

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - Condena

DAÑO DERIVADO DE LA ACTIVIDAD MÉDICA / DAÑO DERIVADO DE PRODUCTOS FARMACEÚTICOS Y SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS / DAÑO CAUSADO POR APLICACIÓN DE VACUNA / INFECCIÓN DE POLIO POSVACUNAL A BEBÉ DE DOS MES

Síntesis del caso: El 15 de julio de 2002, la niña Lilian Carola Moreno Robledo, de dos meses y medio de edad, fue llevada por su madre a un centro de salud adscrito al Hospital Pablo Sexto de Bosa, para que se le aplicara la vacuna contra la poliomielitis, a los pocos días su estado de salud se complicó. En el centro hospitalario donde fue atendida le diagnosticaron “infección de polio posvacunal”, la cual fue causada por esa misma vacuna.

Problema jurídico: “[L]a Sala examinará si en el presente asunto se configuraron los elementos para declarar la responsabilidad de la Administración por la aplicación de la vacuna contra la poliomielitis a la menor Lilian Carola Moreno Robledo, la cual le produjo graves consecuencias a su salud.”

DAÑO OCASIONADO POR LA ACTIVIDAD MÉDICA / COMPETENCIA FUNCIONAL DEL CONSEJO DE ESTADO EN SEGUNDA - Factor cuantía

La Sala es competente para conocer del presente asunto en segunda instancia, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 9 de diciembre de 2010 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, dado que la demanda se presentó el 27 de septiembre de 2004 (...) la cuantía debe establecerse por la suma de todas las pretensiones de la demanda, y en este caso la sumatoria de ellas equivale a un monto superior al exigido -500 SMLMV equivalente a \$179'500.000-, para que un proceso adelantado en ejercicio de la acción de reparación directa tuviera vocación de doble instancia ante esta Corporación para aquella época.

FUENTE FORMAL: LEY 1395 DE 2010- ARTÍCULO 3

DAÑO OCASIONADO POR LA ACTIVIDAD MÉDICA / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - Cómputo. Término / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN - No operó. Demanda interpuesta en término legal

En cuanto a la oportunidad para formular la presente acción indemnizatoria, advierte la Sala que la acción se ejerció dentro de los dos años que establece [la norma] (...) toda vez que, si bien la vacuna que le produjo el contagio con poliomielitis a la menor Lilian Carola Moreno Robledo fue aplicada el 15 de julio de 2002, lo cierto es que dicha enfermedad solo fue diagnosticada el 21 de octubre de esa misma anualidad, luego de que se obtuvieron los resultados de los exámenes de laboratorio realizados por el Instituto Nacional de Salud (...) Así las cosas, por haberse interpuesto la demanda el 27 de septiembre de 2004, concluye la Sala que la acción se ejerció oportunamente.

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA - Víctima directa del daño / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA - Acreditación del parentesco de padres. Registro civil como prueba idónea

Con ocasión del contagio de la menor Lilian Carola Moreno Robledo con el virus de la poliomielitis como consecuencia de la aplicación de la vacuna a la menor Lilian Carola Moreno Robledo, acudieron al proceso tanto la directa afectada,

como la señora María Juliana Moreno Robledo en su condición de madre de la menor. Para acreditar dicho parentesco se allegó el respectivo registro civil de nacimiento de la referida menor.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 136.8 / LEY 446 DE 1998 - ARTÍCULO 44

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD DE BOGOTÁ - Probada / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DEL CENTRO DE SALUD UBA PORVENIR DE BOSA, PERTENECIENTE AL HOSPITAL PABLO VI DE BOSA E.S.E - Probada

[E]l daño en el presente caso se originó por la aplicación de la vacuna anti poliomielitis a la referida menor en el Centro de Salud UBA Porvenir de Bosa, perteneciente al Hospital Pablo VI de Bosa E.S.E., en ejecución de una política pública de vacunación, coordinada y desarrollada por la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, concluye la Sala que ambas entidades están llamadas a responder patrimonial y solidariamente por el referido hecho dañoso alegado en la demanda.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 90

VACUNACIÓN OBLIGATORIA EN LA PRIMERA INFANCIA / PROHIBICIÓN DE SOLICITAR EL CONSENTIMIENTO INFORMADO A LOS PADRES DEL MENOR

[E]l plan de vacunación en la primera infancia para niños y niñas, es de obligatorio cumplimiento, tanto para el Estado como para los padres del menor, motivo por el cual, en ese tipo de casos, no se requiere el consentimiento informado de los padres del menor.

DAÑO OCASIONADO POR LA ACTIVIDAD MÉDICA / DAÑO CAUSADO POR APLICACIÓN DE VACUNA / INFECCIÓN DE POLIO POSVACUNAL A BEBÉ DE DOS MES / COMPLICACIÓN INHERENTE A LA APLICACIÓN DE LA VACUNA “SABIN 3” / CUMPLIMIENTO DE PROTOCOLOS DE TRANSPORTE DE VACUNAS / NO SE EVIDENCIA INMUNOSUPRESIÓN QUE HICIERA NECESARIO LA PRÁCTICA DE EXÁMENES ANTES DEL PROCEDIMIENTO / INEXISTENCIA DE UNA FALLA DEL SERVICIO MÉDICO

[E]l contagio con el virus de la poliomielitis a la menor Lilian Carola Moreno Robledo, se produjo por la aplicación de esa vacuna, el 15 de julio de 2002, en el Centro de Salud UBA Porvenir, perteneciente al Hospital Pablo VI de Bosa E.S.E., virus que le causó cuadriplejía y una incapacidad médico legal definitiva equivalente al 66,40%. (...) el contagio con el virus de la poliomielitis y la consiguiente afectación a la salud de la menor, es una de las complicaciones inherentes a dicha vacuna “SABIN 3”, a pesar de que el riesgo es muy bajo, el cual equivale a un caso por cada 2.4 millones de dosis. (...) a pesar de que ese riesgo pudo ser previsible, lo cierto es que resultaba prácticamente imposible de evitar, máxime cuando se trata de la primer dosis de la vacuna, como ocurrió en el presente caso. (...) el material probatorio relacionado anteriormente no acredita la responsabilidad deprecada a título de falla en el servicio, comoquiera que, para ello, debe contarse con los elementos de prueba mínimos que permitan entender que el hospital demandado incurrió en algún tipo de irregularidad en el almacenamiento, transporte y manipulación de las vacunas, o que se hubiere omitido la práctica de exámenes especiales para establecer condiciones de

inmunodeficiencia a los menores por vacunar, aspectos estos que, se reitera, en el presente caso no fueron demostrados.

DAÑO OCASIONADO POR ACTIVIDADES MÉDICO ASISTENCIALES / ANÁLISIS BAJO EL RÉGIMEN DE FALLA PROBADA DEL SERVICIO / ANÁLISIS BAJO EL RÉGIMEN OBJETIVO DE RESPONSABILIDAD / VERIFICACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LOS REGLAMENTOS Y PROTOCOLOS A LOS QUE SE ENCUENTRE SOMETIDO CADA PROCEDIMIENTO

[T]ratándose de supuestos en los cuales se discute la declaratoria de responsabilidad estatal con ocasión actividades médico-asistenciales, según jurisprudencia de esta Corporación, la responsabilidad patrimonial que se le atribuye al Estado bien puede ser analizada bajo el régimen de la falla probada del servicio, a lo cual se ha agregado que, en atención al carácter técnico de la actividad médica y a la dificultad probatoria que ello implica, el nexo de causalidad puede acreditarse por diversas vías, en especial mediante la utilización de indicios, que no en pocas ocasiones constituyen el único medio probatorio que permite establecer la presencia de la falla del servicio endilgada. De otra parte, esta Sala también ha considerado que, en el marco de las actividades médico-sanitarias, existen situaciones que pueden regirse por el esquema de la responsabilidad objetiva, dada la peligrosidad que revisten ciertos elementos y procedimientos médico quirúrgicos, sin que con ello se hubiere pretendido desconocer que la responsabilidad médico-hospitalaria se encuentra asentada sobre la base de un criterio subjetivo, por lo que mal haría la jurisprudencia contencioso administrativa en tildar a la medicina como una actividad riesgosa. (...) si bien es cierto que la actividad médica hospitalaria -como resulta natural- implica riesgos inherentes a su ejercicio (vgr. intervenciones quirúrgicas o exámenes clínicos invasivos, entre otros), los cuales dependen en gran medida de la complejidad de la afectación de la salud del paciente, también es cierto que para evaluar la responsabilidad de las instituciones prestadoras de salud, la jurisprudencia de esta Sección del Consejo de Estado ha precisado que su análisis debe realizarse a partir de la verificación, en cada caso concreto, del cumplimiento de los reglamentos y protocolos a los que se encuentre sometido cada procedimiento. **NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el tema, consultar sentencia de 20 de febrero de 2008, exp. 15563

DAÑOS OCASIONADOS POR LA ACTIVIDAD MÉDICO ASISTENCIAL / APLICACIÓN EXCEPCIONAL DEL RÉGIMEN OBJETIVO DE RESPONSABILIDAD - Eventos

[E]sta Corporación también ha considerado, a modo de excepción, que dentro del ejercicio de la actividad médica existen varios escenarios en los cuales resulta posible predicar la existencia de un régimen objetivo de responsabilidad. En efecto, en relación con algunos eventos susceptibles de ser estudiados bajo el régimen objetivo de responsabilidad, se ha precisado que éstos pueden ser: i) Aquellos eventos que implican la manipulación de cosas peligrosas, o que el procedimiento o el tratamiento empleado entrañe peligro, pero siempre y cuando la herramienta riesgosa cause el daño de manera directa o por ella misma, pues si la lesión es producto de una ejecución irregular del acto médico, aunque medie un instrumento que represente peligro o riesgo, el caso específico estará regido por la responsabilidad subjetiva o de falla en el servicio. ii) Cuando un medicamento, tratamiento o procedimiento que implique o conlleve un progreso en la ciencia y, por lo tanto, se considere novedoso, se desconozcan las consecuencias o secuelas del mismo a largo plazo; iii) Cuando en el acto médico se empleen

químicos o sustancias peligrosas (v.gr. eventos de medicina nuclear); iv) En supuestos de vacunas, porque se asume de manera implícita su eventual peligrosidad y reacciones adversas en los diferentes organismos y; v) Cuando el daño sea producto de una infección nosocomial o intrahospitalaria . Los eventos antes señalados han sido decididos por esta Sección del Consejo de Estado por un régimen de responsabilidad objetivo y, en consecuencia, se ha precisado que no resulta relevante determinar si el comportamiento de la entidad fue diligente o cuidadoso, por cuanto es el riesgo asociado con el ejercicio de dichas actividades lo que produce en el plano fáctico o causal el daño antijurídico por el que se demanda. **NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el tema, consultar sentencias de: 19 de agosto de 2009, exp. 17733; 24 de marzo de 2011, exp. 20836; 27 de junio de 2012, exp. 21661; 28 de septiembre de 2012, exp. 22424, 30 de abril de 2014, exp. 29566; 11 de junio de 2014, exp. 27089; 25 de junio de 2014, exp. 30583 y de 25 de enero de 2017, exp. 36816

DAÑO OCASIONADO POR LA ACTIVIDAD MÉDICA / DAÑO OCASIONADO POR APLICACIÓN DE VACUNAS / APLICACIÓN DEL RÉGIMEN OBJETIVO DE RESPONSABILIDAD - Reiteración jurisprudencial / PELIGROSIDAD INTRÍNSECA POR APLICACIÓN DE VACUNAS / PELIGROSIDAD INHERENTE AL RIESGO Y A LOS EFECTOS DAÑINOS QUE DE ÉL SE DERIVEN / CARGA DE LA PRUEBA CORRESPONDE A LA DEMANDANTE / ACREDITACIÓN DEL NEXO DE CAUSALIDAD / POLÍTICA PÚBLICA DE VACUNACIÓN / RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD OBJETIVO DE RIESGO EXCEPCIONAL

En casos similares al que ocupa la atención de la Sala en la presente oportunidad, en la cual se discute la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños causados por la aplicación de vacunas, esta Sección del Consejo de Estado ha precisado que deben ser analizados bajo un régimen objetivo, dada la peligrosidad intrínseca que estas implican. (...) en aquellos eventos de responsabilidad médica estatal susceptibles de ser analizados bajo el régimen objetivo de responsabilidad, el fundamento de la objetividad dimana de la peligrosidad que es inherente al riesgo y de los efectos dañinos que de él se desprenden. (...) para que pueda declararse la responsabilidad patrimonial del Estado por la aplicación de vacunas, quien alega haber sufrido un perjuicio deberá acreditar el respectivo nexo de causalidad, esto es, demostrar que la infección que afectó a la víctima fue adquirida por la aplicación de dicha vacuna, sin que en tal evento resulte necesario que se pruebe que la entidad demandada actuó de manera indebida o negligente. (...) aun cuando no se acreditó irregularidad alguna o conducta negligente por parte del personal que almacenó, transportó y aplicó la vacuna a la menor Moreno Robledo, lo cierto es que ello no resulta suficiente para liberar a las entidades demandadas de responsabilidad en un caso como el presente, en el cual se analizan los hechos objeto del litigio -daños por la aplicación de vacunas potencialmente peligrosas-, bajo un régimen de responsabilidad objetivo de riesgo excepcional, habida cuenta de que -se reitera- fue la aplicación de la vacuna anti poliomielitis, en el centro de salud perteneciente al hospital demandado, en ejecución de una política pública de vacunación, coordinada y desarrollada por la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, la que le produjo el contagio con ese mismo virus a la menor, razón por la cual ese desenlace no puede resultar ajeno o externo a la prestación del servicio médico por parte de las entidades demandadas.

DAÑO OCASIONADO POR LA APLICACIÓN DE VACUNAS / CORRESPONDE A LA PARTE DEMANDADA DEMOSTRAR LA EXISTENCIA DE UNA CAUSAL DE EXONERACIÓN / INEXISTENCIA DE CAUSALES DE EXONERACIÓN / EN CASOS ANALIZADOS BAJO EL TÍTULO DE IMPUTACIÓN DE RIESGO

EXCEPCIONAL - No opera el caso fortuito / CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO - Imputable de forma solidaria a las entidades demandadas

[L]a menor Lilian Carola Moreno Robledo sufrió las consecuencias en su salud derivadas de la infección con el virus de la poliomielitis, luego de que le fuera aplicada esa vacuna en el centro de atención UBA Porvenir, perteneciente al Hospital Pablo VI de Bosa en ejecución de una política pública de vacunación, coordinada y desarrollada por la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, razón por la cual, de conformidad con los elementos de convicción a los que se ha hecho referencia y atendiendo la jurisprudencia consolidada en la materia en punto a la responsabilidad objetiva por la aplicación de vacunas, resulta claro que el daño antijurídico por cuya indemnización se demandó le resulta imputable de forma solidaria a las entidades demandadas. (...) es a las entidades demandadas a las cuales correspondía demostrar, en el caso concreto, mediante pruebas legales y regularmente traídas al proceso, la existencia de una causal de exoneración, como fuerza mayor o el hecho exclusivo y determinante de la víctima o de un tercero, y ocurre que ninguna de estas causales eximentes de responsabilidad ha sido acreditada en el plenario. Cabe precisar que el caso fortuito, no opera como una causal eximente de responsabilidad en casos analizados bajo el título de imputación de riesgo excepcional, toda vez que este hace parte del riesgo implícito de la cosa o actividad peligrosa (...) El caso fortuito comparte dos de las características de la fuerza mayor: debe revestir un carácter imprevisible y ser, también, irresistible. Por el contrario, se excluye el criterio de la exterioridad.

RECONOCIMIENTO Y TASACIÓN DE PERJUICIOS MORALES / INFECCIÓN DE POLIO POSVACUNAL EN BEBÉ DE 2 MESES Y MEDIO / CUADRAPLEJIA E INCAPACIDAD MÉDICO LEGAL DEL 66.40% / GRAVE AFECTACIÓN MORAL POR CONTAGIO DE POLIO / APLICACIÓN DE PARÁMETROS DE UNIFICACIÓN / APLICACIÓN DEL ARBITRIO IURIS

[L]a menor Lilian Carola Moreno Robledo resultó infectada del virus del poliomielitis por la aplicación de dicha vacuna, todo lo cual le produjo una cuadriplejia y una incapacidad médico legal definitiva igual al 66.40%, hecho que, sin duda, constituye una grave afección moral que debe ser indemnizada. (...) es lo común, lo esperable y comprensible, que los seres humanos sientan tristeza, depresión, angustia, miedo y otras afectaciones de los sentimientos, cuando ven disminuidas su salud y sus facultades físicas, especialmente cuando la enfermedad que le fue contagiada a la víctima es muy grave como la que se presentó en este caso. Teniendo en cuenta que la valoración de dichos perjuicios debe ser hecha por el juzgador, en cada caso concreto, según su prudente juicio, en el presente asunto se considera que las graves consecuencias de la infección con el virus de poliomielitis, evidencian el profundo padecimiento moral al que fue sometida la víctima directa, lo cual permite inferir una grave afectación moral, razón por la cual se impone acceder al reconocimiento de una indemnización equivalente al valor de cien 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la ejecutoria de esta providencia a favor de la menor Lilian Carola Moreno Robledo y de su madre Juliana María Moreno Robledo, monto que se concede en aplicación de los parámetros fijados por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencias de unificación del 28 de agosto de 2014.

INDEMNIZACIÓN POR DAÑO A LA SALUD / PRINCIPIO DE LA REPARACIÓN INTEGRAL / PRIMACÍA DEL DERECHO SUSTANCIAL FRENTE A LAS

FORMAS / AFECTACIÓN A LAS CONDICIONES PSICOFÍSICAS COMO CONSECUENCIA DEL CONTAGIO DE POLIOMIELITIS

[L]a solicitud de indemnización por perjuicios morales y materiales causados en [la salud y el cuerpo de la menor], se encuentra también relacionada o ajustada con lo que la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación anteriormente denominada daño a la vida de relación, perjuicios fisiológicos, alteración grave a las condiciones de existencia y, en la actualidad, denominado daño a la salud, razón por la cual la Sala en aplicación del principio de reparación integral y la primacía del derecho sustancial frente a las formas estudiará dicha pretensión indemnizatoria, bajo el título de daño a la salud, comoquiera que el fundamento de dicha pretensión se relaciona con la afectación a sus condiciones psicofísicas como consecuencia del contagio de dicha enfermedad -poliomielitis-.

DAÑO A LA SALUD - Categoría autónoma de perjuicio / AFECTACIÓN PSICOFÍSICA DE LA PERSONA / TASACIÓN DEL PERJUICIO POR DAÑO A LA SALUD – Parámetros. Aplicación de criterios de unificación / INCAPACIDAD MÉDICO LEGAL DEFINITIVA / QUANTUM INDEMNIZATORIO DEBIDAMENTE MOTIVADO POR EL JUEZ – Proporcional a la intensidad del daño

[R]especto del perjuicio denominado “daño a la salud”, se tiene que de conformidad con la posición jurisprudencial adoptada por la Sección Tercera de la Corporación, cuando el daño antijurídico radica en una afectación psicofísica de la persona, esta debe ser indemnizada bajo el concepto del daño a la salud, entendido este como categoría autónoma de perjuicio. (...) En cuanto a la forma de tasar la indemnización de dicho perjuicio, la Sala ha tenido en cuenta los elementos probatorios obrantes que permitan determinar: “las características mismas del daño, su gravedad y extensión, el grado de afectación en el caso a cada persona, vale decir, el conjunto de elementos o circunstancias de hecho que enmarcan la situación del demandante afectado, para, por vía del análisis de conjunto, debidamente razonado, llegar a concretar un monto indemnizatorio determinado” (...) para la reparación del daño a la salud se reiteran los criterios contenidos en (...) sentencias de unificación (...) para tal efecto se utilizará –a modo de parangón– los siguientes parámetros o baremos: (...) en casos excepcionales y cuando existan circunstancias debidamente probadas de una mayor intensidad y gravedad del daño a la salud, podrá otorgarse una indemnización mayor a la señalada en la tabla anterior, sin que en tales casos el monto total de la indemnización por este concepto pueda superar la cuantía equivalente a 400 SMLMV. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño, con aplicación de las mismas variables referidas.

TASACIÓN DEL QUANTUM INDEMNIZATORIO – Variables / MAYOR INTENSIDAD Y GRAVEDAD DEL DAÑO A LA SALUD – Excepción para otorgar una indemnización mayor / MONTO MÁXIMO A RECONOCER 400 SMLMV / INDEMNIZACIÓN RECONOCIDA 200 SMLMV

[D]e acuerdo con el caso, el juez del caso debe considerar, además de la incapacidad médico legal definitiva, las siguientes variables: - La pérdida o anormalidad de la estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica (temporal o permanente). - La anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura corporal o mental. -La exteriorización de un estado patológico que refleje perturbaciones al nivel de un órgano. - La reversibilidad o irreversibilidad de la patología. - La restricción o ausencia de la

capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria. - Excesos en el desempeño y comportamiento dentro de una actividad normal o rutinaria. - Las limitaciones o impedimentos para el desempeño de un rol determinado. - Los factores sociales, culturales u ocupacionales, la edad o el sexo, etc. - Las demás que se acrediten dentro del proceso. (...) con base en los referidos parámetros establecidos por esta Sección, a reconocer la suma de doscientos salarios mínimos legales mensuales vigentes 200 SMLMV para la menor Lilian Carola Moreno Robledo, habida cuenta de que el contagio con el virus de la poliomielitis le produjo una cuadriplejía y una incapacidad médico legal definitiva equivalente al 66.40%, todo lo cual, trae consigo múltiples implicaciones en sus funciones psicológicas, fisiológicas y anatómicas de carácter permanente. **NOTA DE RELATORÍA:** Consultar Sentencia de unificación de: 14 de septiembre de 2011, exp. 19031 y de del 28 de agosto de 2014, Exps. 31172 y 31170

RECONOCIMIENTO Y TASACIÓN DE PERJUICIOS MATERIALES EN LA MODALIDAD DE DAÑO EMERGENTE / SUMINISTRO DE TRATAMIENTOS, TERAPIAS, MEDICAMENTOS, EXÁMENES CLÍNICOS, ENTRE OTROS, DERIVADOS DEL CONTAGIO DEL VIRUS DE LA POLIOMIELITIS - Parte demandada

[L]a Sala interpreta [la] petición acorde con el principio de reparación integral del daño y, con fundamento en ello, entiende que la petición por “perjuicios materiales”, abarca no solo el lucro cesante, sino también el daño emergente, razón por la cual se procederá a su reconocimiento (...) Para el presente caso, no le cabe duda a la Sala de que la incapacidad médico laboral equivalente al 66.40% como consecuencia del contagio con el virus de la poliomielitis a la niña Lilian Carola Moreno Robledo, le ha ocasionado y le ocasionará una serie de erogación de gastos para medicamentos y tratamientos; no obstante lo cual, no se arrimó al plenario prueba alguna respecto de los servicios médico asistenciales que requiere, así como tampoco se especificó cuáles eran concretamente los medicamentos o tratamientos que ella necesita, ni mucho menos sobre el costo de aquellos; sin embargo, a partir de la condición particular de su cuadro clínico (infección de poliomielitis), la Sala, con fundamento en las reglas de la experiencia, puede inferir que una persona en tales condiciones requiere de ciertos cuidados especiales, como medicamentos, tratamientos, terapias, etc. Por esta razón, al no existir en el proceso los elementos de juicio necesarios para determinar el daño emergente futuro por ese concepto, la Sala condenará a las demandadas Hospital Pablo VI de Bosa y Distrito Capital de Bogotá -Secretaría Distrital de Salud-, para que a partir de la ejecutoria de la presente sentencia y por el resto de su vida, le sean suministrados a la menor Lilian Carola Moreno Robledo, todos los tratamientos, terapias, medicamentos, exámenes clínicos, entre otros, derivados del contagio del virus de la poliomielitis.

PERJUICIOS POR DAÑO EMERGENTE - Noción. Definición. Concepto

[E]stos perjuicios se traducen en las pérdidas económicas que se causan con ocasión de un hecho, acción, omisión u operación administrativa imputable a la entidad demandada que origina el derecho a la reparación y que en consideración al principio de reparación integral del daño, consagrado en el artículo 16 de la Ley 446 de 1.998, solamente pueden indemnizarse a título de daño emergente los valores que efectivamente empobrecieron a la víctima o que en el futuro deba sufragar como consecuencia de la ocurrencia del hecho dañoso y del daño mismo.

RECONOCIMIENTO DE PERJUICIOS MATERIALES EN LA MODALIDAD DE LUCRO CESANTE / CUMPLIMIENTO DE LA MAYORÍA DE EDAD PARA

DESARROLLAR UNA ACTIVIDAD PRODUCTIVA / INGRESOS MENSUALES POR RECONOCER - Aplicación de la presunción de un smlmv / LUCRO CESANTE FUTURO - Cálculo. Fórmula

La Sala reconocerá dicho perjuicio material desde que la menor Lilian Carola Moreno Robledo cumpla la mayoría de edad -29 de abril de 2020-, pues desde esa fecha se entiende que hubiera podido desarrollar algún tipo de actividad productiva. De otra parte, en cuanto a los ingresos mensuales por reconocer, se aplicará la presunción en cuya virtud se asume que toda persona que se encuentre en edad productiva -devenga por lo menos el salario mínimo legal vigente. De conformidad con lo anterior, procederá la Sala a realizar la liquidación de dicho perjuicio. (...) Para la liquidación del período futuro, se aplicará la fórmula matemático - actuarial utilizada por la jurisprudencia para la liquidación de dicho perjuicio. (...)

NO PROCEDE LA CONDENAS EN COSTAS - Daño ocasionado por la aplicación de vacunas

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de abril de dos mil dieciocho (2018).

Radicación número: 25000-23-26-000-2004-02010-01(41390)

Actor: JULIANA MARÍA MORENO ROBLEDO Y OTROS

Demandado: DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ - SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD Y HOSPITAL PABLO SEXTO DE BOSA

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

Tema: RESPONSABILIDAD MÉDICO HOSPITALARIA POR DAÑOS DERIVADOS DE LA APLICACIÓN DE VACUNAS - ante la ausencia de falla del servicio debe analizarse el caso bajo el régimen objetivo.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 9 de diciembre de 2010, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, en la cual se denegaron las pretensiones de la demanda. La sentencia será revocada.

I. SÍNTESIS DEL CASO

El 15 de julio de 2002, la niña Lilian Carola Moreno Robledo, de dos meses y medio de edad, fue llevada por su madre a un centro de salud adscrito al Hospital Pablo Sexto de Bosa, para que se le aplicara la vacuna contra la poliomielitis, a los pocos días su estado de salud se complicó. En el centro hospitalario donde fue atendida le diagnosticaron “*infección de polio posvacunal*”, la cual fue causada por esa misma vacuna.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

En escrito presentado el 27 de septiembre de 2004 y corregido el 8 de noviembre de ese mismo año (fls. 13 y 21 C. 1), por intermedio de apoderado judicial (fl. 1 C. 1), la señora Juliana María Moreno Robledo, quien actúa en su propio nombre y en representación de su hija menor de edad Lilian Carola Moreno Robledo, interpuso demanda en ejercicio de la acción de reparación directa en contra del Distrito Capital de Bogotá-Secretaría Distrital de Salud y el Hospital Pablo VI de Bosa, con el fin de que se les declarara patrimonialmente responsables por las lesiones de carácter permanente causadas a la menor Lilian Carola Moreno Robledo, por la infección del virus poliomielitis postvacunal, luego de que se le aplicara la vacuna contra esa enfermedad, el 15 de julio de 2002, en el Centro de Salud UBA Porvenir de la ciudad de Bogotá, perteneciente al hospital demandado.

Como consecuencia de lo anterior, los actores solicitaron que se accediera a las siguientes declaratorias y condenas¹:

1. Que se declare administrativa y extracontractualmente responsable al Distrito Capital de Bogotá y al Hospital Pablo VI de Bosa, de los perjuicios causados a los demandantes con motivo de la invalidez de los miembros inferiores de la niña Lilian Carola Moreno Robledo, ocurrida con fecha 15 de julio de 2002 en Bogotá, como consecuencia de 5 dosis de vacunas suministradas por un funcionario del Centro de Salud UBA Porvenir.

2. Condenar a las demandadas a pagar a cada una de las demandantes al equivalente en pesos a las siguientes cantidades de dinero:

¹ En el escrito de corrección de demanda la parte actora solicitó la exclusión de algunos demandantes y demandados, razón por la cual se transcribe el acápite pertinente teniendo en cuenta dicha corrección.

2.1. Para la niña Lilian Carola Moreno Robledo (víctima), por los daños y perjuicios morales y materiales, causados en su salud y en su cuerpo, con perturbación funcional y psicológica (invalidez e incapacidad para caminar), cuyo monto se establecerá conforme al porcentaje de las secuelas de carácter permanente, las cuales serán confirmadas por el Instituto Nacional de Medicina Legal.

También se le deberá reconocer una pensión de invalidez, teniendo en cuenta el promedio de la calidad de vida útil o sana y la incapacidad laboral futura.

2.2. Para la señora Juliana María Moreno Robledo (madre de la víctima), el equivalente a una prima en pesos oro, como consecuencia de los daños y perjuicios morales y materiales sufridos por la invalidez de su hija.

3. Condenar a las demandadas a pagar a favor de la señora Juliana María Moreno Robledo, los perjuicios materiales sufridos con motivo de la invalidez de miembros inferiores de su hija Lilian Carola Moreno Robledo, teniendo en cuenta las siguientes bases de liquidación:

3.1. El porcentaje de secuelas sufridas por la víctima.

3.2. La vida probable de la demandante y la actual edad de 2 años y 5 meses de la víctima.

3.3. La pensión de invalidez a la que tiene derecho la víctima (...).

3.4. La fórmula de matemática financiera aceptada por el Consejo de Estado, teniendo en cuenta la indemnización consolidada y la futura.

(...).

Estimo la cuantía a la fecha de presentación de la demanda en más de novecientos millones de pesos (\$900'000.000), por la siguiente razón:

Porque el valor de la pretensión mayor la estimo en más de ochocientos millones (\$800'000.000), para uno solo de los demandantes, para la niña Lilian Carola Moreno Robledo (víctima), quien en la actualidad cuenta con 2 años y 5 meses de edad, y se encuentra inválida de sus miembros inferiores.

En cuanto a los perjuicios (morales y materiales) sufridos por la señora Juliana María Moreno Robledo (madre de la víctima), los estimo a la fecha en más de cien millones de pesos (\$100'000.000).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones, en la demanda se manifestó que el 29 de abril de 2002 fue atendido el parto de la señora Juliana María Moreno Robledo en el Hospital de Suba, el cual, según la historia clínica de atención, se presentó sin complicaciones y en el que nació una niña en buenas condiciones generales, a quien se le dio el nombre de Lilian Carola Moreno Robledo.

El 15 de julio de 2002, luego de haber cumplido los dos meses de edad aproximadamente, la menor fue llevada por su madre al Centro de Salud UBA Porvenir, adscrito al Hospital Pablo Sexto de Bosa, para que se le suministraran las siguientes vacunas: tuberculosis, hepatitis B, polio, difteria, haemophilus. El 1 de agosto de 2002, la menor presentó complicaciones en su salud y fue trasladada al Hospital de Kennedy, donde le fue diagnosticado un cuadro de tres días de evolución de fiebre, deposición diarreica y parálisis de miembros inferiores con progresión a cuadriplejia, por lo cual fue remitida al hospital de La Misericordia con diagnóstico de *“Meningitis Encefalitis Viral”*.

El 23 de agosto siguiente, luego de haber sido estabilizada, se le dio salida con los siguientes diagnósticos: parálisis flácida aguda e infección por endovirus. En la orden de egreso se le ordenó la práctica de unos exámenes de laboratorio, con el fin de precisar el diagnóstico definitivo.

El 21 de octubre de 2002 se conocieron los resultados de los exámenes practicados, los cuales confirmaron que la menor Lilian Moreno Robledo padecía *“infección de polio posvacunal”*.

En relación con los hechos descritos, la parte actora sostuvo que la lesión de carácter permanente causada a la menor, se produjo por una falla del servicio de la institución demandada, toda vez que *“el funcionario encargado de la vacunación debió verificar el estado natural de las vacunas, la fecha de vencimiento, si estaban debidamente refrigeradas o si por el contrario habían sufrido algún tipo de alteraciones, o si el hecho ocurrió por exceso en la cantidad suministrada”* (fls. 3 a 13 C. 1).

2. Trámite en primera instancia

La demanda fue inicialmente inadmitida en auto del 28 de octubre de 2004, pero luego de haber sido subsanada se admitió a través de proveído fechado el 2 de diciembre de 2004, decisión que se notificó en legal forma a las entidades demandadas y al Ministerio Público (fls. 16 a 24 C. 1).

La Secretaría Distrital de Salud de Bogotá contestó la demanda dentro de la respectiva oportunidad procesal y se opuso a la prosperidad de sus pretensiones.

Propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva e ineptitud de la demanda, puesto que la entidad de salud que suministró el programa de vacunación a la menor Lilian Carola Moreno Robledo era el Hospital Pablo VI de Bosa-Centro de Salud UBA Porvenir, el cual poseía personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio (fls. 25 a 33 C. 1).

A su turno, el Hospital Pablo VI de Bosa señaló que en el presente asunto no se configuró falla alguna del servicio que le fuera imputable, toda vez que la vacuna antipolimielitis que le fue suministrada a la referida menor, se encontraba en perfecto estado de conservación y almacenamiento, amén de que el lote y la fecha de vencimiento se encontraban vigentes.

En ese sentido, indicó que si el lote de dicha vacuna antipolimielitis hubiera presentado irregularidades, muchos hubiesen sido los casos de niños afectados o con consecuencias postvacunales; sin embargo, ese fue el único caso reportado. La afectación a la menor correspondió a *“un caso fortuito o también conocido como un evento adverso a la vacunación y asociado a la respuesta fisiológica de la menor al virus”*. Además, para el momento de la aplicación de la vacuna a la menor, esta no tenía ninguna contraindicación que sugiriera o impidiera la aplicación de la vacuna.

Finalmente, manifestó que no existía relación causal alguna entre las lesiones que sufrió la menor y la vacuna que se le aplicó en el centro de salud UBA Porvenir (fls. 68 a 75 C. 1).

El 23 de junio de 2005, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca abrió el período probatorio, y mediante auto del 4 de junio de 2010, se dio traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto (fls. 110 y 238 C.1).

La parte actora reiteró los argumentos expuestos en la demanda e insistió en que en este caso se configuró una falla del servicio, dado que el hospital demandado no conservó, ni almacenó adecuadamente las vacunas que suministró a la menor, todo lo cual fue la causa de la contaminación con el virus de la poliomielitis.

Por otro lado, indicó que previo a la aplicación de la vacuna no se realizó estudio de inmunización de la menor, por lo que no se advirtieron los riesgos que esa

vacuna le pudiera causar a su salud. Asimismo, no se informó a la madre de la menor sobre los mismos, puesto que no obra constancia alguna del consentimiento informado (fls. 251 a 281 C. 1).

A su turno, la Secretaría de Salud de Bogotá reiteró los argumentos planteados con la contestación de la demanda e insistió en la configuración de la excepción de falta de legitimación en la causa por activa (fls. 239 a 242 C. 1).

El Hospital Pablo VI de Bosa señaló que no había incurrido en ninguna falla del servicio, dado que la vacuna se encontraba en buenas condiciones y había sido conservada y manipulada en las condiciones exigidas (fls. 228 a 231 C. 1).

El Ministerio Público manifestó que debía declararse la responsabilidad de la institución demandada bajo el título de imputación de riesgo excepcional, dado que el daño se produjo como consecuencia de la concreción del riesgo que implicaba la aplicación de la vacuna antipoliomielitis, motivo por el cual se tenía acreditado el nexo causal entre la actividad desplegada por la entidad demandada y el daño causado a la víctima directa (fls. 249 a 256 C. 1).

3. La sentencia de primera instancia

Mediante sentencia proferida el 9 de diciembre de 2010, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B denegó las pretensiones de la demanda.

El Tribunal, al negar las pretensiones de la demanda sostuvo que, si bien el daño causado a la menor denominado *“parálisis flácida en las extremidades”* tuvo como causa la aplicación de la vacuna antipoliomielitis, lo cierto es que no se probó irregularidad alguna por parte del hospital demandado en relación con el almacenamiento y suministro de dicha vacuna.

En ese sentido, concluyó que el caso de la menor recaía en los infortunados casos de reacciones adversas a la vacuna, es decir, que se trataba de uno entre setecientos sesenta mil personas que reciben la primera dosis y contraen polio parálítico. Ese riesgo era imposible de evitar, por lo que concluyó que *“lamentablemente la menor Lilian Carola adquirió el único riesgo que pocas veces se presenta con la vacunación. Por ello las entidades demandadas no*

tienen responsabilidad por ello, pues es una lamentable complicación que escapa a las mismas” (fls. 283 a 292 C. Ppal.).

4. El recurso de apelación

La parte demandante insistió en que, contrario a lo señalado por el Tribunal *a quo*, en el proceso se acreditó la falla del servicio a la que alude la demanda, toda vez que hubo una incorrecta manipulación de la vacuna que le fue suministrada a la menor afectada, amén de que para el momento de la vacunación, la menor Lilian Carola Moreno Robledo contaba con dos meses y medio de edad y presentaba *“deficiencia inmunológica de altos riesgos de adquirir la enfermedad con la aplicación de la vacuna (VOP)”*, motivo por el cual se le debió brindar un tratamiento especial, personal e individualizado, pero ello no fue así. Concluyó que

Hubo descuido u omisión al no tomar en consideración las medidas de la práctica de exámenes y otros tratamientos si fuere necesario, porque los profesionales de la salud tienen el conocimiento que un actuar inadecuado representa peligro para la salud, integridad física e incluso la vida de una persona, porque comprobaron antes de la aplicación de la vacuna, que la menor Lilian Carola con 2 meses y medio de edad no estaba vacunada y que estaba expuesta a adquirir el virus salvaje (fls. 295 a 310 C. Ppal.).

4. Trámite de la segunda instancia

El recurso de apelación fue concedido por el Tribunal *a quo* el 10 de junio de 2011 y admitido por esta Corporación el 19 de julio de 2011 (fls. 295 y 321 C. Ppal.).

Una vez se dio traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto, las partes reiteraron los argumentos planteados a lo largo del trámite de la presente acción (fls. 325 a 342 C. Ppal.).

A su turno, el agente del Ministerio Público manifestó que debía confirmarse la sentencia apelada, dado que no se probó irregularidad alguna por parte de los funcionarios pertenecientes al hospital demandado, razón por la cual debía concluirse que la patología desencadenada en la menor mal podría ser atribuida a una falla del servicio de salud, sino que correspondía a un caso fortuito que lo eximía de responsabilidad (fls. 343 a 350 C. Ppal.).

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala es competente para conocer del presente asunto en segunda instancia, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 9 de diciembre de 2010 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, dado que la demanda se presentó el 27 de septiembre de 2004 y de acuerdo con el artículo 3 de la Ley 1395 de 2010, la cuantía debe establecerse por la suma de todas las pretensiones de la demanda, y en este caso la sumatoria de ellas equivale a un monto superior al exigido -500 SMLMV equivalente a \$179'500.000-², para que un proceso adelantado en ejercicio de la acción de reparación directa tuviera vocación de doble instancia ante esta Corporación para aquella época.

2. Caducidad de la acción

En cuanto a la oportunidad para formular la presente acción indemnizatoria, advierte la Sala que la acción se ejerció dentro de los dos años que establece el numeral 8 del artículo 136 del C.C.A. modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, toda vez que, si bien la vacuna que le produjo el contagio con poliomielitis a la menor Lilian Carola Moreno Robledo fue aplicada el 15 de julio de 2002, lo cierto es que dicha enfermedad solo fue diagnosticada el 21 de octubre de esa misma anualidad, luego de que se obtuvieron los resultados de los exámenes de laboratorio realizados por el Instituto Nacional de Salud (fl. 39. C. 2).

Así las cosas, por haberse interpuesto la demanda el 27 de septiembre de 2004, concluye la Sala que la acción se ejerció oportunamente.

3. Legitimación en la causa

Con ocasión del contagio de la menor Lilian Carola Moreno Robledo con el virus de la poliomielitis como consecuencia de la aplicación de la vacuna a la menor Lilian Carola Moreno Robledo, acudieron al proceso tanto la directa afectada,

² En la demanda se solicitó por concepto de indemnización de perjuicios morales y materiales una suma global superior a \$800'000.000, a favor de la niña Lilian Carola Moreno Robledo.

como la señora María Juliana Moreno Robledo en su condición de madre de la menor. Para acreditar dicho parentesco se allegó el respectivo registro civil de nacimiento de la referida menor (fl. 204 C. 1).

En cuanto a la legitimación en la causa por pasiva, se observa que la demanda se presentó en contra del Distrito Capital de Bogotá-Secretaría de Salud Distrital- y contra el Hospital Pablo VI de Bosa.

En relación con la Secretaría Distrital de Salud, observa la Sala que en el Programa Ampliado de Inmunizaciones -PAI-³, realizado anualmente por la Dirección de Promoción y Prevención de Enfermedades Transmisibles del Ministerio de Salud, se definen los lineamientos para la gestión y administración del programa de vacunación a nivel departamental, distrital, municipal, en las IPS y demás profesionales de la salud que ofertan el servicio de vacunación relacionado con el control de las enfermedades inmunoprevenibles.

En ese documento se establece que los distritos deben asumir las acciones descritas para el nivel municipal y departamental, según sea su competencia, específicamente, en el Distrito Capital de Bogotá, se precisa que tales acciones deben ser coordinadas y ejecutadas por la Secretaría Distrital de Salud, la cual es la encargada de desarrollar las jornadas de vacunación definidas por el Ministerio de Salud.

Asimismo, se establece que tanto la Secretaría Distrital de Salud, como las Instituciones Prestadoras de Salud -IPS-, deben ofertar el servicio de vacunación de manera gratuita para todos los usuarios dentro del territorio de su jurisdicción, con base en las siguientes normas: artículo 154 de la Ley 100 de 1993, artículo 4 del Decreto 806 de 1998 el cual define el Plan de Atención Básica -PAB-, y la Resolución 412 de 2000, por la cual se adoptan las normas técnicas y guías de atención para el desarrollo de las acciones de protección específica y detección temprana y la atención de enfermedades de interés en salud pública.

³ El Programa Ampliado de Inmunizaciones (PAI) es una acción conjunta de las naciones del mundo y de organismos internacionales interesados en apoyar acciones tendientes a lograr coberturas universales de vacunación, con el fin de disminuir las tasas de mortalidad y morbilidad en la población menor de 5 años, causadas por las enfermedades inmunoprevenibles y con un fuerte compromiso de erradicar, eliminar y controlar las mismas. En el país existe desde 1974. En [www.minsalud.gov.co/salud/Paginas/ProgramaAmpliadodelInmunizaciones\(PAI\).aspx](http://www.minsalud.gov.co/salud/Paginas/ProgramaAmpliadodelInmunizaciones(PAI).aspx). página web consultada el 6 de marzo de 2018, a las 2:15 p.m.

Por su parte, el artículo 174 de la Ley 100 de 1993 estipula que el Sistema de Salud integra, en todos los niveles territoriales, las instituciones de dirección, las entidades de promoción y prestación de servicios de salud, así como el conjunto de acciones de salud y control de los factores de riesgo en su respectiva jurisdicción y ámbito de competencia.

A su turno, el PAI define los lineamientos para la gestión y administración del programa de vacunación en el nivel departamental, distrital, municipal y en las IPS; asimismo, se establecen las siguientes obligaciones a cargo de los Distritos - Secretaría de Salud de Bogotá- y de las Instituciones Prestadoras de Salud:

Adoptar y adaptar los lineamientos de las jornadas nacionales de vacunación del programa permanente en las fechas definidas por el MSPS.

Dar cumplimiento al Plan de la erradicación de la poliomielitis fase final 2013-2018.

Dar cumplimiento a los lineamientos técnicos y operativos de las nuevas vacunas incluidas en el esquema nacional.

Incrementar la vacunación en la población objeto del Programa Ampliado de Inmunizaciones en todo el territorio nacional, con el objeto de disminuir las brechas existentes.

Dar cumplimiento al Plan de sincronización global (Switch), cambio de la vacuna trivalente oral-VOPT a vacuna bivalente oral-VOPB.

Elaborar un plan de acción para cada una de las jornadas nacionales de vacunación, establecidas por el MSPS o de intensificación regional (enero, abril, agosto y octubre).

Realizar estudio de costos de la prestación del servicio de vacunación, por georeferenciación.

Realizar orientación, seguimiento, monitoreo y evaluación, en el cumplimiento de los lineamientos del MSPS en cuanto a la ejecución de las siguientes estrategias y actividades en vacunación.

Coordinar y desarrollar las jornadas de vacunación definidas por el MSPS, garantizando la intensificación de las acciones durante el mes programado y la instalación de puntos de vacunación en los sectores con viviendas de subsidio pleno.

Así las cosas, dado que el daño en el presente caso se originó por la aplicación de la vacuna anti poliomielitis a la referida menor en el Centro de Salud UBA Porvenir de Bosa, perteneciente al Hospital Pablo VI de Bosa E.S.E., en ejecución de una política pública de vacunación, coordinada y desarrollada por

la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, concluye la Sala que ambas entidades están llamadas a responder patrimonial y solidariamente por el referido hecho dañoso alegado en la demanda, en los términos del artículo 90 de la Constitución Política.

4. Análisis de la Sala

4.1. Problema jurídico

Previa acreditación de la existencia del daño, la Sala examinará si en el presente asunto se configuraron los elementos para declarar la responsabilidad de la Administración por la aplicación de la vacuna contra la poliomielitis a la menor Lilian Carola Moreno Robledo, la cual le produjo graves consecuencias a su salud.

4.2. El daño antijurídico

En relación con el daño que originó la presente acción, esto es, el contagio con el virus de la poliomielitis a la menor Lilian Carola Ramos Moreno, luego de que el 15 de julio de 2002 se le aplicara una vacuna contra dicho virus, en el Centro de Salud UBA Porvenir de la localidad de Bosa en Bogotá, al proceso se aportó el dictamen pericial practicado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Bogotá, en el cual se concluyó lo siguiente:

Con los elementos aportados por la historia clínica y la bibliografía consultada podemos establecer que la menor Lilian Carola, presentó una meningo encefalitis viral postvacunal con Sabin 3, la que generó una parálisis flácida, cuadro clínico descrito en la literatura médica como una complicación inherente a la vacunación, especialmente con la primer dosis.

Se allegó también el acta de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá practicada el 11 de diciembre de 2008 a la menor Lilian Carola Moreno Robledo, en la cual se consignó la siguiente información:

Fecha de nacimiento: 29/04/2002. Edad: 6.70 años.

Diagnósticos motivo de calificación: Secuelas de poliomielitis.

Exámenes o diagnóstico e interconsultas pertinentes para calificar.

RMN: Dentro de los límites normales para la edad. 06/08/2002.

Certificación HOIM: 27-11-02 Valoración neurológica IDX: Parálisis flácida secundaria polio postvacunal SABIN 3. 23/01/2003.

Valoración. INMLCF. La menor Lilian Carola presentó meningo encefalitis viral post vacunal con SABIN 3, que generó parálisis flácida, cuadro descrito como complicación inherente a la vacunación. 30/11/2005.

Descripción de deficiencias: Secuelas Polio (homologado)

Total deficiencia: 40,00.

Total Discapacidad: 9,40.

Total Minusvalía: 17,00.

Total incapacidad: 66,40. (fls. 113 a 117 C. 2).

Posteriormente, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, mediante oficio dirigido al Tribunal Contencioso de Cundinamarca el 30 de septiembre de 2009, manifestó lo siguiente:

- Lo que se le determinó a la niña Lilian Carola fueron unas secuelas de Polio, además presentó meningo encefalitis viral post vacunal con SABIN 3, que generó parálisis flácida, cuadro descrito como complicación inherente a la vacunación.

- La calificación de su pérdida funcional de la patología padecida por la calificada es de 66,44% de origen común con fecha de estructuración el 15 de julio de 2002.

- Las secuelas encontradas por la deficiencia padecidas son de carácter definitivas, es decir, sin recuperación (fl. 118 C. 2.).

De acuerdo con los referidos elementos de prueba, forzoso resulta concluir acerca de la existencia del daño en el presente asunto, esto es, la contaminación con el virus de la poliomielitis a la menor Lilian Carola Moreno Robledo luego de que se le aplicara dicha vacuna, lo cual le produjo una incapacidad médico laboral definitiva equivalente al 66.40%.

4.3. La imputación

Establecida la existencia del daño, aborda la Sala el análisis de su imputación con el fin de determinar si en el caso concreto el mismo puede ser atribuido a la Administración Pública demandada y, por tanto, si esta se encuentra, o no, en el deber jurídico de resarcir los perjuicios causados a los demandantes.

En primer término, se tiene probado que la menor Lilia Carola Moreno Robledo nació el 29 de abril de 2002 en el Hospital de Suba de Bogotá. En la epicrisis de la atención de parto brindada a la señora Juliana María Moreno Robledo en esa institución, se dejó constancia de lo siguiente:

Trabajo de parto vaginal a las 7:28 a.m. Alumbramiento completo. Se obtiene recién nacido de sexo femenino, evolución favorable.

Condiciones generales de salida: signos vitales estables. Atención posterior por consulta externa (fl. 15 C. 2).

Se observa, de conformidad con el registro individual de atención en vacunación de la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, que el 15 de julio de 2002, es decir, cuando contaba con dos meses y 16 días de nacida, a la menor Lilian Carola Moreno Robledo le fue suministrada la primera dosis de la vacuna anti poliomielitis (fls. 79 a 88 C. 1).

Posteriormente, el 1 de agosto de 2002, la referida menor fue llevada por su madre al Hospital Occidente de Kennedy, por presentar los siguientes síntomas: *“cuadro clínico de 3 días de evolución caracterizado por fiebre no cuantificada, deposición diarreica y parálisis de miembros inferiores que progresa a cuadriplejia”*.

Luego de tres días de hospitalización en esa institución médica y ante un deterioro de su cuadro clínico, la menor fue remitida el 3 de agosto siguiente, al hospital La Misericordia de Bogotá. En la epicrisis de atención brindada en ese último hospital se indicó lo siguiente:

Fecha de ingreso: agosto 3 de 2002.

Fecha de egreso: agosto 23 de 2002.

Días de permanencia: 20 días.

Diagnóstico de ingreso: 1. Meningoencefalitis aguda viral?; 2. Síndrome de sepsis?; 3. Enfermedad metabólica?.

Diagnóstico de Egreso: 1. Parálisis flácida aguda; 2. Infección por enterovirus; 3. Disautomía.

Resumen de la historia clínica - Motivo de consulta y enfermedad actual: paciente remitida del hospital de Kennedy por cuadro de 6 días de evolución con fiebre no cuantificada asociada a rinorrea, sin tos y posteriormente disminución de llanto y movimiento; consultó a médicos que consideraron cuadro de infección respiratoria alta y decidieron iniciar manejo con cefalexina.

Por notar deterioro de conciencia la mamá acude al hospital de Kennedy donde toman punción lumbar y la remiten a esta institución con diagnóstico de encefalitis.

Evolución: Se considera cuadro de encefalitis viral y se decide iniciar manejo con Aciclovir. (...). Paciente persiste con hipotonía generalizada de predominio derecho, pero se encuentra mejor relacionada con el medio, ha recuperado sostén cefálico y mejora algo de movilidad en hemicuerpo izquierdo y mano derecha.

Por permanecer clínicamente estable el 23 de agosto se decide dar salida, continúa manejo ambulatorio por rehabilitación infantil, control por neuropediatría al mes, al segundo y tercer evento, se estará pendiente de reportes de cultivos en LCR y materia fecal para enterovirus (fls. 33 a 36 C. 2).

El 21 de octubre de 2002, en el resultado del examen de laboratorio clínico realizado por el Instituto Nacional de Salud de Bogotá, se concluyó la presencia del virus de la poliomielitis en la menor Lilian Moreno Robledo, así:

Muestra recibida: materia fecal.

Examen: Aislamiento e identificación de Polio/Enterovirus.

Resultados: Muestra No. 33171: SABIN 3. (fl. 39 C. 2).

De otra parte, en el dictamen pericial practicado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Bogotá el 30 de noviembre de 2005 (fls. 66 a 81 C. 2), se consignó la información que a continuación se transcribe:

Descripción:

Es una vacuna preparada con tres cepas de virus atenuados que tiene la capacidad de provocar una respuesta inmunitaria en el intestino donde se produce principalmente la multiplicación del virus salvaje de poliomielitis simulando el proceso natural de la infección.

(...)

Esquema de vacunación:

Recién nacido: 2, 4, 6 meses y 18 meses y refuerzo a los 5 años.

La única reacción adversa bien documentada es la aparición de polio paralítico asociada a la vacunación. El riesgo aproximado es de 1 caso X 2,4 mill. de dosis, pero los casos asociados a la primera dosis son de 1X760.000 dosis incluyendo quien recibe la vacuna y sus contactos.

El riesgo para quien recibe la primera dosis se estima en 1X1.5 Mill. de dosis y de 1 X2,2 millones de dosis en contactos.

En dosis subsecuentes el riesgo disminuye en forma importante, tanto para quien recibe la vacuna como para sus contactos.

Para personas con algún tipo de inmunodeficiencia el riesgo aumenta entre 3.200 y 6.000 veces en comparación con pacientes normales.

(...).

Hay dos tipos de vacunas de la poliomielitis:

Vacuna SALK (vacuna de la polio inactiva VPI), consiste en la inyección del virus de la polio muerto (inactivado).

Vacuna SABIN (vacuna de la polio oral VPO), de desarrollo más reciente, es la vacuna que más se utiliza hoy en día. Esta vacuna contiene el virus de la polio debilitado. Su presentación es en forma líquida y se administra por vía oral. La forma trivalente (TOPV), es la más efectiva contra todas las formas conocidas de la polio.

(...).

Beneficios:

El 90% de las personas vacunadas con cualquiera de las dos formas de vacunas son inmunes a la polio. La vacuna SABIN puede administrarse sin riesgo a niños. Por regla general (al igual que el resto de medicamentos), no se recomienda a mujeres embarazadas; sin embargo, una mujer embarazada que necesite protección inmediata contra polio puede recibir la SABIN oral, ya que no se han descrito problemas para la mujer o el feto.

Riesgos:

La polio puede desarrollarse en la persona incluso estando inmunizada. Esto es muy raro (se da en una proporción aproximada de entre 1 y 7.8 millones).

Contraindicaciones:

En personas inmunosuprimidas, la vacuna SALK se prefiere a la SABIN (enfermos de SIDA, cáncer, leucemia, o linfoma, pacientes bajo tratamiento con radioterapia, quimioterapia, corticosteroides, tales como prednisolona u otras). Las personas inmunosuprimidas deben, asimismo, evitar el contacto con personas que hayan recibido la vacuna SABIN hasta dos semanas después de la vacunación (porque el virus vivo en la vacuna oral puede transmitirse desde la persona vacunada).

Concepto médico:

En atención a lo solicitado en el oficio de la referencia y luego de la revisión de los documentos aportados y la bibliografía consultada podemos decir: se trata

de una menor de tres años y 7 meses de edad a la fecha, que el día 15 de julio de 2002, cuando contaba con 2 meses 16 días de nacimiento recibió la primer dosis de vacuna para la poliomielitis, según esquema obligatorio, el día 1 de agosto de 2002 consultó al hospital de Kennedy por cuadro de 3 días de evolución presentando deposiciones diarreicas con fiebre no cuantificada y parálisis flácida de miembros inferiores que progresó a cuadriplejía, estuvo hospitalizada por 6 días en esa institución y luego fue remitida al hospital La Misericordia donde se diagnosticó meningio cerebral viral. Mejorando paulatinamente su cuadro agudo. Se le practicaron exámenes de laboratorio que confirmaron la presencia en el estudio de materia fecal de SABIN 3 y es negativo para líquido céfalo raquídeo.

Se puede conceptuar que el cuadro que presentó la menor en dicha fecha es compatible con una poli post vacunal, enfermedad que se encuentra descrita entre las complicaciones propias de la vacuna. El riesgo aproximado es de 1 caso por cada 2.4 millones de dosis, pero los casos asociados a primera dosis son 1 por cada 760.000 dosis, incluyendo quien recibe la vacuna y sus contactos.

Por lo anteriormente citado y dado que la vacunación con vacuna antipoliomielitis SABIN es de obligatorio cumplimiento, se considera que al vacunar a la menor era previsible, pero no evitable la presencia de esta rara complicación.

Complicación que significa que el daño es inconstante, puede ser previsible, algunas veces es evitable, el nexo de causalidad es indirecto usualmente, el tiempo de aparición es variable, se presenta dentro de una buena practica profesional.

Conclusión:

Con los elementos aportados por la historia clínica y la bibliografía consultada podemos establecer que la menor Lilian Carola presentó una meningo encefalitis viral postvacunal con Sabin 3, la que generó una parálisis flácida, cuadro clínico descrito en la literatura médica como una complicación inherente a la vacunación, especialmente con la primer dosis (negrillas adicionales - fls. 66 a 74 C. 2).

De otra parte, en relación con la calidad, conservación y transporte de las vacunas que se entregaban a los centros de salud de Bogotá para la época de los hechos, la Directora de Salud Pública de Bogotá, a través de oficio del 30 de agosto de 2005, respondió el siguiente cuestionario, así:

1. *El lote de Vacuna No. 8705 contra el polio fue entregado al hospital Pablo VI de Bosa E.S.E. en el mes de julio de 2002 y en qué condiciones se encontraba al momento de la entrega al hospital.*

R/. Efectivamente las vacunas fueron entregadas al Hospital Pablo VI de Bosa de acuerdo con la relación presentada a continuación. (...)

2. *El lote de vacunas No. 8705 referido se encontraba con fecha de vencimiento vigente.*

R/. La vacuna entregada se encontraba en las condiciones de almacenamiento exigidas por el programa y con fechas de caducidad vigentes tal y como se relaciona en el cuadro anterior.

3. *Si la vacuna contra el polio en Colombia se aplica oral o parental.*

R/. Actualmente en Colombia la vacuna contra el polio que se aplica en el esquema nacional de vacunación es oral aunque existe en el mercado la vacuna parental. (...).

4. *Se han reportado casos de Polio como consecuencia de la vacuna aplicada en UBA Porvenir en el mes de julio de 2002 con el lote 8705.*

R/. Efectivamente el caso fue reportado oportunamente al área de vigilancia especial en salud de la Secretaría de Salud, y frente al caso se realizaron las investigaciones epidemiológicas de campo y las acciones correspondientes de acuerdo con los protocolos de vigilancia en salud pública derivados del Decreto 1562 de 1984, reglamentario de la Ley 9 de 1979. (fls. 40 a 43 C. 2.).

En el mismo sentido, obran en el proceso obran los testimonios rendidos ante el Tribunal de primera instancia por las señoras Ana Elizabeth Riaño Mayorga y Esperanza Suárez Pico (fls. 47 a 53 C. 2), quienes eran enfermeras adscritas al Centro de Salud UBA Porvenir de Bosa, y estaban encargadas para la época de los hechos de transportar y aplicar las vacunas a los menores de edad. En sus declaraciones coincidieron en señalar que las vacunas eran transportadas y almacenadas siguiendo la cadena de frío, es decir, que en todo momento se transportaban en cajas térmicas y así eran entregadas a los centros de salud, los cuales también almacenaban dichas vacunas en neveras especiales, conservando la temperatura reglamentaria entre 2 y 8 grados centígrados, para asegurar que la vacuna siguiera activa.

Asimismo, señalaron tales deponentes que la consecuencia de no conservar las vacunas bajo esa temperatura era sencillamente que perdían su poder inmunizador, es decir, que se inactivaban. Finalmente, indicaron que no tuvieron conocimiento alguno de que se hubiera presentado otro caso relacionado con el contagio del virus de la poliomiélitis, diferente al de la menor Lilian Carola Moreno Robledo (fls. 47 a 53 C. 2).

4.4. Vacunación obligatoria en la primera infancia y prohibición de solicitar el consentimiento informado a los padres del menor

La Constitución Política en su artículo 44 enuncia los derechos fundamentales de los niños y las niñas y establece que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de programar políticas públicas para garantizarles su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos; asimismo, la Carta Política establece que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

Por su parte, la Corte Constitucional⁴ ha precisado que en atención al interés superior de los niños, niñas y adolescentes, existe una responsabilidad solidaria, conjunta y simultánea en cabeza de la familia, la sociedad y el Estado en cumplimiento de sus obligaciones básicas con los menores de edad, así como la responsabilidad de generar políticas públicas que garanticen y promuevan los derechos de la niñez y la adolescencia, y la prevención de enfermedades u otras amenazas y vulneraciones⁵.

En tal sentido, el artículo 27 de la Ley 1098 de 2006 -Código de la Infancia y Adolescencia-⁶, en concordancia con lo desarrollado por la Corte Constitucional, dispuso que *“[t]odos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la salud integral. La salud es un estado de bienestar físico, psíquico y fisiológico y no solo la ausencia de enfermedad. Ningún Hospital, Clínica, Centro de Salud y demás entidades dedicadas a la prestación del servicio de salud, sean públicas o privadas, podrán abstenerse de atender a un niño, niña que requiera atención en salud”*⁷.

Acorde con la anterior disposición, el artículo 29 de esa normativa prevé que son derechos primordiales de la primera infancia (menores de 0 a 6 años), el esquema completo de vacunación, la atención en salud, la nutrición, y la protección contra los peligros físicos; el artículo 39 establece la obligación de la familia de incluir a los niños, las niñas y los adolescentes en el sistema de salud y de seguridad social desde momento de su nacimiento y llevarlos en forma oportuna a los controles periódicos de salud, a la vacunación y demás servicios médicos.

⁴ Corte Constitucional Sentencia T - 408 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y sentencias T-503 de 2003 y T-397 de 2004. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁵ De acuerdo con la Ley 100 de 1993, corresponde al Estado especificar las acciones prioritarias del PAI dentro del Plan de Atención Básica (PAB) y dentro del Plan Obligatorio de Salud (POS).

⁶ Ley 1098 *“Por la cual se expide el Código de Infancia y adolescencia”*.

⁷ Es preciso resaltar que las normas sobre los niños, contenidas en la Ley 1098 de 2006, son de orden público, de carácter irrenunciable y los principios y reglas en ellas consagrados se deben aplicar de preferencia a las disposiciones contenidas en otras leyes (Artículo 5).

A su turno, el artículo 46 de la ley contempla la obligación especial del sistema de seguridad social en salud para asegurar el derecho a la salud de los niños, de diseñar y desarrollar programas de prevención en salud, en especial de vacunación, complementación alimentaria y suplementación nutricional.

Por su parte, el artículo 41 de la referida ley, establece la obligatoriedad de la vacunación en la primera infancia, así:

Artículo 41. El Estado en cumplimiento de sus funciones en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal deberá:

(...).

*11. Garantizar y proteger la cobertura y calidad de la atención a las mujeres gestantes y durante el parto; de manera integral durante los primeros cinco (5) años de vida del niño, mediante servicios y programas de atención gratuita de calidad, **incluida la vacunación obligatoria contra toda enfermedad prevenible, con agencia de responsabilidad familiar** (negrillas adicionales).*

De acuerdo con el PAI, el esquema de vacunación obligatorio en Colombia garantiza la protección contra once enfermedades para los menores de cinco años: tuberculosis, polio, difteria, tétanos, tosferina, meningitis por *haemophilus influenzae* tipo B, hepatitis B, sarampión, paperas, rubéola y fiebre amarilla⁸.

Ahora bien, respecto del consentimiento informado y la vacunación obligatoria, la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa en desarrollo de los artículos 1 y 15 de la Ley 23 de 1981 o Código de Ética Médica⁹, han señalado que, en virtud del principio de autonomía individual, todo paciente debe prestar su consentimiento para adelantar cualquier procedimiento médico, hospitalario y quirúrgico que requiera el tratamiento de un estado patológico.

Es tan relevante la existencia de tal consentimiento, que en el ordenamiento internacional se ha establecido como un derecho fundamental autónomo,

⁸ . En [www.minsalud.gov.co/salud/Paginas/ProgramaAmpliadodeInmunizaciones\(PAI\).aspx](http://www.minsalud.gov.co/salud/Paginas/ProgramaAmpliadodeInmunizaciones(PAI).aspx). página web consultada el 20 de marzo de 2018, a las 8:15 a.m.

⁹ A cuyo tenor: “(...) el médico debe considerar y estudiar al paciente, como persona que es, en relación con su entorno, con el fin de diagnosticar la enfermedad y sus características individuales y ambientales, y adoptar las medidas curativas y de rehabilitación correspondientes (...). de este modo el médico (...) pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o psíquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente”.

efectivamente, en el artículo 5 del Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Derechos del Hombre y la Biomedicina de 4 de abril de 1997, se estableció:

Artículo 5 Consentimiento. Regla General. Una intervención en el ámbito de la sanidad solo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e inequívoco consentimiento.// Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias. // En cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento.

Ahora bien, en el caso de los niños, niñas y adolescentes, la Corte Constitucional ha señalado que, por regla general, son sus padres o sus representantes legales los que deben prestar la autorización para la realización de cualquier procedimiento o tratamiento médico, lo que se ha denominado como consentimiento sustituto¹⁰. No obstante lo anterior, este consentimiento no se traduce en un poder absoluto, sino que, por el contrario, debe tenerse en consideración la opinión de los menores de 18 años, y bajo ciertas circunstancias, solo será válido el consentimiento emanado de los infantes.

No obstante lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha precisado que la protección prevalente de los derechos de los niños, niñas y adolescentes es una razón válida para restringir el derecho del paciente menor de edad o de su representante legal a objetar la realización de un procedimiento médico. En razón a ello, la Corte ha señalado que ciertas determinaciones de los padres o los tutores no son constitucionalmente legítimas, por ejemplo, cuando se pone en peligro la integridad y vida de los niños, niñas y adolescentes frente a las creencias religiosas o de cualquier otra índole.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha precisado que *“las creencias religiosas de la persona no pueden conducir al absurdo de pensar que, con fundamento en ellas, se pueda disponer de la vida de otra persona, o de someter a grave riesgo de salud, y su integridad física, máxime, como ya se dijo, cuando se trata de un menor de edad, cuya indefensión hace que el Estado le otorgue una especial protección, de conformidad con el artículo 13 Superior”*¹¹.

¹⁰ Corte Constitucional, sentencias T-503 de 2003 y T-397 de 2004. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹¹ Sentencia T-411 de 1994. Los hechos que dieron origen a ese caso se fundamentan, básicamente, en la tutela interpuesta por el médico tratante de una menor de edad en contra de los

Los padres, como primeros responsables de los niños, niñas y adolescentes, deben velar porque a sus hijos no se les vulnere, amenace e inobserve derecho alguno, así las cosas, dentro del ordenamiento jurídico colombiano, el derecho a la salud, es catalogado como un derecho fundamental y que los niños, niñas y adolescentes no cuenten con las vacunas requeridas para la edad, se considera como una trasgresión a dicho derecho¹².

Cabe resaltar en este punto que, ni en la legislación interna, ni en los instrumentos internacionales ratificados por Colombia existe excepción alguna, que permita a los padres abstenerse de cumplir la obligación de proteger la salud y garantizar la aplicación del sistema de vacunación a sus hijos en la primera infancia; por el contrario, según la Corte Constitucional *“la fundamentalidad del derecho a la salud de la niñez implica que los servicios de salud que deben brindarse son tanto aquéllos incluidos en los planes obligatorios de salud del régimen contributivo y del régimen subsidiado y en planes adicionales como aquéllas prestaciones contempladas en diferentes instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos (...)”*¹³.

En el Programa Ampliado de Inmunizaciones -PAI-, para departamentos, municipios, EPS e IPS, se estableció como *“acciones de estricto cumplimiento y responsabilidad en el programa ampliado de inmunizaciones, dentro del plan decenal de salud pública (...), no exigir consentimiento informado para la actividad de vacunar. Se aplica concepto internacional de la Organización Panamericana de la Salud-OPS”*¹⁴ (subrayas de la Sala).

padres, con el fin de que se le amparara el derecho a la vida. La madre había llevado a su consultorio a la niña, a quien le diagnosticó bronconeumonía, desnutrición y deshidratación, razón por la cual el médico advirtió que debía ser hospitalizada inmediatamente. No obstante, no obtuvo su autorización de sus padres por cuanto su culto religioso se lo impedía. El Tribunal constitucional consideró que no podía excluirse de la protección del Estado y de la sociedad a los niños, niñas o adolescentes, so pretexto de respetar las creencias religiosas de sus padres.

¹² *Ibidem*.

¹³ Corte Constitucional, sentencia T-973 de 24 de noviembre de 2006, M.P Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁴ El Programa Ampliado de Inmunizaciones (PAI) es una acción conjunta de las naciones del mundo y de organismos internacionales interesados en apoyar acciones tendientes a lograr coberturas universales de vacunación, con el fin de disminuir las tasas de mortalidad y morbilidad causadas por las enfermedades inmunoprevenibles y con un fuerte compromiso de erradicar, eliminar y controlar las mismas. En [www.minsalud.gov.co/salud/Paginas/ProgramaAmpliadodelInmunizaciones\(PAI\).aspx](http://www.minsalud.gov.co/salud/Paginas/ProgramaAmpliadodelInmunizaciones(PAI).aspx). página web consultada el 6 de marzo de 2018, a las 2:15 p.m.

Caso distinto ocurre con la aplicación de vacunas para prevenir el virus del papiloma humano -VPH-, así como de otros tratamientos, medicamentos o vacunas en casos de adolescentes y mayores de edad, casos en los cuales, la Corte Constitucional ha precisado que para la aplicación a sus destinatarios, se debe contar con el consentimiento expreso. Sobre el particular la Corte ha señalado lo siguiente:

Si uno de los contenidos protegidos por el principio de la dignidad humana es la autonomía, entendida como la “posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera)”, que corresponde a su vez con el ámbito protegido por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, resulta lógico que, en lo que toca con los procedimientos médicos, incluso preventivos, el paciente tenga la facultad de asumirlos o declinarlos, de acuerdo con ese modelo de vida que ha construido por conducto de sus propias convicciones. Específicamente, ha determinado esta Corporación que “del principio general de libertad emana el derecho específico de la autonomía del paciente que le permite tomar decisiones relativas a su salud”.

En conclusión, toda actuación destinada a instrumentalizar a la persona, impidiéndole que pueda tomar las decisiones que estime convenientes sobre su propio cuerpo, se muestra abiertamente desproporcionada y contraria a los principios que informan el Texto Superior, motivo por el cual, la vacuna contra el Virus del Papiloma Humano no puede ser considerada obligatoria para las mujeres colombianas destinatarias¹⁵.

Con fundamento en todo lo anterior, concluye la Sala que el plan de vacunación en la primera infancia para niños y niñas, es de obligatorio cumplimiento, tanto para el Estado como para los padres del menor, motivo por el cual, en ese tipo de casos, no se requiere el consentimiento informado de los padres del menor.

4.5. Conclusiones probatorias y caso concreto

A partir de las pruebas relacionadas anteriormente, puede inferirse que el contagio con el virus de la poliomielitis a la menor Lilian Carola Moreno Robledo, se produjo por la aplicación de esa vacuna, el 15 de julio de 2002, en el Centro de Salud UBA Porvenir, perteneciente al Hospital Pablo VI de Bosa E.S.E., virus que le causó cuadriplejía y una incapacidad médico legal definitiva equivalente al 66,40%.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia T-365-17, M.P. Alberto Rojas Ríos.

Según los referidos medios de prueba, se tiene que el contagio con el virus de la poliomielitis y la consiguiente afectación a la salud de la menor, es una de las complicaciones inherentes a dicha vacuna "SABIN 3", a pesar de que el riesgo es muy bajo, el cual equivale a un caso por cada 2.4 millones de dosis.

Asimismo, según el dictamen pericial obrante en el proceso se estableció que a pesar de que ese riesgo pudo ser previsible, lo cierto es que resultaba prácticamente imposible de evitar, máxime cuando se trata de la primer dosis de la vacuna, como ocurrió en el presente caso.

Ciertamente, para el caso *sub examine*, de acuerdo con lo manifestado por la Directora de la Secretaria de Salud de Bogotá y con los testimonios de las enfermeras adscritas al Centro de Salud UBA Porvenir, Ana Elizabeth Riaño Mayorga y Esperanza Suárez Pico, para la época de los hechos, las vacunas eran transportadas, conservadas y almacenadas con la cadena de frío exigida por la normativa vigente. Además, no obra en el proceso prueba alguna que dé cuenta de que hubo una incorrecta manipulación de las vacunas o alguna otra falla del servicio relacionada con la manipulación y aplicación de la referida vacuna, y que esas hubieran sido las causas del contagio con el virus de la poliomielitis a la referida menor.

De otra parte, cabe precisar que no se allegó prueba alguna al proceso respecto de que la menor hubiera sido una persona inmunosuprimida y que, por ello, hubiera sido necesario la práctica de exámenes especiales para establecer dicha condición, tampoco se aportó algún protocolo médico adicional donde se hiciera la exigencia de la práctica de exámenes especiales para determinar esa condición de inmunodeficiencia a las personas por vacunar.

En conclusión, para el caso *sub examine*, advierte la Sala que el material probatorio relacionado anteriormente no acredita la responsabilidad deprecada a título de falla en el servicio, comoquiera que, para ello, debe contarse con los elementos de prueba mínimos que permitan entender que el hospital demandado incurrió en algún tipo de irregularidad en el almacenamiento, transporte y manipulación de las vacunas, o que se hubiere omitido la práctica de exámenes especiales para establecer condiciones de inmunodeficiencia a los menores por vacunar, aspectos estos que, se reitera, en el presente caso no fueron demostrados.

Así las cosas, a pesar de la dificultad de encuadrar la responsabilidad bajo el título de falla del servicio, la Sala con fundamento en el principio *iura novit curia*¹⁶, analizará el presente asunto bajo el régimen de responsabilidad objetivo.

En efecto, tratándose de supuestos en los cuales se discute la declaratoria de responsabilidad estatal con ocasión actividades médico-asistenciales, según jurisprudencia de esta Corporación, la responsabilidad patrimonial que se le atribuye al Estado bien puede ser analizada bajo el régimen de la falla probada del servicio, a lo cual se ha agregado que, en atención al carácter técnico de la actividad médica y a la dificultad probatoria que ello implica, el nexo de causalidad puede acreditarse por diversas vías, en especial mediante la utilización de indicios, que no en pocas ocasiones constituyen el único medio probatorio que permite establecer la presencia de la falla del servicio endilgada¹⁷.

De otra parte, esta Sala también ha considerado que, en el marco de las actividades médico-sanitarias, existen situaciones que pueden regirse por el esquema de la responsabilidad objetiva, dada la peligrosidad que revisten ciertos elementos y procedimientos médico quirúrgicos, sin que con ello se hubiere pretendido desconocer que la responsabilidad médico-hospitalaria se encuentra asentada sobre la base de un criterio subjetivo, por lo que mal haría la jurisprudencia contencioso administrativa en tildar a la medicina como una actividad riesgosa.

En ese sentido, se debe precisar que si bien es cierto que la actividad médica hospitalaria -como resulta natural- implica riesgos inherentes a su ejercicio (vgr. intervenciones quirúrgicas o exámenes clínicos invasivos, entre otros), los cuales dependen en gran medida de la complejidad de la afectación de la salud del

¹⁶ En virtud del cual, cuando el demandante alega determinado régimen de imputación de responsabilidad -subjetivo u objetivo-, y el juzgador encuentra que es otro el que se ajusta a los hechos narrados en el libelo introductorio, puede, si así lo considera necesario, apartarse de aquél y aplicar el que considere correcto. Consejo de Estado. Sección Tercera, sentencia de 27 de enero de 2000, Exp. 10.867. M.P. Alíer Hernández Enríquez, reiterada entre otras, en sentencia del 22 de octubre de 2015, Exp. 33.977, M.P. Hernán Andrade Rincón.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 20 de febrero de 2008, M.P. Ramiro Saavedra Becerra, exp 15.563. "(...) la Sala ha recogido las reglas jurisprudenciales anteriores, es decir, las de presunción de falla médica, o de la distribución de las cargas probatorias de acuerdo con el juicio sobre la mejor posibilidad de su aporte, para acoger la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, para lo cual se puede echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño".

paciente, también es cierto que para evaluar la responsabilidad de las instituciones prestadoras de salud, la jurisprudencia de esta Sección del Consejo de Estado ha precisado que su análisis debe realizarse a partir de la verificación, en cada caso concreto, del cumplimiento de los reglamentos y protocolos a los que se encuentre sometido cada procedimiento.

No obstante lo anterior, esta Corporación también ha considerado¹⁸, a modo de excepción, que dentro del ejercicio de la actividad médica existen varios escenarios en los cuales resulta posible predicar la existencia de un régimen objetivo de responsabilidad. En efecto, en relación con algunos eventos susceptibles de ser estudiados bajo el régimen objetivo de responsabilidad, se ha precisado que éstos pueden ser:

i) Aquellos eventos que implican la manipulación de cosas peligrosas, o que el procedimiento o el tratamiento empleado entrañe peligro, pero siempre y cuando la herramienta riesgosa cause el daño de manera directa o por ella misma, pues si la lesión es producto de una ejecución irregular del acto médico, aunque medie un instrumento que represente peligro o riesgo, el caso específico estará regido por la responsabilidad subjetiva o de falla en el servicio.

ii) Cuando un medicamento, tratamiento o procedimiento que implique o conlleve un progreso en la ciencia y, por lo tanto, se considere novedoso, se desconozcan las consecuencias o secuelas del mismo a largo plazo¹⁹;

iii) Cuando en el acto médico se empleen químicos o sustancias peligrosas (v.gr. eventos de medicina nuclear);

iv) En supuestos de vacunas, porque se asume de manera implícita su eventual peligrosidad y reacciones adversas en los diferentes organismos y²⁰;

v) Cuando el daño sea producto de una infección nosocomial o intrahospitalaria²¹.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia proferida el 27 de junio de 2012, exp. 21.661 M.P. Mauricio Fajardo Gómez. En similar sentido consultar también: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 24 de marzo de 2011, exp. 20.836, C.P. Enrique Gil Botero.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 25 de enero de 2017, exp. 36.816, M.P. Hernán Andrade Rincón. En aquella oportunidad se declaró la responsabilidad de una institución hospitalaria por la quemadura a un paciente con un bisturí eléctrico.

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencias proferidas el 28 de septiembre de 2012, exp. 22.424 y el 30 de abril de 2014, exp. 29.566, ambas con ponencia de la Consejera Stella Conto Díaz del Castillo.

Los eventos antes señalados han sido decididos por esta Sección del Consejo de Estado por un régimen de responsabilidad objetivo²² y, en consecuencia, se ha precisado que no resulta relevante determinar si el comportamiento de la entidad fue diligente o cuidadoso, por cuanto es el riesgo asociado con el ejercicio de dichas actividades lo que produce en el plano fáctico o causal el daño antijurídico por el que se demanda. Sobre el particular, en sentencia del 19 de agosto de 2009 la Sala sostuvo lo siguiente²³:

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 circunstancias.

Tratándose de infecciones intrahospitalarias o nosocomiales²⁴, la Sección Tercera ha tenido la oportunidad de analizar tales casos bajo un régimen de responsabilidad objetivo²⁵. Sobre el particular, en sentencia del 11 de junio de 2014, precisó que,

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencias proferidas el 25 de junio de 2014, exp. 30.583 y el 11 de junio de esa misma anualidad, exp. 27.089, ambas con ponencia del Consejero Hernán Andrade Rincón.

²² A modo de ejemplo, en la sentencia de 19 de agosto de 2009, exp. 17.733, M.P. Enrique Gil Botero, la Sección Tercera de esta Corporación disertó de la siguiente forma: “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– 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”.

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de agosto de 2009, exp. 17.333, M.P. Enrique Gil Botero.

²⁴ Según la Organización Mundial de la Salud: “Es una infección contraída en el hospital por un paciente internado por una razón distinta de esa infección. Una infección que se presenta en un paciente internado en un hospital o en otro establecimiento de atención de salud en quien la infección no se había manifestado ni estaba en período de incubación en el momento del internado. Comprende las infecciones contraídas en el hospital, pero manifiestas después del alta hospitalaria y también las infecciones ocupacionales del personal del establecimiento”. En Organización Mundial de la Salud, Prevención de las infecciones nosocomiales, 2003, p. 2.

²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencias del 27 de junio de 2012, exp. 21.661 M.P. Mauricio Fajardo Gómez, y las proferidas el 11 y el 25 de junio de 2014, expedientes

Para que pueda declararse la responsabilidad patrimonial del Estado por las denominadas ‘infecciones nosocomiales’, 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 fuerza mayor o el hecho determinante y exclusivo de la víctima o de un tercero²⁶.

En ese mismo sentido, en casos derivados de la utilización de elementos riesgosos para la integridad del paciente, esta Subsección del Consejo de Estado con fundamento en la doctrina extranjera, ha precisado lo siguiente:

Es claro que la mera presencia de la cosa no transporta la responsabilidad al ámbito objetivo; menos aún cuando ésta se subsume dentro del acto del hombre, perdiendo trascendencia, adoptando un mero carácter instrumental. Cuando la cosa ha sido una extensión de la mano del hombre, como ocurre con el bisturí o la jeringa de la enfermera, o la anestesia del especialista, no desplaza al actuar humano.

(...) Cuando se utiliza un bisturí eléctrico por ejemplo, y éste produce una descarga dañosa para el enfermo, es notorio que la cosa ha excedido el actuar humano, interviniendo activamente en la relación causal, por lo que se tratará del supuesto de responsabilidad por riesgo contemplado en el artículo 1113²⁷.

En casos similares al que ocupa la atención de la Sala en la presente oportunidad, en la cual se discute la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños causados por la aplicación de vacunas, esta Sección del Consejo de Estado ha precisado que deben ser analizados bajo un régimen objetivo, dada la peligrosidad intrínseca que estas implican. Así por ejemplo, en sentencia del 28 de septiembre de 2012²⁸, la Subsección B de esta Sección del Consejo de Estado, razonó de la siguiente forma:

Sabido es que la ejecución del programa de vacunación obligatoria contra la Poliomielitis, D.P.T. (Difteria, Tosferina, Tétanos), y contra la Hepatitis B, corresponde a una política pública, dirigido a la inmunización de la población,

27.089 y 30.583. ver también Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de agosto de 2013, Exp. 30.283, M.P. Danilo Rojas Betancourt.

²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 11 de junio de 2014, exp. 27.089, M.P. Hernán Andrade Rincón.

²⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis “Responsabilidad Civil de los Médicos”, Ed. Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 424 y 428. En Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 25 de enero de 2017, Exp. 36.816, M.P. Hernán Andrade Rincón.

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia proferidas el 28 de septiembre de 2012, exp. 22.424, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

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.²⁹ 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.³⁰

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. (...)

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.

(...)

La Sala no duda entonces de la responsabilidad del Estado como quiera 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 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.

En más reciente oportunidad, la misma Subsección B, en otro caso de daños producidos por la aplicación de vacunas, precisó lo siguiente:

²⁹ Corte Constitucional T. 499/92. SU 039/98, SU 562/99, T 457/01.

³⁰ La responsabilidad administrativa. Traducción y estudio introductorio. Jesús María Carrillo Ballesteros. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. Abril de 2001.

Se ha aceptado que el mero fracaso e incluso el error en el procedimiento no tiene per se aptitud generadora de responsabilidad, sino que adicionalmente se requiere que la actuación médica sea de alguna manera defectuosa o deficiente.

Adicionalmente, recientemente, se ha puesto de manifiesto la posibilidad de una segunda causa de imputación del daño a la vida o la salud, no derivado del defecto o la negligencia o la actuación médica. En efecto, la reciente jurisprudencia en materia de responsabilidad por infecciones nosocomiales y vacunación obligatoria pone de presente supuestos en los que el riesgo asumido por los pacientes deviene desproporcionado. En estos casos, la antijuridicidad del daño deviene de su desproporcionalidad intrínseca, esto es, del desequilibrio de cargas que éste comporta. En estos casos, los principios de equidad y solidaridad, llevan a sostener que el damnificado no está obligado a soportar la carga que conlleva la realización del riesgo³¹.

De acuerdo con lo anterior, se tiene que en aquellos eventos de responsabilidad médica estatal susceptibles de ser analizados bajo el régimen objetivo de responsabilidad, el fundamento de la objetividad dimana de la peligrosidad que es inherente al riesgo y de los efectos dañinos que de él se desprenden.

Por tal razón, para que pueda declararse la responsabilidad patrimonial del Estado por la aplicación de vacunas, quien alega haber sufrido un perjuicio deberá acreditar el respectivo nexo de causalidad, esto es, demostrar que la infección que afectó a la víctima fue adquirida por la aplicación de dicha vacuna, sin que en tal evento resulte necesario que se pruebe que la entidad demandada actuó de manera indebida o negligente. Esta última, por su parte, podrá eximirse de responsabilidad única y exclusivamente probando que la infección ocurrió como consecuencia de una causa extraña, esto es, una fuerza mayor o por el hecho determinante y exclusivo de la víctima.

Así las cosas, para el presente caso, forzoso resulta concluir que la menor Lilian Carola Moreno Robledo sufrió las consecuencias en su salud derivadas de la infección con el virus de la poliomielitis, luego de que le fuera aplicada esa vacuna en el centro de atención UBA Porvenir, perteneciente al Hospital Pablo VI de Bosa en ejecución de una política pública de vacunación, coordinada y desarrollada por la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, razón por la cual, de conformidad con los elementos de convicción a los que se ha hecho referencia y atendiendo la jurisprudencia consolidada en la materia en punto a la responsabilidad objetiva por la aplicación de vacunas, resulta claro que el daño antijurídico por cuya indemnización se demandó le resulta imputable de forma solidaria a las entidades demandadas.

³¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 30 de abril de 2014, exp. 29.566, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

Reitera y resalta la Sala que, aun cuando no se acreditó irregularidad alguna o conducta negligente por parte del personal que almacenó, transportó y aplicó la vacuna a la menor Moreno Robledo, lo cierto es que ello no resulta suficiente para liberar a las entidades demandadas de responsabilidad en un caso como el presente, en el cual se analizan los hechos objeto del litigio -daños por la aplicación de vacunas potencialmente peligrosas-, bajo un régimen de responsabilidad objetivo de riesgo excepcional, habida cuenta de que -se reitera- fue la aplicación de la vacuna anti poliomielitis, en el centro de salud perteneciente al hospital demandado, en ejecución de una política pública de vacunación, coordinada y desarrollada por la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, la que le produjo el contagio con ese mismo virus a la menor, razón por la cual ese desenlace no puede resultar ajeno o externo a la prestación del servicio médico por parte de las entidades demandadas.

Ese mismo marco conceptual impone entender que es a las entidades demandadas a las cuales correspondía demostrar, en el caso concreto, mediante pruebas legales y regularmente traídas al proceso, la existencia de una causal de exoneración, como fuerza mayor o el hecho exclusivo y determinante de la víctima o de un tercero, y ocurre que ninguna de estas causales eximentes de responsabilidad ha sido acreditada en el plenario.

Cabe precisar que el caso fortuito, no opera como una causal eximente de responsabilidad en casos analizados bajo el título de imputación de riesgo excepcional, toda vez que este hace parte del riesgo implícito de la cosa o actividad peligrosa y, en tal virtud, *“proviene de la estructura de la actividad de aquél, y puede ser desconocido o permanecer oculto, y no constituye una verdadera causa extraña, con virtualidad para suprimir la imputabilidad del daño”*³².

El caso fortuito comparte dos de las características de la fuerza mayor: debe revestir un carácter imprevisible y ser, también, irresistible. Por el contrario, se excluye el criterio de la exterioridad. En ese mismo, sentido, la doctrina nacional ha precisado lo siguiente:

“El caso fortuito es la causa desconocida -o por lo menor la causa desconocida desde que se produce el siniestro- pero que es necesariamente interna al servicio o actividad pública desconsiderada. Si el análisis se sitúa en una lógica

³² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 25 de enero de 2017, Exp. 36.816, M.P. Hernán Andrade Rincón.

*de responsabilidad objetiva o sin falta, el caso fortuito no podrá excluir o atenuar la responsabilidad de la persona pública, ya que se parte de que el evento ocurrido tiene un origen interno al servicio, la actuación o la obra pública*³³.

Con fundamento las anteriores consideraciones expuestas, la Sala revocará la sentencia apelada, esto es, la proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, el 9 de diciembre de 2010 y, en consecuencia, procederá a liquidar los perjuicios solicitados con la demanda.

5. Indemnización de perjuicios

5.1. Perjuicios morales

En este caso, tal como se demostró en el proceso, la menor Lilian Carola Moreno Robledo resultó infectada del virus del poliomielitis por la aplicación de dicha vacuna, todo lo cual le produjo una cuadriplejía y una incapacidad médico legal definitiva igual al 66.40%³⁴, hecho que, sin duda, constituye una grave afección moral que debe ser indemnizada.

En efecto, es lo común, lo esperable y comprensible, que los seres humanos sientan tristeza, depresión, angustia, miedo y otras afectaciones de los sentimientos, cuando ven disminuidas su salud y sus facultades físicas, especialmente cuando la enfermedad que le fue contagiada a la víctima es muy grave como la que se presentó en este caso.

Teniendo en cuenta que la valoración de dichos perjuicios debe ser hecha por el juzgador, en cada caso concreto, según su prudente juicio, en el presente asunto se considera que las graves consecuencias de la infección con el virus de poliomielitis, evidencian el profundo padecimiento moral al que fue sometida la víctima directa, lo cual permite inferir una grave afectación moral, razón por la cual se impone acceder al reconocimiento de una indemnización equivalente al valor de cien 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la ejecutoria de esta providencia a favor de la menor Lilian Carola Moreno Robledo y de su madre Juliana María Moreno Robledo, monto que se concede en aplicación

³³ Ramiro Saavedra Becerra, *De la Responsabilidad Patrimonial del Estado*, Ed. Ibáñez, Bogotá, 2018, p. 1284.

³⁴ Así lo certificó la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá en acta del 11 de diciembre de 2008 (fls. 114 a 119 C. 2).

de los parámetros fijados por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencias de unificación del 28 de agosto de 2014³⁵.

5.2. Perjuicio por daño a la salud

En la demanda la parte actora solicitó que se condenara a la demandada al pago de “perjuicios morales y materiales, causados en su salud y su cuerpo, con perturbación funcional y psicológica (invalidez e incapacidad para caminar), cuyo monto se establecerá conforme al porcentaje de las secuelas presuntamente permanentes”.

Así las cosas, de una correcta interpretación de las pretensiones de la demanda, estima la Sala que la solicitud de indemnización por perjuicios morales y materiales causados en su salud y su cuerpo, se encuentra también relacionada o ajustada con lo que la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación anteriormente denominada daño a la vida de relación, perjuicios fisiológicos, alteración grave a las condiciones de existencia y, en la actualidad, denominado daño a la salud, razón por la cual la Sala en aplicación del principio de reparación integral y la primacía del derecho sustancial frente a las formas estudiará dicha pretensión indemnizatoria, bajo el título de daño a la salud, comoquiera que el fundamento de dicha pretensión se relaciona con la afectación a sus condiciones psicofísicas como consecuencia del contagio de dicha enfermedad -poliomielitis-.

Ahora bien, respecto del perjuicio denominado *“daño a la salud”*, se tiene que de conformidad con la posición jurisprudencial adoptada por la Sección Tercera de la Corporación, cuando el daño antijurídico radica en una afectación psicofísica de la persona, esta debe ser indemnizada bajo el concepto del daño a la salud, entendido este como categoría autónoma de perjuicio. Al respecto la Sala ha discurrido de la siguiente forma³⁶:

Por lo tanto, cuando el daño tenga origen en una lesión corporal (daño corporal), sólo se podrán reclamar y eventualmente reconocer los siguientes tipos de perjuicios –siempre que estén acreditados en el proceso –:

i) los materiales de daño emergente y lucro cesante;

³⁵ Sentencia de unificación del 14 de septiembre de 2011, exp. 19031, proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. M.P. Enrique Gil Botero.

³⁶ Sentencia de unificación del 14 de septiembre de 2011, exp. 19031, proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. M.P. Enrique Gil Botero.

ii) y los inmateriales, correspondientes al moral y a la salud o fisiológico, el primero tendiente a compensar la aflicción o padecimiento desencadenado por el daño, mientras que el último encaminado a resarcir la pérdida o alteración anatómica o funcional del derecho a la salud y a la integridad corporal³⁷.

Desde esa perspectiva, se insiste, el daño a la salud comprende toda la órbita psicofísica del sujeto. En consecuencia, la tipología del perjuicio inmaterial se puede sistematizar de la siguiente manera: i) perjuicio moral; ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico); iii) cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de “daño corporal o afectación a la integridad psicofísica” y que merezca una valoración e indemnización a través de las tipologías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño (v.gr. el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros), siempre que esté acreditada en el proceso su concreción y sea preciso su resarcimiento, de conformidad con los lineamientos que fije en su momento esta Corporación.

Es decir, cuando el daño antijurídico radica en una afectación psicofísica de la persona, el daño a la salud surge como categoría autónoma y, por lo tanto, desplaza por completo denominaciones o tipos de perjuicios abiertos que han sido empleados en otras latitudes, pero que, al igual que en esta ocasión, han cedido paso al daño corporal como un avance jurídico que permite la reparación efectiva y objetiva del perjuicio proveniente de la lesión al derecho constitucional y fundamental a la salud...

Así las cosas, el daño a la salud posibilita su reparación considerado en sí mismo, sin concentrarse de manera exclusiva y principal en las manifestaciones externas, relacionales o sociales que desencadene, circunstancia por la cual este daño, se itera, gana concreción y objetividad en donde las categorías abiertas la pierden y, por lo tanto, permite garantizar los principios constitucionales de dignidad humana y de igualdad material.

En cuanto a la forma de tasar la indemnización de dicho perjuicio, la Sala ha tenido en cuenta los elementos probatorios obrantes que permitan determinar: “las características mismas del daño, su gravedad y extensión, el grado de afectación en el caso a cada persona, vale decir, el conjunto de elementos o circunstancias de hecho que enmarcan la situación del demandante afectado, para, por vía del

³⁷ “Se está en presencia de un nuevo sistema clasificatorio del daño que acepta la existencia de tres modalidades del mismo: los patrimoniales, los morales y el biológico. Diferenciándose el biológico en cuanto al moral en la medida en que el primero es la lesión en sí misma considerada, y otra diferente, son los sufrimientos, el dolor y los afectos que de dicha lesión se pueden derivar, lo que constituiría el efecto o daño moral; sin embargo, ambos hacen parte del daño no patrimonial, esto es, no susceptible de contenido económico.” Enrique GIL Botero, “Daño Corporal – Daño Biológico – Daño a la vida de relación”, pág. 10.

*análisis de conjunto, debidamente razonado, llegar a concretar un monto indemnizatorio determinado*³⁸.

Asimismo, para la reparación del daño a la salud se reiteran los criterios contenidos en las sentencias de unificación del 28 de agosto de 2014, exps. 31.172 y 31.170 proferidas por la Sala Plena de la Sección Tercera, para tal efecto se utilizará –a modo de parangón– los siguientes parámetros o baremos:

GRAVEDAD DE LA LESIÓN	Víctima
Igual o superior al 50%	100 SMMLV
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80 SMMLV
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60 SMMLV
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40 SMMLV
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20 SMMLV
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10 SMMLV

Asimismo, se determinó que en casos excepcionales y cuando existan circunstancias debidamente probadas de una mayor intensidad y gravedad del daño a la salud, podrá otorgarse una indemnización mayor a la señalada en la tabla anterior, sin que en tales casos el monto total de la indemnización por este concepto pueda superar la cuantía equivalente a 400 SMLMV. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño, con aplicación de las mismas variables referidas.

Así pues, de acuerdo con el caso, el juez del caso debe considerar, además de la incapacidad médico legal definitiva, las siguientes variables:

- La pérdida o anormalidad de la estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica (temporal o permanente).
- La anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura corporal o mental.

³⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencias de unificación del 28 de agosto de 2014, Expedientes 31172 y 31170, con ponencia de los Consejeros Olga Mérida Valle de De la Hoz y Enrique Gil Botero, respectivamente.

- La exteriorización de un estado patológico que refleje perturbaciones al nivel de un órgano.
- La reversibilidad o irreversibilidad de la patología.
- La restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria.
- Excesos en el desempeño y comportamiento dentro de una actividad normal o rutinaria.
- Las limitaciones o impedimentos para el desempeño de un rol determinado.
- Los factores sociales, culturales u ocupacionales, la edad o el sexo, etc.
- Las demás que se acrediten dentro del proceso³⁹.

Establecido lo anterior, procede la Sala, con base en los referidos parámetros establecidos por esta Sección, a reconocer la suma de doscientos salarios mínimos legales mensuales vigentes 200 SMLMV para la menor Lilian Carola Moreno Robledo, habida cuenta de que el contagio con el virus de la poliomielitis le produjo una cuadriplejía y una incapacidad médico legal definitiva equivalente al 66.40%, todo lo cual, trae consigo múltiples implicaciones en sus funciones psicológicas, fisiológicas y anatómicas de carácter permanente.

5.3. Perjuicios materiales

5.3.1. Daño emergente

Teniendo en cuenta que en la demanda se solicitó el pago de *“perjuicios morales y materiales, causados en su salud y su cuerpo, con perturbación funcional y psicológica (invalidez e incapacidad para caminar)”*, la Sala interpreta dicha petición acorde con el principio de reparación integral del daño⁴⁰ y, con fundamento en ello, entiende que la petición por *“perjuicios materiales”*, abarca no solo el lucro cesante, sino también el daño emergente, razón por la cual se procederá a su reconocimiento con base en las siguientes consideraciones:

³⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, exp. 31172, M.P. Olga Mélida Valle de De la Hoz.

⁴⁰ Artículo 16, Ley 446 de 1998: *“Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”*.

En primer lugar, la Sala recuerda que el artículo 1614 del Código Civil define el daño emergente como *“el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento”*.

En tal virtud, como lo ha sostenido reiteradamente la Sección, estos perjuicios se traducen en las pérdidas económicas que se causan con ocasión de un hecho, acción, omisión u operación administrativa imputable a la entidad demandada que origina el derecho a la reparación y que en consideración al principio de reparación integral del daño, consagrado en el artículo 16 de la Ley 446 de 1.998, solamente pueden indemnizarse a título de daño emergente los valores que efectivamente empobrecieron a la víctima o que en el futuro deba sufragar como consecuencia de la ocurrencia del hecho dañoso y del daño mismo.

Para el presente caso, no le cabe duda a la Sala de que la incapacidad médico laboral equivalente al 66.40% como consecuencia del contagio con el virus de la poliomielitis a la niña Lilian Carola Moreno Robledo, le ha ocasionado y le ocasionará una serie de erogación de gastos para medicamentos y tratamientos; no obstante lo cual, no se arrimó al plenario prueba alguna respecto de los servicios médico asistenciales que requiere, así como tampoco se especificó cuáles eran concretamente los medicamentos o tratamientos que ella necesita, ni mucho menos sobre el costo de aquellos; sin embargo, a partir de la condición particular de su cuadro clínico (infección de poliomielitis), la Sala, con fundamento en las reglas de la experiencia, puede inferir que una persona en tales condiciones requiere de ciertos cuidados especiales, como medicamentos, tratamientos, terapias, etc.

Por esta razón, al no existir en el proceso los elementos de juicio necesarios para determinar el daño emergente futuro por ese concepto, la Sala condenará a las demandadas Hospital Pablo VI de Bosa y Distrito Capital de Bogotá -Secretaría Distrital de Salud-, para que a partir de la ejecutoria de la presente sentencia y por el resto de su vida, le sean suministrados a la menor Lilian Carola Moreno Robledo, todos los tratamientos, terapias, medicamentos, exámenes clínicos, entre otros, derivados del contagio del virus de la poliomielitis.

5.3.2. Lucro cesante

La Sala reconocerá dicho perjuicio material desde que la menor Lilian Carola Moreno Robledo cumpla la mayoría de edad -29 de abril de 2020-, pues desde esa fecha se entiende que hubiera podido desarrollar algún tipo de actividad productiva.

De otra parte, en cuanto a los ingresos mensuales por reconocer, se aplicará la presunción en cuya virtud se asume que toda persona que se encuentre en edad productiva -devenga por lo menos el salario mínimo legal vigente⁴¹.

De conformidad con lo anterior, procederá la Sala a realizar la liquidación de dicho perjuicio. Entonces:

Ingresos de la víctima: \$ 781.242.

Expectativa de vida total de la víctima: 67.1 años (805 meses)

Período futuro: 805 meses, a partir de que cumpla la mayoría de edad.

RA = \$781.242, que corresponde al salario mínimo legal mensual que rige para el año 2018. Adicionalmente, dicho guarismo será incrementado en un 25% por concepto de prestaciones sociales, para un ingreso base de liquidación de \$976.552,5.

Para la liquidación del período futuro, se aplicará la fórmula matemático - actuarial utilizada por la jurisprudencia para la liquidación de dicho perjuicio. La misma se expresa en los siguientes términos, donde “i” es una constante y “n” corresponde al número de meses a liquidar:

Lucro cesante futuro: Por el resto del período de vida probable de la víctima directa, esto es 805 meses, aplicando la siguiente fórmula:

$$S = VA \frac{(1+0.004867)^n - 1}{i (1+0.004867)^n}$$

$$S = VA \frac{(1.004867)^{805} - 1}{i (1.004867)^{805}}$$

⁴¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de abril de 2012, exp. 23.901. Consultar también las sentencias del 23 de mayo de 2012, exp. 24.861 y sentencia del 19 de julio de 2001, exp. 13.086 M.P. Alier E. Hernández, entre otras.

$$S = VA \frac{48,820}{0.2424}$$

$$S = \$ 976.552,5 \times 201,402$$

$$S = \$196'679.627$$

Total perjuicios materiales: ciento noventa y seis millones seiscientos setenta y nueve mil seiscientos veintisiete pesos (\$196'679.627).

6. Costas

Toda vez que para el momento en que se profiere este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que solo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, debido a que ninguna procedió de esa forma en el *sub lite*, no habrá lugar a su imposición.

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

FALLA

REVOCAR la sentencia apelada, esto es, la proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, el 9 de diciembre de 2010; en su lugar se dispone:

1°. Declarar patrimonial y solidariamente responsables al Hospital Pablo VI de Bosa y al Distrito Capital de Bogotá -Secretaría Distrital de Salud-, por los daños y perjuicios causados a las demandantes por las lesiones sufridas por la menor Lilian Carola Moreno Robledo, ocurridas en circunstancias consignadas en la parte motiva de la presente decisión.

2°. Condenar solidariamente al Hospital Pablo VI de Bosa y al Distrito Capital de Bogotá -Secretaría Distrital de Salud-, a pagar las siguientes cantidades de dinero y por los siguientes conceptos:

2.1. Por concepto de perjuicios morales a favor de Lilian Carola Moreno Robledo y Juliana María Moreno Robledo, la suma de cien salarios mínimos legales mensuales vigentes (100 SMLMV), para cada una.

2.2. Por concepto de daño a la salud, pagar a Lilian Carola Moreno la suma de doscientos salarios mínimos legales mensuales vigentes (200 SMLMV).

2.3. Por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, la suma de ciento noventa y seis millones seiscientos setenta y nueve mil seiscientos veintisiete pesos (\$196'679.627), a favor de Lilian Carola Moreno Robledo.

2.4. Por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente futuro, se condena a las demandadas Hospital Pablo VI de Bosa y Distrito Capital de Bogotá -Secretaría Distrital de Salud-, para que a partir de la ejecutoria de la presente sentencia y por el resto de su vida, le sean suministrados a la menor Lilian Carola Moreno Robledo, todos los tratamientos, terapias, medicamentos, exámenes clínicos, entre otros, derivados del contagio del virus de la poliomielitis.

3°. Negar las demás pretensiones de la demanda.

4°. Sin costas.

5°. Cumplir lo dispuesto en esta providencia, en los términos establecidos en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

6° Ejecutoriada esta providencia, devolver el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento y expídanse a la parte actora las copias auténticas con las constancias de las que trata el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARÍA ADRIANA MARÍN

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA