

LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA DEL ESTADO COLOMBIANO POR INFECCIONES  
INTRAHOSPITALARIAS

Luis Santiago García Cifuentes

Angélica Johana Ortiz Castro

Universidad Santo Tomás

Maestría de Derecho Administrativo

Tunja

2021

*A mi Amada Esposa Liliana, a mi Adorada Hija Luciana, quienes son el motor de mi vida y mayor inspiración para trabajar arduamente por ser una mejor persona, un mejor Padre, un mejor Esposo, un mejor Hijo, un mejor Amigo y mejor Profesional y, sobre todo, un mejor Ser Humano.*

*A mi Adorada Madre María Teresa, quien siempre me ha apoyado en todos los momentos de mi vida y quien siempre me ha alentado para seguir adelante a pesar de las adversidades.*

*A Dios por darme las capacidades y sobre todo la vida, para seguir luchando y alcanzando sueños.*

*En primera medida agradezco a Dios, pues sin la segunda oportunidad de vida que me regaló no hubiera podido terminar este trabajo, y sin la oportunidad de vida que me brinda todos los días, no podría disfrutar y no tendría sentido la lucha para obtener este logro.*

*Así mismo, quiero agradecer a mi familia por todo su constante apoyo, a mi Hermano Alberto por sus consejos y sugerencias en la selección del tema, a mi Mamá María Teresa por su apoyo constante y por que no, por sus regaños que me dieron el impulso necesario para terminar y a mi Esposa Liliana por su apoyo y amor incondicional que fueron un aliciente para culminar esta etapa.*

*Al Doctor Rubén Serna Salazar, por aceptar dirigir este trabajo y por el apoyo fundamental para llevarlo a buen puerto.*

*A mi Alma Mater la Universidad Santo Tomás, por permitirme regresar a sus aulas para seguir fortaleciéndome como profesional.*

## ÍNDICE

|                                                                                                         |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Planteamiento del problema                                                                              | 7  |
| Justificación                                                                                           | 8  |
| Capítulo I                                                                                              | 11 |
| 1.1. <i>EL DAÑO</i>                                                                                     | 11 |
| 1.1.1. TIPOLOGÍA DEL PERJUICIO:                                                                         | 11 |
| 1.1.1.1. <i>DAÑO MATERIAL</i>                                                                           | 11 |
| 1.1.1.2. <i>DAÑO MORAL</i>                                                                              | 12 |
| 1.1.1.3. <i>DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN</i>                                                              | 12 |
| 1.2 <i>LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO</i>                                                                | 21 |
| 1.2.1.1. <i>LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO</i>                                         | 21 |
| 1.2.2. <i>FUENTES DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO</i>                                                  | 24 |
| 1.2.3. <i>RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA O SIN FALLA O SIN CULPA.</i>                              | 25 |
| 1.2.4. <i>FALLA PROBADA DEL SERVICIO.</i>                                                               | 28 |
| 1.2.5. <i>FALLA PRESUNTA DEL SERVICIO</i>                                                               | 29 |
| 1.2.6. <i>REGÍMENES OBJETIVOS</i>                                                                       | 31 |
| Capítulo II                                                                                             | 35 |
| 2.2 <i>RESPONSABILIDAD MÉDICA.</i>                                                                      | 35 |
| <i>Tipos especiales de daños antijurídicos que pueden darse en la responsabilidad médica del Estado</i> | 40 |
| <i>La omisión o prestación deficiente del servicio</i>                                                  | 40 |

|                                                                                           |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------|----|
|                                                                                           | 4  |
| <i>La pérdida de una oportunidad o chance por omisión o error</i>                         | 41 |
| <i>Pérdida de la oportunidad por no informar oportunamente sobre los riesgos</i>          | 42 |
| <i>Infecciones Nosocomiales</i>                                                           | 43 |
| <i>Lex Artis Médica</i>                                                                   | 44 |
| Capítulo III                                                                              | 48 |
| 3.1 <i>EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD</i>                                                   | 48 |
| 3.1.1 <i>Culpa Exclusiva de la Víctima</i>                                                | 48 |
| 3.1.2. <i>Hecho de un Tercero</i>                                                         | 55 |
| <i>Características</i>                                                                    | 58 |
| 3.1.3. <i>Fuerza Mayor</i>                                                                | 62 |
| Diferencias entre caso fortuito y fuerza mayor en la jurisprudencia del Consejo de Estado | 67 |
| Capítulo IV                                                                               | 71 |
| 4. <i>MARCO TEÓRICO</i>                                                                   | 71 |
| 4.1. RADICACIÓN No: 43034                                                                 | 71 |
| 4.1.1. <i>Contestación</i>                                                                | 72 |
| 4.1.2. <i>DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA</i>                                               | 74 |
| 4.1.3. <i>La apelación</i>                                                                | 75 |
| La responsabilidad estatal derivada de la prestación de servicios de salud                | 76 |
| Elementos de la responsabilidad estatal en el caso concreto                               | 78 |
| 4.2. <i>ADICACIÓN NÚMERO: 21774</i>                                                       | 80 |

|                                                                          |     |
|--------------------------------------------------------------------------|-----|
|                                                                          | 5   |
| 4.2.1. <i>La Demanda</i>                                                 | 81  |
| 4.2.2. <i>Contestación</i>                                               | 81  |
| 4.2.3. <i>DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA</i>                              | 82  |
| 4.2.4. <i>FALLO CONSEJO DE ESTADO</i>                                    | 83  |
| 4.2.5. <i>POSICIÓN CONSEJO DE ESTADO</i>                                 | 84  |
| 4.2.6 <i>Consideraciones generales</i>                                   | 84  |
| 4.3. <i>RADICACIÓN No: 36565</i>                                         | 92  |
| 4.3.1. <i>La demanda</i>                                                 | 93  |
| 4.3.2 <i>Contestación</i>                                                | 93  |
| 4.3.3. <i>DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA</i>                              | 94  |
| 4.3.4. <i>La apelación</i>                                               | 94  |
| 4.3.5. <i>FALLO CONSEJO DE ESTADO</i>                                    | 95  |
| 4.3.6. <i>POSICIÓN CONSEJO DE ESTADO</i>                                 | 96  |
| Responsabilidad médica en los casos de obstetricia                       | 97  |
| Responsabilidad médica por infecciones nosocomiales o intrahospitalarias | 98  |
| 4.4. <i>RADICACIÓN No: 29481</i>                                         | 101 |
| 4.4.1. <i>La demanda</i>                                                 | 101 |
| 4.4.2. <i>DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA</i>                              | 103 |
| 4.4.3. <i>La apelación</i>                                               | 103 |
| 4.4.4. <i>FALLO CONSEJO DE ESTADO</i>                                    | 103 |

|                                                         |     |
|---------------------------------------------------------|-----|
| 4.4.5. POSICIÓN CONSEJO DE ESTADO                       | 104 |
| 4.5. RADICACIÓN N° 52001-23-31-000-2001-00874-01(36136) | 107 |
| 4.5.1. La Demanda:                                      | 107 |
| 4.5.2. Contestación de la demanda                       | 109 |
| 4.5.3. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA                    | 109 |
| 4.5.4. la apelación                                     | 113 |
| 4.5.5. FALLO CONSEJO DE ESTADO                          | 114 |
| 4.5.6. POSICIÓN CONSEJO DE ESTADO                       | 115 |
| Conclusión                                              | 118 |
| 5.1 Citas y Referencias                                 | 122 |
| 5.2 JURISPRUDENCIA COLOMBIANA                           | 125 |
| 5.3. NORMAS A CONSULTAR LEGISLACIÓN COLOMBIANA          | 126 |

## **Planteamiento del problema**

El Estado Colombiano ha sido declarado responsable objetivamente por las infecciones nosocomiales que puede adquirir un paciente que es sometido a un procedimiento quirúrgico, a pesar de la existencia de estudios que han demostrado que no es posible una desinfección del 100% de las bacterias y/o gérmenes que pueden existir en una sala de cirugía; los mismos estudios han determinado que la tasa máxima de eliminación de agentes infecciosos no es superior al 80%.

Con el presente estudio se pretende analizar la manera como debe abordarse la responsabilidad del estado cuando se produce un daño generado en el contagio de infecciones intrahospitalarias, cuando las instituciones de salud han cumplido a cabalidad con los protocolos de asepsia y desinfección determinados por las autoridades de vigilancia y control respectivas.

### **Justificación**

El tema que se pretende desarrollar tiene una importancia sustancial en el sentido que se pretende buscar opciones y/o mecanismos por medio de las cuales se pueda proteger al estado colombiano cuando se produzcan sentencias condenatorias por responsabilidad objetiva en los casos de infecciones nosocomiales.

Al estar adelantando la presente investigación, se han descubierto situaciones que generan, por decirlo menos, alarma, preocupación y por qué no decirlo, dolor de patria al encontrar que siempre cuando ocurren situaciones desafortunadas con consecuencias perjudiciales para algunos particulares, sin que sea dable endilgar, sin que queda la menor duda, la responsabilidad a alguien, se busca desesperadamente una indemnización y el resarcimiento de dichos perjuicios por parte del estado.

Infortunadamente, debido a muchísimas razones que van desde negligencia en las defensas, cantidad de procesos, desconocimiento de los temas precisos, falta de experticia de los defensores, etc., es que entablar demandas en contra del estado colombiano es muy, pero muy rentable, pues a pesar que la experiencia nos dice que un proceso administrativo puede demorarse varios años, en muchas ocasiones resulta a favor del/os demandantes originando así indemnizaciones multimillonarias, a cargo del estado, que hacen que valga la pena la espera.

Cuando hablamos de infecciones intrahospitalarias, esto no es la excepción, pues cuando un paciente tiene la mala fortuna de contagiarse de una de éstas infecciones y sufre un menoscabo en su integridad, o algún tipo de perjuicio, siempre va a buscar un responsable, y cuando dicha responsabilidad no tiene una causa imputable directamente al prestador del servicio de salud, generalmente se busca que sea el estado quien, vía responsabilidad objetiva, sea el llamado a resarcir dichos perjuicios.

A lo largo de la presente investigación se ha visto con preocupación, como cada vez más toma fuerza, en el Consejo de Estado, la tesis de la responsabilidad objetiva y de esta manera responsabilizar al estado colombiano cuando se presenta un contagio de un paciente con una infección intrahospitalaria de la cual no se pueda responsabilizar al centro hospitalario por falla del servicio; esta situación, es preocupante, puesto que si bien es cierto que científicamente está demostrada la imposibilidad de erradicar al 100% los gérmenes y/o bacterias presentes en las salas de cirugía y demás centros de salud, bacterias y/o gérmenes causantes de las infecciones nosocomiales, ya que se ha demostrado que la tasa máxima de desinfección y asepsia no supera el 80%, siempre existirá el riesgo de contagio de algún paciente.

Se considera de vital importancia buscar modificar la tesis que al interior del Consejo de Estado ha cobrado cada vez más fuerza, referente a la responsabilidad objetiva del estado ante una desafortunada situación como la que se describe con anterioridad, puesto que cuando se demuestra que el centro hospitalario que esté prestando el servicio asistencial o quirúrgico, ha cumplido a cabalidad con los protocolos de limpieza, desinfección y asepsia, establecidos por la autoridades de salud, y de todas maneras se presenta un contagio de una infección intrahospitalaria, nos encontramos ante una situación de carácter irresistible, así fuera previsible, en donde confluyen un sinnúmero de factores para que dicho contagio se pudiera presentar, muchas veces aspectos de índole personal del contagiado; así que se podría afirmar que ante una situación como al inmediatamente descrita, se está ante una situación en donde el alea juega un papel fundamental, tan es así, que no siempre todos los pacientes que han coincidido en tales momentos, se han contagiado de las mismas.

Todo lo anterior reviste una utilidad, cuyo beneficiario es el erario público, en el sentido de generar consciencia respecto a que no es dable responsabilizar al estado colombiano por una situación que, si bien puede ser previsible, es irresistible.

Y bien vale la pena hacer claridad en este último concepto, pues al saber que no es científicamente posible erradicar y eliminar el 100% de los gérmenes y/o bacterias presentes en centros de salud, que puedan originar infecciones intrahospitalarias, estamos ante una situación que puede ser previsible, y, basándonos en la misma afirmación de la imposibilidad de garantizar una asepsia del 100% de efectividad, la misma situación se vuelve irresistible.

## Capítulo I

Para poder hablar de responsabilidad es necesario que se presenten 3 elementos sine qua non, que son el daño, la actuación administrativa y el nexo causal existente entre estos dos para poder establecer la imputación del estado.

### ***1.1. EL DAÑO***

El daño es el menoscabo material o inmaterial que sufre un particular o una entidad de derecho público o una persona jurídica privada, en uso de sus derechos legítimamente reconocidos y amparados por la Constitución y la Ley, como consecuencia del obrar de la administración, no estando obligado el particular a soportar o padecer dicha merma en sus derechos so pena del rompimiento del equilibrio de las cargas públicas.

#### **Características:**

- Debe ser cierto
- Personal
- Antijurídico: que el daño no sea de aquellos que está obligado a soportar el particular
- Debe ser probado: se prueba por cualquiera de los medios consagrados en la Ley

#### ***1.1.1. TIPOLOGÍA DEL PERJUICIO:***

##### ***1.1.1.1. DAÑO MATERIAL***

Está conformado por el Daño Emergente, que no es más que daño efectivo e inmediato, por ejemplo: valor del bien afectado, y, el Lucro Cesante, que es la pérdida de ganancia real y efectiva como consecuencia de la actuación pública.

#### 1.1.1.2. **DAÑO MORAL**

Hace referencia a toda la congoja, dolor íntimo del ser humano, es subjetiva, relativa a la figura jurídica de la compensación, ahora la prueba del dolor es presunción para la indemnización del perjuicio moral.

#### 1.1.1.3. **DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN**

Cuando una persona sufre un menoscabo que le impide actuar normalmente en la sociedad.

El autor Samer Abdel Halim Elam Erazo, en el bolg Apuntes de Derecho, el 1° de diciembre de 2010, hace el siguiente ensayo acerca del Libro El Daño, del Doctor Juan Carlos Henao.

“Si se debe hablar del daño, se debe hacer referencia también a los elementos necesarios que lo componen. En ese sentido Rougevin-Baville menciona que debe ser personal, directo y cierto, todo esto para que se configure una conducta indemnizable. Pero esto no vislumbra la necesidad de la imputación respecto al daño causado. Es de anotar que el carácter directo del daño se estudia desde el punto de vista del perjuicio provocado a la víctima que invoca, el cual debe provenir del daño causado, pero teniendo en cuenta que se debe diferenciar el daño del perjuicio, tal como lo pretende hacer el profesor Benóit. Por esa razón debe existir un nexo de causalidad entre el daño entendido como la afectación material y el perjuicio entendido como las consecuencias allegadas a este daño. Por esa razón se debe observar que, al existir un comportamiento que implique un daño, se debe tener cuidado en relacionar el comportamiento del agente con el perjuicio que pueda advenir como consecuencia del mismo.

Es importante señalar que el perjuicio es la manifestación posterior del daño que no necesariamente puede ser material. por eso es importante no sólo observar el daño que se presenta en el instante que ocurre, sino que también debe observarse las consecuencias posteriores que pueda acarrear ese daño, lo que constituyen los perjuicios. Pero este perjuicio debe ser personal y cierto, es decir que debe ser sufrido por la persona afectada por el daño que se le ha ocasionado y que esté acorde a la realidad de los hechos.

Analizando el carácter personal del daño, se debe tener en cuenta la época en que surgió. El carácter personal del daño surge a través de precedentes jurisprudenciales franceses, en especial el Fallo Señorita Rucheton, el cual se enuncia el desistimiento que el juez hizo de las pretensiones con base en el argumento de que “para obtener en justicia la reparación de un perjuicio, no es suficiente un interés, sino que se ha de acreditar un hecho lesionado”. La solución de este fallo, según Hauriou, explica que “por fuera del interés legítimo resultante de un derecho establecido o de una situación administrativa, no es posible un recurso contencioso”, ya que este derecho debe provenir de las instituciones ya establecidas, según lo dice el administrativo, por lo que no se encontraba en una situación jurídicamente protegida.

A su vez el Fallo Savelli tiene similares posturas que el Fallo Rucheton, en el entendido de que, al no existir matrimonio entre el demandante y la señora Caminatti, no existía una situación jurídicamente protegida, es decir, sin interés no hay acción. Esto significa que si existe un derecho que la ley protege, puede tener la protección que requiere.

Pero esta lógica no era exenta de contradicción. El profesor Waline al referirse al Fallo Savelli manifiesta que es evidente la existencia de una contradicción cuando el juez otorgaba indemnización al hijo matrimonial, pero se notaba que al padre del niño se le negaba el derecho a obtener esa indemnización. En ese orden de ideas, se denuncia que la decisión del juez no tiene en

cuenta que así el derecho no se aplique directamente a un agente, éste puede ver los efectos del mismo. Pero también puede entenderse que una indemnización otorgada a una persona distinta a los litigantes afecta considerablemente las pretensiones de los mismos, principalmente al demandante.

En este caso que resulta de una definición de alimentos que se le debían otorgar a un menor de edad, genera una situación jurídicamente protegida para la madre y el menor, por lo que genera indemnización para los dos agentes. Esa jurisprudencia la acoge Colombia a través de la sentencia del Consejo de Estado del 29 de abril de 1980, en donde se establece el derecho a indemnización para las concubinas. Este precedente jurisprudencial origina la figura de la situación legítima, la cual no involucra necesariamente una situación establecida en la ley, sino que se habla de un derecho jurídicamente reclamable, dado que sólo se da indemnización en el evento de que la víctima tenga una acción jurídica para reclamar el derecho.

Actualmente esta postura sobre el carácter personal del daño se ha superado a partir del fallo Lasalle-Barrère, en la que se enuncia el carácter personal del perjuicio, en el entendido de que un tercero puede solicitar una indemnización por algún perjuicio causado, siempre que éste tenga pruebas sobre el daño que se cause a la víctima. Por ejemplo, en el caso de muerte de una persona producto de un daño provocado por otro, un tercero puede pedir indemnización por ese fallecimiento, pero debe probar que esa muerte le causó un perjuicio personal. Esta postura fue acogida por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 24 de junio de 1942. En esta sentencia se enuncia claramente que toda persona tiene derecho a solicitar reparación cuando viven directamente del esfuerzo del difunto, es decir, si obtienen utilidad cierta y directa de las actividades del finado, tienen derecho, personería y acción para reclamar o pedir indemnización de perjuicios dado que sufren perjuicios de manera directa. Los jueces han dicho que para que el perjuicio pueda ser

reparado. A lo largo de la historia la jurisprudencia ha coincidido en el sentido de que para que exista un perjuicio debe haber afectación del derecho a una persona y que esta debe ser indemnizada, pero esa indemnización puede extenderse a personas que se consideren afectadas por ese daño de manera indirecta, especialmente si la persona que recibe el daño sostenía a los demás.

A pesar de esto, existe alguna línea jurisprudencial que manifiesta que para que exista un daño y su consecuente perjuicio no sólo debe existir una situación jurídicamente protegida, sino que también debe existir un acto ilícito del autor que configure el daño, que exista una comisión con dolo o culpa, que haya certidumbre del perjuicio y de una relación de causalidad entre el perjuicio y el hecho. Pero no debe confundirse una situación jurídicamente protegida con una situación personal al momento de analizar el carácter personal del daño, porque puede llevar a que existan pretensiones que no tengan nada que ver con el hecho y el derecho, y pueda existir reparación por daños que son inexistentes o con escasas de verdad.

En ese orden de ideas, toda persona puede reclamar su derecho respecto del daño que se le haya causado, siempre que éste se encuentre en la ley, aunque no se debe probar esta última situación, simplemente se prueba la vulneración de ese derecho.

La jurisprudencia anterior presupone la necesidad de una situación jurídicamente protegida, es decir que no deba existir una reclamación producto de una situación que puede ser ilícita. Esto contradice ostensiblemente con la jurisprudencia actual que establece que basta con que exista una afectación de un derecho, así el daño se produzca de una situación jurídicamente protegida o de una situación ilegal.

Es de anotar que, si existe una actividad ilícita de la persona afectada que origina el daño, debe restringirse en algún momento la indemnización por el perjuicio causado, pero la

jurisprudencia es clara en el sentido de que no necesariamente puede ser así, esto en aras del principio de la igualdad consagrado en la Constitución y la ley.

Ahora bien, se debe examinar si el origen del perjuicio es legítimo, es decir si una persona reclama una indemnización por un perjuicio, pero se vislumbra que existe un origen ilícito, se debe declarar improcedente la indemnización porque no se puede derivar la legalidad de un hecho ilícito a pesar del efecto sufrido, pero es necesario que ese hecho ilícito sea probado a efectos de que no se incurra en el error de que se niegue la indemnización por el sólo hecho de encontrarse en una situación ilícita así no se encuentre involucrado en ella.

Así las cosas, para que una persona pueda reclamar una indemnización, debe existir un daño que genere uno o varios perjuicios que lo afecten considerablemente, pero que este daño exista como consecuencia de una situación jurídicamente protegida y que no existan situaciones o intereses ilícitos.

La clave para que una pretensión sea legítima, es que las pretensiones y las actividades sean legítimas, es decir si existe algo que tenga algún vicio de ilegitimidad, sencillamente la reparación no sería posible ya que se encontraría viciado de ilegalidad.

Ahora bien, una vez examinado la legalidad del daño, se debe observar el carácter personal del mismo. En ese sentido, el profesor Richer manifiesta que “la doctrina considera el carácter personal del daño como una condición de fondo de la existencia del derecho a reparación. Sin embargo, los requisitos de fondo y los procesales no son correctamente diferenciados por la jurisprudencia, puesto que normalmente quien no ha sufrido un daño personal no está legitimado para actuar”. En ese orden de ideas, la persona que no sufre algún tipo de daño no puede reclamar indemnización.

En este sentido, el daño es personal cuando quien lo sufre es el que puede solicitar reparación, así sea o no una situación jurídicamente protegida abstractamente, a menos que se demuestre que exista una situación ilegal.

Ahora bien, para ilustrar el carácter personal del daño, se debe volver a analizar la diferencia entre daño y perjuicio, lo que se torna importante para lo que viene a continuación. Debemos recordar que si bien el daño es una manifestación material del hecho que afecta a la persona, el perjuicio es una consecuencia subjetiva que más tiene que ver con la persona. En consecuencia, si el daño es para el objeto, el perjuicio es para la persona, incluso una persona ajena puede intervenir en el hecho para reclamar algún perjuicio, así no haya sufrido directamente el daño, pero debe demostrar su relación con el mismo. Esto puede llevar a que el daño y el perjuicio puedan ser indemnizados y reparados simultáneamente, no de manera individual como se ha concebido antes, ya que, según Emeri, “no puede existir daño sin perjuicio”.

En concreto, la ilustración del carácter personal del daño se manifiesta por la forma en que se muestre la legitimación de una persona, el cómo y con qué objetivo se produjo el daño, esto para así poder solicitar una indemnización.

Las peticiones de reparación por el daño causado pueden solicitarse para sí o para otro. Si se solicita para sí, debe tenerse en cuenta si la acción la ejerce intuitu personal o en calidad de heredero. Si lo hace como heredero, esta condición debe demostrarse, es decir que tenga algún nexo entre el causante y el heredero, bien sea por parentesco o jurídicamente hablando. Si existen varios herederos, debe existir una comunidad entre ellos a fin de que puedan realizar la reclamación a nombre del causante, esto para que todos puedan tener derecho a la indemnización de acuerdo a las normas que se establecen para la sucesión, a menos de que se realice una partición de los bienes de la sucesión, en este caso se debe pedir en nombre propio. Si el demandante es titular de un derecho

de dominio sobre un bien que sufre un daño, debe probar tal calidad a eventos de que pueda reclamar indemnización sobre el bien afectado. En caso de que exista una venta de la cosa, el derecho a la indemnización se puede incluir con los demás derechos que se contraen al momento de realizar la transacción, pero esto debe establecerse expresamente. Si el accionante acude en calidad de poseedor, se puede acceder a la indemnización, pero debe primero agotar el término de prescripción adquisitiva para tal efecto, ya que no acude como propietario pleno de la cosa. Si se acude en calidad de tenedor, sólo podrá ser indemnizado en cuanto al goce que no pudo ser suplido como consecuencia del daño causado. Es de anotar que sólo puede reclamar indemnización únicamente por el daño causado a cada inmueble, más no puede solicitar indemnización global.

Si se realiza petición para otro, se debe tener en cuenta si se realiza la solicitud para una persona o para una comunidad. Si se realiza para una comunidad, como ocurre con las acciones populares, se debe observar que el daño ha afectado a la comunidad que está haciendo su reclamación, es decir que afecta un interés colectivo. Es de tener en cuenta que la reclamación debe ser legítima, es decir que debe ser la comunidad la que solicite la indemnización a través de su representante producto de un hecho lícito, no debe ser una solicitud individual por cada uno de sus miembros, porque de ocurrir esto se convierte en una pretensión individual. Pero es de inferir que la solicitud la realiza la persona a título personal, así represente a la comunidad.

El mecanismo de la acción popular es un buen ejemplo de la reclamación por el daño causado a otra persona, ya que implica que una persona natural o jurídica represente a un grupo de personas cuando un daño les afecte y les genere perjuicios colectivos, pero este daño debe afectar a la persona que realiza tal reclamación.

Ya se ha hablado del carácter personal del daño, en el cual se ha especificado que el daño debe traer como consecuencia un perjuicio que afecte a la persona que resultare afectada o a un

tercero que esté relacionado con el hecho. A continuación, hablaremos del carácter cierto del daño, en donde se abordará la certeza que debe encontrarse al momento de evaluarse el daño que haya sufrido una persona con los consecuentes perjuicios y por el cual está reclamando una reparación. Debemos entender que un hecho cierto es un hecho presente o a futuro, que se diferencia del hecho eventual que no se tiene certeza de las consecuencias que pueda acarrear.

Varios fallos del Consejo de Estado han señalado que para que exista una reparación por un daño es necesario que ese daño haya ocurrido, es decir que se pueda evidenciar la existencia y la magnitud del mismo. En ese sentido, se debe ver que no basta con que el daño y el perjuicio sea eventual, sino que debe ser cierto, esto con el fin de que si se realiza una reclamación no debe hacerse con base en especulaciones o hechos de los cuales no se tenga la claridad de lo que ha ocurrido.

La jurisprudencia francesa coincide con su similar colombiana en el sentido de que es indispensable para realizar una reclamación por un daño que éste sea cierto, es decir no debe ser hipotético, lleno de conjeturas y suposiciones y/o eventual; sino que debe ser efectivamente probado por aquel que realiza la reclamación, de lo contrario no prosperarían sus pretensiones. No importa si el daño o el perjuicio sean pasados, presentes o futuros; lo importante es que se tenga la certeza sobre el mismo y que el juez valore esa situación.

Es importante señalar que el perjuicio futuro no debe confundirse con un perjuicio eventual e hipotético, es indispensable demostrar que efectivamente el hecho futuro afecte a la persona en un momento determinado, aunque suele confundirse con un hecho eventual en donde no se encuentre alguna certeza dado el carácter futuro del hecho.

Si hablamos de un hecho consolidado, hacemos referencia de que la certeza del hecho ha sido valorada por el juez, el cual hace la valoración con base en la realidad de los eventos que configuraron el hecho y en las pruebas que acreditan la certeza del hecho.

El Consejo de Estado, mediante la sentencia de unificación de fecha 28 de agosto de 2014, siendo MP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, estableció que, en consecuencia, para la reparación del perjuicio moral en caso de muerte se han diseñado cinco niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa y aquellos que acuden a la justicia calidad de perjudicados o víctimas indirectas, los cuales se distribuyen así: Nivel N° 1. Comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno- filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (1er. Grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes o estables). A este nivel corresponde el tope indemnizatorio de 100 SMLMV. Nivel N°. 2. Donde se ubica la relación afectiva propia del segundo grado de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 50% del tope indemnizatorio. Nivel N° 3. Está comprendido por la relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 35% del tope indemnizatorio. Nivel N° 4. Aquí se ubica la relación afectiva propia del cuarto grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 25% del tope indemnizatorio. Nivel N° 5. Comprende las relaciones afectivas no familiares (terceros damnificados). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 15% del tope indemnizatorio.

## ***1.2 LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO***

La responsabilidad del Estado en Colombia puede abordarse desde dos tópicos, que son la Responsabilidad Contractual y la Responsabilidad Extracontractual del Estado, para efectos de este trabajo, nos centraremos en la responsabilidad extracontractual, pues el objeto del presente estudio no tiene nada que ver con situaciones generadas en la actividad contractual del estado.

Para esto, a continuación, hablaremos de las generalidades de la responsabilidad extracontractual del estado.

### ***1.2.1.1. LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO***

Los siguientes apartes son tomados del artículo de Buitrago Quintero, M. A. (2018). Responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia y Constitución democrática. Revista Verba Iuris, 14 (41). pp. 15-45.

La Constitución de 1991 introdujo en el ordenamiento jurídico colombiano por primera vez, el fundamento constitucional de la responsabilidad patrimonial del Estado

La actual Constitución reconoce expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado, en el artículo 90, que señala.

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

El artículo 90 es el tronco en el que encuentra fundamento toda la responsabilidad patrimonial del Estado, trátase de la responsabilidad contractual o extracontractual.

La responsabilidad patrimonial del Estado tiene un principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, consagrado en nuestro ordenamiento constitucional en los artículos 2, que señala la obligación del Estado de proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida honra y bienes; en el artículo 58 que garantiza la propiedad privada y demás derechos adquiridos con arreglo a la ley, y en el artículo 90 que es el fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado y que consagra además, la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado.

El régimen de responsabilidad consagrado en la Constitución tiene dos elementos centrales:

- La noción del daño antijurídico - Su imputación al Estado.

El daño es antijurídico, es el perjuicio provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportar. Ha sostenido la Corte Constitucional, que es “la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extra patrimonial que la víctima no está en la obligación de soportar por lo cual se reputa indemnizable”.

El daño antijurídico como fundamento del deber de reparación por parte del Estado armoniza con los principios y valores del Estado Social del Derecho, dado que al ente estatal le corresponde la salvaguarda de los derechos de los administrados frente a la administración.

La postura acogida por la jurisprudencia del Consejo de Estado consagra que “la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria al derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, razón por la cual se reputa indemnizable”. De tal manera que la

responsabilidad del Estado reposa en la calificación del daño que se causa y no en la “calificación de la conducta de la Administración.

El segundo elemento, es la Imputación al Estado en cuanto se pueda imputar a una acción u omisión de una autoridad pública. Debe, por lo tanto, existir un título que permita su atribución a una actuación u omisión de una autoridad pública.

El Consejo de Estado ha sostenido respecto a éste segundo elemento, que la imputación está ligada pero no se confunde con la causación material, por cuanto en ciertos eventos se produce una disociación entre tales conceptos, razón por la cual para imponer al Estado la obligación de reparar un daño “es menester, que además de constatar la antijuridicidad del mismo, el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión”.

A partir de la consagración de la “Cláusula General de Responsabilidad” en el artículo 90 de la Constitución Política, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha delimitado los dos elementos centrales de dicha responsabilidad, esto es, la noción de daño antijurídico y la imputación al Estado

En la sentencia C-333 de 1994 en la que se demandaba la inconstitucionalidad del artículo 50 (parcial) de la ley 80 de 1993, luego de un amplio análisis respecto a la propuesta – tomada de la doctrina española - que inspiró a nuestros constitucionalistas al consagrar en el artículo 90 de la Constitución Política, se definió el daño antijurídico como “aquel perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo”.

Es entonces el fundamento de la responsabilidad del Estado, la calificación del daño que causa la conducta de la administración, y no la calificación de la conducta, noción que sobre la cual giraba el fundamento de la responsabilidad estatal.

Respeto al elemento: Imputación del daño a las autoridades públicas, la Corte Constitucional ha reiterado la posición tomada por el Consejo Estado, que ha sostenido que para imponer al Estado la obligación de reparar un daño es necesario, que además de constatar su antijuridicidad, hacer un juicio de imputabilidad que permita encontrar un título jurídico distinto de la mera causalidad material: la imputatio y la imputatio facti.

### ***1.2.2. FUENTES DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO***

Podemos distinguir las siguientes:

- Cláusula General de Responsabilidad o responsabilidad por el daño antijurídico. Sus elementos centrales son el daño antijurídico y la imputación al Estado.
- Régimen de Responsabilidad Subjetiva. Es la llamada Culpa, Falta o Falla del servicio.

Se presenta cuando la administración no ha actuado cuando debía hacerlo, ha actuado mal o ha actuado en forma tardía. Se requiere que el servicio haya sido defectuoso por la acción u omisión dolosa del servidor público.

Hay 2 modalidades:

Falla probada del servicio: el actor debe probar cada uno de los elementos o requisitos de la responsabilidad del Estado: El hecho, la culpa y la relación o nexo causal

Falla presunta del servicio. Su fundamento se dio en consideración a que el Estado para el cumplimiento de sus fines y a través de sus agentes, realiza actividades peligrosas que implican riesgos para los administrados, siendo susceptibles de causar daños.

***1.2.3. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA O SIN FALLA O SIN CULPA.***

En este tipo de responsabilidad no entra en juego la falla del servicio. Se debe probar el hecho y el perjuicio causado por el hecho. Se aplica: La Teoría de la Presunción de Responsabilidad, algunos ejemplos pueden ser:

- Daños ocasionados con cosas o actividades peligrosas.
- Daños sufridos por los conscriptos.
- Daños sufridos por los reclusos o personas privadas de la libertad.
- Daños ocasionados a los pacientes internos en centros asistenciales.
- Daños a estudiantes en establecimientos educativos oficiales.
- Responsabilidad por riesgo excepcional.
- Responsabilidad por trabajos públicos.
- Responsabilidad por daño especial.
- Responsabilidad por la expropiación u ocupación de inmuebles en tiempo de guerra.
- Responsabilidad por el almacenaje de mercancías.
- Responsabilidad por el acto administrativo ilegal

Al contrario de lo que sucede con la teoría clásica de la culpa, los expositores de la teoría de la responsabilidad objetiva o teoría del riesgo como también se le conoce, afirman que el fundamento de la responsabilidad se encuentra en el hecho que produjo el resultado dañoso, sin importar si este fue cometido con culpa o dolo. Lo relevante para establecer una responsabilidad es la presencia del daño y la relación de causalidad entre el hecho o acción ejercida y el daño. No es necesario analizar si quien realizó la acción lo hizo de una forma dolosa o negligente. De ese estudio NO depende que se indemnice o no el perjuicio. Para indemnizar el perjuicio solo basta con demostrar la realización de una acción o la omisión y el nexo de causalidad entre ese actuar o esa omisión y el daño. Alessandri en su obra explica en forma muy clara la característica principal de la responsabilidad objetiva. Afirma, en efecto, que “La responsabilidad objetiva prescinde en absoluto de la conducta del sujeto, de su culpabilidad; en ella se atiende única y exclusivamente al daño producido. Basta éste para que su autor sea responsable cualquiera que haya sido su conducta, haya habido o no culpa o dolo de su parte. Es el hecho perjudicial, el hecho liso y llano y no el hecho culpable o doloso el que genera la responsabilidad” 27 26 Mazeaud, Henri – Leon – Jean.

Para entender la razón por la cual algunos autores desecharon como fundamento de la responsabilidad la teoría clásica de la culpa y en su lugar acogieron la nueva teoría del riesgo, es necesario comprender las circunstancias sociales y “culturales” que reinaban para la época en que esta teoría fue expresada. Pues bien, esta teoría fue propuesta a mediados del siglo XIX, período en que se presentaba un gran desarrollo científico e industrial, es la conocida época de la “Revolución Industrial” en la cual se manifiesta un gran auge del maquinismo, donde las máquinas empezaron a intervenir en toda la esfera social trayendo consigo a la vez, grandes beneficios, pero también un gran incremento de accidentes que producían a su vez una serie de daños y perjuicios los cuales era necesario indemnizar. Pero como en la mayoría de las veces los accidentes los

causaban las máquinas, cuyo funcionamiento era complicado y sus diseños lo eran aún más, resultaba muy difícil, casi imposible, para la víctima entrar a demostrar la culpa o el dolo con el que se produjo un determinado daño, trayendo esto como consecuencia que en muchas ocasiones, la víctima de un daño generado por una máquina, quedaba sin recibir la debida indemnización a que tenía derecho, lo cual evidentemente atentaba contra la equidad y la justicia social. Estas fueron las razones que impulsaron a varios autores, especialmente a Josserand, a proponer la teoría de la responsabilidad objetiva, en la cual se liberaba a la víctima del daño, de entrar a demostrar la culpa o dolo con que fue producido el daño, para así lograr la indemnización de los perjuicios. Otros autores, conscientes de la injusticia e iniquidad que se estaba presentando, propusieron otras teorías que, sin llegar al extremo de desaparecer el concepto de culpa, sí facilitaron a la víctima la consecución de la indemnización de los perjuicios

Son las teorías intermedias, dentro de las cuales se destacan la teoría del abuso de los derechos, la obligación de seguridad a favor de la víctima y las presunciones legales o judiciales que invierten la carga de la prueba, esto es, que ya no corresponde a la víctima demostrar la culpa o dolo, sino que se presume responsable al autor del daño y es este quien debe probar lo contrario

Dicha teoría de la responsabilidad objetiva o teoría del riesgo, surgió debido a la necesidad de dejar indemnes a aquellas víctimas que sufrieron daños causados por el auge de las máquinas en la vida social y que aplicando la teoría clásica de la culpa no era posible reparar el perjuicio puesto que no quedaba debidamente demostrado el hecho doloso o culposo. Son varios los criterios expuestos como fundamento de dicha tesis, dentro de los cuales los más reconocidos son aquellos que manifiestan que quien crea un riesgo en provecho y beneficio propio está obligado a indemnizar las consecuencias dañosas que este hecho genere

#### **1.2.4. FALLA PROBADA DEL SERVICIO.**

Este sistema por mucho tiempo ha sido considerado como el régimen común de responsabilidad estatal, ha sido el que en mayor número de ocasiones ha venido aplicando tanto el Consejo de Estado como los tribunales seccionales de lo contencioso administrativo. Elementos Constitutivos: Falta o falla del servicio: Es el hecho dañoso causado por la violación del contenido obligacional a cargo del estado, contenido obligacional que se puede derivar de textos específicos como los son las leyes, reglamentos o estatutos que establecen las obligaciones y deberes del Estado y sus servidores, también de deberes específicos impuestos a los funcionarios y el estado, o de la función genérica que tiene el Estado y se encuentra consagrada en la Constitución Política en el artículo segundo el cual en su segundo párrafo establece “Las autoridades de la república está instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra y bienes, creencias y demás derechos y libertades y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”

El Consejo de Estado también la ha definido como aquella que se presenta cuando el servicio funciona mal, no funciona o funciona tardíamente. Esta es la noción que inicialmente acogió la corporación, pero que más tarde y con el fin de darle un encuadre más jurídico, modificó para adoptar la de la violación del contenido obligacional, aunque esto no ha sido óbice para que el Consejo siga aplicando la noción “descriptiva” del funcionamiento. Este elemento es de vital importancia razón por la cual el afectado al momento de pretender una indemnización, debe probar la ocurrencia de dicha falla, pues en caso de que no lo haga, sus pretensiones serán desechadas y no logrará la indemnización. ¿Es un requisito muy exigente, pues se reclama tradicionalmente por la jurisprudencia, que el actor suministre la prueba plena de las condiciones de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos que se suponen fueron la causa del perjuicio, es decir, el

demandante no sólo debe probar cómo se produjeron los hechos que supone constitutivos de la falla, sino cuándo y dónde ocurrieron ellos? Perjuicio: Consistente en el menoscabo que sufre el patrimonio de la víctima (perjuicio patrimonial) y/o en las lesiones que afectan sus bienes extra patrimoniales y que pueden consistir bien en el daño moral, ora en los daños fisiológicos o en las alteraciones en las condiciones de existencia que, aunque no han sido todavía reconocidos por el Consejo de Estado colombiano, están latentes (perjuicios extra patrimoniales).

#### **1.2.5. FALLA PRESUNTA DEL SERVICIO**

Este es un régimen intermedio entre el sistema de la falla probada y los regímenes objetivos, en el cual se sigue aplicando el concepto de falla del servicio, pero en cierto modo inverso, puesto que es la entidad demandada quien tiene la mayor carga probatoria. Esto es así como reacción al hecho de que en muchas situaciones se negó la indemnización de los perjuicios causados por el Estado debido a que en el sistema de la falla probada los requerimientos probatorios son muy exigentes y en algunos casos muy difíciles de cumplir generándose así una iniquidad, entonces como respuesta a tal injusticia el Consejo de Estado empieza a arraigar en la jurisprudencia la teoría de la falla presunta. Elementos Constitutivos: La falla del servicio, se presume esto hace que la carga probatoria en cabeza del demandante se aligera y por tal razón sólo debe acreditar: Perjuicio: Al actor le incumbe demostrar que ha sufrido un perjuicio el cual como se vio anteriormente puede ser patrimonial o extra patrimonial.

Nexo causal entre el perjuicio y el hecho de la administración, al demandante le compete establecer dicha relación. Causales de Exoneración La entidad demandada se libera de responsabilidad en primer lugar demostrando que su actuación fue en grado sumo prudente y diligente y que no fue omisiva, es decir, acreditado que se adoptaron, con diligencia y cuidado, todas las medidas necesarias al realizar la actuación y por tal razón no se compromete la

responsabilidad. Se exime de responsabilidad también cuando demuestre la presencia de la causa extraña, es decir, fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima y el hecho exclusivo y determinante de un tercero. El caso fortuito no exonera pues probar la ocurrencia de este es lo mismo que mostrar la ausencia de culpa, y en los casos de presunción de culpa no basta con demostrar la ausencia de culpa, sino que es necesario probar que la actuación se realizó de forma prudente y diligente.

El Consejo de Estado ha aplicado este sistema primordialmente en los eventos de responsabilidad del estado por perjuicios ocasionados con armas de dotación oficial afirmando que en estos sucesos se está frente a un caso de presunción de falla y esto es así debido a que en materia de responsabilidad civil el código civil en el artículo 2356 establece una presunción de culpa sobre aquellos que disparen imprudentemente un arma de fuego y no hay razón alguna para que en materia de responsabilidad administrativa esto se trate de forma diferente, por eso cuando se está frente a un caso en que el perjuicio haya sido causado por un disparo de arma de dotación oficial, este al igual que en derecho civil debe ser tomado como una presunción de falla.

El otro evento en que el Consejo de Estado ha aplicado este régimen intermedio es el de los perjuicios ocasionados por el servicio médico y se fundamenta en una cuestión meramente probatoria, puesto que es más fácil para el médico comprobar que su actuación fue en sumo grado prudente y diligente, que tomó todas las medidas necesarias que el estado de la técnica en medicina exige, a que el demandante tenga que entrar a probar que el médico se equivocó, que actuó mal o negligentemente al operar o hacer su trabajo, pues es muy difícil entrar a calificar la actuación de un médico si no se es uno, el Consejo de 38 Estado ha venido sosteniendo que en el caso de perjuicios ocasionados por el servicio médico, la falla del servicio se presume y es al médico a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción, pues es más fácil para él desvirtuar la falla que para el paciente demostrarla

### **1.2.6. REGÍMENES OBJETIVOS**

Estos regímenes están constituidos por aquellos eventos en los cuales el Estado compromete su responsabilidad sin necesidad de que medie el elemento subjetivo es decir la culpa o falla del servicio, ya sea presunta o probada. Elementos Constitutivos: El juez en estos casos no realiza un análisis en la conducta del ente, simplemente verifica la existencia o presencia de los elementos constitutivos de estos regímenes los cuales son: El hecho, es decir la acción u omisión del ente estatal. Perjuicio, el cual debe ser consecuencia de dicha acción u omisión que realice el estado. Sentencia del Consejo de Estado, Sección 3ª, Julio 30 de 1992. Exp. 6897 M.P. Daniel Suárez Hernández y Sentencia del Consejo de Estado, Sección 3ª, agosto 24 de 1992. Exp. 6754 M.P. Carlos Betancur Jaramillo. 39 3.4.2. Causales de Exoneración En estos regímenes el Estado se libera de toda responsabilidad si demuestra la ocurrencia de la fuerza mayor o del hecho exclusivo de la víctima. Daño Especial: Se presenta esta clase de responsabilidad, cuando el Estado en el ejercicio de sus funciones y obrando dentro de su competencia y ceñido a la ley, produce con su actuación perjuicios a los administrados, perjuicios que son especiales y anormales en el sentido que implican una carga o sacrificio adicional al que los administrados normalmente deben soportar por el hecho de vivir en sociedad.

Se fundamenta esta teoría del daño especial en que los asociados por el simple hecho de vivir en sociedad deben soportar las cargas que implica el funcionamiento del aparato estatal cargas que son iguales para todos los administrados, (por eso se habla de la igualdad de los ciudadanos ante la ley y las cargas públicas). Pero cuando dichas cargas ya no son iguales, cuando el equilibrio se rompe y ese principio de igualdad se pierde así sea por el obrar legítimo de la administración, es necesario restablecer el equilibrio y esto se logra a través de la indemnización de los perjuicios ocasionados. El Consejo de Estado ha manifestado en diferentes oportunidades que esta teoría es

de aplicación excepcional y subsidiaria, por lo tanto, sólo se aplicará en los eventos en que el caso concreto que se estudia no pueda ser subsumido dentro de los diferentes regímenes de responsabilidad consagrados.

Expropiación y ocupación de inmuebles en caso de guerra Esta teoría se fundamenta en el artículo 58 de la Constitución Política, pero en el fondo su fundamento también radica en la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas. Se da aplicación a este régimen cuando se demuestra que el hecho de la expropiación u ocupación temporal para el caso de guerra es necesario para restablecer el orden público y constituye una típica responsabilidad objetiva porque no se entra a analizar la culpabilidad o falla del servicio en el caso, sino que una vez se demuestre la presencia de los elementos constitutivos establecidos por la constitución se indemnizarán los perjuicios a los afectados. Riesgo Excepcional El Consejo de Estado en sentencia del 20 de febrero de 1989 de forma magistral define esta teoría en los siguientes términos: “Según esta teoría, el Estado compromete su responsabilidad cuando quiera que en la construcción de una obra o en la prestación de un servicio, desarrollados en beneficio de la comunidad, emplea medios o utiliza recursos que colocan a los administrados, bien en sus personas o en sus patrimonios, en situación de quedar expuestos a experimentar un ‘riesgo de naturaleza excepcional’ que, dada su particular gravedad, excede notoriamente las cargas que normalmente han de soportar los administrados como contrapartida de los beneficios que derivan de la ejecución de la obra o de la prestación del servicio”.

Se fundamenta esta teoría también en el principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley y las cargas públicas y se presenta en los casos en que el Estado en la elaboración de una obra pública o en la prestación de los servicios a su cargo, se vale de ciertos recursos que aunque necesarios para el trabajo, sitúan a los administrados bajo un riesgo especial o particular el cual es

superior o mayor al que normalmente se está obligado a tolerar; cuando esto suceda es deber del estado indemnizar los perjuicios que cause y esto como contrapartida de las ventajas obtenidas por las obras realizadas o servicios prestados. Las condiciones requeridas para la estructuración de la responsabilidad por riesgo excepcional son: En desarrollo de una obra o actividad de servicio público, la administración emplea recursos o medios que coloquen a los administrados o a sus bienes en una situación de quedar expuestos a un riesgo, que dada su gravedad excede las cargas que normalmente deben soportar los ciudadanos, como contrapartida de las ventajas que reportan de la actividad o servicio.

Si el riesgo así creado por la administración se realiza, esto es, se materializa, se produce un daño indemnizable. Consejo de Estado, Sección Tercera, febrero 20 de 1989 Expediente No. 4655 MP. Antonio J. De Irisarri Restrepo. Conlleva por lo general el ejercicio de actividades peligrosas como son, la conducción de redes de energía eléctrica, manejo y transporte de explosivos, uso de armas de fuego y conducción de vehículos automotores. Privación injusta de la libertad (Artículo 414 del Código de Procedimiento Penal) “Indemnización por privación injusta de la libertad: Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios. Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiese sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave” Este tema ha sido examinado por el Consejo de Estado en varias oportunidades en las cuales ha manifestado que en el caso del artículo 414 del C.P.P se está frente a una típica responsabilidad objetiva en la cual no es importante que el juez analice la conducta o intención de quien emite la orden ni tampoco le corresponde al actor entrar a demostrar que dicha orden se basa en un error. No, en este caso

específico solo basta con demostrar el daño causado con dicha orden y presentar la providencia absolutoria en la que consta o que el hecho no existió, o que él no lo cometió o que su conducta no constituye hecho punible. Basta con que demuestre los requisitos del artículo 414 para que se decrete la responsabilidad del Estado.

Así en sentencia del 15 de septiembre de 1994 (Exp. 9391; Actor: Alberto Uribe Oñate; MP.: Uribe Acosta<sup>36</sup>) manifiesta dicha corporación: “La responsabilidad que se deduce del artículo 414 del Código de Procedimiento Penal es objetiva, por lo cual resulta irrelevante el estudio de la conducta del juez o magistrado para tratar de definir si por parte de él hubo dolo o culpa”. “En la legislación colombiana, el artículo 414 del C. de P.P es uno de los pocos casos en que el legislador ha resuelto, por ley, la situación fáctica, no dejándole al juez ninguna alternativa distinta de valoración jurídica, es decir que no le está permitido manejar la faceta relativa que ostenta la falla del servicio” En la sentencia del 12 de diciembre de 1996 (Exp. 10.229; Actor: José Angel Zabala Méndez, MP. : Betancur Jaramillo<sup>37</sup>), el Consejo de Estado expresa: “De acuerdo con dicha norma (art. 414 del C. de P.P) en los casos en que una persona sea privada de su libertad por ser sindicada de la comisión de un delito y posteriormente exonerada por una providencia definitiva en la cual se establezca que no cometió el hecho que se le imputó, nace la responsabilidad para el Estado, sin que pueda el juzgador exigir ningún requisito adicional para configurarla”. “Se reitera que es un tipo de responsabilidad objetiva en la medida en que no requiere la existencia de falla del servicio, razón por la cual no tiene ninguna incidencia la determinación de sí en la providencia que ordenó la privación de la libertad hubo o no error judicial; y no es posible la exoneración de responsabilidad de la administración con la sola prueba de diligencia que en este caso se traduciría en la demostración de que la providencia estuvo ajustada a la ley”

## Capítulo II

### **2.2 RESPONSABILIDAD MÉDICA.**

La Constitución Política dispone en su artículo 1 que, Colombia es un Estado Social de Derecho, con lo cual se instauran como sus pilares, la protección y materialización de los derechos fundamentales, el respeto a la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad y la prevalencia del interés general.

Sobre el particular, Durán (2001), citado por González Monroy (2007), afirma lo siguiente:

El ordenamiento constitucional da prevalencia al ser humano como sujeto de derechos ya que procura satisfacer por intermedio de su administración, las necesidades básicas insatisfechas de los individuos; distribuye bienes y servicios que permiten el logro de un estándar de vida más elevado, convirtiendo a los derechos económicos y sociales en conquistas en permanente realización y perfeccionamiento, en donde el Estado se despliega en programas de acción, que derivan en sí mismos de la Constitución y no de la ley, vinculando por ello, al ejecutivo, al legislador y al poder jurisdiccional. (p. 1).

Con base en lo anterior puede indicarse que, el Estado es el responsable de garantizar los derechos fundamentales de los individuos, entre otros, la salud, tal como se analizará en los párrafos subsiguientes.

Por su parte, González Monroy (2007), ha señalado que:

Dentro del marco de los derechos sociales y económicos, se consagra la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio, sometido a la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que la misma ley establece. Este servicio, es reconocido correlativamente

a todos los habitantes del territorio nacional, su efectividad debe ser garantizada por el Estado y su alcance es el suministro integral de los medios necesarios para el restablecimiento de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados y la preservación de la garantía de llevar una existencia en condiciones dignas. (Artículo 48, incisos 1 y 2, Constitución Política de Colombia). (p. 1-2).

Así las cosas, uno de los elementos fundamentales que integran la seguridad social, es la salud, la cual debe ser prestada y coordinada por el Estado a través de sus instituciones prestadoras de los servicios de salud.

Con el fin de garantizar la cobertura y expansión el precitado derecho, el Estado ha requerido, en el marco de los lineamientos impuestos por la misma Constitución y la ley, su evolución política, económica, legislativa y técnica y, en este sentido, ha sido consagrada su obligación de velar por su satisfacción, con el fin de evitar la afectación de otros derechos, como la vida, el cual tiene conexidad directa con el derecho a la salud, siendo precisamente en esta situación donde se manifiesta la responsabilidad que tiene el Estado de proteger a sus ciudadanos y los derechos que les asisten. (González Monroy, 2007).

Al respecto la Corte Constitucional, en su Sentencia T-845 de 2006 M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño, estableció que:

La salud, es un derecho fundamental autónomo tutelable de manera directa; es decir que el servicio público de salud es una de las actividades esenciales del Estado cuya prestación de manera oportuna y eficaz deben ser garantizadas por aquél con el fin de garantizar la vida e integridad de los administrados. En Colombia, esta obligación que le asiste al Estado de garantizar la prestación del servicio público de salud, la cumple por medio de la red de

hospitales e instituciones de salud públicas, en su mayoría Empresas Sociales del Estado, pero allí no termina su deber, ya que debe hacerlo de manera oportuna y eficiente so pena de incurrir en una vulneración al derecho a la salud que como fundamental y autónomo que es, no sólo es susceptible de protección constitucional directa por la vía de la tutela sino que su vulneración constituye un perjuicio en sí mismo indemnizable.

En el servicio público de salud, por ser un deber prestacional del Estado, puede generarse en el cumplimiento de la prestación del servicio por parte de los profesionales de la salud, una mala prestación del servicio, una negligencia, falta de oportunidad o diligencia en la atención, lo cual al generar perjuicios a los pacientes, es reclamado ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, mediante una acción de reparación directa, a fin de que le sean resarcidos los perjuicios ocasionados, lo cual a su vez afecta a los administrados.

De acuerdo con la Procuraduría Cuarta Delegada ante el Consejo de Estado (2011), “el análisis de la responsabilidad del Estado debe adelantarse con base en el artículo 90 de la Carta Política, según el cual, el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”. (Concepto de Conciliación No. 17).

En lo que se refiere a la responsabilidad del Estado, González Monroy (2007), afirma que:

Esta responsabilidad se traduce en la obligación que tiene el Estado de reparar los daños que ocasione cuando lesiona un interés o un bien jurídicamente tutelado, ya que aquí será reparado aquel daño que tenga la connotación de antijurídico y que como tal haya sido generado por la actividad u omisión de un ente público, cláusula que está contemplada en el artículo 90 de la Carta Política. En otros términos, el Estado responderá patrimonialmente (responsabilidad extracontractual) por la muerte o el daño en la salud de

una persona, ya que se estaría ante una falla en el servicio y por ende será el Estado quien responda por su acción u omisión, según el caso. (p. 2).

Así las cosas, resulta necesario poner de presente que, la práctica profesional de la medicina definida como “una actividad compleja en razón a los riesgos que apareja, no se encuentra exenta de generar daños o perjuicios de los cuales se pueda exigir reparación por vía judicial” (Jiménez Bará, 2012, p. 4); generándose así la responsabilidad del Estado, la cual deriva de los daños generados con ocasión de la prestación del servicio de salud, y que ha sido abordada de manera permanente por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

En lo que se refiere al régimen jurídico aplicable a los supuestos en los cuales se reclama el reconocimiento de responsabilidad extracontractual del Estado, ocasionada por los daños causados por razón de las actividades médico-asistenciales, ha tenido una importante evolución, la cual resume la Sección Tercera - Subsección B del Consejo de Estado (Expediente: 050012331000-1998-01220-01 (41.334) del 18 de octubre de 2011), con ponencia de la Consejera Stella Conto Díaz del Castillo, en los siguientes términos:

La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, respecto del régimen de responsabilidad aplicable en los casos en que se cuestiona la atención médica suministrada a un paciente, ha evolucionado de manera ostensible. Inicialmente, utilizó el enfoque según el cual, era menester probar la falla del servicio sobre la base de que la prestación del servicio médico asistencial contenía, en sí mismo, una obligación de medio y no de resultado. Dicha tendencia fue revaluada planteándose que lo que se configuraba era un régimen de falla por inferencia, para lo cual bastaba acreditar las circunstancias que rodearon el caso de las cuales se pudiera deducir el resultado dañino bajo el cual, era suficiente la demostración del daño y del nexo causal, para que se configurara la responsabilidad de la administración

misma que solo podía exonerarse demostrando, que había actuado con total diligencia. La anterior tendencia, fue sustituida por la que se denominó régimen de falla presunta, bajo el cual, bastaba la demostración del daño y del nexo causal, para que se configurara la responsabilidad de la administración; la que solo podía exonerarse demostrando, a su vez, que actuó con entera diligencia; más adelante, esta última orientación se convirtió en la teoría de la inversión de la carga probatoria, la cual, colocó en cabeza de los profesionales de la medicina y de los establecimientos que brindan atención médica, el deber de demostrar los procedimientos aplicados y su idoneidad, dado su alto contenido técnico y científico, los cuales, por su especialidad y complejidad, resultarían muy difíciles de probar para los demandantes. (Troncoso, 2015)

Posteriormente, esta línea de abordaje jurisprudencial fue sustituida por la teoría de la carga dinámica de la prueba, según la cual, corresponde a la parte actora demostrar los hechos en los cuales fundamenta sus pretensiones, así como el aportar las pruebas que tenga en su poder; la teoría de la carga dinámica de la prueba parte de la consideración de que en algunos eventos, a pesar de la especialidad de las ciencias médicas, la parte actora, podría estar en capacidad o contar con los medios para demostrar que la prestación del servicio médico fue deficiente, y que como consecuencia de ello, se le ocasionó un daño antijurídico susceptible de indemnización. (Moreno Chacón, 2012)

Para Moreno Chacón (2012) sin importar el régimen de responsabilidad que sea aplicado a un caso en concreto, existe un factor en materia de responsabilidad médica que se mantiene a lo largo su evolución, el cual consiste que de ninguna manera se ha eximido al actor de la obligación de demostrar por lo menos: i) la existencia del daño y ii) la existencia además de un nexo de causalidad entre el daño y la actividad de la administración.

Como conclusión de lo anterior podemos señalar que, en lo que respecta a la evolución del régimen jurídico aplicable a la responsabilidad extracontractual del Estado, su estudio ha pasado por cuatro enfoques así: 1. Falla del servicio (obligación de medio y no de resultado); 2. Régimen de falla por inferencia (se deben acreditar las circunstancias que rodearon el hecho dañino, lo cual era suficiente la demostración del daño y del nexo causal); 3. Régimen de la falla presunta (demostración del daño y el nexo causal); y, 4. Carga dinámica de la prueba (demostrar los hechos, aportar las pruebas para demostrar que el servicio fue deficiente y produjo el daño antijurídico).

### ***Tipos especiales de daños antijurídicos que pueden darse en la responsabilidad médica del Estado***

El desarrollo jurisprudencial otorgado por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, al tema de la responsabilidad extra-contractual y patrimonial del Estado por falla en el servicio médico, ha generado el establecimiento de una clasificación frente a los tipos especiales de daños antijurídicos que pueden surgir por la responsabilidad médica del Estado, en el ejercicio de la prestación del servicio de salud, como son: a. La omisión o prestación deficiente del servicio; b. La pérdida de una oportunidad o chance por omisión o error; y, c. Pérdida de la oportunidad por no informar oportunamente sobre los riesgos. (Moreno Chacón, 2012)

#### ***La omisión o prestación deficiente del servicio***

En relación a este tipo de daño antijurídico, el Consejo de Estado ha precisado lo siguiente: “El Estado es patrimonialmente responsable de los daños que se deriven de la omisión en la prestación del servicio médico o de su prestación deficiente, cuando tales daños se producen como

consecuencia de esa omisión o deficiencia”. (Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 27 abril de 2011, exp: 20502. M.P: Ruth Stella Correa Palacio).

Este tipo de daño antijurídico se ocasiona cuando, la prestación asistencial a un paciente no le es brindada de manera diligente, utilizando todos los medios técnicos y científicos de los que deben disponer, vulnerando con ello su derecho a la asistencia en salud. (Moreno Chacón, 2012)

Es este uno de los tipos de daños antijurídicos a que más los juristas tratándose de responsabilidad del Estado por falla en la prestación del servicio médico, se refieren, especialmente porque muchos pacientes han muerto por no haber sido atendidos oportuna y eficazmente.

### ***La pérdida de una oportunidad o chance por omisión o error***

Sobre este tipo de daño antijurídico, el Consejo de Estado, ha afirmado lo siguiente: “Debe advertirse que para que haya lugar a la reparación no es necesario acreditar que una adecuada prestación del servicio médico asistencial hubiera impedido el daño, pues basta con establecer que la falla del servicio le restó al paciente oportunidades de sobrevivir o de curarse. Se trata, en este caso, de lo que la doctrina ha considerado como la “pérdida de una oportunidad”. (Consejo de Estado, Auto de 10 de junio de 2004, exp. 25416).

En la determinación de este tipo de daño antijurídico, “la pérdida de la oportunidad debe ser demostrada de manera científica, estableciendo cual era la posibilidad real del paciente de recuperar su salud o preservar su vida, y que esa expectativa real haya sido frustrada por omisiones o erradas acciones en la actuación médica”. (Consejo de Estado, Sentencia de 31 de agosto de 2006, exp: 15772).

Este tipo de daño antijurídico es aplicable solo en los casos en los cuales las omisiones o acciones erradas de la actuación médica, sean probadas científicamente como causantes de la no recuperación de la salud del paciente, o la no preservación del derecho a la vida. (Moreno Chacón, 2012).

***Pérdida de la oportunidad por no informar oportunamente sobre los riesgos***

Sobre este tipo de daño antijurídico, el Consejo de Estado ha manifestado lo siguiente:

“El no informar al paciente de manera clara, suficiente y previa al tratamiento que se pretende realizar, hace que el médico tratante asuma la responsabilidad por los riesgos previstos y daños derivados de dichos riesgos que eventualmente se puedan presentar durante la ejecución del tratamiento sin importar que no haya incurrido en ningún tipo de negligencia, descuido o culpa en su actuar terapéutico. Estamos, entonces, frente a una auténtica responsabilidad objetiva de imputación por riesgo y la cual se mezcla con la teoría de la pérdida de una oportunidad así: se le imputa al médico que no ha obtenido el consentimiento informado idóneo del paciente todo daño que se derive de riesgos previstos del tratamiento a que se somete el paciente sin su consentimiento y además el daño consistente en haberle hecho perder la chance de “optar por someterse o rehusar la intervención médica y con ello perder la oportunidad de no resultar afectado por una intervención que podía aceptar o no”. (Consejo de Estado, Sentencia de 24 de enero de 2002, exp. 12.706).

Este tipo de daño antijurídico se aplica especialmente, cuando el médico no informa oportunamente, y de manera clara, precisa, suficiente y previa a un tratamiento, al paciente los riesgos que podrían derivarse de su realización, es decir no se obtiene el consentimiento informado

por parte del paciente, o no se le da la oportunidad de elegir entre realizárselo o no. (Moreno Chacón, 2012).

### ***Infecciones Nosocomiales***

Para la Organización Mundial de la Salud – OMS-, las IAAS, también denominadas infecciones «nosocomiales» u «hospitalarias», son infecciones contraídas por un paciente durante su tratamiento en un hospital u otro centro sanitario y que dicho paciente no tenía ni estaba incubando en el momento de su ingreso.

Aunado a lo anterior, las IAAS pueden afectar a pacientes en cualquier tipo de entorno en el que reciban atención sanitaria, y pueden aparecer también después de que el paciente reciba el alta. Asimismo, incluyen las infecciones ocupacionales contraídas por el personal sanitario.

Sobre el particular la OMS también ha manifestado que, las IAAS son el evento adverso más frecuente durante la prestación de atención sanitaria, y ninguna institución ni país puede afirmar que ha resuelto el problema. Según los datos de varios países, se calcula que cada año cientos de millones de pacientes de todo el mundo se ven afectados por IAAS. La carga de IAAS es varias veces superior en los países de ingresos bajos y medianos que en los países de ingresos altos.

Cada día, las IAAS provocan la prolongación de las estancias hospitalarias, discapacidad a largo plazo, una mayor resistencia de los microorganismos a los antimicrobianos, enormes costos adicionales para los sistemas de salud, elevados costos para los pacientes y sus familias, y muertes innecesarias.

Aunque las IAAS son el evento adverso más frecuente en la atención sanitaria, su verdadera carga mundial aún no se conoce con exactitud debido a la dificultad de reunir datos

fiables: la mayoría de los países carece de sistemas de vigilancia de las IAAS, y aquellos que disponen de ellos se ven confrontados con la complejidad y la falta de uniformidad de los criterios para diagnosticarlas. ([https://www.who.int/gpsc/country\\_work/burden\\_hcai/es/](https://www.who.int/gpsc/country_work/burden_hcai/es/))

### ***Lex Artis Médica***

En palabras de Carrasquilla Díaz, 2018, la locución latina Lex Artis, literalmente "Ley del Arte" o regla de la técnica de actuación de la profesión de la cual se trata, ha sido empleada para referirse a un cierto sentido de apreciación sobre si la tarea ejecutada por un profesional es o no correcta o se ajusta o no a lo que debe hacerse; en definitiva, si corresponde con la actuación de un buen profesional, un buen técnico o un buen artesano. Es decir, se intenta calificar si la actuación del profesional se ajusta al concepto de excelencia en el momento en que se juzga dicha actuación.

La Lex Artis se aplica para la medición de la obra o el resultado obtenido por un profesional.

"...Es el criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del acto y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida derivando de ello tanto el acervo de exigencias o requisitos de legitimación a actuación lícita, de la correspondiente eficacia de los servicios prestados y, en particular, de la posible responsabilidad de su autor/médico por el resultado de su intervención o acto médico ejecutado..." (Morillas Cueva, 2009)

La medicina como toda ciencia practicada por el hombre ha venido evolucionando a través de la experiencia que da la práctica y obviamente, se ha desarrollado gracias a la rigurosa investigación científica que se realiza con la finalidad de lograr mejores resultados y hallar nuevos descubrimientos en beneficio de la salud y bienestar de los individuos. Por consiguiente, mediante el desarrollo evolutivo logrado a través de los años en los que se lleva practicando esta profesión, es que se ha conseguido establecer una serie de procedimientos y protocolos aceptados, los cuales, se pueden realizar y ejecutar al momento de atender los diferentes casos clínicos que la ciencia médica deba conocer y tratar a través de sus profesionales. Es decir, que dicha experiencia que ha sido adquirida se condensa en lo que se conoce como la *lex artis*, que significa regla del arte y que comúnmente se utiliza para “referirse a un cierto sentido de apreciación sobre si la tarea ejecutada por un profesional es o no correcta o se ajusta o no a lo que debe hacerse” (Valencia, 2001, p. 21).

Por lo tanto, se puede definir a la *Lex artis* “como el conjunto de reglas para el ejercicio médico contenidas en la literatura universalmente aceptada, que establece los medios ordinarios para la atención médica y los criterios valorativos para su empleo” (Dubón, Mendoza y Romero, 2012, p.43).

A su vez, la *lex artis* se encuentra constituida por 4 elementos que son mencionados por Valencia (2001, p. 22) y que son los siguientes: un profesional idóneo, quien debe dominar la materia y contar con los conocimientos necesarios para poder ejercer la medicina sin temeridad; un estudio y análisis previo del paciente; el empleo de técnicas y medios convenientes con aceptación universal, y finalmente; por el consentimiento informado del cual se hablará a continuación, pero que implica la autorización que el paciente le otorga al médico con el fin de que pueda realizar el procedimiento propuesto una vez que haya sido informado de los pormenores del mismo.

Es por ello, que la *lex artis* se configura como un instrumento de importante relevancia dentro de la institución jurídica de la responsabilidad médica, esto es así, debido a que le impone al profesional “actuar con la diligencia debida para luchar por el bienestar del paciente y de la humanidad, evitando el dolor y el sufrimiento”.

En consecuencia, a partir de la *lex artis* es que se puede determinar cuál es el riesgo permitido en el ejercicio de la profesión médica, con el fin de que se declare o no una responsabilidad, cuando estos parámetros se ven vulnerados por la impericia, negligencia o imprudencia del galeno.

Lo anterior es así, debido a que como ya se mencionó con anterioridad, la *lex artis* le exige al profesional velar por la salud del paciente, por su recuperación y mejoría, por lo tanto, a través de ella se asume una posición de garante que se materializa a través de un “diagnóstico, tratamiento o pos-tratamiento capaz de generar una lesión al bien jurídico que se había podido evitar -por ser previsible- de haber actuado el agente con las precauciones técnicas del caso” (Carrasquilla Díaz, 2018)

Es decir, que desde el instante mismo que el médico inicia su relación con el paciente, ya se asume la posición de garante y por lo tanto a partir de ese momento el galeno deberá tomar todas las precauciones necesarias y utilizar todos los mecanismos técnicos aprobados universalmente para no causar un daño en el paciente, generándose una responsabilidad cuando como consecuencia del incumplimiento de los presupuestos de la *lex artis* por imprudencia, impericia o negligencia se crea un riesgo jurídicamente desaprobado que se concreta en un resultado previsible.

Es así, que con el fin de determinar la responsabilidad de un profesional de la medicina, le corresponderá observar al juez como prepuesto principal para el análisis del caso, que el daño ocasionado al paciente se haya originado en primer lugar, como consecuencia de la infracción de la lex artis por imprudencia, negligencia o impericia, debido a que ello conllevará a determinar si se ha creado un riesgo jurídicamente reprochable o si un riesgo que es legítimamente permitido ha sido elevado por la acción o por la omisión culposa del galeno.

## Capítulo III

### **3.1 EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD**

#### **3.1.1 Culpa Exclusiva de la Víctima**

Una de las causales de exoneración de responsabilidad extracontractual es la culpa de la víctima, según la cual, quien despliegue con su comportamiento la producción o contribución del hecho dañoso, por acción o por omisión, debe asumir la responsabilidad.

En este sentido, es importante anotar que el artículo 2357 del Código Civil dispone que “la apreciación del daño está sujeta a reducción si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente”. Por su parte, el artículo 70 de la Ley 270 de 1996 establece “el daño se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de la ley. En estos eventos se exonera de responsabilidad el Estado”.

Para los hermanos Mazeaud, el hecho de la víctima lleva consigo la absolución completa, cuando el presunto responsable pruebe la imprevisibilidad y la irresistibilidad del hecho de la víctima, cuando sea culposo y posea un vínculo de causalidad con el daño, produce una simple exoneración parcial: división de responsabilidad que se efectúa teniendo en cuenta la gravedad de la culpa de la víctima.

Así las cosas, para que el hecho de la víctima sea eximente total o parcial de la responsabilidad que se le imputa al agente, debe tener un nexo de causalidad único o compartido con el resultado y la conducta de la víctima y, no debe haber sido motivada por la conducta del agente. Es decir, “cuando la conducta de la víctima concurre total o parcialmente a la causación

del daño sin haber sido motivada ni propiciada por la conducta del agente, se produce la exoneración total o parcial de responsabilidad a favor de éste, según si la conducta adoptada por el agente tuvo alguna injerencia en la causación del daño”.

En síntesis, cuando se produce un accidente de tránsito y se presenta el cumplimiento de los elementos de responsabilidad civil extracontractual señalados, sin que se haya dado la presencia de un factor extraño en virtud del cual se rompe el nexo causal; se genera a cargo del actor, es decir, del guardián de la actividad y/o del vehículo, la obligación de indemnizar a la víctima la totalidad de los daños causados.

Es importante mencionar que en general, cualquier violación de las normas que establece el Código de Tránsito para peatones, conductores y demás agentes del tráfico constituye una causal eximente de responsabilidad civil por culpa de la víctima, cuando dicha conducta es adoptada por quien sufrió el daño, y a partir de ella se generó total o parcialmente el mismo.

Tal es el caso de la sentencia proferida por el Consejo de Estado el **26 de marzo de 2008**, en la que se estableció “(...) que un viandante asume las consecuencias de su actuación imprudente, si atraviesa una vía por sitios diferentes a las intersecciones debidamente demarcadas para realizar ese paso, no respeta las señales de tránsito y no verifica los riesgos existentes al realizar el cruce. (...) si se produce un accidente por el hecho del peatón, implica que éste se somete a las consecuencias que su actuar equivocado conlleva (...) por lo tanto, no le fue posible al conductor prever el accidente y realizar las acciones del caso para evitarlo”.

Conforme a la jurisprudencia, la culpa exclusiva de la víctima exonera total o parcial de la responsabilidad administrativa, de acuerdo con el grado de participación del afectado en la producción del daño; o lo que es lo mismo, para que la culpa exclusiva de la víctima opere en favor de la administración, es necesario que la conducta desplegada por aquella sea a la vez la causa del daño y la raíz determinante del mismo. **Se precisa que en realidad lo que exonera es el hecho exclusivo de la víctima, culpable o no**, a condición de que sea exclusivo y de que, revista las características de imprevisibilidad e irresistibilidad, propias de la fuerza mayor.

El hecho exclusivo y determinante de la víctima, o culpa exclusiva de la víctima, es, junto con el hecho de un tercero, la fuerza mayor y el caso fortuito, una de las causales que dan lugar a eximir de responsabilidad al Estado, o al particular al que se le imputa un daño, incluso en los escenarios de responsabilidad objetiva, donde la prueba de la diligencia y cuidado no tiene ningún efecto. Estas causales son comunes a la responsabilidad civil –derecho privado- y a la responsabilidad del Estado –derecho público-, de manera que se puede estudiar con elementos de ambos sistemas, pero distinguiendo al final los alcances de su aplicación.

Para comenzar, es preciso aclarar que el hecho exclusivo o culpa exclusiva de la víctima, se refiere a un fenómeno en el mundo de los hechos que genera la ruptura del nexo de causalidad en la imputación civil, o de la imputación fáctica en el escenario de la responsabilidad del Estado.

La imputación fáctica consiste en atribuir materialmente un daño, a una acción u omisión del Estado. El hecho exclusivo o culpa de la víctima, rompe con esta imputación fáctica pues significa que la acción u omisión determinante en la producción del resultado no fue la de la entidad si no la de la víctima del daño, y tiene esta potencialidad basado en el principio conforme al cual nadie puede alegar en su favor su propia culpa (*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*).

Para que la actuación de la víctima tenga la potencialidad de romper con la imputación en derecho civil, es necesario que cumpla, en principio, con dos requisitos: i) Nexo de causalidad con el resultado, el cual puede ser único o compartido, pero en todo caso determinante y, ii) El hecho que se imputa a la víctima no puede tener relación con el presunto causante, es decir, que este último no lo puede haber provocado o causado

El Consejo de Estado, aplicó también estos criterios del derecho civil, y expresando que para que la conducta de la víctima releve de responsabilidad al Estado es necesario que exista: “1) Una relación de causalidad entre el hecho de la víctima y el daño. Si el hecho del afectado es la causa única, exclusiva o determinante del daño, la exoneración es total. Por el contrario, si ese hecho no tuvo incidencia en la producción del daño, debe declararse la responsabilidad estatal. “2) El hecho de la víctima no debe ser imputable al ofensor, toda vez que si el comportamiento de aquella fue propiciado o impulsado por el ofensor, de manera tal que no le sea ajeno a éste, no podrá exonerarse de responsabilidad a la administración.” En razón a lo anterior, corresponde al Juez, respecto al hecho de la víctima “determinar, en cada caso concreto, si el proceder –activo u omisivo– de aquélla tuvo, o no, injerencia y en qué medida, en la producción del daño. En ese orden de ideas, resulta factible concluir que para que el hecho de la víctima tenga plenos efectos liberadores de la responsabilidad estatal, es necesario que la conducta desplegada por la víctima sea tanto la causa exclusiva, esto es, única del daño, como que constituya la raíz determinante del mismo, es decir que se trate de la causa adecuada”. Para comprender lo anterior, se realizarán algunas precisiones conceptuales en el siguiente sentido: i) Diferencia entre el “hecho” y la “culpa” exclusiva de la víctima, ii) culpa exclusiva y concurrencia de culpas y, no se debe perder de vista lo explicado anteriormente en este texto sobre la teoría de la causalidad adecuada y la teoría de la equivalencia de condiciones.

+ “Culpa exclusiva de la víctima” y “hecho exclusivo de la víctima” Tienen una diferencia significativa que tiene plenos efectos prácticos y, aunque suelen ser utilizadas indistintamente por la jurisprudencia y doctrina, es una imprecisión en la que no se debe caer, pues los efectos jurídicos son sustancialmente distintos. El primero –“culpa”- es la manera en que la teoría subjetivista denomina este fenómeno, pues en el marco de su pensamiento, es la culpa el elemento trascendente que conlleva a la producción del resultado, si no hay culpa, no se rompe el nexo de causalidad, por lo tanto, para que el resultado dañoso sea atribuible al hecho de la víctima, este último debe revestir la cualidad de culposo. Para los defensores de la teoría subjetivista, se debe caracterizar el hecho o la conducta de la víctima para saber si alcanza el calificativo de culpa; si el hecho de la víctima no es culposo, no exonera al presunto causante. Y los problemas son mayores cuando la víctima puede ejecutar hechos, pero no cometer culpa, como en el caso de los menores de 10 años y de los dementes que no son capaces de cometer culpa, como lo dispone el Código Civil. Los partidarios de esa tesis dicen que, aunque los hechos cometidos por las víctimas menores de 10 años o por los dementes sean determinantes en el resultado, no hay liberación porque ellos no son capaces de cometer culpa. (Martínez y Martínez, 2003, p.240) De otro lado, con el “hecho” exclusivo de la víctima, se identifican las teorías objetivas, en las cuales es el hecho el que se debe conectar causalmente con el resultado, independientemente de que la actuación del sujeto se pueda calificar como culposa o no culposa. Por lo tanto, para que al hecho de la víctima le sea atribuible el resultado, basta que éste lo determine, sin importar el carácter de su conducta. Así ha entendido el Consejo de Estado este tema en lo que respecta a su ámbito de aplicación: “En los eventos en los cuales la actuación de la víctima resulta ser la causa única, exclusiva o determinante del daño, carece de relevancia la valoración de su subjetividad. Si la causalidad constituye un aspecto objetivo, material de la responsabilidad, la labor del juez frente a un daño concreto debe limitarse

a verificar si dicha conducta fue o no la causa eficiente del daño, sin que para ello importe establecer si al realizarla, su autor omitió el deber objetivo de cuidado que le era exigible, o si su intervención fue involuntaria. Por tal razón, resulta más preciso señalar que la causal de exoneración de responsabilidad del demandado es el hecho de la víctima y no su culpa.” Es decir, la regla general de configuración del hecho exclusivo de la víctima en la jurisdicción contencioso administrativa, se identifica con la teoría objetiva en tanto, si para configurar la responsabilidad del Estado –como primer análisis- se dejan de lado teorías culpabilistas, es apenas lógico que para configurarse una eximente de responsabilidad –segundo análisis-, se utilice el mismo criterio. Sin embargo, como toda regla general, esta tiene una excepción cuando se trata del escenario de responsabilidad por privación injusta de la libertad, como se verá más adelante.

+ + Culpa exclusiva y concurrencia de culpas En el sinnúmero de casos posibles, donde la víctima incide en el proceso de configuración del daño, se pueden presentar dos supuestos; que el hecho generador sea exclusivamente el de la víctima, o que entre el hecho de la víctima y el hecho de la administración generen, de manera concurrente, el daño. En el primero de los casos se presenta el ya mencionado rompimiento del nexo de causalidad o de la imputación fáctica y, en este sentido, la administración es relegada de la responsabilidad de indemnizar. Pues “si el hecho de la víctima es el único causante del daño, injusto sería cargar al presunto responsable del resultado dañoso”, “en este caso no surge responsabilidad civil y el indebidamente imputado o demandado se libera de la obligación de indemnizar” (Martínez y Martínez, 2003, p.240) Sin embargo, cuando se presenta el segundo caso –concurrencia de culpas- no resultaría adecuado en términos de justicia, atribuir el resultado dañoso solamente a uno de los productores del mismo. Concurrencia significa la “coincidencia, concurso simultáneo de varias circunstancias” (RAE), y la ley no fue ajena a esta situación, por lo tanto, la reguló en el artículo 2357 del Código Civil el

cual preceptúa: Artículo 2357. Reducción de la indemnización. La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente. De esta norma se desprenden dos conclusiones; en primer lugar, asigna una consecuencia jurídica cuando se presenta el supuesto de hecho de la concurrencia de culpas, y es, la reducción de la indemnización. Y, en segundo lugar, al expresar que “se expuso a él imprudentemente” significa que para que exista concurrencia de culpas es necesario calificar la conducta de la víctima como imprudente, es decir, culposa. Sin embargo, el Consejo de Estado se ha apartado de esta segunda conclusión, en los siguientes términos: “Ahora bien, cuando la intervención de la víctima incide en la causación del daño, pero no excluye la intervención causal del demandado, habrá lugar a la reducción de la indemnización establecida en el artículo 2357 del Código Civil, conforme al cual “La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente”. 54 “Sin embargo, cabe advertir que esa noción culpabilista que se proyecta en dicha norma no puede ser trasladada al campo de la responsabilidad patrimonial del Estado, habida consideración de que el criterio de imputación que rige esa responsabilidad, en los términos del artículo 90 de la Constitución, se construye a partir de la verificación de la antijuridicidad del daño y del vínculo causal entre ese daño y la actuación u omisión de la Administración. (...) “Por lo tanto, cuando se pretenda reducir el valor de la indemnización que deba pagar la entidad con fundamento en la intervención de la víctima en la causación del daño, habrá de tenerse en cuenta la relevancia de esa intervención en el resultado y no la intensidad de la culpa en la que aquélla hubiera incurrido.” Es decir, si bien la jurisdicción contencioso administrativa hace uso de la disposición del Código Civil relativa a la concurrencia de culpas, no la aplica en su literalidad, pues advierte que si bien la consecuencia será la misma que en derecho privado –reducción de la indemnización no se debe tener en cuenta

la culpabilidad como *conditio sine qua non* para que el hecho de la víctima resulte relevante en la cadena causal.

### **3.1.2. Hecho de un Tercero**

Otra causal de exoneración de responsabilidad es el hecho o culpa de un tercero, según la cual el agente que causa el daño es un tercero ajeno a las partes involucradas en el análisis de la responsabilidad civil.

El Consejo de Estado ha considerado que para que se configure el hecho de un tercero como causal de exoneración de responsabilidad extracontractual debe ser un hecho exclusivo del daño producido y debe ser un hecho producido por circunstancias imprevisibles e irresistibles.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 4 de junio de 1992 estableció que son necesarios varios requisitos y es otro el único causante del daño.

Debe ser, del todo ajeno al agente o al responsable presunto y, ese hecho debe haber sido la causa exclusiva del daño. Así pues, debe existir una relación de causalidad exclusiva e inmediata del daño, caso en el cual, la responsabilidad se des plaza del autor del daño hacia el tercero. Del mismo modo, el proceder del tercero deberá ser imprevisible e irresistible, puesto que de ser evitable y por negligencia o descuido no se adoptaron las medidas convenientes para impedirlo o suprimir sus secuelas perniciosas, la imputación que a aquel se le haga será indiscutible.

Ahora bien, el artículo 2344 del Código Civil establece que “*si de un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvo las excepciones de los artículos 2350 y 2355 (...)*”. Así pues, cuando hay concausa, esto es, que el hecho del tercero y el hecho del agente

intervienen en la causación del hecho dañoso, ambos son solidariamente responsables del pago de la indemnización de los perjuicios causados y la víctima podrá reclamar a cualquiera de ellos, indistintamente. Por esta razón, cuando en la causación del hecho dañoso intervenga parcialmente el demandado, el hecho de un tercero no será causal de exoneración de responsabilidad extracontractual.

El hecho de un tercero como causal de exoneración consiste en la intervención exclusiva de un agente jurídicamente ajeno al demandado, en la producción de un daño. Para que el hecho de un tercero tenga poder exoneratorio, dicha conducta debe reunir las mismas características de imprevisibilidad e irrestibilidad que se requieren para la fuerza mayor y el caso fortuito. Asimismo, la intervención del tercero debe ser esencial para la producción del perjuicio.

El hecho de un tercero es un medio exceptivo a través del cual se pretende impedir la configuración de responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado, aduciendo que un sujeto ajeno a la relación sustancial en la que se basa la demanda interviene en la consumación del hecho dañoso, al punto que el mismo no podría haber acaecido sin su aparición. De esta manera un extraño al vínculo entre el demandante y el demandado en el marco del juicio contencioso administrativo es quien, con su actuar, origina el daño a partir del cual se desprende la indemnización reclamada.

Jurisprudencialmente, la Sección Tercera del Consejo de Estado se ha ocupado de precisar el concepto de hecho de un tercero señalando que el mismo constituye una circunstancia producida por un sujeto ajeno a la relación material, completamente impropia del servicio y en mérito de la cual se logra romper el nexo causal entre la conducta de la autoridad pública y el hecho dañoso.

Adicionalmente para que pueda evitar la consumación de la responsabilidad debe ser la causa exclusiva del daño, aunque se puede pensar que ese requisito se relativizaría en aquellos casos en los que pueda haber concurrencia de culpas entre el tercero y la autoridad pública.

Finalmente tenemos que esta excepción puede ser declarada de oficio cuando aparezcan configuradas las condiciones necesarias para su debida estructuración, pues esta no está incluida dentro de las llamadas excepciones de parte. La justificación de este criterio legal y jurisprudencial reposa en la necesidad de hacer del funcionario judicial un garante de la justicia y no un mero espectador de la contienda procesal pues atentaría contra el fin esencial de la administración de justicia una condena derivada de la no proposición de una excepción que luego fue acreditada en el juicio.

Debe aclararse que en modo alguno tal situación procesal conculca la igualdad de las partes ya que en el caso del demandante y su pretensión procesal –ante la cual, en principio, existe prohibición de fallar extra y ultra petita, este es quien limita su derecho de conformidad con el petitum y como consecuencia circunscribe la competencia del juez de conocimiento al marco delimitado por él mismo, mientras que el campo de defensa del demandado, por su misma esencia, abarca toda situación que permita desestimar las pretensiones de la demanda.

Sintetizando lo anterior, encontramos que el hecho de un tercero es una excepción de mérito con la cual el demandado busca atacar las pretensiones indemnizatorias, dado que su finalidad es extinguirlas afirmando que el daño cuya indemnización se solicita ante el juez tuvo origen en una relación sustancial distinta a aquella que le sirve de base al proceso. Esta excepción es decidida por el juzgador en la sentencia y puede ser declarada aún de oficio, siempre que se

cuenta con todos los elementos de juicio necesarios relacionados con las condiciones necesarias para su estructuración.

### ***Características***

Puntualizada la noción estudiada, tenemos que para que pueda predicarse la existencia del hecho de un tercero es menester que el mismo reúna todos los atributos generales de la llamada causa extraña, los cuales de conformidad con la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado son la irresistibilidad, imprevisibilidad y exterioridad con respecto al demandado. Adicionalmente, para lograr impedir la responsabilidad del Estado en materia de acciones terroristas el hecho de un tercero debe tener dos características, a saber: el ser único y determinante en la producción del daño.

Analizando los requisitos generales referidos al hablar de la causa extraña en cualquiera de sus modalidades, indicamos que el mismo debe ser tanto imprevisible como irresistible. Estas exigencias son explicadas con destacable claridad por el profesor Héctor Patiño, quien en cuanto a la imprevisibilidad de la acción enseña que se presenta cuando “(...) no es posible contemplar el hecho con anterioridad a su ocurrencia. Para establecer qué es lo previsible en cada caso concreto, se requiere analizar las circunstancias particulares que rodean la actividad en desarrollo de la cual acaeció el daño y, por consiguiente, se deben verificar las previsiones normales que habrían de exigirse a quien alega la fuerza mayor”. En lo que tiene que ver con la irresistibilidad del hecho, indica el profesor cuyo estudio se trae a colación que este “se refiere a la imposibilidad objetiva para el sujeto de evitar las consecuencias derivadas del hecho imprevisto. La Corte Suprema de Justicia ha dicho que este elemento de la fuerza mayor consiste en que haya sido absolutamente imposible evitar el hecho o suceso aludido, no obstante los medios de defensa empleados para superarlo. También implica la imposibilidad de sobreponerse al hecho para eludir sus efectos

Cuando indicamos que también debe ser exterior al Estado es importante manifestar que, como explica Tamayo Jaramillo, es una exigencia de naturaleza jurídica en la medida que el hecho dañoso debe ser consecuencia de una conducta, cosa o actividad por la cual el sujeto pasivo de la pretensión no tiene la obligación de responder. Por su parte, Patiño presenta dicho requisito como“(…) aquel hecho que no depende del actuar de ninguna de las partes que se encuentran vinculadas al hecho dañino: no debe ser imputable ni a quien lo causa ni a quien lo sufre”

Sobre los componentes específicos de la excepción, el ser la causa única y exclusiva del daño, indica que la acción del tercero debe ser el fundamento exclusivo del hecho dañoso que genera el reclamo indemnizatorio, de tal suerte que si llega a acreditarse la participación del demandado en el daño, aunque sea parcialmente, se debería producir la solidaridad entre estos de conformidad con el artículo 2344 del Código Civil.

El Consejo de Estado, en apartado que se transcribe por sintetizar lo hasta aquí dicho, ha señalado contundentemente que para que dicha excepción prospere es menester “(ii) Que el hecho del tercero sea completamente ajeno al servicio, en el entendido de que ese tercero sea externo a la entidad, es decir, no se encuentre dentro de su esfera jurídica y, además, que la actuación de ese tercero no se encuentre de ninguna manera vinculada con el servicio (...) (iii) Que la actuación del tercero sea imprevisible e irresistible a la entidad (...) En relación con la imprevisibilidad, se señala que este elemento no se excluye la responsabilidad con la simple posibilidad vaga o abstracta de que el hecho pueda ocurrir, sino con la posibilidad concreta y real de que tal hecho pudiera ser previsto. Y en relación con la irresistibilidad, cabe señalar que ésta se vincula con juicios de carácter técnico y económico”.

Efectos. Una vez consolidados los elementos traídos a colación, de acuerdo con el Consejo de Estado el efecto inmediato de la excepción hecho de un tercero consiste en la interrupción o debilitamiento del nexo causal, lo cual hace imposible atribuir responsabilidad patrimonial extracontractual al demandado en tanto materialmente la causación del daño no le es endilgable. En la medida que la jurisprudencia del Consejo de Estado nos muestra que el principal criterio de atribución de responsabilidad ha sido la causalidad material, cuando en el proceso se acredita que el generador del daño no es el demandado sino un tercero ajeno a la litis no se estructura la responsabilidad extracontractual. De esta manera, el sujeto pasivo de la pretensión no podrá ser condenado a asumir la indemnización de los perjuicios causados en tanto no existe nexo causal entre la conducta y el daño sobre los que se construye la reclamación procesal.

Sin embargo, no podemos pasar por alto que esta no sería la única consecuencia jurídica a la que podría llevar el hecho de un tercero propuesto como excepción en el caso estudiado, ya que otro posible resultado del mismo sería la reducción del quantum indemnizatorio al encontrar que hubo una concausa o concurrencia de conductas en la consumación del daño antijurídico sufrido por los particulares como corolario del atentado terrorista, concausa compuesta por el hecho de un tercero y la propia actividad estatal.

A pesar de lo anterior, el Consejo de Estado pocas veces ha acogido esta excepción, a pesar que desde la perspectiva de causa a efecto la posición del Ministerio de Defensa es razonable. En términos generales el máximo Tribunal Contencioso la desestima porque:

- Es claro que en cuanto a la falla del servicio el hecho de un tercero no lograr impedir la consecuencia jurídica buscada por el actor –declaratoria de responsabilidad- pues es el propio

comportamiento omisivo o inadecuado de la autoridad pública el que desencadena el hecho dañoso que afecta al particular.

Frente a los títulos objetivos el Consejo de Estado, en acatamiento de principios y valores constitucionales, apela a la necesidad de socializar el daño causado por acciones terroristas, de tal suerte que es el Estado a través del Ministerio de Defensa quien debe asumir la indemnización de los perjuicios padecidos por los afectados con la acción generadora de miedo en la población cuando la misma se dirige contra referentes estatales.

De esta manera podemos concluir que el hecho de un tercero es una excepción de fondo que tiene por finalidad evitar que se consume la responsabilidad del Estado, propósito sustentado en que la intervención única, exclusiva y determinante del grupo al margen de la ley fue la que causó el daño antijurídico padecido por el particular, no el comportamiento del Estado. Sin embargo, esta excepción no ha sido de recibo para el Consejo de Estado quien según el título de imputación de que se trate acude a principios y preceptos constitucionales que justifican desconocer las razones en que se soporta la excepción bajo estudio.

### ***Requisitos y Efectos:***

- El hecho debe ser causado por un tercero. Es decir, el fenómeno debe ser producido por cualquier persona que carece de relación de dependencia jurídica con el demandado y por la cual éste no tiene obligación de responder.
- El hecho debe ser irresistible. Es decir, el hecho de un tercero debe poner al demandado a pesar de sus mayores esfuerzos – en imposibilidad de evitar el daño.
- El hecho debe ser imprevisto. Es decir, debe ser un evento de un carácter tan remotamente probable y súbito que ni siquiera una persona diligente hubiera razonablemente tomado medidas para precaverlo.

- Dentro de las concausas que puedan concurrir para la producción del perjuicio, la conducta del tercero debe desempeñar un papel exclusivo o esencial.
- El hecho de un tercero es una modalidad de causa extraña, el cual rompe el vínculo de causalidad entre el perjuicio sufrido y la conducta del demandado. Genera, en consecuencia, sentencia desestimatoria de cualquier pretensión de declaratoria de responsabilidad civil, ya sea contractual o extracontractual.
- Cuando el hecho de un tercero ha prosperado como excepción de fondo y causal de exoneración de responsabilidad civil, el demandante vencido tiene la posibilidad iniciar un proceso separado en contra de dicho tercero para solicitar la reparación del perjuicio.
- Cuando el hecho de un tercero no es la causa esencial para la producción del daño, serán solidariamente responsables de tal perjuicio el tercero y el demandado, siguiendo la regla establecida por el artículo 2344 del Código Civil

### **3.1.3. Fuerza Mayor**

El artículo 1 de la Ley 95 de 1890 subrogó el artículo 64 del Código Civil y dispone “*Se llama fuerza mayor o caso fortuito al imprevisto a que no es posible resistir como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por funcionario público, etc*”.

En relación con la connotación del caso fortuito y la fuerza mayor, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha establecido que es necesario estudiar las circunstancias en las que se produjo el hecho que causó el daño, con el fin de determinar si reúne las características que indica el Art. 1º de la Ley 95 de 1890. Debe evaluarse que la imposibilidad de cumplir, derivada de la presencia

de un obstáculo insuperable, sea absoluta y esté unida a la ausencia de culpa del agente cuya responsabilidad se pretende comprometer. En otros términos:

- a. *Que el hecho sea imprevisible, esto es que en condiciones normales haya sido lo suficientemente probable para que ese agente, atendido su papel específico en la actividad que origina el daño, haya podido precaverse contra el (...).*
- b. *Que el hecho sea irresistible en el sentido estricto de no haberse podido evitar su acaecimiento ni tampoco sus consecuencias, colocando al agente - sojuzgado por el suceso así sobrevenido- en la absoluta imposibilidad de obrar del modo debido, (...); y,*
- c. *Que el mismo hecho, imprevisible e irresistible, no se encuentre ligado al agente, a su persona ni a su industria, de modo tal que ocurra al margen de una y otra con fuerza inevitable, (...).*

Por su parte, el Consejo de Estado, en relación con la fuerza mayor, ha definido que la fuerza mayor exonera sólo cuando genere imposibilidad absoluta, es decir, que sea irresistible e imprevisible. “(...) *Se resalta que la fuerza mayor como exonerante no la constituye el simple hecho externo como causa, sino una cualidad que va más allá de este hecho, como es otro: el imposibilitante de detener los efectos dañinos*”.

Así las cosas, se concluye que para que se configure la fuerza mayor como causal exonerante de responsabilidad debe haber un hecho externo, es decir que sea ajeno, que es té por fuera de la actividad en la que se causó el daño y, que sea imprevisible e irresistible.

Teniendo en cuenta que en este tipo de casos el régimen de responsabilidad aplicable es de carácter objetivo, es decir no se tiene en cuenta la culpa del actor, la subjetividad, solo es dable acudir a una causa extraña para desvirtuar la responsabilidad del Estado, ésta solo se puede romper a través del ataque a lo que en la teoría de la responsabilidad civil o derecho de daños se conoce como nexo o relación de causalidad. La misma solo se ataca aduciendo una causa extraña, y de esa manera se podrá lograr eximir al demandado de la imputación del daño. Por ende es importante entender el tema del nexo de causalidad antes de entrar a analizar las causas extrañas reconocidas por la doctrina y la jurisprudencia.

Nexo de causalidad en la jurisprudencia del Consejo de Estado El nexo o relación de causalidad es uno de los elementos de la responsabilidad civil junto con el daño y la culpa. Algunos, como es el caso también del derecho público, lo denominan imputación. Esta figura consiste en que debe haber un vínculo “causal” entre el hecho productor del daño y la intención del autor que lo produjo. Esto ha dicho el Consejo de Estado al respecto: “No será imputable al Estado el daño causado cuando éste haya ocurrido por fuerza mayor o por el hecho exclusivo de un tercero o de la víctima, eventos cuya demostración corresponderá a la parte demandada”. (CE, SCA, 3ª, 2 de marzo de 2000, n.i.: 11401; CE, SCA, 3ª, Sub C, sent. de 5 julio de 2012, Tulio Macías c. Policía Nacional, n.i.: 22252; CE, SCA, 3a, sent. de 30 de julio de 2008, n.i.: 18.725; CE, SCA; 3a, sent. de 13 de agosto de 2008, n.i.: 17042. Reiterada en CE, SCA, 3a, sent. de 15 de octubre de 2008, n.i.: 18586).

En este sentido, se necesita un nexo de causalidad entre el daño y la culpa, el cual podrá ser desvirtuado por hecho de la víctima, hecho de un tercero, o fuerza mayor. Como se puede leer, el Consejo de Estado sigue enunciando este último como un criterio eximente de responsabilidad y que, por ende, podría entrar a romper el nexo de causalidad. En una sentencia más reciente aduce

que: “En este tipo de situaciones opere la causa extraña en sus diversas modalidades, como causal exonerativa de responsabilidad, casos en los cuales, como resulta apenas natural, la acreditación de la eximente deberá fundarse en la demostración de todos y cada uno de los elementos constitutivos de la que en cada caso se alegue: fuerza mayor, hecho exclusivo de la víctima o hecho exclusivo de un tercero, según corresponda; por consiguiente, no es procedente afirmar de manera simple y llana que la sola constatación de la existencia de una aparente causa extraña como origen o fuente material o fenomenológica, resulte suficiente para que estos puedan considerarse como no atribuibles, por acción u omisión, a la Administración Pública. Así pues, en cada caso concreto, en el cual se invoque la existencia de una causa extraña por parte de la entidad demandada, deberán analizarse las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales se hubiere producido el daño, por cuanto es posible que el Estado haya contribuido causalmente a la generación del mismo.” (CE, SCA, 3ª, Sub A, sent. 16 de julio de 2015, Milton Cortés c. Ejército Nacional). [Cursivas nuestras].

Rasgos distintivos de la fuerza mayor La fuerza mayor es definida por el Código Civil, como “el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.” (Artículo 64). Esta definición reúne los criterios de imprevisibilidad e irresistibilidad que en principio resultan plausibles para establecer cuándo una persona se enfrenta a circunstancias de fuerza mayor. (CConst., C1186 de 2008).

En la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, definió que el hecho imprevisible es aquel “que dentro de las circunstancias normales de la vida, no sea posible contemplar por

anticipado su ocurrencia”, y el irresistible aquél “que el agente no pueda evitar su acaecimiento ni superar sus consecuencias”. La misma Corte ha señalado que la fuerza mayor requiere la concurrencia de ambas condiciones (imprevisibilidad e irresistibilidad), razón por la cual aún los ejemplos mencionados por el Código, a saber, “un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.,” podían no ser, en determinados casos, eventos de fuerza mayor: “[s]i el deudor a sabiendas se embarca en una nave averiada, que zozobra; si temerariamente se expone a la acción de sus enemigos o comete faltas que lo coloquen a merced de la autoridad; o no toma las medidas adecuadas que hubieran evitado la inundación de su propiedad, sin embargo de que se cumple un acontecimiento por naturaleza extraño o dominador, no configuraría un caso fortuito”. (CS. Civ. Sent. 20 nov. 1989).

Dentro de las causales por las cuales la teoría general de las obligaciones y la jurisprudencia en general han identificado como eximentes de responsabilidad patrimonial, tanto para el Estado como para los particulares, se encuentra la denominada fuerza mayor. Martínez la define como (Martínez, 2007, p. 41) “un hecho imprevisible, irresistible y no imputable a culpa del deudor o causante del daño”. En general, el criterio de fuerza mayor corresponde a casos en los que se produce el daño por un hecho de la naturaleza, y donde no cabe alegar que el Estado, pudo haber cobrado de manera más diligente, puesto que resultaba muy improbable que en las condiciones normales pudiera generarse un daño.

Patiño, define las características de imprevisibles e irresistibles de la siguiente manera: “Que el hecho sea imprevisible, esto es que en condiciones normales haya sido lo suficientemente probable para que ese agente, atendido su papel específico en la actividad que origina el daño, haya podido precaverse contra él. Aunque por lo demás, respecto del acontecimiento de que se trata, haya habido, como lo hay de ordinario para la generalidad de los sucesos, alguna posibilidad

vaga de realización, factor este último con base en el cual ha sostenido la jurisprudencia que cuando el acontecimiento es susceptible de ser humanamente previsto, por más súbito y arrollador de la voluntad que parezca, no genera el caso fortuito ni la fuerza mayor. Que el hecho sea irresistible en el sentido estricto de no haberse podido evitar su acaecimiento ni tampoco sus consecuencias, colocando al agente sojuzgado por el suceso así sobrevenido-, en la absoluta imposibilidad de obrar del modo debido, habida cuenta que si lo que se produce es tan solo una dificultad más o menos acentuada para enfrentarlo, tampoco se configura el fenómeno liberatorio del que viene haciéndose mérito” (Patiño, 2011, p. 379).

### **Diferencias entre caso fortuito y fuerza mayor en la jurisprudencia del Consejo de Estado**

La anterior definición ha sido acogida mayoritariamente por la jurisprudencia civil, y es entendida bajo el concepto de la teoría unitaria de la causa extraña, en la cual se acepta la identidad entre ambas nociones, caso fortuito y fuerza mayor. En la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a diferencia de lo anterior, la aplicación y el tratamiento de ambas figuras no ha sido monista sino dual, esto es, bajo la consideración dividida e independiente de cada una de esas figuras jurídicas hasta el punto de considerar que de éstas sólo la fuerza mayor es causal eximente de la responsabilidad del Estado (CConst. SU-449 de 2016).

El Consejo de Estado, en 1993, arguyó al respecto que: “Si bien la ley ha identificado los fenómenos de fuerza mayor y de caso fortuito, la jurisprudencia nacional ha buscado distinguirlos: en cuanto a la jurisdicción de lo contencioso administrativo concierne, dos concepciones se han presentado: la de considerar que el caso fortuito como el suceso interno, que por consiguiente

ocurre dentro del campo de actividad del que causa daño, mientras que la fuerza mayor es un acaecimiento externo ajeno a esa actividad y la que estima que hay caso fortuito cuando la causa del daño es desconocida”. (CE. 3ª. Sent. 29 ene. 1993, ni: 7365. C.P. Juan de Dios Montes Hernández). Por su parte, en el 2000, la misma corporación adujo que: “Debe tenerse en cuenta, además, la distinción que doctrina y jurisprudencia han hecho entre la fuerza mayor y el caso fortuito, que, adquiere su mayor interés, dentro del marco de la responsabilidad por riesgo excepcional. Se ha dicho que la fuerza mayor es causa extraña y externa al hecho demandado; se trata de un hecho conocido, irresistible e imprevisible, que es ajeno y exterior a la actividad o al servicio que causó el daño.

El caso fortuito, por el contrario, proviene de la estructura de la actividad de aquél, y puede ser desconocido permanecer oculto, y en la forma que ha sido definido, no constituye una verdadera causa extraña, con virtualidad para suprimir la imputabilidad del daño” (CE. 3ª, sent. 16 marzo 2000, ni 11.670. CP: Alier Eduardo Hernández). En lo que respecta a la comprobación de la fuerza mayor, el mismo año, evocando a lo establecido en la doctrina; dijo: “la fuerza mayor sólo se demuestra: [...] mediante la prueba de un hecho externo y concreto (causa extraña) [...], lo que debe ser imprevisible e irresistible no es el fenómeno como tal, sino sus consecuencias [...]. En síntesis, para poder argumentar la fuerza mayor, el efecto del fenómeno no solo debe ser irresistible sino también imprevisible, sin que importe la previsibilidad o imprevisibilidad de su causa.” (CE. 3ª. Sent. 15 junio 2000, ni: 12423. C.P. María Elena Giraldo Gómez). Citando a Peirano Facio, el Consejo de Estado continúa diciendo que “Además de imprevisible e irresistible debe ser exterior al agente, es decir, no serle imputable desde ningún ámbito; no provenir de su culpa [...] cuya causa no le es imputable al demandado, y en cuyo daño no ha existido culpa adicional por parte de este” (1981, pp. 334-37).

De igual manera, en el año 2004, el Consejo de Estado dijo, frente a los casos constitutivos de fuerza mayor, que “Para efectos de la distinción, y de acuerdo con la doctrina se entiende que la fuerza mayor debe ser:

- 1) Exterior: esto es que “está dotado de una fuerza destructora abstracta, cuya realización no es determinada, ni aun indirectamente por la actividad del ofensor”.
- 2) Irresistible: esto es que ocurrido el hecho el ofensor se encuentra en tal situación que no puede actuar sino del modo que lo ha hecho”
- 3) imprevisible: cuando el suceso escapa a las previsiones normales, esto es, que ante la conducta prudente adoptada por quien lo alega, era imposible pronosticarlo o predecirlo.

Puede decirse que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha diferenciado la fuerza mayor del caso fortuito, en tanto la fuerza mayor es una causa extraña y externa al hecho demandado, es un hecho irresistible e imprevisible que es ajeno y exterior a la actividad o al servicio que causó el daño.

Siguiendo a la Corte constitucional, se ha dicho que la fuerza mayor es causa extraña y externa al hecho demandado; se trata de un hecho conocido, irresistible e imprevisible, que es ajeno y exterior a la actividad o al servicio que causó el daño.

El caso fortuito, por el contrario, proviene de la estructura de la actividad de aquél, y puede ser desconocido permanecer oculto, y en la forma que ha sido definido, no constituye una verdadera causa extraña, con virtualidad para suprimir la imputabilidad del daño (CConst. SU-449 de 2016).

Así las cosas, se tiene como elemento de la fuerza mayor la irresistibilidad, la imprevisibilidad que, por conducto de la naturaleza pues de ella proviene dicha fuerza, no permiten al actor controlar su conducta y, por ende, lo hacen irresponsable.

En síntesis, la jurisprudencia y la doctrina se refieren al caso fortuito como sinónimo de *causa desconocida*, la cual puede o no ser previsible o imprevisible, y en todos los casos debe ser irresistible. Así mismo, es consustancial a la actividad en desarrollo, en virtud de la cual se causa el daño, razón por la cual no tiene potencialidad de exonerar de responsabilidad en aquellos regímenes por riesgo excepcional proveniente de la realización de una actividad peligros a. En este sentido, si la causa del daño no es externa a la actividad, no se configuraría causa extraña que tenga la consecuencia de exonerar de responsabilidad.

## **Capítulo IV**

### **4. MARCO TEÓRICO**

#### **4.1. RADICACIÓN No: 43034**

**TRES (03) DE ABRIL DE DOS MIL VEINTE (2020)**

#### **PARTES:**

**Actor: ADRIANA MORENO TORRES, JARO SOLARTE TORRES, ANGÉLICA**

**MARÍA SOLARTE MORENO Y JHON HAROLD SOLARTE MORENO**

**Demandado: E.S.E. ANTONIO NARIÑO**

#### **ACCIÓN:**

**ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA (APELACIÓN SENTENCIA)**

#### **POSICIÓN DE LAS PARTES:**

##### **4.1.1. La demanda**

Mediante escrito presentado el 24 de junio de 2005 ante el Tribunal Administrativo del Cauca, los señores Adriana Moreno Torres, Jaro Solarte Torres, Angélica María Solarte Moreno y Jhon Harold Solarte Moreno, promovieron demanda de reparación directa en contra del Instituto de Seguros Sociales E.I.C.E. y la E.S.E. Antonio Nariño, con base en lo siguiente:

Dice la demanda:

*En el caso que nos ocupa el hecho generador del daño, es la falla médico – quirúrgica realizada por parte del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES E.I.C.E y la E.S.E. ANTONIO NARIÑO antes CLÍNICA DE LOS SEGUROS SOCIALES POPAYÁN, servicio que realizó a través del oftalmólogo CARLOS EDUARDO SOLARTE THOM, en cuya intervención de una FAQUECTOMÍA MÁS VITRECTOMÍA ANTERIOR, se actuó de manera imprudente y con falta de pericia y diligencia suficiente como se muestra en la narración de los hechos básicos de la acción, como por ejemplo NO HABER OBSERVADO UNA PROFILAXIS ADECUADA EN EL MANEJO DEL PACIENTE, contrario sensu, se hubiera podido evitar que el paciente menor de edad resultara con un proceso infeccioso que desencadenara en una FIBROSIS ORGANIZADA EN MEMBRANAS QUE TRACCIONAN LA RETINA PERO NO LA DESPRENDEN (...).*

#### **4.1.2. Contestación**

En la oportunidad procesal prevista para el efecto, la E.S.E. Antonio Nariño se opuso a la prosperidad de las pretensiones indicando que, conforme a la información acopiada en la historia clínica, el paciente no padecía infección en la retina, ni desprendimiento de esta al egreso de las instituciones que le prestaron los servicios médicos, respecto de lo cual destacó la anotación que en tal sentido fue incorporada en dicho documento el 6 de octubre de 2003. Aunado a ello, la cirugía se practicó en forma ambulatoria, precisamente para impedir alguna colonización bacteriana.

Adujo que todas las intervenciones quirúrgicas tienen complicaciones que les son inherentes y sus riesgos son consecuencia de las enfermedades con las que acude el paciente en procura de atención. En el caso del menor Solarte Moreno, la práctica médica fue adecuada y se le prestaron los tratamientos requeridos respecto de la complicación que presentó. El tratamiento de cataratas requería la cirugía, pues es la única vía para evitar la pérdida total de la visión, máxime cuando también está probado que ya la agudeza visual del paciente estaba comprometida.

Indicó que tanto los quirófanos como el servicio de cirugía oftalmológica estaban habilitados para el día del procedimiento en la Clínica ISS de Popayán. Cuando el paciente acudió seis días después se advirtió la endoftalmitis posquirúrgica, complicación propia de la cirugía, y se le administraron los antibióticos necesarios y se le realizó ecografía ocular y valoración por retinología, lo que permitió evidenciar que padecía fribrina organizada en membrana que tracciona la retina, pero no la desprende, por lo que fue remitido a un mayor nivel de atención. Luego del tratamiento en la clínica oftalmológica de Cali se verificó que la retina se encontraba adherida y sin signos de infección, por lo que las pretensiones carecen de sustento.

En concordancia con lo anterior, formuló las siguientes excepciones:

**Culpa exclusiva de la víctima.** Se trató de un paciente cuyo cuadro clínico imponía la intervención y los deberes del prestador del servicio de salud eran de medio y no de resultado, al tiempo que esa enfermedad requería controles desde el primer año de edad.

**Hecho de un tercero.** El paciente fue operado en la Clínica ISS de Popayán y la E.S.E. Antonio Nariño no existía para la época del procedimiento.

**Falta de legitimación en la causa por pasiva.** La Clínica ISS de Popayán contaba con personalidad jurídica para la fecha del procedimiento y esa demandada solo fue creada en forma posterior, por lo que no tiene interés para ser llamada como demandada.

**Inexistencia de responsabilidad por carencia de nexo causal que comprometa a la Empresa Social del Estado Antonio Nariño con los presuntos perjuicios percibidos por el actor.** No hay conexión entre la actuación de esa demandada y la intervención quirúrgica.

#### ***4.1.3. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA***

El 27 de septiembre de 2011, el Tribunal Administrativo del Cauca, dictó fallo adverso a las pretensiones de la demanda.

Con sustento en literatura médica indicó que la endoftalmitis en la inflamación severa del segmento anterior y posterior del globo ocular, secundaria a un proceso infeccioso, siendo la más frecuente la posterior a cirugía de cataratas y con mayores compromisos anatómicos y funcionales. Su principal causal son bacterias propias de la superficie ocular, los párpados y el saco lagrimal, sin que existan criterios unificados en la doctrina respecto de las medidas idóneas para minimizar las posibilidades de su ocurrencia; sin embargo, entre los métodos más aceptados se encuentra la realización de una técnica depurada realizada por manos experimentadas y con la menor manipulación posible.

Respecto del caso concreto está probado que la cirugía practicada al menor estaba indicada, que se realizó previa asepsia del área quirúrgica, esto es, con la adopción de las medidas necesarias para evitar la materialización de infecciones, al tiempo que se certificó el protocolo de desinfección de las salas de cirugía, asepsia y esterilización de la instrumentación.

El tratamiento brindado al paciente fue idóneo y adecuado respecto de las circunstancias de hecho en las que se administró y su resultado fue satisfactorio. La complicación fue advertida tan pronto el paciente acudió con los primeros síntomas y fue tratada con agilidad, de donde no puede inferirse que el daño sufrido por el paciente esté causalmente ligado a la conducta de la demandada.

#### ***4.1.4. La apelación***

En el término legal, la parte actora propuso y sustentó el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia. Los siguientes aspectos fueron materia de cuestionamiento:

- (i) La sentencia apelada se fundó en conceptos de literatura científica relativos a la frecuencia e imprevisibilidad de las infecciones nosocomiales, sin embargo, no analizó el cargo de la demanda relativo a que el nivel de complejidad de atención autorizado a la demandada no le permitía adelantar el procedimiento quirúrgico.
- (ii) Aunado a lo anterior, consideró acreditado que la demandada no adelantó el protocolo que le era exigible en la práctica de la intervención quirúrgica.
- (iii) Las condiciones de asepsia durante el procedimiento no fueron las mejores, lo que determinó que el paciente adquiriera una infección bacteriana, pues solo se adelantaron las labores tendientes a la desinfección de las instalaciones durante los meses de marzo y abril de 2003, según lo hicieron

constar las demandadas, lo que incrementó el riesgo de infección del paciente que fue intervenido en julio del mismo año.

Con fundamento en lo expuesto pidieron que se revoque la decisión apelada y en su lugar se concedan las pretensiones de la demanda.

#### ***4.3 FALLO CONSEJO DE ESTADO***

La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo decidió **REVOCAR** la sentencia de 27 de septiembre de 2011 por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca negó las pretensiones de la demanda y, en su lugar dispuso **DECLARAR** administrativa y extracontractualmente responsable a la Nación – Ministerio de Salud y Protección Social, de la pérdida de oportunidad de recuperación de Jhon Harold Solarte Moreno derivada de la falla en la prestación de los servicios médicos que le fueron brindados en la extinta E.S.E. Antonio Nariño y, como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR**, a la Nación – Ministerio de Salud y Protección Social, a indemnizar los perjuicios deprecados en la demanda.

#### ***4.4 POSICIÓN CONSEJO DE ESTADO***

##### **La responsabilidad estatal derivada de la prestación de servicios de salud**

Señala en su análisis el Consejo de Estado que, esta Corporación ha consolidado una posición en materia de responsabilidad del Estado por la prestación del servicio de salud, en virtud de la cual aquella es de naturaleza subjetiva; es la falla probada del servicio la que hace posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica y hospitalaria, de suerte que, en términos generales, es carga del demandante acreditar la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquella y este.

Por virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, ratificado por Colombia [1], los estados signatarios reconocen “*el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*”, garantía que la Carta Política de 1991 tradujo en el deber estatal de garantizar el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

La Sala interpreta ese derecho social no solo como la posibilidad formal de acceder a esa clase de servicios, sino a que estos se presten de manera eficiente, digna, responsable, diligente y de acuerdo con la *lex artis*; debe traducirse, por tanto, en que a quien, en evidentes condiciones de debilidad, derivadas de la enfermedad que lo aqueja, acude en procura del servicio, se le brinde una atención de calidad que le permita tener las mejores expectativas de recuperar la salud.

Esa interpretación no supone una obligación de resultado para el prestador del servicio, sino que debe concebirse como la garantía del paciente a obtener la atención en las mejores condiciones disponibles, bajo el entendido de que quien acude en busca de un servicio médico confía en que será tratado de manera adecuada.

Señala el Alto Tribunal que, tratándose de la defectuosa prestación del servicio médico, el daño no siempre consiste en la afectación física o de las condiciones de salud del paciente, las que en no pocos eventos ya resultan afectadas o en riesgo con ocasión de la patología que determina al paciente a acudir en procura de atención médica o como consecuencia inherente al tratamiento indicado.

En tales eventos, lo que se reprocha a título de daño no es la pérdida de la salud o eventualmente de la vida del afectado, sino la pérdida de la oportunidad de recuperación, esto es,

que se prive al paciente del tratamiento idóneo que en condiciones acordes con la *lex artis* le hubiera generado una mayor probabilidad de éxito frente a su enfermedad.

En la pérdida de oportunidad el daño antijurídico no deriva del hecho mismo de la lesión física, de la secuela fisiológica o la muerte, sino del hecho consistente en que se prive al paciente del suministro del tratamiento o cuidado disponible que mayor beneficio le pueda reportar o que traiga aparejadas las mayores posibilidades de recuperación.

Para la Sala, para que se configure la pérdida de oportunidad es necesario verificar la concurrencia de tres elementos: i) falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado, es decir, la incertidumbre respecto a si el beneficio o perjuicio se iba a recibir o evitar; ii) certeza de la existencia de una oportunidad; iii) certeza de que la posibilidad de adquirir el beneficio o evitar el perjuicio se extinguió de manera irreversible para la víctima.

### **Elementos de la responsabilidad estatal en el caso concreto**

Estima la Sala que el daño padecido por el menor era propio de la patología congénita que presentaba; empero, aunque mínimas, el paciente sí contaba con probabilidades de recuperación, cuya frustración es el daño que para el caso concreto resulta relevante para la decisión del *sub lite*.

En efecto, para la Sala es claro que en este caso la víctima perdió una oportunidad de recuperación, bajo el entendido de que existía un chance, aunque mínimo, de recuperación, que podía materializarse o no y que se extinguió en tanto está probado que el paciente perdió la agudeza visual del ojo derecho.

Ese daño es imputable al prestador de los servicios de salud, pues, aunque ninguna de las evidencias aportadas permite señalar que el diagnóstico fue errado o que el tratamiento quirúrgico no estaba indicado, sí hay prueba de graves fallas en la atención, relevantes respecto de los resultados finales del procedimiento.

El desarrollo de un proceso infeccioso era una de las posibles complicaciones del procedimiento de acuerdo con la evidencia científica de la época y, las medidas de prevención aceptadas incluían: la asepsia del campo quirúrgico y la esterilización del instrumental, medidas insoslayables en ese tipo de eventos.

Aunque en este caso la historia clínica acredita que se realizó la asepsia del campo quirúrgico, no hay evidencia del seguimiento de protocolos de esterilización de los materiales a utilizar en la intervención. La ausencia de documentación del proceso de esterilización es prueba, cuando menos, de la impericia y negligencia en el control de dicho proceso en la prestadora de los servicios de salud accionada.

De otro lado, la historia también revela omisiones respecto del consentimiento informado, en tanto no se aportó prueba alguna de que el paciente y sus familiares hubieran sido puesto al tanto sobre los riesgos y complicaciones inherentes al procedimiento y, menos aún, sobre los signos de alerta temprana que imponían la necesidad de acudir en procura de atención.

También resulta de la mayor relevancia el hecho de que, según lo hizo constar la Dirección Departamental de Salud Pública del Cauca– Sección Calidad de los Servicios, para abril de 2003, los servicios de la demandada no estaban habilitados por carecer de las condiciones de capacidad tecnológica o científica necesarias para ello; sin que mediara posterior constancia sobre la habilitación de dichos servicios, el menor fue intervenido el 24 de junio del mismo año.

Esas falencias en la atención permiten inferir que el paciente no recibió el servicio de salud en las condiciones de idoneidad a las que tenía derecho, lo que incidió en la pérdida de su posibilidad de recuperación exitosa.

Así las cosas, se impone imputarle responsabilidad a la demandada, en tanto fueron relevantes en la **pérdida de la oportunidad de recuperación del paciente**, con la que contaba en caso de haber sido atendido conforme a las condiciones de idoneidad a las que tenía derecho.

#### **4.2. ADICACIÓN NÚMERO: 21774**

**VEINTINUEVE (29) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL QUINCE (2015)**

#### **PARTES:**

**Actor: MARLENY GARCIA GIRALDO Y OTROS**

**Demandado: HOSPITAL MILITAR CENTRAL**

#### **ACCIÓN:**

**ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA (APELACIÓN SENTENCIA)**

#### **POSICIÓN DE LAS PARTES**

#### **4.2.1. La Demanda**

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

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

#### **4.2.2. Contestación**

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

Por otra parte, consideró necesario aclarar o contradecir algunos puntos específicos del recuento fáctico. Así, por ejemplo, sostuvo lo siguiente respecto del señalamiento del neumotórax

y la intubación permanente como “*demostraciones de una falla en el servicio*” relacionadas con la falta de higiene en la unidad de cuidados intensivos:

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

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

#### **4.2.3. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

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

Por otra parte, el *a quo* concluyó que las complicaciones presentadas en el postoperatorio, son riesgos propios de la operación a la que fue sometido el paciente y que la causa de su materialización no radica en deficiencia de la atención médica prestada sino en la propia “*incompetencia*” biológica del paciente y en las medidas que fue necesario adoptar para realizar un tratamiento necesario como lo fue la neurocirugía a la que fue sometido.

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

#### **4.5.3. La apelación**

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

#### **4.2.4. FALLO CONSEJO DE ESTADO**

La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo decidió REVOCAR la sentencia proferida el 8 de febrero de 2001 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y, en su lugar dispuso DECLARAR patrimonialmente responsable al Hospital Militar Central por los daños y perjuicios derivados de la muerte del señor Enrique Arias Giraldo y, como consecuencia de lo anterior, CONDENAR, al Hospital Militar Central a indemnizar los perjuicios deprecados en la demanda.

#### **4.2.5. POSICIÓN CONSEJO DE ESTADO**

##### **4.2.6 Consideraciones generales**

Valorado el acervo probatorio la Sala concluye que, si bien es cierto que la detección y tratamiento de la neumonía nosocomial fueron tardíos, la prueba de esta circunstancia no parece conducir a la conclusión de que las complicaciones sufridas fueron consecuencia de la falta de cuidado por parte del personal sanitario o de que la evolución de la patología hubiese sido sustancialmente diferente en caso de haber iniciado el tratamiento antibiótico con antelación.

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

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

responsabilidad estatal se predica de que la actuación de los agentes públicos imponga a alguien una carga que exceda lo que razonablemente está llamado a soportar, aun cuando no medie actuación irregular en su causación.

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

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

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

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

## **La infección asociada a la atención en salud: aspectos médicos y jurídicos**

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

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

*“Las infecciones Asociadas a la atención en Salud (IAAS) anteriormente llamadas nosocomiales o intrahospitalarias son aquellas infecciones que el paciente adquiere mientras recibe tratamiento para alguna condición médica o quirúrgica y en quien la infección no se había manifestado ni estaba en período de incubación en el momento del ingreso a la institución, se asocian con varias causas incluyendo pero no limitándose al uso de dispositivos médicos, complicaciones postquirúrgicas, transmisión entre pacientes y trabajadores de la salud o como resultado de un consumo frecuente de antibióticos[2].*

Se trata, pues de un concepto amplio dentro del cual se incluyen diversas patologías, cuyo denominador común es el hecho de haberse adquirido por causa y con ocasión del tratamiento médico. Ahora bien, para efectos de determinar las consecuencias jurídicas de las mismas, es preciso destacar que dentro del amplio concepto de infección asociada a la atención en salud cabe incluir a aquellas patologías que son causadas por agentes endógenos a la flora normal del paciente, como ocurre en el caso de los microorganismos presentes en el tracto intestinal. Así, por ejemplo,

puede darse el caso de que, a causa de la ruptura de las barreras orgánicas naturales durante un tratamiento médico, los microorganismos presentes en una parte del cuerpo, como el tracto intestinal causen daños en otra. Estos casos, aunque técnicamente pueden ser clasificados dentro del concepto médico de infección intrahospitalaria, han de carecer de relevancia jurídica frente a la determinación de la responsabilidad en la medida en que, no existe una causa propiamente externa, no se puede entender generada por el prestador del servicio de salud. De este modo, el concepto jurídico de infección nosocomial se ha de entender restringido a la infección exógena.

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

De lo anteriormente dicho se concluye que:

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

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

c) Los ambientes hospitalarios son focos que incrementan la posibilidad de contagio, incluso en circunstancias de adecuada asepsia.

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

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

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

*“Así mismo, se hace claridad en que los daños derivados de: infecciones intrahospitalarias o nosocomiales, la aplicación de vacunas, el suministro de medicamentos, o el empleo de métodos terapéuticos nuevos y de consecuencias poco conocidas todavía, constituyen lesiones antijurídicas que se analizan dentro de los actos médicos y/o paramédicos, y que, por consiguiente, se rigen por protocolos científicos y por la lex artis; en consecuencia, si bien gravitan de manera cercana a la obligación de seguridad hospitalaria, no pueden vincularse con la misma, motivo por el que en su producción no resulta apropiado hacer referencia técnicamente a la generación de un evento adverso. Por el contrario, aquéllos constituyen daños antijurídicos que tienden a ser imputados o endilgados –y así ha sido aceptado por la mayoría de la doctrina y jurisprudencia extranjeras– 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”.*

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

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

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

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

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

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

Esta misma subsección, reiteró la jurisprudencia existente sobre la procedencia de formas objetivas de responsabilidad en sentencia de 30 de abril de 2014. En dicha sentencia, se realiza un análisis exhaustivo de las que justifican la declaración de la responsabilidad en el caso de las infecciones nosocomiales. Adicionalmente, advierte que, a pesar de estas razones, la aplicación de formas objetivas de responsabilidad puede generar tensiones y disfuncionalidades, cuya resolución requiere del trabajo conjunto de las autoridades. Por esta razón, la sentencia exhortó al Ministerio de Salud y a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado para que trabajen en la elaboración de proyectos de ley que permitan distribuir razonablemente los riesgos asociados a esta clase de infecciones.

#### **4.3. RADICACIÓN No: 36565**

**DIECIOCHO (18) DE MAYO DE DOS MIL DIECISIETE (2017).**

#### **PARTES:**

**Actor: CIRLEY JOHANA ASCENCIO FLÓREZ**

**Demandado: HOSPITAL FEDERICO LLEGAS ACOSTA**

#### **ACCIÓN:**

**ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA (APELACIÓN SENTENCIA)**

#### **POSICIÓN DE LAS PARTES:**

#### **4.3.1. La demanda**

Fue presentada el 06 de junio de 2006 por Cirley Johanna Ascencio Flórez (víctima directa) quien en nombre propio, mediante apoderado judicial y en ejercicio de la acción de reparación directa contenida en el artículo 86 del C.C.A, solicitó que se declare administrativamente responsable al Hospital Federico Lleras Acosta de los perjuicios causados por *“los hechos que da cuenta el capítulo primero, ocurridos en el Centro Hospitalario, donde por causas ajenas a la demandante y negligencia del demandando, se extirparon órganos vitales para la fecundación futura de la demandante”*.

#### **4.3.2 Contestación**

El **25 de octubre de 2006** el apoderado del Hospital Federico Lleras Acosta presentó escrito de contestación a la demanda en la que se opuso a todas y cada una de las pretensiones, por cuanto no obra en el plenario medio probatorio alguno tendiente a acreditar su responsabilidad.

El Hospital propuso como excepciones la inexistencia de la falla del servicio médico hospitalario por parte del Hospital Federico Lleras Acosta y la Ineptitud de la demanda por cuanto la menor fue atendida y tratada por el Centro Médico de forma eficiente y ofreciéndole todas las garantías y atenciones posibles para garantizarle su vida, en consecuencia, no existen los presupuestos necesarios para la reclamación de los perjuicios.

#### 4.3.3. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El 21 de julio de 2008 el Tribunal Administrativo del Tolima negó las pretensiones de la demanda, por cuanto no obra prueba alguna en el plenario que acredite *“que los procedimientos efectuados a la menor Cirley Ascencio fueron erróneos o descuidados y que por tal razón se desarrolló la infección que se presentó en la herida de la cesaría y que llevo a que los médicos tratantes tuvieran que realizar la extracción del útero”*.

#### 4.3.4. La apelación

El **29 de julio de 2008** la apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, el cual fue sustentado mediante escrito del **3 de abril de 2009**, donde solicitó que se acceda a las pretensiones de la demanda porque, contrario a lo esgrimido por el *A quo*, se demostró que:

*“A pesar de los claros síntomas presentados por la joven madre, conocidos oportunamente por el personal médico y al evidente deterioro del estado general de la paciente, el diagnóstico del hospital, así como su tratamiento fueron tardíos.*

*...(…)...*

*Del incurso se infiere, claramente que la demandante contrajo la infección encontrándose bajo el cuidado personal médico del establecimiento hospitalario quienes, de haber guardado diligencia, con estrictas normas de asepsia y de aplicar el tratamiento anti – infeccioso oportuno y adecuado hubieran evitado o reducido en gran medida, el riesgo al que se expuso a la paciente. Y es que la satisfacción del plan de prestación de atención*

*médica, en su integridad, supone no abandonar al enfermo y cuidar de él hasta darlo de alta, lo que demandaba del equipo médico especiales cuidados un trato displicente e indebido que explican el conocido y lamentable desenlace.*

*Entonces, son precisamente los testimonios citados los que arrojan claridad acerca de que un punto de la sutura o herida quirúrgica de la cesárea se había infectado, ocasionando la posterior histerectomía, hecho corroborado y apoyado en otros elementos de convicción o prueba; declaraciones que dejan en claro la situación de dejadez y abandono que contribuyeron definitiva y eficazmente al deterioro de la salud de Cirley Johana Ascencio.*

*(...)”.*

#### **4.3.5. FALLO CONSEJO DE ESTADO**

La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo decidió REVOCAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima el 25 de agosto de 2008 y en su lugar se dispuso DECLARAR responsable al HOSPITAL FEDERICO LLERAS ACOSTA de los perjuicios sufridos por Cirley Johana Ascencio Flórez como consecuencia de la infección nosocomial o intrahospitalaria contraída luego de que se le practicara una cesárea y al tercer día de hospitalización y, como consecuencia de lo anterior, CONDENAR, al HOSPITAL FEDERICO LLERAS ACOSTA, a indemnizar los perjuicios deprecados en la demanda.

#### **4.3.6. POSICIÓN CONSEJO DE ESTADO**

##### **Régimen de imputación derivado de la actividad médica**

En cuanto al régimen de responsabilidad derivado de la actividad médica, en casos como el presente la Sección ha establecido que el régimen aplicable es el de falla del servicio, realizando una transición entre los conceptos de falla presunta y falla probada, en la actualidad la posición consolidada de la Sala en esta materia la constituye aquella según la cual es la falla probada del servicio el título de fundamento bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria.

En el mismo sentido, partiendo del análisis del caso en el marco de la falla probada del servicio como título de imputación, “... *en la medida en que el demandante alega que existió una falla del servicio médico asistencial que produjo el daño antijurídico por el cual reclama indemnización...*”.

Dicho título de imputación opera, como lo señala la jurisprudencia de la Sección Tercera no sólo respecto de los daños indemnizables derivados de la muerte o de las lesiones corporales causadas, sino que también comprende:

*“... los que se constituyen por la vulneración del derecho a ser informado; por la lesión del derecho a la seguridad y protección dentro del centro médico hospitalario y, como en este caso, por lesión del derecho a recibir atención oportuna y eficaz”.*

Cuando la falla probada en la prestación del servicio médico y hospitalario se funda en la *“lesión al derecho a recibir atención oportuna y eficaz”*, se debe observar que está produce como efecto la vulneración de la garantía constitucional que recubre el derecho a la salud, especialmente en lo que hace referencia al respeto del principio de integridad en la prestación de dicho servicio.

### **Responsabilidad médica en los casos de obstetricia**

En cuanto a la prueba de la falla médica en el servicio de obstetricia, cuando el demandante demuestra que el embarazo se desarrolló en condiciones de total normalidad, sin posibilidades evidentes de complicaciones y sobrevino un daño a raíz del parto, la jurisprudencia ha reiterado que esa circunstancia viene a ser, *per se*, un indicio suficiente para declarar la responsabilidad. Lo anterior, sin perjuicio de que dicha prueba indiciaria resulte refutada por la entidad demandada a lo largo del proceso.

Como se desprende de la posición jurisprudencial reiterada de la Sala, en asuntos médicos de esta naturaleza -y eventualmente en otros-, la falla del servicio podrá sustentarse en un indicio, es decir, en el sólo hecho de que la evolución y proceso de embarazo se hubiera desarrollado en términos normales hasta el momento del parto. Lo anterior, comoquiera que el indicio de falla del servicio, aunado a la prueba de la imputación fáctica que vincula la conducta con el daño, daría lugar a encontrar acreditada la responsabilidad.

## **Responsabilidad médica por infecciones nosocomiales o intrahospitalarias**

En tratándose de infecciones intrahospitalarias o nosocomiales la jurisprudencia ha evolucionado de la falla presunta a la responsabilidad objetiva, aunque sin desplazar la aplicación de la falla en el servicio como factor subjetivo de imputación, cuando ella se encuentre probada.

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.

Por otra parte, la entidad demandada podrá eximirse de responsabilidad única y exclusivamente probando que la infección ocurrió como consecuencia de una causa extraña, esto es una fuerza mayor o el hecho determinante y exclusivo de la víctima o de un tercero.

De esta manera se llega al daño antijurídico alegado por la demandante, consistente en la pérdida de la capacidad de procrear o esterilización que tuvo que soportar como consecuencia de la infección post cesaría. Daño antijurídico que la Sala encuentra plenamente acreditado.

Sin embargo, el siguiente interrogante que debe resolver la Sala se centra en determinar si el daño antijurídico sufrido por la demandante resulta fáctica y jurídicamente atribuible a la entidad demandada.

Al respecto, la demandante manifestó que “*contrajo la infección dentro del establecimiento hospitalario en momentos en que se encontraba bajo el cuidado del personal médico y de enfermeras especializadas, quienes de haber obrado con previsión y rapidez (aplicando*

*elementales y estrictas normas de asepsia) y de haber aplicado el tratamiento oportuno y adecuado hubieran evitado, o reducido en alto grado, el riesgo a que se expuso a la paciente”,* sobre lo cual también manifestó que en la realización de la cesárea el personal médico no tuvo en cuenta los especiales y puntuales cuidados que la realización de dicho procedimiento demandaba.

Sin embargo, la Sala considera el precedente jurisprudencial según el cual, en asuntos médicos de naturaleza ginecobstetricia, la falla del servicio se sustenta en el sólo hecho de que la evolución y proceso de embarazo se hubiera desarrollado en términos normales y sin posibilidades evidentes complicaciones hasta el momento del parto, cuando sobreviene un daño a raíz del alumbramiento.

A la sazón, debe preverse que el **criterio específico de imputación para los asuntos de naturaleza ginecobstetricia** tampoco encuentra cabida en el caso de autos, toda vez que como quedó acreditado el embarazo de *Cirley Johana Ascencio Flórez* no se desarrolló en circunstancias normales, por el contrario, la paciente presentó dos amenazas de aborto en los meses 2 y 4 de gestación, así como hipoglucemia, asma, ruptura temprana de membranas y detención de la dilatación que hizo exigible la intervención médica mediante procedimiento de cesárea.

Y finalmente, el avance jurisprudencial también obliga examinar la responsabilidad objetiva como criterio de imputación, por tratarse de un evento de infección nosocomial o intrahospitalaria, pues, pese a que el embarazo de *Cirley Johana Ascencio Flórez* no se desarrolló en circunstancias de completa normalidad, la Sala no puede pasar por alto que el procedimiento quirúrgico de cesárea se llevó a cabo “*sin complicaciones*” y, fue sólo hasta el tercer día de hospitalización que la paciente presentó infección en la herida quirúrgica, cuya gravedad, en

definitiva conllevó a la histerectomía donde se extrajo la totalidad del útero de la paciente y la esterilización de quien apenas contaba con 17 años de edad.

En este sentido, debe preverse que los días 1 y 2 “post cesárea” Cirley Johana Ascencio Flórez mostró dolor que fue manejado mediante analgésicos; el día 3 “post cesárea”, además del dolor, que podría pensarse normal después de una intervención quirúrgica de esta naturaleza, la paciente reportó drenaje de material purulento en la herida quirúrgica lo cual fue indicativo de infección en el sitio quirúrgico y requirió tratamiento antibiótico, toma de cultivos bacterianos y exámenes médicos adicionales.

El día 4, adicionalmente, la paciente reportó mal olor en el sangrado vaginal y dada la continuidad del dolor y la infección fue necesario el “*drenaje de acceso en el quirófano*”; el día 5 la paciente continuó su proceso de involución, y adicional al cuadro infeccioso hasta aquí descrito, presentó edema vulvar u de resto, de donde se dedujo la sepsia de origen ginecológico, que requirió nuevos laboratorios e imágenes diagnósticas.

Los dos días siguientes (6 y 7) la paciente reportó un deterioro general, por lo que se solicitó “[t]omar eco transvaginal para descartar endometritis”, una nueva infección.

Finalmente, dado el agravamiento de la paciente, quien no reaccionó favorablemente al tratamiento antibiótico y de drenaje y curaciones diarias, Cirley Johana Ascencio Flórez fue intervenida quirúrgicamente mediante histerectomía abdominal donde se le extrajo la totalidad del útero y su sistema reproductor.

Así las cosas, es evidente que la paciente contrajo el cuadro infeccioso estando bajo el cuidado del personal médico del Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué, de manera que **resulta**

**imputable el daño antijurídico bajo los criterios de la responsabilidad objetiva por infecciones nosocomiales o intrahospitalarias**, definidos por la jurisprudencia, según los cuales basta a la parte actora acreditar que la infección que afectó a la víctima fue adquirida en el centro hospitalario o asistencial y/o que se produjo como consecuencia de un procedimiento médico, sin que en tal evento sea necesario que se pruebe que la entidad demandada actuó de manera indebida o negligente.

#### **4.4. RADICACIÓN No: 29481**

**SIETE (7) DE FEBRERO DE DOS MIL DIECIOCHO (2018)**

#### **PARTES:**

**Actor: GERMÁN VÉLEZ BELTRÁN Y OTROS**

**Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**

#### **ACCIÓN:**

**ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - SENTENCIA**

#### **POSICIÓN DE LAS PARTES:**

##### **4.4.1. La demanda**

Mediante escrito presentado el 2 de marzo de 2001 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, los señores Germán Vélez Beltrán y Aidee Chávez Quiñones, actuando a nombre propio y en representación de su hijo menor de edad Daniel Felipe Vélez Chávez, a través de apoderado judicial, interpusieron demanda de **reparación directa**.

En respaldo de sus pretensiones, la parte actora expuso los siguientes hechos: (i) Daniel Felipe Vélez nació el 26 de enero de 2000 por cesárea en las instalaciones de la clínica San Pedro Claver del Instituto de Seguros Sociales; (ii) como presentaba síndrome de dificultad respiratoria e ictericia, el niño fue dejado en la unidad de neonatos, donde recibió tratamiento con cámara de oxígeno, alimentación por vía intravenosa y fototerapia; (iii) a su salida del centro asistencial, el paciente lloraba demasiado y presentaba hematomas en las manos y en los pies, por lo que la madre recibió instrucciones para que le aplicara *“pañitos de sulfato de magnesio y una crema llamada reparil”*; (iv) el 2 de febrero de 2000, el niño fue llevado nuevamente a la clínica San Pedro Claver porque continuaba irritable y con signos de inflamación en sus extremidades, pero allí le manifestaron a la familia que debía dirigirse a la unidad de urgencias de la clínica Jorge Bejarano; (v) ya en este centro asistencial, el paciente fue atendido por el doctor Javier Forero, quien le diagnosticó flebitis, linfagitis e infección, y ordenó su hospitalización y posterior traslado a la clínica San Pedro Claver; (vi) ese mismo día, el niño fue valorado por la doctora Uribe, quien dictaminó que sufría de artritis séptica y ordenó la práctica urgente de una gammagrafía ósea que, sin embargo, se retrasó por varios días; (vii) el 6 de febrero de 2000, se confirmó que Daniel Felipe sufría de artritis séptica, por lo que tuvo que ser intervenido quirúrgicamente en dos oportunidades distintas y sometido a tratamiento antibiótico; (viii) como consecuencia de la infección, el paciente presenta una discapacidad permanente por alteración del crecimiento del hueso de la cadera.

#### **4.4.2. Contestación**

El Instituto de Seguros Sociales presentó **escrito de contestación**, mediante el cual se opuso a las pretensiones de los actores por considerar que la discapacidad que aqueja al niño Daniel Felipe Vélez no es imputable a la entidad. Aseguró que la parte demandante se limitó justificar la existencia del daño, pero que omitió indicar y probar los otros elementos de la responsabilidad,

pues no aportó ninguna información acerca de la presunta falla del servicio que operaría como fundamento del deber de reparar.

#### **4.4.2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

Surtido el trámite de rigor y practicadas las pruebas decretadas, la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, profirió **sentencia de primera instancia** el 30 de septiembre de 2004, mediante la cual denegó las pretensiones de la demanda por considerar que no existía falla del servicio imputable a la entidad y que la causa del daño era una infección “*que resultaba imprevisible*”.

#### **4.4.3. La apelación**

Contra la decisión anterior, la parte demandante interpuso oportunamente **recurso de apelación** el 20 de octubre de 2004 con el propósito de que se revoque y, en su lugar, se emita fallo favorable a sus pretensiones. Para el efecto adujo que el dictamen rendido por el Instituto Nacional de Medicina Legal se encuentra viciado de nulidad porque el concepto recayó sobre aspectos no contenidos en el auto que lo ordenó, además de que resultó claramente parcializado y contrario a la evidencia médica que señala que la infección sufrida por el paciente pudo haber sido tratada con antibióticos, sin recurrir a la cirugía, en el evento de que se hubiera diagnosticado oportunamente mediante la práctica de la gamografía.

#### **4.4.4. FALLO CONSEJO DE ESTADO**

La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo decidió REVOCAR la sentencia apelada, esto es, la proferida el 30 de septiembre de 2004 por la Sección Tercera, Sala de Descongestión, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se denegaron

las pretensiones de la demanda y, en su lugar dispuso DECLARAR al Instituto de Seguros Sociales administrativamente responsable por los perjuicios causados al niño Daniel Felipe Vélez Chávez como consecuencia de la artritis séptica que adquirió mientras estuvo al cuidado de esa entidad. Como consecuencia de lo anterior, ORDENÓ con cargo al patrimonio autónomo de remanentes del Instituto de Seguros Sociales el pago por concepto de perjuicios morales.

#### **4.4.5. POSICIÓN CONSEJO DE ESTADO**

Las infecciones contraídas en el medio hospitalario, también llamadas infecciones nosocomiales, han sido definidas por la Organización Mundial de la Salud en los siguientes términos:

*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 manifestadas después del alta hospitalaria y también las infecciones ocupacionales del personal del establecimiento [3].*

Con todo, conviene anotar que los nuevos desarrollos y orientaciones de la atención al paciente, los cuales están cada vez más centradas en la atención ambulatoria y extrahospitalaria, han motivado el reemplazo de la denominación “*infecciones nosocomiales*”, las cuales se

relacionan necesariamente con un hospital o con una institución prestadora de servicios de salud, por la de *“infecciones asociadas a la atención en salud”*.

El Consejo de Estado ha desarrollado, en los últimos años, una sólida línea jurisprudencial, según la cual los daños causados por infecciones o enfermedades de carácter intrahospitalario son imputables a la administración con fundamento en un régimen objetivo de responsabilidad o de falla del servicio, cuando ella se encuentre probada.

Lo anterior bajo el entendido de que nadie está obligado a soportar los daños generados por el incumplimiento de los protocolos establecidos para la prevención y control de infecciones nosocomiales, pero tampoco de aquellos que suponen la concreción de un riesgo al cual todos estamos expuestos, que es inherente a la existencia y funcionamiento mismo del sistema de salud y que es generado por la presencia de agentes patógenos en el ambiente hospitalario, de imposible erradicación.

No obstante, para que la imputación del daño pueda hacerse con base en un régimen objetivo de responsabilidad, la bacteria causante de la infección debe ser de carácter exógeno, pues aquellas de tipo endógeno se entienden ajenas a la entidad.

La carga de demostrar que la causa del daño es una bacteria de tipo nosocomial corre por cuenta del demandante, para lo cual resultan admisibles todos los medios de prueba: dictámenes periciales, documentos e indicios tales como la demostración de que el daño fue producido por una bacteria multirresistente, luego de un determinado periodo de hospitalización o de que existen otros casos de infecciones similares, relacionados con igual agente patógeno, al interior del mismo hospital.

Obviamente, para que el juez de lo contencioso administrativo pueda decidir sobre la responsabilidad administrativa de las entidades públicas prestadoras de los servicios de salud por los daños generados por infecciones intrahospitalarias o nosocomiales, es razonable exigir que el asunto en cuestión haya sido incluido como *causa petendi* de la demanda con el fin de salvaguardar el principio de congruencia y de evitar una afectación de los derechos a la defensa y al debido proceso de la administración demandada.

No obstante, en el evento de que esta exigencia no sea satisfecha por quien acude a la administración de justicia en ejercicio de la acción de reparación directa, la consecuencia no puede ser emitir un fallo denegatorio de las pretensiones de la demanda porque con ello se produciría un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto, que operaría como causal específica de procedibilidad de la acción de tutela.

Entonces, existiendo prueba de que el daño padecido por Daniel Felipe Vélez encuentra su origen en una infección de carácter intrahospitalario, la cual es de carácter exógeno atendiendo al tipo de bacteria que lo causó –*estafilococo aureus* resistente a los antibióticos– y al hecho de que el paciente era un bebé recién nacido que siempre estuvo bajo el cuidado de la entidad hospitalaria, la Sala, en atención a lo expuesto en precedencia, debe emitir un fallo favorable a las pretensiones de la demanda, aunque el asunto relativo al origen de la enfermedad no haya sido planteado en la *causa petendi* de la demanda. Lo anterior porque el principio de congruencia que opera en materia contencioso administrativa no puede ser aplicado de manera estricta e irreflexiva cuando tal proceder ocasiona una denegación de justicia y el desconocimiento de la verdad que emerge de los hechos demostrados dentro del proceso.

**4.5. RADICACIÓN N° 52001-23-31-000-2001-00874-01(36136)****CINCO (5) DE JULIO DE DOS MIL DIECISEIS (2016)****PARTES:****Actor: GUILLERMO PLACIDO BASTIDAS GUZMAN Y OTRA****Demandado: HOSPITAL DEPARTAMENTAL DE NARIÑO****ACCIÓN:****ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - SENTENCIA****POSICIÓN DE LAS PARTES:****4.5.1. La Demanda:**

Mediante escrito presentado el 25 de julio de 2001 ante el Tribunal Administrativo de Nariño (f. 2-90, c. 1), los señores Guillermo Plácido Bastidas Guzmán y Yolanda Ortiz Acosta interpusieron acción de reparación directa.

Como fundamento fáctico de su petitorio, los demandantes narran que desde el día 17 de mayo de 2000 el señor Guillermo Plácido Bastidas Guzmán fue intervenido quirúrgicamente en el Hospital Departamental de Nariño E.S.E., en donde se le realizó una laparoscopia con la toma de unas muestras de hígado y vesícula para la biopsia de dichos tejidos, procedimiento durante el cual, debido a la deficiente atención prestada, contrajo la enfermedad denominada endocarditis bacteriana y sepsis, lo que le causó graves complicaciones cardíacas y respiratorias que se manifestaron inmediatamente después de la cirugía practicada en la institución demandada, a pesar de lo cual el diagnóstico tuvo que ser efectuado varios días después en la Clínica de Occidente en

la ciudad de Cali en donde, efectuados varios análisis, pudo establecerse que la infección tenía origen nosocomial, y que fue contraída durante la operación practicada en el ente contra el que se dirige la acción de responsabilidad extracontractual. Narra la parte actora que debido a la prolongada hospitalización del señor Guillermo Plácido Bastidas Guzmán, y por las secuelas permanentes generadas en la enfermedad nosocomial padecida, se causó a los demandantes un cambio radical en su estilo de vida, lo que les impidió seguir disfrutando de ella en la forma en que lo hacían antes de la ocurrencia del daño cuyo resarcimiento pretenden como conclusión del presente proceso de responsabilidad extracontractual.

En el fundamento jurídico su sus peticiones, los demandantes alegan que los hechos descritos en el apartado anterior constituyeron una falla del servicio por parte del Hospital Departamental de Nariño E.S.E., en la medida en que el estado de salud del paciente antes de la realización de la laparotomía, no tenía por qué derivar en el padecimiento de una dolencia cardiorrespiratoria, lo cual sólo pudo haber sido posible debido a una mala esterilización de los elementos utilizados durante la operación, además del tardío diagnóstico acerca de la bacteria que estaba causando la infección.

Dicen además que al paciente no se le hizo firmar un consentimiento informado en el que se pusiera de presente el riesgo relacionado con las infecciones intrahospitalarias, entre ellas la endocarditis padecida por el demandante por contagio de las vías respiratorias, lo cual ocurrió durante la internación en la unidad de cuidados intensivos de la institución contra la cual se dirige la acción de reparación directa

#### **4.5.2. Contestación de la demanda**

El Demandado se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas por los demandantes (fls. 384 y sgts. c.1) [4]. Para tal efecto aseveró que al paciente se le efectuó evaluación prequirúrgica, en la que se pudo establecer que no se encontraba en buenas condiciones generales, contrario a lo que quiere sostener la parte actora. Del mismo modo, aseguró que al momento de la intervención quirúrgica el paciente ya presentaba un proceso infeccioso pulmonar, que se agravó en el periodo de recuperación, pero que no puede entenderse como un producto del acto médico. Agrega que el señor Guillermo Plácido Bastidas Guzmán ya presentaba una afección cardiaca antes de la atención que se le dispensó, razón por la cual no habría lugar a imputar responsabilidad a la entidad demandada por la infección que dio lugar a los daños cuyo resarcimiento se está pidiendo.

#### **4.5.3. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

El Tribunal Contencioso Administrativo de Nariño profirió **sentencia de primera instancia** el 30 de mayo de 2008, con la decisión de denegar las pretensiones de la demanda al considerar que en el proceso sí se demostró que la esposa del señor Guillermo Plácido Batidas Guzmán suscribió un consentimiento informado, en el que se informaba acerca de los riesgos que podría acarrear el examen diagnóstico quirúrgico invasivo que se practicó para establecer el estado en que se encontraba el hígado del paciente, entre los cuales se encontraba la infección pulmonar que causó los daños cuyo resarcimiento se persigue en la presente contención, lo que se vio agravado por el hecho de que el mencionado señor era médico y que, por esa condición, se veía permanente expuesto al tipo de infecciones como la que, precisamente, fue la que afectó su estado de salud en forma posterior a la laparoscopia que se le realizó. Textualmente consideró el *a quo*:

*Dentro de la historia clínica no se encuentra un consentimiento expreso para el procedimiento descrito por parte del paciente. Pero sí por parte de la esposa del mismo. En efecto, el 17 de mayo de 2000, la señora YOLANDA M. ORTIZ, frente a GUILLERMO BASTIDAS anunció: “Voluntariamente solicito los servicios del Hospital Departamental de Nariño, sometiéndome a todos los exámenes de laboratorio y procedimientos Médico-Quirúrgicos que a juicio del personal médico sean necesarios para diagnosticar o tratar mi enfermedad.” (fol. 64, c-2).*

*En estricto sentido, si el paciente ingresó consiente debía ser él quien firmara la autorización del tratamiento y exámenes. Sin embargo, ante la presencia de la esposa, al parecer sólo se le hizo firmar a ella, bajo el entendido de que no era cualquier persona a quien se iba a intervenir; se trataba de un médico especialista, con una larga trayectoria en la profesión (contaba con 55 años al momento de la intervención) de quien se esperaba un conocimiento más que suficiente acerca del procedimiento al cual se iba a someter. Así que los riesgos, complicaciones y expectativas de la laparoscopia debía tenerlos muy claros el facultativo de la medicina, al punto que llegó por sus propios medios a internarse.*

*(...)*

*Se adujo también en la demanda, y en los mismos alegatos de conclusión de la parte accionante, que no se efectuó una valoración por médico internista, y más concretamente por parte del Dr. GERMÁN LUNA, cardiólogo particular del paciente.*

*Sobre el punto, es claro que dentro de la historia clínica no aparece solicitud alguna en tal sentido. Luego, la exigencia de la valoración no se probó.*

*Ahora, si lo que se quiere poner de presente es que el paciente venía con una dificultad cardiaca, así debió ponerlo de presente ante el médico que iba a realizar la laparoscopia.*

*(...)*

*Si esa certeza de buen estado de salud cardiovascular la tenía el cardiólogo a quien “esporádicamente” se consultaba, no se entiende qué necesidad imperativa había de consultarlo antes de la laparoscopia.*

*No se observa, entonces, un descuido o una negligencia en la práctica de la laparoscopia, por no haber cumplido todos los procedimientos previos que la lex artis dispone. Al contrario, se encuentra que lo que se requería se logró en debida forma.*

*El tercer aspecto sobre el cual se pretendió edificar la responsabilidad de la institución accionada, fue el uso de instrumentos quirúrgicos contaminados.*

*(...)*

*Se detalló que uno de los riesgos de la laparoscopia es el de adquirir una infección. El accionante parte de la base que la segunda intervención a la que fue sometido en el hospital fue la causante de la endocarditis por utilización de instrumentos contaminados. Tal apreciación no deja de ser eso, una hipótesis de contaminación.*

*La segunda intervención se cumplió en vista de que durante el posoperatorio a la laparoscopia, presentó dificultad respiratoria, por lo que fue llevado nuevamente a quirófano, participando como médico tratante el Dr. PORTILLA, encontrando como diagnóstico definitivo un “edema pulmonar, insuf. cardiaca congestiva” (fol. 34).*

*(...)*

*Con lo transcrito hasta aquí, por parte de este equipo médico que trató la endocarditis, no se puede establecer a ciencia cierta el origen de la infección y si en verdad se adquirió dentro del operatorio o pos operatorio cumplido en el Hospital Departamental.*

*Nótese que el paciente ya tenía una dificultad a nivel de la aurícula antes de la infección. Y que si se trata de un estafilococo simulans, éste se puede presentar en cualquier rincón de un centro hospitalario y a él están expuestos no sólo los pacientes, los visitantes, sino mucho más los médicos; y siendo que el Dr. BASTIDAS GUZMÁN era médico internista del hospital –con una válvula aórtica previamente insuficiente–, la infección podría haberse provocado en cualquier tiempo, o al menos antes de la laparoscopia, pues no se olvide que llegó en un estado febril de casi cinco días.*

*(...)*

*Si el estafilococo puede estar presente en cualquier ambiente, incluso en la piel, mucosas y tracto respiratorio superior –al punto que se lo ha catalogado como “enemigo silente”–, no es posible ligar, de manera cierta el procedimiento quirúrgico y el tratamiento brindado en la entidad demandada con el daño producido. Luego el fundamento de la responsabilidad por este aspecto también se diluye.*

(...)

*En conclusión, no se aportó prueba suficiente como para determinar el nexo causal entre el daño producido al accionante (endocarditis bacteriana) con el procedimiento quirúrgico (biopsia hepática laparoscópica) practicado en el Hospital Departamental de Nariño, por lo tanto no es posible hacer responder a éste de los perjuicios que se aseguró fueron causados... (f. 565-585, c. ppl., mayúsculas del texto citado).*

#### **4.5.4. la apelación**

Contra la sentencia de primera instancia, la parte demandante interpuso y sustentó en tiempo **recurso de apelación**, en el cual ventiló nuevamente los argumentos que habían sido expuestos ya en el libelo introductorio (fls. 614 y sgts., c. ppl). No obstante, se agrega una motivación relacionada con la ausencia de consentimiento informado, falencia que no se suple, según dice, por el hecho de que la cónyuge del demandante haya suscrito un documento en el que autorizaba el procedimiento laparoscópico, o por la circunstancia de que el paciente tratado fuera un profesional de la medicina. Acto seguido, refiere las contraindicaciones absolutas del procedimiento laparoscópico, entre las cuales menciona la insuficiencia cardíaca que era padecida por el señor Guillermo Plácido Bastidas Guzmán, y que no fue advertida durante los exámenes prequirúrgicos efectuados en el Hospital Departamental de Nariño, a pesar de los antecedentes reportados en la historia clínica, lo que a la postre derivó en las complicaciones que causaron los daños cuyo resarcimiento persiguen los demandantes. Y frente a la contaminación por una infección nosocomial, adujo que:

En el sub exámine sobre el punto lo que se encuentra probado es que: 1. El Dr. Guillermo Plácido Bastidas Buzmán al tiempo de su ingreso hospitalario al Hospital Departamental de Nariño – E.S.E., no presentaba un diagnóstico de ENDOCARDITIS BACTERIANA Y SEPSIS; 2. Que

posterior a su ingreso del Hospital Departamental de Nariño – E.S.E., el Dr. Guillermo Plácido Bastidas Guzmán presentó un diagnóstico de ENDOCARDITIS BACTERIANA Y SEPSIS mismo que se encuentra debidamente documentado en el tratamiento que le fuera realizado en la Clínica de Occidente en la ciudad de Cali; y 3. Que para el tiempo en que estuvo en tratamiento de carácter intrahospitalario en el Hospital Departamental de Nariño – E.S.E. en la unidad de cuidados intensivos de dicha entidad existían, entre otros muchos, como gérmenes llamados nosocomiales estafilococo aerus y estafilococo simulans, los cuales se encontraron instalados en su válvula aórtica en la ciudad de Cali –Clínica de Occidente– siendo la etiología con otros síntomas asociados de su diagnóstico de ENDOCARDITIS BACTERIANA Y SEPSIS, a contrario sensu no probó el Hospital Departamental de Nariño - E.S.E., protocolos de profilaxia y asepsia para contrarrestar aquello, y menos aún con referencia al caso que nos convoca, por lo cual, contrario a lo sostenido por el Tribunal a quo, es evidente la responsabilidad atribuible a la demandada (f. 650, c.1)

#### **4.5.5. FALLO CONSEJO DE ESTADO**

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, dado que en el presente caso están dados los elementos para predicar responsabilidad del Hospital Departamental de Nariño, entonces procederá la Sala a revocar la sentencia de primera instancia, por medio de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda, y en su lugar se proferirá un fallo condenatorio con las indemnizaciones precisadas en las consideraciones antes expuestas.

Como consecuencia de la anterior declaración, **CONDÉNASE** al Hospital Departamental de Nariño Empresa Social del Estado a pagar a los demandantes, por concepto de indemnización de perjuicios

#### 4.5.6. POSICIÓN CONSEJO DE ESTADO

Así, pertinente es tener en cuenta que en nuestro país, el marco teórico de la responsabilidad aplicable a los casos de infecciones nosocomiales o intrahospitalarias, ha sido poco desarrollado por la jurisprudencia<sup>[5]</sup>. No obstante, existen algunos escasos pronunciamientos de esta Corporación en los que el tema ha sido mencionado para efectos de señalar que los daños derivados de este tipo de infecciones, no pueden ser considerados como “*eventos adversos*”<sup>[6]</sup>, asociados al incumplimiento de la obligación de seguridad y vigilancia jurídicamente exigible a las instituciones prestadoras de servicios de salud, sino que deben ser analizados desde un régimen objetivo de responsabilidad:

... en los daños derivados de infecciones intrahospitalarias o nosocomiales... 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

En el orden de ideas anteriormente expuesto, y aplicados al **caso concreto** los criterios recién expuestos, observa la Sala que es procedente atribuir responsabilidad al Hospital Departamental de Nariño por la endocarditis bacteriana y la neumonía nosocomial padecidas por el señor Guillermo Plácido Bastidas Guzmán, en la medida en que con indicios pudo establecerse que dichas infecciones se adquirieron durante la hospitalización transcurrida en la entidad demandada a partir del 17 de mayo del año 2000, y teniendo en cuenta, además, que no existe dentro del plenario probanza alguna que señale que se trató de enfermedades con etiología endógena y, antes bien, pudo evidenciarse la presencia de estafilococos en las instalaciones del mencionado centro asistencial.

En el orden de ideas anteriormente expuesto, observa la Sala que, aunque no existe demostración de una falla del servicio, en el presente proceso sí se acreditó la existencia de un nexo de causalidad entre la atención dispensada por el Hospital Departamental de Nariño y las enfermedades de origen nosocomial que, con posterioridad, padeció el señor Guillermo Plácido Bastidas Guzmán, constatación esta que, a su vez, posibilita el surgimiento de responsabilidad a cargo de la demandada con aplicación del régimen objetivo que, según se analizó más arriba, resulta pertinente para el caso de autos. Procede la Sala, acto seguido, a establecer las indemnizaciones a que hay lugar, de conformidad con las pruebas arrojadas al expediente y los hechos que resultaron demostrados.

[1] Ley 74 de 1968.

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

[3] Organización Mundial de la Salud, *Prevención de las infecciones nosocomiales*, 2003, p. 1, disponible en:

<http://www20.gencat.cat/docs/canalsalut/Minisite/VINCat/Documents/Manuals/Arxius/manual-oms.pdf>

[4] En este punto la Sala referirá también los argumentos plasmados en el primer escrito de contestación de la demanda (folios 302 y sgts., c. 1).

[5] En este apartado se reiteran las consideraciones ya expresadas por la Sala de Subsección “B” en la siguiente providencia: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera -Subsección “B”-, sentencia del 29 de agosto de 2013, C.P. Danilo Rojas Betancourth, radicación n.º 25000-23-26-000-2001-01343-01 (30283), actor: Juan Carlos Rojas Tacha, demandado: Instituto de Seguros Sociales. Esta providencia no fue suscrita por el consejero de Estado Ramiro Pazos Guerreño, quien manifestó impedimento para conocer del caso.

[6] El anexo técnico de la resolución n.º 1446 de 2006, del Ministerio de la Protección Social define los “eventos adversos” como “*las lesiones o complicaciones involuntarias que ocurren durante la atención en salud, los cuales son más atribuibles a ésta que a la enfermedad subyacente y que pueden conducir a la muerte, la incapacidad o al deterioro en el estado de salud del paciente, a la demora del alta, a la prolongación del tiempo de estancia hospitalizado y al incremento de los costos de no calidad. Por extensión, también aplicamos este concepto a situaciones relacionadas con procesos no asistenciales, que potencialmente puedan incidir en la ocurrencia de las situaciones arriba mencionadas*”.

## **Conclusión**

Teniendo en cuenta que en los últimos 15 años el número de sentencias que se han producido por parte de la Sección Tercera del Consejo de Estado no supera las 8, y de esas, 5 de ellas han resultado en condenas millonarias a cargo del estado, afectando directamente el erario, es importante analizar cuidadosamente cual ha sido la línea jurisprudencial adoptada por esta Corte, y mas aún, tratar de generar un cambio de la misma y de esa manera tratar que el régimen de responsabilidad aplicable sea el subjetivo.

Dentro de lo que pudimos analizar al realizar el estudio jurisprudencial de las sentencias emitidas por el consejo de estado en los últimos 15 años, encontramos 5 sentencias que condenan al estado por estrecha relación con infecciones nosocomiales, pero al analizar las mismas, se evidencia que el proceder de los centros médicos demandados fue el correcto, y el contagio de los pacientes con dichas infecciones intrahospitalarias, se debió al alea que a un descuidos en los procedimientos de asepsia de sus instalaciones.

Por otro lado, en la sentencia del 28 de abril de 2010, la sección tercera del consejo de estado manifestó:

*...Así mismo, se consideró que para deducir la responsabilidad del Estado por el daño derivado de su actividad médica, era necesario acreditar todos los elementos de la responsabilidad –el daño, la falla del servicio y el nexo causal entre estos- para lo cual el juez debía ser particularmente acucioso y valorar todos los elementos probatorios legalmente aceptados, entre los cuales los indicios cobrarían especial relevancia, en tanto que podrían ser contruidos a partir de las pruebas del expediente*

*y de la conducta misma de las partes. También se precisó que, en ciertas oportunidades, las reglas de la experiencia serían de gran utilidad, ya que ciertos eventos dañinos –abandonar una gasa o un bisturí en el interior del cuerpo de un paciente- sólo podrían derivarse de conductas constitutivas de falla del servicio...*

Preceptos estos, que infortunadamente, en lo que a infecciones nosocomiales se refiere, no se aplica en su totalidad, pues las 5 sentencias condenatorias proferidas por el Consejo de Estado a través de su Sección Tercera, lo que es evidente y reiterado, es que no se puede atribuir las infecciones nosocomiales a fallas del servicio, como por ejemplo, deficientes medida de asepsia de los centros prestadores de los servicios de salud, sino que por el contrario lo que coloquialmente se podría decir, es que se responsabiliza a esas instituciones de salud, y por ende al estado colombiano, por no tener a quien mas responsabilizar.

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

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

*... deriva su existencia de la consideración según la cual el sujeto de derecho que despliega una actividad cuya realización implica el riesgo de ocasionar daños, debe asumir la responsabilidad derivada de la causación de estos*

*en el evento en que sobrevengan o de que, aun cuando la actividad no entrañe verdadera peligrosidad, conlleva la asunción de las consecuencias desfavorables que su ejercicio pueda producir, por parte de la persona que de dicha actividad se beneficia...*

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

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

En suma, en criterio del Consejo de Estado, el riesgo puede servir como factor para atribuir jurídicamente responsabilidad a la administración por los daños causados como consecuencia de una infección de carácter intrahospitalario, entendida como aquella que se contrae por el paciente en el hospital o centro asistencial. En estos eventos la responsabilidad es de carácter objetivo, por lo que la parte demandada, para liberarse de la obligación de indemnizar los perjuicios, tendrá que

demostrar que el paciente ya portaba el cuadro infeccioso antes de ingresar al nosocomio.

Este criterio y línea jurisprudencial que ha asumido el Consejo de Estado, referente a que las infecciones nosocomiales, a pesar de ser irresistibles, también son previsibles, ha sido base para proferir fallos condenatorios en contra de instituciones de salud y por ende al Estado Colombiano, lo que a nuestro criterio es incongruente, toda vez que en todos los estudios de responsabilidad estatal los hechos irresistibles, por regla general, no comprometen la responsabilidad patrimonial de la administración en razón a que pueden ser calificados como “casos fortuitos”, sin embargo tratándose de infecciones nosocomiales, dicha corporación se aparta de esa regla general, toda vez que las mismas no son ajenas a la prestación del servicio de salud.

Para nosotros, las infecciones hospitalarias, por ser de carácter si bien previsible, so irresistibles, constituyen un acontecimiento inevitable, ya que la asepsia cero no existe, (de acuerdo con los estudios realizados por la organización mundial de la salud) por lo cual, si bien no se intenta trasladar el riesgo en cabeza del paciente, tampoco debería recaer la responsabilidad de que dicho paciente pudiese adquirir una infección hospitalaria mientras recibe tratamiento médico, liberando de responsabilidad al ente.

En nuestro criterio, para que fuera viable achacar la responsabilidad de las infecciones nosocomiales que un paciente pudiese contraer en sus instalaciones, sería requisito sine qua non que se demostrara la falla en el servicio originada del NO cumplimiento estricto de los protocolos de limpieza, desinfección y por consiguiente asepsia que se deben cumplir en las instituciones prestadoras de servicios médicos, en especial de hospitalización, cirugías, procedimientos invasivos, unidades de cuidados intensivos, etc.

Si esa falla del servicio descrita en el párrafo anterior, no se encuentra debidamente probada, en nuestro criterio, no sería dable responsabilizar al centro asistencial de la infección nosocomial que pudiere adquirir un paciente, puesto que en ello se conjugan toda una serie de variables desde el tipo de organismo que tenga el paciente, su sistema inmunológico, sus morbilidades, etc, por lo cual dicha infección nosocomial sería producto del alea, un caso fortuito, o dicho de manera coloquial, simple y llanamente, mala suerte, sin que dicha situación sea suficiente para responsabilizar al estado por ello; en criterios mundanos, y por demás nada jurídicos, sería como intentar responsabilizar al estado por que a una persona cualquiera, en medio de una tormenta eléctrica, es alcanzado por un rayo.

Si nuestra posición fuere acogida por el Consejo de Estado y con base en ella se cambiara la línea jurisprudencial mantenida hasta el momento en lo que a infecciones nosocomiales se refiere, se lograría ahorrar millonarios recursos del erario, pues se reducirían ostensiblemente las sentencias condenatorias en estos asuntos y de esa manera se evitaría al estado la obligación de pagar indemnizaciones millonarias.

## **Capítulo V**

### **5.1 Citas y Referencias**

Botero, E. G. (2011). *Responsabilidad extracontractual del estado*. Temis.

- Cabrera José Enrique, Holder Reynaldo, Ramón-Pardo Pilar y Stempliu Valeska. (2012). Vigilancia epidemiológica de las infecciones asociadas a la atención de la salud .3, 60.  
[https://www.paho.org/hq/index.php?option=com\\_docman&view=download&category\\_slug=guias-5603&alias=22315-modulo-iii-vigilancia-epidemiologica-infecciones-asociadas-a-atencion-salud-2012-315&Itemid=270&lang=es](https://www.paho.org/hq/index.php?option=com_docman&view=download&category_slug=guias-5603&alias=22315-modulo-iii-vigilancia-epidemiologica-infecciones-asociadas-a-atencion-salud-2012-315&Itemid=270&lang=es)
- De Inmunizaciones, P. A.No title. *Ministerio De La Protección Social, República De Colombia. (Fecha De Acceso Enero 20 De 2006). Coberturas Del PAI En Colombia,*
- Fernández, M. L. (2016). Las infecciones nosocomiales como un nuevo evento de responsabilidad objetiva en el sistema colombiano: Reflexión sobre su fundamento a partir de la experiencia francesa. *Revista Chilena De Derecho*, 43(3), 849-875.
- FERNÁNDEZ, M. L. (2008). La responsabilidad médica. *Problemas Actuales.Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez,*
- Galindo Vácha, J. C. (2004). Lecciones de derecho procesal administrativo. *Volumen I.Bogotá DC: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad De Ciencias Jurídicas,*
- Gúechá Medina, C. N. (2014). Derecho procesal administrativo. *Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez,*

- Luna Benítez, L. A. (1981). Lo contencioso administrativo. *Bogotá, Ediciones Librería Del Profesional,*
- PÉREZ, H., & CARLOS, J. (2007). El daño.
- Posada, O. C. V. (2009). *Responsabilidad civil extracontractual*. Universidad de La Sabana.
- Salud, O. M. (2003). Prevención de las infecciones nosocomiales, guía práctica. *Minimun Graphics,*
- Tamayo, J. (2014). Responsabilidad por infecciones intrahospitalarias. *Ámbito Jurídico*, (38),
- Coleman, Jules (2013): "La moralidad de la responsabilidad extracontractual objetiva", en Hernández, Carlos y Ortega, Santiago (edit.), *Los costos de los costos de los accidentes* (Bogotá, Universidad Libre) pp. 48-92.
- Fernández, Mónica (2008): *La responsabilidad médica. Problemas actuales* (Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez).
- Gil Botero, Enrique (2012): *La responsabilidad médica derivada de los actos administrativos en el sector salud* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia).
- Ministerio de la Protección Social, República de Colombia (2010): *Guía Técnica Buenas Prácticas para la Seguridad del Paciente en la Atención en Salud. Detectar, prevenir y reducir el riesgo de infecciones asociadas con la atención en salud.*

- Organización Mundial de la Salud –OMS– (2003): *Prevención de las infecciones nosocomiales. Guía práctica*. (OMS, 2ª. Edición).
- Organización panamericana de la Salud –OPS– (2012): *Vigilancia Epidemiológica de las Infecciones Asociadas a la Atención de la Salud – IAAS –*
- Tamayo, Javier (2014): "Responsabilidad por infecciones intrahospitalarias", *Ámbito Jurídico*, No. 38: p. 21.
- Velásquez, Obdulio (2009): *Responsabilidad civil extracontractual* (Bogotá, Universidad de la Sabana - Temis).
- Villalobos, Andrea *et al.* (2014): "Vigilancia de infecciones asociadas a la atención en salud, resistencia bacteriana y consumo de antibióticos en hospitales de alta complejidad, Colombia, 2011", *Biomédica*, No. 34: pp. 67-80.

## **5.2 JURISPRUDENCIA COLOMBIANA**

- Consejo de Estado. Sección Tercera. Agosto 29 de 2013. Exp. 30283.

- Consejo de estado. sección tercera. febrero 2 de 1984. exp. 2744, (1984).
- Consejo de estado. sección tercera. agosto 24 de 1992. exp. 6754. (1992).
- Consejo de estado. sección tercera. marzo 24 de 2001. exp. 20836. (2001).
- Consejo de estado. sección tercera. marzo 26 de 2008. exp. 16530, (2008a).
- Consejo de estado. sección tercera. marzo 26 de 2008. exp. 16530. (2008b).
- Consejo de estado. sección tercera. agosto 19 de 2009. exp. 17733, (2009a).
- Consejo de estado. sección tercera. julio 22 de 2009. exp. 18069. (2009b).
- Consejo de estado. sección tercera. septiembre 10 de 2014. exp. 27771, (2014a).
- Sentencia 1998-02268 de 11 de junio de 2014, (2014b).

### **5.3.NORMAS A CONSULTAR LEGISLACIÓN COLOMBIANA**

- Ley N° 09 (24/1/1979), Por la cual se dictan medidas sanitarias.
- Resolución N° 0300 (1/4/1998), Por la cual se fijan mecanismos para el manejo de los residuos especiales provenientes de establecimientos que realizan actividades relacionadas con el área de la Salud (derogó la Resolución n. 04153 de 1993).
- Decreto N° 2676 (22/12/2000), Por el cual se reglamenta la gestión integral de los residuos hospitalarios y similares.

- Resolución N° 4445 (2/12/1996), Por la cual se dictan normas referentes a las condiciones sanitarias que deben cumplir las Instituciones Prestadoras de servicios de Salud.
- Decreto N° 3518 (9/10/2006), Por el cual se crea y reglamenta el Sistema de Vigilancia en Salud Pública (SIVIGILA) (derogó el Decreto n. 1562 de 1984).
- Ley N° 100 (23/12/1993), Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral.
- Decreto N° 1011 (3/4/2006), Por el cual se establece el Sistema Obligatorio de Garantía en Calidad de la Atención de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SOGCS) (derogó el Decreto N° 2174 de 1996 y el Decreto N° 2309 de 2002).
- Ley Estatutaria N° 1751 (16/02/2015), Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental a la Salud.
- Ley N° 1438 (19/1/2011), Por la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud.
- Resolución N° 1446 (8/5/2006), Por la cual se define el sistema de información para la calidad y se adoptan los indicadores de monitoria del Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la atención en salud.