

**DAÑO - Pérdida de ojo izquierdo de paciente por infección nosocomial.
Bacteria estafilococo aureus**

[L]a Sala encuentra demostrado el daño invocado por la parte actora, consistente en la pérdida del ojo izquierdo de Jesús Antonio Cortés, como consecuencia de la infección ocular adquirida con motivo de la cirugía de extracción extracapsular de catarata más implante de lente de cámara anterior realizada en el Hospital Militar Central. (...) En cuanto a las circunstancias que rodearon la producción del daño en el caso concreto, en el expediente obran dos pruebas que indican cuál fue la bacteria que causó la infección al paciente. De una parte, el concepto técnico científico de la Dirección de Desarrollo de Servicios de Salud de Bogotá, afirma que la infección fue causada por la bacteria estafilococo aureus, que es de carácter nosocomial. Para tal efecto se basa en la información levantada mediante el acta 004 de diciembre 17 de 2001 (párr. 12.5). De otra parte, la resolución 52 del 16 de marzo del 2004 proferida por la misma autoridad, dice que la bacteria que ocasionó la infección fue el streptococo viridans, que según se afirma en el informe, se encuentra en cualquier organismo, y el resumen de la historia clínica aportado por la parte demandada menciona esta última bacteria. Sin embargo en la historia clínica no aparece anotación alguna donde se consigne el nombre de la bacteria.

INFECCION NOSOCOMIAL - Ausencia de prueba directa. Importancia de la prueba indiciaria

Si bien no existe una prueba directa de que la bacteria fue adquirida en el establecimiento hospitalario, sí existen indicios que corroboran esta hipótesis. En primer lugar, está demostrado que antes de que la bacteria fuera detectada en su organismo, el paciente fue sometido a una cirugía en el Hospital Militar Central. En segundo lugar, está demostrado que al paciente, una vez diagnosticada la infección ocular, le suministraron varias clases diferentes de antibióticos en cantidades considerables sin lograr respuesta positiva al tratamiento, lo que se conoce como multi-resistencia de la bacteria a la antibiótico-terapia. En tercer lugar, se encuentra acreditado que otro paciente operado el mismo día en la misma sala de cirugía adquirió la misma infección que el demandante. En cuarto lugar, está demostrado que el Hospital Militar se abstuvo de entregar documentos solicitados por la autoridad distrital con motivo del primer concepto técnico proferido y en cambio sí entregó tardíamente, ya para la decisión definitiva, documentos como la nota quirúrgica del paciente Jesús Antonio Cortés Cortés. En quinto lugar, es evidente la contradicción de los informes técnicos de la misma autoridad, primero diciendo que se trataba de la bacteria estafilococo aureus – nosocomial- y posteriormente cambiando de patógeno sin fundamentación en una prueba científica; y finalmente, en sexto lugar, está acreditado que en el año 2001 (año en que se realizó la cirugía) se percibió un aumento en el número de infecciones adquiridas en las salas de cirugía del hospital demandado (...) existiendo prueba indiciaria de que el paciente contrajo la infección en el Hospital Militar Central, cabe concluir que el daño padecido por él encuentra su origen en la intervención quirúrgica que allí fue practicada, esto es, que el germen que colonizó el ojo del paciente resultó ser de origen exógeno.

**INFECCION NOSOCOMIAL - Origen exógeno: Contagio del paciente /
INFECCION NOSOCOMIAL - Origen endógeno: Paciente ya contagiado**

[E]s importante resaltar la diferencia existente entre dos supuestos de hecho como son: 1) el caso en el que el paciente adquiere la bacteria causante de la infección en el hospital o clínica en donde está siendo atendido por otro asunto de salud, lo

que se conoce como origen exógeno de la infección y 2) el caso en el que el paciente traía consigo la bacteria que generó la afectación, pero como consecuencia de la intervención quirúrgica o procedimiento invasivo – circunstancia que puede romper las barreras naturales de defensa de los organismos vivos-, se desató la infección causante del daño (translocación bacteriana), lo que se conoce como infección de origen endógeno.

INFECCION NOSOCOMIAL - Bacterias hospitalarias multirresistentes / DAÑO OCASIONADO POR BACTERIAS HOSPITALARIAS - Régimen aplicable objetivo por riesgo excepcional o subjetivo por falla del servicio

Las bacterias hospitalarias que generan daños en los pacientes y que son relevantes para el análisis de la responsabilidad, son las llamadas multirresistentes y resulta imposible erradicarlas totalmente de los hospitales. Si bien la falta de asepsia es un factor que puede facilitar la existencia de tales bacterias hospitalarias, la ciencia médica informa que aún en las condiciones más óptimas de higiene es posible hallarlas. Por esta razón, pueden ocurrir eventualidades en las que se presenta un caso de infección de origen intrahospitalario, no obstante la entidad de salud haber cumplido los protocolos de higiene. (...) Teniendo en cuenta lo anterior, la jurisprudencia colombiana ha dado un tratamiento diferente al daño causado por las mismas. Así, en algunos casos ha encontrado responsable al Estado por falla del servicio y en otros por riesgo excepcional. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre el tema consultar sentencias de febrero 21 de 2011, exp. 19125 y de 29 de agosto de 2013, exp. 30283

DAÑO OCASIONADO POR INFECCION NOSOCOMIAL - Aplicación de la teoría de la falla presunta

[L]a jurisprudencia del Consejo de Estado admitió en una época la teoría de la falla presunta. En efecto, existen algunas pocas decisiones en las cuales esta Corporación declaró que en los casos en los cuales se discute la responsabilidad de la administración derivada de infecciones intrahospitalarias, la entidad demandada tenía la carga de demostrar que el daño no ocurrió por su falta de diligencia. (...)el criterio de la falla presunta, si bien fue utilizado por el Consejo de Estado para analizar los casos de responsabilidad médica –no solamente aquellos derivados de infecciones intrahospitalarias–, fue posteriormente abandonado con fundamento en que no todos los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente tienen implicaciones técnicas o científicas, de manera que no siempre es razonable exigirles que demuestren que el servicio fue prestado adecuadamente para poder exonerarse de responsabilidad, **NOTA DE RELATORIA:** Al respecto consultar sentencias de: 22 de octubre de 1997, exp. 11607; 6 de noviembre de 1997, exp, 11782; 10 de febrero de 2000, exp. 11878 y de 8 de febrero de 2001, exp. 12792

INFECCION NOSOCOMIAL - Importancia de la prueba indiciaria / INFECCION NOSOCOMIAL - Aplicación de la teoría de la falla del servicio

Actualmente, la jurisprudencia aplica la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, esto es, el daño, la actividad médica y el nexo de causalidad entre ésta y aquel, sin perjuicio de que para la demostración de este último elemento las partes puedan valerse de todos los medios de prueba legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria (...). La parte actora entonces tenía a su cargo la demostración de la falla del servicio alegada en la demanda, toda vez que allí se afirma que la infección fue

consecuencia de una falta en el cumplimiento de los deberes de higiene y asepsia a cargo de la demandada. Sin embargo, no se demostró en el plenario tal defecto, pues para fundamentar los cargos la demandante se basó en el primer concepto emitido por la autoridad distrital de salud y en el testimonio de otro paciente operado e infectado el mismo día, quien afirmó haber visto moscas en la sala de cirugía y avisado a la enfermera, persona que a su vez restó importancia a la queja. (...) de llegarse a comprobar que no se cumplieron los protocolos de higiene de la sala de cirugía, no podría imputarse responsabilidad al Hospital Militar Central con fundamento en el régimen de falla del servicio pues no existe evidencia científica que corrobore que ello fue la causa de la infección bacteriana que afectó al demandante. Así se resolvió en el citado caso resuelto el 29 de agosto de 2013. (...) En estas condiciones, no es posible afirmar que el daño le resulta atribuible a la entidad a título de falla del servicio pues no está demostrado que la afectación del estado de salud del paciente sea consecuencia del desconocimiento de alguno de los deberes a cargo de la entidad en materia de higiene y limpieza para la prevención de infecciones nosocomiales. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre el tema consultar sentencias de: 31 de agosto de 2006, exp. 15772; 3 de octubre de 2007, exp. 16402; 30 de julio de 2008, exp. 15726; 21 de febrero de 2011, exp. 22424; 28 de septiembre de 2012, exp. 22424 y de 29 de agosto de 2013

INFECCIONES NOSOCOMIALES - Responsabilidad sin culpa. Derecho comparado

Francia ha establecido en su legislación un sistema de responsabilidad sin culpa que opera en los casos de infecciones nosocomiales y que descansa sobre tres pilares fundamentales: “el riesgo (las infecciones nosocomiales existen y cualquiera puede padecerlas), la igualdad (todas las personas son iguales y por ello todas tienen derecho a estar protegidas de igual forma) y la solidaridad (pese a que no se enfermarán todos, todos debemos hacernos cargo porque podría dañar a cualquiera)”. En el marco de este sistema, los establecimientos y profesionales de la salud, sean de carácter público o privado, responden por los daños resultantes de infecciones hospitalarias, salvo si ellos logran demostrar que la infección fue causada por un factor ajeno al servicio sanitario. (...) En Argentina, al lado de quienes consideran que las infecciones intrahospitalarias comportan la concreción de un riesgo propio de la actividad asistencial, 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 (...)”. (...) 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. El criterio aplicado en estos casos ha sido el de presunción de culpa, que encuentra sustento legal en el artículo 2329 del Código Civil. No obstante, esta postura ha sido criticada por un sector de la doctrina, que considera que es el daño y no la culpa 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”. (...) En España existe la Ley General de Consumidores y Usuarios, que establece en su artículo 28 un sistema de

responsabilidad objetiva que se extiende a los usuarios de los servicios de sanidad. Se destaca también que, por ley, todas las instituciones sanitarias, públicas y privadas están cubiertas por un seguro obligatorio de responsabilidad sanitaria. (...) En nuestro país, el marco teórico de la responsabilidad aplicable a los casos de infecciones nosocomiales o intrahospitalarias, ha sido poco desarrollado por la jurisprudencia. No obstante, existen algunos escasos pronunciamientos de esta Corporación en los que el tema ha sido mencionado para efectos de señalar que los daños derivados de este tipo de infecciones no pueden ser considerados como “eventos adversos”, asociados al incumplimiento de la obligación de seguridad y vigilancia jurídicamente exigible a las instituciones prestadoras de servicios de salud, sino que deben ser analizados desde un régimen objetivo de responsabilidad (...) En suma, el caso que ahora se resuelve toma como precedente la sentencia de agosto 29 de 2013, que se reitera en la presente ocasión y a la cual se le agregan en esta oportunidad razones dogmáticas, normativas, científicas y filosóficas que sirven para fortalecer lo afirmado entonces, acoger bajo la misma doctrina el caso sub examine y responder a algunos interrogantes que la comunidad interesada ha planteado.

INFECCIONES NOSOCOMIALES - Responsabilidad apoyada en la teoría del riesgo alea / IMPORTANCIA DE LA PRUEBA INDICIARIA

La responsabilidad por infecciones intrahospitalarias en efecto se encuentra apoyada por la teoría del riesgo en la modalidad de riesgo alea. Como se sabe, en esta teoría el que lo crea se le tiene por responsable o como lo dijo nuestra Corte Suprema de Justicia, “el deber de reparar el daño dimana de la idea de que quien ejecuta una actividad generadora de riesgo tiene que responder de las consecuencias de su realización independientemente o abstracción hecha de la consideración de culpa”. La teoría corresponde a la idea de que en la sociedad del riesgo, los remedios a los daños causados a las víctimas tienen un fundamento más allá de la culpa del agente y presentan variables que van desde los seguros, la seguridad social y la adjudicación judicial, tal como se indicó en el fallo de agosto 29/2013. Ello no ha sido obstáculo para que sectores de la doctrina aún continúen considerando la responsabilidad sin culpa como “un ideal legislativo”. (...) Cuando se habla de atribución de responsabilidad por riesgo, son variados los eventos del mismo: riesgo-peligro, riesgo-beneficio, riesgo-conflicto y riesgo-alea. Esta última categoría ha sido entendida como aquella en la que la actividad desarrollada por el Estado causa un daño mediado por el azar. En la mencionada providencia se consideró que en este título se puede incluir el caso de las infecciones intrahospitalarias. En efecto, si el ejercicio de la medicina comporta en muchos casos actividades riesgosas –que no peligrosas- y muchos usuarios se encuentran expuestos a contraer tales infecciones –pero no todos ellos son necesariamente víctimas-, se está ante una situación típica del riesgo-alea que al realizarse, puede generar responsabilidad. (...) la prueba del daño causado por una IACS corre por cuenta del demandante. Y sin perjuicio de que el caso pueda ser estudiado a la luz de la falla del servicio –por falta de asepsia por ejemplo-, la responsabilidad objetiva en este caso exige demostrar que el causante del daño fue una bacteria multirresistente que se hallaba dentro del hospital, para lo cual vale todo tipo de pruebas idóneas: peritajes, documentos e indicios tales como la demostración de que el daño fue producido por una bacteria típicamente intrahospitalaria –v.g. el estafilococo aureus-, o luego de un determinado plazo de estadía en el hospital. (...) Para tal efecto resulta relevante atender a la prueba indiciaria que permita establecer si el daño es la materialización del riesgo alea en el contexto de la prestación del servicio médico o si lo que se evidencia es una causa externa generadora del daño. Si la bacteria original tiene la característica de ser multi-resistente, esta circunstancia puede ser considerada como indicio grave

de que fue adquirida en el ambiente hospitalario. El mismo efecto tiene la comprobación del incumplimiento de protocolos de esterilización y la falta de mantenimiento de la planta física en estrictas y máximas condiciones de aseo.

INFECCIONES NOSOCOMIALES - Aplicación de régimen objetivo de responsabilidad. Presupuestos

[P]ara dar aplicación al régimen objetivo de responsabilidad por daños derivados de la adquisición de una bacteria nosocomial, deberá constatarse que el daño: a) tuvo su origen en una infección de origen exógeno al paciente, b) fue ocasionado por una bacteria multirresistente y c) por tanto, resultó inevitable para la institución la producción del mismo –porque de haber sido evitable se trataría eventualmente de una falla el servicio-, esto es, la constatación de que se ha concretado el riesgo aleatorio al que están sometidos los usuarios del sistema de salud y que en términos de distribución de cargas resultaría excesivo imponerla al paciente.

INFECCIONES NOSOCOMIALES - Eximentes de responsabilidad

[R]especto de los eximentes de responsabilidad, es importante la diferenciación exógeno/endógeno, toda vez que la parte demandada puede exonerarse de responsabilidad cuando el origen del daño le fue ajeno, es decir, cuando la infección adquirida fue de origen endógeno del organismo del paciente. Sin embargo, esta situación no puede confundirse con aquella en la que el paciente no traía en su cuerpo el agente patógeno, sino que lo adquirió en el nosocomio, pero se aducen sus condiciones de particular vulnerabilidad para sustraer la responsabilidad de la institución de salud, pues en estos casos sí es aplicable el régimen de responsabilidad objetiva del que se ha hablado. Lo anterior, por cuanto las personas que acuden a los centros de salud, son en su mayoría niños o ancianos, o personas jóvenes pero que se encuentran en situación de enfermedad o anomalía en su salud, lo que per se les hace vulnerables a la adquisición de infecciones ocasionadas por aquellas bacterias que habitan en los hospitales, y que precisamente por habitar allí se han adaptado, convirtiéndose en multi-resistentes. Es por eso que en las unidades de cuidados intensivos y en general en las instalaciones de clínicas y hospitales deben extremarse las medidas de prevención de adquisición de infecciones de carácter nosocomial.

INFECCIONES NOSOCOMIALES - Razones normativas. Carácter riesgoso de ciertos aspectos del servicio de salud

Carácter riesgoso de ciertos aspectos del servicio de salud. La Sala reitera que la actividad médica no comporta una actividad peligrosa sino de riesgos en ciertas actividades asociadas a la prestación del servicio. (...) La salud es un servicio público a cargo del Estado, y es su obligación prestarlo con calidad, directamente o a través de particulares. El daño que se ocasione a las personas con ocasión de su prestación deviene en una responsabilidad estatal que puede generarse por una acción u omisión, como cuando el servicio es deficiente o inexistente; pero también cuando sin que exista falla alguna, hay un daño, que en todo caso no tiene por qué asumirlo el paciente. Como se ha visto, la doctrina y la jurisprudencia especializada en el tema hablan en tales casos de responsabilidad objetiva, una de cuyas formas de expresión es el riesgo. (...) El servicio de salud comporta riesgos típicos asociados, pero ellos no pueden convertirse en un limitante para el cumplimiento de la obligación de prestarlo. Es decir, por temor a la concreción de un riesgo propio de las intervenciones, no debe negarse la prestación del servicio o dejar de practicarse un procedimiento que busca mejorar la salud del paciente. Lo que debe hacerse es aumentar las medidas de prevención y hacer cada vez

más rigurosos los protocolos orientados a evitar contagios por bacterias intra-hospitalarias. (...) El azar que permea el ejercicio médico no puede servir de disculpa para no atender con responsabilidad y suficiencia una determinada patología, de tal manera que el servicio se debe prestar y el médico debe actuar en el escenario de riesgo que comporta su actividad. Cabe aclarar que la única posibilidad de que un médico responda patrimonialmente por un daño causado a un paciente es que se compruebe que actuó con dolo o culpa grave. Es decir, no siempre (de hecho casi nunca) que la institución médica es declarada responsable de un daño padecido por el paciente, se compromete la responsabilidad del personal médico. En conclusión, si el personal vinculado al servicio de salud actuó de forma correcta, siguiendo los protocolos a los que se encuentra obligado y en general obedeciendo la *lex artis*, no tiene por qué responder como llamado en garantía al proceso de reparación directa. (...) La Sala considera que nada obsta para hacer extensiva la categoría de riesgo-álea a los casos en los cuales el daño es consecuencia de una infección contraída en un centro asistencial como quiera que en todas estas situaciones el daño surge por la concreción de un riesgo que es conocido por la ciencia médica, pero que se torna irresistible en tanto su concreción depende, muchas veces, de la "ineludible mediación del azar".

INFECCIONES NOSOCOMIALES - Razones científicas

Para la Sala es claro que las bacterias que causan las infecciones asociadas al cuidado de la salud –IACS- no pueden erradicarse totalmente y por ello su prevención es solo parcialmente posible. Incluso algunos procedimientos muestran mayor exposición a la colonización bacteriana que otros. Así, las bacteriemias asociadas a catéteres urinarios o a tubos orotraqueales suelen tener una menor tasa de prevención que cualquiera otras. Si a ello se suman factores inexorables en la prestación del servicio de salud, como el sitio operatorio, la duración del procedimiento o la complejidad del acto operatorio, no cabe duda tanto del riesgo real asociado al servicio de salud, como de la imposibilidad de llevarlo a cero. (...) Pero es eso justamente lo que caracteriza el riesgo: ninguno es posible preverlo totalmente. Sin embargo, los remedios no pueden ser el abandono de la actividad o servicio o el planteamiento de alternativas falaces. La conducción de vehículos, por riesgosa que sea no debe plantear la parálisis del desplazamiento vehicular masivo, ni la defensa ciudadana la prohibición del uso oficial de armas. Mucho menos la parálisis de un servicio básico y vital como la salud, por la existencia de bacterias multirresistentes en los hospitales.

INFECCIONES NOSOCOMIALES - Razones filosóficas. Fundamento del derecho de daños. Análisis económico del derecho

De un lado está el análisis económico del derecho, de otro las teorías basadas en la justicia –dos concepciones éticas diferentes-, en donde se resalta el papel de la justicia correctiva y finalmente una mixtura entre las dos. Las primeras ponen el énfasis en la eficiencia, las segundas en la dignidad/justicia y la tercera propone un equilibrio entre mercado y moral. Como este no es el espacio para un debate académico, la Sala solo resalta dos aspectos del texto citado: la pertinencia de reorientar la eficiencia –el valor central del análisis económico del Derecho- hacia la política pública, y la justicia –el valor central de las diferentes teorías de la justicia- hacia la adjudicación, con lo cual se lograría el equilibrio necesario que justifica y explica de mejor forma la responsabilidad extracontractual. Un híbrido que permite sostener "que la responsabilidad extracontractual se explica y justifica mediante un equilibrio reflexivo de fundamentos consecuencialistas y no-consecuencialistas". (...) En cualquier caso, el estado del arte de justificación filosófica de la responsabilidad extracontractual centra su atención en la culpa, en

la medida en que el aspecto sobresaliente en el que la justicia correctiva hace su entrada es el de la relación dañador-víctima. Los casos de responsabilidad sin culpa son tratados marginalmente y, al hacerlo, la fundamentación correría por una cuerda distinta a la justicia correctiva, con lo cual el criterio llamado a llenar el vacío sería la maximización y la eficiencia. (...) Si se asume que la responsabilidad objetiva comprende casos de daños en el que la culpa no interviene o en los que el actuar legítimo causa un daño o aún en los que un cierto estado de cosas –no necesariamente una conducta legítima- genera el daño, vale la pregunta si estos son casos marginales o centrales de la responsabilidad, no solo en términos cuantitativos, sino también cualitativos, en la medida en que muchos de ellos ejemplifican la manera como actualmente se presentan los daños relevantes en las personas: masivamente –piénsese en los daños a consumidores o a víctimas de conflictos armados o por cambios climáticos o por intervenciones agresivas al medio ambiente-, al amparo de aparatos burocráticos y con ocasión de los más variados propósitos –no todos plausibles: piénsese en la diferencia de una conducta orientada por el servicio público y otra por la obtención de ganancias-. Ante la hipótesis de tratarse de todo menos de casos marginales, la explicación filosófica que quiere darse por vía de excepción no parece la más adecuada. (...) Casos como el de las infecciones nosocomiales fuerzan una reinterpretación de la noción y relación “dañador-víctima”. Para imputar responsabilidad en estos casos, es necesario no solo poner el énfasis en los derechos de la víctima, sino entender que el carácter de dañador se adquiere por una suerte de atribución general –que no imputación-, asociada al papel que cumple y debe cumplir el Estado en un marco normativo especial. Aquí el tercero no es un eximente sino una correa de transmisión de la responsabilidad. No se presenta, entonces, una relación típica dañador-víctima pues el daño es causado por una bacteria que científicamente es imposible de neutralizar en los nosocomios. Si se asume la ausencia de culpa, solo una noción como la de atribución general puede justificar la responsabilidad. En este caso corresponde a una de las funciones públicas por antonomasia: el servicio público esencial de salud y su correlato el derecho fundamental, autónomo e irrenunciable a la salud.

INFECCIONES NOSOCOMIALES - Responsabilidad. Aplicación de la teoría mixta

La teoría mixta en efecto dejaría saldado el caso en los términos expuestos porque: (i) las infecciones nosocomiales se causan sin culpa alguna del agente, con lo cual estaríamos ante un evento de los llamados marginales y (ii) a los que no se aplicaría de manera privilegiada la regla de la justicia correctiva -no hay un error que corregir-. Ello (iii) impone la aplicación de la excepción a fin de que, en todo caso, el asunto pueda ser explicado. Así, (iv) estaría justificada una solución que privilegie la eficiencia -lo que se traduce en la ausencia de responsabilidad- pues los recursos escasos tienen un mejor destino si se siguen invirtiendo en los intentos de llevar las bacterias multirresistentes a cero –así ello sea un imposible científico-, que si se entregan a la víctima, con violación al principio de igualdad. Adicionalmente, una solución que privilegie la justicia correctiva –además de ser contra natura, porque no hay falta que corregir- generaría un incentivo perverso consistente en una atención en salud excluyente pues se sabe que ciertos pacientes suelen ser más propicios al daño por bacterias nosocomiales. (...) la Sala considera que existe otra ruta. Si bien la regla de justicia correctiva no puede justificar claramente la responsabilidad en un caso como este, ello no significa que la solución deba ir de la mano de la excepción tipo eficiencia y maximización. Otra regla puede entrar en el balance de razones. Se trata de la justicia distributiva, una regla que parece cobijar casos “marginales” como los que están asociados a la responsabilidad sin culpa u objetiva.

TASACION DE PERJUICIOS MORALES - Lesiones corporales / LESIONES CORPORALES - Cuantificación del perjuicio. Perjuicios morales

En los eventos de lesiones corporales, la cuantificación del perjuicio deberá hacerse en consideración a las condiciones en que se produjo la lesión y su mayor o menor gravedad. En el caso concreto, está demostrado que Jesús Antonio Cortés sufrió la pérdida absoluta del ojo izquierdo. El monto de la indemnización fue estimado por el tribunal en cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes para el lesionado, valor que se encuentra acorde con los parámetros jurisprudenciales de esta Corporación, razón por la cual será confirmad. (...) esta Corporación no comparte la decisión del tribunal de primera instancia, en el sentido de no reconocer indemnización a Doris Cecilia Cortés Chivata, Gloria Stella Cortés Chivata y Ana Elvia Susa Prieto por los perjuicios morales sufridos como consecuencia de la lesión física padecida por su padre. Al respecto, esta Corporación ha sostenido que “el hecho de que esté acreditado el parentesco representa un indicio para la configuración del daño en los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil, esto es, respecto de los padres, hermanos, abuelos e hijos del afectado y de su cónyuge o compañera permanente”. Las razones que sustentan el paso del hecho indicador del parentesco, a la circunstancia de que el daño causado a una persona afecta moralmente a sus parientes, se fundamentan en que: “a) la experiencia humana y las relaciones sociales enseñan que entre los parientes existen vínculos de afecto y ayuda mutua y b) las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes (artículo 42 de la C.P.)”. Lo anterior no obsta para que, “...en los eventos en que no esté acreditado el parentesco se pruebe el dolor moral de estos parientes en calidad de damnificado, mediante el uso de los diversos medios de prueba que dispone el C.P.C., de los cuales se pueda inferir el daño moral sufrido”. (...) se reconocerá a favor de Doris Cecilia Cortés Chivata y Gloria Stella Cortés Chivata veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la ejecutoria de esta providencia, para cada una. Y veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la ejecutoria de esta providencia en favor de la señora Ana Elvia Susa Prieto. **NOTA DE RELATORIA:** Al respecto consultar Sentencias de: 10 de agosto de 2005, exp. 16205; 19 de septiembre de 2011, exp. 20078; 14 de junio de 2012, exp. 24157; 22 de octubre de 1997, exp. 11607; 30 de octubre de 2013, exp. 24985; 28 de febrero de 2013, exp. 23637; 29 de agosto de 2013, exp. 30283 y de 29 de octubre de 2012, exp. 23346

INFECCIONES NOSOCOMIALES - indemnización del daño a la salud

El a quo reconoció la suma de dinero equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales, por concepto de daño a la vida de relación, monto que será confirmado por esta Sala. Sin embargo se aclara que mediante sentencia de la Sección Tercera de esta Corporación del 14 de septiembre de 2011 la denominación correcta del perjuicio a indemnizar es la de daño a la salud por tratarse de una afectación física.

REPARACION INTEGRAL POR INFECCION NOSOCOMIAL - Adopción de medidas administrativas y legislativas

La Sala reiterará la medida dispuesta en la sentencia de agosto 29/2013 sobre el papel preventivo que en casos como el presente debe desempeñar el Ministerio

de Salud, pero la adiciona en esta ocasión en el sentido de tomar las medidas y procedimientos tendientes a asegurar que los reportes de clínicas y hospitales colombianos acerca de las IACS, correspondan con la realidad, a fin de que las políticas pertinentes cuenten con la información veraz –evitar los sub-reportes orientados p.e. a evitar la glosa de las facturas de cobro- y así disponer los remedios adecuados –recomendaciones, incentivos y de ser el caso sanciones-. (...) El mandato de reparación del daño antijurídico contenido en el artículo 90 de la Constitución Política es perentorio y no meramente un enunciado desiderativo. Siendo así, no resulta constitucionalmente aceptable absolver a la administración, en razón de que carece de medidas legislativas y de una organización administrativa y presupuestal dirigidas a corregir inconsistencias en la distribución de los gastos asociados a la reparación del daño. Por ello, si el actual diseño del sistema de salud no cuenta con mecanismos que eviten la concentración desproporcionada de la carga indemnizatoria en establecimientos directamente intervinientes en el tratamiento del paciente afectado con una infección nosocomial, esta circunstancia ha de asumirse como una disfuncionalidad interna del sistema de salud, cuya solución no puede afectar el derecho del usuario del servicio. (...) La disfuncionalidad en la organización del sistema de salud que impide la distribución adecuada del riesgo y que, de ninguna manera debe ser asumida por el damnificado, alerta sobre la necesidad de crear un marco legal que permita una forma más racional de asumir la carga indemnizatoria. (...) en la presente oportunidad la Sala dispondrá lo pertinente para exhortar a las autoridades competentes a fin de que, como parte de la política pública de salud, se estudie la posibilidad de instaurar seguros o fondos especiales que permitan distribuir el riesgo propio de la atención hospitalaria en los términos aquí analizados, tomando como base los modelos español y francés referidos (supra nota al pie 15). Un criterio relevante de la distribución, lo debe constituir la práctica efectiva de los centros clínicos y hospitalarios orientada a minimizar la existencia de bacterias nosocomiales. (...) con el fin de hacer viable la distribución solidaria del riesgo y la viabilidad financiera del sistema de indemnizaciones, se hace necesario exhortar al Ministerio de Salud para que presente al Congreso un proyecto de ley estableciendo un sistema de asunción solidaria del riesgo por infecciones nosocomiales u otro tipo de padecimientos iatrogénicos sobre los que se pueda predicar la responsabilidad sin mediación de culpa, para lo cual debe crearse un fondo estatal especial. (...) En igual sentido se exhorta a la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación para que en desarrollo de lo normado en la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo haga uso de la figura de la iniciativa legislativa contemplada en el art. 112 numeral 3 de la ley, o acompañe el proyecto presentado por el Ministerio de Salud.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION B

Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 25000-23-26-000-2001-01960-01(28214)

Actor: JESUS ANTONIO CORTES CORTES Y OTROS

Demandado: NACION-HOSPITAL MILITAR CENTRAL

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia del 26 de mayo de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera-Sala de Descongestión, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda. La sentencia recurrida será modificada.

SÍNTESIS DEL CASO

El 13 de marzo de 2001, al señor Jesús Antonio Cortés Cortés se le practicó una cirugía de extracción de catarata en el Hospital Militar Central de Bogotá. Durante el postoperatorio inmediato mostró síntomas de infección y, luego de varios exámenes se le diagnosticó *endoftalmitis*, ocasionada por el contagio con una bacteria. Como consecuencia de ésta infección, el actor perdió el ojo izquierdo.

ANTECEDENTES

I. Lo que se demanda

1. Mediante escrito presentado el 5 de septiembre de 2001 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, los señores Jesús Antonio Cortés Cortés, Ana Elvia Susa Prieto, Gloria Stella Cortés Chivata y Doris Cecilia Cortés Chivata, a través de apoderado judicial, interpusieron acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del C.C.A., con el fin de que se declarara a la entidad demandada patrimonialmente responsable de los perjuicios que sufrieron, como consecuencia de la pérdida total de la visión en el ojo izquierdo del primero de los demandantes. Solicitaron que se diera trámite favorable a las siguientes pretensiones (f. 2-9, c. 1):

- 1. Se declare a la NACIÓN-HOSPITAL MILITAR CENTRAL de Bogotá administrativamente responsable por los daños físicos y morales, o daño fisiológico o a la vida de relación ocasionados al señor JESÚS ANTONIO CORTÉS CORTÉS, por los hechos ocurridos el día 13 de marzo de 2001, por la operación de catarata adelantada por ese centro médico en el ojo izquierdo al aquí demandante.*

2. Que como consecuencia de la declaración anterior y a título de reparación del daño causado, se condene a la NACIÓN COLOMBIANA-HOSPITAL MILITAR CENTRAL, a pagar al señor JESÚS ANTONIO CORTÉS CORTÉS, a su señora ANA ELVIA SUSANA PRIETO y sus hijas GLORIA STELLA CORTÉS CHIVATA Y DORIS CECILIA CORTÉS CHIVATA dentro del término previsto en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo, por los perjuicios morales y materiales que les causó el HOSPITAL MILITAR CENTRAL.

2.1. Los perjuicios morales de la siguiente forma:

- a. Mil (1000) gramos de oro fino al señor JESÚS ANTONIO CORTÉS CORTÉS, en calidad de demandante perjudicado.
- b. Mil gramos (1000) gramos de oro fino a favor de la señora ANA ELVIA SUSANA PRIETO en calidad de compañera permanente del señor ANTONIO CORTÉS CORTÉS.
- c. Mil (1000) gramos de oro fino a favor de GLORIA STELLA CORTÉS CHIVATA, en calidad de hija del señor JESÚS ANTONIO CORTÉS CORTÉS.
- d. Mil (1000) gramos de oro fino a favor de DORIS CECILIA CORTÉS CHIVATA, en calidad de hija del señor JESÚS ANTONIO CORTÉS CORTÉS.

Dicho perjuicio debe ser pagado de acuerdo al valor que tenga el gramo de oro fino en la fecha de ejecutoria de la sentencia, certificado por el Banco de la República condena que se entenderá hecha en concreto.

2.2. Como no se puede determinar en este caso el valor a pagar desde el punto de vista del lucro cesante y daño emergente, los perjuicios materiales deberán ser pagados como el daño a la vida de relación o daño fisiológico ocasionado en la salud por la pérdida del ojo izquierdo del señor JESÚS ANTONIO CORTÉS CORTÉS, perjuicio que sufrió el beneficiario y que lo disminuye en el trato con las demás personas, le impide un desempeño laboral normal, toda vez que la pérdida de un ojo equivale al 50% de la visión, además de dejarlo física y moralmente disminuido hasta el punto de tener que recurrir a tratamiento siquiátrico por la situación emocional en que quedó una vez se supo que no podía volver a ver por el ojo izquierdo, daño que deberá ser pagado por el Hospital Militar Central sin ninguna excusa toda vez que obedece a un hecho de negligencia imputable a esa institución.

Por el daño sufrido a la vida de relación o perjuicio causado por la pérdida del ojo izquierdo con motivo de la operación de catarata realizada por el Hospital Militar pido que se condene a la Nación-Hospital Militar Central a pagar a favor del señor JESÚS ANTONIO CORTÉS CORTÉS la suma de CINCUENTA MILLONES DE PESOS (50.000.000,00) M/CTE, suma que deberá ser cancelada con los intereses y la indexación desde el día 13 de marzo de 2001, hasta el día en que se haga efectivo su pago de acuerdo con lo establecido

con los artículos 176 y 177 del C.C.A utilizando la siguiente fórmula $R = \text{índice final} / \text{índice inicial}$.

2. Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora argumentó que el Hospital Militar de Bogotá es administrativamente responsable por el daño ocasionado al señor Jesús Antonio Cortés Cortés, como consecuencia de habersele practicado una intervención quirúrgica sin las medidas de higiene y esterilización necesarias. Del mismo modo, sostuvo que ésta lesión física ocasionó perjuicios morales y materiales a él y a su familia. Puntualizó que el Hospital Militar Central de Bogotá tiene un presupuesto de asignación estatal, para garantizar una atención óptima a sus usuarios, por lo que no se explica por qué en el presente caso actuó contrario a este mandato.

II. Trámite procesal

3. En la **contestación de la demanda**¹, el Hospital Militar Central de Bogotá, se opuso a la totalidad de las pretensiones por considerar que el paciente fue atendido de acuerdo al protocolo médico exigido para su patología; manifestó que al paciente se le suministraron los medicamentos necesarios para contrarrestar la infección pero lastimosamente no respondió al tratamiento. Como fundamento de su defensa citó parte del procedimiento clínico practicado al señor Jesús Antonio Cortés, sostuvo que en la atención no hubo ningún tipo de negligencia por parte de los especialistas tratantes, y que este tipo de complicaciones no son previsibles por parte del cuerpo médico. Argumentó que la ciencia médica no es exacta y que es de medios y no de resultados (f. 19-22, c.1).

4. Cerrada la etapa probatoria en la primera instancia², se corrió traslado a las partes para presentar **alegatos de conclusión**.

4.1. La parte actora, reiteró los planteamientos utilizados en la demanda y aclaró que la falla en el servicio está dirigida contra el cuerpo administrativo del Hospital Militar Central de Bogotá, y no contra los profesionales médicos que laboran en dicha entidad. Precisó que en virtud de una investigación adelantada por la Secretaría de Salud de Bogotá, se encontró que el daño causado al hoy

¹ Mediante auto del 7 de diciembre de 2001, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca notificó el auto admisorio de la demanda al director del Hospital Militar Central de Bogotá (f.18, c.1).

² El tribunal corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión mediante auto del 29 de octubre de 2003, notificado por estado el 4 de noviembre del mismo año (f. 55, c.1).

demandante, ocurrió como consecuencia de negligencia administrativa del hospital, ya que faltó limpieza, desinfección y esterilización de la sala de oftalmología al punto que todas las personas operadas ese día resultaron infectadas, entre ellas, los señores Víctor Manuel López y el demandante (f. 56-63, c.1).

4.2. Por su parte, el Hospital Militar Central de Bogotá, adujo los mismos argumentos esgrimidos en la contestación de la demanda (f. 70-74, c.1).

5. El 26 de mayo de 2004, la Sección Tercera-Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, profirió **sentencia de primera instancia**³ con la siguiente decisión (f. 85-101, c.p.):

PRIMERO: Acéptese la renuncia presentada por el apoderado de la parte demandada de conformidad con el memorial de fecha 11 de noviembre de 2003 visible a folio 75 del cuaderno principal. Por secretaría comuníquese a la entidad demandada.

SEGUNDO: Declárese administrativamente responsable al HOSPITAL MILITAR CENTRAL, por los hechos objeto de esta demanda, y conforme a las consideraciones expuestas en esta sentencia.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración, condénese al HOSPITAL MILITAR CENTRAL, a pagar por concepto de daños morales el equivalente en pesos a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales legales vigentes al señor JESÚS ANTONIO CORTÉS CORTÉS y por daño a la vida en relación la suma equivalente a cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la ejecutoria de esta sentencia.

5.1. El *a quo* aplicó el régimen de responsabilidad de la falla presunta del servicio a la vez que fundamentó su decisión en los siguientes argumentos: i) el daño -la pérdida del ojo izquierdo del señor Jesús Antonio Cortés- ocurrió como consecuencia de la negligencia en la esterilización y desinfección de los instrumentos quirúrgicos utilizados en la sala de oftalmología, ii) el Hospital Militar conocía de la existencia de una bacteria⁴ en sus instalaciones y, sin embargo, no tomó las medidas necesarias para controlar este brote de infección intrahospitalaria y iii) la parte demandada no acreditó la existencia de una causal exonerativa de responsabilidad.

³ La decisión del tribunal fue notificada mediante edicto del 27 de marzo de 2003 (f. 192, c.p.).

⁴ *Estafilococo Aureus*.

5.2. En cuanto a la señora Ana Elvia Susa Prieto, quien aduce ser la compañera del señor Jesús Antonio Cortés Cortés, la primera instancia consideró que carecía de legitimación en la causa por activa por cuanto no acreditó dicha calidad (f. 91 c.p.).

5.3. Respecto a las hijas del afectado, consideró que si bien se allegó prueba de su parentesco mediante registro civil, no se acreditó dependencia económica ni afectación moral: *“que si bien se presume por tratarse de los hijos, para efecto de su reconocimiento, en tratándose de mayores de edad debe acreditarse según lo ha sostenido la jurisprudencia”*.

6. Inconformes con el pronunciamiento referido en el acápite anterior, las partes, interpusieron oportunamente **recurso de apelación** en cuya sustentación sostuvieron (f. 169-173 y 190-197, c.p.):

6.1. El **Hospital Militar Central** de Bogotá afirmó que la causa de la infección no le es atribuible, toda vez que no se encuentra probado que haya sido contraída en sus instalaciones. Consideró que el demandante no logró probar el nexo causal entre el daño que sufrió y la actuación de la entidad hospitalaria, ya que no obró en el expediente prueba contundente que determinara con exactitud el momento preciso de la proliferación bacteriana; por tanto, no existen méritos objetivos que permitan la declaratoria de responsabilidad. Insistió en que la terapéutica ofrecida al paciente fue indicada, oportuna y acorde a los protocolos de manejo universal para la patología padecida por el actor.

6.2. Señaló que pese a los esfuerzos médicos, logísticos y terapéuticos, surgió una complicación inherente al procedimiento quirúrgico, el cual fue previamente advertido a sus familiares según se deduce del consentimiento informado mediante el cual autorizaron la práctica de la cirugía.

6.3. Cuestionó que se le hubiese declarado administrativamente responsable del daño padecido por el actor con fundamento en un concepto técnico preliminar que obraba en la investigación administrativa adelantada por la Secretaría Distrital de Salud -decisión del 22 de agosto de 2003-, sin tener en cuenta el resultado final de la citada actuación -resoluciones n.º 52 y 66 del 16 de marzo y 1 de abril de 2004 promovidas por Jesús Antonio Cortes y Víctor Manuel López Duarte-, en las que se exoneró al Hospital Militar Central de responsabilidad administrativa. Concluyó que la primera instancia omitió valorar esta prueba, que a juicio del recurrente,

resulta determinante para proferir un fallo ajustado a la realidad, documento que, a su juicio, modifica sustancialmente el resultado del proceso (f. 106, c. 1).

6.4. La **parte actora**, manifestó que, de conformidad con lo demostrado en el proceso, el Hospital Militar Central de Bogotá es responsable del daño sufrido por Jesús Antonio Cortés. Por tal motivo, como quiera que las pretensiones estuvieron llamadas a prosperar, está inconforme con la tasación de los perjuicios reconocida, toda vez que el monto otorgado es inferior al solicitado en la demanda, razón por la cual pide que se modifique la decisión de primera instancia y se reconozcan los \$130 503 600 inicialmente exigidos.

6.5. También se pronunció respecto a la resolución 52 del 16 de marzo de 2004⁵, aportada en segunda instancia por la entidad demandada, para concluir que dicho documento no desvirtúa de manera científica la validez de los conceptos emitidos anteriormente por el área de vigilancia y control de la oferta de la Secretaría de Salud de Bogotá (f.171, c.1).

6.6. En relación con los testimonios de los médicos del Hospital Militar Central plasmados en la mencionada resolución, expresó que éstos profesionales son empleados directos del centro médico en mención, y además, fueron las personas que intervinieron en la cirugía que se le practicó a Jesús Antonio Cortés, de manera que en sus declaraciones, no solo trataron de defenderse como personas, sino que también dirigieron sus declaraciones buscando liberar de toda responsabilidad al Hospital Militar Central.

6.7. Concluyó que la entidad demandada no aportó, entre otras cosas, las actas de comités de infecciones intrahospitalarias de las fechas solicitadas por la Secretaría de Salud, ni el protocolo de procedimiento de dicha cirugía, que según los mismos demandados sí existe. Tampoco se aportó el listado de las personas que fueron operadas el 10 de marzo de 2001 como se solicitó en oficio n.º 62199 del 20 de agosto de 2002, demostrando con esto, que la parte accionada está ocultando información (f.172, c.1).

⁵ Acto administrativo mediante la cual la Dirección de Desarrollo de Servicios de Salud de la Secretaría de Bogotá, se inhibe para pronunciarse de fondo de los cargos formulados contra el Hospital Militar y exonera de la presunta infracción a los protocolos de higiene, por falta de pruebas, al ente hospitalario.

7. En el momento procesal correspondiente⁶, tanto el actor como la entidad demandada presentaron **alegatos de conclusión**, así:

7.1. La parte demandante solicitó que la condena impuesta al Hospital Militar Central sea confirmada con base en los planteamientos esgrimidos en las etapas procesales anteriores. Insistió en que la resolución n.º 52 del 16 de marzo de 2004, con la que pretende exonerarse la entidad demandada, no fue expedida con base en un examen científico que desmintiera el concepto técnico proferido por la dirección de vigilancia y

control de la oferta de la Secretaría de Salud de Bogotá. Reiteró la solicitud del reconocimiento de perjuicios morales a las hijas de Jesús Antonio Cortés, pues afirma que basta con demostrar el parentesco para inferir que tuvieron una afectación psicológica; por ello, insistió en un reajuste en el monto indemnizatorio reconocido por el tribunal de primera instancia (f. 190-192, c.p.).

7.2. La parte demandada, manifestó que la causa de la infección sufrida por el demandante no puede ser endilgada al Hospital Militar Central, ya que según la resolución n.º 52 de marzo de 2004, no se encuentra probado que la infección que le causó el daño a Jesús Antonio Cortés haya sido contraída en sus instalaciones. Reiteró que al paciente se le suministró oportunamente el tratamiento médico exigido para este tipo de complicaciones y, se apoyó en los mismos argumentos utilizados en el recurso de apelación (f.193-197, c.p.).

7.3. En la oportunidad procesal correspondiente⁷, la parte actora se pronunció sobre las resoluciones expedidas por la Secretaría de Salud de Bogotá, aportadas con el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada⁸. Al respecto sostuvo (f. 213-215, c.p.):

⁶ Mediante auto del 4 de febrero de 2005, notificado el 10 del mismo mes y año, el magistrado ponente de la época corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión en segunda instancia y al Ministerio Público con el fin de que rindiera concepto (f.189, c. p.).

⁷ Mediante auto del 20 de noviembre de 2013, notificado por estado a las partes el 22 de noviembre de 2013, esta Corporación ordenó tener como pruebas las resoluciones n.º 52 del 16 de marzo de 2004 y n.º 66 del 1 de abril de 2004 por medio de las cuales se profirió decisión definitiva de la investigación adelantada contra el Hospital Militar Central. En el mismo, se ordenó poner los documentos referidos a disposición de la parte demandante y del Ministerio Público por el término de 5 días (f. 211-212, c.p.).

⁸ El 27 de noviembre de 2013, la parte actora presentó escrito donde se manifestó sobre las resoluciones n.º 52 del 16 de marzo de 2004 y n.º 66 del 1 de abril de 2004 (f. 213-215, c.p.).

7.3.1. Está demostrado que el Hospital Militar Central es responsable de los perjuicios sufridos por el señor Jesús Antonio Cortés. Manifiesta que las resoluciones n.º 52 del 16 de marzo de 2004 y n.º 66 del 1 de abril de 2004, en ningún caso desvirtúan la falla en el servicio y mucho menos exoneran de responsabilidad al Hospital Militar Central, ya que dichos actos administrativos no tienen como soporte un dictamen médico científico, máxime cuando son resoluciones expedidas con 3 años de posterioridad a la operación adelantada al señor Jesús Antonio Cortés, en la que fue infectado por la bacteria “*estafilococo aureus*” que lo llevó a perder el ojo izquierdo (f. 213, c.p.).

7.3.2. Para el actor, no es aceptable la afirmación que hace el Hospital Militar Central, cuando en su defensa argumenta que en el proceso no se probó el momento preciso y la causa de la proliferación bacteriana, ya que esto equivale a trasladar la carga probatoria al demandante, cuando éste no cuenta con los medios necesarios para demostrar el momento científico de la infección bacteriana y las causas de su proliferación. Suficiente es que se haya demostrado que el paciente fue operado el 13 de marzo de 2001 y que a las 24 horas siguientes mediante dictamen de la Secretaría de Salud de Bogotá se haya detectado la presencia de la bacteria *estafilococo aureus* en la sala de oftalmología del Hospital Militar (f. 214, c.p.).

7.3.3. Solicita que a dichas resoluciones no se les dé ninguna validez probatoria dentro del proceso, ya que su contenido no desvirtúa desde el punto de vista científico los dictámenes inicialmente emitidos por la Secretaría de Salud de Bogotá, los cuales sí se fundamentaron en pruebas científicas recaudadas, que concluyeron que dentro de las 24 horas siguientes a la intervención quirúrgica a la que fue sometido Jesús Antonio Cortés, fue encontrada la bacteria *estafilococo aureus* en la sala de cirugía (f. 215, c.p.).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

I. Competencia

8. La Sala es competente para decidir el asunto por tratarse del recurso de apelación presentado contra la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, el 26 de mayo de 2004, en un proceso que por

su cuantía⁹ determinada al momento de la interposición de la demanda, tiene vocación de doble instancia.

II. Los hechos probados

9. Con base en las pruebas recaudadas en el proceso contencioso administrativo, valoradas en su conjunto, se tienen como ciertas las siguientes circunstancias fácticas relevantes:

9.1. El 13 de marzo de 2001, al señor Jesús Antonio Cortés Cortés se le practicó una cirugía de extracción extracapsular de catarata más implante de lente de cámara anterior en su ojo izquierdo. Dicha intervención se realizó en las instalaciones del Hospital Militar Central de Bogotá (historia clínica, datos de admisión, f. 3-4, c. 2).

9.2. Del resumen de la historia clínica de Jesús Antonio Cortés, contenida en el concepto técnico científico expedido por el área de vigilancia y control de la oferta de la Dirección de Desarrollo de Servicios de Salud (f. 45, c.1), se tienen por probados los siguientes hechos:

9.2.1. Al día siguiente de la cirugía, el paciente presentó dolor intenso, infección e inflamación de su ojo izquierdo (f. 45, c.1).

9.2.2. El 15 de marzo de 2001, se realizó junta médica, en la que se decidió intervenir nuevamente al actor. Durante el procedimiento se encontró deterioro en las membranas adheridas a la retina (f. 45, c.1).

9.2.3. Posteriormente, para el 18 de marzo de 2001, se conformó nuevamente junta médica para analizar el estado del ojo izquierdo de Jesús Antonio Cortés, en donde se observó “engrosamiento de membranas, retina pálida con fibrosis y tracción leve” en la misma. Durante el periodo transcurrido entre ésta fecha y el 20 de marzo de 2001 no se observó adecuada respuesta a la antibioticoterapia, presentando con el pasar de los días, “edema y equimosis palpebral” en el ojo intervenido quirúrgicamente. Se explicó al paciente el pronóstico funcional del ojo (f. 45, c.1).

⁹ En razón de la cuantía el proceso es de doble instancia, pues la pretensión mayor correspondiente a daño a la vida de relación, equivale a (\$50 000 000,00), monto que supera la cuantía requerida en el año 2001 (\$26 390 000 00) para que un proceso, adelantado en ejercicio de la acción de reparación directa, fuera de doble instancia.

9.2.4. En junio de 2001 el paciente fue remitido a psiquiatría por depresión y alteración psicológica “*secundaria a duelo en curso por pérdida de ojo izquierdo*”. Consecuente con su estado emocional, le fueron suministradas medicinas para contrarrestar ésta afectación psíquica (historia clínica f. 86 y anverso c.2 y certificado expedido por el servicio de psiquiatría del Hospital Militar Central de Bogotá, f. 299, c.2).

9.2.5. Durante el seguimiento oftalmológico posterior a la cirugía -el 1 de octubre de 2001-, se le diagnóstico *ptisis bulbi* consistente en una patología que cursa con un ojo que disminuye su tamaño con el tiempo y pierde la visión; en algunas ocasiones resulta doloroso y estéticamente es mal tolerado por quien lo padece¹⁰ (f. 80, c.2).

9.2.6. El 1 de abril de 2002, al actor le fue diagnosticado *endofalmitis* postoperatoria, la cual consiste en una inflamación de la estructura interna del ojo, donde la causa más común es una infección bacteriana posterior a la cirugía de cataratas (historia clínica, f. 73, 89, 95, c.2).

9.3. El 26 de julio de 2002, el médico oftalmólogo Edgar Iván Morales vinculado al Hospital Militar Central de Bogotá, compareció ante el *a quo*, en donde declaró (f. 61-62, c.2):

... le practiqué una cirugía de extracción extracapsular de catarata más implante de lente de cámara anterior y quien en el post operatorio inmediato presentó signos de inflamación e infección (endofalmitis)... al igual, ante cualquier evento quirúrgico potencialmente una de las complicaciones que puede tener es el de tipo multifactorial e impredecible en la cual intervienen, aclarando lo anterior, múltiples factores tanto endógenos como exógenos o de susceptibilidad del paciente.

9.4. Del mismo modo, el 31 de julio de 2002 compareció ante el tribunal de primera instancia, el médico oftalmólogo Rodrigo Bermúdez Meléndez, vinculado a la entidad demandada quien manifestó (f. 63, c.2):

... la ecografía lo que mostró es que tenía un proceso inflamatorio severo (endofalmitis), se encontró esto en la ecografía (sic), luego se decidió realizar una junta médica y se llegó a la conclusión que era un proceso de endofalmitis, que a pesar de sus múltiples tratamientos antibióticos no mejoró, la junta médica levantó un acta de manejo de la complicación y de la pobre respuesta de dicha complicación, el señor tiene una edad de unos 70 años. Cuando se presenta la endofalmitis deja secuelas como la pérdida de visión, y esto sucedió

¹⁰ <http://instituciones.sld.cu/retinosis/2012/01/25/ptisis-bulbi/>

con el paciente... yo no soy cirujano, pero cualquier paciente que tenga indicio de infección nunca se lleva a cirugía.

9.5. Ante la queja presentada por el usuario, el 22 de agosto de 2003, la Dirección de Desarrollo de Servicios de Salud de Bogotá, previa investigación, emitió el concepto técnico en el que se indicó:

... las juntas médicas y quirúrgicas no fueron realizadas en la fecha de ocurrencia del evento, ni en los meses inmediatos a este.

No se relaciona en la historia clínica la descripción quirúrgica del 13/03/2001 en que fue operado el paciente.

Se presenta análisis de la Unidad de Infectología y Vigilancia Epidemiológica del Hospital Militar Central de fecha 23 de diciembre de 2002 en el que se informa la tasa global de infecciones durante febrero de 2001=2.0%, marzo de 2001=4.0% y abril de 2001=2.0%, los índices de infecciones presentados en salas de cirugía, que como tales no se miden, sino se evalúan por cada uno de los servicios y los porcentajes de infección por localización anatómica del primer semestre de 2001 en donde ocupa el primer lugar la "herida quirúrgica" con un porcentaje del 17%. Informe realizado a la fecha, mas no se presentan los informes enviados a la Secretaría de Salud y solicitados por ella misma, de los meses de febrero, marzo y abril.

La institución envía cultivos negativos de salas de cirugía sin hacer referencia a la sala de cirugía número 14 donde fue operado el paciente según lo refiere el mismo.

No se aportan actas de comités de infecciones Intrahospitalarias de las fechas solicitadas por la Secretaría de Salud.

No se aporta protocolo de procedimiento de dicha cirugía, que según ellos mismos afirman existe.

Los protocolos de limpieza, desinfección y esterilización de salas de cirugía aportados por el Hospital Militar Central son de octubre de 1994, están bastante desactualizados.

No se aportan procesos y procedimientos de evaluación y control de sistemas de esterilización y desinfección.

No se anexa ni se reporta en la historia clínica el cultivo referido en el acta n.004 de diciembre 17 de 2001 y no se especifica de dónde es tomada la muestra, la cual es positiva para Estafilococo Aureus, sensible a Ceftazidime y Vancomicina.

... No se aporta el listado de las personas que fueron operadas el día 13/03/2001 como se solicita en oficio con radicación n. 62199 del 20 de agosto de 2002.

Considero que existieron fallas en la calidad de la atención prestada al paciente JESÚS ANTONIO CORTÉS CORTÉS en los días del 03 al 23 de marzo de 2001 por parte del HOSPITAL MILITAR CENTRAL en el servicio de CIRUGÍA-OFTALMOLÓGICA registrada en los siguientes parámetros:

1-no se realizaron exámenes de laboratorio completos tendientes a descartar patología pre quirúrgica...

2-por la presentación de infección intrahospitalaria encontrada a menos de 24 horas después de realizado el procedimiento quirúrgico, que se puedo (sic) confrontar con el aislamiento del germen Estafilococo Aureus (en cultivo realizado al paciente), y en el reporte de la Secretaría de Salud, donde se informa que el principal microorganismo

causal de infección intrahospitalaria en el Hospital Militar Central es el Estafilococo Aureus.

3-diligenciamiento de la historia clínica se encuentra incompleta, faltando el reporte del 13/03/2001 de la nota quirúrgica...

Considero que hubo falla institucional por posible infección intrahospitalaria de ENDOFTALMITIS en el paciente JESÚS ANTONIO CORTÉS presentada presuntamente después de la cirugía ambulatoria de extracción de catarata madura ojo izquierdo el 13/03/2001 la cual se considera como infección nosocomial.

9.6. El 12 de febrero de 2004, la Dirección de Desarrollo de Servicios de Salud, de Bogotá, envió al Tribunal Administrativo de Cundinamarca la ampliación del concepto técnico científico del caso bajo estudio, en el que afirmó lo siguiente (f. 307-310, c. 2):

...sin embargo se considera que la bacteria causante de la presente infección, no estaba en el paciente, sino que se encontraba en el ambiente quirúrgico, razón por la cual se infectaron dos pacientes intervenidos quirúrgicamente en esa sala el mismo día.

... Considero que la causa principal de la infección está relacionada directamente con la contaminación y el brote detectado en la salas de cirugía, prueba de ello es que en el acta 004 de diciembre 17/01 se reporta que la muestra es positiva para "estafilococo aureus"... la infección adquirida trajo como consecuencia la pérdida total de la visión del ojo mencionado ya que al paciente se le realiza enucleación con posterior colocación de prótesis ocular (comillas fuera del texto original).

Y concluyó que:

... hubo falla institucional por posible infección intrahospitalaria de "endofalmitis" con el paciente Jesús Antonio Cortés presentada presuntamente después de la cirugía ambulatoria de extracción de catarata madura ojo izquierdo el 13/03/2001 la cual se considera como infección nosocomial (comillas fuera del texto original).

9.7. Se allegó al expediente, el concepto técnico emitido por la Dirección de Desarrollo de Servicios de Salud sobre el caso de otro paciente, intervenido quirúrgicamente el mismo día que el actor y con una patología similar, donde se concluyó (f. 64-69, c.1):

... considero que hubo falla institucional por infección intrahospitalaria de "endofalmitis" en el paciente Víctor Manuel López presentada después de la cirugía ambulatoria de extracción de catarata madura ojo derecho el 13/03/2001 la cual se considera como infección nosocomial. Nota: Es de tener en cuenta que el presente expediente se relaciona a igual procedimiento quirúrgico realizado en la misma fecha y sala de cirugía del señor Jesús Antonio Cortés (comillas fuera de texto original).

9.8. La Secretaría de Salud de Bogotá, expidió resolución n.º 52 del 16 de marzo de 2004, “por medio de la cual se decide la investigación administrativa radicada bajo el n.º 59/2003, Hospital Militar Central”. En esta oportunidad decidió abstenerse de sostener las imputaciones estructuradas con fundamento en la Ley 100 de 1993 y su Decreto Reglamentario 2174 de 1996, por falta de competencia para investigar y sancionar a un miembro del subsistema de salud de las fuerzas militares como el Hospital Militar Central. El remanente de cargos, relacionados con las presuntas deficiencias en la limpieza y desinfección de la sala de cirugía, fueron resueltos así (f. 110-135, c.p.):

La imputación realizada con fundamento en la resolución 1995 de 1999¹¹, tenía como sustento la falta de la nota quirúrgica del paciente Jesús Antonio Cortés, registro que hoy obra en el investigativo y se constituye en prueba que desvirtúa el cargo formulado.

(...)

Corresponde demostrar que el ambiente hospitalario del ente investigado era un terreno propicio para la contaminación del paciente Jesús Antonio Cortés Cortés.

Esta concepción proviene en principio de las afirmaciones del paciente y del testigo Víctor Manuel López, pues ambos sostienen que la infección que los afectó provino de la suciedad imperante en la sala de cirugía. Lo anterior en atención a que teniendo en primera instancia el despacho un conjunto de pruebas aportadas por el quejoso el juicio de reproche se estructuró con fundamento en sus afirmaciones, máxime cuando el testigo antes citado declaró categóricamente sobre la presencia de moscas en la sala de cirugía.

(...)

En primer término corresponde precisar cuál fue el agente infeccioso que colonizó al paciente Jesús Cortés. Al respecto obra el reporte bacteriológico en donde se documenta el resultado del cultivo practicado en el humor acuoso del paciente, indicando que se trató de una bacteria denominada Streptococo Viridans.

Corresponde entonces demostrar cuál es el origen de dicho patógeno, para lo cual es pertinente retomar algunos apuntes de la literatura médica en donde se proporcionan algunos elementos de juicio conducentes y pertinentes para el objeto de la investigación.

(...)

*Factores generadores de infección: La ciencia médica ha clasificado estos factores en dos categorías principales a saber: **Endógenos**: inherentes al paciente, como son: edad, sexo, disminución de las defensas a causa del estrés que genera la hospitalización, la patología de base con la cual ingresa al hospital, la alteración de las barreras anatómicas (piel y mucosas) e inmunológicas (inmunidad humoral y celular) debido a procedimientos invasivos diagnósticos y terapéuticos, uso de antimicrobianos e inmunosupresores, entre otros, necesarios para el tratamiento durante la permanencia en el hospital los cuales*

¹¹ Diligenciamiento debido de la historia clínica.

determinan la susceptibilidad particular. **Exógenos** como: a) la virulencia de la cepa: determinada por la patogenicidad de las especies y el número de microorganismos. Generalmente los agentes infecciosos adquiridos en el medio hospitalario, pueden presentar mas patogenicidad y/o virulencia y ser más resistentes a los antibióticos y/o antisépticos. b) Inherentes a la institución: incluyen la planta física, su mantenimiento (el medio ambiente cuando no es el adecuado puede propiciar la permanencia y transmisión de los microorganismos patógenos.), el cumplimiento de protocolos, el volumen y rotación del personal y el cumplimiento estricto por parte de éste de todas las normas de bioseguridad pertinentes.

(...)

Con respecto a las condiciones higiénico-sanitarias de la planta física, existe un cuestionamiento del quejoso, quien sostiene de manera inequívoca que la sala de cirugía n. 14 presentaba suciedad, condición que propició el surgimiento de la infección en su ojo izquierdo.

Al respecto valga decir que aparte de tales afirmaciones, no existe prueba que demuestre tal condición de suciedad en el ambiente quirúrgico, por el contrario, reposan a folios 19 al 22 una serie de reportes provenientes de la Central de Esterilización del Hospital Militar en donde demuestran el tipo de controles que se implementan periódicamente en las salas de cirugía para verificar la esterilización de implementos como las autoclaves, reportes que cuando menos sirven para acreditar un cierto nivel de organización y cuidado.

Adicionalmente se aportó copia de la planilla en donde se documentan los ciclos de esterilización, cuadro que permite identificar el manejo y control proporcionado a elementos diversos como la ropa de cirugía, compresas, materiales y equipos.

Los protocolos de limpieza, desinfección y esterilización de las salas de cirugía indican que el ente investigado poseía el conocimiento en torno a la necesidad de mantener condiciones adecuadas para controlar la contaminación y la propagación de infecciones a los pacientes.

Especial relevancia merece el protocolo denominado "PROCEDIMIENTO PARA LA LIMPIEZA TERMINAL DIARIA", cuyo propósito es "MINIMIZAR LOS MICROORGANISMOS PATÓGENOS PARA PROPORCIONAR UN MEDIO LIMPIO PARA LOS PROCEDIMIENTOS QUIRURGICOS".

En dicho protocolo se establecen una serie de medidas cuyo cumplimiento garantiza un margen de seguridad para los pacientes, de cara a evitar que los mismos sean objeto de contaminación propiciada por el ambiente quirúrgico.

... Conviene aclarar que respecto al ambiente hospitalario no existe una sola prueba que acredite que la institución quebrantó sus protocolos...

... Se dificulta demostrar la responsabilidad contravencional del ente investigado, máxime cuando no obra en el plenario una prueba de campo idónea, valga decir una inspección oportunamente realizada para verificar in situ, los hechos constitutivos de la queja, entre ellos, la

presencia de moscas en las salas de cirugía, suciedad o ausencia de medidas de seguridad (asepsia y antisepsia).

No se sabe entonces con arreglo a dicho medio probatorio, cual era para la fecha de los hechos, el estado de las condiciones higiénico sanitarias, único aspecto sobre el cual nos podemos pronunciar, de conformidad con el criterio impuesto por la Superintendencia Nacional de Salud.

(...)

... a pesar de las medidas de asepsia resulta imposible llevar a cero la posibilidad de una infección intrahospitalaria.

(...)

En cuanto a los medios de prueba, además de las documentales reseñadas, el despacho cuenta con los testimonios de[l] cirujano que practicó los procedimientos quirúrgicos, del Jefe del Servicio de Oftalmología para la época de los hechos y del infectólogo de la institución...

(...)

Así las cosas, el despacho considera que no existen elementos de prueba para declarar la prosperidad del cargo, o contrario sensu para dudar de las afirmaciones de los testigos, quienes categóricamente señalan que las condiciones físicas de las salas de cirugía del Hospital Militar se encontraban aptas para su función, es decir que fueron previamente esterilizadas y desinfectadas para minimizar la existencia de microorganismos patógenos, proporcionando de esta manera un medio adecuado para la realización de actos quirúrgicos.

Por las anteriores razones el despacho,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Inhibirse para pronunciarse de fondo con respecto a los cargos formulados por la presunta infracción de los artículos 3 del Decreto 2174 de 1996, artículo 153 numeral 9 y 185 de la Ley 100 de 1993.

ARTÍCULO SEGUNDO: Exonerar del cargo formulado por la presunta infracción del artículo 5 de la Resolución 1995 de 1999 y 207 de la ley 9 de 1979, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

10. Doris Cecilia Cortés Chivata y Gloria Stella Cortés Chivata son hijas de Jesús Antonio Cortés Cortés y Ana Elvia Susa Prieto es su compañera permanente (f. 18-19 c.1 y 49 c. pruebas).

III. Problema jurídico

11. Procede la Sala a determinar si el Hospital Militar Central es responsable del daño alegado por la parte actora, consistente en la pérdida del ojo izquierdo del señor Jesús Antonio Cortés como consecuencia de la infección bacteriana adquirida, con ocasión de la cirugía que se le practicó en dicha institución. Para ello, es preciso establecer si la causa del daño fue una infección de carácter

nosocomial -o de origen intrahospitalario-. Adicionalmente, la Sala se plantea el interrogante acerca de quién debe asumir –o responder patrimonialmente por- los daños ocasionados por infecciones intrahospitalarias cuando los hospitales y clínicas demuestran haber cumplido con los deberes relacionados con evitar la ocurrencia de estas situaciones, pero aún así se presentan y causan un daño al paciente.

IV. Análisis de la Sala

12. De conformidad con lo expuesto, la Sala encuentra demostrado el **daño** invocado por la parte actora, consistente en la pérdida del ojo izquierdo de Jesús Antonio Cortés, como consecuencia de la infección ocular adquirida con motivo de la cirugía de extracción extracapsular de catarata más implante de lente de cámara anterior realizada en el Hospital Militar Central.

13. En cuanto a las circunstancias que rodearon la producción del daño en el caso concreto, en el expediente obran dos pruebas que indican cuál fue la bacteria que causó la infección al paciente. De una parte, el concepto técnico científico de la Dirección de Desarrollo de Servicios de Salud de Bogotá, afirma que la infección fue causada por la bacteria *estafilococo aureus*, que es de carácter nosocomial. Para tal efecto se basa en la información levantada mediante el acta 004 de diciembre 17 de 2001 (párr. 12.5). De otra parte, la resolución 52 del 16 de marzo del 2004 proferida por la misma autoridad, dice que la bacteria que ocasionó la infección fue el *streptococo viridans*, que según se afirma en el informe, se encuentra en cualquier organismo, y el resumen de la historia clínica aportado por la parte demandada menciona esta última bacteria. Sin embargo en la historia clínica no aparece anotación alguna donde se consigne el nombre de la bacteria (f. 110 c.p.).

14. Si bien no existe una prueba directa de que la bacteria fue adquirida en el establecimiento hospitalario, sí existen indicios que corroboran esta hipótesis. En primer lugar, está demostrado que antes de que la bacteria fuera detectada en su organismo, el paciente fue sometido a una cirugía en el Hospital Militar Central. En segundo lugar, está demostrado que al paciente, una vez diagnosticada la infección ocular, le suministraron varias clases diferentes de antibióticos en cantidades considerables sin lograr respuesta positiva al tratamiento, lo que se conoce como multi-resistencia de la bacteria a la antibiótico-terapia. En tercer

lugar, se encuentra acreditado que otro paciente operado el mismo día en la misma sala de cirugía adquirió la misma infección que el demandante. En cuarto lugar, está demostrado que el Hospital Militar se abstuvo de entregar documentos solicitados por la autoridad distrital con motivo del primer concepto técnico proferido y en cambio sí entregó tardíamente, ya para la decisión definitiva, documentos como la nota quirúrgica del paciente Jesús Antonio Cortés Cortés. En quinto lugar, es evidente la contradicción de los informes técnicos de la misma autoridad, primero diciendo que se trataba de la bacteria *estafilococo aureus* – nosocomial- y posteriormente cambiando de patógeno sin fundamentación en una prueba científica; y finalmente, en sexto lugar, está acreditado que en el año 2001 (año en que se realizó la cirugía) se percibió un aumento en el número de infecciones adquiridas en las salas de cirugía del hospital demandado (párr. 12.5.).

15. Así, existiendo prueba indiciaria de que el paciente contrajo la infección en el Hospital Militar Central, cabe concluir que el daño padecido por él encuentra su origen en la intervención quirúrgica que allí fue practicada, esto es, que el germen que colonizó el ojo del paciente resultó ser de origen exógeno.

16. En este punto es importante resaltar la diferencia existente entre dos supuestos de hecho como son: 1) el caso en el que el paciente adquiere la bacteria causante de la infección en el hospital o clínica en donde está siendo atendido por otro asunto de salud, lo que se conoce como **origen exógeno de la infección** y 2) el caso en el que el paciente traía consigo la bacteria que generó la afectación, pero como consecuencia de la intervención quirúrgica o procedimiento invasivo –circunstancia que puede romper las barreras naturales de defensa de los organismos vivos-, se desató la infección causante del daño (translocación bacteriana), lo que se conoce como **infección de origen endógeno**.

17. Las bacterias hospitalarias que generan daños en los pacientes¹² y que son relevantes para el análisis de la responsabilidad, son las llamadas

¹² El término acuñado recientemente para este tipo de situaciones es infecciones asociadas al cuidado de la salud (IACS). Ésta expresión, abarca no solamente las infecciones adquiridas en un hospital en sentido estricto, sino aquellas que sin relacionarse a una locación, acompañan la actividad médica. Sin embargo, por lo amplio que puede resultar el término IACS, la Sala mantendrá la expresión nosocomial o intrahospitalaria, con el fin de pronunciarse específicamente frente a los casos presentados en hospitales y clínicas. Una infección de tipo nosocomial u hospitalaria, ha sido definida por la Organización Mundial de la Salud en los siguientes términos: *“Una infección contraída en el hospital por un paciente internado por una razón distinta de esa infección. Una infección que se presenta en un paciente internado en un hospital o en otro establecimiento de atención de salud en quien la infección no se había manifestado ni estaba en período de incubación en el momento del internado. Comprende las infecciones*

multirresistentes y resulta imposible erradicarlas totalmente de los hospitales. Si bien la falta de asepsia es un factor que puede facilitar la existencia de tales bacterias hospitalarias, la ciencia médica informa que aún en las condiciones más óptimas de higiene es posible hallarlas. Por esta razón, pueden ocurrir eventualidades en las que se presenta un caso de infección de origen intrahospitalario, no obstante la entidad de salud haber cumplido los protocolos de higiene.

18. Teniendo en cuenta lo anterior, la jurisprudencia colombiana ha dado un tratamiento diferente al daño causado por las mismas. Así, en algunos casos ha encontrado responsable al Estado por falla del servicio¹³ y en otros por riesgo excepcional¹⁴.

19. En el **caso concreto**, el actor demandó por falla del servicio al considerar que la demandada incumplió los deberes relacionados con la asepsia y antisepsia del nosocomio. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca condenó por falla presunta al considerar que el daño ocurrió como consecuencia de la negligencia en la esterilización y desinfección de los instrumentos quirúrgicos utilizados en la sala de oftalmología, que el Hospital Militar Central conocía de la existencia de una bacteria en sus instalaciones y no tomó las medidas necesarias para controlar el brote y que la parte demandada no acreditó la existencia de una causal exonerativa de responsabilidad.

20. Lo primero que debe indicarse es que la jurisprudencia del Consejo de Estado admitió en una época la teoría de la falla presunta. En efecto, existen algunas

contraídas en el hospital, pero manifiestas después del alta hospitalaria y también las infecciones ocupacionales del personal del establecimiento”
<http://www20.gencat.cat/docs/canalsalut/Minisite/VINCat/Documents/Manuals/Arxius/manual-oms.pdf>.

¹³ Ejemplo de un funcionamiento anormal del servicio público por enfermedades intrahospitalarias, se encuentra en la sentencia de 21 de febrero de 2011, exp. 19.125, C.P. (e) Gladys Agudelo Ordóñez, mediante la cual la Sección Tercera del Consejo de Estado declaró la responsabilidad administrativa del ISS por la muerte de un neonato, ocurrida en 1995, como consecuencia de una infección producida por un germen multirresistente, tras constatar que la misma bacteria había causado la muerte de otros niños por la misma época y en el mismo centro asistencial en el que el paciente permaneció hospitalizado por espacio de cuatro días.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia del 29 de agosto de 2013, actor: Juan Carlos Rojas Tacha, exp. 30283, C.P. Danilo Rojas Betancourth, mediante la cual la Subsección B, de la Sección Tercera, declaró la responsabilidad administrativa del ISS por los daños ocasionados a la salud de un menor de 8 meses que después de estar hospitalizado por síntomas respiratorios, resultó afectado con enfermedad diarreica aguda por una bacteria multirresistente adquirida en el hospital, como consecuencia de lo cual, terminó con parálisis cerebral.

pocas decisiones en las cuales esta Corporación declaró que en los casos en los cuales se discute la responsabilidad de la administración derivada de infecciones intrahospitalarias, la entidad demandada tenía la carga de demostrar que el daño no ocurrió por su falta de diligencia. Así, en la sentencia 22 de octubre de 1997¹⁵, indicó que:

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 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 médico¹⁶.

21. No obstante, el criterio de la falla presunta, si bien fue utilizado por el Consejo de Estado para analizar los casos de responsabilidad médica –no solamente aquellos derivados de infecciones intrahospitalarias–, fue posteriormente abandonado con fundamento en que no todos los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente tienen

¹⁵ El mismo criterio, fue recogido en la sentencia de 6 de noviembre de 1997, exp. 11.782, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

¹⁶ Exp. 11.607, 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.

implicaciones técnicas o científicas, de manera que no siempre es razonable exigirles que demuestren que el servicio fue prestado adecuadamente para poder exonerarse de responsabilidad¹⁷.

22. Actualmente, la jurisprudencia aplica la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, esto es, el daño, la actividad médica y el nexo de causalidad entre ésta y aquel¹⁸, sin perjuicio de que para la demostración de este último elemento las partes puedan valerse de todos los medios de prueba legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria:

(...) de manera reciente 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.

Se acoge dicho criterio porque además de ajustarse a la normatividad vigente (art. 90 de la Constitución y 177 del Código de Procedimiento Civil), resulta más equitativa. La presunción de la falla del servicio margina del debate probatorio asuntos muy relevantes, como el de la distinción entre los hechos que pueden calificarse como omisiones, retardos o deficiencias y los que constituyen efectos de la misma enfermedad que sufre el paciente. La presunción traslada al Estado la carga de desvirtuar una presunción que falló, en una materia tan compleja, donde el álea constituye un factor inevitable y donde el paso del tiempo y las condiciones de masa (impersonales) en las que se presta el servicio en las instituciones públicas hacen muy compleja la demostración de todos los actos en los que éste se materializa. En efecto, no debe perderse de vista que el sólo transcurso del tiempo entre el momento en que se presta el servicio y aquél en el que la entidad debe ejercer su defensa, aunado además a la imposibilidad de establecer una relación más estrecha entre los médicos y sus pacientes, hace a veces más difícil para la entidad

¹⁷ Consejo de Estado, sentencia de 10 de febrero de 2000, exp. 11.878, C.P. Alier Eduardo Hernández. En el mismo sentido, véase la sentencia del 8 de febrero de 2001, exp. 12.792.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 31 de agosto de 2006, exp. 15.772, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; de 3 de octubre de 2007, exp.16.402, de 30 de julio de 2008, exp. 15.726, C.P. Myriam Guerrero de Escobar, de 21 de febrero de 2011, exp. 19.125, C.P. (e) Gladys Agudelo Ordoñez, entre otras.

que para el paciente acreditar las circunstancias en las cuales se prestó el servicio (...).

La desigualdad que se presume del paciente o sus familiares para aportar la prueba de la falla, por la falta de conocimiento técnicos, o por las dificultades de acceso a la prueba, o su carencia de recursos para la práctica de un dictamen técnico, encuentran su solución en materia de responsabilidad estatal, gracias a una mejor valoración del juez de los medios probatorios que obran en el proceso, en particular de la prueba indiciaria, que en esta materia es sumamente relevante, con la historia clínica y los indicios que pueden construirse de la renuencia de la entidad a aportarla o de sus deficiencias y con los dictámenes que rindan las entidades oficiales que no representan costos para las partes¹⁹.

23. La parte actora entonces tenía a su cargo la demostración de la falla del servicio alegada en la demanda, toda vez que allí se afirma que la infección fue consecuencia de una falta en el cumplimiento de los deberes de higiene y asepsia a cargo de la demandada. Sin embargo, no se demostró en el plenario tal defecto, pues para fundamentar los cargos la demandante se basó en el primer concepto emitido por la autoridad distrital de salud y en el testimonio de otro paciente operado e infectado el mismo día, quien afirmó haber visto moscas en la sala de cirugía y avisado a la enfermera, persona que a su vez restó importancia a la queja.

24. A favor de esta teoría, reposa en el expediente una prueba -investigación realizada por la Dirección de Desarrollo de Servicios de Salud-, que indica que la pérdida del ojo izquierdo del señor Jesús Antonio Cortés fue ocasionada, por la infección con una bacteria denominada *estafilococo aureus*, germen que no se encontraba en el paciente, sino que estaba en el lugar de la cirugía, razón por la cual se infectaron dos pacientes más, intervenidos quirúrgicamente en esa sala el mismo día. La autoridad de salud encontró en sus estudios preliminares que el Hospital Militar Central incurrió en fallas en la calidad de la atención prestada al actor, fundamentada en las siguientes razones:

No se realizaron exámenes de laboratorio completos tendientes a descartar patología pre quirúrgica y se dejó de realizar otro por falta de reactivo. Falta de seguridad, ya que la presentación de infección intrahospitalaria encontrada a menos de 24 horas después de realizado el procedimiento quirúrgico, que se pudo confrontar con el aislamiento del germen estafilococo aureus... y el reporte de la secretaría de salud, donde se informa que el principal microorganismo causal de infección intrahospitalaria en el Hospital Militar Central fue el estafilococo aureus.

¹⁹ Consejo de Estado, sentencia de 31 de agosto de 2006, exp. 15.772, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, reiterada luego en la sentencia de 28 de septiembre de 2012, exp. 22.424, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

... de la Historia Clínica se encuentra incompleta, faltando el reporte del 13/03/2001 de la nota quirúrgica.. "el diligenciamiento de los registros de la atención de la historia clínica debe ser simultanea ó inmediatamente después que ocurra la prestación del servicio" la cual en este caso no se cumple, puesto que no se registran dichos datos.

25. Así mismo, la Dirección de Desarrollo de Servicios de Salud, amplió el concepto técnico científico emitido anteriormente donde afirmó:

... Considero que la causa principal de la infección está relacionada directamente con la contaminación y el brote detectado en las salas de cirugía, prueba de ello es que en el acta 004 de diciembre 17/01 se reporta que la muestra es positiva para "estafilococo aureos"... la infección adquirida trajo como consecuencia la pérdida total de la visión del ojo mencionado ya que el paciente se le realiza enucleación con posterior colocación de prótesis ocular (comillas fuera del texto original).

Y concluyó que:

... hubo falla institucional por posible infección intrahospitalaria de "endofalmitis" con el paciente Jesús Antonio Cortés presentada presuntamente después de la cirugía ambulatoria de extracción de catarata madura ojo izquierdo el 13/03/2001 la cual se considera como infección nosocomial (comillas fuera del texto original).

26. Sin embargo, posterior a la sentencia de la primera instancia se allegaron al expediente las resoluciones número 52 del 16 de marzo y 66 del 1 de abril de 2004, proferidas por la Secretaría de Salud de Bogotá - la misma institución que se venía citando en los párrafos anteriores- que están encaminadas a desvirtuar el concepto emitido por la misma autoridad distrital el 22 de agosto de 2003 (ver párr. 11.8). Las conclusiones de los mencionados documentos aportados en la segunda instancia -si bien, se basan en los testimonios de los profesionales directamente involucrados con los hechos que aquí se discuten y que son subordinados laboralmente de la parte demandada-, afirman categóricamente que a pesar de las medidas de asepsia adecuadas puede presentarse una infección intrahospitalaria en el paciente durante la intervención quirúrgica. Adicionalmente la autoridad en salud afirmó que no tenía pruebas de que se hayan incumplido los protocolos de higiene el día del procedimiento en la sala de cirugía del Hospital Militar en la que se realizó la intervención al actor, por lo que exoneró a dicha entidad de los cargos elevados por los dos pacientes infectados el mismo día.

27. En cualquier caso, de llegarse a comprobar que no se cumplieron los protocolos de higiene de la sala de cirugía, no podría imputarse responsabilidad al Hospital Militar Central con fundamento en el régimen de falla del servicio pues no

existe evidencia científica que corrobore que ello fue la causa de la infección bacteriana que afectó al demandante. Así se resolvió en el citado caso resuelto el 29 de agosto de 2013²⁰.

28. En estas condiciones, no es posible afirmar que el daño le resulta atribuible a la entidad a título de falla del servicio pues no está demostrado que la afectación del estado de salud del paciente sea consecuencia del desconocimiento de alguno de los deberes a cargo de la entidad en materia de higiene y limpieza para la prevención de infecciones nosocomiales. Pero como lo estableció la Sala en la citada sentencia de agosto 29 de 2013:

En estas condiciones, es claro que la ausencia demostrada de una falla del servicio atribuible a la entidad no conduce necesariamente a afirmar la ausencia de responsabilidad, pues pueden existir otras razones tanto jurídicas como fácticas, distintas al incumplimiento o inobservancia de un deber de conducta exigible al ISS en materia de atención y prevención de enfermedades infecciosas, que pueden servir como fundamento del deber de reparar²¹.

29. Según ya se indicó, en esta sentencia se condenó al Estado merced al daño causado a un menor de edad por una bacteria intrahospitalaria. Como fundamento de la misma, además de lo sostenido por un sector de la doctrina y jurisprudencia extranjera, se indicaron algunos criterios previamente trazados por el Consejo de Estado que permitían considerar el caso dentro de la responsabilidad extracontractual con apoyo en el art. 90 de la Constitución de 1991, así:

En relación con la actividad médica capaz de comprometer la responsabilidad de la administración, debe señalarse que no es solamente

²⁰ “Si bien existen razones de sentido común para pensar que tal comportamiento no contribuye a la higiene del ambiente hospitalario, la Sala no tiene elementos de juicio suficientes para afirmar que éste es constitutivo de falla del servicio pues se desconoce cuál es el contenido de la norma de conducta exigible a la entidad demandada para el manejo y eliminación de este tipo de desechos. En cualquier caso, de llegarse a comprobar que ese comportamiento sí estaba prohibido por las normas y protocolos establecidos para la prevención y control de las enfermedades nosocomiales, no podría imputarse responsabilidad al ISS con fundamento en el régimen de falla del servicio pues no existe evidencia científica que corrobore que ello fue la causa de la infección bacteriana que afectó al demandante” ver nota al pie n°. 15.

²¹ [17] En la sentencia de 28 de septiembre de 2012, exp. 22.424, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo, la Sala declaró la responsabilidad administrativa de la Nación-Ministerio de Salud y Protección Social por la muerte de una niña de 8 meses de edad, ocurrida luego de que fue vacunada contra la difteria, tos ferina y tétanos (DFT), con fundamento en que: “la menor LINA VANESSA RENDÓN GRISALES estando en satisfactorio estado de salud, tan pronto como le fue aplicado el plan de inmunización, previsto en las políticas de salud públicas, para la atención infantil falleció y aunque las pruebas técnico científicas y testimoniales no permiten relacionar la muerte de la pequeña de ocho meses con la aplicación de la vacuna, se conoce que el componente “pertusis” de la DPT (difteria, tos ferina y tétanos), en un porcentaje bajo, pero cierto, implica riesgo para quien lo reciba”.

aquella que se desarrolla contrariando los postulados de la *lex artis* o, dicho en otras palabras, que es consecuencia de un funcionamiento anormal, negligente o descuidado del servicio médico. También la actuación o actividad médica que se despliega en condiciones normales o adecuadas puede dar lugar a que ello ocurra. Y no podría ser de otra forma, porque el eje del sistema de responsabilidad extracontractual en Colombia no es la noción de falla del servicio, sino el daño antijurídico. Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha señalado que:

Con la expedición de la Carta Política de 1991, se introdujo una cláusula general de responsabilidad del Estado que expresamente señala: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”²².

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

Por otra parte, conviene señalar que el régimen que se propone en materia de responsabilidad patrimonial del Estado no se limita a su mera consagración expresa a nivel constitucional, sino que, además incorpora los más modernos criterios sobre la materia, consistentes en radicar el fundamento de esa responsabilidad en el daño antijurídico y en su imputabilidad al órgano estatal. De esta manera se resuelve el problema que hoy ya plantea la evidente insuficiencia del criterio de la llamada “falla del servicio público”, dentro de la cual no caben todas las actuales formas y casos de responsabilidad patrimonial, tales como el de “la responsabilidad por daño especial”.

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

Resulta claro, entonces, que la razón de ser del artículo 90 fue la de resaltar el papel central de la víctima -y no del Estado- en la dilucidación de los casos en los cuales se controvirtiera la existencia de la responsabilidad estatal. Tal

²² [26] Artículo 90. Constitución Política.

visión resulta concordante con la consagración del Estado Colombiano como un Estado Social de Derecho en el cual la dignidad de los individuos ha pasado a ser la base y el centro del ordenamiento jurídico.

(...).

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

30. El fallo de 29 de agosto de 2013 igualmente destacó que, tratándose específicamente de la responsabilidad por infecciones nosocomiales, existe en el derecho comparado una clara tendencia orientada hacia la objetivación de la responsabilidad de los establecimientos de salud, en virtud de la cual al paciente le basta con demostrar que el daño que padece es consecuencia de una enfermedad adquirida durante su permanencia en el centro hospitalario.

31. Así, por ejemplo, Francia ha establecido en su legislación un sistema de responsabilidad sin culpa²⁴ que opera en los casos de infecciones nosocomiales y que descansa sobre tres pilares fundamentales: “*el riesgo (las infecciones nosocomiales existen y cualquiera puede padecerlas), la igualdad (todas las personas son iguales y por ello todas tienen derecho a estar protegidas de igual forma) y la solidaridad (pese a que no se enfermarán todos, todos debemos*

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

²⁴ 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.

hacernos cargo porque podría dañar a cualquiera)”²⁵. En el marco de este sistema, los establecimientos y profesionales de la salud, sean de carácter público o privado, responden por los daños resultantes de infecciones hospitalarias, salvo si ellos logran demostrar que la infección fue causada por un factor ajeno al servicio sanitario²⁶.

32. En Argentina, al lado de quienes consideran que las infecciones intrahospitalarias comportan la concreción de un riesgo propio de la actividad asistencial²⁷, 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 (...)*”²⁸.

33. 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 público²⁹. El criterio aplicado en estos casos ha sido el de presunción de culpa, que encuentra sustento legal en el artículo 2329 del Código Civil. No obstante, esta postura ha sido criticada por un sector de la doctrina, que considera que es el daño y no la culpa 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*”³⁰.

²⁵ Josefina Tocornal Cooper, *Responsabilidad civil por infecciones intrahospitalarias*, en Revista Chilena de Derecho [on line], 2010, vol. 37, n.º 3, p. 16.

²⁶ Enrique Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, editorial jurídica de Chile, 2009, p. 693, nota n.º 132.

²⁷ Celia Weingarten, “*Responsabilidad de los establecimientos asistenciales públicos y privados por daños causados por infecciones hospitalarias: La situación en el sistema sanitario argentino*”, en Gaceta Internacional de ciencias forenses, n.º 2, enero-marzo 2012, p. 27.

²⁸ Juan Manuel Prevot, *Op. Cit.*, p. 329.

²⁹ Enrique Barros Bourie, *Op. Cit.*, p. 693, Josefina Tocornal Cooper, *Op. Cit.* p. 13.

³⁰ Josefina Tocornal Cooper, *Op. Cit.* p. 14.

34. En España existe la Ley General de Consumidores y Usuarios³¹, que establece en su artículo 28 un sistema de responsabilidad objetiva que se extiende a los usuarios de los servicios de sanidad. Se destaca también que, por ley, todas las instituciones sanitarias, públicas y privadas están cubiertas por un seguro obligatorio de responsabilidad sanitaria.

35. En nuestro país, el marco teórico de la responsabilidad aplicable a los casos de infecciones nosocomiales o intrahospitalarias, ha sido poco desarrollado por la jurisprudencia. No obstante, existen algunos escasos pronunciamientos de esta Corporación en los que el tema ha sido mencionado para efectos de señalar que los daños derivados de este tipo de infecciones no pueden ser considerados como “eventos adversos”³², asociados al incumplimiento de la obligación de seguridad y vigilancia jurídicamente exigible a las instituciones prestadoras de servicios de salud, sino que deben ser analizados desde un régimen objetivo de responsabilidad:

(...) en los daños derivados de infecciones intrahospitalarias o nosocomiales (...) constituyen lesiones antijurídicas que se analizan dentro de los actos médicos y/o paramédicos, y que, por consiguiente, se rigen por protocolos científicos y por la lex artis; en consecuencia, si bien gravitan de manera cercana a la obligación de seguridad hospitalaria, no pueden vincularse con la misma, motivo por el que en su producción no resulta apropiado hacer referencia técnicamente a la generación de un evento adverso. Por el contrario, aquéllos constituyen daños antijurídicos que tienden a ser imputados o endilgados –y así ha sido aceptado por la mayoría de la doctrina y jurisprudencia extranjeras–³³ 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

³¹ La Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios es el Real Decreto Legislativo 1/2007, aprobado el 16 de noviembre de 2007 y publicado en el Boletín Oficial del Estado el 30 de noviembre de ese año.

³² El anexo técnico de la Resolución n.º 1446 de 2006, del Ministerio de la Protección Social, define los “eventos adversos” como “las lesiones o complicaciones involuntarias que ocurren durante la atención en salud, los cuales son más atribuibles a ésta que a la enfermedad subyacente y que pueden conducir a la muerte, la incapacidad o al deterioro en el estado de salud del paciente, a la demora del alta, a la prolongación del tiempo de estancia hospitalizado y al incremento de los costos de no calidad. Por extensión, también aplicamos este concepto a situaciones relacionadas con procesos no asistenciales, que potencialmente puedan incidir en la ocurrencia de las situaciones arriba mencionadas”.

³³ [19] 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 causales en el ámbito sanitario”, Ed. Comares, Granada, 2006.

*daño en cabeza del servicio médico y sanitario brindado, asociado con el factor de riesgo que conllevan las mencionadas circunstancias*³⁴.

36. En suma, el caso que ahora se resuelve toma como precedente la sentencia de agosto 29 de 2013, que se reitera en la presente ocasión y a la cual se le agregan en esta oportunidad razones dogmáticas, normativas, científicas y filosóficas que sirven para fortalecer lo afirmado entonces, acoger bajo la misma doctrina el caso *sub examine* y responder a algunos interrogantes que la comunidad interesada ha planteado.

Razones dogmáticas

37. La responsabilidad por infecciones intrahospitalarias en efecto se encuentra apoyada por la teoría del riesgo en la modalidad de riesgo alea³⁵. Como se sabe, en esta teoría el que lo crea se le tiene por responsable o como lo dijo nuestra Corte Suprema de Justicia, “el deber de reparar el daño dimana de la idea de que quien ejecuta una actividad generadora de riesgo tiene que responder de las consecuencias de su realización independientemente o abstracción hecha de la consideración de culpa”³⁶. La teoría corresponde a la idea de que en la sociedad del riesgo, los remedios a los daños causados a las víctimas tienen un fundamento más allá de la culpa del agente y presentan variables que van desde los seguros, la seguridad social y la adjudicación judicial, tal como se indicó en el fallo de agosto 29/2013. Ello no ha sido obstáculo para que sectores de la doctrina aún continúen considerando la responsabilidad sin culpa como “un ideal legislativo”³⁷.

38. Cuando se habla de atribución de responsabilidad por riesgo, son variados los eventos del mismo: riesgo-peligro, riesgo-beneficio, riesgo-conflicto y riesgo-alea³⁸. Esta última categoría ha sido entendida como aquella en la que la actividad desarrollada por el Estado causa un daño mediado por el azar. En la mencionada providencia se consideró que en este título se puede incluir el caso de las infecciones intrahospitalarias. En efecto, si el ejercicio de la medicina comporta en muchos casos actividades riesgosas –que no peligrosas- y muchos usuarios se encuentran expuestos a contraer tales infecciones –pero no todos ellos son

³⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 19 de agosto de 2009, exp. 17.733, C.P. Enrique Gil Botero. En el mismo sentido, véase la sentencia de 24 de marzo de 2001, exp. 20.836, C.P. Enrique Gil Botero.

³⁵ Ver párrafos 38-41 de la citada sentencia de agosto 29/2013.

³⁶ Sala de Casación Civil, sentencia de 11 de octubre de 1985, ponente: Humberto Murcia Ballén.

³⁷ Javier Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, 2 ed., T. I., Bogotá, Legis, 2007, p. 870.

³⁸ Ver párrafos 40 y ss. de la sentencia de octubre 29/2013.

necesariamente víctimas-, se está ante una situación típica del riesgo-alea que al realizarse, puede generar responsabilidad.

39. No sobra advertir que la prueba del daño causado por una IACS corre por cuenta del demandante. Y sin perjuicio de que el caso pueda ser estudiado a la luz de la falla del servicio –por falta de asepsia por ejemplo-, la responsabilidad objetiva en este caso exige demostrar que el causante del daño fue una bacteria multirresistente que se hallaba dentro del hospital, para lo cual vale todo tipo de pruebas idóneas: peritajes, documentos e indicios tales como la demostración de que el daño fue producido por una bacteria típicamente intrahospitalaria –v.g. el *estafilococo aureus*-, o luego de un determinado plazo de estadía en el hospital³⁹.

40. Para tal efecto resulta relevante atender a la prueba indiciaria que permita establecer si el daño es la materialización del riesgo alea en el contexto de la prestación del servicio médico o si lo que se evidencia es una causa externa generadora del daño⁴⁰. Si la bacteria original tiene la característica de ser multi-resistente, esta circunstancia puede ser considerada como indicio grave de que fue adquirida en el ambiente hospitalario. El mismo efecto tiene la comprobación del incumplimiento de protocolos de esterilización y la falta de mantenimiento de la planta física en estrictas y máximas condiciones de aseo.

41. En resumen, para dar aplicación al régimen objetivo de responsabilidad por daños derivados de la adquisición de una bacteria nosocomial, deberá constatarse que el daño: a) tuvo su origen en una infección de origen exógeno al paciente, b) fue ocasionado por una bacteria multirresistente y c) por tanto, resultó inevitable para la institución la producción del mismo –porque de haber sido evitable se trataría eventualmente de una falla el servicio-, esto es, la constatación de que se ha concretado el riesgo aleatorio al que están sometidos los usuarios del sistema

³⁹ “En casos dudosos, cuando la situación exacta de admisión es desconocida, es comúnmente aceptado tomar como punto de limitación un plazo de 48 horas; así, cuando la infección aparece luego del lapso de tiempo precitado y no surja de la documental clínica que el paciente la traía consigo, se presume que fue adquirida en el hospital. Inversamente, si se manifiesta antes de dicho plazo temporal, se estima –salvo prueba en contrario- que afecta la comunidad”, Juan Manuel Prevot, Responsabilidad Civil de los Médicos, Buenos Aires, 2008, p. 313-314.

⁴⁰ Según la Resolución n.º 52 del 16 de marzo de 2004, “por medio de la cual se decide la investigación administrativa radicada bajo el n.º 59/2003, Hospital Militar Central” Existen factores exógenos generadores de infección: a) la virulencia de la cepa: determinada por la patogenicidad de las especies y el número de microorganismos -generalmente los agentes infecciosos adquiridos en el medio hospitalario, pueden presentar más patogenicidad-, y b) inherentes a la institución: incluyen la planta física, su mantenimiento, el cumplimiento de protocolos, el volumen y rotación del personal y el cumplimiento estricto por parte de éste de todas las normas de bioseguridad pertinentes.

de salud y que en términos de distribución de cargas resultaría excesivo imponerla al paciente.

42. Por último, respecto de los eximentes de responsabilidad⁴¹, es importante la diferenciación exógeno/endógeno, toda vez que la parte demandada puede exonerarse de responsabilidad cuando el origen del daño le fue ajeno, es decir, cuando la infección adquirida fue de origen endógeno del organismo del paciente. Sin embargo, esta situación no puede confundirse con aquella en la que el paciente no traía en su cuerpo el agente patógeno, sino que lo adquirió en el nosocomio, pero se aducen sus condiciones de particular vulnerabilidad para sustraer la responsabilidad de la institución de salud, pues en estos casos sí es aplicable el régimen de responsabilidad objetiva del que se ha hablado. Lo anterior, por cuanto las personas que acuden a los centros de salud, son en su mayoría niños o ancianos, o personas jóvenes pero que se encuentran en situación de enfermedad o anomalía en su salud, lo que *per se* les hace vulnerables a la adquisición de infecciones ocasionadas por aquellas bacterias que habitan en los hospitales, y que precisamente por habitar allí se han adaptado, convirtiéndose en multi-resistentes. Es por eso que en las unidades de cuidados intensivos y en general en las instalaciones de clínicas y hospitales deben extremarse las medidas de prevención de adquisición de infecciones de carácter nosocomial.

Razones normativas

43. **Carácter riesgoso de ciertos aspectos del servicio de salud.** La Sala reitera que la actividad médica no comporta una actividad peligrosa sino de riesgos en ciertas actividades asociadas a la prestación del servicio.

43.1. La salud es un servicio público a cargo del Estado, y es su obligación prestarlo con calidad, directamente o a través de particulares. El daño que se ocasione a las personas con ocasión de su prestación deviene en una responsabilidad estatal que puede generarse por una acción u omisión, como cuando el servicio es deficiente o inexistente; pero también cuando sin que exista falla alguna, hay un daño, que en todo caso no tiene por qué asumir el paciente. Como se ha visto, la doctrina y la jurisprudencia especializada en el tema hablan

⁴¹ Ver al respecto los párrafos 43 y 44 de la citada sentencia de agosto 29/2013, en donde se descartan como tales tanto el caso fortuito como los riesgos del desarrollo.

en tales casos de responsabilidad objetiva, una de cuyas formas de expresión es el riesgo.

43.2. El servicio de salud comporta riesgos típicos asociados, pero ellos no pueden convertirse en un limitante para el cumplimiento de la obligación de prestarlo. Es decir, por temor a la concreción de un riesgo propio de las intervenciones, no debe negarse la prestación del servicio o dejar de practicarse un procedimiento que busca mejorar la salud del paciente. Lo que debe hacerse es aumentar las medidas de prevención y hacer cada vez más rigurosos los protocolos orientados a evitar contagios por bacterias intra-hospitalarias.

43.3. El azar que permea el ejercicio médico no puede servir de disculpa para no atender con responsabilidad y suficiencia una determinada patología, de tal manera que el servicio se debe prestar y el médico debe actuar en el escenario de riesgo que comporta su actividad. Cabe aclarar que la única posibilidad de que un médico responda patrimonialmente por un daño causado a un paciente es que se compruebe que actuó con dolo o culpa grave. Es decir, no siempre (de hecho casi nunca) que la institución médica es declarada responsable de un daño padecido por el paciente, se compromete la responsabilidad del personal médico. En conclusión, si el personal vinculado al servicio de salud actuó de forma correcta, siguiendo los protocolos a los que se encuentra obligado y en general obedeciendo la *lex artis*, no tiene por qué responder como llamado en garantía al proceso de reparación directa.

44. La Sala considera que nada obsta para hacer extensiva la categoría de riesgo-álea a los casos en los cuales el daño es consecuencia de una infección contraída en un centro asistencial como quiera que en todas estas situaciones el daño surge por la concreción de un riesgo que es conocido por la ciencia médica, pero que se torna irresistible en tanto su concreción depende, muchas veces, de la "*ineludible mediación del azar*".

Razones científicas

45. Para la Sala es claro que las bacterias que causan las infecciones asociadas al cuidado de la salud –IACS- no pueden erradicarse totalmente y por ello su prevención es solo parcialmente posible. Incluso algunos procedimientos muestran mayor exposición a la colonización bacteriana que otros. Así, las bacteriemias

asociadas a catéteres urinarios o a tubos orotraqueales suelen tener una menor tasa de prevención que cualquiera otras. Si a ello se suman factores inexorables en la prestación del servicio de salud, como el sitio operatorio, la duración del procedimiento o la complejidad del acto operatorio, no cabe duda tanto del riesgo real asociado al servicio de salud, como de la imposibilidad de llevarlo a cero.

46. Pero es eso justamente lo que caracteriza el riesgo: ninguno es posible preverlo totalmente. Sin embargo, los remedios no pueden ser el abandono de la actividad o servicio o el planteamiento de alternativas falaces. La conducción de vehículos, por riesgosa que sea no debe plantear la parálisis del desplazamiento vehicular masivo, ni la defensa ciudadana la prohibición del uso oficial de armas. Mucho menos la parálisis de un servicio básico y vital como la salud, por la existencia de bacterias multirresistentes en los hospitales.

Razones filosóficas

47. La pregunta que debe resolverse entonces es ¿quién debe asumir el riesgo en escenarios como los descritos? Es decir, en situaciones en las que científicamente es imposible llevar a cero el riesgo y, por ello mismo, se causa un daño no a la totalidad de la población, ni siquiera a un grupo reducido de posibles afectados, sino a una persona a quien en “suerte” le correspondió el mal. La pregunta podría desagregarse así: ¿En la medida en que los seres humanos son portadores de bacterias susceptibles de translocación con ocasión de procedimientos diagnósticos o quirúrgicos, o por tratarse de “bacterias ambientales”, se está ante un típico riesgo permitido o riesgo general de la vida? ¿Cuál de las partes concernidas en la adquisición de infecciones intrahospitalarias debe asumir el riesgo: la fuerte o la débil? ¿La realización de este tipo de riesgo debe ser tolerado por considerar en general beneficiosa la atención en salud?

48. Estos interrogantes exigen una breve revisión de los fundamentos últimos del derecho de daños. ¿Por qué quien causa un daño debe responder? Como se sabe, las respuestas más conocidas provienen de tres tendencias teóricas y que la Sala resume a continuación⁴².

⁴² Tomado de Jorge Fabra Zamora, “Estudio introductorio. Estado del arte de la filosofía de la responsabilidad extracontractual”, en *La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual*, Carlos Bernal Pulido y Jorge Fabra Zamora (editores), Serie intermedia de teoría jurídica y filosofía del Derecho, n.º 12, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 23 a 117. Sin duda se trata de un análisis completo, esclarecedor y a la vez propositivo sobre el tema.

49. De un lado está el análisis económico del derecho, de otro las teorías basadas en la justicia –dos concepciones éticas diferentes-, en donde se resalta el papel de la justicia correctiva y finalmente una mixtura entre las dos. Las primeras ponen el énfasis en la eficiencia, las segundas en la dignidad/justicia y la tercera propone un equilibrio entre mercado y moral. Como este no es el espacio para un debate académico, la Sala solo resalta dos aspectos del texto citado: la pertinencia de reorientar la *eficiencia* –el valor central del análisis económico del Derecho- hacia la política pública, y la *justicia* –el valor central de las diferentes teorías de la justicia- hacia la adjudicación, con lo cual se lograría el equilibrio necesario que justifica y explica de mejor forma la responsabilidad extracontractual. Un híbrido que permite sostener “que la responsabilidad extracontractual se explica y justifica mediante un equilibrio reflexivo de fundamentos consecuencialistas y no-consecuencialistas”⁴³.

50. En cualquier caso, el estado del arte de justificación filosófica de la responsabilidad extracontractual centra su atención en la culpa, en la medida en que el aspecto sobresaliente en el que la justicia correctiva hace su entrada es el de la relación dañador-víctima. Los casos de responsabilidad sin culpa son tratados marginalmente y, al hacerlo, la fundamentación correría por una cuerda distinta a la justicia correctiva, con lo cual el criterio llamado a llenar el vacío sería la maximización y la eficiencia.

51. Esto pone de presente varios problemas. Uno de ellos es que la responsabilidad objetiva no necesariamente es marginal o por lo menos, en casos como el colombiano, lo es cada vez menos, con lo cual la frontera de lo central-marginal debe redefinirse. Otro es que en este tipo de responsabilidad la relación dañador-víctima es inadecuada o necesita de una reinterpretación; y otro más es que un caso especial de responsabilidad objetiva como el daño causado por terceros exige un ajuste a la teoría mixta de fundamentación filosófica.

52. Si se asume que la responsabilidad objetiva comprende casos de daños en el que la culpa no interviene o en los que el actuar legítimo causa un daño o aún en los que un cierto estado de cosas –no necesariamente una conducta legítima- genera el daño, vale la pregunta si estos son casos marginales o centrales de la responsabilidad, no solo en términos cuantitativos, sino también cualitativos, en la

⁴³ Para el debate teórico, ver “*Panorama y estado actual de la responsabilidad médico hospitalaria en Colombia*”, en Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Derecho Procesal Administrativo Modernización del Estado y Territorio, estudios en homenaje a Augusto Hernández Becerra, editorial Ibáñez, Bogotá, 2014, p. 205-239.

medida en que muchos de ellos ejemplifican la manera como actualmente se presentan los daños relevantes en las personas: masivamente –piénsese en los daños a consumidores o a víctimas de conflictos armados o por cambios climáticos o por intervenciones agresivas al medio ambiente-, al amparo de aparatos burocráticos y con ocasión de los más variados propósitos –no todos plausibles: piénsese en la diferencia de una conducta orientada por el servicio público y otra por la obtención de ganancias-. Ante la hipótesis de tratarse de todo menos de casos marginales, la explicación filosófica que quiere darse por vía de excepción no parece la más adecuada.

53. Casos como el de las infecciones nosocomiales fuerzan una reinterpretación de la noción y relación “dañador-víctima”. Para imputar responsabilidad en estos casos, es necesario no solo poner el énfasis en los derechos de la víctima, sino entender que el carácter de dañador se adquiere por una suerte de *atribución general* –que no imputación-, asociada al papel que cumple y debe cumplir el Estado en un marco normativo especial. Aquí el tercero no es un eximente sino una correa de transmisión de la responsabilidad. No se presenta, entonces, una relación típica dañador-víctima pues el daño es causado por una bacteria que científicamente es imposible de neutralizar en los nosocomios. Si se asume la ausencia de culpa, solo una noción como la de *atribución general* puede justificar la responsabilidad. En este caso corresponde a una de las funciones públicas por antonomasia: el servicio público esencial de salud y su correlato el derecho fundamental, autónomo e irrenunciable a la salud.

54. La pregunta que gobierna esta parte del debate es la siguiente: ¿qué comprende el derecho y el servicio de salud? Si en la respuesta hay que incluir políticas preventivas se da entonces un primer paso a favor de la tesis de la responsabilidad. Si adicionalmente se incluye un compromiso ético compatible con el (o más cercano al) destinatario del servicio y solo en segundo plano compatible con otras consideraciones diferentes asociadas al servicio, como la eficiencia o la maximización, la tesis de la responsabilidad parece estar justificada.

55. Se puede objetar que una cosa es una comprensión amplia del servicio de salud y otra bien distinta es confundirlo con una beneficencia, escenario que estaría ejemplificado en el caso del daño causado por una bacteria nosocomial imposible científicamente de erradicar. Razones conceptuales –como que la beneficencia no está incluida en la noción de servicio de salud por más amplia que se pretenda esta comprensión- y justificatorias llevarían a considerar el caso como

una excepción típica en donde la teoría mixta, aquella que resalta el “equilibrio reflexivo de fundamentos consecuencialistas y no-consecuencialistas”, daría razones para optar por la eficiencia en el caso, de modo que no habría responsabilidad y técnicamente se presentaría como una fuerza mayor –o caso fortuito externo-.

56. La teoría mixta en efecto dejaría saldado el caso en los términos expuestos porque: (i) las infecciones nosocomiales se causan sin culpa alguna del agente, con lo cual estaríamos ante un evento de los llamados marginales y (ii) a los que no se aplicaría de manera privilegiada la regla de la justicia correctiva -no hay un error que corregir-. Ello (iii) impone la aplicación de la excepción a fin de que, en todo caso, el asunto pueda ser explicado. Así, (iv) estaría justificada una solución que privilegie la eficiencia -lo que se traduce en la ausencia de responsabilidad- pues los recursos escasos tienen un mejor destino si se siguen invirtiendo en los intentos de llevar las bacterias multirresistentes a cero –así ello sea un imposible científico-, que si se entregan a la víctima, con violación al principio de igualdad. Adicionalmente, una solución que privilegie la justicia correctiva –además de ser contra natura, porque no hay falta que corregir- generaría un incentivo perverso consistente en una atención en salud excluyente pues se sabe que ciertos pacientes suelen ser más propicios al daño por bacterias nosocomiales.

57. Sin embargo, la Sala considera que existe otra ruta. Si bien la regla de justicia correctiva no puede justificar claramente la responsabilidad en un caso como este, ello no significa que la solución deba ir de la mano de la excepción tipo eficiencia y maximización. Otra regla puede entrar en el balance de razones. Se trata de la justicia distributiva, una regla que parece cobijar casos “marginales” como los que están asociados a la responsabilidad sin culpa u objetiva.

58. Varias consecuencias tiene esta inclusión. La primera es que no altera el propósito de la teoría mixta y en cambio sí la saca de un balance de razones del tipo regla-excepción, que no deja de ser problemática. Esto sugiere, en segundo lugar, que también los criterios propios del análisis económico del derecho sean leídos en clave de regla, con lo que se garantiza un resultado fruto de un genuino balance de razones –económicas y morales p.e.-. La tercera y más importante consecuencia es que la justicia distributiva entra a terciar en la disputa con el mismo peso inicial que las otras reglas.

59. Este juego de razones necesita un supuesto: que la justicia distributiva no es un monopolio de la política –aunque sí su principal escenario-, sino también pasible de adjudicación, lo que a partir de Rawls no parece discutible. Este supuesto, además, parece encontrar asidero no solo en las prácticas judiciales más recientes en casos relevantes, sino también en una cierta concepción de la función del juez, a saber aquella asociada a servirse del caso para motivar los avances de la política pública –en especial la preventiva- relativa al asunto concernido.

60. Sirvan estas reflexiones de complemento filosófico a la solución de un caso difícil como el de la responsabilidad por infecciones nosocomiales. Una conclusión posible de todo lo dicho hasta ahora por la Sala, es la siguiente: la normatividad vigente en materia de responsabilidad y derecho a la salud –v.g. artículos 49 y 90 constitucionales-, con apoyo en la dogmática estándar –doctrina y jurisprudencia, nacional y extranjera-, permiten imputar al Estado el daño causado a personas afectadas por bacterias intrahospitalarias. Además de la justicia correctiva y el análisis económico del derecho, el derecho de daños encuentra justificación en la justicia distributiva, fundamentos todos en los que el juez puede apoyar sus decisiones. De hecho, en el presente caso se impartirán órdenes que reflejan aspectos jurídicos, morales y de eficiencia.

61. La Sala es consciente de la tensión que genera el tipo de decisiones que en casos como este se dispone, pues como puede verse más claramente a la luz de los modelos de justicia existentes para dar cuenta de la responsabilidad del Estado por daños, hay distintos modos de explicar y justificar los daños causados a las personas en contextos de Estados con recursos escasos, pero ello no puede ser óbice para tomar una decisión acorde con la doctrina, y la jurisprudencia vigente y, especialmente, atendiendo la normatividad que rige el derecho de daños en Colombia y su carácter de Estado social de derecho. No obstante, considera igualmente que la existencia de mecanismos de distribución del riesgo distintos del de la adjudicación, pueden contribuir eficazmente a eliminar la tensión existente entre las aspiraciones de la justicia distributiva y las de la justicia correctiva, lo cual será observado en el siguiente apartado de reparaciones.

V. Reparación integral: indemnización, medidas administrativas y legislativas

62. La complejidad de casos como el presente llevan entonces a la Sala a considerar la pertinencia no solo de indemnizar los daños causados, sino también y especialmente de llamar la atención a las autoridades concernidas para tratar adecuadamente los remedios necesarios orientados a enfrentar conjuntamente el problema de las IACS.

Perjuicios morales

63. No obstante en la demanda se solicitó la indemnización de perjuicios en gramos oro, el *a quo* fijó el valor de la condena por perjuicios morales en salarios mínimos, teniendo en cuenta que la Sala abandonó el criterio de remisión al oro para establecer el valor de la condena.

64. En los eventos de lesiones corporales, la cuantificación del perjuicio deberá hacerse en consideración a las condiciones en que se produjo la lesión y su mayor o menor gravedad⁴⁴. En el caso concreto, está demostrado que Jesús Antonio Cortés sufrió la pérdida absoluta del ojo izquierdo. El monto de la indemnización fue estimado por el tribunal en cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes para el lesionado, valor que se encuentra acorde con los parámetros jurisprudenciales de esta Corporación, razón por la cual será confirmado⁴⁵.

⁴⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 10 de agosto de 2005, exp. 16.205, C.P. María Elena Giraldo Gómez. En el mismo sentido, véanse las sentencias de 19 de septiembre de 2011, exp. 20.078, y de 14 de junio de 2012, exp. 24.157, con ponencia del suscrito consejero ponente.

⁴⁵ El Consejo de Estado ha proferido condenas dentro del rango entre 30 y 60 salarios mínimos legales mensuales vigentes por la pérdida de un ojo, en los últimos dos años así: En sentencia del 22 de octubre de 1997, se condenó por concepto de perjuicios morales al pago de 400 gramos oro (lo que equivalía a 30 smlmv para el año 1997) a favor de una señora que fue operada de cataratas y con motivo de la cirugía adquirió una infección ocular y perdió el ojo derecho (exp. 11607, C.P. Carlos Betancur Jaramillo); el 29 de enero de 2014, se condenó por concepto de perjuicios morales al pago de 30 smlmv en favor de un hombre que perdió el ojo derecho en un accidente por caída a una alcantarilla destapada (exp. 76001-23-31-000-1999-02042-01(30356), C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera); el 30 de octubre de 2013 se condenó por concepto de perjuicios morales al pago de 60 smlmv en favor de un niño que perdió el ojo izquierdo con motivo de una falla médica (exp. 66001-23-31-000-1998-00181-01(24985), C.P. Danilo Rojas Betancourth); el 28 de febrero de 2013 se condenó por concepto de perjuicios morales a pagar 50 smlmv en favor de un hombre que perdió el ojo derecho por lesión ocasionada en el marco del enfrentamiento entre la fuerza pública y campesinos marchantes (exp. 18001-23-31-000-1998-00150-01(23637), C.P. Stella Conto Díaz del Castillo); y el 29 de agosto de 2013 se condenó por concepto de perjuicios morales al pago de 90 smlmv a favor de un niño que adquirió una infección nosocomial y quedó con cuadruplejía (exp. 30283, C.P. Danilo Rojas Betancourth).

65. Ahora bien, esta Corporación no comparte la decisión del tribunal de primera instancia, en el sentido de no reconocer indemnización a Doris Cecilia Cortés Chivata, Gloria Stella Cortés Chivata y Ana Elvia Susa Prieto por los perjuicios morales sufridos como consecuencia de la lesión física padecida por su padre. Al respecto, esta Corporación ha sostenido que *“el hecho de que esté acreditado el parentesco representa un indicio para la configuración del daño en los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad⁴⁶ y primero civil, esto es, respecto de los padres, hermanos, abuelos e hijos del afectado y de su cónyuge o compañera permanente⁴⁷”*. Las razones que sustentan el paso del hecho indicador del parentesco, a la circunstancia de que el daño causado a una persona afecta moralmente a sus parientes, se fundamentan en que: *“a) la experiencia humana y las relaciones sociales enseñan que entre los parientes existen vínculos de afecto y ayuda mutua y b) las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes (artículo 42 de la C.P.)⁴⁸”*. Lo anterior no obsta para que, *“...en los eventos en que no esté acreditado el parentesco se pruebe el dolor moral de estos parientes en calidad de damnificados⁴⁹, mediante el uso de los diversos medios de prueba que dispone el C.P.C., de los cuales se pueda inferir el daño moral sufrido⁵⁰”*.

66. Por lo anteriormente expuesto, se reconocerá a favor de Doris Cecilia Cortés Chivata y Gloria Stella Cortés Chivata veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la ejecutoria de esta providencia, para cada una. Y veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la ejecutoria de esta providencia en favor de la señora Ana Elvia Susa Prieto.

⁴⁶ [24] Artículo 37 C.C.: *“Los grados de consanguinidad entre dos personas se cuentan por el número de generaciones. Así, el nieto está en segundo grado de consanguinidad con el abuelo, y los primos hermanos en cuarto grado de consanguinidad entre sí.”*

⁴⁷ [25] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias; del 10 de abril de 2003, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros, radicación n.º 13834; del 10 de julio de 2003, C.P. María Elena Giraldo Gómez, radicación n.º 14083; del 12 de febrero de 2004, C.P. Ricardo Hoyos Duque, radicación n.º 14955; del 24 de febrero de 2005, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, radicación n.º 14335; del 10 de marzo de 2005, C.P. Germán Rodríguez Villamizar, radicación n.º 14808; del 8 de marzo de 2007, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, radicación n.º 15459; del 23 de abril de 2008, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, radicación n.º 16186; del 19 de noviembre de 2008, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, radicación n.º 28259.

⁴⁸ Consejo de Estado, sentencia del 29 de octubre de 2012, exp. 23346, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

⁴⁹ [26] Consultar las siguientes sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado: del 27 de enero del 2000, C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez, radicado n.º 10867; del 24 de febrero de 2005, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, radicado n.º 14335; del 1 de marzo de 2006, C.P. María Elena Giraldo Gómez, radicado n.º 17256; del 23 de abril de 2008, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, radicado n.º 16186.

⁵⁰ Consejo de Estado, sentencia del 29 de octubre de 2012, exp. 23346, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

67. El *a quo* reconoció la suma de dinero equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales, por concepto de daño a la vida de relación, monto que será confirmado por esta Sala. Sin embargo se aclara que mediante sentencia de la Sección Tercera de esta Corporación del 14 de septiembre de 2011 la denominación correcta del perjuicio a indemnizar es la de daño a la salud por tratarse de una afectación física. La sentencia indicó que⁵¹:

De modo que, el “daño a la salud” –esto es el que se reconoce como proveniente de una afectación a la integridad psicofísica– ha permitido solucionar o aliviar la discusión, toda vez reduce a una categoría los ámbitos físico, psicológico, sexual, etc., de tal forma que siempre que el daño consista en una lesión a la salud, será procedente determinar el grado de afectación del derecho constitucional y fundamental (artículo 49 C.P.) para determinar una indemnización por ese aspecto, sin que sea procedente el reconocimiento de otro tipo de daños (v.gr. la alteración de las condiciones de existencia), en esta clase o naturaleza de supuestos. Se reconoce de este modo una valoración del daño a la persona estructurado sobre la idea del daño corporal, sin tener en cuenta categorías abiertas que distorsionen el modelo de reparación integral. Es decir, cuando la víctima sufra un daño a la integridad psicofísica sólo podrá reclamar los daños materiales que se generen de esa situación y que estén probados, los perjuicios morales de conformidad con los parámetros jurisprudenciales de la Sala y, por último, el daño a la salud por la afectación de este derecho constitucional.

... En otros términos, un daño a la salud desplaza por completo a las demás categorías de daño inmaterial como lo son la alteración grave a las condiciones de existencia -antes denominado daño a la vida de relación– precisamente porque cuando la lesión antijurídica tiene su génesis en una afectación negativa del estado de salud, los únicos perjuicios inmateriales que hay lugar a reconocer son el daño moral y el daño a la salud.

En esa perspectiva, se insiste, la noción de daño a la vida de relación que sirvió al Consejo de Estado para indemnizar los perjuicios inmateriales sufridos por el sujeto, diferentes al moral, no es más que un concepto que ya no es utilizado por la doctrina y jurisprudencia italianas...

Desde esa panorámica, los daños a la vida de relación o a la alteración de las condiciones de existencia, no podrán servir de instrumento para obtener la reparación del daño a la salud, es decir, son improcedentes para reparar las lesiones a la integridad psicofísica...

Entonces, como se aprecia, el daño a la salud gana claridad, exactitud y equidad donde los precisados perjuicios la pierden,

⁵¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, rad. 05001-23-25-000-1994-00020-01(19031), C.P. Enrique Gil Botero.

puesto que siempre está referido a la afectación de la integridad psicofísica del sujeto, y está encaminado a cubrir no sólo la modificación de la unidad corporal sino las consecuencias que las mismas generan, razón por la que, sería comprensivo de otros daños como el estético, el sexual, el psicológico, entre otros, sin que existiera la necesidad de ampliar en demasía la gama o haz de daños indemnizables...

... se itera, cuando el daño se origine en una lesión psíquica o física de la persona el único perjuicio inmaterial, diferente al moral que será viable reconocer por parte del operador judicial será el denominado "daño a la salud o fisiológico", sin que sea posible admitir otras categorías de perjuicios en este tipo de supuestos...

En consecuencia, se adopta el concepto de daño a la salud, como perjuicio inmaterial diferente al moral que puede ser solicitado y decretado en los casos en que el daño provenga de una lesión corporal, puesto que el mismo no está encaminado al restablecimiento de la pérdida patrimonial, ni a la compensación por la aflicción o el padecimiento que se genera con aquél, sino que está dirigido a resarcir económicamente –como quiera que empíricamente es imposible– una lesión o alteración a la unidad corporal de la persona, esto es, la afectación del derecho a la salud del individuo.

Medidas administrativas

68. La Sala reiterará la medida dispuesta en la sentencia de agosto 29/2013 sobre el papel preventivo que en casos como el presente debe desempeñar el Ministerio de Salud⁵², pero la adiciona en esta ocasión en el sentido de tomar las medidas y procedimientos tendientes a asegurar que los reportes de clínicas y hospitales colombianos acerca de las IACS, correspondan con la realidad, a fin de que las políticas pertinentes cuenten con la información veraz –evitar los sub-reportes orientados p.e. a evitar la glosa de las facturas de cobro- y así disponer los remedios adecuados –recomendaciones, incentivos y de ser el caso sanciones-.

Medidas legislativas

69. El mandato de reparación del daño antijurídico contenido en el artículo 90 de la Constitución Política es perentorio y no meramente un enunciado desiderativo.

⁵² Se reivindica así el papel preventivo que adjudicaciones como la del presente caso propician. En sentido contrario puede verse Maximiliano Aramburo, "Responsabilidad civil y riesgo en Colombia: apuntes para el desarrollo de la teoría del riesgo en el siglo XXI", en Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, vol. 38, n.º 108, enero-junio de 2008: "Precaver la realización de conductas peligrosas no es una función normativa de la responsabilidad civil extracontractual sino más bien del derecho penal y del derecho administrativo sancionador. Por ello la única y verdadera función de la responsabilidad civil en el sistema jurídico colombiano es la indemnizatoria" (p. 48).

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

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

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

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

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

la ley⁵³, o acompañe el proyecto presentado por el Ministerio de Salud.

VI. Costas

74. El artículo 55 de la Ley 446 de 1998 establece que se condenará en costas a la parte que hubiere actuado en forma temeraria. En el presente caso la Sala no observa comportamiento temerario en las actuaciones procesales de las partes dentro del proceso, razón por la cual no se condenará en costas.

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

FALLA

CONFIRMAR el párrafo **PRIMERO** de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia proferida por la Sección Tercera Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 26 de mayo de 2004 y **MODIFICAR** los restantes aspectos resueltos que quedarán así:

SEGUNDO: Declárese administrativamente responsable al Hospital Militar Central, por los hechos aquí demostrados y conforme a las consideraciones expuestas en esta sentencia.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración, condénese al Hospital Militar Central, a pagar por concepto de daños morales el equivalente en pesos a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales legales vigentes al señor Jesús Antonio Cortés Cortés, veinte (20) salarios mínimos mensuales legales vigentes para cada una de las hijas del afectado, señoras Doris Cecilia Cortés Chivata y Gloria Stella Cortés Chivata y veinticinco (25) salarios mínimos mensuales legales vigentes en favor de Ana Elvia Susa Prieto. Por concepto de daño a la salud reconózcasele al actor lesionado, la suma equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la ejecutoria de esta sentencia.

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

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

QUINTO: Exhórtese a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado para que en desarrollo de lo normado en la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo haga uso de la figura de la iniciativa legislativa contemplada en el art. 112 de la ley con el fin de que se regule la materia o acompañe al Ministerio de Salud en el respectivo proyecto.

SEXTO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO: Por secretaría expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, las cuales se entregarán a quien acredite estar actuando como apoderado judicial dentro del proceso.

OCTAVO: Ejecutoriada la presente sentencia, devuélvase el expediente al tribunal de primera instancia para lo de su cargo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Presidente (impedido)

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Magistrada

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado