

**ACCION DE REPARACION DIRECTA - Falla del servicio médico. Infección nosocomial adquirida en procedimiento quirúrgico de histerectomía / FALLA DEL SERVICIO MEDICO - Infección nosocomial adquirida en procedimiento quirúrgico de histerectomía**

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. (...) forzoso resulta concluir que de conformidad con los elementos de convicción a los que se ha hecho referencia, la infección sufrida por la señora Gloria Esperanza Cortés Rodríguez -con las consecuencias ya conocidas-, fue adquirida luego de que se le realizara una atención de parto el 22 de noviembre de 1994, en las instalaciones de la Clínica Federman 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 CAJANAL.

**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 para garantizar la conservación de la integridad física de madre e hijo / ACCION DE REPARACION DIRECTA - Falla del servicio médico. El Estado debe garantizar la asistencia médico hospitalaria necesaria para garantizar la conservación de la integridad física de madre e hijo / FALLA DEL SERVICIO MEDICO - El Estado debe garantizar la asistencia médico hospitalaria necesaria para garantizar la conservación de la integridad física de madre e hijo**

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 aquél 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, (...) Bajo dicha perspectiva, resulta claro entonces que en el presente asunto el tratamiento médico hospitalario prestado por el ente público demandado a la señora Gloria Esperanza Cortés Rodríguez, 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, puesto que tal y como quedó establecido, la infección sufrida por la señora Gloria Esperanza Cortés Ramírez -que ocasionó finalmente la necesidad de practicarle una histerectomía total-, fue adquirida en el momento del alumbramiento, en las instalaciones de la Clínica Federman 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.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 11 / CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - ARTICULO 4

**PERJUICIOS MORALES - Reconocimiento en caso de mujer en parto que adquiere una infección nosocomial / PERJUICIOS MORALES - Falla del servicio médico. Afectación al núcleo familiar, por procedimiento de histerectomía total / PERJUICIOS MORALES - Tasación de lesiones. Aplicación de topes fijados en sentencia de unificación jurisprudencial**

Es lo común, lo esperable y comprensible, que los seres humanos sientan tristeza, depresión, angustia, miedo y otras afecciones cuando ven disminuidas su salud y sus facultades físicas, especialmente cuando la lesión sufrida es de tal entidad que puede poner en riesgo la vida de una persona, tal y como ocurrió en el sub lite, pues que de conformidad con lo probado en el proceso se tiene que con ocasión de la infección contraída en la Clínica Federman por la señora Gloria Esperanza Cortés Rodríguez, hubo la necesidad de tener que extirpar su órgano de reproducción -histerectomía-, lesión o pérdida anatómica que devino en su imposibilidad de volver a tener la oportunidad de procrear, función ésta que es propia de la condición humana. Igualmente, resulta claro que la tasación de este perjuicio, de carácter extrapatrimonial, dada su especial naturaleza, no puede ser sino compensatoria, por lo cual, corresponde al juzgador, quien con fundamento en su prudente juicio debe establecer, en la situación concreta, el valor que corresponda, para lo cual debe tener en cuenta las circunstancias, la naturaleza, la gravedad de las lesiones sufridas y sus secuelas, de conformidad con lo que se encuentre demostrado en el proceso. Ha entendido la Sección que en casos de lesiones corporales, sin importar que estas sean graves o leves, es procedente el reconocimiento del perjuicio moral para las personas directamente afectadas, razón por la cual la Sala tasará la indemnización del perjuicio moral teniendo en cuenta la gravedad de las lesiones y las especiales circunstancias en las cuales se produjo dicha lesión, de conformidad con los parámetros que la propia Sala decidió fijar teniendo como fundamento el dolor o padecimiento que las lesiones causan tanto a la víctima directa, como a familiares y demás personas allegadas. (...) Para tal efecto, esta Sección del Consejo de Estado ha fijado como referente en la liquidación del perjuicio moral, en los eventos de lesiones, la valoración de la gravedad o levedad de la lesión reportada por la víctima. Su manejo se ha dividido en seis (6) rangos (...) Asimismo se ha indicado que deberá verificarse la gravedad o levedad de la lesión causada a la víctima directa, la que determinará el monto indemnizatorio en salarios mínimos. Para las víctimas indirectas se asignará un porcentaje de acuerdo con el nivel de relación en que éstas se hallen respecto del lesionado, conforme al cuadro y la gravedad o levedad de la lesión y los correspondientes niveles se determinarán y motivarán de conformidad con lo probado en el proceso. No obstante todo lo anterior, debe precisarse que si bien la

Sala fijó tales parámetros lo cierto es que la aplicación de los mismos depende en gran medida de las pruebas con las cuales cuente el proceso respecto de la lesión misma, así como respecto de la prueba de las especiales circunstancias en las cuales se produjo la lesión. (...) Descendiendo los anteriores referentes al presente caso concreto y comoquiera que de conformidad con lo probado en el proceso se tiene que con ocasión de la histerectomía que le fue realizada a la señora Gloria Esperanza Cortés Rodríguez sufrió una grave pérdida anatómica, todo lo cual, como resulta apenas natural, causó una aflicción que debe ser indemnizada y, en consecuencia, se ordenará el pago de 60 SMLMV para Gloria Esperanza Cortés Rodríguez, para su esposo el señor Pablo Enrique Álvarez Pinzón y sus hijos Pablo Andrés y Julián Camilo Álvarez Cortés, ello en virtud de que la aflicción que deviene de la referida pérdida anatómica repercute directamente, tanto en la directamente afectada, como en los miembros de su familia, toda vez que se vieron imposibilitados de procrear más hijos y contar con más hermanos.

**NOTA DE RELATORIA:** En relación con los topes fijados para la tasación de perjuicios por lesiones corporales ver la sentencia de Sala Plena de la Sección Tercera del 28 de agosto de 2014, exp. 28832

**DAÑO A LA SALUD - Reconocimiento, caso de histerectomía total. Componente objetivo y subjetivo / DAÑO A LA SALUD - Aplicación de criterio de equidad / DAÑO A LA SALUD - Aplicación de topes fijados en sentencia de unificación jurisprudencial**

De conformidad con la posición jurisprudencial adoptada por la Sección Tercera de la Corporación, cuando el daño antijurídico radica en una afectación psicofísica de la persona, esta debe ser indemnizada bajo el concepto del daño a la salud, entendido este como categoría autónoma de perjuicio. (...) En cuanto a la forma de tasar la indemnización de dicho perjuicio, la Sala acogió que éste consta de un componente objetivo, en el cual se revisa la magnitud de la lesión y otro subjetivo, encaminado al análisis de las consecuencias que dicho menoscabo causa en cada individuo. (...) Para estos efectos, de acuerdo con el caso, se considerarán las siguientes variables: La pérdida o anormalidad de la estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica (temporal o permanente). La anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura corporal o mental. La exteriorización de un estado patológico que refleje perturbaciones al nivel de un órgano. La reversibilidad o irreversibilidad de la patología. La restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria. Excesos en el desempeño y comportamiento dentro de una actividad normal o rutinaria. Las limitaciones o impedimentos para el desempeño de un rol determinado. Los factores sociales, culturales u ocupacionales. La edad. El sexo. Las demás que se acrediten dentro del proceso. (...) Para la reparación del daño a la salud se reiteran los criterios contenidos en las sentencias de unificación del 14 de septiembre de 2011, exps. 19031 y 38222, proferidas por esta misma Sala, en el sentido de que la regla en materia indemnizatoria, es de 10 a 100 SMMLV, sin embargo en casos de extrema gravedad y excepcionales se podrá aumentar hasta 400 SMMLV, siempre que esté debidamente motivado. (...) Lo anterior, en ejercicio del arbitrio iudice, para lo cual se tendrá en cuenta la gravedad y naturaleza de la lesión padecida, para tal efecto se utilizará –a modo de parangón– los siguientes parámetros o baremos (...) Ahora bien, para el caso sub examine, si bien no se cuenta con el porcentaje exacto de la pérdida de capacidad laboral de la señora Gloria Esperanza Cortés Rodríguez, lo cierto es que teniendo en cuenta la magnitud de la lesión sufrida y su repercusión en su actividad reproductiva, dado que sufrió una pérdida anatómica -histerectomía-, la Sala,

como ya en otras oportunidades lo ha hecho, acudirá al criterio de la equidad como principio que el ordenamiento jurídico —artículo 16 de la Ley 446 de 1998— impone tener en cuenta para efectos de reparar de forma integral el daño causado por la acción o la omisión de las autoridades públicas, a cuyo auxilio debe acudir, además, por virtud del denominado principio pro damnato, propio del derecho de daños y que sin duda ha de hacer sentir su vigor en escenarios como el del presente caso, en el cual se encuentran acreditados todos los elementos necesarios para imponer al Estado la obligación de reparar el daño antijurídico que causó, pero resulta altamente improbable —por no decir que materialmente imposible— recaudar elementos demostrativos que permitan cuantificar de forma técnica, con apoyo en elementos matemáticos y/o estadísticos, el monto del perjuicio a indemnizar. Establecido lo anterior, procede la Sala, como ya se señaló, con base en la equidad a reconocer la suma de 100 SMLMV para la señora Gloria Esperanza Cortés Rodríguez.

**NOTA DE RELATORIA:** Respecto a este tema consultar los fallos de unificación de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado: 14 de septiembre de 2011, exp. 19031; 28 de agosto de 2014, exp. 31172 y 28 de agosto de 2014, exp. 31170

**PERJUICIOS MATERIALES - Daño emergente / DAÑO EMERGENTE - No reconoce. Pago de servicios médicos, no se acreditó**

La Sala que, revisado el material probatorio allegado al expediente, se observa que no se aportó elemento probatorio alguno -recibos de pago, facturas, etc.- que acrediten la causación de tales perjuicios, razón por la cual se denegará el pedimento que con ello se relaciona.

**PERJUICIOS MATERIALES - Lucro cesante / LUCRO CESANTE - Incapacidad médica. Paciente que le fue practicada histerectomía total / LUCRO CESANTE - Reconoce días de hospitalización / LUCRO CESANTE - Presunción de actividad lícita. Tasación en salarios mínimos mensuales legales vigentes / LUCRO CESANTE - Fórmula actuarial**

Sobre el la aspiración resarcitoria que por ese concepto ha sido planteada, ha de decir la Sala que, en el presente asunto no existe constancia respecto de la incapacidad médico laboral dictaminada a la señora Cortés Rodríguez como resultado de la referida pérdida anatómica -histerectomía-. En efecto, según la valoración realizada a la referida persona por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Bogotá D.C., se concluyó que “no hay elementos de juicio para fijar incapacidad médico legal”; no obstante, de conformidad con la historia clínica de la paciente, se tiene que la señora Gloria Cortés Rodríguez luego de que se le hubiera dado de alta por el trabajo de parto el 24 de noviembre de 1994, acudió nuevamente el día 26 de noviembre de ese mismo mes y año a la Clínica Federman por presentar la infección en el útero, lo cual posteriormente devino en la histerectomía que le fue practicada, y se le dio de alta finalmente el día 29 de diciembre siguiente. Así las cosas, resulta procedente la indemnización de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante por la incapacidad que resultó como consecuencia de la hospitalización de la paciente entre los días 26 de noviembre al 29 de diciembre de 1994. (...) Ahora bien, en cuanto al monto de la indemnización, se tiene que revisado el material probatorio allegado al expediente, se observa que a folio 3 del cuaderno 3 obra una certificación expedida el 9 de agosto de 1995 por el Juez Penal Municipal de Chocontá (Cundinamarca), en la cual se hizo constar que la señora Gloria Esperanza Cortés Rodríguez para el momento de los hechos del presente caso se desempeñaba

como “escribiente grado 4° de este juzgado y lo ha ocupado desde el día 9 de febrero de 1988”. (...) No obstante lo anterior, no se puede tener por acreditado el monto que la referida persona recibía mensualmente como producto de esa actividad, razón por la cual se acudirá a la presunción de que toda persona en edad productiva devenga por lo menos el salario mínimo legal mensual para su propio sustento, (...) De conformidad con lo anterior, procederá la Sala a realizar la liquidación de dicho perjuicio.

**LLAMAMIENTO EN GARANTIA - Contrato de prestación de servicios integrales en salud. Sociedad prestadora de servicios médicos / LLAMAMIENTO EN GARANTIA - Ordena reintegrar las sumas objeto de la condena**

Según se acreditó en el proceso, la paciente fue atendida en la Clínica Federman de Bogotá D.C., la cual contrató los servicios médicos de la sociedad Castillo y Asociados S.A., y esta última, a su vez, celebró el contrato No. 1482 de 1993 sobre prestación de servicios integrales de salud con CAJANAL. De otra parte, en el referido contrato las partes acordaron en la cláusula tercera que “... el contratista responderá por los daños que se causen a los usuarios por razón de la prestación de los servicios médicos a que se obliga por este contrato”. Así las cosas, la mencionada sociedad llamada en garantía -Castillo y Asociados S.A.-, deberá reintegrar, hasta el 100 %, las sumas de dinero que CAJANAL deba pagar como consecuencia de las condenas que aquí se imponen, derivadas de las lesiones ocasionadas a la señora Gloria Esperanza Cortés Rodríguez.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**SUBSECCION A**

**Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON**

Bogotá, D. C., diez (10) de septiembre de dos mil catorce (2014).

**Radicación número: 25000-23-26-000-1995-11369-01(27771)**

**Actor: GLORIA ESPERANZA CORTES RODRIGUEZ Y OTROS**

**Demandado: CAJANAL - EN LIQUIDACION**

**Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (APELACION SENTENCIA)**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B el 4 de febrero de 2004, mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda.

## I. ANTECEDENTES

### **1.1.- La demanda y su trámite.**

En escrito presentado el 7 de septiembre de 1995, por conducto de apoderado judicial, los señores Pablo Enrique Álvarez Pinzón y Gloria Esperanza Cortés Duque, quienes actúan en su propio nombre y en representación de sus hijos menores Pablo Andrés y Julián Camilo, interpusieron demanda en ejercicio de la acción de reparación directa contra la Caja Nacional de Previsión Social -en adelante CAJANAL-, con el fin de que se la declarara patrimonial y administrativamente responsable 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 Gloria Esperanza Cortés Rodríguez, luego de que se atendiera el parto en la Clínica Federman de Bogotá el 22 de noviembre de 1994.

Como consecuencia de la anterior declaración solicitaron que se condenara a la demandada 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 que resultare probada en el proceso o, en subsidio, la suma equivalente en pesos a 4.000 gramos de oro; finalmente, se deprecó la cantidad que resulte acreditada en el proceso por concepto de “perjuicios fisiológicos”, a favor de la principal afectada.

Como **fundamentos fácticos** de sus pretensiones se narró, en síntesis, que desde el mes de marzo de 1994 la señora Gloria Esperanza Cortés Rodríguez 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.

Sostuvo la demanda que el 22 de noviembre de 1994, la señora Cortés Rodríguez acudió al centro médico de Chocontá (lugar de su residencia), y luego de haber sido valorada por el médico de turno, fue remitida a la Clínica Federman de la ciudad de Bogotá D.C., dado que se encontraba en trabajo de parto.

Agregaron que una vez hospitalizada y al encontrarse la criatura en posición podálica, le fue practicada una cesárea, obteniéndose un niño de sexo masculino en buenas condiciones generales.

Indicó la demanda que según la información del equipo médico, el parto se realizó sin complicación alguna y le dieron de alta el día 24 de noviembre siguiente, sin que se le hubiese formulado medicamento o recomendación alguna con posterioridad a la cirugía, a pesar de los intensos dolores que padecía.

Señaló la demanda que al día siguiente, la señora Cortés Rodríguez mientras estaba en su casa presentó fuertes dolores abdominales, vómitos y diarrea, razón por la cual fue llevada ese mismo día en horas de la noche al servicio de urgencias de la Clínica Federman y una vez valorada por el médico de turno, fue enviada de nuevo para su residencia con indicaciones para gastritis, sin que obtuviera ninguna mejoría.

Añadieron los actores que en vista de que los síntomas se agravaban con el pasar del tiempo, fue conducida nuevamente a la referida clínica, pero que otra vez fue devuelta a su casa con medicamentos para tratar los síntomas de diarrea y vómito, sin embargo tales síntomas persistieron con mayor gravedad, motivo por el cual fue llevada de nuevo a la clínica el 27 de noviembre, pero ésta vez el médico de turno diagnosticó una infección en la herida de cesárea y permaneció internada en la clínica los días 28 y 29 de noviembre con medicamentos para tratar de controlar la infección, sin embargo, comoquiera que tal infección fue imposible de contener, el día 30 de noviembre se le practicó una histerectomía<sup>1</sup>.

La demanda así formulada fue admitida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante proveído de fecha 26 de septiembre de 1996, el cual se notificó en legal forma a las entidades demandadas y al Ministerio Público<sup>2</sup>.

**1.2.- CAJANAL** contestó la demanda dentro de la respectiva oportunidad procesal y se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas por los

---

<sup>1</sup> Fls. 3 a 18 C. 1.

<sup>2</sup> Fls. 21 a 25 C. 1.

actores. Como fundamento de su defensa manifestó que la paciente recibió atención idónea e integral para atender el parto y posteriormente para atender la infección postparto; no obstante lo cual *“desafortunadamente, el resultado al tratamiento no fue el deseado por el personal que en forma cuidadosa y diligente le prestó sus servicios, además los galenos optaron por practicar la histerectomía ante la inminencia de que la infección se propagara”*<sup>3</sup>.

**1.3.-** En escrito separado al de la contestación de la demanda, CAJANAL solicitó que se citara al proceso en calidad de llamado en garantía a la sociedad Castillo y Asociados S.A. en virtud del contrato No. 1482 de 1993, cuyo objeto consistió en prestar los servicios integrales de salud a los afiliados de CAJANAL, el cual se encontraba vigente para la época de los hechos. Dicho llamamiento fue aceptado por el Tribunal de primera instancia a través de proveído de fecha 15 de febrero de 1996, el cual se notificó en legal forma a la sociedad llamada en garantía<sup>4</sup>.

En la contestación, la llamada en garantía manifestó que no hubo falla alguna en el servicio médico que le fue brindado a la paciente, puesto que a pesar de los medicamentos y tratamientos brindados no fue posible contener la infección que presentó, razón por la cual *“resultaba indispensable extraer el foco séptico (útero)”*<sup>5</sup>,

**1.4.-** Vencido el período probatorio dispuesto en providencia proferida el 6 de septiembre de 1996 y fracasada la etapa de conciliación, el Tribunal de primera instancia mediante auto de 27 de noviembre de 2003 dio traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto<sup>6</sup>.

La parte actora, luego de referirse a los hechos materia de proceso y al acervo probatorio recaudado, indicó que dentro del *sub judice* se encontraban acreditados los elementos que configuran la responsabilidad patrimonial del Estado a título de falla del servicio, concretamente porque después de realizar la cesárea, los médicos no tomaron las precauciones tendientes a cuidar la salud de la paciente,

---

<sup>3</sup> Fls. 29 a 33 C. 1.

<sup>4</sup> Fls. 1 a 52 C. 1.

<sup>5</sup> Fls. 58 a 62 C. 1.

<sup>6</sup> Fls. 44 y 154 C. 1.

pues no se prestó la asistencia idónea y oportuna en cuatro oportunidades en que acudió al servicio de urgencias padeciendo síntomas severos e inequívocos de la presencia de una infección, razón por la cual *“se puede concluir que actuaron con negligencia, imprevisión y de forma tardía, en consecuencia se generó un perjuicio irremediable a la paciente, el cual se hubiera podido evitar”*<sup>7</sup>.

En sus alegatos CAJANAL reiteró los argumentos expuestos con la contestación de la demanda e insistió en que la atención brindada a la paciente fue en todo momento idónea y oportuna, no obstante lo cual se produjo una infección que fue imposible contener por parte del cuerpo médico.

De otra parte, señaló que en el evento de declararse la responsabilidad por falla del servicio médico, la condena debía recaer de forma exclusiva sobre la sociedad llamada en garantía, toda vez que en virtud de la cláusula de indemnidad establecida en el contrato se estipuló que la contratista asumía en forma total y exclusiva la responsabilidad que se derive de la calidad e idoneidad de los servicios de salud prestados a los usuarios de CAJANAL<sup>8</sup>.

Dentro de la correspondiente etapa procesal tanto la sociedad llamada en garantía como el Ministerio Público guardaron silencio<sup>9</sup>.

### **1.5.- La sentencia de primera instancia.**

Cumplido el trámite legal correspondiente, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B profirió sentencia el 4 de febrero de 2004, oportunidad en la cual denegó las pretensiones de la demanda, por considerar, básicamente, que si bien se produjo un daño o afectación a la salud de la paciente Gloria Esperanza Cortés Rodríguez, el mismo no podía ser catalogado como antijurídico, toda vez que *“la paciente estaba en el deber de soportarlo”*, pues de no haberse realizado dicho procedimiento quirúrgico -histerectomía-, la vida de la paciente se hubiera visto comprometida, comoquiera que *“clínica y quirúrgicamente no había otra alternativa que extirpar el útero de la accionante, y evitar complicaciones de un cuadro infeccioso, que según las pruebas periciales al proceso, era un evento que podía presentarse en este caso, luego de que se le practicó la operación*

---

<sup>7</sup> Fl. 165 a 167 C. 1.

<sup>8</sup> Fl. 156 a 158 C. 1.

<sup>9</sup> Fl. 169 C. 1.

*de cesárea, habiéndose demostrado que la demandada actuó con diligencia y cuidado”.*

En conclusión, señaló al *a quo* que no se incurrió en falla alguna del servicio que le fuera imputable a la demandada, razón por la cual debían denegarse las súplicas de la demanda<sup>10</sup>.

#### **1.6.- El recurso de apelación.**

Contra la anterior decisión, la parte demandante interpuso oportunamente recurso de apelación, el cual fue concedido por el Tribunal *a quo* el 13 de mayo de 2004 y admitido por esta Corporación el 20 de agosto de 2004<sup>11</sup>.

Como fundamento de su disenso, la parte demandante sostuvo que, contrario a lo sostenido por el *a quo*, en el presente asunto si se configuró un daño antijurídico en perjuicio de la señora Gloria Esperanza Cortés Rodríguez, toda vez que la paciente no fue atendida en cuatro oportunidades luego de que se le hubiere dado de alta de la Clínica Federman, todo lo cual agravó la infección que contrajo en esa misma institución hospitalaria cuando se le practicó la cesárea, razón por la cual sostuvo que se encontraba acreditada la falla en el servicio médico asistencial imputable a la demandada<sup>12</sup>.

**1.7.-** Una vez se dio traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto, este último guardó silencio<sup>13</sup>.

La parte actora, luego de transcribir íntegramente los argumentos expuestos con el recurso de apelación, solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia y que, en consecuencia, se accediera a la totalidad de las súplicas de la demanda<sup>14</sup>.

A su turno, la parte demandada CAJANAL reiteró que no había incurrido en falla alguna del servicio que le fuera imputable, razón por la cual solicitó la confirmación de la sentencia impugnada<sup>15</sup>.

---

<sup>10</sup> Fls. 169 a 178 C. Ppal.

<sup>11</sup> Fls. 201 y 208 C. Ppal.

<sup>12</sup> Fls. 309 a 311 C. Ppal.

<sup>13</sup> Fls. 328 y 362 C. Ppal.

<sup>14</sup> Fls. 223 a 227 C. Ppal.

<sup>15</sup> Fls. 343 a 345 C. Ppal.

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 demandante contra la sentencia proferida el 4 de febrero de 2004, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, comoquiera que la demanda se presentó el 7 de septiembre de 1995 y la pretensión mayor se estimó en la suma mínima de 4.000 gramos oro por concepto de perjuicios materiales, equivalentes en pesos a \$ 49'051.640, la cual supera el monto mínimo de \$ 9'610.000, exigido para que un proceso adelantado en ejercicio de la acción de reparación directa tuviera vocación de doble instancia ante esta Corporación para aquella época<sup>16</sup>.

**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 Gloria Esperanza Cortés Rodríguez-, se produjo el 30 de noviembre de 1994 y la demanda se presentó el 7 de septiembre de 1995, de lo cual se infiere que se formuló oportunamente

### **2.2. Legitimación en la causa por pasiva.**

Para analizar la legitimación en causa de las partes es necesario precisar que la paciente fue atendida en la Clínica Federman de Bogotá D.C., la cual contrató los servicios médicos de la sociedad Castillo y Asociados S.A., y ésta última, a su vez, celebró el contrato No. 1482 de prestación de servicios integrales de salud con CAJANAL.

---

<sup>16</sup> Decreto 597 de 1988.

Ahora, si bien el contrato vincula a la entidad pública, con ocasión de la prestación de los servicios médico asistenciales y hospitalarios, se encuentra que dentro del mismo las partes acordaron:

*“TERCERA: el contratista responderá por los daños que se causen a los usuarios por razón de la prestación de los servicios médicos a que se obliga por este contrato”<sup>17</sup>.*

Ahora, si bien es cierto que esta cláusula estaría encaminada a establecer la indemnidad o exoneración de responsabilidad de la entidad estatal por los daños que con ocasión de la ejecución del contrato la sociedad cause a terceras personas, no lo es menos que esta Sala ha entendido que esa clase de pactos, de resultar válidos, sólo estarían llamados a surtir efectos entre las partes del convenio y, por tanto, son inoponibles a terceros.

En efecto, esta Sección del Consejo de Estado, respecto de la responsabilidad de la Administración por la actuación de sus contratistas, en relación con las cláusulas de indemnidad, ha precisado que,

*“Cuando la Administración contrata la ejecución de una obra pública es como si la ejecutara directamente. Es ella la dueña de la obra; su pago afecta siempre el patrimonio estatal y su realización obedece siempre a razones de servicio y de interés general. El hecho de que no la ejecute con personal vinculado a su servicio obedece, la más de las veces, a insuficiencia o incapacidad técnica de su propio personal o a falta de equipo adecuado. Por tal razón la administración, sin que por eso pierda la actividad el carácter de público, debe acudir a la colaboración de los particulares para el cumplimiento de ciertos cometidos de servicio. La colaboración en el caso de obra pública no vuelve privada esa actividad, como no le quita el carácter de público al trabajo así ejecutado. Esa colaboración por participación cuando es voluntaria, caso del cocontratante de la administración cuya actividad tienda a la prestación o ejecución de un servicio público, hace a este particular partícipe ocasional de la función pública no en calidad de agente o funcionario sino como un órgano más de la gestión estatal.*

***En otros términos: El contratista de una obra pública no se vuelve agente de la administración ni funcionario suyo; es ella misma la que actúa hay aquí una ficción de orden legal. Ni siquiera puede hablarse que la entidad contratante responda en forma indirecta por el hecho del contratista. No, la responsabilidad es simplemente directa, así como lo es la responsabilidad estatal por el hecho de un funcionario o empleado público. No puede olvidarse que no obstante que todo comportamiento o conducta estatal es obra de un servidor público, en principio, el Estado es el responsable de las consecuencias dañosas de ese comportamiento. Responsabilidad que en todos los casos es directa, no indirecta, a pesar de que el perjuicio se haya producido por la actuación de una persona vinculada a la administración, la que no es propiamente un mandatario o***

---

<sup>17</sup> Fl. 14 a 15 C. 3.

**representante del Estado, sino órgano suyo, integrante en esta calidad de la estructura misma del ente estatal. Por tal motivo la conducta o actuación de dicha persona es la conducta o actuación del Estado mismo. De allí que sostenga la doctrina que sería un contrasentido hablar de responsabilidad indirecta, pues los servidores públicos no son terceros respecto del Estado, sino partes del mismo, ejecutores de la actividad estatal, la que no se concibe sino a través de las acciones u omisiones de las personas vinculadas a su servicio.**

*Es frecuente observar que en los contratos de obra pública se pacte que el contratista será el responsable de los daños a terceros; pero esto no quiere decir que la administración no responda frente a éstos. Es quizás esta creencia la que produjo la desviación del Tribunal en el fallo que se revisa y en el concepto de la Fiscalía.*

**En primer término, debe observarse que la cláusula así concebida (la vigésima cuarta o de indemnidad) no puede interpretarse como exonerante de responsabilidad para la Empresa. Si así lo fuera sería absolutamente nula. La cláusula vale entre las partes, pero no es oponible a los terceros. Cualquier convención que suprima la responsabilidad extracontractual (la de los contratantes frente a los terceros lo es) es por consiguiente ilícita en todos los campos, o sea por actos personales o ajenos, por obra de las cosas o de los animales.**

**Aunque la cláusula esté pactada contractualmente, la responsabilidad frente a terceros sigue siendo extracontractual: es una responsabilidad de esta índole reglamentada por un contrato y descartada para una de las partes por una cláusula de no responsabilidad.**

**La cláusula así convenida obliga a las partes. Pero ella es "res inter alios acta" frente a los terceros. Por ese motivo, la demandante al accionar contra la Empresa lo hizo correctamente. Como también habría podido demandar sólo a Conciviles o a esta sociedad solidariamente con la Empresa. La validez de la cláusula entre las partes es la que le permitirá a la entidad pública, en el evento de que la condena se estime procedente, reclamar a Conciviles por el valor de lo reconocido"<sup>18</sup> (negritas del texto original).**

De conformidad con lo anterior, se tiene entonces que no se le puede trasladar a la víctima y a los demandantes, en su calidad de terceros, en relación con la declaratoria de responsabilidad extracontractual que deprecian, la carga o los efectos de una estipulación contractual de la cual no hicieron parte.

En consecuencia, se entiende que CAJANAL es la llamada a responder por el daño causado a los demandantes con ocasión de la pérdida del aparato reproductor -histerectomía-, de la señora Gloria Esperanza Cortés Rodríguez, pues ésta contrató con la sociedad Castillo y Asociados -hoy Médicos Asociados-, la prestación de servicios de salud, sociedad que, a su vez, era contratista de la

---

<sup>18</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 9 de octubre de 1985, expediente radicado al No. 4556. Consejero Ponente Carlos Betancur Jaramillo. En el mismo sentido véanse las sentencias de 8 de marzo de 1996 expediente radicado No. 9937 Consejero Ponente Carlos Betancur Jaramillo, posición ratificada mediante la sentencia de 25 de junio de 1997 expediente radicado al No. 10504 con Ponencia del Consejero Jesús María Carrillo Ballesteros y la providencia de 28 de noviembre de 2002 expediente radicado al No. 14397 Consejero Ponente Ricardo Hoyos Duque.

Clínica Federman, pues se entiende que fue CAJANAL, a través de un particular, la entidad que prestó los servicios de salud a la víctima.

Así las cosas, debe concluirse que CAJANAL está llamada a responder patrimonial y administrativamente por los perjuicios ocasionados a los demandantes, en tanto el daño por cuya reparación se reclama le sea imputable, sin perjuicio de las estipulaciones contractuales pactadas entre tales entidades.

### **2.3.- Precisiones respecto del régimen de responsabilidad aplicable al presente asunto<sup>19</sup>.**

Sea lo primero advertir que en sentencia de 19 de abril 2012<sup>20</sup>, 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 ha sido analizada tradicionalmente por la jurisprudencia del Consejo de Estado 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 de diversas maneras, en especial mediante la utilización de indicios, que no en pocas ocasiones

---

<sup>19</sup> En términos similares a los expuestos en la presente sentencia consultar, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 11 de junio de 2014, Exp. 27.089.

<sup>20</sup> Consejo de Estado. Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de 19 de abril de 2012. Exp. 21.515.

constituye el único medio probatorio que permite establecer la presencia de la falla endilgada<sup>21</sup>.

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 2009<sup>22</sup>:

*“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 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***

---

<sup>21</sup> 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”.

<sup>22</sup> 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

**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 extranjera<sup>23</sup> 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 por el acto médico a objetiva, salvo algunos ámbitos en los cuales será posible

---

<sup>23</sup> 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.

*“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 incurtidas 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.*

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 médico<sup>24</sup>.

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)<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> 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”*.

<sup>25</sup> 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 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*

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 medico quirúrgicos; así por ejemplo, en tratándose de infecciones intrahospitalarias o nosocomiales<sup>26</sup>, la Sección Tercera en sentencia del 6 de noviembre de 1997<sup>27</sup> 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 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***

---

*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.

<sup>26</sup> 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.

<sup>27</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 6 de noviembre de 1997, exp. 11.782, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

**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**<sup>28</sup>.

Años más tarde, en sentencia del 19 de agosto de 2009<sup>29</sup> 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 extranjera<sup>30</sup>, 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 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).

---

<sup>28</sup> Exp. 11.782, C.P. Carlos Betancur Jaramillo. Citado por Enrique Gil Botero, *Tesaurus de responsabilidad extracontractual del Estado*, tomo III, volumen 1, editorial Temis, Bogotá, 2013, p. 818.

<sup>29</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de agosto de 2009, Exp. 17.333, M.P. Enrique Gil Botero.

<sup>30</sup> 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: REGAÑON 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 2011<sup>31</sup>, 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 2012<sup>32</sup>, 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***

---

<sup>31</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 24 de marzo de 2011, Exp. 20836, C.P. Enrique Gil Botero.

<sup>32</sup> 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*<sup>33</sup>.

En pronunciamiento más reciente del 29 de mayo de 2013<sup>34</sup>, 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 2013<sup>35</sup>, 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*

<sup>33</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia proferida el 7 de noviembre de 2012, Exp. 26.124.

<sup>34</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 29 de mayo de 2013, Exp. 28.483.

<sup>35</sup> 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 culpa<sup>36</sup>, la cual opera en los casos de infecciones nosocomiales y que descansa sobre tres pilares fundamentales:

---

<sup>36</sup> 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)”<sup>37</sup>.*

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 sanitario<sup>38</sup>.

En Argentina, al lado de quienes consideran que las infecciones intrahospitalarias comportan la concreción de un riesgo propio de la actividad asistencial<sup>39</sup>, 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 (...)”<sup>40</sup>.*

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 profesional<sup>41</sup>.

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*

---

<sup>37</sup> 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.

<sup>38</sup> Enrique Barros Bourie, *Op. Cit.*, p. 693.

<sup>39</sup> Celia Weingarten, *Op. Cit.*, p. 27.

<sup>40</sup> Juan Manuel Prevot, *Op. Cit.*, p. 329.

<sup>41</sup> Julián Emil Jalil, *Derecho de Daños Aplicado*, Editorial Ibañez, Bogotá D.C. 2013. Pág. 862.

daño>><sup>42</sup>. 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**>><sup>43</sup>.*

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*

---

<sup>42</sup> Laura López de la Cruz, Juan Pablo Pérez Velásquez y otros, “*Tratado Jurisprudencial de Responsabilidad por Daños*”, Tirant To Blanch, Valencia, 2013, p. 94.

<sup>43</sup> “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*"<sup>44</sup>.

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)<sup>45</sup>; 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*"<sup>46</sup>.

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 público<sup>47</sup>. 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*"<sup>48</sup>.

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

---

<sup>44</sup> "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.

<sup>45</sup> Al respecto consultar, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de octubre de 2009, Exp. 18.427, M.P. Enrique Gil Botero.

<sup>46</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de agosto de 2013, Exp. 30.283, M.P. Danilo Rojas Betancourt.

<sup>47</sup> Enrique Barros Bourie, *Op. Cit.*, p. 693, Josefina Tocornal Cooper, *Op. Cit.* p. 13.

<sup>48</sup> Josefina Tocornal Cooper, *Op. Cit.* p. 14.

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

#### **2.4.- El material probatorio aportado al 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 Gloria Esperanza Cortés Rodríguez luego de que hubiere contraído una grave infección con posterioridad a que se atendiera el parto en la Clínica Federman de Bogotá el 24 de noviembre de 1994.

Dentro del proceso obra copia auténtica de la historia clínica de la paciente<sup>49</sup>, la cual en su gran mayoría resulta ilegible, no obstante, a partir de varias piezas de la misma puede tenerse por acreditado lo siguiente:

- Que la señora Gloria Esperanza Cortés Rodríguez se encontraba afiliada a CAJANAL desde el 2 de septiembre de 1988, según consta en la certificación expedida por el Coordinador del Área Seccional de Cundinamarca y Bogotá<sup>50</sup>;

- Que en el control médico realizado a la madre gestante el 22 de noviembre de 1994 -el mismo día del parto-, se registró: *“embarazo 38 semanas, feto u.v., podálico, cesárea”*, de lo cual se infiere que para esa etapa final del embarazo la paciente se encontraba en buenas condiciones en términos generales<sup>51</sup>;

- Que según el registro de evolución médica de la Clínica Federman a la señora Gloria Esperanza Cortés Rodríguez se le dio salida el 24 de noviembre de 1994, y se dejó constancia que presentaba una *“evolución estable”*.

- Se tiene también que el día 26 de noviembre de 1994, la paciente acudió al servicio de urgencias de la Clínica Federman y en la hoja de ingreso se registró que presentaba *“fiebre, vómito, diarrea y salida de material purulento y fétido por vagina”*, además, se estableció como impresión diagnóstica *“absceso de pared, endometrio post cesárea, 4to día post cesárea”*<sup>52</sup>.

- De otra parte, obra en el proceso un experticio en la modalidad de informe técnico, rendido por un médico ginecoobstetra forense adscrito al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Seccional Bogotá D.C., quien una vez valorada la historia clínica de la paciente Gloria Esperanza Cortés

---

<sup>49</sup> Fls. 1 a 153 C. 2.

<sup>50</sup> Fl. 186 C. 2.

<sup>51</sup> Fls. 12 y 13 C. 2.

<sup>52</sup> Fls. 20 a 27 C. 2.

Rodríguez y consultado sobre los supuestos fácticos y científicos contenidos en la demanda, concluyó lo siguiente:

*“Gloria Esperanza Cortés de 29 años cursando su segunda gestación ingresa el 22-XI-94 a la Clínica Federman, donde ordenan realizar cesárea por gestación de pelvis y embarazo a término. A las 18:30 del mismo día realizan cesárea segmentaria transperitoneal, procedimiento realizado sin complicación. El 23-XI-94 autorizan salida.*

*El 26-XI-94: Aparece constancia de consulta a la Clínica Federman en 4º día de post cesárea por fiebre, vómito, diarrea y salida de material purulento fétido por vagina y herida quirúrgica, no aparecen datos del examen, **hay constancia de hospitalización para manejo de absceso de pared con clorafenicol y gentamicina.***

*El 1-XI-94: Con diagnóstico presuntivo de peritonitis es llevada a laparatomía (cirugía donde se examina la cavidad abdominal pélvica), donde encuentran: **peritonitis generalizada secundaria a miomelitis, se realiza histerectomía total abdominal y lavado de cavidad.** Por evolución satisfactoria dan salida el 8-XII-94.*

*El 12-XII-94: Consulta por diarrea y fiebre ocasional. Al examen se encuentra febril, taquicárdica, taquipneica y con dolor abdominal, ecografía abdominal reporta absceso pélvico, por lo que se hospitaliza nuevamente para manejo médico de absceso pélvico. Por no respuesta al tratamiento médico (persistencia del absceso) es llevada nuevamente a revisión y lavado de la cavidad abdominal (laparatomía), el 26-XII-94 evoluciona satisfactoriamente y se le da salida el 29-XII-94.*

*Según lo solicitado por la autoridad, tenemos: (...).*

*- **Se tiene que a la señora Gloria Esperanza Cortés Rodríguez se le practicó histerectomía total abdominal (extirpación del útero), por una complicación infecciosa de la cesárea según la hoja de descripción quirúrgica ya que no aparece reporte de anatomía patológica.***

*- En toda la historia clínica no hay referencias a intervenciones quirúrgicas del intestino a ninguna complicación del intestino secundaria a alguna de las tres intervenciones realizadas. (...).*

*- Con la pérdida del útero se pierde la capacidad de albergar el óvulo fecundado y servirle de recipiente y protección al producto durante todo el embarazo. La posibilidad de reproducirse no se ha perdido totalmente ya que al conservar los ovarios, la paciente puede con métodos de fertilización in vitro y alquiler de útero reproducirse<sup>53</sup> (negrillas adicionales).*

- Testimonio rendido ante el a quo por el médico Miguel Alfonso Hurtado Carrasco, quien preguntado sobre la atención médica brindada a la señora Gloria Esperanza Cortés Rodríguez, contestó:

*“Revisando la historia clínica se trata de una paciente de 29 años de edad remitida a la Clínica Federman para dar a luz para tratamiento obstétrico y se le realizó una cesárea por presentación podálica. Según notas de evolución sin*

---

<sup>53</sup> Fls. 337 a 338 C. 2.

complicaciones y recién nacido con sufrimiento fetal, **paciente regresa al cuarto día de su intervención y se le hace diagnóstico de endometritis post cesárea y absceso de pared**, inicialmente manejo médico adecuado y antibióticos indicados para el caso, vengo a tener conocimiento de la paciente el 27 de noviembre de 1994, donde según nota de evolución encuentro que la herida requiere ser abierta drenándose el absceso de pared, encuentra celulitis y se realiza curación de la misma. No encuentro ninguna otra nota en la historia donde hubiera tenido contacto con la paciente como tampoco participación en sus tratamientos y evolución posteriores, excepto lo que está escrito en la historia clínica<sup>54</sup> (se ha resaltado).

- Declaración rendida por el médico Luis Eduardo Castellanos Guauta, de la cual resulta pertinente citar los siguientes apartes:

“Efectivamente atendí a esta señora en la fecha señalada le practiqué una cesárea segmentaria según consta en la historia el día 22 de noviembre de 1994, según se anotó en la hoja quirúrgica la indicación de la misma era la actividad uterina y la situación transversa del feto, posteriormente la señora evolucionó sin complicaciones de su cesárea y fue dada de alta el 24 de noviembre, según consta en la historia la **paciente vuelve a consultar el 26 de noviembre donde se hace una impresión diagnóstica del médico de urgencias de un absceso de pared y una endometritis post cesárea**. Desconozco el manejo suministrado en ese momento. Vuelvo a valorar a la paciente el 30 de noviembre donde se comprueba un absceso de pared y una peritonitis secundaria posiblemente de una endometitis, por tal motivo se lleva a la paciente a cirugía previa la explicación del procedimiento que se va a someter, para lo cual la paciente acepta y se encuentran como hallazgos intra operatorios membranas blanquecinas en superficies de asas intestinales delgadas, abscesos en goteras parietocólicas, un útero subinvolucionado y reblandecido que no responde a ositocicos, **ante los hallazgos se decide realizar una histerctomía abdominal total más lavado de cavidad. En este momento se tiene el diagnóstico de sepsis de origen ginecológico con foco primario en el útero**, motivo por el cual se toma tal conducta en el post operatorio inmediato, la paciente evoluciona de forma lenta pero segura en asocio con antibióticos de amplio espectro en dosis y frecuencia adecuadas, sin embargo posteriormente presentó absceso pélvico residual y se llevó a cirugía nuevamente el día 6 de diciembre y se realiza drenaje de hematoma, y lavado de cavidad pélvica los cuales se realizaron sin complicaciones la paciente evoluciona satisfactoriamente y es dada de alta el 29 de diciembre de 1994. (...). **Normalmente toda paciente que es sometida a un procedimiento quirúrgico tiene un riesgo relativo de presentar un cuadro de infección que puede estar en el orden del 2% al 5%, según el tipo de institución a la cual se analice**. Los exámenes de ingreso comprueban que la paciente se encontraba con un cuadro hemático dentro de los límites normales y una serología negativa, el parcial de orina no aparece y **no detectamos inicialmente factores de riesgo para su complicación infecciosa, el procedimiento quirúrgico en sí no tuvo complicaciones, se cumplieron todas las normas de asepsia y de antisepsia del campo operatorio y fue un procedimiento sin complicaciones**. (...). En obstetricia un porcentaje que está por encima del 3 al 5% según la institución analizada se encuentre la enfermedad denominada corrianmionitis con membranas integras que perfectamente pueden llevar a la paciente a un evento tal y como se presentó en el caso de la señora Gloria Cortés. **Tal entidad desde el punto de vista diagnóstico bacteriológico es muy difícil dado que la complicación se presenta en post parto o post cesárea, con un tiempo de incubación o crecimiento bacteriano que va desde los 3 a 14 días post contaminación, y una vez evacuado el útero es**

---

<sup>54</sup> Fls. 162 a 163 C. 2.

*decir extraído el feto recién nacido el útero sirve de caldo de cultivo para la proliferación bacteriana, éstas son las posibles causas de infección en la paciente en mención*<sup>55</sup> (negritas adicionales).

- Testimonio del médico Hernando Navas Ángel, en el cual manifestó:

*“La edad de la paciente cualquiera que esta sea, no se relaciona con complicaciones pos operatorias como la que sufrió la señora Gloria Esperanza, esta complicación que según lo que me informó la señora Gloria consiste en un proceso infeccioso grave en el órgano uterino, puede presentarse en pacientes de cualquier edad, el riesgo es mínimo dependiendo de las condiciones en que se realice el parto o la operación de cesárea. (...). Ese riesgo de infección post parto o post operatorio puede ser previsible si en los controles prenatales se establece la existencia de un proceso infeccioso en el organismo de la paciente, especialmente si ese proceso afecta los órganos de reproducción femeninos (...). **De acuerdo con los datos consignados por mí en la historia clínica no hay antecedentes de ninguna clase de infección en el organismo de la señora Gloria Esperanza Cortés Rodríguez, que pudiera relacionarse con el proceso séptico que ella sufrió, dados los antecedentes el proceso infeccioso pudo haberse iniciado durante la cesárea o inmediatamente después**”*<sup>56</sup> (se deja resaltado).

- Copia auténtica de un examen físico practicado el 5 de febrero de 2003 a la señora Gloria Esperanza Cortés Rodríguez por un médico ginecoobstetra forense perteneciente al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Bogotá, en dicho documento se concluyó lo siguiente:

*“Con base en el examen ginecológico, la historia clínica citada en el dictamen mencionado, señora de 37 años con ausencia quirúrgica de útero por complicación infecciosa en el postparto por cesárea de noviembre de 1994. **Es importante recalcar que la sepsis ginecológica es una de las complicaciones que se pueden presentar en un parto vaginal o por cesárea. En este caso el tratamiento médico quirúrgico fue el adecuado.***

*Con base en lo anotado no hay elementos de juicio para fijar incapacidad médico legal”*<sup>57</sup> (negritas adicionales).

## **2.5.- 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)<sup>58</sup>, padecida por la señora Gloria Esperanza Cortés Rodríguez, constituye una grave lesión a su integridad, que supone, *per se*,

---

<sup>55</sup> Fls. 166 a 175 C. 2.

<sup>56</sup> Fls. 263 a 268 2.

<sup>57</sup> Fls. 154 a 154 C. 4.

<sup>58</sup> 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 agosto 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 demandada 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 día 22 de noviembre de 1994 la señora Gloria Esperanza Cortés Rodríguez tuvo un alumbramiento normal y la paciente dio a luz a un recién nacido de sexo masculino en buenas condiciones; no obstante dos días después de habersele dado de alta -26 de noviembre-, la paciente acudió nuevamente a la Clínica Federman por presentar vómito, diarrea y presencia de material purulento en la vagina, motivo por el cual a la paciente se le debió empezar tratamiento con antibióticos y controles localizados, 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 Federman 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; además, según el testimonio de uno de los médicos que atendió a la paciente *“no hay antecedentes de ninguna clase de infección en el organismo de la señora Gloria Esperanza Cortés Rodríguez que pudiera relacionarse con el proceso séptico que ella sufrió”*, a lo cual se agregó que *“el proceso infeccioso pudo haberse iniciado durante la cesárea o inmediatamente después”*.

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 Gloria Esperanza Cortés Rodríguez -con las consecuencias ya conocidas-, fue adquirida luego de que se le realizara una atención de parto el 22 de noviembre de 1994, en las instalaciones de la Clínica Federman 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 CAJANAL.

Agréguese a lo anterior que aun cuando la Clínica Federman 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. (...)”<sup>59</sup>.*

*“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*

---

<sup>59</sup> Corte Constitucional. S- 179/93, Sentencia de 7 de mayo de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

*derechos fundamentales prevalentes consagrados en el inciso 1º del artículo 44 de la Carta vigente*<sup>60</sup>

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 aquél 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, 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."*(Negritas 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 Gloria Esperanza Cortés Rodríguez, 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, puesto que tal y como quedó establecido, la infección sufrida por la señora Gloria Esperanza Cortés Ramírez -que ocasionó finalmente la necesidad de practicarle una histerectomía total-, fue adquirida en el momento del alumbramiento, en las instalaciones de la Clínica Federman 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

---

<sup>60</sup> Corte Constitucional. S- 179/93, Sentencia de 7 de mayo de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

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 revocará la sentencia apelada, esto es la proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, el 4 de febrero de 2004 y, en consecuencia, se procederá a estudiar la indemnización de perjuicios deprecada en la demanda.

## **2.6. Indemnización de perjuicios.**

### **2.6.1.- Perjuicios morales.**

Acerca de los daños causados por las lesiones que sufre una persona, resulta necesario precisar que si bien éstas pueden dar lugar a la indemnización de perjuicios morales, su tasación dependerá, en gran medida, de la gravedad y entidad de las mismas, pues hay situaciones en las cuales éstas –las lesiones sufridas-, son de tal magnitud que su ocurrencia alcanza a tener una entidad suficiente para alterar el curso normal de la vida o de las labores cotidianas de una persona, por manera que la cuantificación de los perjuicios morales que se causen en virtud de unas lesiones personales, se definirá en cada caso por el juez, en proporción al daño sufrido y a las circunstancias particulares de las causas y consecuencias de la lesión.

Así pues, es lo común, lo esperable y comprensible, que los seres humanos sientan tristeza, depresión, angustia, miedo y otras afecciones cuando ven disminuidas su salud y sus facultades físicas, especialmente cuando la lesión sufrida es de tal entidad que puede poner en riesgo la vida de una persona, tal y como ocurrió en el *sub lite*, pues que de conformidad con lo probado en el proceso se tiene que con ocasión de la infección contraída en la Clínica Federman por la señora Gloria Esperanza Cortés Rodríguez, hubo la necesidad de tener que extirpar su órgano de reproducción -histerectomía-, lesión o pérdida anatómica que devino en su imposibilidad de volver a tener la oportunidad de procrear, función ésta que es propia de la condición humana.

Igualmente, resulta claro que la tasación de este perjuicio, de carácter extrapatrimonial, dada su especial naturaleza, no puede ser sino compensatoria, por lo cual, corresponde al juzgador, quien con fundamento en su prudente juicio debe establecer, en la situación concreta, el valor que corresponda, para lo cual debe tener en cuenta las circunstancias, la naturaleza, la gravedad de las lesiones sufridas y sus secuelas, de conformidad con lo que se encuentre demostrado en el proceso.

Ha entendido la Sección que en casos de lesiones corporales, sin importar que estas sean graves o leves, es procedente el reconocimiento del perjuicio moral para las personas directamente afectadas, razón por la cual la Sala tasará la indemnización del perjuicio moral teniendo en cuenta la gravedad de las lesiones y las especiales circunstancias en las cuales se produjo dicha lesión, de conformidad con los parámetros que la propia Sala decidió fijar teniendo como fundamento el dolor o padecimiento que las lesiones causan tanto a la víctima directa, como a familiares y demás personas allegadas<sup>61</sup>.

Para tal efecto, esta Sección del Consejo de Estado ha fijado **como referente** en la liquidación del perjuicio moral, en los eventos de lesiones, la valoración de la gravedad o levedad de la lesión reportada por la víctima. Su manejo se ha dividido en seis (6) rangos:

GRAFICO No. 2					
REPARACION DEL DAÑO MORAL EN CASO DE LESIONES					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
<b>GRAVEDAD DE LA LESIÓN</b>	Víctima directa y relaciones afectivas conyugales y paterno-filiales	relación afectiva del 2º de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3º de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4º de consanguinidad o civil.	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
	<b>SMLMV</b>	<b>SMLMV</b>	<b>SMLMV</b>	<b>SMLMV</b>	<b>SMLMV</b>
Igual o superior al 50%	100	50	35	25	15
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80	40	28	20	12
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60	30	21	15	9
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40	20	14	10	6
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20	10	7	5	3
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10	5	3,5	2,5	1,5

<sup>61</sup> Referentes para la reparación de perjuicios inmateriales que fueron discutidos y aprobados por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, según consta en acta del 28 de julio de 2014.

Asimismo se ha indicado que deberá verificarse la gravedad o levedad de la lesión causada a la víctima directa, la que determinará el monto indemnizatorio en salarios mínimos. Para las víctimas indirectas se asignará un porcentaje de acuerdo con el nivel de relación en que éstas se hallen respecto del lesionado, conforme al cuadro y la gravedad o levedad de la lesión y los correspondientes niveles se determinarán y motivarán de conformidad con lo probado en el proceso.

No obstante todo lo anterior, debe precisarse que si bien la Sala fijó tales parámetros lo cierto es que la aplicación de los mismos depende en gran medida de las pruebas con las cuales cuente el proceso respecto de la lesión misma, así como respecto de la prueba de las especiales circunstancias en las cuales se produjo la lesión.

Descendiendo los anteriores referentes al presente caso concreto y comoquiera que de conformidad con lo probado en el proceso se tiene que con ocasión de la histerectomía que le fue realizada a la señora Gloria Esperanza Cortés Rodríguez sufrió una grave pérdida anatómica, todo lo cual, como resulta apenas natural, causó una aflicción que debe ser indemnizada y, en consecuencia, se ordenará el pago de **60 SMLMV** para Gloria Esperanza Cortés Rodríguez, para su esposo el señor Pablo Enrique Álvarez Pinzón y sus hijos Pablo Andrés y Julián Camilo Álvarez Cortés, ello en virtud de que la aflicción que deviene de la referida pérdida anatómica repercute directamente, tanto en la directamente afectada, como en los miembros de su familia, toda vez que se vieron imposibilitados de procrear más hijos y contar con más hermanos.

Lo anterior en virtud de que a pesar de que no se tiene certeza en este caso del porcentaje de invalidez o de la incapacidad médico legal definitiva, lo cierto es que para la Sala si se probó el daño que fundamentó la presente acción y, en consecuencia, -según se indicó-, es lo común, lo esperable y comprensible, que los seres humanos sientan tristeza, depresión, angustia, miedo y otras afecciones cuando ve disminuida su capacidad para procrear, más aun en tratándose de una infección adquirida en un centro hospitalario que puso en riesgo su vida.

### **2.6.2. Indemnización por daño a la Salud.**

Por concepto de perjuicios fisiológicos, se solicitó en la demanda que se reconociera a favor de la víctima directa, señora Gloria Esperanza Cortés Rodríguez *“la suma que resultara probada en el proceso”*.

De conformidad con la posición jurisprudencial adoptada por la Sección Tercera de la Corporación, cuando el daño antijurídico radica en una afectación psicofísica de la persona, esta debe ser indemnizada bajo el concepto del daño a la salud, entendido este como categoría autónoma de perjuicio. Al respecto así dijo la Sala<sup>62</sup>.

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

*“i) los materiales de daño emergente y lucro cesante;*

*“ii) y los inmateriales, correspondientes al moral y a la salud o fisiológico, el primero tendiente a compensar la aflicción o padecimiento desencadenado por el daño, mientras que el último encaminado a resarcir la pérdida o alteración anatómica o funcional del derecho a la salud y a la integridad corporal”<sup>63</sup>.*

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

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

*“...Así las cosas, el daño a la salud posibilita su reparación considerado en sí mismo, sin concentrarse de manera exclusiva y principal en las manifestaciones*

---

<sup>62</sup> Sentencia de unificación del 14 de septiembre de 2011, Exp. 19031, proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. M.P. Enrique Gil Botero.

<sup>63</sup> “Se está en presencia de un nuevo sistema clasificatorio del daño que acepta la existencia de tres modalidades del mismo: los patrimoniales, los morales y el biológico. Diferenciándose el biológico en cuanto al moral en la medida en que el primero es la lesión en sí misma considerada, y otra diferente, son los sufrimientos, el dolor y los afectos que de dicha lesión se pueden derivar, lo que constituiría el efecto o daño moral; sin embargo, ambos hacen parte del daño no patrimonial, esto es, no susceptible de contenido económico.” GIL Botero, Enrique “Daño Corporal – Daño Biológico – Daño a la vida de relación”, pág. 10.

*externas, relacionales o sociales que desencadene, circunstancia por la cual este daño, se itera, gana concreción y objetividad en donde las categorías abiertas la pierden y, por lo tanto, permite garantizar los principios constitucionales de dignidad humana y de igualdad material”.*

En cuanto a la forma de tasar la indemnización de dicho perjuicio, la Sala acogió que éste consta de un componente objetivo, en el cual se revisa la magnitud de la lesión y otro subjetivo, encaminado al análisis de las consecuencias que dicho menoscabo causa en cada individuo. Así lo explicó la Sala en aquella oportunidad:

*“De allí que no sea procedente indemnizar de forma individual cada afectación corporal o social que se deriva del daño a la salud, como lo hizo el tribunal de primera instancia, sino que el daño a la salud se repara con base en dos componentes: i) uno objetivo determinado con base en el porcentaje de invalidez decretado y ii) uno subjetivo, que permitirá incrementar en una determinada proporción el primer valor, de conformidad con las consecuencias particulares y específicas de cada persona lesionada.*

*“Así las cosas, el daño a la salud permite estructurar un criterio de resarcimiento fundamentado en bases de igualdad y objetividad, de tal forma que se satisfaga la máxima “a igual daño, igual indemnización”<sup>64</sup>.*

Así las cosas, la valoración probatoria que debe hacer el juez para acceder al reconocimiento de los perjuicios morales no puede entenderse en forma alguna como una simple verificación de la relación de parentesco de los demandantes, sino que es deber del fallador hacer acopio de todos los elementos probatorios obrantes de manera que verifique la existencia de criterios o referentes objetivos para su cuantificación tales como: *“las características mismas del daño, su gravedad y extensión, el grado de afectación en el caso a cada persona, vale decir, el conjunto de elementos o circunstancias de hecho que enmarcan la situación del demandante afectado, para, por vía del análisis de conjunto, debidamente razonado, llegar a concretar un monto indemnizatorio determinado”<sup>65</sup>.*

Para estos efectos, de acuerdo con el caso, se considerarán las siguientes variables:

---

<sup>64</sup> “En el histórico fallo 184 de 1986 la Corte Constitucional italiana afirmó que el criterio de liquidación que debe adoptarse para el resarcimiento del daño biológico “debe, de un lado, responder a una uniformidad pecuniaria de base (el mismo tipo de lesión no puede valorarse de manera diferente para cada sujeto) y, de otro, debe ser suficientemente elástico y flexible para adecuar la liquidación del caso concreto a la incidencia efectiva de la lesión sobre las actividades de la vida cotidiana, por medio de las cuales se manifiesta concretamente la eficiencia sicofísica del sujeto perjudicado.” ROZO Sordini, Paolo “El daño biológico”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pág. 209 y 210.

<sup>65</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 23 de agosto de 2012. Exp 24392.

- La pérdida o anormalidad de la estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica (temporal o permanente).
- La anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura corporal o mental.
- La exteriorización de un estado patológico que refleje perturbaciones al nivel de un órgano.
- La reversibilidad o irreversibilidad de la patología.
- La restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria.
- Excesos en el desempeño y comportamiento dentro de una actividad normal o rutinaria.
- Las limitaciones o impedimentos para el desempeño de un rol determinado.
- Los factores sociales, culturales u ocupacionales.
- La edad.
- El sexo.
- Las demás que se acrediten dentro del proceso<sup>66</sup>.

Para la reparación del daño a la salud se reiteran los criterios contenidos en las sentencias de unificación del 14 de septiembre de 2011, exps. 19031 y 38222, proferidas por esta misma Sala, en el sentido de que la regla en materia indemnizatoria, es de 10 a 100 SMMLV, sin embargo en casos de extrema gravedad y excepcionales se podrá aumentar hasta 400 SMMLV, siempre que esté debidamente motivado<sup>67</sup>.

Lo anterior, en ejercicio del *arbitrio iudice*, para lo cual se tendrá en cuenta la gravedad y naturaleza de la lesión padecida, para tal efecto se utilizará –a modo de parangón– los siguientes parámetros o baremos<sup>68</sup>:

<b>GRAVEDAD DE LA LESIÓN</b>	<b>Víctima</b>
Igual o superior al 50%	100 SMMLV
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80 SMMLV

<sup>66</sup> Referentes para la reparación de perjuicios inmateriales que fueron discutidos y aprobados por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, según consta en acta del 28 de julio de 2014.

<sup>67</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, exp. 31172, M.P. Olga Mélida Valle de De la Hoz.

<sup>68</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencias de unificación del 28 de agosto de 2014, Expedientes 31172 y 31170, con ponencia de los Doctores Olga Mélida Valle de De la Hoz y Enrique Gil Botero, respectivamente.

Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60 SMMLV
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40 SMMLV
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20 SMMLV
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10 SMMLV

Ahora bien, para el caso *sub examine*, si bien no se cuenta con el porcentaje exacto de la pérdida de capacidad laboral de la señora Gloria Esperanza Cortés Rodríguez, lo cierto es que teniendo en cuenta la magnitud de la lesión sufrida y su repercusión en su actividad reproductiva, dado que sufrió una pérdida anatómica -histerectomía-, la Sala, como ya en otras oportunidades lo ha hecho<sup>69</sup>, acudirá al criterio de la equidad como principio que el ordenamiento jurídico —artículo 16 de la Ley 446 de 1998<sup>70</sup>— impone tener en cuenta para efectos de reparar de forma integral el daño causado por la acción o la omisión de las autoridades públicas, a cuyo auxilio debe acudir, además, por virtud del denominado principio *pro damnato*, propio del derecho de daños y que sin duda ha de hacer sentir su vigor en escenarios como el del presente caso, en el cual se encuentran acreditados todos los elementos necesarios para imponer al Estado la obligación de reparar el daño antijurídico que causó, pero resulta altamente improbable —por no decir que materialmente imposible— recaudar elementos demostrativos que permitan cuantificar de forma técnica, con apoyo en elementos matemáticos y/o estadísticos, el monto del perjuicio a indemnizar.

Establecido lo anterior, procede la Sala, como ya se señaló, con base en la equidad a reconocer la suma de **100 SMLMV** para la señora Gloria Esperanza Cortés Rodríguez.

### 2.6.3.- Perjuicios materiales.

- *Daño emergente.*

<sup>69</sup> Al respecto, ver, entre otras, las siguientes providencias: sentencia de 11 de agosto de 2010, Exp. 18.593, sentencia de 25 de agosto de 2011, Exp. 19.718; sentencia de 7 de julio de 2011, Exp. No. 20.139, sentencia del 21 de marzo de 2012, Exp. No. 22.017.

<sup>70</sup> Precepto cuyo tenor literal es el siguiente: “Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”.

Respecto de tales perjuicios, se solicitó en la demanda que se condenara a la demandada al pago de la suma que resultara de aplicar las fórmulas utilizadas por el Consejo de Estado para calcular la renta o, subsidiariamente, la cantidad equivalente en pesos a 4.000 gramos de oro.

Sobre el particular advierte la Sala que, revisado el material probatorio allegado al expediente, se observa que no se aportó elemento probatorio alguno -recibos de pago, facturas, etc.- que acrediten la causación de tales perjuicios, razón por la cual se denegará el pedimento que con ello se relaciona.

- *Lucro cesante.*

Sobre el la aspiración resarcitoria que por ese concepto ha sido planteada, ha de decir la Sala que, en el presente asunto no existe constancia respecto de la incapacidad médico laboral dictaminada a la señora Cortés Rodríguez como resultado de la referida pérdida anatómica -histerectomía-. En efecto, según la valoración realizada a la referida persona por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Bogotá D.C., se concluyó que “*no hay elementos de juicio para fijar incapacidad médico legal*”; no obstante, de conformidad con la historia clínica de la paciente, se tiene que la señora Gloria Cortés Rodríguez luego de que se le hubiera dado de alta por el trabajo de parto el 24 de noviembre de 1994, acudió nuevamente el día 26 de noviembre de ese mismo mes y año a la Clínica Federman por presentar la infección en el útero, lo cual posteriormente devino en la histerectomía que le fue practicada, y se le dio da alta finalmente el día 29 de diciembre siguiente.

Así las cosas, resulta procedente la indemnización de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante por la incapacidad que resultó como consecuencia de la hospitalización de la paciente entre los días 26 de noviembre al 29 de diciembre de 1994.

Ahora bien, en cuanto al monto de la indemnización, se tiene que revisado el material probatorio allegado al expediente, se observa que a folio 3 del cuaderno 3 obra una certificación expedida el 9 de agosto de 1995 por el Juez Penal Municipal de Chocontá (Cundinamarca), en la cual se hizo constar que la señora Gloria Esperanza Cortés Rodríguez para el momento de los hechos del presente

caso se desempeñaba como “*escribiente grado 4° de este juzgado y lo ha ocupado desde el día 9 de febrero de 1988*”.

No obstante lo anterior, no se puede tener por acreditado el monto que la referida persona recibía mensualmente como producto de esa actividad, razón por la cual se acudirá a la presunción de que toda persona en edad productiva devenga por lo menos el salario mínimo legal mensual para su propio sustento, el cual, para la época de los hechos -1994-, equivalía a \$ 98.700,00.

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

Ingresos de la víctima al momento de su lesión: \$ 98.700.

Período consolidado: 33 días.

Actualización de la base:

$$\bullet \text{ RA} = \text{VH} \frac{\text{Ind. final – julio de 2014 (117,329)}}{\text{Ind. Inicial – noviembre de 1995 (25,762)}}$$

RA = \$ 449.513, que por ser inferior al salario mínimo legal mensual que rige para el año 2014 (\$ 616.000), se tomará éste último para la liquidación. Adicionalmente, el mismo será adicionado en un 25% por concepto de prestaciones sociales (\$ 770.000), obteniéndose \$ 25.666 diarios y, comoquiera que los días a reconocer son 33, el monto total de la indemnización asciende a \$ 847.000.

**2.7.- Sobre la obligación de la llamada en garantía.**

Según se acreditó en el proceso, la paciente fue atendida en la Clínica Federman de Bogotá D.C., la cual contrató los servicios médicos de la sociedad Castillo y Asociados S.A., y esta última, a su vez, celebró el contrato No. 1482 de 1993 sobre prestación de servicios integrales de salud con CAJANAL.

De otra parte, en el referido contrato las partes acordaron en la cláusula tercera que “... *el contratista responderá por los daños que se causen a los usuarios por razón de la prestación de los servicios médicos a que se obliga por este*

*contrato*<sup>71</sup>.

Así las cosas, la mencionada sociedad llamada en garantía -Castillo y Asociados S.A.-, deberá reintegrar, hasta el 100 %, las sumas de dinero que CAJANAL deba pagar como consecuencia de las condenas que aquí se imponen, derivadas de las lesiones ocasionadas a la señora Gloria Esperanza Cortés Rodríguez.

## **2.8.- 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: REVOCAR** la sentencia apelada, esto es la proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B el 4 de febrero de 2004.

**SEGUNDO: DECLARAR** a CAJANAL administrativa y patrimonialmente responsable por los perjuicios causados a la parte demandante con ocasión de las lesiones personales sufridas por la señora Gloria Esperanza Cortés Rodríguez, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO:** Como consecuencia de la anterior declaración, **CONDENAR** a CAJANAL, a pagar las siguientes sumas:

**3.1.** Por concepto de indemnización de perjuicios morales para Gloria Esperanza Cortés Rodríguez, Pablo Enrique Álvarez Pinzón, Pablo Andrés y Julián Camilo

---

<sup>71</sup> Fl. 14 a 15 C. 3.

Álvarez Cortés la suma de sesenta (60) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de ellos.

**3.2.** Por concepto de daño a la salud, para la señora Gloria Esperanza Cortés Rodríguez, la suma de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes;

**3.3.** Por concepto de lucro cesante para la señora Gloria Esperanza Cortés Rodríguez la suma de ochocientos cuarenta y siete mil pesos \$ 847.000.

**CUARTO:** La sociedad Castillo y Asociados S.A. deberá reintegrar a CAJANAL lo pagado por ésta con ocasión de la presente condena, de conformidad con la cláusula tercera del contrato No. 1482 de 1993 celebrado entre tales entidades.

**QUINTO:** Las condenas se cumplirán en los términos de los Arts. 176 a 178 del C.C.A.

**SEXTO:** Sin condena en costas.

**SÉPTIMO:** 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, Y CÚMPLASE**

**HERNÁN ANDRADE RINCÓN    CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**