilegible) por lo que se le decide, colocar catéter de Swan Gans, se produce neumotórax el cual se trata con tubo de tórax.

El 6 de mayo de 1993, se le diagnostica barotrauma con neumotórax derecho resuelto, moviliza los cuatro miembros al estímulo doloroso, pupila derecha de 2 mms, izquierda de 3 mms, reactivas, taquicárdico, disminución marcada de ruidos respiratorios, estertores alveolares bibasales, los Rx de tórax muestran

infiltrados de ocupación alveolar, presenta cuatro cuadrantes con imagen de consolidación en hemitórax izquierdo, hipovolemia con bajo gasto cardiaco.

El 8 de mayo de 1993 se anota buen estado general, afebril, CO₂:27, Psat O₂: 92, 6, hipocalcemia, persiste con estertores bilaterales, hipoventilación en región apical derecha hacia el tórax anterior, tubo de toracostomía sin drenaje. En valoración del 9 de mayo de 2003 (sic) por neumología se le diagnostica síndrome de dificultad respiratoria aguda, neumotórax derecho y probable fístula broncopleurales derecha. El neumólogo conceptúa que en ese momento el paciente presenta un cuadro de dificultad respiratoria con tendencia a la mejoría, no hay hipoxemia con los parámetros ventilatorios del momento. Se revisa toracostomía y se detecta fuga de aire por lo cual se fija bien el tubo desapareciendo la fuga. Hay reexpansión del pulmón derecho, se considera continuar igual manejo.

En el folio 28 se lee que el 10 de mayo de 1993 el paciente se halla en buen estado general, sin cianosis, estertores en ambos campos pulmonares, frecuencia respiratoria: 14/min, hipocalcemia moderada, alcalosis respiratoria, con diagnóstico de edema pulmonar neurogénico, se reduce progresivamente el ritrovil, se suspende del fentanil y se sigue el plan de destete del respirador.

En el folio 30 se lee evolución del 11 de mayo de 1993: paciente consciente, alerta, afebril, colaborador, hidratado, pulmones bien ventilados, en las órdenes médicas figura dexametasona 8 mg IV cada 8 horas, cefacidal 1 gr IV cada 8 horas. Se reporta trombocitopenia sin prolongación de TP y TPT por lo que se piensa descartar coagulación intravascular diseminada.

El 12 de mayo de 1993 paciente polipneico, taquicárdico, febril, moviliza secreciones en ambos campos pulmonares. Se halla orientado, alerta, la CO₂:26, PaO₂:65, Hco₃:?, saturación 94%. EN folio 32 se lee trombocitopenia de 63.000, leucocitos de 10.700 con desviación hacia la izquierda, TPT 30/28, VSG elevada, 5, PVC:5. Se disminuyen corticoides a 4 mg cada 12 horas.

El 13 de mayo de 1993 refiere dolor de cabeza y nuca, paciente cianótico, se intuba, se coloca de nuevo al ventilador, posteriormente se extuba por mejoría, se coloca O₂ por máscara, acidosis metabólica con o₂ del 50% y saturación del 77.2%. Se decide colocar CPAP para tratar de mejorar PaO₂.

*El 14 de mayo de 1993 a las 0:15 presenta paro respiratorio seguido de bradicardia y asistolia. Una vez iniciadas las maniobras se observa taquicardia y después fibrilación ventricular. Se pasó línea arterial y se intubó. Se le tomó escanografía que descartó proceso hemorrágica intraaxial y/o colecciones intraxiales. El 15 de mayo de 1993 se agrega a los diagnósticos ya conocidos **neumonía nosocomial**, a la valoración por neumología se sospecha patrón séptico por hallazgos paraclínicos; se ordenan hemocultivos seriados, se ordena ceftadine y amakacina, se ordena cambio de sonda vesical más cultivo de la punta de dicha sonda, se revisarán los sitios de inserción de catéter subclavio. El paciente se torna febril, se halla con intubación orotraqueal y soporte ventilatorio, taquicárdico, somnoliento, estertores en ambas bases pulmonares. Paciente con desnutrición aguda por estado catabólico y baja ingesta, se calcula déficit de albúmina para reponer en tres días. No se logra pasar sonda gastroduodenal.*

El 17 de mayo de 1993 (folio 42) se halla herida quirúrgica (en la nuca) con salida de escasa cantidad de líquido seroso amarillento con edema blando, presencia de foliculitis en la piel de los hombros. Se complica presentando otorragia derecha. A la valoración por otorrinolaringología se asocia clínicamente la otorragia a proceso

de celulitis, se diagnostica otorragia a estudio, continúa importante edema en región occipital alrededor de herida quirúrgica y región cervical posterior. Se halla recibiendo mezcla de nutrición enteral. Es valorado por rehabilitación por pie caído izquierdo diagnosticándose: 1. Paresia de miembro inferior izquierda secundaria a masa de fosa posterior, 2. Desacondicionamiento vs síndrome compresivo de cuello de pie izquierdo. Se le ordena terapia física en el lecho.

El 18 de mayo de 1993 se lee en la evolución: ha vuelto a presentar otorragia, leve disminución del edema occipital, escleras anictérica, ORL concluye que no hay proceso infeccioso activo, la otoscopia derecha se hace imposible por tapón de serumen que impide visualización. Continúa con diagnóstico de celulitis región cervical, bronconeumonía basal derecha. Se halla febril, taquicárdico, con evidencia clínica de focos infecciosos en la piel, pulmón, neurológicamente estable, se encuentra que en este momento el paciente se halla en **un proceso infeccioso septicémico (?)**, neurológicamente evoluciona dentro de lo esperado.

El 19 de mayo de 1993 se halla con marcado tinte icterico en escleras, cultivo de punta del catéter registró 80.000 colonias sensibles a cefalonitna, clavulin, amikin, imipenem. Ese mismo día es valorado por hematología que encontró petequias en cara anterior de muslo derecho, Rx de tórax muestran múltiples infiltrados bilaterales. Hematología conceptúa en ese momento **“paciente con francos focos infecciosos**, se considera trombocitopenia pudiera ser causada por su proceso infeccioso (57.000 plaquetas) y es importante dadas sus condiciones, descartar CID. Se revalorará con estudios tomados hoy”. Debido a hipocalcemia persistente se solicita calcio urinario y se administra una ampolla de gluconato de calcio cada 6 horas y se adiciona, además, magnesio.

El 20 de mayo de 1993 se halla aceptable estado general, sin sedación, ni relajación, consciente, alerta, con intubación orotraqueal y soporte ventilatorio, hay dehiscencia de herida quirúrgica con salida de escaso líquido serosanguinolento con apariencia de líquido cefalorraquídeo del cual se toma muestra para cultivo, taquicárdico, se considera la posibilidad de administrarle nuevamente albúmina, dados los resultados de los últimos laboratorios, se solicita Rx lateral derecho de cráneo para valorar la situación de la válvula. Se solicita cultivo de secreción de herida quirúrgica.

El 21 de mayo de 1993 se encuentra deterioro de Pa 02 compromiso que progresa aceleradamente, por lo que se pasa catéter de Swan Gns, se encuentra presión en cuña de 25 iniciándose furosemida. Por cultivo de blastoconidios en punta de catéter (además de E. Coli) se decide iniciar anfotericina B con la prueba de 1 mg para 30 min, se documentó hipotensión y taquicardia (relación causa efecto o coincidencia?) y caída del gasto cardíaco que amerita intrópicos aceleradamente y se suspende orden de anfotericina B, se inicia fluconazol. Hemodinamia muestra parámetros de choque cardiogénico con marcado deterioro de la oxigenación celular vs choque séptico. Al examen físico hipotenso 85/60 con taquicardia de 142/min, frecuencia respiratoria de 28/min, leve cianosis generalizada, somnoliento, abundantes estertores en ambos campos pulmonares, se halla en anasarca, no hay ingurgitación yugular, se interpreta como choque séptico con marcada depresión y edema pulmonar secundario.

El 22 de mayo de 1993 mal estado general (folio 64) sangrado oral, lesiones labiales, trombocitopenia de 27.000m se halla en sepsis probablemente secundaria a candida, con depresión cardíaca y oliguria, se considera que flucozanol es insuficiente por lo que se considera hacer nueva prueba con antottricina B.

A la valoración por nefrología se resume que ha recibido UCIM cefacidal 1 g cada 8 horas por 15 días, cefatizidime 1 g cada 8 horas por 9 días, fluconazol 200 mg día por 2 días. Se halla en mal estado general con intubación orotraqueal, soporte ventilatorio, catéter en arteria pulmonar por vía subclavícula derecha, estuporoso, apertura ocular al estímulo no verbal, no responde órdenes. Se concluye en análisis que se encuentra en sepsis con falla respiratoria, hemodinámica, hematológica y ahora renal la cual puede corresponder a nefritis intersticial por aminoglucósidos -9 días con amikacina a dosis altas, secundaria a sepsis o prerenal no solo por bajo gasto sino por hipoalbumemia severa. Se sugiere mejorar presión oncótica con plasma o albúmina, hidratar bien, luego infusión con furosemida 0.5 mg/kg dando dosis por 6 horas, si mejora diuresis, continuar con dobutamina por máximo 24 horas, pendiente suspender aminoglucósido, dobutamina y adrenalina (folio 71). No hay más datos consignados en la historia clínica. Por la información del certificado de defunción se estableció que el paciente falleció el día 23 de mayo de 1993 (f. 235-337 c. 4)

Y en el acta de auditoría médica del Hospital Militar Central se lee:

“Fue llevado a cirugía en mayo 3 de 1993 encontrándose cerebelo con área de malasia, una gran lesión vascular inferomedial derecha siendo retirada en su totalidad y sin complicaciones intraoperatorias. El reporte de la patología No. 2522-93 fue hemangioblastoma capilar fosa posterior. El paciente se traslada para manejo postoperatorio a UCI ingresando bajo efectos de anestesia con OIT campos pulmonares bien ventilados, cardiovascular estable, signos vitales dentro de límites normales.

Se continúa manejo con monitoreo hemodinámico central dado que el paciente presentaba edema pulmonar neurogénico, por lo que se coloca un catéter central presentándose como complicación un neumotórax el cual fue diagnosticado y corregido con tubo de tórax, presentándose posteriormente neumonía nosocomial bilateral, síndrome de dificultad respiratoria del adulto, sepsis por hongos y falla multisistémica, que condujo al paciente a su fallecimiento (f. 113, c. 1).

El hecho de la muerte, por otra parte, está acreditado por el registro de defunción obrante a folio 376 del cuaderno 4

3.1.5. Se sabe que el Hospital Militar Central adelantaba medidas de asepsia y control epidemiológico durante el tiempo de hospitalización del señor Arias. Ello se comprueba por las copias de las actas de estudios del Comité de Infecciones de la Unidad de Cuidados Intensivos, remitidos por la entidad demandada a instancias del a quo (f. 260- 363, c. ppal.).

3.1.6. Se sabe que la señora Marleny García Giraldo asumió parcialmente el pago de los gastos hospitalarios del su esposo. Tal circunstancia consta en certificado del Hospital Militar Central en el que se lee:

“El suscrito Mayor General (r), Director del Hospital Militar Central

Certifica:

- 1. Que al paciente Enrique Arias Giraldo se le suministró atención médico asistencial del 29 de abril de 1993 al 25 de mayo de 1994 (sic), cuenta personal respaldada por Marleny García (deudora), se anexa copia al carbón de la cuenta formando parte de esa certificación.*
- 2. Que los costos de atención ascendieron a la suma de \$11.406.773, de los cuales \$832.000 se elaboró cuenta de cobro No. 93.001168 a nombre de Colseguros S.A.; 2.507.800 que fue abonado por los familiares del paciente y \$1.613.394, 60, el saldo \$6.453.578, 40, fue respaldado por letras firmadas por la señora Marleny García.*
- 3. Que a la fecha se han efectuado los siguientes abonos; de lo cual se anexa fotocopia de los pagos*

<i>FECHA</i>	<i>VALOR</i>	<i>RECAJA No.</i>
<i>Julio 7/93</i>	<i>\$500.000</i>	<i>031817</i>
<i>Agosto 3/93</i>	<i>\$500.000</i>	<i>032040</i>
<i>Septiembre 10/93</i>	<i>\$619.540</i>	<i>178462</i>
<i>Octubre 22/93</i>	<i>\$500.000</i>	<i>175727</i>
<i>Noviembre 16/93</i>	<i>\$500.000</i>	<i>81022</i>
<i>Diciembre 22/93</i>	<i>\$500.000</i>	<i>176701</i>
<i>Agosto 16/94</i>	<i>\$119.540</i>	<i>03685</i>
<i>Septiembre 12/94</i>	<i>\$432.500</i>	<i>034009</i>

- 4. Que el saldo por cancelar es de \$2.781.997, 20*

Se expide la presente certificación a solicitud de la Señora Marleny García, a los (19) días del mes de octubre de 1994. (f. 128. C. 6).

3.2 Valoración pericial del caso

Las partes solicitaron la valoración de la historia clínica y esta Sala decretó de oficio prueba pericial para establecer la causa de la muerte del señor Enrique Arias y así mismo determinar la responsabilidad de la demandada.

Se destaca la conclusión de la ampliación del experticio de Medicina Legal:

“Queremos concluir nuestro análisis haciendo énfasis en que las infecciones nosocomiales pueden presentarse en cualquier servicio hospitalario y que este paciente hizo una sepsis bacteriana que no respondió a la terapéutica instaurada a pesar de ser la adecuada y su administración oportuna. Presentó una neumonía nosocomial de origen multifactorial por factores como la condición nutricional del paciente, su pobre respuesta de modulación ante la infección, el curso prolongado e indispensable de administración de corticoides y la necesidad imperiosa de invadirlo con elementos como sondas, catéteres para obtener líneas de acceso central, soporte ventilatorio, etc., factores éstos inherentes al tratamiento de este paciente con diagnóstico de hemangioblastoma que ya venía deteriorado por el

curso natural de la patología clínica que padecía desde hacía 6 años, cuya severidad clínica es innegable (f. 253, 4).

Por su parte, la Asociación Colombiana de Neumología y Cirugía del Tórax (Asoneumocito) resolvió de esta manera el cuestionario remitido oficiosamente por la Sala:

“Pregunta:

Según los signos anotados en la historia clínica y teniendo en cuenta los estándares de la medicina en 1993, ¿cuándo se podía sospechar una infección intrahospitalaria y concretamente la neumonía nosocomial?

Respuesta:

Revisando la evolución del día 6 de Mayo de 1993, a las 20 horas. Se anota que la evolución del paciente ha sido tórpida en las últimas horas, con marcado deterioro de la oxigenación e hipoxemia de difícil control, describen la presencia de infiltrados alveolares multilobares, y dentro de los estudios paraclínicos, en el hemograma se evidenció desviación hacia la izquierda, sin leucocitosis. Todos estos signos sumados, debieron plantear la posibilidad de una infección nosocomial, dado el compromiso pulmonar descrito; la neumonía nosocomial debió considerarse en este momento dentro de los posibles diagnósticos. Cabe anotar sin embargo que no reportan fiebre o la presencia de secreciones purulentas, por lo que otro tipo de infección nosocomial debería haberse considerado también para ese momento.

¿Las circunstancias de inmunodepresión por las que pasaba el señor Enrique Arias hacían necesaria o recomendable la internación en una unidad especial? El hecho de que tal unidad no estuviera disponible ¿aumentó el riesgo de contraer una infección nosocomial?

Los corticoesteroides como potenciales inductores de inmunosupresión, no hacían necesario el ingreso a ningún tipo de habitación o unidad especial. Con el manejo estándar y las precauciones universales que se deberían manejar para 1993 en el ámbito del cuidado intensivo era suficiente.

Pregunta:

Cuando se produjo el diagnóstico de neumonía nosocomial, ¿se puede decir que fue tardío? Teniendo en cuenta los estándares de la ciencia médica en 1993, ¿era posible diagnosticar dicha enfermedad antes del 15 de mayo?

El 15 de Mayo de 1993 se planteó el diagnóstico de neumonía nosocomial. Considero que dada la evolución previa del paciente, sí se pudo haber planteado dicho diagnóstico de manera previa.

Para 1993, incluso para hoy el año 2013, la neumonía nosocomial en un paciente en ventilación mecánica continúa siendo un reto diagnóstico; no existía para esa época, ni existe aún un estándar de oro para el diagnóstico de dicha entidad. Para 1993, la base de la sospecha era clínica y algunos estudios paraclínicos, principalmente la toma de cultivos del tracto respiratorio inferior, ya fuera este por medio de aspirado traqueal o vía broncoscópica, eran medios disponibles para

llegar al diagnóstico. Sin embargo, la base era la sospecha clínica y a partir de ello se tomaban las medidas terapéuticas y diagnósticas.

Pregunta:

¿El cefacidal suministrado entre el 3 y el 15 de mayo es un antibiótico eficaz para la prevención y el tratamiento de las infecciones nosocomiales en un paciente inmunodeprimido? Teniendo en cuenta los estándares de la ciencia médica en 1993, ¿era recomendable y posible recurrir a uno más efectivo?

Respuesta

El Cefacidal es un antibiótico que se utilizó como profilaxis, en el contexto del postoperatorio de una cirugía considerada como no contaminante y en el caso de la neuroquirúrgica, como profilaxis de la infección del sitio de la herida quirúrgica.

Cabe anotar que en este caso, lo inadecuado fue el tiempo de uso de este antibiótico, ya que claramente con la indicación de profilaxis debió haberse descontinuado durante máximo 24 horas después del procedimiento quirúrgico. Para el año 1993, y eso sigue siendo válido actualmente, la profilaxis de infección del sitio operatorio era la indicación del uso de cefacidal. Los antibióticos no se utilizan para evitar o prevenir cualquier tipo de infección nosocomial, como una práctica de rutina para 1993.

Pregunta:

¿Los antibióticos suministrados con posterioridad al 15 de mayo fueron los indicados en una situación como la que atravesaba señor Arias Giraldo?

Respuesta:

Para el año 1993, el cubrimiento antibiótico empírico que recibió el paciente, a partir del 15 de Mayo planteado el diagnóstico de neumonía nosocomial fue adecuado.

¿Cuáles eran las probabilidades de recuperación de un paciente inmunodeprimido y afectado de neumonía nosocomial, de acuerdo con el estado de la ciencia médica en 1993?, ¿eran significativamente inferiores a las de un paciente que no estuviera en condiciones de inmunodepresión?

Para el conocimiento médico en 1993, más que por la inmunosupresión misma y la neumonía nosocomial, según la información de la historia clínica; el paciente cursó con un cuadro complejo de insuficiencia respiratoria, choque séptico y disfunción multiorgánica, que en términos de sobrevida lo pongan en una condición de poca probabilidad de supervivencia. A pesar de recibir todos los cuidados disponibles para ese momento.

Pregunta:

¿Cuáles son las medidas indicadas para el tratamiento de la sepsis?, ¿el Hospital Militar central siguió estas medidas?

Respuesta:

Para el año 1993, las medidas generales para el manejo de un proceso séptico podrían resumirse así:

- 1. Optimizar el volumen intravascular con cristaloides.*
- 2. En caso de requerirlo por persistencia del estado de choque utilización de medicamentos vasopresores y lo inotrópicos.*
- 3. Uso de antimicrobianos empíricos, con base en la sospecha del origen de la infección.*
- 12. Soporte ventilatorio, según las necesidades del paciente. S. Trasfusión de hemoderivados, según se requieran.*
- 6. Soporte nutricional.*

A lo largo de la historia clínica, se evidencia que el Hospital Militar Central cumplió con estas medidas en el caso del señor Arias Giraldo.

Más adelante la misma asociación aclara:

I. La primera aclaración solicitada, acerca de que si con la evidencia aportada debería haberse iniciado un tratamiento para tratar un infección nosocomial; la respuesta es sí, ante la sospecha de infección nosocomial la conducta clínica debería haber sido el inicio de un manejo antibiótico.

Teniendo en cuenta lo anteriormente anotado, y respondiendo a la segunda aclaración, el día 6 de Mayo de 1993, ante la sospecha de una neumonía nosocomial, la conducta en este momento era el inicio de un tratamiento antibiótico empírico. Seguramente con un esquema similar al que recibió desde el día 15 de Mayo de 1993 (f. 469-484, c .ppal.)

3.3. La imputación

3.3.1. Consideraciones generales sobre la asunción del riesgo y su relativización

Valorada la historia clínica y las pruebas testimoniales, a la luz de los dictámenes técnicos solicitados de oficio en primera y segunda instancia, la Sala concluye que, si bien es cierto que la detección y tratamiento de la neumonía nosocomial fueron tardíos, la prueba de esta circunstancia no parece conducir a la conclusión de que las complicaciones sufridas fueron consecuencia de la falta de cuidado por parte del personal sanitario o de que la evolución de la patología hubiese sido sustancialmente diferente en caso de haber iniciado el tratamiento antibiótico con antelación. Más aún, los peritos consultados han sido explícitos en declarar que, salvo la demora anotada en el diagnóstico, la actuación del personal médico fue, en términos generales, adecuada, al paso que desestimaron las consideraciones de la parte actora sobre la necesidad de haber atendido al señor Arias García en una unidad especial para pacientes en posoperatorio por neurocirugía.

Ahora bien, a la luz de la concepción tradicional de la responsabilidad médica como un subproducto de la falla (probada o presunta) en la prestación del servicio, los supuestos expuestos y probados darían lugar a condenar al Estado por el diagnóstico tardío de la neumonía nosocomial, entendida esta como una falla constitutiva de un daño antijurídico autónomo, pero en ningún caso justificaría la imputación de los daños derivados de la muerte de señor Arias Giraldo pues, como se puso de manifiesto *ad supra*, no existe prueba de que ésta esté causalmente vinculada a un acto defectuoso o una omisión por parte de la entidad demandada.

Es de notar, sin embargo, que la vinculación de la responsabilidad médica a la falla en la prestación del servicio de salud, no puede constituirse en principio absoluto y excluyente. Lo anterior debido a que la Carta Política de 1991 abandona explícitamente el entendimiento de la responsabilidad estatal como consecuencia del defecto en la actuación del servidor público y en su lugar sitúa al daño antijurídico como fundamento y título supremo del deber de reparar. La antijuridicidad que califica al daño, se ha de aclarar, no deviene de la injusticia subjetiva del agente que lo causa, sino de la desproporción objetiva de las cargas jurídicas. En este sentido, se entiende que, dentro del esquema de responsabilidad aceptado y previsto por el Constituyente, la responsabilidad estatal se predica de que la actuación de los agentes públicos imponga a alguien una carga que exceda lo que razonablemente está llamado a soportar, aun cuando no medie actuación irregular en su causación. Tal viraje en la definición del daño se hace patente en las palabras pronunciadas por Constituyente Juan Carlos Esguerra Portocarrero ante la Asamblea Nacional Constituyente el 6 de mayo de 1991:

“[L]o que nosotros proponemos es que se desplace el centro de gravedad de la responsabilidad patrimonial del Estado, de la conducta antijurídica del ente público a la antijuridicidad del daño, de manera que con esto se amplía muchísimo la responsabilidad y no queda cobijado solamente el ente público cuando su conducta ha dado lugar a que se causen unos daños, sino cuando le ha infringido alguno a un particular que no tenga porqué soportar ese daño⁴ .

En lo que respecta a la valoración de la responsabilidad estatal por daños ocurridos en el contexto de la prestación del servicio médico, el juez está llamado

⁴ COLOMBIA, Asamblea Nacional Constituyente, Constituyente Juan Carlos Esguerra Portocarrero, Actas de sesiones de las Comisiones, art. 90, Sesión Comisión 1, Mayo 6, pág. 4.

a cuestionar la proporcionalidad del daño, esto es, entenderlo como una de las cargas que el afectado está llamado a soportar. Ahora bien, es cierto que en la mayor parte de los casos la razón para considerar que el daño excede lo que razonablemente debe ser asumido radica en la naturaleza defectuosa de la acción que lo ha causado y en el principio general de que nadie está llamado a asumir la carga de la negligencia y la mala fe ajena. Sin embargo, al lado de este supuesto común, la jurisprudencia ha venido señalando otros casos en los que los daños sufridos por la víctima, dentro del contexto de la atención médico sanitaria, pueden ser considerados desproporcionados, aún por fuera de los supuestos que permiten subsumir a la acción causal dentro de categorías como la culpa o la falla en el servicio.

La recta comprensión de lo anterior exige explicitar, como primera medida, cuáles son los daños que por definición debe asumir el paciente. A este respecto, ha de regir el principio de que, por regla general, el titular del bien jurídico asume los riesgos inherentes al mismo, de modo que quien es titular de la vida y la salud asume también, en principio, la carga que se deriva íntegramente de la natural precariedad de estos bienes. Ello significa, a su vez, que no se considera jurídicamente relevante aquel daño que no obedece, directa o indirectamente, a una agencia externa o exógena, derivándose únicamente de factores endógenos.

Por otra parte, al hacerse usuario de la atención médica, el paciente adquiere el derecho a recibir el mejor tratamiento posible. Cuando media consentimiento, ello comporta, en principio, la asunción de los riesgos inherentes al tratamiento, dentro de los cuales se encuentran el fracaso terapéutico y ciertos efectos secundarios adversos y a la vez exime de la carga de soportar las consecuencias de la privación del tratamiento, así como la prestación del mismo por debajo de los estándares de la *lex artis*. Estos efectos, que escapan de la órbita de lo que paciente está llamado a soportar incluyen tanto la progresión de una condición patológica curable, en el caso concreto como la aparición de nuevas patologías o secuelas.

El enunciado general de la asunción consentida del riesgo iatrogénico, aquí enunciado, está sometido también a matizaciones y aclaraciones. En primer lugar, se ha de entender que el consentimiento, en tanto acto de la voluntad dependiente de la advertencia previa, no es más que aparente cuando no existe claridad sobre el riesgo que se asume, de modo que no hay asunción del riesgo cuando éste no

se ha explicado clara y específicamente al paciente⁵. En segundo lugar, se ha de entender que el consentimiento admite gradación, de modo que el consentimiento menos perfecto no puede comportar una asunción plena del riesgo. En tercer lugar, se ha de entender que la perfección del consentimiento disminuye en la medida en que aumenta la necesidad y, consecuentemente, disminuye la posibilidad de elección. Esto es relevante por cuanto, el consentimiento, aún informado frente a la acción terapéutica, mengua en su perfección cuando negarse a la acción médica comportaría necesariamente el detrimento irreversible de un bien fundamental. Así, pues, se ha de suponer que el consentimiento tiene menor perfección, cuando el “costo” de rechazar la intervención consiste en la pérdida de la vida o de toda esperanza de curación y en este sentido, en tales supuestos, cabe relativizar la asunción del riesgo. Se trata de eventos en los que, sin ser necesaria la conclusión de que no opera la asunción del riesgo, se entiende que ésta última no tiene un valor absoluto, de modo que, si concurren otras circunstancias, cabe declarar la desproporcionalidad e irracionalidad de que la carga del riesgo recaiga enteramente sobre el paciente.

Por otra parte, en cuanto a la determinación del titular, se parte de la premisa de que el riesgo ha de ser asumido por el beneficiario principal del acto. Así, en principio, cabría esperar que el paciente, en tanto beneficiario directo y principal del efecto curativo o paliativo, sea quien asuma el riesgo. Se observa, sin embargo que en algunos casos, la actuación en salud, se orienta tanto al beneficio general como a la preservación del interés público. El caso paradigmático de esta índole de acciones en las que es discernible el doble beneficio es el de la vacunación obligatoria, supuesto en el que si bien la acción redundaba en la protección del inmunizado frente a posibles enfermedades, la comunidad, en general, resulta favorecida, en cuanto la inmunización colectiva previene las epidemias y eleva los niveles de salud pública. Tratándose de estas dimensiones de la medicina, orientadas a la optimización de los niveles generales de la salud, la Sala ha aceptado que en estos casos no resulta razonable atribuir los riesgos al paciente, aceptándose así formas objetivas de imputación. Así, por ejemplo, en sentencia de

⁵ Cfr Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 15 de octubre de 2008, radicación: 25000-23-26-000-1994-00061-01(16350). C.P Ramiro Saavedra Becerra; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 12 de diciembre de 2013, radicación 25000232600019961266101(27493), C.P Stella Conto Díaz del Castillo. Lo anterior en consonancia con lo establecido por la Corte Constitucional en sentencias sentencia SU-337 de 1999 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), T-401 de 1994 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y T-477 de 1995 (MP Alejandro Martínez Caballero).

28 de septiembre de 2012⁶ esta Sala aceptó explícitamente la posibilidad de imputación al margen de la culpa o la falla⁷ y justificó así la procedencia de esta especie de responsabilidad, en la doctrina y el derecho foráneo:

“Sabido es que la ejecución del programa de vacunación obligatoria contra la Poliomiélitis, D.P.T. (Difteria, Tosferina, Tétanos), y contra la Hepatitis B, corresponde a una política pública, dirigido a la inmunización de la población, particularmente de la infantil que se ejecuta en todo el territorio nacional a cargo de las instituciones de salud de país, sujeto a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, que rigen a la seguridad social estatal, en tanto el Estado está obligado a la protección del derecho fundamental a la salud en conexidad con el derecho a la vida, el cual merece especial protección y garantía por parte de las autoridades prestadoras del servicio.⁸ Ahora lo anterior, aunado a la labor social que cumplen las entidades hospitalarias, podría en principio sostenerse que el Estado en cuanto la vacunación obedece a una política pública, asume en cada caso concreto la posición de garante, fuente del deber ineludible de controlar el riesgo social, de no atender la inmunización general de la población de enfermedades que bien pueden generar epidemias sino se previene, mediante la vacunación.

La doctrina francesa, ha privilegiado la reparación, mejorando la situación de las víctimas, en casos de daños dentro del marco de la aplicación de políticas sanitarias, pues ello las dispensa de entrar en aspectos subjetivos, dada su condición de garante. Conforme lo ha señalado el profesor Michel Paillet.⁹

<<Las vacunaciones obligatorias.

Se ha visto (supra n.º 216) como la jurisprudencia administrativa fue llevada inicialmente a resolver el problema de la reparación de los accidentes originados en las vacunaciones obligatorias refiriéndose al mecanismo de presunción de culpa. Pero el legislador vino desde 1964 a instituir reglas simplificadoras proponiendo con la ley del 1º de julio (hoy art. L. 10-I C. Salud Pública) que, sin perjuicio de las acciones que pudieren ejercerse de acuerdo al derecho común, la reparación de todo daño imputable a una vacunación obligatoria... (...) practicada en las condiciones previstas en el presente código es soportada por el Estado”

(...)

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 28 de septiembre de 2012, exp. 22424, C. P. Stella Conto Díaz del Castillo.

⁷ Sostuvo explícitamente la Sala: “Sin embargo, con independencia a la omisión endilgada a la entidad, se entrevé la responsabilidad de la entidad, de cara a los elementos de juicio incorporados al proceso, sin que deba subsumirse el asunto en el tradicional régimen de responsabilidad por culpa, pues al tenor del artículo 90 de la Carta Política dejó en manos del juez la labor de definir en cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá de adoptar y en todo caso privilegiando los principios constitucionales que gobiernan las relaciones entre el usuario del servicio y el Estado”.

⁸ Corte Constitucional T. 499/92. SU 039/98, SU 562/99, T 457/01.

⁹ La responsabilidad administrativa. Traducción y estudio introductorio. Jesús María Carrillo Ballesteros. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. Abril de 2001.

Como es evidente, la víctima o sus causahabientes tienen la obligación de establecer solo la existencia de un vínculo directo de causa a efecto entre la vacunación y el perjuicio>>.

Finalmente, en el Estado Social y Democrático de Derecho la determinación de la carga del riesgo en materia de salud está atravesada por los principios constitucionales de solidaridad y equidad, según se explicará más adelante.

3.2.2 Consideraciones específicas sobre la responsabilidad estatal surgida de las infecciones nosocomiales

Habiendo examinado los principios generales que rigen la determinación de la titularidad del riesgo propio de las intervenciones médicas, es menester analizar las razones por las cuales la jurisprudencia Contencioso-Administrativa ha reconocido la responsabilidad estatal, con independencia de la acreditación de la falla del servicio o la culpa, en los supuestos de las infecciones nosocomiales. Así mismo, se demostrará cómo el reconocimiento jurisprudencial de formas de responsabilidad objetiva en estos casos, a pesar de desarrollar exigencias de rango constitucional, conduce a aporías y disfuncionalidades que exigen la cooperación de las distintas ramas estatales, en la elaboración de un modelo eficaz de reparación del daño derivado de estos supuestos, que responda adecuadamente al principio constitucional de la solidaridad y distribuya adecuadamente los riesgos.

Para lo anterior, se empezará por esbozar una definición de infección nosocomial, precisando, por lo demás, cuáles de los supuestos que pueden ser legítimamente incluidos dentro del concepto médico deben ser excluidos, de entrada, del ámbito de predicación de responsabilidad objetiva. Seguidamente, se expondrán algunos argumentos a favor de la relativización de la asunción del riesgo, se expondrá la evolución de la jurisprudencia hasta la aceptación más o menos consolidada de la existencia de un régimen de responsabilidad al margen de la falla subjetiva y se hará mención a los regímenes foráneos en los que se ha inspirado la jurisprudencia hasta el momento. Finalmente, se reparará en el modo en que los desarrollos jurisprudenciales inspirados en dichos sistemas exige asimismo una respuesta legislativa y reglamentaria.

3.2.3. La infección asociada a la atención en salud: aspectos médicos y jurídicos

El primer paso para entender el estatuto jurídico de la infección nosocomial es entender su concepto, precisando de antemano, la distinta extensión y comprensión del mismo a nivel médico y jurídico.

Lo primero que hay que anotar, al abordar el concepto desde el punto de vista de las ciencias de la salud es que, dados los nuevos desarrollos y orientaciones de la atención al paciente, cada vez más centradas en la atención ambulatoria y extrahospitalaria, se ha variado la denominación por *“infecciones asociadas a la atención en salud”*. El Instituto Nacional de Salud, define a estas últimas como sigue:

“Las infecciones Asociadas a la atención en Salud (IAAS) anteriormente llamadas nosocomiales o intrahospitalarias son aquellas infecciones que el paciente adquiere mientras recibe tratamiento para alguna condición médica o quirúrgica y en quien la infección no se había manifestado ni estaba en período de incubación en el momento del ingreso a la institución, se asocian con varias causas incluyendo pero no limitándose al uso de dispositivos médicos, complicaciones postquirúrgicas, transmisión entre pacientes y trabajadores de la salud o como resultado de un consumo frecuente de antibióticos¹⁰.”

Se trata, pues de un concepto amplio dentro del cual se incluyen diversas patologías, cuyo denominador común es el hecho de haberse adquirido por causa y con ocasión del tratamiento médico. Ahora bien, para efectos de determinar las consecuencias jurídicas de las mismas, es preciso destacar que dentro del amplio concepto de infección asociada a la atención en salud cabe incluir a aquellas patologías que son causadas por agentes endógenos a la flora normal del paciente, como ocurre en el caso de los microorganismos presentes en el tracto intestinal. Así, por ejemplo, puede darse el caso de que a causa de la ruptura de las barreras orgánicas naturales durante un tratamiento médico, los microorganismos presentes en una parte del cuerpo, como el tracto intestinal causen daños en otra. Estos casos, aunque técnicamente pueden ser clasificados dentro del concepto médico de infección intrahospitalaria, han de carecer de relevancia jurídica frente a la determinación de la responsabilidad en la medida en que, no existe una causa propiamente externa, no se puede entender generada por el prestador del servicio de salud. De este modo, el concepto jurídico de infección nosocomial se ha de entender restringido a la infección exógena.

¹⁰ Información disponible en la página web del Instituto Nacional de Salud: <http://www.ins.gov.co/iaas/Paginas/que-son-las-iaas.aspx>

Por otra parte, se ha de hacer énfasis en la multiplicidad de factores que inciden en la transmisión y desarrollo de estas infecciones. La organización mundial de la salud propone una clasificación cuádruple de estos factores:

“Factores influyentes en la manifestación de las infecciones nosocomiales:

El agente microbiano:

El paciente está expuesto a una gran variedad de microorganismos durante la hospitalización. El contacto entre el paciente y un microorganismo, en sí, no produce necesariamente una enfermedad clínica, puesto que hay otros factores que influyen en la naturaleza y la frecuencia de las infecciones nosocomiales. La posibilidad de exposición conducente a infección depende, en parte, de las características de los microorganismos, incluso la resistencia a los antimicrobianos, la virulencia intrínseca y la cantidad de material infeccioso (inóculo).

Una gran cantidad de bacterias, virus, hongos y parásitos diferentes pueden causar infecciones nosocomiales. Las infecciones pueden ser causadas por un microorganismo contraído de otra persona en el hospital (infección cruzada) o por la propia flora del paciente (infección endógena). La infección por algunos microorganismos puede ser transmitida por un objeto inanimado o por sustancias recién contaminadas provenientes de otro foco humano de infección (infección ambiental).

Antes de la introducción de las prácticas básicas de higiene y de los antibióticos en el ejercicio de la medicina, las infecciones nosocomiales, en su mayoría, se debían a agentes patógenos de origen externo (enfermedades transmitidas por los alimentos y el aire, gangrena gaseosa, tétanos, etc.) El progreso alcanzado en el tratamiento de las infecciones bacterianas con antibióticos ha reducido considerablemente la mortalidad por muchas enfermedades infecciosas. Hoy en día, casi todas las infecciones nosocomiales son causadas por microorganismos comunes en la población en general, que es inmune o que sufre una enfermedad más débil que la causada a los pacientes hospitalizados (staphylococcus aureus, estafilococos negativos a las coagulasa, enterococos, y enterobacteriaceae).

Vulnerabilidad de los pacientes:

Los factores de importancia para los pacientes que influyen en la posibilidad de contraer una infección comprenden la edad, el estado de inmunidad, cualquier enfermedad subyacente y las intervenciones diagnósticas y terapéuticas. En las épocas extremas de la vida –la infancia y la vejez- suele disminuir la resistencia a la infección. Los pacientes con enfermedad crónica, como tumores malignos, leucemia, diabetes mellitus, insuficiencia renal, síndrome de inmunodeficiencia adquirida (sida) tienen mayor vulnerabilidad a las infecciones por agentes patógenos oportunistas. Estos últimos son infecciones por microorganismos normalmente inocuos, por ejemplo, que forman parte de la flora bacteriana normal del ser humano, pero que pueden llegar a ser patógenos cuando se ven comprometidas las defensas inmunitarias del organismo. Los agentes inmunodepresores o la irradiación también pueden reducir la resistencia a la infección. Las lesiones de la piel o las membranas mucosas se producen sin pasar por los mecanismos naturales de defensa. La malnutrición también presenta un riesgo. Muchos procedimientos diagnósticos y terapéuticos modernos, como biopsias, exámenes endoscópicos, cateterización, intubación/respiración mecánica y procedimientos quirúrgicos de succión aumentan el riesgo de infección. Ciertos

objetos o sustancias contaminados pueden introducirse directamente a los tejidos o a los sitios normalmente estériles, como las vías urinarias y las vías respiratorias inferiores.

Factores ambientales:

Los establecimientos de salud son un entorno donde se congregan las personas infectadas y expuestas a un mayor riesgo de infección. Los pacientes hospitalizados que tienen infección o son portadores de microorganismos patógenos son focos potenciales de infección para los demás pacientes y para el personal de salud. Las condiciones de hacinamiento dentro del hospital, el traslado frecuente de pacientes de una unidad a otra y la concentración de pacientes muy vulnerables a la infección en un pabellón (por ejemplo, de recién nacidos, pacientes quemados, cuidados intensivos) contribuyen a las manifestación de infecciones nosocomiales. La flora microbiana puede contaminar objetos, dispositivos y materiales que ulteriormente entran en contacto con sitios vulnerables del cuerpo de los pacientes. Además, se siguen diagnosticando nuevas infecciones bacterianas, por ejemplo, por bacterias transmitidas por el agua (microbacterias atípicas), además de infecciones víricas y parasitarias.

Resistencia bacteriana.

Muchos pacientes reciben antimicrobianos. Por medio de selección en intercambio de elementos de resistencia genéticos, los antibióticos promueven el surgimiento de cepas de bacterias polifarmacorresistentes; se reduce la proliferación de microorganismos en la flora humana normal sensibles al medicamento administrado, pero las cepas resistentes persisten y pueden llegar a ser endémicas en el hospital. El uso generalizado de antimicrobianos para tratamiento o profilaxis (incluso de aplicación tópica) es el principal factor determinante de resistencia. En algunos casos, dichos productos son menos eficaces por causa de la resistencia. Con la mayor intensificación del uso de un agente antimicrobiano, a la larga surgirán bacterias resistentes a ese producto, que pueden propagarse en el establecimiento de salud. Hoy en día muchas cepas de neumococos, estafilococos y bacilos de la tuberculosis son resistentes a la mayor parte o la totalidad de los antimicrobianos que alguna vez fueron eficaces para combatirlos. En muchos hospitales son prevalentes la *kleisiella* y *pseudomonas aeruginosa* polifarmacorresistentes. Este problema reviste importancia crítica en los países en desarrollo, donde quizá no se dispone de antibióticos de segunda línea más costosos o, si los hay, su precio es inaccesible¹¹.

Por otra parte, de la revisión de la literatura médica se llega a la conclusión de que si bien la adopción de medidas asépticas y de prevención puede disminuir notablemente los casos de infección nosocomial o asociada a la atención en salud, en términos absolutos, no es posible erradicar este riesgo, aun observando todas las medidas prudentiales. Así, Pujol y Limón conceptúan:

“La erradicación como reducción permanente a cero de las infecciones nosocomiales es una utopía. Es inevitable un riesgo inherente a cualquier

¹¹ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Prevención de las Infecciones Nosocomiales: Guía Práctica*, Malta, 2003, págs. 2 y 3, versión online disponible en la página web del organismo internacional: http://www.who.int/csr/resources/publications/ES_WHO_CDS_CSR_EPH_2002_12.pdf

*procedimiento invasivo realizado durante la hospitalización en pacientes frágiles. Sin embargo, sí es posible su “eliminación” entendida como la reducción máxima del número de infecciones mediante un esfuerzo continuado de prevención*¹².

Esta circunstancia ha sido puesta de relieve por varias voces de la comunidad médica como reacción a la reciente jurisprudencia en materia de infecciones nosocomiales. Así, en noviembre de 2013 el presidente de la Asociación Colombiana de Infectología, expresó en un importante diario del país:

*“La Asociación Colombiana de Infectología (Acin) rechaza el fallo en sus recomendaciones y lo califica de equivocado, porque las infecciones asociadas al cuidado de la salud no son absolutamente prevenibles y aunque es factible reducirlas, llevarlas a cero es imposible, incluso en los escenarios más evolucionados del mundo. (...)”*¹³

Opinión que también fue recogida en la página editorial de otro importante medio de comunicación de circulación nacional, en la que se lee:

“En este punto, voces autorizadas, como la de la Asociación Colombiana de Infectología (Acin), han dicho, soportadas en evidencia científica, que las infecciones de esta clase no son del todo prevenibles; de hecho, aunque puede reducirse su incidencia, no es posible, ni siquiera en los escenarios más desarrollados, llevarlas a cero.

*De acuerdo con los infectólogos, el fallo es equivocado porque desconoce verdades sabidas y aceptadas en el plano epidemiológico, como que la mayoría de los factores que desencadenan una infección intrahospitalaria son inmodificables. Entre ellos se cuentan desde la edad y condición de salud de un paciente, hasta el tipo de herida y el procedimiento al que debe someterse para tratarlo*¹⁴.

De todo lo anteriormente dicho se concluye que:

a) Las infecciones nosocomiales constituyen eventos adversos inherentes al funcionamiento del sistema actual de salud, cuya ocurrencia puede ser reducida significativamente mediante la implementación de estrategias preventivas pero no puede ser totalmente eliminada, al menos en las actuales condiciones científicas.

¹² : Pujol M, Limón E. Epidemiología general de las infecciones nosocomiales. Sistemas y programas de vigilancia. *Enferm Infecc Microbiol Clin*. 2013. pág. 4.

¹³ “Álvaro Villanueva, “Fallo histórico por infecciones intrahospitalarias”, columna de opinión publicada en *El Heraldo*, el jueves 21 de noviembre de 2013. Versión on-line disponible en: <http://www.elheraldo.co/columnas-de-opinion/fallo-historico-por-infecciones-intrahospitalarias-133020>.

¹⁴ *El Tiempo*. Editorial: “Una sentencia controversial”, 15 de noviembre de 2013, versión en línea disponible en la página web: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-13188617>

b) Las probabilidades de contraer una enfermedad nosocomial aumentan proporcionalmente a la vulnerabilidad biológica del paciente. Se ha de tener, en cuenta, sin embargo, que, aun cuando hay sujetos que están mayormente expuestos al riesgo de la enfermedad nosocomial, nadie está del todo excluido del mismo, a no ser de que renuncie por completo a todo contacto con el actual sistema de salud.

c) Los ambientes hospitalarios (así como otros escenarios de la atención de salud en el actual sistema, tales como consultorios) son focos que incrementan la posibilidad de contagio, incluso en circunstancias de adecuada asepsia.

d) Que el uso de medicamentos antimicrobianos, sin los cuales sería inconcebible el funcionamiento del sistema de salud, disminuye las probabilidades de éxito en el tratamiento de las infecciones asociadas a la atención en salud.

3.2.4. Razones de relativización de la asunción del riesgo

Habiendo examinando la naturaleza de la enfermedad nosocomial, es menester reparar en que en este supuesto se configuran varias razones para relativizar el principio de asunción del riesgo y, consecuentemente, tener por desproporcionada la carga que supone para el paciente la materialización del riesgo nosocomial.

En primer lugar hay que tener en cuenta que el consentimiento, aún informado, que se presta frente al riesgo nosocomial no puede reputarse perfecto. En efecto, el riesgo de contraer este tipo de infecciones no está circunscrito a una intervención concreta sino que se predica de la existencia y el funcionamiento de todo el sistema de salud. Quien quisiera eliminar por completo el riesgo de contraer este tipo de patologías debería necesariamente mantenerse al margen de todo el sistema de atención en salud, con sus componentes hospitalarios y con prácticas tales como el uso de antibióticos que, a la larga, fomentan la resistencia bacteriana (aunque es menester reconocer que este fenómeno también está vinculado a la automedicación).

Ahora bien, dado que dentro del contexto de la sociedad occidental moderna, aislarse del sistema de salud (con sus componentes hospitalarios y farmacológicos) supone renunciar de alguna manera a la posibilidad de proteger los bienes básicos de la vida y la salud, así como de paliar el sufrimiento, en

aquellos casos en los que la cura no es posible, es lícito inferir que el consentimiento del paciente está, de alguna manera, movido por la necesidad absoluta de preservar esos bienes. Y es que, cuando la disyuntiva consiste en aceptar el tratamiento, la muerte segura o la renuncia a la curación, la posibilidad de elegir, sin desaparecer, sí se ve significativamente reducida. En virtud de lo anterior, frente a las enfermedades nosocomiales, el principio de la asunción del riesgo por el consentimiento debe relativizarse, con la posibilidad de no llegarse a aplicar, si se dan otras circunstancias que, en conjunción con la antedicha imperfección, demuestren la desproporcionalidad de la carga nosocomial.

La segunda y más importante razón por la cual parece desproporcionado esperar la completa asunción de los daños causados por la infección nosocomial, radica en que, con excepción de las infecciones totalmente endógenas, el riesgo nosocomial no se explica exclusivamente por la inferioridad biológica del sujeto. Por una parte, aunque es cierto que existen individuos más vulnerables a esta clase de infecciones –pacientes inmunosuprimidos, niños, ancianos, personas con problemas de salud previos, etc.- no es cierto que únicamente estas personas sean susceptibles de padecer esta clase de enfermedades. Por el contrario, aunque no todos tengan el mismo riesgo de contagio, todos los usuarios del sistema de salud, incluyendo a aquellos que en apariencia no presentan ningún factor de riesgo, son víctimas potenciales de las infecciones intrahospitalarias. En este sentido, se ha de entender que, si bien la medicina no se puede considerar una “*actividad peligrosa*”, sí conlleva un riesgo objetivo, como cualquier actividad humana.

Ahora bien, aun cuando está comprobado que el riesgo de infección nosocomial puede disminuir significativamente, hasta el punto de ser realmente bajo, lo cierto es que hasta el momento no se conoce ninguna medida preventiva que elimine por completo el riesgo. De este modo, el funcionamiento mismo del sistema de salud implica la aceptación de que eventualmente alguien resultará infectado. Se trata de un riesgo que se cierne sobre la colectividad en general, pero del cual toda la comunidad se beneficia. Cabría suponer, en efecto, que una sociedad que prescindiera por completo del uso de antibióticos tendría menores índices de resistencia bacteriana, pero en ese mismo supuesto cabría esperar que las muertes por enfermedades curables se dispararan. Igualmente, se podría suponer que una sociedad en la que no existen hospitales, ni salas de cuidados intensivos, ni operaciones consideradas riesgosas, no presentara enfermedades

intrahospitalarias, pero en ese escenario, tampoco cabría esperar los beneficios que los adelantos de la ciencia médica ofrecen.

La existencia del sistema de salud moderno, propio de la sociedad occidental industrializada, es inescindible de numerosos beneficios y unos cuantos riesgos a los cuales todos se encuentran expuestos, aunque no en la misma medida. Se aclara, sin embargo, que lo anterior no hace de la medicina una “*actividad naturalmente peligrosa*” ya que no implica un riesgo desproporcionado. Dicho lo anterior, se debe resaltar que si una actividad que beneficia a toda la comunidad lleva implícito un riesgo social que sólo se ha de concretar en algunos casos, no es proporcionado, ni en consecuencia justo, suponer que solo aquellos que de hecho resultan infectados tienen la carga de soportar lo que en esencia es un riesgo social. En este sentido, cabe aplicar los principios contenidos en la jurisprudencia reciente en materia de vacunación obligatoria, según los cuales, como ya se enunció, el hecho de que la acción causante del perjuicio responda a la necesidad de garantizar la salubridad pública, exime al damnificado de la asunción total del riesgo, aun cuando sea innegable que la acción también se proyectara en su beneficio propio.

Por último vale la pena resaltar que quienes están más expuestos a la concreción del riesgo público, son justamente quienes se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad, siendo algunos de ellos sujetos de especial protección constitucional (cfr. niños, ancianos, pacientes crónicos). Así las cosas, la proposición de que el riesgo público debe ser asumido por aquellos que sufren su concreción, lleva implícita la aceptación de que, en términos generales, los sujetos más débiles y vulnerables de la sociedad han de asumir la mayor parte del costo social de un sistema que a todos beneficia. Esta premisa es, por definición incompatible, con el modelo de Estado Social de Derecho, consagrado por la Carta Política de 1991. Ésta, fundada sobre el principio de solidaridad, dispone que la sociedad entera asuma las cargas excesivamente onerosas para sus miembros más débiles, exigencia del todo antitética con la premisa implícita de la justificación del sacrificio del derecho del más vulnerable en beneficio de la sociedad entera.

Se aclara que el principio de solidaridad aquí enunciado opera de dos maneras en casos como en el sub-lite. En primer lugar, resulta determinante para la declaración de la desproporcionalidad de la regla de la asunción entera del riesgo

por parte del paciente y, en segundo lugar, genera una auténtica exigencia de adopción de medidas sistemáticas y diseño de rutas institucionales que permitan hacer distribuir justa y eficazmente el riesgo social, según se verá más adelante.

3.2.4. La aceptación jurisprudencial de la responsabilidad al margen de la falla del servicio en el caso de las infecciones nosocomiales

Después de haber enunciado algunas de las razones por las cuales la imposición de la carga del riesgo de la infección nosocomial a quien la padece, resulta desproporcionado, es necesario reparar en que, en los últimos años, la jurisprudencia de esta sección ha aceptado consistentemente la aplicabilidad de una forma de responsabilidad al margen de la culpa en este tipo de supuestos.

La sentencia pionera en relativizar la otrora absoluta prevalencia del régimen de la culpa en la responsabilidad médica, es la fechada el 19 de agosto de 2009, se declaró lo siguiente sobre la predicación de la responsabilidad frente a las infecciones nosocomiales y otras clases de eventos adversos:

“Así mismo, se hace claridad en que los daños derivados de: infecciones intrahospitalarias o nosocomiales, la aplicación de vacunas, el suministro de medicamentos, o el empleo de métodos terapéuticos nuevos y de consecuencias poco conocidas todavía, constituyen lesiones antijurídicas que se analizan dentro de los actos médicos y/o paramédicos, y que, por consiguiente, se rigen por protocolos científicos y por la lex artis; en consecuencia, si bien gravitan de manera cercana a la obligación de seguridad hospitalaria, no pueden vincularse con la misma, motivo por el que en su producción no resulta apropiado hacer referencia técnicamente a la generación de un evento adverso. Por el contrario, aquéllos constituyen daños antijurídicos que tienden a ser imputados o endilgados –y así ha sido aceptado por la mayoría de la doctrina y jurisprudencia extranjeras–¹⁵ desde una perspectiva objetiva de responsabilidad, razón por la que no tendrá relevancia jurídica la acreditación de que la entidad hospitalaria actuó de manera diligente o cuidadosa, sino que lo determinante es la atribución fáctica o material del daño en cabeza del servicio médico y sanitario brindado, asociado con el factor de riesgo que conllevan las mencionadas circunstancias”¹⁶.

La misma subsección C reiteraría, nuevamente, este postulado en sentencia de 24 de marzo de 2011:

¹⁵ PUIGPELAT, Oriol Mir *“Responsabilidad objetiva vs. Funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria (y no sanitaria)”*, Conferencia impartida el 28 de noviembre de 2007 en el marco de las Jornadas Hispano – Mexicanas sobre el derecho a la salud y la responsabilidad patrimonial sanitaria. Ver igualmente: REGAÑON GARCÍA – ALCALÁ, Calixto Díaz *“Responsabilidad objetiva y nexos causal en el ámbito sanitario”*, Ed. Comares, Granada, 2006.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 19 de agosto de 2009, Exp. 17733., C.P. Enrique Gil Botero.

“... Se hace claridad en que los daños derivados de: infecciones intrahospitalarias o nosocomiales, la aplicación de vacunas, el suministro de medicamentos, o el empleo de métodos terapéuticos nuevos y de consecuencias poco conocidas todavía, constituyen daños antijurídicos que tienden a ser imputados o endilgados desde una perspectiva objetiva de responsabilidad, razón por la que no tendrá relevancia jurídica la acreditación de que la entidad hospitalaria actuó de manera diligente o cuidadosa, sino que lo determinante es la atribución fáctica o material del daño en cabeza del servicio médico y sanitario brindado, asociado con el factor de riesgo que conllevan las mencionadas circunstancias¹⁷”.

Posteriormente, en marzo de 2012, la Subsección A, aceptó la procedencia de formas objetivas de responsabilidad en los casos de infección nosocomial. En la referida sentencia se lee:

*“... para que pueda declararse la responsabilidad patrimonial del Estado, quien alega haber sufrido un perjuicio **deberá acreditar que la infección que afectó a la víctima fue adquirida en el centro hospitalario o asistencial o que se produjo como consecuencia de un procedimiento médico, sin que en tal evento resulte necesario que se pruebe que la entidad demandada actuó de manera indebida o negligente**; ésta última, por su parte, podrá eximirse de responsabilidad única y exclusivamente probando que la infección, para el caso que ocupa a la Sala en esta oportunidad, ocurrió como consecuencia de una causa extraña, esto es una fuerza mayor o el hecho determinante y exclusivo de la víctima o de un tercero.*

“(..). La Sala encuentra, entonces, que a la luz de los documentos aportados al proceso, la infección sufrida por la señora Cuesta Torres, la cual le causó la artritis séptica, fue adquirida como consecuencia de la artrografía que se le realizó en su rodilla derecha el día 27 de octubre de 1997 en las instalaciones del Hospital Universitario San José de Popayán, razón por la cual y atendiendo la jurisprudencia consolidada en la materia, en punto a la responsabilidad objetiva por infecciones nosocomiales o intrahospitalarias, revocará la sentencia de primera instancia y, en su lugar, declarará al Hospital Universitario San José de Popayán y a COMSALUD I.P.S., como responsables patrimonialmente por los hechos objeto de este proceso.

Por otra parte, aun cuando tanto el Hospital Universitario San José de Popayán y como COMSALUD I.P.S., acreditaron haber actuado con diligencia y cuidado en la realización del procedimiento médico, dicha conducta no resulta suficiente para exculparlas en un caso como el presente, en el cual se analizan los hechos objeto del litigio a partir de un esquema de responsabilidad objetiva, puesto que sólo se podrá exculpar a la parte demandada, se reitera, cuando ella acredite una causa extraña; en el presente caso, sin embargo, no se encuentran elementos probatorios que le permitan a la Sala inferir la existencia de alguna causa extraña al actuar de las entidades demandadas, que hubiere podido generar la infección que padeció la señora Cuesta Torres¹⁸.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 24 de marzo de 2011, Exp. 20836, C.P. Enrique Gil Botero.

¹⁸ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia proferida el 27 de junio de 2012, Exp. 21.661 M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

En noviembre del mismo año, la misma Subsección se pronunció sobre la responsabilidad estatal en el caso de la muerte de una madre a causa de “sepsis secundaria a episiotomía sobreinfectada”, estos términos que evidencian la aceptación de formas objetivas de responsabilidad:

“... Aun cuando el Hospital Lorencita Villegas de Santos acreditó haber actuado con diligencia y cuidado en la realización del parto -el cual se realizó de forma satisfactoria- y, posteriormente, inició el tratamiento antibiótico para contener la infección adquirida en dicho centro hospitalario, tales actuaciones per se no resultan suficientes para liberarlo de responsabilidad en un caso como el presente, en el cual se analizan los hechos objeto del litigio a partir de un esquema de responsabilidad objetiva, en virtud del cual corresponde a la parte actora acreditar nada más allá de los conocidos elementos que configuran la responsabilidad: actuación del Estado, daño antijurídico e imputación, extremos que se encuentran suficientemente acreditados en el expediente, pues -bueno es insistir en ello-, fue una infección contraída en el centro hospitalario demandado que produjo la muerte de la paciente.

Ese mismo marco conceptual impone entender que es a la entidad demandada a quien correspondía demostrar -en este caso concreto-, mediante pruebas legales y regularmente traídas al proceso, si se había dado algún supuesto de hecho en virtud del cual pudiera entenderse configurada una causal de exoneración, como fuerza mayor, hecho exclusivo de un tercero o culpa exclusiva y determinante de la víctima, y ocurre que ninguna de estas causales eximentes de responsabilidad ha sido acreditada en el plenario”¹⁹.

Igualmente, en sentencia de 29 de mayo de 2013, esa misma Subsección declaró la responsabilidad estatal, al margen de la culpa. Lo hizo en estos términos:

“De todo lo anterior, la Sala considera que aparece demostrado que la infección presentada por el señor CESAR AUGUSTO OSPINA LEON, fue adquirida en la Clínica San Pedro Claver, por cuanto la historia clínica es contundente en señalar que desde la entrada al centro hospitalario, 4 de abril de 1998, y hasta antes del primer postoperatorio, 28 de abril de esa anualidad, el paciente no presentó ningún síntoma o señal de infección, al punto que el cultivo practicado dio resultado negativo. Ahora bien, es claro que fue a partir de la cirugía que apareció el proceso infeccioso el cual se hizo persistente a punto que ni siquiera con la amputación de la extremidad se logró restablecer la salud del paciente. (...), situación fáctica que se ajusta a lo que la jurisprudencia de esta Sub Sección sostiene acerca de la responsabilidad de índole objetiva para eventos de infecciones intrahospitalarias.

Ese mismo marco conceptual impone entender que si bien está acreditada la diligencia y cuidado con las que actuó la entidad demandada en la atención prestada al señor Ospina con ocasión de su fractura, lo cierto es que, en estos eventos de infecciones intrahospitalarias, la responsabilidad del ente hospitalario se fundamenta en el hecho de que, a pesar de la gravedad de la fractura, lo cierto es que el lesionado ingresó libre de infección, y que los microorganismos que la

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia proferida el 7 de noviembre de 2012, Exp. 26.124.

*provocaron, fueron adquiridos por el paciente en las instalaciones de la demandada*²⁰

Por su parte, la Subsección B reconoció la procedencia de la responsabilidad estatal, al margen de la culpa en sentencia de 29 de agosto de 2013, en la que apeló a la consagración constitucional de una concepción de la responsabilidad basada en el daño, la figura del riesgo-alea, y a la doctrina foránea para justificar la aplicabilidad de formas objetivas de la responsabilidad. Por su relevancia en el desarrollo y fundamentación de esta forma de responsabilidad médica se considera pertinente citar extensivamente esta sentencia:

“En relación con la actividad médica capaz de comprometer la responsabilidad de la administración, debe señalarse que no es solamente aquella que se desarrolla contrariando los postulados de la lex artis o, dicho en otras palabras, que es consecuencia de un funcionamiento anormal, negligente o descuidado del servicio médico²¹. También la actuación o actividad médica que se despliega en condiciones normales o adecuadas puede dar lugar a que ello ocurra.

Y no podría ser de otra forma, porque el eje del sistema de responsabilidad extracontractual en Colombia no es la noción de falla del servicio, sino el daño antijurídico. Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha señalado que:

<<Con la expedición de la Carta Política de 1991, se introdujo una cláusula general de responsabilidad del Estado que expresamente señala: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas²²”.

Analizados los antecedentes históricos de esta disposición se tiene que el Constituyente estimó la necesidad de fundamentar un sistema de responsabilidad estatal que, en concordancia con la jurisprudencia ya decantada en principio por la H. Corte Suprema de Justicia y posteriormente por esta Sección, fuera comprensiva no sólo de los regímenes tradicionales de falla y culpa, sino que, además, abarcara los de estirpe objetiva, entre ellos, expresamente, la concepción del daño especial. Así lo explicó el Constituyente Juan Carlos Esguerra Portocarrero al rendir ponencia ante la Asamblea Nacional:

“Por otra parte, conviene señalar que el régimen que se propone en materia de responsabilidad patrimonial del Estado no se limita a su mera consagración expresa a nivel constitucional, sino que, además incorpora los más modernos

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 29 de mayo de 2013, Exp. 28.483.

²¹ Ejemplo de un funcionamiento anormal del servicio público por enfermedades intrahospitalarias, se encuentra en la sentencia de 21 de febrero de 2011, exp. 19.125, C.P. (e) Gladys Agudelo Ordóñez, mediante la cual la Sección Tercera del Consejo de Estado declaró la responsabilidad administrativa del ISS por la muerte de un neonato, ocurrida en 1995, como consecuencia de una infección producida por un germen multirresistente, tras constatar que la misma bacteria había causado la muerte de otros niños por la misma época y en el mismo centro asistencial en el que el paciente permaneció hospitalizado por espacio de cuatro días.

²² [26] Artículo 90. Constitución Política.

criterios sobre la materia, consistentes en radicar el fundamento de esa responsabilidad en el daño antijurídico y en su imputabilidad al órgano estatal. De esta manera se resuelve el problema que hoy ya plantea la evidente insuficiencia del criterio de la llamada “falla del servicio público”, dentro de la cual no caben todas las actuales formas y casos de responsabilidad patrimonial, tales como el de “la responsabilidad por daño especial”.

En otras palabras, se desplaza el soporte de la responsabilidad administrativa, del concepto subjetivo de la antijuridicidad de la acción del Estado al concepto objetivo de la antijuridicidad del daño producido por ella. Esta antijuridicidad habrá de predicarse cuando se cause un detrimento patrimonial que carezca de un título jurídico válido y que exceda el conjunto de cargas que normalmente debe soportar el individuo en su vida social>>

Resulta claro, entonces, que la razón de ser del artículo 90 fue la de resaltar el papel central de la víctima - y no del Estado- en la dilucidación de los casos en los cuales se controvertiera la existencia de la responsabilidad estatal. Tal visión resulta concordante con la consagración del Estado Colombiano como un Estado Social de Derecho en el cual la dignidad de los individuos ha pasado a ser la base y el centro del ordenamiento jurídico.

(...).

*Como viene a resultar de todo lo anteriormente visto, no aparecen como razonables, ni histórica, ni jurídicamente, las voces que pretenden entender el artículo 90 constitucional como una norma basada únicamente en el criterio de la causalidad fáctica, dirigida a la acción u omisión de los agentes estatales, toda vez que dicha hermenéutica desconoce el verdadero alcance y sentido del precepto superior que consulta la totalidad de valores y principios asentados en la Carta Política, debiéndose recalcar que su consagración como norma de rango superior fue la conclusión de un proceso histórico que venía encontrando la obligación del Estado de responder no solo en caso de falla o culpa de sus agentes, sino también en otros eventos en los que el daño ocurría por efecto de circunstancias fácticas desligadas **físicamente** del actuar de la entidad estatal, pero que comprometían su responsabilidad toda vez que obedecían a causas que **jurídicamente** le eran imputables y porque, además, ocasionaban el rompimiento de las cargas públicas de los individuos²³ (negrillas originales)>>*

En estas condiciones, es claro que la ausencia demostrada de una falla del servicio atribuible a la entidad no conduce necesariamente a afirmar la ausencia de responsabilidad, pues pueden existir otras razones tanto jurídicas como fácticas, distintas al incumplimiento o inobservancia de un deber de conducta exigible al ISS en materia de atención y prevención de enfermedades infecciosas, que pueden servir como fundamento del deber de reparar²⁴.

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 19 de abril de 2012, exp. 21.515, C.P. Hernán Andrade Rincón. En similar sentido, véase la sentencia de 28 de septiembre de 2012, exp. 22.424, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

²⁴ En la sentencia de 28 de septiembre de 2012, exp. 22.424, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo, la Sala declaró la responsabilidad administrativa de la Nación-Ministerio de Salud y Protección Social por la muerte de una niña de 8 meses de edad, ocurrida luego de que fue vacunada contra la difteria, tos ferina y tétanos (DFT), con fundamento en que: “la menor LINA VANESSA RENDÓN GRISALES estando en satisfactorio estado de salud, tan pronto como le fue aplicado el plan de inmunización, previsto en las políticas de salud públicas, para la atención infantil falleció y aunque las pruebas técnico científicas y testimoniales no permiten relacionar la muerte de la pequeña de ocho meses con la

Tratándose específicamente de la responsabilidad por infecciones nosocomiales, existe en el derecho comparado una clara tendencia orientada hacia la objetivización de la responsabilidad de los establecimientos de salud, en virtud de la cual al paciente le basta con demostrar que el daño que padece es consecuencia de una enfermedad adquirida durante su permanencia en el centro hospitalario.

Así, por ejemplo, Francia ha establecido en su legislación un sistema de responsabilidad sin culpa²⁵ que opera en los casos de infecciones nosocomiales y que descansa sobre tres pilares fundamentales: “el riesgo (las infecciones nosocomiales existen y cualquiera puede padecerlas), la igualdad (todas las personas son iguales y por ello todas tienen derecho a estar protegidas de igual forma) y la solidaridad (pese a que no se enfermarán todos, todos debemos hacernos cargo porque podría dañar a cualquiera)”²⁶. En el marco de este sistema, los establecimientos y profesionales de la salud, sean de carácter público o privado, responden por los daños resultantes de infecciones hospitalarias, salvo si ellos logran demostrar que la infección fue causada por un factor ajeno al servicio sanitario²⁷.

En Argentina, al lado de quienes consideran que las infecciones intrahospitalarias comportan la concreción de un riesgo propio de la actividad asistencial²⁸, existe un sector de la doctrina y de la jurisprudencia que afirma que “junto al deber principal de prestar asistencia médica, el establecimiento sanitario asume un deber de seguridad que siempre es objetivo” y que puede estar referido a una obligación de medios –caso de los actos puros de profesión de los facultativos–, pero también de resultados, como lo es la que consiste en garantizar la inocuidad de “las cosas utilizadas, ámbitos físicos, instrumentos quirúrgicos, aparatos de rayos, etcétera, que pueden resultar riesgosos o viciosos (...)”²⁹.

Por último, en Chile los tribunales han considerado que una enfermedad contraída durante la permanencia en el establecimiento es evidencia prima facie de la negligencia incurrida en los deberes preventivos que recaen sobre la clínica u hospital o de la falta del servicio del hospital público³⁰. El criterio aplicado en estos casos ha sido el de presunción de culpa, que encuentra sustento legal en el artículo 2329 del Código Civil. No obstante, esta postura ha sido criticada por un sector de la doctrina, que considera que el daño y no la culpa es el fundamento de la responsabilidad del Estado, de manera que si éste se produce por una infección intrahospitalaria, surge la obligación de indemnizarlo, para lo cual sólo es necesario acreditar la relación de causalidad que existe entre la prestación del

aplicación de la vacuna, se conoce que el componente “pertusis” de la DPT (difteria, tos ferina y tétanos), en un porcentaje bajo, pero cierto, implica riesgo para quien lo reciba”.

²⁵ La Ley del 4 de marzo de 2002, también conocida como “Ley Kouchner”, establece dos sistemas específicos y distintos de responsabilidad por infecciones hospitalarias. El primero, aplicable a los establecimientos de salud, tanto públicos como privados, que es de carácter objetivo. El segundo, aplicable a los médicos, que es de carácter subjetivo (falta probada). Juan Manuel Prevot, *Responsabilidad civil de los médicos*, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 318.

²⁶ Josefina Tocornal Cooper, *Op. Cit.* p. 16.

²⁷ Enrique Barros Bourie, *Op. Cit.*, p. 693, nota n.º 132.

²⁸ Celia Weingarten, *Op. Cit.*, p. 27.

²⁹ Juan Manuel Prevot, *Op. Cit.*, p. 329.

³⁰ Enrique Barros Bourie, *Op. Cit.*, p. 693, Josefina Tocornal Cooper, *Op. Cit.* p. 13.

servicio de salud y el daño, “sin importar si hubo o no culpa en el establecimiento o sus dependientes”³¹.

Más adelante en la misma sentencia se sostuvo:

“Se tiene así que el Consejo de Estado, si bien no se ha ocupado de desarrollar una dogmática específica aplicable a los casos de daños derivados de infecciones nosocomiales en los que no existe falla probada del servicio, sí ha trazado unas primeras pautas para afirmar, en consonancia con la tendencia que impera en el derecho comparado, que éstos deben ser analizados desde un régimen objetivo de responsabilidad, que en nuestro caso sería el de riesgo excepcional.

En relación con este título jurídico de imputación, la jurisprudencia ha señalado que:

<<(…) deriva su existencia de la consideración según la cual el sujeto de derecho que despliega una actividad cuya realización implica el riesgo de ocasionar daños, debe asumir la responsabilidad derivada de la causación de éstos en el evento en que sobrevengan o de que, aún cuando la actividad no entrañe verdadera peligrosidad, conlleva la asunción de las consecuencias desfavorables que su ejercicio pueda producir, por parte de la persona que de dicha actividad se beneficia >>.

De las cuatro modalidades de riesgo aceptadas por la jurisprudencia de esta Corporación (riesgo-peligro , riesgo-beneficio , riesgo-conflicto y riesgo-álea) la Sala considera que ésta última es la más apropiada para imputar jurídicamente responsabilidad a la administración por los daños derivados de infecciones intrahospitalarias, teniendo en cuenta que esta categoría de riesgo toma en consideración la probabilidad de que “cierto tipo de actividades o procedimientos, pueden dar lugar, quizás con la ineludible mediación del azar o de otro tipo de factores imprevisibles, a la producción de daños sin que medie asomo alguno de culpa” .

Hasta el momento, la aplicación de la categoría de riesgo-álea, que encuentra su origen en la jurisprudencia francesa, se ha reservado hasta en nuestro medio a aquellos supuestos en los que el daño se produce por la utilización de un aparato o instrumento empleado por la ciencia médica para el diagnóstico o tratamiento de ciertas enfermedades o patologías o por la ejecución de ciertos procedimientos para el mismo fin. En la sentencia de 4 de septiembre de 1999, el Consejo de Estado expuso lo siguiente:

De acuerdo con el artículo 16 de la ley 23 de 1981, por medio de la cual se dictan normas en materia de ética médica, “la responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento no irá más allá del riesgo previsto. El médico advertirá de él al paciente o a sus familiares o allegados” (se subraya).

De esta norma se desprende que los procedimientos médicos o quirúrgicos crean riesgos para el paciente y que en relación con aquellos previstos, puede comprometerse la responsabilidad del médico tratante y por supuesto de la entidad pública en la cual presta sus servicios.

³¹ Josefina Tocornal Cooper, *Op. Cit.* p. 14.

Como lo dijera esta Sala en sentencia del 24 de agosto de 1992, expediente 6754, Consejero ponente Carlos Betancur Jaramillo, <<si bien el ejercicio de la medicina en sí no puede calificarse como una actividad peligrosa, sí puede representar un gran riesgo para los pacientes por los imponderables que la rodean, por lo que significa para la integridad física y mental de las personas usuarias del servicio y porque, además, dichos pacientes no estarán en la mayoría de los casos en condición de evidenciar las fallas que puedan presentarse durante el proceso operatorio>>-

Ya también la jurisprudencia del Consejo de Estado francés ha admitido que en ciertas circunstancias particulares, la responsabilidad hospitalaria puede comprometerse sin que se advierta ninguna falla, con fundamento en el riesgo.

Así, en la sentencia Bianchi del 9 de abril de 1993, se dijo que <<si no puede advertirse ninguna falla>>, <<cuando un acto médico necesario en el diagnóstico o en el tratamiento de la enfermedad presenta un riesgo donde la existencia es conocida pero donde la realización es excepcional y donde ninguna razón permite pensar que el paciente haya sido particularmente expuesto, la responsabilidad del servicio público hospitalario se compromete si la ejecución de ese acto es la causa directa de daños sin relación con el estado inicial del paciente como con la evolución previsible de ese estado, y presenta un carácter de extrema gravedad.>>

Así, hoy, la responsabilidad hospitalaria, que en principio sólo se compromete frente a una falla del servicio probada o presunta, puede comprometerse también en forma excepcional por riesgo.

De esta manera el juez administrativo se ha adelantado a los proyectos legislativos que en materia de álea o azar terapéutico se han venido estudiando hace varios años y ha respondido a una cierta expectativa de la sociedad, teniendo el cuidado de fijar unos estrechos límites para no paralizar el ejercicio de la medicina y no perjudicar a los pacientes.

No obstante, la Sala considera que nada obsta para hacer extensiva la categoría de riesgo-álea a los casos en los cuales el daño es consecuencia de una infección contraída en un centro asistencial como quiera que en todas estas situaciones el daño surge por la concreción de un riesgo que es conocido por la ciencia médica, pero que se torna irresistible en tanto su concreción depende, muchas veces, de la “ineludible mediación del azar”.

Es cierto que los hechos irresistibles, por regla general, no comprometen la responsabilidad patrimonial de la administración en razón a que pueden ser calificados como “casos fortuitos”. No obstante, tratándose de las infecciones nosocomiales, la Sala considera, junto con un sector de la doctrina, que no pueden ser calificadas como casos fortuitos porque no son ajenas a la prestación del servicio público de salud:

<<Quienes encuadran las infecciones hospitalarias en esta eximente [caso fortuito] sostienen que se trataría de un acontecimiento inevitable, ya que la asepsia cero no existe, con lo cual se intenta trasladar el riesgo en cabeza del paciente, liberando de responsabilidad al ente.

En nuestra opinión, las infecciones hospitalarias no constituyen esta eximente, pues el caso fortuito que quiebra la relación de causalidad en la responsabilidad

objetiva es el externo al ámbito de actuación de los establecimientos asistenciales, pues el interno se confunde con la esfera de acción de su propio riesgo.

(...).

La infección hospitalaria puede comportar un caso fortuito, pero en todo caso será un caso fortuito interno a su actividad, por lo cual no puede liberar al establecimiento asistencial (...)>>.

Tampoco puede considerarse, para efectos de exonerar de responsabilidad a la administración por los daños derivados de infecciones nosocomiales, que éstas encajan dentro de lo que la doctrina denomina como “riesgos del desarrollo”, pues este concepto se refiere específicamente a aquellos eventos, que no sólo son irresistibles, sino también imprevisibles. Las infecciones intrahospitalarias, según ya se señaló, si bien pueden llegar a ser irresistibles, no son imprevisibles pues constituyen un riesgo conocido por la ciencia médica y, además, son prevenibles y controlables, al punto de que la tasa de incidencia de infecciones nosocomiales en los pacientes de un establecimiento determinado es un indicador de la calidad y seguridad de la atención.

En suma, en criterio de la Sala, el riesgo puede servir como factor para atribuir jurídicamente responsabilidad a la administración por los daños causados como consecuencia de una infección de carácter intrahospitalario, entendida como aquella que se contrae por el paciente en el hospital o centro asistencial. En estos eventos la responsabilidad es de carácter objetivo, por lo que la parte demandada, para liberarse de la obligación de indemnizar los perjuicios, tendrá que demostrar que el paciente ya portaba el cuadro infeccioso antes de ingresar al nosocomio.

En el caso concreto, está probado, a través del dictamen de medicina legal que la meningitis que afectó al niño Carlos Alberto Rojas Pérez y que alteró de forma grave su desarrollo psico-motriz –el cual era adecuado al momento de su ingreso a la clínica Jorge Bejarano (ver supra párr. 9.2.)– fue causada por la bacteria klebsiella pneumoniae multiresistente, que es de carácter intrahospitalario. Esta circunstancia es suficiente para concluir que el Instituto de Seguros Sociales es administrativamente responsable del daño padecido por la parte actora, pues según ya se expuso, las enfermedades de carácter intrahospitalario son imputables a los establecimientos de salud a título de riesgo excepcional en cuanto se demuestre, tal como sucede en este caso, que entre éstas y aquél existe un nexo de causalidad.

Vale la pena insistir en que aunque las infecciones nosocomiales pueden llegar a ser irresistibles, son prevenibles y controlables, por lo que está en manos de las entidades hospitalarias adoptar todas las medidas establecidas en los protocolos diseñados por las autoridades competentes a efectos de reducir los riesgos que comporta para los pacientes, en especial para aquellos que resultan más vulnerables como los niños, las personas de la tercera edad y quienes padecen de enfermedades crónicas, el uso de cierto instrumental médico, la permanencia prolongada en los establecimientos hospitalarios y el contacto directo o indirecto con otros pacientes infectados.

Así mismo, es tarea de las autoridades encargadas del control y vigilancia de la prestación de los servicios de salud, velar porque estas medidas se cumplan, así como monitorear la incidencia de las infecciones nosocomiales en los centros hospitalarios tanto de carácter público como privado con fin de promover la implementación de estrategias para identificar las prácticas en la atención clínica

que favorecen la aparición del riesgo de este tipo de infecciones y que repercuten negativamente en los indicadores de calidad de la atención en salud.

Esta misma subsección, reiteró la jurisprudencia existente sobre la procedencia de formas objetivas de responsabilidad en sentencia de 30 de abril de 2014³². En dicha sentencia, se realiza un análisis exhaustivo de las que justifican la declaración de la responsabilidad en el caso de las infecciones nosocomiales. Adicionalmente, advierte que a pesar de estas razones, la aplicación de formas objetivas de responsabilidad puede generar tensiones y disfuncionalidades, cuya resolución requiere del trabajo conjunto de las autoridades. Por esta razón, la sentencia exhortó al Ministerio de Salud y a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado para que trabajen en la elaboración de proyectos de ley que permitan distribuir razonablemente los riesgos asociados a esta clase de infecciones.

Por su parte, la Subsección A recogió y reiteró la jurisprudencia precedente en sentencia de 11 de junio de 2014³³, cuyo esquema en buena parte se ha seguido en la motivación de esta providencia. Dicha sentencia concluye:

“Ahora bien, para recapitular lo hasta ahora dicho, ha de decir la Sala que el manejo que le ha dado la jurisprudencia contencioso administrativa colombiana a los asuntos de responsabilidad médica derivados de infecciones nosocomiales o intrahospitalarias, en un principio -año 1997-, fue estudiado bajo el título de falla presunta del servicio, caso en el cual le correspondía a la entidad demandada acreditar la diligencia y cuidado en la atención para exculparse; no obstante, años más tarde -2009-, las infecciones nosocomiales -con apoyo en jurisprudencia y doctrina extranjera-, fueron incluidas por la jurisprudencia de la Sección Tercera dentro de los eventos catalogados como riesgosos en el ejercicio de la actividad médica, susceptibles de ser analizados bajo el régimen objetivo de responsabilidad, concretamente por riesgo excepcional. De igual forma, según el anterior recuento jurisprudencial, se tiene que a partir del año 2012, la jurisprudencia de la Sección Tercera atribuyó responsabilidad patrimonial al Estado por las infecciones nosocomiales en casos particulares; para tal efecto, señaló que le basta a la parte actora acreditar que la infección que afectó a la víctima fue adquirida en el centro hospitalario o asistencial y/o que se produjo como consecuencia de un procedimiento médico, sin que en tal evento resulte necesario que se pruebe que la entidad demandada hubiere actuado de manera indebida o negligente. Tales planteamientos esbozados por la Sección Tercera del Consejo de Estado en torno a la aplicación del régimen objetivo de

³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 30 de abril de 2014, radicación 250002326000200101960 01 (28214), C.P. Danilo Rojas Betancourth.

³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 11 de junio de 2014, radicación: 25000232600019980226801 (27089), C. P. Hernán Andrade Rincón y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 27 de junio de 2014, radicación: 199613709 (30583), M.P. Hernán Andrade Rincón.

responsabilidad derivado de las infecciones nosocomiales, resultan concordantes y coherentes con el derecho comparado (Francia, Argentina, España y Chile), en donde se estudian dichos daños bajo el régimen de responsabilidad sin culpa u objetivo.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, se concluye entonces que para que pueda declararse la responsabilidad patrimonial del Estado por las denominadas “infecciones es”, quien alega haber sufrido un perjuicio deberá acreditar que la infección que afectó a la víctima fue adquirida en el centro hospitalario o asistencial o que se produjo como consecuencia de un procedimiento médico, sin que en tal evento resulte necesario que se pruebe que la entidad demandada actuó de manera indebida o negligente; ésta última, por su parte, podrá eximirse de responsabilidad única y exclusivamente probando que la infección, para el caso que ocupa a la Sala en esta oportunidad, ocurrió como consecuencia de una causa extraña, esto es una fuerza mayor o el hecho determinante y exclusivo de la víctima o de un tercero”.

3.2.4. Alcance de la declaración de responsabilidad al margen de la culpa respecto del cuerpo médico asistencial

Habiendo expuesto el desarrollo, en los últimos años, de una sólida línea jurisprudencial que acepta la procedencia de la imputación por daño antijurídico, esto es, al margen de la culpa, en materia de responsabilidad médica por infecciones nosocomiales, es preciso recordar que, este tipo de declaración carece, *per se*, de repercusiones condenatorias o absolutorias frente a la cuestión de la responsabilidad individual del personal médico asistencial.

Esto por dos razones. En primer lugar, porque a menos que exista un llamamiento en garantía, que garantice la defensa del facultativo, la culpa grave o dolo del agente estatal, necesaria para hacerlo responder de la condena en contra del Estado no es objeto de examen ni de pronunciamiento por parte del juez de la responsabilidad. Por otra parte, en la medida en que, por esencia, la invocación de la responsabilidad objetiva no se fundamenta en la aceptación de la culpa o falla del servicio, una condena por la desproporcionalidad objetiva de la carga no tiene el efecto que repercutir directa ni tampoco indirectamente en el agente estatal eventualmente demandado en repetición, de efectos entre las partes convocadas a definir la responsabilidad estatal.

3.2.5. Dificultades y disfuncionalidades derivadas de la inexistencia de medidas legislativas para la distribución solidaria del riesgo

Hasta el momento se ha expuesto la desproporcionalidad inherente a la atribución íntegra del riesgo de infección nosocomial. Esta desproporción o exceso en la carga, hace que a la luz del mandato contenido en el artículo 90 de la Constitución sea del todo imperioso reconocer el daño imputable a la administración y disponer indemnizar al damnificado por una infección nosocomial.

Ahora bien, no se puede negar que en el marco jurídico actual no existe un diseño estratégico que permita distribuir adecuadamente las cargas patrimoniales asociadas a las infecciones nosocomiales. En efecto, ante la ausencia de políticas más razonables para hacer frente a la concreción del riesgo de las infecciones nosocomiales, la carga indemnizatoria ha de recaer necesariamente sobre el prestador directo del Servicio de Salud, esto es, sobre la E.P.S o la I.P.S, a cuyo cuidado se encontraba el paciente.

Esta situación podría considerarse desproporcionada, en la medida en que el riesgo de infección nosocomial infiere a la existencia misma del modelo de atención en salud en las sociedades contemporáneas y, por lo tanto, no se origina enteramente en la existencia o la operación de una determinada institución de salud que hace parte del sistema. Si es la colectividad general la que se beneficia de los estándares actuales del sistema de salud, lo razonable sería esperar que el riesgo sea asumido de modo colectivo, de modo que la carga indemnizatoria recaiga sobre un fondo igualmente colectivo o sea repartida, de una u otra manera, entre los asociados; pero de ello no se sigue que lo procedente sea negar la responsabilidad de las entidades prestadoras de salud denunciadas por vía de reparación directa, pues ello equivaldría a trasladar al paciente, un riesgo social que no le corresponde asumir. Ahora, se trata de considerar la carga de asumir el riesgo hospitalario *per se*, no en los casos en los que la enfermedad nosocomial sobrevenga de la indebida atención médico-asistencial; ya que se considera la implementación de estrategias institucionales de reparto del riesgo o imputación de la indemnización en razón de la procedencia de formas objetivas responsabilidad, en la medida en no tienen que constituirse en una carga adicional para el individuo, mucho menos, cuando se encuentra en situación de víctima o de vulnerabilidad manifiesta.

Por otra parte, se ha de resaltar que el mandato de reparación del daño antijurídico contenido en el artículo 90 de la Constitución Política es perentorio e incondicional, no meramente un enunciado desiderativo. Siendo así, no resulta

constitucionalmente aceptable absolver a la Administración, sin perjuicio del daño antijurídico socialmente imputable, en razón de que el Estado mismo adolece de falta de medidas legislativas y de una organización administrativa y presupuestal dirigidas a corregir inconsistencias en la distribución de los gastos asociados a la reparación del daño. Por ello, si el actual diseño del sistema de salud y de las políticas públicas en este ámbito carecen de mecanismos que eviten la concentración desproporcionada de la carga indemnizatoria en establecimientos directamente intervinientes en el tratamiento del paciente afectado con una infección nosocomial, esta circunstancia ha de asumirse como una disfuncionalidad interna del sistema de salud, cuya solución no puede afectar el derecho del usuario del servicio.

3.2.4. Necesidad de medidas legislativas (consideraciones a la luz del derecho comparado)

Las observaciones antedichas sobre la existencia de disfuncionalidades en la organización del sistema de salud que impiden la distribución adecuada del riesgo y que, de ninguna manera deben ser asumidas por el damnificado, alertan sobre la necesidad de que exista un marco legal que permita una forma más racional de asumir la carga indemnizatoria.

Para lo anterior las experiencias del derecho comparado resultan de especial interés. En efecto, la Sala observa que en buena parte los ordenamientos foráneos que han servido de referencia en el proceso de aceptación de la responsabilidad al margen de la culpa, han desarrollado legislaciones que permiten asumir la carga indemnizatoria de un modo equitativo, bien sea mediante el establecimiento de fondos de solidaridad o mediante seguros obligatorios de responsabilidad médica.

Se destaca, por ejemplo, cómo en Francia fue necesaria la adopción de una ley de responsabilidad médica (ley Kouchner) para hacer frente al desarrollo jurisprudencial de la figura del alea terapéutica y de la responsabilidad objetiva frente al paciente. Fue el establecimiento de un fondo solidario para la indemnización de las enfermedades nosocomiales lo que permitió el restablecimiento de un régimen de solidaridad en el que las entidades médicas no tienen que responder más que por los daños derivados de su efectiva falla, sin que ello afecte el derecho del damnificado por la infección nosocomial a ser

indemnizado por un daño que no está llamado a padecer. Fernández Muñoz resume así el proceso de adaptación legislativa y el sistema resultante:

“Luego de un largo y dispendioso proceso evolutivo, que se extendió a varias décadas de discusiones y deliberaciones que dieron como resultado catorce proyectos de ley, el trascendental fallo Bianchi del año 1993 del Consejo de Estado francés que abrió por primera vez la puerta para la indemnización del alea terapéutica (Lambert-Faivre, 2001, 1370) y un variado número de informes gubernamentales, entre los que destacan el informe Mac Aleese de 1980, Servicios de Cancillería de 1991, Ewald, de 1992 y Sarat-Baroux de 1993 (Harichaux, 2004, 33) cuyos rasgos característicos tenía que ver con la información al paciente, la búsqueda de una vía no contenciosa a través de la conciliación como modo para la solución de los conflictos médico paciente y la limitación del contenido de la indemnización a las consecuencias anormalmente graves, con relación a la enfermedad tratada y al estado anterior del paciente; la última reforma francesa en materia de responsabilidad médica, consagrada a través de la Ley 2002-303, del 4 de marzo de 2002, también conocida como Ley Kouchner, tiene la virtud de haber logrado superar muchas de las dificultades e insuficiencias presentes en el sistema tradicional de la responsabilidad en esta materia, superando además, uno de los problemas que afronta el derecho moderno de la responsabilidad médica, relativo a la indemnización del paciente que sufre un daño en ausencia de culpa. Los caracteres especiales de esta reforma tienen que ver con la reafirmación de la culpa como fundamento de la responsabilidad (Coelho, 2003, 36); el cual, viene acompañado de dos figuras de importante peso, de una parte, la sujeción a un seguro obligatorio de responsabilidad civil (Albertin, 2003; Favre-Rochex y Cortieu, 2000), de otra la relativa a la asunción de la tutela indemnizatoria, a nombre de la solidaridad nacional de todos aquellos perjuicios no atribuibles a la responsabilidad del médico o de la estructura hospitalaria, a través del establecimiento de un fondo de garantía denominado “Office National d’Indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales” (O.N.I.A.M) (Chabas, 2004, 715). El sistema francés realiza una asociación entre solidaridad nacional y el mecanismo del seguro obligatorio para la indemnización de daños derivados de la actividad médica. A nombre de la solidaridad nacional, el Estado se erige garantizando aquellos riesgos que no son cubiertos por los mecanismos tradicionales como la seguridad social, el seguro y la responsabilidad. Y esta articulación entre solidaridad nacional y el seguro obligatorio ha sido considerada ventajosa para la tutela de los intereses de las víctimas de daños médicos.

(...)

Así pues, con relación al tema específico del alea terapéutica, (...) los franceses, gracias a la voluntad política del momento, decidieron indemnizar los daños derivados más allá de las reglas tradicionales de la responsabilidad, una indemnización por fuera del ámbito de las obligaciones sujeta a un sistema de socialización del riesgo. En efecto, la fórmula ideal resultó ser la separación entre la reparación y la responsabilidad, a través de la creación de un fondo de garantía, expresión de los regímenes de garantía social. Como se trataba de riesgos que el médico no podía controlar, no resultaba razonable que el médico asumiera dicha indemnización.

En este orden de ideas, la solidaridad nacional, a través del Fondo de Garantía O.N.I.A.M, se hace cargo de la indemnización de los daños provenientes del alea terapéutica y las infecciones hospitalarias que originen una tasa de incapacidad

*superior a 24% de incapacidad o en caso de muerte, haciéndose cargo, de hipótesis propias de la responsabilidad, pues las infecciones nosocomiales son catalogadas como eventos propios de responsabilidad objetiva*³⁴.

La jurisprudencia también ha invocado el caso de España,³⁵ en refuerzo de la tesis del carácter objetivo de la responsabilidad por la infección nosocomial, aun aceptando que en este caso la tesis de la responsabilidad objetiva ha sido objeto de retractación y significativa reconsideración. Sin embargo, sea cual fuere la interpretación que se dé al estatuto de la responsabilidad médica en dicho país, lo cierto es que su ordenamiento dista mucho de carecer de mecanismos para evitar que las cargas derivadas de la indemnización por infección nosocomial afecten desproporcionadamente a los centros de salud públicos. En efecto, la legislación de este país prescribe que las instituciones médicas, públicas y privadas, estén amparadas por un seguro obligatorio de responsabilidad sanitaria, mediante el cual es posible, cuando menos, asumir de modo planificado la carga de la indemnización.

También en los países nórdicos, en donde se acepta, con ciertas restricciones, la tesis de la responsabilidad objetiva en ámbitos sanitarios, existe un detallado marco legislativo que permite la indemnización pacífica del daño iatrogénico, de un modo económicamente sostenible³⁶.

En resumen, se observa que, en general, los países que tienen sistemas estrictos de responsabilidad médica cuentan con un diseño estructurado de los medios y modos de indemnización, previsto en leyes que regulan la materia y permiten la

³⁴ Mónica Lucía Fernández Muñoz, *“El alea terapéutica como límite a las obligaciones médico-hospitalarias. Una perspectiva desde el derecho comparado”*

³⁵ Cfr. La invocación a la jurisprudencia española en Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 11 de junio de 2014, radicación: 25000232600019980226801 (27089), C. P. Hernán Andrade Rincón

³⁶ Juan Siso Martín *“La resolución del conflicto médico paciente en Europa”* en AAVV, *El conflicto en la práctica profesional de atención en salud*, Guadalajara, Universidad de Guadalajara, 2008, pág. 189. Se aclara que en el caso sueco el reconocimiento de los daños asociados a las infecciones nosocomiales debe ser sometido a ciertas matizaciones. Por ejemplo si bien el numeral 4 de la sección 6 de la ley de daños al paciente, establece que se han de indemnizar los supuestos de *“transferencia de una sustancia contagiosa que causa una infección, en conexión con un examen, un tratamiento o una medida similar”*, el último párrafo de la referida sección aclara que *“no hay derecho a la compensación por según el numeral 4 en las circunstancias en las que la infección debe ser razonablemente tolerada. En relación con lo anterior se han de tener en cuenta la naturaleza y el grado de severidad de la enfermedad o herida con la que la medida está relacionada, la situación de salud del paciente y la predecibilidad de la infección”*.

adecuada distribución del riesgo asociado a la prestación del servicio público de salud.

El análisis del supuesto de hecho de las infecciones nosocomiales, a la luz de los principios rectores del derecho de daños y de la experiencia de los sistemas jurídicos foráneos, evidencia, pues, la existencia de un vacío legislativo, que impide superar las disfuncionalidades sistemáticas mencionadas. Esta dificultad ya fue resaltada en sentencia de 30 de abril de 2014³⁷, en la que se exhortó a la adopción de medidas legislativas para superar las inconsistencias actuales. Sostuvo la Sala en esa ocasión:

El mandato de reparación del daño antijurídico contenido en el artículo 90 de la Constitución Política es perentorio y no meramente un enunciado desiderativo. Siendo así, no resulta constitucionalmente aceptable absolver a la administración, en razón de que carece de medidas legislativas y de una organización administrativa y presupuestal dirigidas a corregir inconsistencias en la distribución de los gastos asociados a la reparación del daño. Por ello, si el actual diseño del sistema de salud no cuenta con mecanismos que eviten la concentración desproporcionada de la carga indemnizatoria en establecimientos directamente intervinientes en el tratamiento del paciente afectado con una infección nosocomial, esta circunstancia ha de asumirse como una disfuncionalidad interna del sistema de salud, cuya solución no puede afectar el derecho del usuario del servicio.

70. La disfuncionalidad en la organización del sistema de salud que impide la distribución adecuada del riesgo y que, de ninguna manera debe ser asumida por el damnificado, alerta sobre la necesidad de crear un marco legal que permita una forma más racional de asumir la carga indemnizatoria.

71. Por tales razones, en la presente oportunidad la Sala dispondrá lo pertinente para exhortar a las autoridades competentes a fin de que, como parte de la política pública de salud, se estudie la posibilidad de instaurar seguros o fondos especiales que permitan distribuir el riesgo propio de la atención hospitalaria en los términos aquí analizados, tomando como base los modelos español y francés referidos (supra nota al pie 15). Un criterio relevante de la distribución, lo debe constituir la práctica efectiva de los centros clínicos y hospitalarios orientada a minimizar la existencia de bacterias nosocomiales.

72. Así las cosas, con el fin de hacer viable la distribución solidaria del riesgo y la viabilidad financiera del sistema de indemnizaciones, se hace necesario exhortar al Ministerio de Salud para que presente al Congreso un proyecto de ley estableciendo un sistema de asunción solidaria del riesgo por infecciones nosocomiales u otro tipo de padecimientos iatrogénicos sobre los que se pueda predicar la responsabilidad sin mediación de culpa, para lo cual debe crearse un fondo estatal especial.

³⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 30 de abril de 2014, radicación No. 250002326000200101960 01 (28214), C.P. Danilo Rojas Betancourth.

73. En igual sentido se exhorta a la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación para que en desarrollo de lo normado en la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo haga uso de la figura de la iniciativa legislativa contemplada en el art. 112 numeral 3 de la ley³⁸, o acompañe el proyecto presentado por el Ministerio de Salud.

4. Liquidación de perjuicios

4.1 Perjuicios morales.

Habiéndose acreditado que la señora Marleny García Giraldo fue cónyuge del señor Enrique Arias García y que los señores Carlos Enrique y Leonardo Arias García son sus hijos, la Sala encuentra fundamento para declarar acreditado su daño moral, puesto que es propio del vínculo conyugal y el paterno-filial, el duelo subsiguiente a la muerte del cónyuge o padre.

Por otra parte, para la determinación del monto indemnizatorio, la Sala se atenderá a lo fijado en sentencia de 28 de agosto de 2014, en la cual se unificaron los criterios de indemnización del daño moral en caso de muerte.

En tal ocasión la Sala plena planteó cinco niveles de cercanía afectiva y propuso criterios de estimación de la cuantía indemnizatoria, así:

“(...) para la reparación del perjuicio moral en caso de muerte se han diseñado cinco niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa y aquellos que acuden a la justicia calidad de perjudicados o víctimas indirectas, los cuales se distribuyen así:

Nivel No. 1. Comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno- filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (1er. Grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes o estables). A este nivel corresponde el tope indemnizatorio de 100 SMLMV.

Nivel No. 2. Donde se ubica la relación afectiva propia del segundo grado de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 50% del tope indemnizatorio.

Nivel No. 3. Está comprendido por la relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 35% del tope indemnizatorio.

³⁸ “3. Preparar a petición de la Sala Plena del Consejo de Estado o por iniciativa propia proyectos de acto legislativo y de ley”.

Nivel No. 4. Aquí se ubica la relación afectiva propia del cuarto grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 25% del tope indemnizatorio.

Nivel No. 5. Comprende las relaciones afectivas no familiares (terceros damnificados). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 15% del tope indemnizatorio.

La siguiente tabla recoge lo expuesto:

GRAFICO No. 1					
REPARACION DEL DAÑO MORAL EN CASO DE MUERTE					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
Regla general en el caso de muerte	Relaciones afectivas conyugales y paterno-filiales	Relación afectiva del 2º de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3º de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4º de consanguinidad o civil.	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
Porcentaje	100%	50%	35%	25%	15%
Equivalencia en salarios mínimos	100	50	35	25	15

En consecuencia, en el *sub lite* se reconocerá una indemnización de 100 s.m.l.m.v. para cada uno de los demandantes.

4.2 Perjuicios materiales.

4.2. Daño emergente:

En el proceso se acreditó suficientemente que la señora Marleny García Giraldo tuvo que asumir parcialmente, las expensas del tratamiento de su esposo en el Hospital Militar Central.

Ahora, si bien la señora García Giraldo no tiene por qué asumir los costos hospitalarios derivados de infección hospitalaria, sí debe asumir los correspondientes a la neurocirugía. De este modo, se condenará en abstracto, para que vía incidental se establezca lo que el Hospital Militar Central debe pagar a la señora Marleny García Giraldo, esto es, lo que de la suma pagada en su momento sea atribuible a las expensas ocasionadas después del inicio de la neumonía nosocomial. Para el efecto, se tendrá en cuenta que, según el concepto rendido por la Asociación Colombiana de Neumonía y Cirugía del Tórax, dicha enfermedad se comenzó a manifestar el 6 de mayo de 1993. En consecuencia, se deducirá de la suma pagada inicialmente (\$6.453.578), un porcentaje que razonablemente cabe atribuir a los primeros días de hospitalización y la

neurocirugía y la suma restante será actualizada, de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$Ra = \frac{Ipc(f)}{Ipc(i)} Rh$$

En donde

Ra = Renta actualizada a establecer

Rh = Renta histórica, es decir, la suma perdida en el momento de los hechos.

Ipc(f) = El índice de precios al consumidor a la fecha de la liquidación

Ipc(i) = El índice de precios al consumidor a la fecha de los hechos

4.2. Lucro cesante

En el caso del lucro cesante, también es necesario realizar una condena en abstracto, para que mediante incidente se establezca la cuantía del daño. Esto, en la medida en que la liquidación por este concepto debe realizarse sobre la base de la expectativa de vida del paciente, la cual, no es posible establecer con la información obrante en el acervo probatorio. En efecto, tradicionalmente se ha tomado la edad de la víctima como parámetro de referencia, pero lo anterior no parece razonable cuando quien ha fallecido padece una enfermedad que, dependiendo del cuidado, puede llegar a ser mortal.

El material probatorio sugiere que la neurocirugía realizada al paciente fue, en sí misma, exitosa. Sin embargo, también apunta a que no constituía una solución curativa permanente, sino más bien una medida paliativa, siendo probable que la dolencia apareciera nuevamente. Dado que no todas las complicaciones de la neurocirugía dan lugar a la predicación de la responsabilidad y que la intervención quirúrgica en sí misma no puede reputarse antijurídica, la expectativa de vida se calculará de acuerdo con el estado de salud del paciente en el postoperatorio inmediatamente anterior al desarrollo de la neumonía nosocomial y demás procesos de origen infeccioso. Es decir, se calculará asumiendo que las infecciones no tuvieron lugar, pero sí otras complicaciones como el edema pulmonar neurogénico y el neumotórax.

Por otra parte, la base liquidatoria estará constituida únicamente por los ingresos directamente derivados del trabajo del señor Enrique García Giraldo,

excluyéndose, por lo tanto, todo aquello que pueda reputarse como utilidad social o réditos de capital. En este sentido, la base liquidatoria estará dada por el sueldo y las prestaciones sociales que el señor Arias recibía en virtud de su vinculación como Gerente de Industrias McLaren y Cía. Ltda., única renta de trabajo demostrada. A esta cantidad se ha de deducir un 25%, correspondiente a lo que, según estimaciones usualmente aceptadas por la Sala, una persona destina sus gastos personales.

Por otra parte, para el cálculo del lucro cesante se tendrán en cuenta los criterios jurisprudencialmente aceptados y reconociendo el acrecimiento, de acuerdo con la jurisprudencia de unificación recientemente aceptada, así:

- 1) *Se establece la renta mensual del fallecido, destinada a la ayuda económica del grupo familiar, a partir de los ingresos mensuales devengados por aquel al momento del deceso. Los salarios no integrales se incrementan en un 25%, por concepto de prestaciones sociales. Del ingreso mensual obtenido se deduce el 25% correspondiente a los gastos personales del trabajador. El valor así calculado se actualiza con el Índice de Precios al Consumidor. El resultado final es la renta actualizada (Ra).*
- 2) *Se determina el tiempo máximo durante el cual se habría prolongado la ayuda económica al grupo familiar (Tmax). Al efecto se toma el menor valor, en meses, resultante de comparar el periodo correspondiente al miembro del grupo familiar que hubiere recibido la ayuda durante más largo tiempo, teniendo en cuenta la edad de 25 años, en la que se presume la independencia económica de los hijos no discapacitados y la expectativa de vida en los demás casos, con el periodo correspondiente a la expectativa de vida del fallecido. Asimismo, se halla el tiempo consolidado o transcurrido desde la ocurrencia de los hechos hasta la fecha la sentencia (Tcons), y el tiempo futuro (Tfut), que corresponde al periodo que falta para completar el tiempo máximo de la ayuda económica, esto es, $(Tfut) = (Tmax) - (Tcons)$.*
- 3) *Con la renta actualizada (Ra) se calcula la renta destinada a la ayuda económica para el grupo familiar, dejada de percibir por el fallecido, durante el tiempo consolidado (Rc) y el tiempo futuro (Rf), aplicando las fórmulas acogidas por la jurisprudencia vigente.*

Así, la renta destinada a la ayuda económica para el grupo familiar, dejada de percibir por el fallecido, durante el tiempo consolidado (R_c), se calcula aplicando la siguiente ecuación:

$$R_c = R_a \times \frac{(1+i)^n}{i}$$

Donde: i = al interés mensual legal (0,004867) y n = (T_{cons}).

Y la renta destinada a la ayuda económica para el grupo familiar, dejada de percibir por el fallecido durante el tiempo futuro (R_f), se calcula aplicando la siguiente ecuación:

$$R_f = R_a \times \frac{((1+i)^n - 1)}{i(1+i)^n}$$

Donde: i = al interés mensual legal (0,004867) y n = (T_{fut}).

- 4) Luego, se distribuye entre los actores beneficiarios la renta dejada de percibir por el fallecido durante el tiempo consolidado (R_c) y el tiempo futuro (R_f), teniendo en cuenta i) el periodo durante el que cada uno de ellos la habría percibido; ii) que de existir cónyuge o compañero(a) supérstite e hijos, se asigna el 50% del lucro cesante para el primero, la otra mitad a los hijos por partes iguales y, siendo único beneficiario, al cónyuge o compañero(a) supérstite se le asigna el 50% de la renta dejada de percibir por el trabajador y iii) que la porción dejada de percibir por uno de los beneficiarios acrecerá, por partes iguales, las de los demás.

Al efecto, se halla el valor de la renta a distribuir (V_d) como lucro cesante entre los beneficiarios, en cada uno de los periodos en los que debe hacerse el acrecimiento, dividiendo el valor de la renta dejada de percibir ($-R_c$) o (R_f) por el tiempo consolidado o futuro ($-T_{cons}$) o (T_{fut}), según corresponda y multiplicando el resultado por el número de meses del periodo en el que se va a distribuir (P_d). En los cálculos se utilizarán cifras con dos decimales, salvo en el caso del interés legal señalado.

Así, por ejemplo, siendo beneficiarios de la ayuda económica el cónyuge supérstite o compañero(a) permanente y tres hijos menores de 25 años, i) se hace una primera asignación de la renta entre los cuatro beneficiarios, distribuyendo el valor correspondiente al número de meses que le faltan al primer hijo para cumplir los 25 años edad (Pd1), en las proporciones señaladas; ii) en el segundo periodo (Pd2) se distribuye el valor de la renta correspondiente a los meses que le faltan al segundo hijo para alcanzar la independencia económica, asignando al cónyuge o compañero(a) permanente supérstite el 50% del valor a distribuir más la tercera parte de la porción que le habría correspondido al primer hijo que cumplió los 25 años edad, y a cada uno de los dos hijos restantes, la tercera parte del valor a distribuir más la tercera parte de la porción del acrecimiento; iii) en el tercer periodo (Pd3) se distribuye el valor de la renta correspondiente a los meses que le faltan al tercer hijo para alcanzar la edad de 25 años, asignando al cónyuge o compañero(a) permanente supérstite el 50% del valor a distribuir más la mitad de la porción que le habría correspondido al segundo hijo que cumplió la edad de autonomía económica, y al hijo restante, la otra mitad del valor a distribuir más la mitad de la porción del acrecimiento y iv) en el cuarto periodo (Pd4) se asigna al cónyuge o compañero(a) permanente supérstite el 50% de la renta pendiente por distribuir, comoquiera que la otra mitad corresponde al incremento en las reservas para las necesidades del trabajador³⁹.

En el caso concreto no habrá condena en costas por cuanto no se cumplen los requisitos.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "B", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

III. RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida el 8 de febrero de 2001 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Segundo.- DECLARAR patrimonialmente responsable al Hospital Militar Central por los daños y perjuicios derivados de la muerte del señor Enrique Arias Giraldo

³⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, Sentencia de Unificación CE-SUJ-3-001 de 2015, 15 de abril de 2015, radicación 15-001-23-31-000-2000-03838-01 (19.146), C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

Tercero.- CONDENAR al Hospital Militar Central a indemnizar a los actores de la siguiente manera, a título de daños morales:

- a) Marleny García Giraldo, 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- b) Carlos Enrique Arias García, 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- c) Leonardo Arias García, 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Cuarto.- CONDENAR EN ABSTRACTO al Hospital Militar Central a pagar a la señora Marleny García Giraldo el valor actualizado de los gastos médicos en los que incurrió a causa de las complicaciones subsiguientes a la infección nosocomial. Esta suma deberá concretarse en incidente separado, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

Quinto.- CONDENAR EN ABSTRACTO al Hospital Militar Central a pagar a los actores el lucro cesante causado por la muerte de su esposo y padre. Esta suma deberá concretarse en incidente separado, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

Sexto.- EXHORTAR al Ministerio de Salud y la Protección Social para que presente al Congreso de la República un proyecto de ley estableciendo un sistema de asunción solidaria del riesgo por infecciones nosocomiales u otro tipo de padecimientos iatrogénicos sobre los que se pueda predicar la responsabilidad sin mediación de culpa, para lo cual debe estudiarse la posibilidad de creación de un fondo estatal especial o seguro contra esta clase de riesgo.

Séptimo.- REMITIR copia de esta decisión a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado para, que en desarrollo de lo normado en la Ley 1437 de 2011, considere el caso con el fin de hacer uso de la figura de la iniciativa legislativa contemplada en el art. 112 de la ley, en los términos de decisiones en igual sentido proferidas por la subsección

Octavo- El Hospital Militar Central dará cumplimiento a lo dispuesto en este fallo, dentro de los términos indicados en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

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

Décimo.- Todas las comunicaciones que se ordena hacer en esta sentencia serán libradas por el a quo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Presidenta de la Subsección

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Magistrado

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado