

PERSPECTIVA DE GENERO - Protección a mujer embarazada. Reivindicación del papel de la mujer en la sociedad / PERSPECTIVA DE GENERO - El Estado debe garantizar la asistencia médico hospitalaria necesaria e integral antes, durante y después del parto. Protección a mujer embarazada / ACCION DE REPARACION DIRECTA - Falla del servicio médico. El Estado debe garantizar la asistencia médico hospitalaria necesaria e integral a mujer embarazada / FALLA DEL SERVICIO MEDICO - Responsabilidad objetiva. El Estado debe garantizar la asistencia médico hospitalaria necesaria e integral a mujer embarazada

En relación con los hechos probados y la declaratoria de responsabilidad del Estado en el presente asunto, la Sala considera necesario efectuar algunas consideraciones en torno al deber del Estado respecto de la protección a la familia y particularmente a la mujer en embarazo, derechos fundamentales consagrados en los artículos 42 y 43 de la Carta Política. Así pues, la norma fundamental estableció que durante el embarazo y después del parto, la mujer tiene derecho a gozar de especial asistencia y protección del Estado, lo cual, como resulta apenas natural, incluye la asistencia médico hospitalaria necesaria e integral antes, durante y después del parto. (...) Con fundamento en la anterior interpretación constitucional, hay lugar a concluir que el embarazo en la mujer debe gozar, dentro del ordenamiento jurídico colombiano, de un cuidado y protección especiales por parte del Estado, dada su relación directa con la constitución de la familia, institución igualmente amparada en el ordenamiento legal nacional, a la cual se le ha reconocido, además, su calidad de elemento fundamental y natural de la sociedad. Así pues, para el momento de finalización del embarazo, la sociedad y el Estado especialmente deben velar por la salud de la madre y de aquel que está por nacer mediante la prestación de un servicio médico adecuado que procure la conservación de la integridad física de ambos. Igualmente, resulta necesario precisar que el artículo 11 de la Carta Política consagra la vida como un derecho fundamental inviolable cuyo amparo cubre al nasciturus, tal y como lo establece el artículo 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, (...) Bajo dicha perspectiva, resulta claro entonces que en el presente asunto el tratamiento médico hospitalario prestado por el ente público demandado a la señora María Soraida Usgame Suárez, afectó de forma grave los derechos a la vida, integridad y salud, entre otros, en perjuicio de la madre gestante, sin tomar en cuenta que la condición de la mujer en estado de embarazo corresponde a una situación que requiere de un cuidado especial y único, y mucho más para el momento del parto, lo cual no puede admitir una atención descuidada, inadecuada y ni siquiera elemental, ni mucho menos deficiente como el que se dio en este caso, puesto que tal y como quedó establecido, la infección sufrida por la señora María Soraida Usgame Suárez -que ocasionó finalmente la necesidad de practicarle una histerectomía total-, fue adquirida en el momento del parto, en las instalaciones de la Clínica San Rafael de Bogotá D.C. (...) Para la Sala, resulta importante destacar y reivindicar el papel que desempeña la mujer en la sociedad como madre, puesto que es ella quien se encarga del desarrollo y de la culminación del embarazo, lo cual la convierte en una promotora y gestadora de vida, permitiendo la perpetuidad de la especie humana, cuestión más que suficiente, unida a la dignidad que le debe ser reconocida y respetada como persona, para que antes, durante y después del alumbramiento se le deba brindar un tratamiento idóneo e integral que amerita tan significativo evento.

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Falla del servicio médico. Mujer que dio a luz y adquiere infección nosocomial / FALLA DEL SERVICIO MEDICO -

Responsabilidad objetiva. Mujer que dio a luz y adquiere infección nosocomial, se le practica histerectomía total / FALLA DEL SERVICIO - Por adquisición de infección nosocomial. Reiteración jurisprudencial

Puede concluirse que el alumbramiento fue normal y la paciente dio a luz a un recién nacido de sexo femenino en buenas condiciones, y que después del parto la paciente presentó sangrado abundante, edema uterino y equimosis, motivo por el cual a la paciente se le debió empezar tratamiento con antibióticos y controles localizados (legrados), sin embargo la paciente no presentó reacción positiva, por lo cual se procedió a realizar una histerectomía total para controlar la infección y el abundante sangrado. Bajo dicha perspectiva, ha de concluir la Sala que la paciente adquirió dicha infección -que conllevó a que se le tuviera que extirpar la matriz-, en las instalaciones de la Clínica San Pedro Claver de Bogotá D.C., pues no obra prueba alguna que indique que la paciente padecía dicha infección con anterioridad a la atención en ese centro hospitalario; por el contrario, según los medios probatorios "se trataba de una gestante en buenas condiciones generales, con un parto normal". Por consiguiente, forzoso resulta concluir que de conformidad con los elementos de convicción a los que se ha hecho referencia, la infección sufrida por la señora María Soraida Usgame Suárez -con las consecuencias ya conocidas-, fue adquirida luego de que se le realizara una atención de parto el 14 de agosto de 1996, en las instalaciones de la Clínica San Pedro Claver de la ciudad de Bogotá D.C., razón por la cual, atendiendo la jurisprudencia consolidada en la materia en punto a la responsabilidad objetiva por infecciones nosocomiales o intrahospitalarias, resulta claro que el daño antijurídico por cuya indemnización se demandó le resulta imputable a la entidad demandada ISS.

PERJUICIOS MORALES Y PERJUICIOS MATERIALES - Se confirma condena de primera instancia. Caso de mujer que dio a luz y adquiere infección nosocomial

Con fundamento en los argumentos expuestos, la Sala confirmará la sentencia apelada, esto es la proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión, el 15 de enero de 2004, en cuanto declaró la responsabilidad del Instituto de Seguros Sociales -en liquidación-, por los hechos materia de este asunto, así como la condena por concepto de perjuicios morales y perjuicios fisiológicos (hoy denominados daño a la salud), toda vez que el objeto del recurso de apelación estuvo orientado exclusivamente a que se absolviera a la entidad demandada respecto de los hechos materia del presente asunto. Lo anterior por cuanto, según ya se explicó, el examen del recurso de apelación, cuyo objeto se encaminó a cuestionar la declaratoria de responsabilidad en contra de la entidad demandada, ha llevado a la Sala a concluir que dicha declaratoria judicial, efectuada por el Tribunal a quo, debe confirmarse, cuestión que a su vez, en el presente caso, impone la necesidad de confirmar también la condena impuesta en materia de perjuicios morales y daño a la salud, puesto que en relación con este último aspecto específico -consecuencial de la declaratoria de responsabilidad-, la parte apelante nada señaló y menos argumentó como motivo de su inconformidad, lo cual impide a la Sala hacer pronunciamiento alguno al respecto, por carecer de elementos para realizar dicho análisis.

COSTAS - No condena

Comoquiera que para el momento en que se profiere este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando

alguna de las partes haya actuado temerariamente y, debido a que ninguna procedió de esa forma en el sub lite, no habrá lugar a su imposición.

FUENTE FORMAL: LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 55 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, DECRETO 01 DE 1984 - ARTICULO 171

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON

Bogotá, D. C., once (11) de junio de dos mil catorce (2014).

Radicación número: 25000-23-26-000-1998-02268-01(27089)

Actor: JORGE ERNESTO VARGAS GUERRERO Y OTROS

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES - EN LIQUIDACION

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (APELACION SENTENCIA)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión, el 15 de enero de 2004, mediante la cual se adoptaron las siguientes declaraciones y condenas:

“1.- Declárase (sic) probadas las excepciones de falta de legitimidad en la causa por pasiva y de ‘inexistencia de la obligación’ en relación con las demandadas Nación Ministerio de Salud y Ministerio de Trabajo.

2.- Declárase no probada la excepción de ‘falta de competencia’ de la jurisdicción de lo contencioso administrativo para conocer de los asuntos en que es parte el ISS, por ser una Empresa Industrial y Comercial del Estado.

3.- Declárase administrativamente responsable al Instituto de Seguros Sociales por los hechos a que se contrae la demanda y por los cuales la actora María Soraida Usgame Suárez sufrió la pérdida funcional y fisiológica de su órgano reproductor.

4.- Como consecuencia de la anterior declaración, condénase al Instituto de Seguros Sociales a pagar a las demandantes María Soraida Usgame Suárez y Jorge Ernesto Vargas Guerrero, por concepto de daños morales la suma equivalente en pesos a ochenta (80) salarios mínimos legales mensuales, y

(50) salarios mínimos legales mensuales respectivamente, vigentes a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

5.- Condénase al Instituto de Seguros Sociales a pagar a la señora María Soraida Usgame Suárez, por concepto de daños o perjuicio fisiológico, la suma equivalente a ochenta (80) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

6.- Para el cumplimiento de esta sentencia se observará lo previsto en los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

7.- Deniéganse las demás súplicas de la demanda.

8.- Sin condena en costas”.

I. ANTECEDENTES

1.1.- La demanda y su trámite.

En escrito presentado el 13 de agosto de 1998, por conducto de apoderado judicial, los señores María Soraida Usgame Suárez y Jorge Ernesto Vargas Guerrero, interpusieron demanda en ejercicio de la acción de reparación directa contra la Nación - Ministerio de Salud y el Instituto de Seguros Sociales -en adelante ISS-, con el fin de que se les declarara patrimonial y solidariamente responsables por los perjuicios sufridos como consecuencia de la falla del servicio médico asistencial que produjo la pérdida fisiológica y funcional del aparato reproductor de la señora Usgame Suárez, luego de que se atendiera el parto en la Clínica San Pedro Claver de Bogotá el 14 de agosto de 1996.

Como consecuencia de la anterior declaración solicitaron que se condenara a las demandadas a pagar, por concepto de indemnización de perjuicios morales, la suma equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro a favor de cada uno de los demandantes y, por concepto de perjuicios materiales, deprecaron la suma global de \$ 60.000.000 o, la cantidad que resultare probada en el proceso.

Como **fundamentos fácticos** de sus pretensiones se narró, en síntesis, que desde el mes de diciembre de 1995 la señora María Soraida Usgame Suárez presentó un embarazo que transcurrió de forma normal, sin ninguna complicación, siguió todas las recomendaciones del médico tratante y asistió regularmente a todos los controles ordenados, los cuales se realizaron en la IPS Prosalud S.A., adscrita al ISS Seccional Bogotá, al cual se encontraba afiliada.

Sostuvo la demanda que en la madrugada del 14 de agosto de 1996, la señora María Soraida Usgame Suárez presentó síntomas propios del parto, motivo por el cual sus familiares la condujeron al servicio de urgencias del Hospital San Pedro Claver de Bogotá, y fue ingresada a la sala de partos a las 8:30 a.m., produciéndose el alumbramiento de su hija a las 10:45 a.m.

Agregaron que una vez ocurrido el parto la madre gestante fue conducida a la sala de recuperación, donde permaneció hasta las 7:00 p.m., y fue trasladada a un cuarto de hospitalización.

Indicó la demanda que según la información del equipo médico el parto se realizó sin complicación alguna; no obstante *“después del parto taponaron la vagina de la demandante con por lo menos 5 tapones de gasa grandes, y todo parece indicar que los tapones se pegaron a los tejidos internos y la descomposición de la placenta produjo una gravísima infección, por lo que se debieron hacer cuatro legrados sucesivos. (...) el día 16 de agosto despertó con un dolor insoportable y más tarde supo que le habían extraído el útero o matriz (histerectomía total), todo lo cual –afirma el libelo- produjo a los demandantes perjuicios de carácter permanente¹.*

La demanda así formulada fue admitida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante proveído de fecha 4 de septiembre de 1998, el cual se notificó en legal forma a las entidades demandadas y al Ministerio Público².

1.2.- El ISS contestó la demanda dentro de la respectiva oportunidad procesal y se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas por los actores. Como fundamento de su defensa se limitó a manifestar que *“las pretensiones de la demanda deben probarse en dos aspectos, primero que existan secuelas y segundo que exista responsabilidad y nexo de causalidad”³.*

A su turno, la Nación - Ministerio de Salud manifestó que no era la llamada a responder por el daño que originó la presente acción, toda vez que la atención médica brindada a la demandante la realizó el ISS, entidad que cuenta con personería jurídica propia, autonomía administrativa y financiera diferentes a la

¹ Fls. 4 a 14 C. 1.

² Fls. 18 a 22 C. 1.

³ Fls. 66 a 69 C. 1.

de dicha cartera ministerial, razón por la cual propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva⁴.

1.3.- Vencido el período probatorio dispuesto en providencia proferida el 3 de junio de 1999 y fracasada la etapa de conciliación, el Tribunal de primera instancia mediante auto de 4 de febrero de 2003 dio traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto⁵.

En sus alegatos el ISS manifestó que dentro del proceso no existía medio probatorio alguno del cual se pudiera inferir la supuesta falla del servicio por acción u omisión en que habría incurrido la entidad demandada, esto es la deficiente atención médica al momento del parto; por lo demás -indico-, que la atención brindada a la paciente fue en todo momento idónea y oportuna⁶.

Dentro de la correspondiente etapa procesal tanto la parte actora como el Ministerio Público guardaron silencio⁷.

1.4.- La sentencia de primera instancia.

Cumplido el trámite legal correspondiente, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A profirió sentencia el 15 de enero de 2004, oportunidad en la cual declaró la responsabilidad patrimonial de la entidad pública demandada -ISS- en los términos transcritos al inicio de esta sentencia.

Para arribar a tal conclusión, el Tribunal de primera instancia puso de presente, básicamente, que en el presente asunto se presentó una falla del servicio en el servicio médico-asistencial por parte de la demandada, toda vez que

“... los médicos y enfermeras que atendieron el parto de la demandante, no se cercioraron después de asear y antes poner compresas o tapones de gasa en la vagina de la paciente que en su interior no hubiesen quedado residuos de placenta o de sustancias o fluidos extraños que pudieran complicar su órgano, a tal punto que ese descuido trajo como consecuencia la infección de la paciente al interior de su vagina y posteriormente su extirpación mediante la mencionada intervención quirúrgica. (...).

⁴ Fls. 85 a 92 C. 1.

⁵ Fls. 137 y 230 C. 1.

⁶ Fls. 232 a 235 C. 1.

⁷ Fl. 251 C. 1.

Significa lo anterior que los profesionales de la medicina a órdenes de la demandada, que atendieron y prestaron los servicios durante el parto y postparto, omitieron realizar oportunamente y correctamente los esfuerzos médicos, científicos y técnicos indispensables y que tenían a su disposición para descubrir la causa que complicó la salud de la demandante, por tanto se considera que existió negligencia del equipo médico en su actuación”.

En cuanto a los perjuicios, el Tribunal de primera instancia accedió al reconocimiento de perjuicios morales en cuantía de 80 SMLMV a favor de la víctima directa y 50 SMLMV a favor de su cónyuge; asimismo reconoció la suma de 80 SMLMV por concepto de perjuicios fisiológicos a favor de la señora Usgame Suárez, pues partió de afirmar que si bien era cierto que dicha solicitud no se solicitó expresamente en la demanda, lo cierto era que *“se interpreta la demanda en el sentido de reconocer aquellos perjuicios que se manifiestan en relación con los demás y con las cosas del mundo exterior”.*

Finalmente, el *a quo* denegó los perjuicios materiales, por considerar que *“dentro del proceso no obra prueba que la parte demandante, hubiese sufrido esta clase de perjuicios”*⁸.

1.5.- El recurso de apelación.

Contra la anterior decisión, la parte demandada interpuso oportunamente recurso de apelación, el cual fue concedido por el Tribunal *a quo* el 5 de febrero de 2004 y admitido por esta Corporación el 27 de mayo de 2005⁹.

Como motivos de su inconformidad, la parte demandada, sostuvo que, contrario a lo sostenido por el *a quo*, el ISS insistió en que no había incurrido en falla alguna del servicio que le fuera imputable, toda vez que *“a pesar de la oportuna e idónea atención del parto de la señora María Soraida Usgame Suárez, con posterioridad al alumbramiento sufrió una infección muy severa, lo cual, aparte de un tratamiento para la misma, requirió de la realización de varios procedimientos quirúrgicos para poderla controlar, procedimientos que desgraciadamente conllevaron a la extirpación de órganos, pero que de no ser así, la paciente hubiere inevitablemente fallecido. (...). En el presente caso no sólo se utilizaron los medios al alcance del equipo médico, sino se garantizó el resultado esperado que fue la detención de la infección, pero que ella*

⁸ Fls. 254 a 268 C. Ppal.

⁹ Fls. 272 y 325 C. Ppal.

desgraciadamente dada la gravedad de la misma y el desarrollo que se dio en los órganos reproductores, hubo la necesidad de extraerlos para evitar daños mayores". Así las cosas, indicó que debían denegarse las pretensiones de la demanda, al comprobarse la oportuna y diligente atención médica brindada a la paciente¹⁰.

1.6.- Una vez se dio traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto, éste último guardó silencio¹¹.

La parte actora, luego de transcribir íntegramente los argumentos expuestos con el líbello introductorio, solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia¹².

A su turno, la parte demandada ISS reiteró que no había incurrido en falla alguna del servicio que le fuera imputable, razón por la cual solicitó la revocatoria de la sentencia impugnada para, en su lugar, se denegaran las pretensiones de la demanda¹³.

La Sala, al no encontrar causal de nulidad alguna que pudiera invalidar lo actuado, procede a resolver de fondo el presente asunto sometido a su conocimiento.

II. CONSIDERACIONES

2.1.- Competencia de la Sala.

2.1.1.- La Sala es competente para conocer del asunto en segunda instancia, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 15 de enero de 2005, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión, comoquiera que la demanda se presentó el 13 de agosto de 1998 y la pretensión mayor se estimó en \$ 60'000.000 por concepto de perjuicios materiales, suma que al ser solicitada para ambos demandantes debe ser dividida entre ellos, lo cual arroja

¹⁰ Fls. 309 a 311 C. Ppal.

¹¹ Fls. 328 y 362 C. Ppal.

¹² Fls. 329 a 330 C. Ppal.

¹³ Fls. 343 a 345 C. Ppal.

como resultado el monto de \$ 30'000.000, cantidad que supera el monto mínimo de \$18'850.000, exigido para que un proceso adelantado en ejercicio de la acción de reparación directa tuviera vocación de doble instancia ante esta Corporación para aquella época¹⁴.

2.1.2.- Por otro lado, en cuanto a la oportunidad para formular la presente acción indemnizatoria, advierte la Sala que la misma se interpuso dentro de los dos (2) años que establece el numeral 8 del artículo 136 del C.C.A., toda vez que el daño por cuya indemnización se demandó -esto es la pérdida del aparato reproductor (histerectomía) por parte de la señora María Soraida Usgame Suárez-, se produjo el 16 de agosto de 1996 y la demanda se presentó el 13 de agosto de 1998, de lo cual se infiere que se formuló oportunamente

2.2.- Precisiones respecto del régimen de responsabilidad aplicable al presente asunto:

Sea lo primero advertir que en sentencia de 19 de abril 2012¹⁵, la Sala que integra la Sección Tercera del Consejo de Estado unificó su posición en el sentido de indicar que, en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones, tanto fácticas como jurídicas, que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos títulos de imputación, para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar, frente a determinadas situaciones fácticas, un específico título de imputación.

Así pues, en tratándose de supuestos en los cuales se discute la declaratoria de responsabilidad estatal con ocasión actividades médico-asistenciales, según jurisprudencia constante de esta Corporación, la responsabilidad patrimonial que le incumbe al Estado se debe analizar bajo el régimen de la falla probada del servicio, a lo cual se ha agregado que, en atención al carácter técnico de la actividad médica y a la dificultad probatoria que ello conlleva, el nexo de causalidad puede acreditarse

¹⁴ Decreto 597 de 1988.

¹⁵ Consejo de Estado. Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de 19 de abril de 2012. Exp. 21.515.

de diversas maneras, en especial mediante la utilización de indicios, que no en pocas ocasiones constituye el único medio probatorio que permite establecer la presencia de la falla endilgada¹⁶.

Dicha concepción resulta aplicable de forma preferente a los casos de falla médica en el servicio de obstetricia, con la diferencia de que si el demandante demuestra que el embarazo se desarrolló en condiciones de total normalidad – como ocurrió en el caso presente-, sin posibilidades evidentes de complicaciones y sobrevino un daño a raíz del parto, 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. Así se explicó tal criterio en sentencia de 19 de agosto de 2009¹⁷:

“En relación con la responsabilidad médica en el servicio de obstetricia, la Sala se había inclinado por considerar que en los eventos en los cuales el desarrollo del embarazo haya sido normal y, sin embargo, éste no termina satisfactoriamente, la obligación de la entidad demandada es de resultado.

“En decisiones posteriores se insistió en que la imputación de la responsabilidad patrimonial debía hacerse a título objetivo, pero siempre que desde el inicio, el proceso de gestación fuera normal, es decir, sin dificultades evidentes o previsibles, eventos en los cuales era de esperarse que el embarazo culminara con un parto normal.

*“No obstante, en providencias más recientes se recogió dicho criterio para considerar que los eventos de responsabilidad patrimonial del Estado por la prestación del servicio médico de obstetricia no pueden ser decididos en el caso colombiano bajo un régimen objetivo de responsabilidad; que en tales eventos, la parte demandante no queda relevada de probar la falla del servicio, **sólo que el hecho de que la evolución del embarazo hubiera sido normal, pero que el proceso del alumbramiento no hubiera sido satisfactorio constituye un indicio de dicha falla .***

“En síntesis bajo el cobijo de la tesis que actualmente orienta la posición de la Sala en torno a la deducción de la responsabilidad de las entidades estatales frente a los daños sufridos en el acto obstétrico, a la víctima del daño que pretende la reparación le corresponde la demostración de la falla que acusa en la atención y de que tal falla fue la causa del daño por el cual reclama indemnización, es decir, debe probar: (i) el daño, (ii) la falla en el acto obstétrico y (iii) el nexo causal. La demostración de esos elementos puede lograrse mediante cualquier medio probatorio, siendo el indicio la prueba por excelencia en estos casos ante la falta de una prueba directa de la responsabilidad, dadas las

¹⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 20 de febrero de 2008. M.P. Ramiro Saavedra Becerra. Exp 15.563. "(...) la Sala ha recogido las reglas jurisprudenciales anteriores, es decir, las de presunción de falla médica, o de la distribución de las cargas probatorias de acuerdo con el juicio sobre la mejor posibilidad de su aporte, para acoger la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, para lo cual se puede echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño".

¹⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. Exp 18.364, posición jurisprudencial reiterada en la sentencia proferida el 28 de marzo de 2012, Exp. 22.163, ambas con ponencia del Consejero Dr. Enrique Gil Botero

especiales condiciones en que se encuentra el paciente frente a quienes realizan los actos médicos, y se reitera, la presencia de un daño en el momento del parto cuando el embarazo se ha desarrollado en condiciones normales, se constituye en un indicio de la presencia de una falla en el acto obstétrico, así como de la relación causal entre el acto y el daño.

*“No se trata entonces de invertir automáticamente la carga de la prueba para dejarla a la entidad hospitalaria de la cual se demanda la responsabilidad. En otras palabras no le basta al actor presentar su demanda afirmando la falla y su relación causal con el daño, para que automáticamente se ubique en el ente hospitalario demandado, la carga de la prueba de una actuación rodeada de diligencia y cuidado. No, a la entidad le corresponderá contraprobar en contra de lo demostrado por el actor a través de la prueba indiciaria, esto es, la existencia de una falla en el acto obstétrico y la relación causal con el daño que se produjo en el mismo, **demostración que se insiste puede lograrse a través de cualquier medio probatorio incluidos los indicios, edificados sobre la demostración, a cargo del actor, de que el embarazo tuvo un desarrollo normal y no auguraba complicación alguna para el alumbramiento, prueba que lleva lógicamente a concluir que si en el momento del parto se presentó un daño, ello se debió a una falla en la atención médica**” (negritas fuera de texto).*

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.

En efecto, tratándose de la responsabilidad por actos médicos la doctrina y la jurisprudencia extranjera¹⁸ han admitido escenarios en los cuales es preciso que operen sistemas de valoración de la falla del servicio con menor rigurosidad, sin que esta circunstancia desplace la connotación subjetiva de la responsabilidad

¹⁸ Cf. PUIGPELAT, Oriol Mir “Responsabilidad objetiva vs. Funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria (y no sanitaria)”, Conferencia impartida el 28 de noviembre de 2007 en el marco de las Jornadas Hispano - Mexicanas sobre el derecho a la salud y la responsabilidad patrimonial sanitaria. Ver igualmente: REGAÑÓN GARCÍA - ALCALÁ, Calixto Díaz “Responsabilidad objetiva y nexa causal en el ámbito sanitario”, Ed. Comares, Granada, 2006.

“En primer lugar, precisamente por su condición de especialistas: “la diligencia exigible a un médico especialista es mayor que la que corresponde a quien no lo es, pues aquél reúne ciertas calidades que pueden erigirse en motivos determinantes de la voluntad del paciente para elegirlo...” En segundo lugar, porque se advierte una tendencia jurisprudencial que se inclina por juzgar con particular rigurosidad las situaciones de culpa incursas en las prácticas obstétricas. En tal sentido, v.gr., en un caso donde fue ponderada la actuación de uno de estos especialistas se afirmó: “En lo concerniente a la apreciación de los elementos de juicio a fin de establecer si el médico y el instituto en que fue internada la paciente, actuaron con imprudencia o negligencia, debe primar un criterio estricto, por cuanto así aparece impuesto por el juego de los arts... del Cod. Civ., y permite resultados más valiosos desde el ángulo de la justicia, al tiempo que opera como disuasivo de actuaciones poco diligentes (Sentencia del 30/9/81 de la Cámara Nacional Civil Argentina, Sala D).” URRUTIA, Amílcar, URRUTIA, Déborah, URRUTIA, César y URRUTIA, César “Responsabilidad médico - legal de los obstetras”, Ed. La Roca, Buenos Aires, 2004, pág. 111 y 112. Citado en Enrique Gil Botero, Responsabilidad Extracontractual del Estado (Bogotá D.C., Editorial Temis, 6° Edición, 2013), p. 169.

por el acto médico a objetiva, salvo algunos ámbitos en los cuales será posible predicarla bajo la égida del título objetivo de riesgo excepcional, cuando se emplean cosas o actividades peligrosas que son las que irrogan directamente el daño, desligadas del acto médico¹⁹.

Por consiguiente, a la parte actora en estos eventos obstétricos le corresponde acreditar: *i)* el daño antijurídico, *ii)* la imputación fáctica, que puede ser demostrada mediante indicios, la existencia de una probabilidad preponderante en la producción del resultado dañino, el desconocimiento al deber de posición de garantía o la vulneración al principio de confianza, y *iii)* el hecho indicador del indicio de falla, esto es, que el embarazo se desarrolló en términos normales hasta el momento del parto.

Así las cosas, corresponderá a la entidad demandada, en cada caso concreto, desvirtuar mediante elementos materiales probatorios suficientes el indicio de falla que constituye una presunción judicial (presunción judicial obstétrica)²⁰.

¹⁹ En sentencia del 25 de marzo de 2011, exp. 20836, M.P. Enrique Gil Botero, esta misma Subsección puntualizó: “A modo ilustrativo se pueden destacar los siguientes supuestos: *i)* en virtud de la peligrosidad de la cosa, del procedimiento o del tratamiento empleado, siempre y cuando la herramienta riesgosa cause el daño de manera directa o por ella misma, pues si la lesión es producto de una ejecución irregular del acto médico, aunque medie un instrumento que represente peligro o riesgo, el caso específico estará regido por la responsabilidad subjetiva o culposa, *ii)* cuando respecto de un medicamento, tratamiento o procedimiento que implica o conlleva un progreso en la ciencia y, por lo tanto, se considera novedoso, se desconocen las consecuencias o secuelas a largo plazo del mismo, *iii)* cuando en el acto médico se emplean químicos o sustancias peligrosas (v.gr. eventos de medicina nuclear), *iv)* en supuestos de vacunas porque se asume de manera implícita su eventual peligrosidad y reacciones adversas en los diferentes organismos, *v)* cuando el daño es producto de una infección nosocomial o intrahospitalaria, *vi)* cuando el daño se irroga por la cosa misma sin que medie el acto humano, circunstancias en las que, al margen del riesgo del elemento la responsabilidad es de tipo objetiva”.

De igual forma, en sentencia del 19 de agosto de 2009, exp. 17333, M.P. Enrique Gil Botero, la Sección Tercera, señaló: “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... 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”.

²⁰ En las presunciones judiciales, el juez debe hacer el proceso de inducción, en la especie de reconstrucción. Al respecto sostiene Elí De Gortari:

“La inferencia por reconstrucción es lo que establece una relación ya desaparecida, con base en los documentos, registros testimonios, y otros indicios que subsistan, que son considerados como pruebas de la existencia de un hecho o, por lo menos, como huellas que hacen probable su existencia pasada. De esta manera, las consecuencias son los indicios que sirven como punto de partida, en tanto que lo inducido es el hecho reconstruido. En las inferencias que se establecen para reconstruir, se presentan muchas posibilidades de cometer equivocaciones y, por supuesto, con un solo error que se cometa puede quedar inválida la cadena entera de razonamientos. Además, aunque los testimonios sean numerosos, generalmente no son completos y, por tanto, es necesario suplir los datos que faltan por medio de conclusiones inferidas por analogía. La

De otra parte, esta Sala también ha considerado que, en el marco de las actividades médico-sanitarias, **existen situaciones que se rigen bajo el esquema de la responsabilidad objetiva**, dada la peligrosidad que revisten ciertos procedimientos médico quirúrgicos; así por ejemplo, en tratándose de infecciones intrahospitalarias o nosocomiales²¹, la Sección Tercera en sentencia del 6 de noviembre de 1997²² tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el tema, al estudiar un caso en el que se discutía la responsabilidad de la Administración por la infección que se produjo en el ojo de una paciente, la cual fue contraída en un quirófano mientras se le realizaba una cirugía de cataratas, circunstancia que llevó a que su ojo tuviese que ser extirpado y se le implantara una prótesis; en esa ocasión el análisis de la responsabilidad se realizó con base en el título de imputación de “*falla presunta del servicio*”, bajo el siguiente razonamiento:

“Con la copia de la historia clínica allegada al expediente (f. 7 c. 2) aparece demostrado que Mariela Gutiérrez de Quiroga, quien tenía la condición de afiliada a la entidad demandada, efectivamente fue operada de cataratas en la clínica Fray Bartolomé de las Casas, por cuenta de la Caja de Previsión Social de Bogotá D.C.; que tres días después de la operación presentó una grave infección y que al no poder controlarse mediante drogas, a la paciente se le extrajo el ojo derecho y se le implantó una prótesis.

Lo anterior evidencia, entonces, de una parte, la existencia de un daño sufrido por la demandada; y de otra, la relación de causalidad del mismo con la intervención que le fue practicada por la entidad demandada, cuya demostración se cumple simplemente acreditando que el daño sufrido ha sido causado como consecuencia del tratamiento o intervención practicada por la demandada, sin que implique la demostración de la causa específica que lo determinó.

(...) A la entidad demandada le correspondía desvirtuar la presunción de falla que obraba en su contra, en virtud de la cual se estimaba precisamente que la infección había ocurrido por su falta de diligencia.

Si era probable que la infección hubiese ocurrido en la sala de cirugía, como lo

reconstrucción inductiva se utiliza principalmente en la historia, la arqueología, la geología, la paleontología, la cosmología, la jurisprudencia y las averiguaciones judiciales; y por ende, los elementos en que se basa una inducción por reconstrucción son de lo más variado. En todo caso, dichos elementos tienen que ser sometidos previamente a una crítica rigurosa, para determinar su origen, autenticidad, admisibilidad, su veracidad, su exactitud, su valor testimonial y su significado objetivo. Y solo después de haber sufrido ese examen, es que la interpretación lógica de esos elementos puede servir como fundamento para establecer las inferencias reconstructivas que permiten explicar y comprender los hechos pasados”. Citado en: PARRA Quijano, Jairo “Manual de Derecho Probatorio”, Ed. Librería Ediciones del Profesional Ltda., Bogotá D.C., Decima séptima edición, 2009, pág. 668 y 669.

²¹ Según la Organización Mundial de la Salud: “*Es una infección contraída en el hospital por un paciente internado por una razón distinta de esa infección. Una infección que se presenta en un paciente internado en un hospital o en otro establecimiento de atención de salud en quien la infección no se había manifestado ni estaba en período de incubación en el momento del internado. Comprende las infecciones contraídas en el hospital, pero manifiestas después del alta hospitalaria y también las infecciones ocupacionales del personal del establecimiento*”. En Organización Mundial de la Salud, Prevención de las infecciones nosocomiales, 2003, p. 2.

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 6 de noviembre de 1997, exp. 11.782, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

*admite la propia médica tratante, la demandada tenía la carga de demostrar las precauciones que allí se tomaron para practicar la operación o al menos explicar cuáles fueron los resultados de las investigaciones que el propio hospital hizo para investigar la causa de la citada infección. Y la falta de dicha prueba, que deja en la indeterminación la causa específica del daño, acarrea como consecuencia que en desarrollo de la presunción jurisprudencial establecida en esta materia, dicho daño se impute a la entidad prestadora del servicio médico*²³.

Años más tarde, en sentencia del 19 de agosto de 2009²⁴ la Sección Tercera del Consejo de Estado consideró que tales infecciones intrahospitalarias o nosocomiales se encuadran en aquellas situaciones que deben ser analizadas bajo el esquema de la responsabilidad objetiva; en ese sentido, la jurisprudencia de esta Sección, con fundamento en doctrina y jurisprudencia extranjera²⁵, clasificó a dichas infecciones dentro de los escenarios en los cuales resulta posible predicar la responsabilidad estatal bajo la égida del título objetivo de riesgo excepcional, específicamente, en tratándose del empleo de cosas o actividades peligrosas dentro de la actividad médico-asistencial; sin embargo, se aclaró que dicho pronunciamiento no pretendía desconocer que la responsabilidad médico-hospitalaria se encuentra asentada sobre la base de un criterio culpabilista, razón por la cual mal haría la jurisprudencia administrativa en tildar a la medicina como una actividad riesgosa; no obstante, se consideró -a modo de excepción-, que dentro del ejercicio de la actividad médica, existen varios escenarios en los cuales resulta posible predicar la existencia de un régimen objetivo de responsabilidad. Al respecto la Sección manifestó:

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

²³ Exp. 11.782, C.P. Carlos Betancur Jaramillo. Citado por Enrique Gil Botero, *Tesoro de responsabilidad extracontractual del Estado*, tomo III, volumen 1, editorial Temis, Bogotá, 2013, p. 818.

²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de agosto de 2009, Exp. 17.333, M.P. Enrique Gil Botero.

²⁵ Cf. PUIGPELAT, Oriol Mir “*Responsabilidad objetiva vs. Funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria (y no sanitaria)*”, Conferencia impartida el 28 de noviembre de 2007 en el marco de las Jornadas Hispano – Mexicanas sobre el derecho a la salud y la responsabilidad patrimonial sanitaria. Ver igualmente: REGAÑÓN GARCÍA – ALCALÁ, Calixto Díaz “*Responsabilidad objetiva y nexos causal en el ámbito sanitario*”, Ed. Comares, Granada, 2006.

El anterior planteamiento fue reiterado por la Subsección A de la Sección Tercera mediante sentencia proferida el 25 de marzo de 2011²⁶, en la cual se desarrollaron tales eventos susceptibles de ser estudiados bajo el régimen objetivo de responsabilidad, de la siguiente manera:

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

ii) Cuando respecto de un medicamento, tratamiento o procedimiento que implica o conlleva un progreso en la ciencia y, por lo tanto, se considera novedoso, se desconocen las consecuencias o secuelas a largo plazo del mismo;

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

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

v) Cuando el daño es producto de una infección nosocomial o intrahospitalaria.

No obstante los anteriores pronunciamientos, sólo fue hasta la sentencia proferida el 27 de junio de 2012²⁷, cuando el Consejo de Estado aplicó el régimen de responsabilidad objetivo en un caso concreto, en el cual se discutía la responsabilidad de la Administración por una “artritis séptica” contraída en un centro hospitalario; para tal efecto, la Sala, luego de reiterar los anteriores pronunciamientos respecto de la responsabilidad de tipo objetivo que le asiste al Estado derivada de infecciones nosocomiales, precisó que,

*“... para que pueda declararse la responsabilidad patrimonial del Estado, quien alega haber sufrido un perjuicio **deberá acreditar que la infección que afectó***

²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 24 de marzo de 2011, Exp. 20836, C.P. Enrique Gil Botero.

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

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

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

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

En ese mismo sentido, la Sección Tercera del Consejo de Estado mediante sentencia proferida el 7 de noviembre de 2012, declaró la responsabilidad del ISS por la muerte de una madre gestante cuyo diagnóstico final fue “*sepsis secundaria de episiotomía sobreinfectada*”. En aquella oportunidad al referirse a la responsabilidad del ente público demandado, discurrió de la siguiente manera:

“... 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*²⁸.

En pronunciamiento más reciente del 29 de mayo de 2013²⁹, la Subsección A de la Sección Tercera declaró la responsabilidad del Estado, en un asunto en el que se le reclamaba a la Administración la indemnización de perjuicios derivados de una infección intrahospitalaria, que condujo a la amputación de la extremidad inferior derecha del paciente, en dicha oportunidad sostuvo la Corporación:

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

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

Finalmente, la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, a través de sentencia proferida el 29 de agosto de 2013³⁰, al estudiar la responsabilidad del ISS en un caso de infección intrahospitalaria contraída por un menor de edad a quien esa infección le produjo una meningitis bacteriana, tuvo ocasión y también se ocupó de desarrollar los anteriores planteamientos en torno a la atribución de responsabilidad médico asistencial bajo el régimen objetivo, catalogándolo como una expresión de “riesgo excepcional”, derivado del denominado “riesgo alea”. Al respecto se discurrió de la siguiente manera:

*“De las cuatro modalidades de riesgo aceptadas por la jurisprudencia de esta Corporación (riesgo-peligro, riesgo-beneficio, riesgo-conflicto y **riesgo-álea**) la Sala considera que ésta última es la más apropiada para imputar jurídicamente responsabilidad a la Administración por los daños derivados de infecciones intrahospitalarias, teniendo en cuenta que esta categoría de riesgo toma en*

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia proferida el 7 de noviembre de 2012, Exp. 26.124.

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

³⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de agosto de 2013, Exp. 30.283, M.P. Danilo Rojas Betancourt.

consideración la probabilidad de que “cierto tipo de actividades o procedimientos, pueden dar lugar, quizás con la ineludible mediación del azar o de otro tipo de factores imprevisibles, a la producción de daños sin que medie asomo alguno de culpa”.

Hasta el momento, la aplicación de la categoría de riesgo-álea, que encuentra su origen en la jurisprudencia francesa, se ha reservado en nuestro medio a aquellos supuestos en los que el daño se produce por la utilización de un aparato o instrumento empleado por la ciencia médica para el diagnóstico o tratamiento de ciertas enfermedades o patologías o por la ejecución de ciertos procedimientos para el mismo fin. No obstante, la Sala considera que nada obsta para hacer extensiva la categoría de riesgo-álea a los casos en los cuales el daño es consecuencia de una infección contraída en un centro asistencial, comoquiera 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 de la Sala, el riesgo puede servir como factor para atribuir jurídicamente responsabilidad a la administración por los daños causados como consecuencia de una infección de carácter intrahospitalario, entendida como aquella que se contrae por el paciente en el hospital o centro asistencial. **En estos eventos la responsabilidad es de carácter objetivo, por lo que la parte demandada, para liberarse de la obligación de indemnizar los perjuicios, tendrá que demostrar que el paciente ya portaba el cuadro infeccioso antes de ingresar al nosocomio**” (Se ha resaltado).*

De otra parte, debe resaltarse que los anteriores razonamientos estructurados por la Sección Tercera de esta Corporación y sus respectivas Subsecciones, respecto del análisis de responsabilidad de las infecciones nosocomiales bajo el régimen objetivo de responsabilidad, resultan coherentes y concordantes con lo manifestado por la doctrina y la jurisprudencia extranjera que se han encargado de profundizar sobre el tema en cuestión. En efecto, existe en el **derecho comparado** una clara tendencia orientada hacia la objetivización de la responsabilidad de los establecimientos de salud en estos asuntos, en virtud de la cual al paciente le basta con demostrar que el daño que padece es consecuencia de una -infección nosocomial- adquirida durante su permanencia en el centro hospitalario.

Así, por ejemplo, Francia ha establecido en su legislación un sistema de responsabilidad médica hospitalaria sin culpa³¹, la cual opera en los casos de infecciones nosocomiales y que descansa sobre tres pilares fundamentales:

³¹ La Ley del 4 de marzo de 2002, también conocida como “*Ley Kouchner*”, establece dos sistemas específicos y distintos de responsabilidad por infecciones hospitalarias. El primero, aplicable a los establecimientos de salud, tanto públicos como privados, que es de carácter objetivo. El segundo, aplicable a los médicos, que es de carácter subjetivo (falta probada). Juan Manuel Prevot, *Responsabilidad civil de los médicos*, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 318.

“i) el riesgo (las infecciones nosocomiales existen y cualquiera puede padecerlas), ii) la igualdad (todas las personas son iguales y por ello todas tienen derecho a estar protegidas de igual forma) y iii) la solidaridad (pese a que no se enfermarán todos, todos debemos hacernos cargo porque podría dañar a cualquiera)”³².

Así pues, en el marco del sistema de responsabilidad francés, los establecimientos y profesionales de la salud, sean de carácter público o privado, responden por los daños resultantes de infecciones hospitalarias, salvo si ellos logran demostrar que la infección fue causada por un factor ajeno al servicio sanitario³³.

En Argentina, al lado de quienes consideran que las infecciones intrahospitalarias comportan la concreción de un riesgo propio de la actividad asistencial³⁴, existe un sector de la doctrina y de la jurisprudencia que afirma que *“junto al deber principal de prestar asistencia médica, el establecimiento sanitario asume un deber de seguridad que siempre es objetivo”* y que puede estar referido a una obligación de medios –caso de los actos puros de profesión de los facultativos–, pero también de resultados, como lo es la que consiste en garantizar la inocuidad de *“las cosas utilizadas, ámbitos físicos, instrumentos quirúrgicos, aparatos de rayos, etcétera, que pueden resultar riesgosos o viciosos (...)”³⁵.*

De igual forma, afirma la doctrina Argentina que la carga de la prueba en estos casos reposa sobre la entidad demandada, la cual, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que se han cumplido todos los extremos necesarios para asegurar el deber de seguridad que, como obligación tácita, se halla comprendida en el contrato asistencial, y cuya omisión genera la responsabilidad directa de la entidad contratante, además de la que concierne directa y personalmente al profesional³⁶.

En España, al igual que ocurre en el régimen de responsabilidad estatal colombiano, el régimen de responsabilidad aplicable a casos por infecciones nosocomiales es de carácter objetivo, según el cual *<<la persona que provoca un riesgo que le reporta un beneficio, debe asumir la responsabilidad si causa un*

³² Josefina Tocornal Cooper, *Responsabilidad civil por infecciones intrahospitalarias*, en Revista Chilena de Derecho [on line], 2010, vol. 37, n.º 3, pp. 477-504; Enrique Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, editorial jurídica de Chile, 2009, pp. 688-694.

³³ Enrique Barros Bourie, *Op. Cit.*, p. 693.

³⁴ Celia Weingarten, *Op. Cit.*, p. 27.

³⁵ Juan Manuel Prevot, *Op. Cit.*, p. 329.

³⁶ Julián Emil Jalil, *Derecho de Daños Aplicado*, Editorial Ibañez, Bogotá D.C. 2013. Pág. 862.

daño>>³⁷. Al respecto, la jurisprudencia del Tribunal Español, ha discurrido de la siguiente manera:

*“... Los niveles presumidos por ley de pureza, eficacia o seguridad que suponen además, posibilidades de controles técnicos de calidad, impiden, de suyo, por regla general las infecciones subsiguientes a una intervención quirúrgica adquirida en el medio hospitalario o su reactivación en el referido medio. **Cuando estos controles de manera no precisada fallan; o bien, por razones atípicas dejan de funcionar, en relación con determinados sujetos, el legislador impone que los riesgos sean asumidos por el propio servicio sanitario en forma de responsabilidad objetivas**>>³⁸.*

No obstante, en España existe también una posición jurisprudencial que aboga por la declaratoria de responsabilidad en casos de infecciones nosocomiales con base en la culpa o “*falla del servicio*”, la cual tiene su fundamento en la denominada “*teoría del daño desproporcionado*”, según la cual, una vez producida una infección originada por una bacteria hospitalaria tras una intervención quirúrgica, se considera que el daño producido resulta imputable al servicio hospitalario por cuanto es éste el que, en una posición de dominio y exclusividad, está obligado a instrumentar las medidas profilácticas adecuadas para evitar la contaminación y, en último término, las medidas diagnósticas posteriores dirigidas a la detección de la infección y a su tratamiento, razón por la cual una vez producida la infección y, de contera, el daño, dicha circunstancia evidencia la “culpa” del ente hospitalario. La anterior tesis ha sido expuesta por el Tribunal Español en los siguientes términos:

“La doctrina jurisprudencial sobre el daño desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del autor, corresponde a la regla ‘res ipsa loquitur’, (la cosa habla por sí misma), que se refiere a una evidencia que crea una deducción de negligencia, lo que requiere que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera de la acción del demandado aunque no se conozca el detalle exacto y que aquél no sea causado por una conducta o acción que corresponda a la esfera de la propia víctima. (...). La jurisprudencia no ha eliminado en modo alguno la exigencia del elemento subjetivo o culposo para este tipo de responsabilidad aquiliana, sino que carga el acento, con una finalidad social, en la prueba de esa culpa, pero invirtiendo el ‘onus probandi’, es decir, atribuyendo de la misma al demandado para que con ello acredite que en ejercicio de sus actos lícitos obró con toda la prudencia y diligencia precisa para evitar el daño, máxime en actividades de suyo peligrosas o de fácil creación de riesgo, supuesto en el que la causalidad física adquiere, en su

³⁷ Laura López de la Cruz, Juan Pablo Pérez Velásquez y otros, “*Tratado Jurisprudencial de Responsabilidad por Daños*”, Tirant To Blanch, Valencia, 2013, p. 94.

³⁸ “SSTS. Sentencias del 21/03/2000, 12/07/1999, 30/06/1998 y 24/04/1996”. En Laura López de la Cruz, Juan Pablo Pérez Velásquez y otros, “*Tratado Jurisprudencial de Responsabilidad por Daños*”, Tirant To Blanch, Valencia, 2013, p. 94-106.

*consideración, prepotencia o prevalencia sobre la psicológica o subjetiva exigible a la gente*³⁹.

Ahora bien, respecto de la posibilidad de aplicar la denominada “*res ipsa loquitur*”, en nuestro régimen de responsabilidad interno, cabe advertir que dicha presunción judicial, ha sido aplicada por la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en casos de extrema negligencia (vgr. casos en el que amputaron al enfermo la pierna equivocada o le extirparon un órgano distinto al que debían, o en el que murió un niño como consecuencia de una operación corriente)⁴⁰; sin embargo, en tratándose de asuntos relacionados con infecciones nosocomiales, en los cuales **resulta científicamente improbable controlar y/o erradicar las bacterias hospitalarias**, la aplicación de dicha presunción se torna improcedente, razón por la cual la jurisprudencia de la Sala se ha fundamentado en los elementos del régimen de responsabilidad objetiva, derivados del riesgo excepcional o “*riesgo alea*”⁴¹.

Por último, en Chile los tribunales han considerado que una enfermedad contraída durante la permanencia en el establecimiento es evidencia *prima facie* de la negligencia incurrida en los deberes preventivos que recaen sobre la clínica u hospital o de la falta del servicio del hospital público⁴². El criterio aplicado en estos casos ha sido el de presunción de culpa, que encuentra sustento legal en el artículo 2329 del Código Civil Chileno. No obstante, esta postura ha sido criticada por un sector de la doctrina, que considera que el daño y no la culpa es el fundamento de la responsabilidad del Estado, de manera que si éste se produce por una infección intrahospitalaria, surge la obligación de indemnizarlo, para lo cual sólo es necesario acreditar la relación de causalidad que existe entre la prestación del servicio de salud y el daño, “*sin importar si hubo o no culpa en el establecimiento o sus dependientes*”⁴³.

Ahora bien, para recapitular lo hasta ahora dicho, ha de decir la Sala que el manejo que le ha dado la jurisprudencia contencioso administrativa colombiana a los asuntos de responsabilidad médica derivados de infecciones nosocomiales o

³⁹ “SSTS. Sentencias del 18/05/2007, 15/09/2003, 29/06/1999”. En Laura López de la Cruz, Juan Pablo Pérez Velásquez y otros, “*Tratado Jurisprudencial de Responsabilidad por Daños*”, Tirant To Blanch, Valencia, 2013, p. 94-106.

⁴⁰ Al respecto consultar, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de octubre de 2009, Exp. 18.427, M.P. Enrique Gil Botero.

⁴¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de agosto de 2013, Exp. 30.283, M.P. Danilo Rojas Betancourt.

⁴² Enrique Barros Bourie, *Op. Cit.*, p. 693, Josefina Tocornal Cooper, *Op. Cit.* p. 13.

⁴³ Josefina Tocornal Cooper, *Op. Cit.* p. 14.

intra-hospitalarias, en un principio -año 1997-, fue estudiado bajo el título de *falla presunta del servicio*, caso en el cual le correspondía a la entidad demandada acreditar la diligencia y cuidado en la atención para exculparse; no obstante, años más tarde -2009-, las infecciones nosocomiales -con apoyo en jurisprudencia y doctrina extranjera-, fueron incluidas por la jurisprudencia de la Sección Tercera dentro de los eventos catalogados como riesgosos en el ejercicio de la actividad médica, susceptibles de ser analizados bajo el régimen objetivo de responsabilidad, concretamente por riesgo excepcional. De igual forma, según el anterior recuento jurisprudencial, se tiene que a partir del año 2012, la jurisprudencia de la Sección Tercera atribuyó responsabilidad patrimonial al Estado por las infecciones nosocomiales en casos particulares; para tal efecto, señaló que le basta a la parte actora acreditar que la infección que afectó a la víctima fue adquirida en el centro hospitalario o asistencial y/o que se produjo como consecuencia de un procedimiento médico, sin que en tal evento resulte necesario que se pruebe que la entidad demandada hubiere actuado de manera indebida o negligente. Tales planteamientos esbozados por la Sección Tercera del Consejo de Estado en torno a la aplicación del régimen objetivo de responsabilidad derivado de las infecciones nosocomiales, resultan concordantes y coherentes con el derecho comparado (Francia, Argentina, España y Chile), en donde se estudian dichos daños bajo el régimen de responsabilidad sin culpa u objetivo.

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

2.3.- Los hechos probados en el proceso.

Tal y como se dejó indicado en los antecedentes de esta providencia, el hecho dañoso en el cual se sustentó la presente demanda de reparación directa se habría ocasionado, básicamente, por la pérdida del aparato reproductor - histerectomía-, de la señora Usgame Suárez, luego de que hubiere contraído una grave infección con posterioridad a que se atendiera el parto en la Clínica San Pedro Claver de Bogotá el 14 de agosto de 1996.

Ahora bien, dentro del proceso obra copia auténtica de la historia clínica de la paciente, la cual en su gran mayoría resulta ilegible, no obstante lo cual, a partir de varias piezas de la misma puede tenerse por acreditado lo siguiente:

i) Que la señora María Soraida Usgame Suárez se encontraba afiliada al ISS, desde el 23 de abril de 1996, en calidad de beneficiaria, dada su condición de compañera permanente del señor Jorge Ernesto Vargas Guerrero, según consta en la certificación expedida por el Coordinador de Afiliación y Registro del ISS Seccional Cundinamarca⁴⁴;

ii) Que en el control médico realizado a la madre gestante el 5 de agosto de 1996 - una semana antes del parto-, se registró: *“no contracciones, ni sangrado, agrieras, feto único cefálico, actividad cardíaca normal, 38 semanas”*, de lo cual se infiere que para esa etapa final del embarazo la paciente se encontraba en buenas condiciones en términos generales⁴⁵;

iii) Que según el registro de atención de urgencias de la Clínica San Pedro Claver, la señora María Soraida Usgame Suárez fue internada en esa institución por cuenta del ISS el día 14 de agosto de 1996 a las 8: 34 a.m., se consignó en el referido documento que el parto se realizó en condiciones normales, que al momento del alumbramiento la paciente contaba con 39 semanas de embarazo y que, según concepto médico, se trató de un parto normal y a tiempo, obteniéndose una niña de 3.500 gramos de peso⁴⁶.

iv) Que según se hizo constar en el resumen de la historia clínica de la paciente María Soraida Usgame Suárez, *“ingresa a esta institución con trabajo de parto con una gestación de 39 semanas, se atendió parto espontáneo APGAR 10/10, encontrándose en revisión uterina edema, por lo que se taponó con compresas*

⁴⁴ Fl. 16 C. 2.

⁴⁵ Fls. 12 y 13 C. 2.

⁴⁶ Fls. 20 a 27 C. 2.

internas persistiendo sangrado, además de edema y hematoma bulbar (ilegible), se realiza legrado (ilegible) y por el estado general de la paciente se realiza histerectomía total⁴⁷.

En ese mismo sentido obran notas de enfermería del día 14 de agosto de 1996, en las cuales se consignó la siguiente información:

“12:40 Se pasa paciente a recuperación bajo efectos de anestesia, sangrado vaginal moderado, 5 compresas en vagina, vigilar sangrado”.

18:05 Se inicia transfusión de plaquetas y 4 unidades de plasma.

19:00 Paciente en cama despierta, presentando sangrado abundante, se observa muy pálida, expulsa compresas que tenía con tampón (5 amarrados), Edema y Equimosis en vulva.

20:30 paciente en regular estado general. Utero bien contraído, expulsa compresas, Edema y hematoma vulvar drenado espontáneamente.

16/08/96 Órdenes médicas. Unidad sépticas.

- 1) NVO + SNG a libre drenaje.*
- 2) Ringer 150 CC/h.*
- 3) Clorhidrato tramadol 100 mgr. C 8/h.*
- 4) Sonda vesical.*
- 5) Clindamicina 1,2 gr. C 12/h.*
- 6) Aztreuman 1 gr. C. 8/h.*
- 7) Ampicilina Sulvactan 1,5 gr. C. 6/h⁴⁸.*

Finalmente, se observa en el registro individual de egreso hospitalario que la paciente ingresó a la Clínica San Pedro Claver el día 14 de agosto de 1996 para que se le atendiera el parto, y se le dio de alta el día 23 de esos mismos mes y año, luego de que se le hubiese practicado histerectomía total⁴⁹.

2.4.- Conclusiones probatorias e imputación del daño al Estado.

De conformidad con el material de convicción allegado al proceso se encuentra plenamente acreditado el daño sufrido por los demandantes, en tanto la histerectomía (extracción del útero)⁵⁰, padecida por la señora María Soraida Usgame Suárez, constituye una grave lesión a su integridad, que supone, *per se*,

⁴⁷ Fl. 28 C. 2.

⁴⁸ Fls. 43 y 59 C. 2.

⁴⁹ Fl. 20 C. 2.

⁵⁰ Histerectomía: “Es la extirpación quirúrgica del útero que ocasiona la incapacidad para quedar en embarazo (esterilidad)”.

Tomado de <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/002915.htm>. Página web consultada el día 26 de mayo de 2014.

una aminoración de distintos bienes jurídicos protegidos y amparados por el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, establecida la existencia del daño antijurídico, aborda la Sala el análisis de imputación con el fin de determinar si en el caso concreto dicho daño le puede ser atribuido a la Administración Pública y, por lo tanto, si constituye deber jurídico a su cargo de resarcir los perjuicios que del mismo se derivan y si la sentencia debe ser confirmada.

Así pues, con fundamento en los anteriores hechos probados puede concluirse que el alumbramiento fue normal y la paciente dio a luz a un recién nacido de sexo femenino en buenas condiciones, y que después del parto la paciente presentó sangrado abundante, edema uterino y equimosis, motivo por el cual a la paciente se le debió empezar tratamiento con antibióticos y controles localizados (legrados), sin embargo la paciente no presentó reacción positiva, por lo cual se procedió a realizar una histerectomía total para controlar la infección y el abundante sangrado.

Bajo dicha perspectiva, ha de concluir la Sala que la paciente adquirió dicha infección -que conllevó a que se le tuviera que extirpar la matriz-, en las instalaciones de la Clínica San Pedro Claver de Bogotá D.C., pues no obra prueba alguna que indique que la paciente padecía dicha infección con anterioridad a la atención en ese centro hospitalario; por el contrario, según los medios probatorios *“se trataba de una gestante en buenas condiciones generales, con un parto normal”*.

Por consiguiente, forzoso resulta concluir que de conformidad con los elementos de convicción a los que se ha hecho referencia, la infección sufrida por la señora María Soraida Usgame Suárez -con las consecuencias ya conocidas-, fue adquirida luego de que se le realizara una atención de parto el 14 de agosto de 1996, en las instalaciones de la Clínica San Pedro Claver de la ciudad de Bogotá D.C., razón por la cual, atendiendo la jurisprudencia consolidada en la materia en punto a la responsabilidad objetiva por infecciones nosocomiales o intrahospitalarias, resulta claro que el daño antijurídico por cuya indemnización se demandó le resulta imputable a la entidad demandada ISS.

Agréguese a lo anterior que aun cuando la Clínica San Pedro Claver 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 -infección nosocomial o adquirida en la institución hospitalaria-, bajo un régimen de responsabilidad objetivo, 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 conllevó a que se le tuviera que realizar una histerectomía total.

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.

Ahora bien, en relación con los hechos probados y la declaratoria de responsabilidad del Estado en el presente asunto, la Sala considera necesario efectuar algunas consideraciones en torno al deber del Estado respecto de la protección a la familia y particularmente a la mujer en embarazo, derechos fundamentales consagrados en los artículos 42 y 43 de la Carta Política. Así pues, la norma fundamental estableció que durante el embarazo y después del parto, la mujer tiene derecho a gozar de especial asistencia y protección del Estado, lo cual, como resulta apenas natural, incluye la asistencia médico hospitalaria necesaria e integral antes, durante y después del parto.

Al respecto, la Corte Constitucional se ha pronunciado en repetidas oportunidades, por ejemplo en la sentencia de 7 de mayo de 1993, señaló:

“4. De los derechos de la mujer en estado de embarazo.

4.1. Fundamentos Constitucionales. Así como sucede con la niñez, la juventud y la tercera edad, la maternidad fue objeto de especial protección en la Constitución de 1.991. Igualmente, dada su estrecha relación con la dignidad de la persona humana consagrada en el artículo 1º de la Carta y la protección a la familia, se estimó que la maternidad debe recibir protección constitucional. El artículo 43 de la Constitución establece: *La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia. Esta disposición no tiene antecedentes en materia constitucional. La necesidad de proteger a las mujeres en estado de embarazo radica en la **protección como "gestadora de la vida". Esta condición que por siglos la colocó en una situación de inferioridad, sirve ahora para enaltecerla.** (...)La consagración de la protección de la maternidad constituye una tendencia del derecho internacional contemporáneo, el cual, como se anotó, rige en el orden interno por disposición del artículo 93 de la Constitución Política. (...)*⁵¹.

"2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales"

Y con fundamento en la Declaración, el artículo 10.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales, establece:

"Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social."

(...).

5.1. La familia como núcleo fundamental de la sociedad.

La familia es "institución básica de la sociedad", en términos del artículo 5 constitucional. Ella es quizá el término intermedio entre la persona y el Estado. Por eso se obliga a los poderes públicos a asumir una protección en tres aspectos: social, económico y jurídico, a saber: Social en la medida en que se protege su intimidad (art. 15) y la educación de sus miembros. Económica en cuanto se protege el derecho al trabajo, a la seguridad social etc. Y jurídica ya que es obvio que de nada serviría la protección familiar si los poderes públicos no impidiesen por medios jurídicos los ataques contra el medio familiar. La Constitución en el artículo 44 reconoce como un derecho fundamental de los niños el tener una familia, independientemente de su filiación, sobre la base de la igualdad de los individuos ante la ley.

*Es por eso, que esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional comparte lo afirmado por la Sala Primera de Revisión cuando expresó que: Como núcleo fundamental de la sociedad, la familia tiene que cumplir ineludiblemente, junto con la sociedad y el Estado deberes, tales como asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico integral y el ejercicio pleno de todos sus derechos fundamentales prevalentes consagrados en el inciso 1º del artículo 44 de la Carta vigente"*⁵²

⁵¹ Corte Constitucional. S- 179/93, Sentencia de 7 de mayo de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁵² Corte Constitucional. S- 179/93, Sentencia de 7 de mayo de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Con fundamento en la anterior interpretación constitucional, hay lugar a concluir que el embarazo en la mujer debe gozar, dentro del ordenamiento jurídico colombiano, de un cuidado y protección especiales por parte del Estado, dada su relación directa con la constitución de la familia, institución igualmente amparada en el ordenamiento legal nacional, a la cual se le ha reconocido, además, su calidad de elemento fundamental y natural de la sociedad.

Así pues, para el momento de finalización del embarazo, la sociedad y el Estado especialmente deben velar por la salud de la madre y de aquel que está por nacer mediante la prestación de un servicio médico adecuado que procure la conservación de la integridad física de ambos.

Igualmente, resulta necesario precisar que el artículo 11 de la Carta Política consagra la vida como un derecho fundamental inviolable cuyo amparo cobija al nasciturus, tal y como lo establece el artículo 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual reza:

*"Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, **a partir del momento de la concepción.** Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente."*(Negrillas no originales).

Bajo dicha perspectiva, resulta claro entonces que en el presente asunto el tratamiento médico hospitalario prestado por el ente público demandado a la señora María Soraida Usgame Suárez, afectó de forma grave los derechos a la vida, integridad y salud, entre otros, en perjuicio de la madre gestante, sin tomar en cuenta que la condición de la mujer en estado de embarazo corresponde a una situación que requiere de un cuidado especial y único, y mucho más para el momento del parto, lo cual no puede admitir una atención descuidada, inadecuada y ni siquiera elemental, ni mucho menos deficiente como el que se dio en este caso, puesto que tal y como quedó establecido, la infección sufrida por la señora María Soraida Usgame Suárez -que ocasionó finalmente la necesidad de practicarle una histerectomía total-, fue adquirida en el momento del parto, en las instalaciones de la Clínica San Rafael de Bogotá D.C.

Para la Sala, resulta importante destacar y reivindicar el papel que desempeña la mujer en la sociedad como madre, puesto que es ella quien se encarga del desarrollo y de la culminación del embarazo, lo cual la convierte en una promotora y gestadora de vida, permitiendo la perpetuidad de la especie humana, cuestión más que suficiente, unida a la dignidad que le debe ser reconocida y

respetada como persona, para que antes, durante y después del alumbramiento se le deba brindar un tratamiento idóneo e integral que amerita tan significativo evento.

Con fundamento en los argumentos expuestos, la Sala confirmará la sentencia apelada, esto es la proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión, el 15 de enero de 2004, en cuanto declaró la responsabilidad del Instituto de Seguros Sociales -en liquidación-, por los hechos materia de este asunto, así como la condena por concepto de perjuicios morales y perjuicios fisiológicos (hoy denominados daño a la salud), toda vez que el objeto del recurso de apelación estuvo orientado exclusivamente a que se absolviera a la entidad demandada respecto de los hechos materia del presente asunto.

Lo anterior por cuanto, según ya se explicó, el examen del recurso de apelación, cuyo objeto se encaminó a cuestionar la declaratoria de responsabilidad en contra de la entidad demandada, ha llevado a la Sala a concluir que dicha declaratoria judicial, efectuada por el Tribunal *a quo*, debe confirmarse, cuestión que a su vez, en el presente caso, impone la necesidad de confirmar también la condena impuesta en materia de perjuicios morales y daño a la salud, puesto que en relación con este último aspecto específico –consecuencial de la declaratoria de responsabilidad-, la parte apelante nada señaló y menos argumentó como motivo de su inconformidad, lo cual impide a la Sala hacer pronunciamiento alguno al respecto, por carecer de elementos para realizar dicho análisis.

2.5.- Condena en costas.

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

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, esto es la proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión el 15 de enero de 2004.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: CÚMPLASE lo dispuesto en esta providencia, en los términos establecidos en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y PUBLÍQUESE

HERNÁN ANDRADE RINCÓN CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA