

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Condena

SINTESIS DEL CASO: El 28 de abril de 1991 el señor [actor] ingresó al servicio de urgencias de la Clínica del Instituto de Seguros Sociales de Cúcuta, por cuanto presentaba heridas por arma cortopunzante; durante la cirugía a la que fue sometido le transfundieron 500 cc. de sangre tipo O RH (-), sin prueba de sida. Durante varios años el señor [actor] acudió en repetidas ocasiones a la entidad médica por presentar quebrantos de salud. En el año 1997 fueron practicadas pruebas de sangre con Western Blot al paciente y a su esposa, el resultado confirmó que los dos estaban contagiados con VIH.

COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO - Grado jurisdiccional de consulta / GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA - Procedencia

[E]l demandado fue condenado a pagar una suma superior a 300 salarios mínimos mensuales legales y, por otra parte, que la sentencia proferida en su contra no fue apelada, circunstancias ambas que se subsumen en los supuestos contenidos en el artículo 184 del Código Contencioso Administrativo (...). La Sala analizará si había lugar a la declaración de responsabilidad del demandado y, en caso de encontrarla procedente, revisará la liquidación de los perjuicios, sin agravar la situación de la entidad pública demandada, respecto de la cual se surte el grado jurisdiccional de consulta.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 184

CADUCIDAD DE LA ACCION DE REPARACIÓN DIRECTA / TERMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCION DE REPARACION DIRECTA – Término. Cómputo / CADUCIDAD DE LA ACCION DE REPARACION DIRECTA – No operó. Demanda interpuesta de manera oportuna

De conformidad con el artículo 136 del C.C.A., la acción de reparación directa caduca al cabo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena, por causa de trabajo público o por cualquier otra causa. En la demanda se indicó que el daño cuya indemnización se reclama ocurrió el 28 de abril de 1991, fecha en la cual el señor [XXX XXXX] recibió una transfusión con sangre contaminada con el virus de inmunodeficiencia humana –VIH–, mientras estuvo hospitalizado en la Clínica del Instituto de Seguros Sociales de Cúcuta. (...) si bien en la historia clínica se observa que en julio y agosto de 1997, a través de la prueba de ELISA, se diagnosticó que los señores [XXX XXXX] y [AAA AAAA] padecían de VIH, lo cierto es que el diagnóstico definitivo de su enfermedad se confirmó el 16 de septiembre de 1997, mediante la prueba de sangre con Western Blot practicada por el Grupo de Virología del Servicio Seccional de Norte de Santander. Así las cosas, se concluye que los mencionados señores sólo tuvieron conocimiento de su enfermedad (hecho dañoso por el cual se demanda) el 16 de septiembre de 1997, de manera que el cómputo de la caducidad de la acción debe iniciarse a partir del día siguiente a esa fecha; así, teniendo en cuenta que la demanda se presentó el 26 de julio de 1999, puede concluirse que ésta se interpuso dentro del término previsto por la ley.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 136

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO - Falla en la atención médico hospitalaria / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR

FALLA EN EL SERVICIO MEDICO - Posición jurisprudencial / FALLA EN EL SERVICIO MEDICO HOSPITALARIO - Régimen de aligeramiento probatorio

Esta Sala, en sentencia de 19 de abril de 2012, unificó su posición en el sentido de indicar que, en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones, tanto fácticas como jurídicas, que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos títulos de imputación, para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar, frente a determinadas situaciones fácticas, un específico título de imputación (...) En lo que se refiere a las demandas de responsabilidad derivada del servicio médico, la Sección actualmente considera que, en los casos en los cuales el actor cuestione la pertinencia o idoneidad de los procedimientos médicos efectuados, a su cargo estará la prueba de dichas falencias, para lo cual podrá acudir incluso a la prueba indiciaria, teniendo en cuenta que, dada la complejidad de los conocimientos técnicos y científicos que involucra este tipo de asuntos, en ocasiones son los indicios los únicos medios que permiten establecer la presencia de la falla endilgada. **NOTA DE RELATORÍA:** En relación con los títulos de imputación aplicables y el derecho de daños, consultar sentencia de 19 de abril de 2012, exp. 21515. En cuanto a las reglas jurisprudenciales sobre las cargas probatorias en los casos de responsabilidad medica del Estado, revisar sentencia de 20 de febrero de 2008, exp. 15563

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Paciente contagiado con virus de inmunodeficiencia humana -VIH- en clínica de Instituto de Seguros Sociales vía. Transfusión de unidad de sangre que no contaba con prueba de VIH / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Contagio de la cónyuge del paciente infectado con VIH / RESPONSABILIDAD DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES - Falla en el servicio de control y vigilancia de unidad de sangre para transfusión

[E] señor [XXX XXXX] fue contagiado con el virus de inmunodeficiencia humana – VIH- el 29 de abril de 1991, en la Clínica del Instituto de Seguros Sociales de Cúcuta, como consecuencia de la transfusión de una unidad de sangre que no contaba con prueba de VIH. Respecto de la señora [AAA AAAA], la Sala considera que fue contagiada de VIH a través de las relaciones maritales que tenía con su esposo, pues, en primer lugar, no obra prueba alguna que demuestre que padecía de esa enfermedad antes de contraer matrimonio con el señor [XXX XXXX] y, en segundo término, según el dictamen médico legal transcrito, ella no tenía otros factores de riesgo, distintos a la vía sexual, para contagiarse de tal virus. Ahora, los demandantes pretenden que se declare la responsabilidad patrimonial del Instituto de Seguros Sociales, concretamente bajo el argumento de que esta institución incumplió sus deberes constitucionales y legales de vigilancia y control respecto de las unidades de sangre que tenía en su poder, toda vez que no se aseguró de que ellas tuvieran las pruebas de calidad correspondientes y que ninguna se suministrara sin haber sido sometida a la prueba de VIH respectiva.

COMISIÓN POR OMISIÓN / INCUMPLIMIENTO DE LA POSICIÓN DE GARANTE / FALLA DEL SERVICIO MÉDICO HOSPITALARIO – Por contagio de VIH Sida

[E]n los eventos en los que se analiza la responsabilidad patrimonial del Estado como consecuencia de la producción de daños en cuya ocurrencia hubiere sido determinante la omisión de una autoridad pública en el cumplimiento de sus funciones, la Sala ha señalado que es necesario efectuar el contraste entre el contenido obligacional que las normas pertinentes fijan para el órgano administrativo implicado, de un lado y, de otro, el grado de cumplimiento u observancia del mismo por parte de la autoridad demandada en el caso concreto. (...) la imputación de responsabilidad al demandado debe realizarse con fundamento en el título jurídico de imputación de falla del servicio, toda vez que se encuentra acreditado el comportamiento negligente y descuidado de éste, en cuanto al cumplimiento de sus obligaciones respecto del análisis clínico de sangre con miras a determinar o descartar la presencia de enfermedades transmisibles, entre ellas la del VIH, omisión que llevó, finalmente, a que el señor [XXX XXXX] fuera infectado con sangre contaminada con VIH, luego de que hubiera recibido una transfusión sanguínea el 29 de abril de 1991, durante una intervención quirúrgica que se le practicó en la Clínica del Instituto de Seguros Sociales de Cúcuta. Ahora bien, una vez establecido que el demandado no cumplió el respectivo contenido obligacional o lo ha hecho de forma deficiente o defectuosa, esto es, que omitió el cabal cumplimiento de las funciones que el ordenamiento jurídico le ha asignado, resulta menester precisar si dicha falencia ha tenido o no relevancia jurídica dentro del proceso causal de producción del daño, atendiendo las exigencias derivadas de la posición de garante. (...) las obligaciones que están a cargo del Estado –y, por lo tanto, la falla del servicio que constituye su trasgresión–, deben mirarse en concreto, frente al caso particular que se juzga, teniendo en consideración las circunstancias que rodearon la producción del daño que se reclama, su mayor o menor previsibilidad y los medios de que disponían las autoridades para contrarrestarlo. (...) el demandado incumplió de manera grave sus obligaciones de control y análisis establecidas en la normatividad transcrita respecto de la sangre transfundida al señor [XXX XXXX] el 29 de abril de 1991, pues no verificó que ésta contara con la prueba de Sida o de VIH respectiva, lo cual llevó a que el mencionado paciente se infectara del virus de inmunodeficiencia humana -VIH-, pues ninguna otra explicación hay en el proceso acerca de la causa del contagio. En este orden de ideas, es clara la falla en el servicio en que incurrió el demandado, pues, el personal médico de la Clínica del Instituto de Seguros Sociales de Cúcuta, de manera negligente, irresponsable y desconsiderada, le transfundió sangre que no tenía prueba de VIH al señor [XXX XXXX], exponiéndolo de manera injustificada al contagio del mencionado virus.

PERJUICIOS MORALES - Disminución de la salud / PERJUICIOS MORALES - En favor de parientes / PERJUICIOS MORALES - Niveles de cercanía afectiva / LIQUIDACION DE PERJUICIOS MORALES - Reiteración de unificación jurisprudencial

[S]egún la jurisprudencia del Consejo de Estado, en los eventos en los que una persona fallece o sufre una lesión y ello es imputable al Estado, se desencadena, a cargo de éste, la indemnización de perjuicios morales, de tal manera que las personas que se sientan perjudicadas por dicha situación y hagan parte del grupo familiar más cercano pueden reclamar la indemnización de estos perjuicios acreditando el parentesco con la víctima directa del daño, pues éste se convierte en un indicio suficiente para tener por demostrado el perjuicio moral sufrido, por cuanto las reglas de la experiencia hacen presumir que el daño sufrido por un pariente cercano causa dolor y angustia en quienes conforman su núcleo familiar, en atención a las relaciones de cercanía, solidaridad y afecto, siempre que no

existan pruebas que indiquen o demuestren lo contrario. Respecto de la cuantía de la indemnización de este perjuicio inmaterial, en caso de muerte, la Sala de la Sección Tercera, en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, estableció cinco niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa del daño o causante (...)

Nivel 1. Comprende la relación afectiva propia de las relaciones conyugales y paterno- filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar, 1er. grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes o estables, incluida la relación biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas “de crianza”. A este nivel corresponde el tope indicativo indemnizatorio de 100 smlmv. Nivel 2. Se refiere a la relación afectiva propia del segundo grado de consanguinidad o civil (hermanos, abuelos y nietos). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 50% de la indemnización que se le da a la víctima directa. Nivel 3. Abarca la relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 35% de la indemnización que se le da a la víctima directa. Nivel 4. Aquí se ubica la relación afectiva propia del cuarto grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 25% de la indemnización que se le da a la víctima directa. Nivel 5. Comprende las relaciones afectivas no familiares (terceros damnificados). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 15% de la indemnización que se le da a la víctima directa. Para los niveles 1 y 2 se requiere la prueba del estado civil o de la convivencia de los compañeros y para los niveles 3 y 4, se requiere, además, la prueba de la relación afectiva. Para el nivel 5, deber ser probada, igualmente, la relación afectiva. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre la tasación del perjuicio moral, ver Sentencia de unificación del Consejo de Estado de fecha 28 de agosto de 2013, exp. 27.709

INFECCION CON VIRUS DE INMUNODEFICIENCIA HUMANA - Grave alteración a la forma de vida / INFECCION CON VIH - Incertidumbre respecto a la expectativa de vida

[D]esde que los señores [XXX XXXX] y [AAA AAAA] fueron infectados con el virus de inmunodeficiencia humana –VIH-, ambos han sufrido una grave alteración de su forma de vida, que tiene importantes implicaciones en su estado mental y espiritual, pues es lo común, lo esperable y comprensible que los seres humanos sientan tristeza, depresión, angustia, miedo y otras afectaciones de los sentimientos, cuando ven disminuidas su salud y sus facultades físicas, en especial cuando se trata de enfermedades mortales como la que les fue contagiada. (...) En el asunto sub lite, dada la forma como ocurrió el contagio y que las graves consecuencias de la infección con el virus de VIH generan un profundo padecimiento moral a las víctimas directas del daño, ya que frente a éstas se produce una incertidumbre constante respecto de sus posibilidades y expectativa de vida, la Sala considera que la condena impuesta al demandado por concepto de perjuicios morales podía haber sido más alta; no obstante, como el grado jurisdiccional de consulta opera en favor de la entidad pública condenada en primera instancia, no puede hacerse más gravosa su situación

DAÑO LA SALUD - Categoría autónoma del perjuicio / PERJUICIO POR DAÑO A LA SALUD - Tasación

[E]l perjuicio reconocido por el a quo se estudiará bajo la denominación de daño a la salud, pues, de conformidad con la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el daño a la salud es la categoría autónoma que resulta adecuada para indemnizar los perjuicios cuando el daño proviene de una lesión

corporal, toda vez que dicha denominación comprende toda la órbita psicofísica del sujeto y está encaminada a resarcir económicamente una lesión o alteración a la unidad corporal de las personas. En cuanto a la forma de tasar la indemnización de dicho perjuicio, la Sala señaló que éste consta de un componente objetivo, en el cual tiene que ver con la magnitud de la lesión y otro subjetivo, encaminado al análisis de las consecuencias que dicho menoscabo causa en cada individuo. (...) Teniendo en cuenta las graves consecuencias de la enfermedad que padecen los señores [XXX XXXX] y [AAA AAAA], la forma como la contrajeron y su repercusión en su vida diaria, la Sala confirmará la condena impuesta por el a quo, la cual corresponde a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, en favor de cada uno de tales demandantes, por concepto de daño a la salud. Como quiera que el daño a la salud se reconoce únicamente en favor de las víctimas directas del daño, la Sala no reconocerá indemnización alguna por este concepto a [BBB BBBB], pues, en primer lugar, no se demostró que ella padezca de VIH y, en segundo término, porque los perjuicios que se le pudieron causar como consecuencia de la enfermedad que padecen sus progenitores son indemnizables mediante el perjuicio moral.

PERJUICIOS MATERIALES - Lucro cesante / LUCRO CESANTE - Tasación. Liquidación / LUCRO CESANTE - Consolidado. No consolidado

[S]i bien en el dictamen médico laboral se determinó que el señor [XXX XXXX] tiene una pérdida de su capacidad laboral del 52%, lo cierto es que dicho porcentaje está conformado por: 34% de deficiencia, 3% de discapacidad y 15% de minusvalía. En consideración a que el 34% es el único de los tres conceptos acabados de mencionar que está relacionado con el virus que padece el mencionado señor, la Sala liquidará el lucro cesante con base en dicho porcentaje, toda vez que el 18% restante de su pérdida de capacidad laboral corresponde a las secuelas de la lesión del brazo derecho, las cuales no son imputables al demandado. Así las cosas, para el lucro cesante consolidado, el período indemnizable es el comprendido desde la fecha en que el señor [XXX XXXX] fue contagiado con el virus de inmunodeficiencia humana, esto es, el 29 de abril de 1991, hasta la fecha de esta sentencia, para un total de 300,8 meses. Para el cálculo del perjuicio se aplicará la fórmula matemático – actuarial utilizada por la jurisprudencia para tal efecto (...) El lucro cesante futuro, se calculará desde la fecha de esta sentencia (abril de 2017) hasta la fecha de vida probable del señor [XXX XXXX] (que resulta de calcular la expectativa de vida al momento de la ocurrencia del daño -52.01, años -, es decir, 625 meses), tiempo al que habrá que restarle los 300,8 meses del período consolidado, para un total a indemnizar, por lucro cesante futuro, de 324,2 meses.

MEDIDAS DE REPARACION INTEGRAL - Vulneración grave de derechos fundamentales / VULNERACION DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD - Medidas de justicia restaurativa / MEDIDAS DE JUSTICIA RESTAURATIVA - Se aplican al margen de principios de congruencia y no reformatio in pejus

[T]oda vez que en el presente asunto se vulneró gravemente un derecho fundamental (salud), es preciso proteger las órbitas subjetiva y objetiva del mismo. En efecto, la Sala en ocasiones anteriores ha señalado que es posible decretar de oficio medidas de justicia restaurativa, al margen de los principios de congruencia y de no reformatio in pejus, en dos escenarios: i) la grave violación a derechos humanos por parte del Estado –omisión– y ii) la afectación significativa a un

derecho fundamental de los reconocidos a nivel constitucional y convencional. En la segunda hipótesis la Sección Tercera ha decretado medidas de rehabilitación, satisfacción o garantías de no repetición, en aras de amparar el núcleo esencial del derecho fundamental que fue gravemente lesionado. Ahora bien, esa vulneración puede estar referida al ámbito subjetivo u objetivo de la correspondiente garantía fundamental (...) se ordenará enviar copia íntegra y auténtica de esta providencia al Instituto de Seguros Sociales para que establezcan un link en sus páginas web, con un encabezado apropiado en el que se pueda acceder al contenido magnético de esta providencia, con la reserva del nombre de los demandantes, y mantendrán el acceso al público del respectivo vínculo durante un período de 6 meses que se contarán desde la fecha en que se realice la respectiva carga de la información en la página web de esa institución. Respecto de dicha orden, debe precisarse que el propósito de esta medida consiste en la divulgación pedagógica, a efectos de que situación como la descrita en la sentencia no se vuelva a repetir.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de abril de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 54001-23-31-000-1999-00762-01(47375)

Actor: [XXX XXXX] Y OTROS

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

Resuelve la Sala el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia de 14 de diciembre de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, en la cual se decidió (se transcribe tal como obra en el expediente, inclusive los errores):

"PRIMERO: Declarar de oficio no probada la excepción de caducidad de la acción de reparación directa por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

"SEGUNDO: DECLARESE al Instituto de los Seguros Sociales, administrativamente responsable por el daño causado al señor [XXX XXXX], consistente en la infección por el virus de inmunodeficiencia humana VIH,

causada en abril y mayo de 1991, como consecuencia de la transfusión de sangre efectuada en la Clínica del Instituto de Seguros Sociales de la ciudad de Cúcuta, con sangre sin prueba del HIV; asimismo por el posterior contagio de la señora [AAA AAAA], esposa del primero, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

"TERCERO: CONDÉNESE al Instituto de los Seguros Sociales o Seguro Social, a pagar por concepto de indemnización de perjuicios las siguientes sumas:

"Por concepto de **perjuicios morales** se condenará al Instituto de Seguro Social/o quien haga sus veces, a pagarle, a los señores [XXX XXXX] y [CCC CCCC] la suma equivalente al valor de cien (100) salarios mínimos legales mensuales, esto es, cincuenta y tres millones quinientos sesenta mil pesos (\$53.560.000.00), para cada uno de ellos.

"A la menor [BBB BBBB] en calidad de hija de las víctimas directas, a los señores [DDD DDDD] en su calidad de padre de [XXX XXXX], a [EEE EEEE] y FFF FFFF en su calidad de padres de [AAA AAAA], la suma equivalente al valor de cien (100) salarios mínimos legales mensuales, esto es, cincuenta y tres millones quinientos sesenta mil pesos (\$53.560.000.00), para cada uno de ellos.

"Ya los señores GGG GGGG, [HHH HHHH], [JJJ JJJJ] y [KKK KKKK] en calidad de hermanos de [XXX XXXX]; al igual que a los señores [LLL LLLL], MMM MMMM, NNN NNNN y PPP PPPP en calidad de hermanas de [AAA AAAA], se le reconocerán la suma equivalente al valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales, esto es veinticinco millones setecientos cincuenta mil pesos (\$25.750.000.00), para cada uno de ellos por concepto de perjuicios morales.

"Por concepto de daño a la vida de relación, se reconocerá a los señores [XXX XXXX] y la señora [AAA AAAA], la suma equivalente al valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales, esto es, ciento siete millones ciento veinte mil pesos (\$107.120.000.00) para cada uno de ellos.

"Para la menor [BBB BBBB] en calidad de hija también es procedente reconocerle perjuicios por daño a la vida de relación porque además de haber sido expuesta a contraer el virus, la relación con su madre no fue la que tiene un niño normal, pues entre otras cosas hubo de suspenderle la alimentación con leche materna, presenta problemas de comportamientos y está sujeta al deterioro físico y mental de sus padres, por lo tanto se le reconocerán cien (100) salarios mínimos mensuales equivalentes a cincuenta y tres millones quinientos sesenta mil pesos (\$53.560.000.00), para cada uno de ellos.

"Respecto de los perjuicios materiales, condénese en abstracto contra el Instituto de los Seguros Sociales, al pago de lucro cesante que se haya generado al señor [XXX XXXX], por los mismos hechos de conformidad con los artículos 172, 178 del C.C.A. y 137 del C.P.C. y normas concordantes, según lo expuesto en la parte motiva der esta providencia.

"CUARTO: NEGAR LAS DEMÁS PRETENSIONES DE LA DEMANDA" (fls. 586 a 588 cdno. ppal).

I. ANTECEDENTES:

1. El 26 de julio de 1999, los señores [XXX XXXX] y [AAA AAAA] (quienes actúan en nombre propio y en representación de su hija [BBB BBBB]), [CCC

CCCC], [DDD DDDD], [EEE EEEE] , [HHH HHHH], [JJJ JJJ] y [KKK KKKK], [LLL LLLL], MMM MMMM y NNN NNNN interpusieron demanda contra el Instituto de Seguros Sociales, con el fin de que se le declarara patrimonialmente responsable por los perjuicios morales y materiales a ellos irrogados, con ocasión del contagio de VIH del que fueron víctimas los señores [XXX XXXX] y [AAA AAAA], el primero, como consecuencia de una transfusión de sangre que recibió durante un procedimiento quirúrgico realizado en una clínica del Instituto de Seguros Sociales de Cúcuta y la segunda, de manera indirecta, por las relaciones maritales que tuvo con el señor [XXX XXXX], sin que ninguno de los dos supiera que éste estaba contagiado de VIH (fls. 3 a 13 cdno. 1).

Solicitaron que, como consecuencia de la declaración anterior, se condenara al demandado a pagarles, por concepto de perjuicios morales, la suma equivalente a 2.000 gramos de oro para cada uno de los señores [XXX XXXX] y [AAA AAAA] y el equivalente a 1.000 gramos del mismo metal para cada uno de los demandantes [BBB BBBB], , [CCC CCCC], [DDD DDDD], [EEE EEEE], FFF FFFF, GGG GGGG, [HHH HHHH], [JJJ JJJ] y [KKK KKKK]; por perjuicios materiales, \$189'000.000 en favor de [XXX XXXX] y, por perjuicio fisiológico, la suma equivalente a 2.000 gramos de oro para cada uno de los señores [XXX XXXX] y [AAA AAAA] y 1.000 gramos del mismo metal para [BBB BBBB] (fls. 9 y 10 cdno. 1).

Como fundamento de sus pretensiones, los actores narraron que, el 28 de abril de 1991, el señor [XXX XXXX] ingresó al servicio de urgencias de la Clínica del Instituto de Seguros Sociales de Cúcuta, por cuanto tenía heridas causadas, con arma cortopunzante, en hemitórax derecho, abdomen y brazo derecho.

Señalaron que, desde finales de abril y hasta mayo de 1991, el señor [XXX XXXX] recibió varias transfusiones de sangre tipo O negativo contaminadas con VIH.

Manifestaron que, según la historia clínica, las unidades de sangre transfundidas al señor [XXX XXXX] no tenían prueba de VIH y que durante su recuperación de la cirugía de brazo presentó un brote en todo el cuerpo, sin que los médicos le prestaran atención alguna al respecto.

Indicaron que, el 28 de septiembre de 1993, el señor [XXX XXXX] contrajo matrimonio con la señora [XXX XXXX] y que durante este año acudió a varias citas médicas, por cuanto presentaba síntomas de placas bucales, cansancio y

sudoración generalizada, sin que el personal médico del Instituto de Seguros Sociales le ordenara exámenes clínicos o de laboratorio.

Adujeron que, el 26 de enero de 1994, al señor [XXX XXXX] le practicaron un procedimiento quirúrgico de circuncisión y después de esa cirugía presentó síntomas de escalofrío, desaliento, cefalea, diarrea y fuegos en la boca, razón por la cual acudió a un médico particular, quien le ordenó una prueba de VIH, la cual se realizó el 27 de agosto de 1997 y arrojó como resultado que el señor [XXX XXXX] era portador de VIH.

Esgrimieron que el señor [XXX XXXX] se contagió de VIH por las transfusiones de sangre que recibió en la Clínica del Instituto de Seguros Sociales de Cúcuta, las cuales no contaban con las pruebas básicas de calidad y salubridad.

Explicaron que, a pesar de que durante más de 3 años el señor [XXX XXXX] padeció síntomas evidentes de VIH, el Instituto de Seguros Sociales no le ordenó exámenes para diagnosticarle esta enfermedad, circunstancia que le restó oportunidades para recibir tratamiento médico oportuno, conllevó al contagio de su esposa y puso en riesgo innecesario al personal médico que participó en su intervención quirúrgica de circuncisión.

Señalaron que sin conocimiento e intención alguna el señor [XXX XXXX] contagió de VIH a la señora [AAA AAAA], con quien contrajo matrimonio y procreó a su hija [BBB BBBB], quien nació el 21 de mayo de 1997.

Concluyeron que el señor [XXX XXXX], antes de ser atendido en la Clínica del Instituto de Seguros Sociales de Cúcuta, era una persona sana y productiva y que la señora [AAA AAAA] también lo era hasta cuando contrajo matrimonio con éste (fls. 4 y 5 c. 1).

2. La demanda y su corrección¹ se admitieron el 14 de octubre de 1999² y el 22 de junio de 2000³, respectivamente, y se notificaron en debida forma al demandado, quien se opuso a las pretensiones, solicitó pruebas y señaló que expondría sus argumentos de defensa en los alegatos de conclusión, toda vez que con las pruebas que se practicaran en el proceso demostraría que no tiene

¹ Folios 280 a 293 cdno. 1.

² Folio 278 cuaderno 1.

³ Folio 316 cdno. 2.

responsabilidad alguna por los hechos mencionados en la demanda (fls. 294 a 297 y 318 a 320 cdno. 2).

3. Vencido el período probatorio, el 18 de febrero de 2010 el a quo corrió traslado a las partes, para alegar de conclusión y al Ministerio de Público, para que rindiera concepto (fl. 130 cdno. 2).

La parte demandante, luego de referirse a las pruebas que obran en el proceso, señaló que se demostró que el señor [XXX XXXX] gozaba de una buena salud antes de la transfusión de sangre del 28 de abril de 1991.

Manifestó que se probó que las unidades de sangre que se le transfundieron al señor [XXX XXXX] no tenían prueba de SIDA y que, después de abril de 1991, sus visitas al servicio médico del Instituto de Seguros Sociales fueron más frecuentes, ya que su estado de salud se deterioró y, a pesar de esto, el personal médico que lo atendió no le realizó los exámenes pertinentes para determinar la enfermedad que padecía.

Señaló que el demandado no allegó prueba alguna que demostrara que le practicó pruebas de SIDA a las unidades de sangre que le transfundió al señor [XXX XXXX]; en cambio, se demostró que el demandado incumplió las disposiciones contenidas en el Manual Operativo para Bancos de Sangre.

Adujo que la señora [AAA AAAA] se infectó de VIH después de que contrajo matrimonio con el señor [XXX XXXX] y que la única vía de transmisión de su enfermedad eran las relaciones sexuales que mantenía con su cónyuge, quien sin saber que padecía esa enfermedad, involuntariamente la contagió.

Señaló que se demostró que la señora [AAA AAAA] tenía buen estado de salud antes de contraer matrimonio con el señor [XXX XXXX] y que su contagio con VIH ha causado dolor y desespero a sus familiares cercanos.

Concluyó que se debía declarar la responsabilidad patrimonial del Instituto de Seguros Sociales, toda vez que se demostró que incurrió en una falla en el servicio médico que le proporcionó al señor [XXX XXXX], pues, al transfundirle unidades de sangre contaminadas con VIH, lo contagio de esa patología y éste,

a su vez, sin saberlo y sin intención alguna, se la transmitió a su cónyuge (fld. 520 a 545 cdno. 2).

La parte demandada y el Ministerio Público no intervinieron en esta etapa procesal, según se observa en el informe secretarial que obra a folio 546 del cuaderno 2.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

En sentencia de 14 de diciembre de 2010, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander declaró patrimonialmente responsable al Instituto de Seguros Sociales y lo condenó a pagar perjuicios materiales y morales en la forma descrita al inicio de esta providencia.

Al respecto, el a quo puntualizó (se transcribe tal cual obra en el expediente, incluso los errores):

“De lo anterior se deduce que se encuentra probado que el señor [XXX XXXX] esta contagiado del virus (VIH-SIDA) según resultado de examen practicado y valorado por el especialista ... también se encuentra probado que la señora [AAA AAAA] igualmente es portadora del virus VIH – Sida.

“(…)

“Ahora bien, la entidad demandada no presentó pruebas para desvirtuar el suministro de sangre no examinada con la prueba de VIH, o, cualquier otro medio probatorio que lleve al convencimiento de la Sala de que el señor [XXX XXXX] hubiese adquirido la enfermedad por otros medios.

“(…)

“Se encuentra registrado en la historia clínica la realización de unas transfusiones de sangre al señor [XXX XXXX] en la clínica del Instituto de Seguro Social con ocasión de la cirugía realizada en el abdomen (hígado) en el año 1991, luego de la herida recibida con arma corto punzante. En las notas de enfermería (fl. 165) aparece que le fue suministrada ‘**SANGRE SIN PRUEBA DE SIDA**’ al señor [XXX XXXX] en ese momento. Lo anterior constituye un indicio grave de haber sido la causa por la cual el señor [XXX XXXX] pudo ser contagiado del virus VIH, pues la Clínica del Seguro Social en Cúcuta, utilizó material que no contaba con las condiciones de orden sanitario y científico que exigían las normas vigentes para la época de los hechos y por ende, no tomó las precauciones, garantías y cuidados necesarios para suministrar sangre en buen estado, ya que al no haberle practicado la prueba del VIH a las bolsas aplicadas al señor [XXX XXXX] bien pudo ser ese el medio a través del cual el señor [XXX XXXX] adquirió el virus de inmunodeficiencia adquirida (VIH), Sida que luego transmitió a su cónyuge y puso en riesgo a su hija ...

“Así las cosas, teniendo en cuenta las circunstancias que atrás se precisaron y las pruebas allegadas al proceso, El Tribunal Administrativo de Norte de Santander, accederá a las súplicas de la demanda” (fls. 579 vto a 582 vto cdno. ppal.) (negrillas y subrayado del texto original).

III. TRÁMITE DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Mediante auto de 19 de junio de 2013, esta Corporación admitió el trámite correspondiente al grado jurisdiccional de consulta y ordenó correr traslado común a las partes y al Ministerio Público, por el término de 5 días, para que presentaran sus alegatos de conclusión (fls. 631 y 632 cdno. ppal.).

La parte demandante transcribió los mismos alegatos de conclusión que presentó en la primera instancia (fls. 655 a 683 cdno. ppal.).

La parte demandada se refirió a las formas de contagio del VIH y señaló que no existen elementos probatorios suficientes para endilgarle responsabilidad alguna por los daños reclamados por los demandantes.

Adujo que no incurrió en falla del servicio alguna, toda vez que no hubo retraso significativo en el diagnóstico de la enfermedad que padecía el señor [XXX XXXX].

Manifestó que la atención médica que le suministró al señor [XXX XXXX] fue oportuna y diligente, pues lo curó de las heridas que sufrió con arma cortopunzante y le proporcionó los tratamientos y procedimientos quirúrgicos que requería.

Luego de referirse a los elementos que integran la responsabilidad patrimonial del Estado, adujo que no existe prueba alguna que demuestre que incurrió en una falla en la prestación del servicio médico que le proporcionó al señor [XXX XXXX] y que no existe nexo causal entre el daño padecido por los actores y su actuación.

Señaló que, si bien en las notas de enfermería se indicó que la sangre suministrada al señor [XXX XXXX] no tenía prueba de SIDA, lo cierto es que nada descarta la posibilidad de que el mencionado paciente se hubiera contagiado de VIH con el arma cortopunzante con la que fue herido, pues, según la literatura

médica, una de las principales formas de contagio de esa enfermedad es a través de estos objetos.

Adujo que es posible que las personas portadoras de VIH no presenten síntomas sino hasta 10 años después de haber sido infectadas con ese virus y concluyó que se debía revocar la sentencia de primera instancia y, en su lugar, negar las pretensiones de la demandada, toda vez que la duda respecto de la forma de contagio del señor [XXX XXXX] debía resolverse en favor del demandado, pues en el proceso no existe prueba alguna que demuestre que éste fue infectado durante las transfusiones de sangre que recibió (fls. 647 a 653 cdno. ppal.).

El Ministerio Público solicitó que se confirmara la sentencia de primera instancia, por cuanto consideró que el demandado incurrió en una falla en la prestación del servicio médico que le proporcionó al señor [XXX XXXX], toda vez que se demostró que la sangre que le suministró no tenía la prueba de VIH.

Señaló que el demandado no presentó prueba alguna para refutar que la sangre suministrada al señor [XXX XXXX] estaba contaminada con VIH, ni tampoco demostró que el mencionado paciente se hubiera contagiado por otros medios.

Adujo que el Instituto de Seguros Sociales incurrió en una falla en el servicio al no tomar las precauciones sanitarias y suministrarle a un paciente sangre sin la prueba de SIDA, lo cual denota que actuó de manera negligente y descuidada.

Le recomendó al Instituto de Seguros Sociales que incoara acción de repetición contra el personal médico encargado del control y vigilancia de los bancos de sangre y concluyó que se debían confirmar los perjuicios morales y materiales reconocidos en favor de los demandantes, toda vez que están debidamente acreditados en el proceso (fls. 684 a 691 cdno. ppal.).

V. CONSIDERACIONES:

Cumplidos los trámites propios de la segunda instancia, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el asunto sometido a su consideración, a través del siguiente orden conceptual: i) competencia, ii) ejercicio oportuno de la acción, iii) responsabilidad del Estado

derivada de los daños provenientes de las atenciones médico hospitalarias prestadas y aligeramiento de la carga de la prueba en cabeza del demandante, iv) pruebas, v) valoración probatoria y conclusiones, vi) indemnización de perjuicios y vii) condena en costas.

1. Competencia de la Sala.

La Sala es competente para conocer del presente asunto, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, teniendo en cuenta, por una parte, que el demandado fue condenado a pagar una suma superior a 300 salarios mínimos mensuales legales y, por otra parte, que la sentencia proferida en su contra no fue apelada⁴, circunstancias ambas que se subsumen en los supuestos contenidos en el artículo 184 del Código Contencioso Administrativo, que dice:

“Artículo 184.- Consulta. Las sentencias que impongan condena en concreto, dictadas en primera instancia a cargo de cualquier entidad pública que exceda de trescientos (300) salarios mínimos mensuales legales o que hayan sido proferidas en contra de quienes hubieren estado representados por curador ad litem, deberán consultarse con el superior cuando no fueren apeladas”.

La Sala analizará si había lugar a la declaración de responsabilidad del demandado y, en caso de encontrarla procedente, revisará la liquidación de los perjuicios, sin agravar la situación de la entidad pública demandada, respecto de la cual se surte el grado jurisdiccional de consulta⁵.

2. Ejercicio oportuno de la acción

De conformidad con el artículo 136 del C.C.A., la acción de reparación directa caduca al cabo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la

⁴ Se advierte que la parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia del 14 de diciembre de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander; sin embargo, en auto del 11 de julio de 2011, el a quo rechazó el mencionado recurso, toda vez que el abogado que lo interpuso no tenía poder para representar al Instituto de Seguros Sociales (fl. 607 cdno. ppal).

⁵ El mencionado artículo 184 del C.C.A., otorga al juez que conoce en grado de consulta un asunto concreto, la competencia para revisar todo aquello que resulte desfavorable de la sentencia a la entidad pública o al representado por curador *ad litem*, sujeta, sin embargo, al límite de que en ningún caso pueda hacerla más gravosa para éstos. En efecto, el objetivo de la consulta, como en la cita anterior se señaló, es el de que al no haber sido apelada la sentencia, la misma pueda ser del conocimiento oficioso del superior funcional por razones de orden público e interés general y sin restricción para decidir conforme a los extremos del proceso en relación con las decisiones adoptadas en sentencia únicamente en lo que resulte perjudicial o desventajoso para aquéllos, razón por la cual no podrá el *ad quem* hacer la decisión más gravosa o empeorar la situación de la parte vencida o condenada y en beneficio de la cual procede este grado jurisdiccional, dado que una actuación diversa se opone jurídicamente a su finalidad.

ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena, por causa de trabajo público o por cualquier otra causa.

En la demanda se indicó que el daño cuya indemnización se reclama ocurrió el 28 de abril de 1991, fecha en la cual el señor [XXX XXXX] recibió una transfusión con sangre contaminada con el virus de inmunodeficiencia humana – VIH-, mientras estuvo hospitalizado en la Clínica del Instituto de Seguros Sociales de Cúcuta.

No obstante, esta Corporación ha señalado en diferentes oportunidades que, si bien el término de caducidad empieza a correr a partir del día siguiente de la ocurrencia del hecho o de la omisión, cuando no puede conocerse en el mismo momento cuáles son las consecuencias de éstos, debe tenerse en cuenta la fecha en la que se determina que el perjuicio de que se trata es irreversible y el paciente tiene conocimiento de ello⁶. Con mayor razón, entonces, debe entenderse que el término de caducidad no puede comenzar a contarse desde una fecha anterior a aquélla en que el daño ha sido efectivamente advertido⁷.

En el caso concreto, si bien en la historia clínica se observa que en julio y agosto de 1997, a través de la prueba de ELISA⁸, se diagnosticó que los señores [XXX XXXX] y [AAA AAAA] padecían de VIH, lo cierto es que el diagnóstico definitivo de su enfermedad se confirmó el 16 de septiembre de 1997, mediante la prueba de sangre con Western Blot⁹ practicada por el Grupo de Virología del Servicio Seccional de Norte de Santander.

Así las cosas, se concluye que los mencionados señores sólo tuvieron conocimiento de su enfermedad (hecho dañoso por el cual se demanda) el 16 de septiembre de 1997, de manera que el cómputo de la caducidad de la

⁶ Cfr., entre otras, sentencias de la Sección Tercera, del 26 de abril de 1984 (expediente 3.393) y del 29 de junio de 2000 (expediente 11.676).

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 29 de enero de 2004 (expediente 18.273).

⁸ “Consiste en la detección de los anticuerpos del virus. Esta prueba debe realizarse 3 semanas después de la práctica de riesgo y permite, en muchas ocasiones, la detección precoz del VIH.

“En el caso de obtener un resultado positivo con la prueba del ELISA, este debe confirmarse mediante una prueba más específica denominada Western Blot”. (fuente: <http://www.infosida.es/las-pruebas-del-vih/las-pruebas-clasicas-para-vih-sida>).

⁹ “Tipo de prueba de anticuerpos empleada para confirmar un resultado positivo de una prueba de detección del VIH. La prueba de detección inicial suele ser un tipo diferente de prueba de anticuerpos o, con menos frecuencia, una prueba de la carga viral. El sistema inmunitario responde a la infección por el VIH con la producción de anticuerpos contra ese virus. Se debe realizar una prueba de Western Blot en una muestra de sangre con fines de confirmación” (fuente: <https://infosida.nih.gov/understanding-hiv-aids/glossary/4091/western-blot/>).

acción debe iniciarse a partir del día siguiente a esa fecha; así, teniendo en cuenta que la demanda se presentó el 26 de julio de 1999, puede concluirse que ésta se interpuso dentro del término previsto por la ley.

3. Responsabilidad del Estado derivada de los daños provenientes de las atenciones médico hospitalarias prestadas y aligeramiento de la carga de la prueba en cabeza del demandante.

Esta Sala, en sentencia de 19 de abril de 2012¹⁰, unificó su posición en el sentido de indicar que, en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones, tanto fácticas como jurídicas, que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos títulos de imputación, para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar, frente a determinadas situaciones fácticas, un específico título de imputación; por ello, se concluyó en la mencionada sentencia:

“En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado, tal y como se explicó previamente en esta providencia”¹¹

En lo que se refiere a las demandas de responsabilidad derivada del servicio médico, la Sección actualmente considera que, en los casos en los cuales el actor cuestione la pertinencia o idoneidad de los procedimientos médicos efectuados, a su cargo estará la prueba de dichas falencias, para lo cual podrá acudir incluso a la prueba indiciaria, teniendo en cuenta que, dada la complejidad de los conocimientos técnicos y científicos que involucra este tipo de asuntos, en ocasiones son los indicios los únicos medios que permiten

¹⁰ Expediente 21.515.

¹¹ Ídem.

establecer la presencia de la falla endilgada¹². Así lo explicó la Sección en sentencia de 3 de octubre de 2007:

"La Sala estima necesario recordar los criterios jurisprudenciales que gobiernan la prueba del nexo causal en los casos que se pretende imputar responsabilidad al Estado por la prestación del servicio de salud, para lo cual es bastante ilustrativa la sentencia del 14 de junio de 2001¹³, en la cual se dijo lo siguiente al punto de la demostración de dicho requisito:

'Ahora bien, observaciones similares a las anteriores, que se refieren a las dificultades que ofrece para el demandante la demostración de la falla del servicio, se han hecho respecto de la prueba de la relación de causalidad existente entre el hecho de la entidad demandada y el daño del cual resultan los perjuicios cuya indemnización se reclama. En efecto, también en ello están involucrados elementos de carácter científico, cuya comprensión y demostración resulta, en ocasiones, muy difícil para el actor'.

"Por esta razón, se ha planteado un cierto aligeramiento de la carga probatoria del demandante, a quien, conforme a lo dispuesto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, corresponde demostrar los supuestos de hecho del artículo 90 de la Constitución Política, que sirve de fundamento a sus pretensiones.

"Así, en sentencia del 3 de mayo de 1999, esta Sala manifestó:

'En consideración al grado de dificultad que representa para el actor la prueba de la relación de causalidad entre la acción del agente y el daño en los casos en que esté comprometida la responsabilidad profesional, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación causal, se afirma que cuando sea imposible esperar certeza o exactitud en esa materia **'el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia'** (Cfr. Ricardo De Angel Yagüez. Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño), Ed. Civitas S.A., Madrid, 1995, p. 77), **es decir, que la relación de causalidad queda probada 'cuando los elementos de juicio suministrados conducen a un grado suficiente de probabilidad'**. (ibidem, p. 77). Al respecto ha dicho la doctrina:

'En términos generales, y en relación con el 'grado de probabilidad preponderante', puede admitirse que el juez no considere como probado un hecho más que cuando está convencido de su realidad. En efecto, un acontecimiento puede ser la causa cierta, probable o simplemente posible de un determinado resultado. El juez puede fundar su decisión sobre los hechos que, aun sin estar establecidos de manera irrefutable,

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 20 de febrero de 2008 (expediente 15.563): "(...) la Sala ha recogido las reglas jurisprudenciales anteriores, es decir, las de presunción de falla médica, o de la distribución de las cargas probatorias de acuerdo con el juicio sobre la mejor posibilidad de su aporte, para acoger la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, para lo cual se puede echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño".

¹³ Expediente 11.901.

aparecen como los más verosímiles, es decir, los que presentan un grado de probabilidad predominante. No basta que un hecho pueda ser considerado sólo como una hipótesis posible. Entre los elementos de hecho alegados, el juez debe tener en cuenta los que le parecen más probables. Esto significa sobre todo que quien hace valer su derecho fundándose en la relación de causalidad natural entre un suceso y un daño, no está obligado a demostrar esa relación con exactitud científica. Basta con que el juez, en el caso en que por la naturaleza de las cosas no cabe la prueba directa, llegue a la convicción de que existe una 'probabilidad' determinante'. (Ibidem, p. 78, 79)...".¹⁴

"En sentencia del 7 de octubre de 1999, la Sala precisó lo siguiente:

'... de acuerdo con los criterios jurisprudenciales reseñados, la causalidad debe ser siempre probada por la parte demandante **y sólo es posible darla por acreditada con la probabilidad de su existencia, cuando la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos involucrados o la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación impidan obtener la prueba que demuestre con certeza su existencia**'.¹⁵ (Se resalta)

'Se observa, conforme a lo anterior, que, tratándose de la relación de causalidad, no se plantea la inversión –ni siquiera eventual– del deber probatorio, que sigue estando, en todos los casos, en cabeza del demandante. No se encuentra razón suficiente para aplicar, en tales situaciones, el citado principio de las cargas probatorias dinámicas. **Se acepta, sin embargo, que la demostración de la causalidad se realice de manera indiciaria, siempre que, dadas las circunstancias del caso, resulte muy difícil –si no imposible– para el demandante, la prueba directa de los hechos que permiten estructurar ese elemento de la obligación de indemnizar.**

'En la valoración de estos indicios tendrá especial relevancia el examen de la conducta de las partes, especialmente de la parte demandada, sin que pueda exigírsele, sin embargo, que demuestre, en todos los casos, cuál fue la causa del daño, para establecer que la misma es ajena a su intervención''¹⁶ (resalta la Sala).

Con fundamento en todo lo anterior, se impone establecer si en el *sub lite* concurren, o no, los elementos necesarios para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, con fundamento en la configuración de una falla en el servicio.

Así, pues, la Sala procede a estudiar si se encuentra acreditado el daño antijurídico expuesto en la demanda y si el mismo resulta imputable a la demandada, así sea de manera indiciaria.

¹⁴ Nota original de la sentencia citada (expediente 11.169).

¹⁵ Sentencia del 22 de marzo de 2001 (expediente 13.284).

¹⁶ Sección tercera, sentencia del 3 de octubre de 2007 (exp. 30.155).

4. Pruebas

Obran en el plenario las siguientes:

1. Historia Clínica del señor [XXX XXXX], en la que se consignó (se transcribe como obra en el expediente, incluso los errores) (fls. 36 a 274 cdno. 1):

- "FECHA Y HORA: IV-28-91. 10:10 Paciente que ingresa al servicio de urgencias remitido del hospital por presentar herida por arma cortopunzante en hemitórax derecho, abdomen y brazo derecho. Viene acompañado de amigos.

"Se observa pte en malas condiciones generales, pálido. Trae instalado Hartman en brazo izquierdo.

"Se continua con hartamn 500 c.c., se pasa sonda folley, se toman muestras de sangre.

"Es valorado por el Dr. Barranco y la Dra. Bitar, quien sutura herida en hemitórax y abdomen, se continua con Hartman 500 cc.

"10:30 Valorado por el Dr. Gonzalez, sutura heridas en brazo derecho, se continúa con Hartman de 500 cc.

"10: 55 Hartamn 500 cc.

"(...)

"11:45 p.m. El Dr. Gonzalez termina de suturar y ordena prepararlo para cirugía, se continua con Hartman 500 cc se rasura.

"11.55 p.m. se lleva paciente a cirugía TA: 90/30

"24:00 p.m. Ingresa paciente de urgencias a cirugía con herida de brazo derecho suturado herida en (ilegible) derecho, palidez generalizada, consciente, con sonda (ilegible) Hartman 300 cc.

- En el folio 60 del cuaderno 1, se observa que el señor [XXX XXXX] recibió en la Sala de cirugía una transfusión de 2.000 cc de sangre Grupo O Rh negativo.

- "IV-29-91

"00:10 Dr. Cruz da anestesia general

"00:15 a.m. Inicia cirugía Dr. González (sic) se pasan 1550 de Hartman a chorro

"00:45 continua 500 hartman

"00:55 hartman 500 cc

"01:00 Continua con 500 de sangre O RH (-) sin prueba de sida (fl. 65 cdno. 1)

"01:25 Continua 250 cc de sangre, continua exploración brazo derecho (...)

"03:00 termina intervención, sal paciente a (ilegible) recuperación (firma Rosalba).

"(...)

"7:00 Recibo pte en la unidad tranquilo con M.S.D vendado y herida cerrada en abdomen

"8:00 Recibio dieta ordenada

"8:15 se le hizo control de S.V (...)

"(...)

"17 Sangre O (-) 500 V.V. 10 gotas X

"7 pm Pte en unidad tranquilo L.E.V. 500 cc de sangre permeable en M.S.D. se observa drenaje elástico elevado.

"(...)

"12:05 Se termina 500 cc de sangre, se retira, duerme tranquilo.

"V-4-91

"07:00 recibo paciente en unidad tranquilo

"(...)

"19:00 paciente tranquilo, eliminó espontáneamente nada especial

"06-V-91

"06-v-91

"07:00 Recibo paciente en la unidad tranquilo con MSD vendado y herida cerrada en abdomen

"(...)

• En el control de líquidos (sin fecha) se observa que al señor [XXX XXXX] le suministraron:

"LIQUIDOS ADMINISTRADOS

"HORA	CLASE	CANTIDAD
-------	-------	----------

"12	sangre	500
-----	--------	-----

"1:50	sangre	250
-------	--------	-----

"(...)

"7:45	sangre	500cc (fl. 158 cdno. 1).
-------	--------	--------------------------

• En el control de "líquidos administrados" de 29 de abril de 1991 se indicó que a las 4 am, el señor [XXX XXXX] recibió 500cc de sangre (fl. 159 cdno. 1).

- A folios 110 y 112 se observa el tratamiento de rehabilitación fisioterapéutico realizado al señor [XXX XXXX].

- El 14 de diciembre de 1993, el señor [XXX XXXX] acudió al servicio de urgencias del Instituto de Seguros Sociales con los siguientes síntomas:

"refiere que desde ayer viene presentando fiebre, malestar general (ilegible). No ha sido tratado

"EF: Aceptables condiciones generales

"C/P: Buena ventilación pulmonar

ID: Faringitis viral" (fl. 95 cdno. 1) (resalta y subraya la Sala).

- El 8 de enero de 1995 el señor [XXX XXXX] acudió al servicio de urgencias refiriendo que desde hace 15 días tenía diarrea con moco sanguíneo (fl. 92 cdno. 1).

- Valoración médica (sin fecha) realizada al señor [XXX XXXX], en la que se indicó:

"M.C 'placas en la boca'

"Cuadro de I (sic) 8 meses de evolución consistente en placas blancas en la boca, en tto con (ilegible)

"M.V. Mezquinos

"Cuadro de I (sic) 4 meses de evolución consistente en mezquinos en las manos, sobre todo mano derecha, refiere que las placas disminuyeron.

"Refiere que el brazo donde tuvo el accidente (ilegible) le ha estado molestando mucho.

"Rx: Verrugas, dolor en mano y pérdida de fuerza" (fl. 86 cdno. 1).

- Remisión de 27 de agosto de 1997, en la que el doctor Oscar Orangel Chávez, médico infectólogo del Hospital Erasmo Meoz, señaló (se transcribe tal como obra en el expediente, inclusive los errores):

"NOMBRE: [XXX XXXX]

EDAD: 30 años

Natural y procedente de Cúcuta

PROFESION: Mecánico

"Consultó a Médico particular por 'placas en la boca'. Se solicitó Elisa VIH con resultado positivo (dos muestras), **se espera confirmación con W. Blot, heterosexual, no fármaco dependiente antecedente de transfusión**

sanguínea tres veces en 1991. El EF del paciente es normal. Se remite para manejo en el ISS" (fl. 129 cdno. 1)(resalta la Sala).

• Examen de laboratorio del señor José Natividad [XXX XXXX], en el que el Grupo de Virología del Servicio Seccional de Norte de Santander señaló:

"Fecha de recepción	No.	Nombre	Procedencia	Elisa	W.b. IFI	Fecha Entrega
01-9-97	136	[XXX XXXX] [XXX XXXX](sic)	H.E.M	H.I.V.	16-9-97 POSITIVO	

"W.B. Wester (sic) Blot IFI Inmunofluorescencia" (fl. 81 cdno. 1) (resalta la Sala).

2. Historia Clínica de la señora [AAA AAAA], de la que se destaca:

• "Examen ecográfico de 11 de abril de 1997, en el que se consignó:

"Utero (sic) grávido, feto único, vivo en situación longitudinal, presentación cefálica, dorso izquierdo con actividad cardíaca presente y rítmica ...

"OPINION: Embarazo de aproximadamente 34-35 semanas, feto único, vivo en presentación cefálica
Sexo femenino

"Fecha probable de parto por ultrasonido: 22 de mayo de 1997" (fl. 447 cdno. 2)

• En la Historia Clínica perinatal simplificada de la señora [AAA AAAA] se observa que, en el acápite de "Patologías Embarazo", no se advirtió que ésta estuviera contagiada de VIH (fl. 454 cdno. 2).

• Examen de laboratorio de la señora [AAA AAAA], en el que el Grupo de Virología del Servicio Seccional de Norte de Santander señaló:

"Fecha de recepción	No.	Nombre	Procedencia	Elisa	W.b. IFI	Fecha Entrega
05-9-97	141	AAAAA AAAAA	H.E.M	H.I.V.	16-9-97 POSITIVO	

"W.B. Wester (sic) Blot IFI Inmunofluorescencia" (fl. 439 cdno. 2) (resalta la Sala).

• El 17 de septiembre de 1997, en la historia clínica de la señora Fernanda Rozo Villamizar, se indicó:

"Psicología

Paciente de 25 años diagnosticada con el virus de VIH (+) hace un mes. En proceso de aceptación. También angustiada por el contagio de su hija. Muy angustiada y muy deprimida. Se realiza psicoterapia de apoyo y psicoterapia breve focalizada a disminuir depresión. Catarxis (sic)" (fl. 217 cdno. 1).

3. Informe técnico médico legal de 16 de marzo de 2007, en el que el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses- Seccional Norte de Santander-, respecto de la causa de contagio de la señora Fernanda Rozo Villamizar, señaló (se transcribe tal como obra en el expediente, incluso los errores):

"Se procede entonces a revisar documentación allegada, la cual consiste en la historia clínica No 13485198 del Instituto de Seguro Social CAA Guaimaral y se revisaron detalladamente los factores de riesgo para infección por VIH allí consignados.

"Científicamente se identifican como vías de transmisión de VIH:

"1. Relaciones sexuales coitales no protegidas (sin preservativo) con una persona infectada.

"2. Utilización de jeringuillas, agujas u otros instrumentos contaminados con sangre infectada por el VI, cuando ésta entra en contacto con la sangre o mucosas de un individuo sano.

"3. De una madre infectada a su hijo durante el embarazo, parto o lactancia.

"Actualmente, en nuestro país, no existe riesgo de transmisión a través de transfusiones de Sangre, hemoderivados o recepción de órganos.

"En la historia clínica, no existe registro de evaluación detallada de cada uno de los factores de riesgo enumerados.

"Se extrae este aparte de valoración realizada para la fecha IX-03-97 (9 de marzo o 3 de septiembre de 1997), por la doctora Neyla Piedrahita la cual dice: Viene remitida de epidemiología para programa de ETS/VIH-SIDA EA: contrajo matrimonio hace 4 años con [XXX XXXX], también VIH positivo, se le practicó el Elisa hace 15 días, el cual salió +. Antecedentes personales: FUM: VIII -15-1997, Gestaciones 1, partos 1, vivos 1, parto normal **NO HAY OTROS FACTORES DE RIESGO DIFERENTES A LA TRANSMISIÓN DE TIPO SEXUAL.**

"CONCLUSIÓN:

"No se puede establecer con certeza la causa o motivo de contagio de la señora A [AAA AAAA], no existe una evaluación detallada de la historia de cada uno de los factores de riesgo, además sería valioso y orientador para el dictamen interrogar a la paciente para tener claridad sobre los factores de riesgos a los cuales ella estuvo expuesta" (fls. 507 y 508 cdno. 2) (resalta la Sala).

4. Complemento del dictamen médico legal anterior, en el que, el 21 de septiembre de 2007, el Instituto Nacional de Medicina Legal- Seccional Norte de Santander- señaló:

"En atención en su solicitud para identificar factores de riesgo para infección del virus de inmunodeficiencia humana en la paciente [AAA AAAA] se procede a interrogar a la paciente sobre la exposición de los mismos, (sic) y así establecer una posible vía de transmisión del mismo.

"Refiere la paciente que le fue diagnosticado infección por el virus de la inmunodeficiencia humana en el **mes de julio de 1997**, dicho diagnóstico de (sic) se realizó mediante ELISA realizada en el Hospital Erasmo Meoz, y **confirmado mediante wester blood practicado en el instituto de Seguro Social Cúcuta.**

"Identificación de factores de riesgo:

"Antecedentes personales

"1. Patológicos: VIH positivo, no refiere otra patología

"2. Quirúrgico: Pomeroy -corrección de cistocele año 1997

"3. Hospitalizaciones: relacionadas con los procedimientos quirúrgicos previos

"4. Traumáticos: negativos

"5. Transfusiones: negativas

"6. Alérgicos: negativos

"7. Ingesta de alcohol: negativo

"8. Consumo de psicofármacos: negativo, niega el uso de drogas parenterales.

"Antecedentes ginecológicos: menarquia: 12 años, ciclos regulares: 30/4 días, Embarazos: 1 (uno), abortos: 0, parto vaginal asistido atendido en el Instituto de Seguros Social en el mes de abril de 1997.

"Antecedentes familiares:

"Antecedentes relacionados con su patología actual que (sic) su esposo XXXX XXXX le (sic) fue diagnosticado (sic) infección por VIH en julio de 1997. Refiere que su esposo presentaba historia clínica de cuadros infecciosos a repetición y síndrome constitucional desde el año 1993.

"**CONCLUSIÓN: Se establece como posible vía de transmisión del virus de inmunodeficiencia humana en la paciente [AAA AAAA] la vía sexual. No se identifican otros factores de riesgo**" (fls. 514 y 515 cdno. 2) (resalta la Sala).

5. Dictamen médico laboral de 18 de diciembre de 2008, en el que la Vicepresidencia de Pensiones -Medicina Laboral- del Instituto de Seguros

Sociales, respecto de la pérdida de capacidad laboral del señor [XXX XXXX], señaló:

"DIAGNOSTICO: SECUELAS NEUROLOGICAS HACP MESD. LESION NERVIIO RADIAL. **HIV POST- TRANSFUSION.**

"PORCENTAJE DE PERDIDA DE CAPACIDAD LABORAL **52.00%** CINCUENTA Y DOS punto CERO por cien (sic)

"(...)

"5.2. DIAGNOSTICO MOTIVO DE CALIFICACIÓN Y CÓDIGO (S) CIE 10

"LESION NERVIIO RADIAL (1991) CON SECUELA DOLOR NEUROPATICO Y OPERDIDA DE FUE (sic)

"**VIH (+) SECUNDARIO A TRANSFUSION SANGUINEA POR HACP (1991)**

5.3. EXAMENES O DIAGNOSTICO E INTERCONSULTAS PERTINENTES PARA CALIFICAR

"1. Leson (sic) nervio radial con door (sic) y perdida (sic) de fuerza MSD

"2. VIH (+) Categoría B2

"6. DESCRIPCIÓN DEL DICTAMEN

"1. Descripción de Deficiencias

No	DESCRIPCION	% ASIGNADO	CAPITULO,NUMERAL,TABLA
1	VIH Categoría B2	34.00	Tabla 8.2.

"Descripción de Discapacidades

"(...)

"Sumatoria Total Discapacidades (Calificación Máxima Posible: 20%) **3,00 %**

"III Descripción de Minusvalías

"(...)

"Sumatoria Total Minusvalía (Calificación Máxima Posible: 30%) **15,00 %**

7. PORCENTAJE DE PERDIDA DE CAPACIDAD LABORAL

"I. % DEFICIENCIA **34,00**

"II. % DISCAPACIDAD 3,00

"III % MINUSVALIA 15,00

" TOTAL % **52,00"** (fl. 5 a 7 cdno. 3) (resalta la Sala)

Es importante señalar que los ítems de discapacidad y de minusvalía transcritos corresponden a las secuelas que tiene el señor José Natividad [XXX

XXXX] como consecuencia de las heridas que sufrió en su brazo derecho el 28 de abril de 1991.

5. Valoración probatoria y conclusiones.

En el plenario existen dos versiones respecto de la forma en que los señores [XXX XXXX] y [AAA AAAA] contrajeron el virus de inmunodeficiencia humana –VIH–, pues, de un lado, los demandantes sostienen que el primero de ellos se infectó durante una transfusión sanguínea realizada el 29 de abril de 1991 en la Clínica del Instituto de Seguros Sociales de Cúcuta y su esposa como consecuencia de las relaciones maritales que tenía con él, sin que ninguno de los dos supiera que éste estaba contagiado y, por otra parte, el demandado afirma que el señor [XXX XXXX] pudo contagiarse de VIH como consecuencia de las heridas con arma cortopunzante que sufrió el 28 de abril de 1991.

Así las cosas, la Sala, con base en las pruebas transcritas y a partir de indicios concretos, procederá a establecer las circunstancias en que los señores [XXX XXXX] y [AAA AAAA] contrajeron el virus de inmunodeficiencia humana –VIH–, para determinar si el daño causado a éstos y a los demás demandantes es o no jurídicamente imputable a la entidad demandada.

Sobre la prueba indiciaria, el Consejo de Estado ha señalado:

“En nuestro derecho positivo (arts. 248 a 250 CPC), los indicios son medios de prueba indirectos y no representativos -como sí lo son el testimonio y la prueba documental- y no pueden ser observados directamente por el juez, como por ejemplo sucede en la inspección judicial. En la prueba indiciaria el juez tiene ante sí unos hechos probados a partir de los cuales establece otros hechos, a través de la aplicación de reglas de la experiencia, o principios técnicos o científicos. En otros términos, al ser el indicio una prueba indirecta que construye el juez con apoyo en la lógica, partiendo de la existencia de unos hechos debidamente acreditados en el proceso, tal construcción demanda una exigente labor crítica ...”¹⁷.

En otras oportunidades indicó:

“Ahora bien, la existencia y convergencia de hechos indicadores, los cuales se encuentran debidamente acreditados, entraña una pluralidad simétrica de hechos indicados que corresponden a las conclusiones como producto de las inferencias, a partir de un número igual de hechos probados. Y es que como ya se sabe, el indicio se estructura sobre tres elementos: 1. Un hecho conocido o indicador, 2. Un hecho desconocido, que es el que se pretende demostrar, y 3. Una inferencia lógica a través de la cual, y partiendo del hecho conocido, se logra deducir el hecho que se pretende conocer.

¹⁷ Sentencia de enero 18 de 2012 (expediente 21.196).

“Es el juzgador quien declara la existencia de un indicio, cuando establece un hecho indicador, aplica una o varias reglas de la experiencia e infiere lógicamente otro hecho indicado. Es el juez quien construye el indicio, en cada caso concreto”¹⁸.

Pues bien, en el caso bajo estudio, como hechos conocidos o indicadores, la Sala encuentra los siguientes:

1. El 28 de abril de 1991 el señor [XXX XXXX] ingresó al servicio de urgencias de la Clínica del Instituto de Seguros Sociales de Cúcuta, por cuanto presentaba heridas por arma cortopunzante en hemitórax derecho, abdomen y brazo derecho.

2. Según se observa en la historia clínica, el 29 de abril de 1991, durante la cirugía de brazo que le practicaron al señor [XXX XXXX] le transfundieron 500 cc. de sangre tipo O RH (-) “**sin prueba de sida**”.

3. El 28 de septiembre de 1993, el señor [XXX XXXX] contrajo matrimonio con la señora [AAA AAAA].

4. Desde 1993 a 1997, el señor [XXX XXXX] acudió varias veces al servicio médico del Instituto de Seguros Sociales, con síntomas de fiebre, placas en la boca, verrugas y diarrea “con sangre”, entre otros.

5. Si bien en la historia clínica se observa que los señores [XXX XXXX] y [AAA AAAA] fueron diagnosticados con VIH en julio y agosto de 1997, lo cierto es que su enfermedad se confirmó el 16 de septiembre de ese mismo año, mediante las pruebas de sangre con Western Blot practicadas por el Grupo de Virología del Servicio Seccional de Norte de Santander.

6. Según el dictamen de medicina legal, la posible vía de transmisión del virus de inmunodeficiencia humana en la señora [AAA AAAA] es la vía sexual, por cuanto respecto de ésta no se identificaron otros factores de riesgo.

7. En la historia clínica del señor [XXX XXXX] no obra registro o anotación alguna que indique que padecía de VIH o sus síntomas antes de ingresar el 28 de abril de 1991 al servicio médico del Instituto de Seguros Sociales.

¹⁸ Sentencia de 24 de marzo de 2011 (expediente 17.993) y sentencia de junio 13 de 2013 (expediente 25.180).

Así las cosas, las pruebas transcritas y los mencionados hechos indicadores le permiten a la Sala inferir que el señor [XXX XXXX] fue contagiado del virus de inmunodeficiencia adquirida VIH, como consecuencia de una transfusión sanguínea, efectuada durante una intervención quirúrgica realizada el 29 de abril de 1991, en la Clínica del Instituto de Seguros Sociales de Cúcuta¹⁹.

En efecto, está plenamente demostrado que durante la atención médica que le proporcionaron al señor [XXX XXXX] en la Clínica del Instituto de Seguros Sociales de Cúcuta los médicos tratantes le transfundieron varias unidades de sangre y por lo menos una de ellas, la transfundida el 29 de abril de 1991, carecía de prueba de VIH o SIDA, según se hizo constar en la respectiva historia clínica, como atrás se vio (página 15 de esta sentencia).

Así las cosas, a partir de tales elementos de convicción se puede inferir que, con anterioridad a esa época, no existen antecedentes clínicos que permitieran sospechar que el señor [XXX XXXX] padeciera de VIH o que hubiere estado sometido a otros factores de riesgo, distintos a la citada transfusión, asociados a dicha enfermedad.

En ese orden de ideas, no existe prueba alguna que demuestre el estado serológico que tenía el señor [XXX XXXX] con relación al VIH antes de las transfusiones de sangre que recibió en la Clínica del Instituto de Seguros Sociales de Cúcuta, pero sí está demostrado que el mencionado centro médico, previo a la transfusión del 29 de abril de 1991, no realizó la prueba de detección del virus de inmunodeficiencia humana –VIH- a la unidad de sangre que le transfundió al mencionado paciente durante la intervención quirúrgica que se le practicó ese mismo día (29 de abril de 1991).

Así las cosas, estima la Sala demostrado, por lo menos de manera indiciaria, que el señor [XXX XXXX] fue contagiado con el virus de inmunodeficiencia humana –VIH- el 29 de abril de 1991, en la Clínica del Instituto de Seguros Sociales de Cúcuta, como consecuencia de la transfusión de una unidad de sangre que no contaba con prueba de VIH.

¹⁹ Esta inferencia tiene fundamento en la sana crítica y en la teoría del alto grado de probabilidad preponderante, la cual le permite al juez fundar su decisión en hechos, que aún sin estar establecidos de manera exacta o matemática, a la luz de la razón, son los más probables. Tomado de Ricardo de Ángel Yáguez "Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención del daño)" Ed. Civitas, Madrid, Páginas. 78 y 79.

Respecto de la señora [AAA AAAA], la Sala considera que fue contagiada de VIH a través de las relaciones maritales que tenía con su esposo, pues, en primer lugar, no obra prueba alguna que demuestre que padecía de esa enfermedad antes de contraer matrimonio con el señor [XXX XXXX] y, en segundo término, según el dictamen médico legal transcrito, ella no tenía otros factores de riesgo, distintos a la vía sexual, para contagiarse de tal virus.

Ahora, los demandantes pretenden que se declare la responsabilidad patrimonial del Instituto de Seguros Sociales, concretamente bajo el argumento de que esta institución incumplió sus deberes constitucionales y legales de vigilancia y control respecto de las unidades de sangre que tenía en su poder, toda vez que no se aseguró de que ellas tuvieran las pruebas de calidad correspondientes y que ninguna se suministrara sin haber sido sometida a la prueba de VIH respectiva.

En relación con la figura de la comisión por omisión, en materia de responsabilidad de la Administración Pública, la doctrina especializada ha precisado que:

“Los problemas fundamentales que se plantean, pues, en sede de omisión (y que son problemas de imputación), son la determinación de cuándo existe el deber jurídico de evitar el resultado (en definitiva, la determinación de cuándo se encuentra la Administración en posición de garante de la víctima)²⁰ y la concreción del grado de capacidad evitadora del resultado que exigimos a la acción omitida, partiendo de valoraciones normativas, para imputar el resultado (...).

“Como en el caso de la comisión por omisión, (sic) lo decisivo en la responsabilidad por inactividad material no es la existencia efectiva de una relación causal entre la omisión y el resultado, sino sólo la virtualidad causal de la acción, que hubiera debido realizarse para evitar los perjuicios. Por lo que para que exista la obligación de indemnizar no se requiere una verdadera relación de causalidad naturalística entre la omisión y el daño, sino que basta que la Administración hubiera podido evitarlo cuando se hallaba en posición de garante”²¹.

Así, pues, en los eventos en los que se analiza la responsabilidad patrimonial del Estado como consecuencia de la producción de daños en cuya ocurrencia hubiere sido determinante la omisión de una autoridad pública en el

²⁰ “En la determinación de cuándo existe posición de garante o no del sujeto responsable no tiene ninguna incidencia que la responsabilidad se configure como objetiva o basada en la culpa. Aquella determinación constituye una cuestión previa: solo cuando se haya verificado que el sujeto estaba obligado a evitar el resultado entrará en juego la circunstancia de que la responsabilidad sea objetiva o no”.

²¹ PUIGPELAT, Oriol Mir: *“La responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria”*, Ed. Civitas, págs. 243 y 244.

cumplimiento de sus funciones, la Sala ha señalado que es necesario efectuar el contraste entre el contenido obligacional que las normas pertinentes fijan para el órgano administrativo implicado, de un lado y, de otro, el grado de cumplimiento u observancia del mismo por parte de la autoridad demandada en el caso concreto. En este sentido, se ha sostenido:

"1.- En casos como el presente, en los cuales se imputa responsabilidad a la Administración por el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de sus obligaciones, la determinación de si el daño causado al particular tiene el carácter de daño antijurídico, depende de acreditar que la conducta de la autoridad fue inadecuada. **Si el daño que se imputa a ésta se deriva del incumplimiento de un deber que legalmente le corresponde**, o de su cumplimiento inadecuado, **la antijuridicidad del daño surgirá** entonces aquí de dicha conducta inadecuada, o lo que es lo mismo, **de una FALLA EN EL SERVICIO** (...).

"2.- Para determinar si aquí se presentó o no dicha falla del servicio, debe entonces previamente establecerse cuál es el alcance de la obligación legal incumplida o cumplida inadecuadamente por la administración. Debe precisarse en qué forma debió haber cumplido el Estado con su obligación; qué era lo que a ella podía exigirsele; y, sólo si en las circunstancias concretas del caso que se estudia se establece que no obró adecuadamente, esto es, que no lo hizo como una administración diligente, su omisión podrá considerarse como causa del daño cuya reparación se pretende.

"La falla de la Administración, para que pueda considerarse entonces verdaderamente como causa del perjuicio y comprometa su responsabilidad, no puede ser entonces cualquier tipo de falta. Ella debe ser de tal entidad que, teniendo en cuenta las concretas circunstancias en que debía prestarse el servicio, la conducta de la administración pueda considerarse como 'anormalmente deficiente'.

"No se trata entonces de determinar si el Estado tiene o no recursos para cubrir condenas, como lo afirma el recurrente. Se trata de establecer si, teniendo en cuenta la realidad concreta en la cual se presta un determinado servicio, puede considerarse que dicho servicio fue inadecuadamente prestado y dicha circunstancia así puede considerarse como la causa del daño sufrido por el demandante"²² (resalta la Sala).

Con fundamento en lo expuesto, se impone concluir que la imputación de responsabilidad al demandado debe realizarse con fundamento en el título jurídico de imputación de falla del servicio²³, toda vez que se encuentra acreditado el comportamiento negligente y descuidado de éste, en cuanto al

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de septiembre 11 de 1997 (expediente 11.764). En ese mismo sentido consultar, sentencia del 18 de febrero de 2010 (expediente 18.436).

²³ De tiempo atrás, la Sala ha dicho que la falla del servicio ha sido y continúa siendo, en el ámbito colombiano, el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado. En efecto, si al juez administrativo le compete una labor de control de la acción administrativa del Estado y si la falla del servicio tiene el contenido final del incumplimiento de una obligación a su cargo, no hay duda que es ella el mecanismo más idóneo para asentar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual (al respecto ver, por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 13 de julio de 1993 (expediente 8.163) y del 16 de julio de 2008 (expediente 16.423), entre otras).

cumplimiento de sus obligaciones respecto del análisis clínico de sangre con miras a determinar o descartar la presencia de enfermedades transmisibles, entre ellas la del VIH, omisión que llevó, finalmente, a que el señor [XXX XXXX] fuera infectado con sangre contaminada con VIH, luego de que hubiera recibido una transfusión sanguínea el 29 de abril de 1991, durante una intervención quirúrgica que se le practicó en la Clínica del Instituto de Seguros Sociales de Cúcuta.

Ahora bien, una vez establecido que el demandado no cumplió el respectivo contenido obligacional o lo ha hecho de forma deficiente o defectuosa, esto es, que omitió el cabal cumplimiento de las funciones que el ordenamiento jurídico le ha asignado, resulta menester precisar si dicha falencia ha tenido o no relevancia jurídica dentro del proceso causal de producción del daño, atendiendo las exigencias derivadas de **la posición de garante**.

Sobre el particular, la jurisprudencia de esta Sala ha establecido que, cuando a la Administración Pública se le ha impuesto el deber jurídico de evitar un resultado dañoso, aquella asume la posición de garante en relación con la víctima, razón por la cual, de llegarse a concretar el daño, éste resultará imputable a la Administración, por el incumplimiento de dicho deber²⁴. Al respecto, esta Sala, en sentencia del 4 de octubre del 2007²⁵, señaló:

“Por posición de garante debe entenderse aquélla situación en que coloca el ordenamiento jurídico a un determinado sujeto de derecho, en relación con el cumplimiento de una específica obligación de intervención, de tal suerte que cualquier desconocimiento de ella acarrea las mismas y diferentes consecuencias, obligaciones y sanciones que repercuten para el autor material y directo del hecho²⁶.

²⁴ “cuando la conducta es, en cambio, una omisión, la relación de causalidad no es sólo insuficiente, sino, incluso, innecesaria (...) Y existirá imputación del resultado cuando el omitente (sic) tenía el deber jurídico de evitar el resultado lesivo, poseyendo la acción —debida— omitida capacidad para evitarlo. En el momento de comprobar esta última cuestión (la capacidad evitadora de la acción omitida) se examina si existe relación de causalidad entre la acción omitida y el resultado producido. Pero obsérvese bien: no es una relación de causalidad entre la omisión y el resultado, sino entre la acción (que, a diferencia de la omisión, sí tiene eficacia causal) no realizada y el resultado; y, además, es una causalidad meramente hipotética, entre una acción imaginada que no ha llegado a producirse y un resultado efectivamente acontecido. Los problemas fundamentales que se plantean, pues, en sede de omisión (y que son problemas de imputación), son la determinación de cuándo existe el deber jurídico de evitar el resultado (en definitiva, la determinación de cuándo se encuentra la Administración en posición de garante de la víctima) y la concreción del grado de capacidad evitadora del resultado que exigimos a la acción omitida, partiendo de valoraciones normativas, para imputar el resultado a la omisión” (Cfr. MIR PUIGPELAT, Oriol, cit., pp. 242-244).

²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de octubre de 2007 (expediente 15.567).

²⁶ “La posición de garante trata de dar una explicación y respuesta teórica y coherente a la cuestión de cuáles son las condiciones que deben darse para que el no impedir la entrada de un resultado sea equiparable a la causación positiva del mismo. Según la opinión que aquí será defendida, sólo se puede alcanzar una solución correcta si su búsqueda se encamina directamente en la sociedad, pero ésta entendida como un sistema constituido por normas, y no si la problemática toma como base conceptos enigmáticos basados en el naturalismo de otrora, pues la *teoría de la posición de garante, como aquí entendida, busca solucionar solamente un problema normativo-social, que tiene su fundamento en el concepto de deber jurídico*” (Cf. PERDOMO TORRES, Jorge Fernando: “La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión”, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2001, págs. 17 a 20. Ver igualmente: LÓPEZ DÍAZ, Claudia:

“Así las cosas, la posición de garante halla su fundamento en el deber objetivo de cuidado que la misma ley –en sentido material– atribuye, en específicos y concretos supuestos, a ciertas personas para que (sic) tras la configuración material de un daño, estas tengan que asumir las derivaciones de dicha conducta, siempre y cuando se compruebe fáctica y jurídicamente que la obligación de diligencia, cuidado y protección fue desconocida”.

En esta línea de pensamiento, debe señalarse que “la posición de garante” ha asumido vital connotación en eventos en los cuales, si bien el Estado no intervino directamente en la concreción de un daño antijurídico –como autor o participe del hecho–, la situación en la cual estaba incurso le imponía un deber específico, esto es, asumir determinada conducta, llámese de protección, o de prevención, cuyo rol, al ser desconocido –infracción al deber objetivo de cuidado–, obliga a atribuirle las mismas consecuencias o sanciones que radican en cabeza del directamente responsable del daño antijurídico.

Ahora bien, en cuanto a la imputación de responsabilidad del Estado por violar los deberes que surjan a partir de la posición de garante, debe advertirse que aquélla no puede provenir de un análisis abstracto o genérico, pues, si bien se ha precisado que el Estado se encuentra vinculado jurídicamente a la protección y satisfacción de los derechos humanos y/o fundamentales, es menester precisar que, de acuerdo con una formulación amplia de la posición de garante, se requiere para formular la imputación que, adicionalmente: i) el obligado no cumpla su función de impedir el resultado lesivo, siempre que ii) esté en posibilidad de hacerlo²⁷.

Así, pues, debe advertirse –igualmente– que las obligaciones que están a cargo del Estado –y, por lo tanto, la falla del servicio que constituye su trasgresión–, deben mirarse en concreto, frente al caso particular que se juzga, teniendo en consideración las circunstancias que rodearon la producción del daño que se reclama, su mayor o menor previsibilidad y los medios de que disponían las autoridades para contrarrestarlo²⁸.

“Introducción a la Imputación Objetiva”, Ed. Universidad Externado de Colombia; JAKOBS, Günther: “Derecho Penal – Parte General”, Ed. Marcial Pons y ROXIN, Claus: “Derecho Penal – Parte General “Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito”, Ed. Civitas).

²⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de junio de 2013 (exp. 19.980).

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de febrero de 1996, (exp. 9.940).

Para el presente asunto, las obligaciones para las instituciones de salud dedicadas a la extracción, procesamiento, conservación y transporte de sangre total o de sus hemoderivados se encuentran establecidas en el Decreto 1571 de 1993²⁹, cuyo tenor literal es el siguiente:

“ARTÍCULO 42. Los bancos de sangre, cualquiera que sea su categoría deberán obligatoriamente practicar bajo su responsabilidad a todas y cada una de las unidades recolectadas las siguientes pruebas:

- Determinación Grupo ABO (detección de antígenos y anticuerpos).
- Determinación Factor Rh (antígeno D) y variante Du, en los casos a que haya lugar.
- Prueba serológica para sífilis.
- Detección del antígeno del virus de la hepatitis C.
- Detección del antígeno de superficie del virus de la hepatitis B.
- **Detección de anticuerpos contra el virus de la Inmunodeficiencia Humana Adquirida (HIV) 1 y 2.**
- Otros que de acuerdo a (sic) los estudios de vigilancia epidemiológica se establezcan para una región determinada por parte del Ministerio de Salud.

“PARAGRAFO PRIMERO. El Ministerio de Salud podrá ampliar la obligatoriedad de la práctica de pruebas a que se refiere el presente artículo cuando considere necesario, según el perfil epidemiológico o el riesgo.

“PARAGRAFO SEGUNDO. Los reactivos que se empleen para la detección de infecciones transmitidas por transfusión deben ser vigilados y controlados a través del Instituto Nacional de Salud.

“PARAGRAFO TERCERO. Cuando un resultado sea positivo para alguno o algunos de los exámenes practicados a la unidad de sangre para detectar agentes infecciosos transmitidos por transfusión, el banco de sangre estará en la obligación, previa confirmación del resultado respectivo, de remitir al donante al equipo de salud correspondiente para su valoración y seguimiento y deberá notificar el caso a la Unidad de Vigilancia Epidemiológica de la Dirección de Salud de su jurisdicción.

“ARTÍCULO 43. La substracción u omisión por parte de los bancos de sangre al cumplimiento de lo dispuesto en el artículo anterior dará lugar a la aplicación de las medidas y sanciones dispuestas en este Decreto, sin perjuicio de las demás acciones legales a que haya lugar.

ARTÍCULO 44. La sangre total, hemoderivados o componentes deberán almacenarse y transportarse en condiciones óptimas y sólo podrán utilizarse mientras no hayan excedido el término de expiración conforme a las normas técnicas expedidas por el Ministerio de Salud.

²⁹ “Por el cual se Reglamenta Parcialmente el Título IX de la Ley 09 de 1979, en cuanto a Funcionamiento de Establecimientos Dedicados a la Extracción, Procesamiento, Conservación y Transporte de Sangre Total o de sus Hemoderivados, se Crean la Red Nacional de Bancos de Sangre y el Consejo Nacional de Bancos de Sangre y se dictan otras disposiciones sobre la materia”.

ARTÍCULO 45. La transfusión de sangre humana o de sus componentes o derivados, con fines terapéuticos, constituye un acto propio del ejercicio de la medicina. Por consiguiente, la práctica de tal procedimiento deberá hacerse bajo la responsabilidad de un médico en ejercicio legal de su profesión, quien vigilará al paciente durante el tiempo necesario para prestarle oportuna asistencia en caso en que se produzcan reacciones que la requieran y cumpliendo las pruebas pretransfusionales a que haya lugar exigidas por el Ministerio de Salud.

"ARTÍCULO 46. En todo procedimiento de transfusión de sangre total o cualquier componente que contenga eritrocitos, es obligatorio realizar previamente las pruebas de compatibilidad correspondientes definidas en el Manual de Normas Técnicas y Procedimientos que expida el Ministerio de Salud.

"(...).

"ARTÍCULO 58. Los bancos de sangre, cualquiera que sea su categoría, deberán establecer un programa interno de garantía de calidad que asegure la efectividad de los procedimientos, reactivos, equipos y elementos con el fin de obtener productos procesados de la mejor calidad" (resalta la Sala).

Así las cosas, en el *sub lite*, se impone concluir que el demandado incumplió de manera grave sus obligaciones de control y análisis establecidas en la normatividad transcrita respecto de la sangre transfundida al señor [XXX XXXX] el 29 de abril de 1991, pues no verificó que ésta contara con la prueba de Sida o de VIH respectiva, lo cual llevó a que el mencionado paciente se infectara del virus de inmunodeficiencia humana -VIH-, pues ninguna otra explicación hay en el proceso acerca de la causa del contagio.

En este orden de ideas, es clara la falla en el servicio en que incurrió el demandado, pues, el personal médico de la Clínica del Instituto de Seguros Sociales de Cúcuta, de manera negligente, irresponsable y desconsiderada, le transfundió sangre que no tenía prueba de VIH al señor José Natividad [XXX XXXX], exponiéndolo de manera injustificada al contagio del mencionado virus.

Por las razones expuestas se confirmará la sentencia consultada, en cuanto declaró la responsabilidad del demandado, así como la condena por concepto de perjuicios materiales e inmateriales, pues, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, no puede hacerse más gravosa su situación, únicamente puede mejorarse en el evento de que se encuentre que hay lugar a ello, de conformidad con las pruebas debidamente decretadas y practicadas en el proceso.

6. Indemnización de perjuicios.

6.1. Perjuicios morales.

La Sala considera que la prueba de la enfermedad que padecen los señores [XXX XXXX] y [AAA AAAA] es suficiente para establecer el daño moral que éstos sufren, no solo por el contagio del VIH, sino también por sus consecuencias, que se ven reflejadas en el deterioro grave y progresivo de su salud.

Por los daños irrogados a los señores [XXX XXXX] y [AAA AAAA], además de éstos, concurrieron al proceso [BBB BBBB] (en calidad de hija), [XXX XXXX] (en calidad de padre del señor [XXX XXXX]), [DDD DDDD] (en calidad de madre de [AAA AAAA]), [KKK KKKK] (en calidad de padre de [AAA AAAA]), [EEE EEEE], FFF FFFF y GGGG GGGG (en calidad de hermanos de [XXX XXXX]), [HHH HHHH], [JJJ JJJJ], [LLL LLLL] Y MMM MMMM (en calidad de hermanos de [AAA AAAA]), según se desprende de la demanda y de los poderes conferidos a su apoderado judicial (fls. 1 a 13 cdno. 1).

En relación con el parentesco de los demandantes con los señores [XXX XXXX] y [AAA AAAA], obran en el proceso las siguientes pruebas:

1. Registros civiles de nacimiento de los señores XXXX, [LLL LLLL], [HHH HHHH], FFFF FFFF y [EEE EEEE], expedidos por el Notario Segundo de Cúcuta, en los que se indica que son hijos de [JJJ JJJJ] y L [LLL LLLL] (fls. 14 a 19 cdno. 1).

2. Registros civiles de nacimiento de las señoras AAA AA, [DDD DDDD], , GGG GGGG y MMM MMMM, expedidos por la Notaría única de Chinácota (Norte de Santander) en los que se indican que son hijas de y (fls. 22 a 28 cdno. 1).

3. Registro civil de nacimiento de [BBB BBBB], expedido por la Notaría Sexta de Cúcuta, en el que se indica que es hija de [XXX XXXX] y [AAA AAAA].

4. Registro Civil de matrimonio de los señores [XXX XXXX] y [AAA AAAA], expedido por la Notaría Única de Chinácota (Norte de Santander) (fl. 21 cdno. 1).

Según la jurisprudencia del Consejo de Estado, en los eventos en los que una persona fallece o sufre una lesión y ello es imputable al Estado, se desencadena, a cargo de éste, la indemnización de perjuicios morales, de tal manera que las personas que se sientan perjudicadas por dicha situación y hagan parte del grupo familiar más cercano pueden reclamar la indemnización de estos perjuicios

acreditando el parentesco con la víctima directa del daño, pues éste se convierte en un indicio suficiente para tener por demostrado el perjuicio moral sufrido, por cuanto las reglas de la experiencia hacen presumir que el daño padecido por un pariente cercano causa dolor y angustia en quienes conforman su núcleo familiar, en atención a las relaciones de cercanía, solidaridad y afecto, siempre que no existan pruebas que indiquen o demuestren lo contrario.

Respecto de la cuantía de la indemnización de este perjuicio inmaterial, en caso de lesiones o enfermedad, la Sala de la Sección Tercera, en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014³⁰, estableció cinco niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa del daño o causante y quienes acuden a la justicia en calidad de perjudicados o víctimas indirectas, así:

Nivel 1. Comprende la relación afectiva propia de las relaciones conyugales y paterno – filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (1er. grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes o estables). A este nivel corresponde el tope indemnizatorio de 100 SMLMV.

Nivel 2. Se refiere a la relación afectiva propia del segundo grado de consanguinidad o civil (hermanos, abuelos y nietos). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 50% del tope indemnizatorio.

Nivel 3. Abarca la relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 35% del tope indemnizatorio.

Nivel 4. Aquí se ubica la relación afectiva propia del cuarto grado de consanguinidad o civil y afines hasta el segundo grado. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 25% del tope indemnizatorio.

Nivel 5. Comprende las relaciones afectivas no familiares (terceros damnificados). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 15% del tope indemnizatorio.

Para los niveles 1 y 2 se requerirá la prueba del estado civil o de la convivencia de los compañeros. Para los niveles 3 y 4, además, se requerirá la

³⁰ Expediente 27.709, actor Adriana Cortés Pérez y otras

prueba de la relación afectiva. Para el nivel 5, deberá ser probada la relación afectiva.

No obstante lo anterior, la Sala también ha señalado que dichos montos indemnizatorios son parámetros que pueden ser aumentados por el juez, en casos graves o excepcionales, siempre que ello se haga de manera motivada.

Así, pues, con la prueba testimonial que obra en el proceso se puede inferir que, desde que los señores [XXX XXXX] y [AAA AAAA] fueron infectados con el virus de inmunodeficiencia humana –VIH-, ambos han sufrido una grave alteración de su forma de vida, que tiene importantes implicaciones en su estado mental y espiritual, pues es lo común, lo esperable y comprensible que los seres humanos sientan tristeza, depresión, angustia, miedo y otras afectaciones de los sentimientos, cuando ven disminuidas su salud y sus facultades físicas, en especial cuando se trata de enfermedades mortales como la que les fue contagiada.

Sobre el particular, resultan interesantes las siguientes observaciones que al respecto hacen los doctores Gloria Velásquez y Rubén Darío Gómez, al abordar el tema del “impacto emocional” que genera la epidemia de SIDA.

“... Es una complicación de la diseminación del SIDA manifestada en la depresión, la culpa, la agresividad, la represión de la sexualidad y los sentimientos de abandono que afectan a los contactos sociales, familiares y sexuales de infectados y enfermos. Incluye también el miedo irracional y disfuncional experimentado por la población general en relación con el SIDA, miedo que obliga a los individuos no (sic) infectados a asumir conductas emocionalmente costosas y, en ocasiones, supremamente penosas para ellos mismos y para los demás”³¹.

En el asunto sub lite, dada la forma como ocurrió el contagio y que las graves consecuencias de la infección con el virus de VIH generan un profundo padecimiento moral a las víctimas directas del daño, ya que frente a éstas se produce una incertidumbre constante respecto de sus posibilidades y expectativa de vida, la Sala considera que la condena impuesta al demandado por concepto de perjuicios morales podía haber sido más alta; no obstante, como el grado jurisdiccional de consulta opera en favor de la entidad pública condenada en primera instancia, no puede hacerse más gravosa su situación, según se vio a folio 31 de esta sentencia.

³¹ *Ibidem*.

En este orden de ideas la Sala mantendrá incólumes los montos reconocidos por el a quo por concepto de perjuicios morales, los cuales corresponden a (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la ejecutoria de esta providencia en favor de cada uno de los señores [XXX XXXX], [AAA AAAA], MMMM MMM, FFFF FFFF, [KKK KKKK] y L [LLL LLLL] y cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la ejecutoria de esta providencia a favor de cada uno de los señores [JJJ JJJJ], [HHH HHHH] y [CCC CCCC], D [DDD DDDD], [EEE EEEE], [DDD DDDD] y GGG GGGG

6.2. Perjuicio por daño a la salud

El a quo reconoció para cada uno de los señores [XXX XXXX] y [AAA AAAA] la suma de 200 salarios mínimos legales mensuales y 100 salarios mínimos legales mensuales a favor de [BBB BBBB]B, por concepto de daño a la vida de relación.

Así las cosas, el perjuicio reconocido por el a quo se estudiará bajo la denominación de daño a la salud, pues, de conformidad con la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el daño a la salud es la categoría autónoma que resulta adecuada para indemnizar los perjuicios cuando el daño proviene de una lesión corporal, toda vez que dicha denominación comprende toda la órbita psicofísica del sujeto y está encaminada a resarcir económicamente una lesión o alteración a la unidad corporal de las personas³².

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

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

³² Sentencia del 14 de septiembre de 2011, expediente 38.22.

"Así las cosas, el daño a la salud permite estructurar un criterio de resarcimiento fundamentado en bases de igualdad y objetividad, de tal forma que se satisfaga la máxima 'a igual daño, igual indemnización'" ³³.

En consecuencia, es deber del juez hacer acopio de todos los elementos probatorios obrantes de manera que verifique la existencia de criterios o referentes objetivos para su cuantificación, tales como: "las características mismas del daño, su gravedad y extensión, el grado de afectación en el caso a cada persona, vale decir, el conjunto de elementos o circunstancias de hecho que enmarcan la situación del demandante afectado, para, por vía del análisis de conjunto, debidamente razonado, llegar a concretar un monto indemnizatorio determinado" ³⁴.

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

- La pérdida o anormalidad de la estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica (temporal o permanente).

- La anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura corporal o mental.

- La exteriorización de un estado patológico que refleje perturbaciones a un órgano.

- La reversibilidad o irreversibilidad de la patología.

- La restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria.

- Excesos en el desempeño y comportamiento dentro de una actividad normal o rutinaria.

- Las limitaciones o impedimentos para el desempeño de un rol determinado.

³³ "En el histórico fallo 184 de 1986 la Corte Constitucional italiana afirmó que el criterio de liquidación que debe adoptarse para el resarcimiento del daño biológico debe, de un lado, responder a una uniformidad pecuniaria de base (el mismo tipo de lesión no puede valorarse de manera diferente para cada sujeto) y, de otro, debe ser suficientemente elástico y flexible para adecuar la liquidación del caso concreto a la incidencia efectiva de la lesión sobre las actividades de la vida cotidiana, por medio de las cuales se manifiesta concretamente la eficiencia sicofísica del sujeto perjudicado" (ROZO SORAINI, Paolo: "El daño biológico", Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, págs. 209 y 210).

³⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 23 de agosto de 2012, expediente 24.392.

- Los factores sociales, culturales u ocupacionales.
- La edad.
- El sexo.
- Las demás que se acrediten dentro del proceso³⁵.

Para la reparación del daño a la salud se reiteran los criterios contenidos en las sentencias de unificación del 14 de septiembre de 2011 (expedientes 19.031 y 38.222), proferidas por esta misma Sala, en el sentido de que la regla en materia indemnizatoria es de 10 a 100 SMMLV; sin embargo, en casos de extrema gravedad y excepcionales se podrá aumentar hasta 400 SMMLV, siempre que ello se haga de manera motivada³⁶.

Teniendo en cuenta las graves consecuencias de la enfermedad que padecen los señores [XXX XXXX] y Fernanda Villamizar Rozo, la forma como la contrajeron y su repercusión en su vida diaria, la Sala confirmará la condena impuesta por el a quo, la cual corresponde a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, en favor de cada uno de tales demandantes, por concepto de daño a la salud.

Como quiera que el daño a la salud se reconoce únicamente en favor de las víctimas directas del daño, la Sala no reconocerá indemnización alguna por este concepto a [DDD DDDD], pues, en primer lugar, no se demostró que ella padezca de VIH y, en segundo término, porque los perjuicios que se le pudieron causar como consecuencia de la enfermedad que padecen sus progenitores son indemnizables mediante el perjuicio moral.

6.3. Perjuicios materiales.

- **Lucro cesante.**

Como quiera que en la demanda y su adición los actores únicamente solicitaron el reconociendo de este perjuicio para el señor [XXX XXXX] (fl. 289

³⁵ Referentes para la reparación de perjuicios inmateriales que fueron tenidos en cuenta por la Sala en sentencia de 12 de noviembre de 2014, expediente 38.738.

³⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014 (expediente 31.172).

cdno. 1), la Sala, en virtud del principio de congruencia, reconocerá dicho perjuicio solo en favor del mencionado señor.

Ahora, si bien con los testimonios y la certificación que obra en el proceso se demostró que el señor [XXX XXXX] trabaja de forma independiente como mecánico de frenos, lo cierto es que no existe prueba alguna que demuestre cuánto devenga por esa actividad, razón por la cual, para efectos del cálculo de la indemnización, se tendrá en cuenta el valor del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de la presente sentencia, es decir, la suma de \$737.717³⁷.

A la suma anterior se le incrementará un 25%, por concepto de prestaciones sociales, para un total de \$922.146,25. De este monto se tomará solo el 34%, que corresponde a la pérdida de la capacidad laboral originada en el contagio del VIH, lo cual arroja la suma de **\$313.529,72**.

Al respecto, es necesario aclarar que, si bien en el dictamen médico laboral se determinó que el señor [XXX XXXX] tiene una pérdida de su capacidad laboral del 52%, lo cierto es que dicho porcentaje está conformado por: 34% de deficiencia, 3% de discapacidad y 15% de minusvalía.

En consideración a que el **34%** es el único de los tres conceptos acabados de mencionar que está relacionado con el virus que padece el mencionado señor, la Sala liquidará el lucro cesante con base en dicho porcentaje, toda vez que el 18% restante de su pérdida de capacidad laboral corresponde a las secuelas de la lesión del brazo derecho, las cuales no son imputables al demandado.

Así las cosas, para el lucro cesante consolidado, el período indemnizable es el comprendido desde la fecha en que el señor [XXX XXXX] fue contagiado con el virus de inmunodeficiencia humana, esto es, el 29 de abril de 1991, hasta la fecha de esta sentencia, para un total de 300,8 meses.

Para el cálculo del perjuicio se aplicará la fórmula matemático – actuarial utilizada por la jurisprudencia para tal efecto, la cual se expresa en los siguientes términos:

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

³⁷ Salario mínimo legal mensual vigente para el año 2017.

Donde Ra es la renta actualizada que corresponde a esta persona (\$313.529,72), "i" es una constante y "n" el número de meses transcurridos desde la fecha de los hechos (29 de abril de 1991) hasta la fecha de esta sentencia, para un total de 300,8 meses.

Aplicando la fórmula, se tiene:

$$S = \$313.529,72 \frac{(1 + 0.004867)^{300,8} - 1}{0.004867}$$

$$\mathbf{S = \$213'091.037,22}$$

El lucro cesante futuro, se calculará desde la fecha de esta sentencia (abril de 2017) hasta la fecha de vida probable del señor [XXX XXXX] (que resulta de calcular la expectativa de vida al momento de la ocurrencia del daño -52.01, años³⁸-, es decir, 625 meses), tiempo al que habrá que restarle los 300,8 meses del período consolidado, para un total a indemnizar, por lucro cesante futuro, de 324,2 meses.

Para el cálculo del perjuicio se aplicará la fórmula matemático - actuarial utilizada por la jurisprudencia para tal efecto, la cual se expresa en los siguientes términos:

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

Donde Ra es la renta actualizada que corresponde a esta persona (\$313.529,72), "i" es una constante y "n" corresponde al número de meses indicados anteriormente (324,2).

Aplicando la fórmula, se tiene:

$$S = \$313.529,72 \frac{(1 + 0.004867)^{324,2} - 1}{0.004867 (1 + 0.004867)^{324,2}}$$

$$\mathbf{S = \$51'073.708,39}$$

³⁸ Según se observa en el registro civil de nacimiento que obra en el folio 19 de cuaderno 1, el señor [XXX XXXX] tenía 24,01 años de edad cuando se contagió de VIH.

Sumado lo anterior, se obtiene un valor total de **\$264'164.745,61** por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante.

6.4. Medidas de reparación integral

Ahora bien, toda vez que en el presente asunto se vulneró **gravemente** un derecho fundamental (salud), es preciso proteger las órbitas subjetiva y objetiva del mismo. En efecto, la Sala en ocasiones anteriores ha señalado que es posible decretar de oficio medidas de justicia restaurativa, al margen de los principios de congruencia y de *no reformatio in pejus*, en dos escenarios: i) la grave violación a derechos humanos por parte del Estado –omisión– y ii) la afectación significativa a un derecho fundamental de los reconocidos a nivel constitucional y convencional.

En la segunda hipótesis la Sección Tercera ha decretado medidas de rehabilitación, satisfacción o garantías de no repetición, en aras de amparar el núcleo esencial del derecho fundamental que fue gravemente lesionado. Ahora bien, esa vulneración puede estar referida al ámbito subjetivo u objetivo de la correspondiente garantía fundamental³⁹. La jurisprudencia de esta Sala ha discurrido sobre el particular, así:

“En consecuencia, cuando el juez de lo contencioso administrativo aprecia la vulneración grave de la dimensión objetiva de un derecho, puede adoptar medidas de justicia restaurativa a efectos de que sea restablecido el núcleo del derecho o interés constitucionalmente protegido, al margen de que el trámite procesal sea el del grado jurisdiccional de consulta o la resolución de un recurso de apelación único. Lo anterior, toda vez que el principio de la *no reformatio in pejus*, como expresión de la garantía del derecho al debido proceso sólo tiene restricción en la órbita indemnizatoria del principio de reparación integral. En efecto, la jurisprudencia de la Corporación ha precisado que si existe una colisión entre el principio de reparación integral con los principios de congruencia procesal y de jurisdicción rogada, estos últimos deben ceder frente al primero en cuanto concierne a las medidas de satisfacción, rehabilitación, y garantías de no repetición, toda vez que el parámetro indemnizatorio, esto es, el reconocimiento de los perjuicios materiales e inmateriales sí está amparado por los citados principios del proceso que tienden a garantizar el derecho de defensa del demandado.

“Definido el anterior panorama, la Sala reitera la jurisprudencia que sobre el particular ha delineado para precisar que, en aquellos eventos en los que sea evidente la alteración grave de un derecho de la persona, es posible que se adopten medidas distintas a la indemnización de perjuicios, todas ellas encaminadas a operar como factores de justicia restaurativa, esto es,

³⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2009 (expediente 17.794). Ver también sentencia del 18 de febrero de 2010 (expediente 18.436).

como instrumentos que propenden por el restablecimiento objetivo del derecho conculcado”⁴⁰ (negritas adicionales).

Así las cosas, la Sala considera que en eventos en los que el daño no provenga de graves violaciones a derechos humanos también es posible decretar medidas de satisfacción, conmemorativas o garantías de no repetición, siempre y cuando ellas sean necesarias o útiles para restablecer el núcleo o dimensión objetiva de un derecho humano que ha sido afectado por una entidad estatal.

Lo anterior por cuanto es posible que el daño antijurídico irrogado por una entidad prestadora del servicio de salud desborde la esfera o dimensión subjetiva, dada su magnitud, anormalidad y excepcionalidad, circunstancia frente a la cual el juez de la reparación no puede ser indiferente, so pena de entender el derecho de la reparación como una obligación netamente indemnizatoria, cuando lo cierto es que actualmente la prevención es una de las funciones modernas de la declaratoria de responsabilidad del Estado.

En el caso concreto, es evidente que el demandado transgredió los derechos fundamentales a la salud y a la integridad del señor [XXX XXXX], pues faltó a su posición de garante derivada de sus obligaciones de análisis y control médico respecto de la sangre que le fue transfundida a este último, lo cual produjo las nefastas consecuencias mencionadas en la presente sentencia.

En ese orden de ideas, en la parte resolutive del fallo se dispondrá la adopción de la siguiente medida: como medida de no repetición⁴¹, se ordenará enviar copia íntegra y auténtica de esta providencia al Instituto de Seguros Sociales para que establezcan un link en sus páginas web, con un encabezado apropiado en el que se pueda acceder al contenido magnético de esta

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de agosto de 2009 (expediente 18.364).

⁴¹ Acerca de la garantía de no repetición a la que se alude en la presente providencia, se ha hecho referencia dentro del siguiente contexto: “En cuanto a la obligación de no repetición: El (sic) Estado está obligado, ‘en virtud de los deberes generales de respetar los derechos y adoptar disposiciones de derecho interno (Arts. 1.1 y 2 de la Convención) a adoptar las medidas necesarias para asegurar que violaciones como la que han sido declaradas en la presente sentencia no se producirán de nuevo en su jurisdicción’. Este deber casi siempre aparece expresado en la parte de la sentencia relativa a las reparaciones, porque de cierta manera es una forma de reparación ‘erga omnes’, ya que se ordena en beneficio de todas las personas que se encuentran dentro de la jurisdicción del Estado. Este deber de no repetición se desprende directamente de las obligaciones de garantizar los derechos contenida en el Art. 1.1 de la CADH, por lo tanto no es esencial que la Corte Interamericana lo reafirme en las reparaciones, el Estado debe tomar por iniciativa propia todas aquellas medidas necesarias para que los hechos violatorios no se vuelvan a repetir en su territorio, en virtud de la obligación contenida en el mencionado Art. 1.1 y del principio Pacta Sunt Servanda contenido en el Art. 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados” (PIZARRO SOTOMAYOR, Andrés y MÉNDEZ POWELL, Fernando: “Manual de Derecho Internacional de Derechos Humanos”, Primera Ed., Universal Books, Ciudad de Panamá, 2006, pág. 28).

providencia, con la reserva del nombre de los demandantes, y mantendrán el acceso al público del respectivo vínculo durante un período de 6 meses que se contarán desde la fecha en que se realice la respectiva carga de la información en la página web de esa institución.

Respecto de dicha orden, debe precisarse que el propósito de esta medida consiste en la divulgación pedagógica, a efectos de que situación como la descrita en la sentencia no se vuelva a repetir.

7. Condena en costas.

En consideración a que no se evidenció temeridad, ni mala fe en la actuación procesal de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo previsto en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998.

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

FALLA:

MODIFÍCASE la sentencia del 14 de diciembre de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, la cual quedará así:

PRIMERO: DECLÁRASE patrimonialmente responsable al Instituto de Seguros Sociales por los daños sufridos por los demandantes, de conformidad con lo analizado en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDÉNASE al Instituto de Seguros Sociales a pagar, a las personas que a continuación se relacionan, las siguientes sumas de dinero, por concepto de perjuicios morales:

XXX XXXX (víctima)	100 smlv
[AAA AAAA] (víctima)	100 smlv
[BBB BBBB] (hija)	100 smlv
[EEE EEEE] (padre)	100 smlv
FFFF FFFF (madre)	100 smlv
H [HHH HHHH](padre)	100 smlv

[CCC CCCC](hermana)	50 smlv	
[DDD DDDD]hermana)		50 smlv
J[JJJ JJJ]J(hermana)		50 smlv
[KKK KKKK]K (hermana)	50 smlv	
[LLL LLLL] (hermana)		50 smlv
MMMMM MMM (hermano)	50 smlv	
NNNN NNNN(hermano)	50 smlv	
GGGG GGGG (hermano)		50 smlv

TERCERO: CONDÉNASE al Instituto de Seguros Sociales a pagar por concepto de daño a la salud, a favor de cada uno de los señores [XXX XXXX] y [AAA AAAA], doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

CUARTO: CONDÉNASE al Instituto de Seguros Sociales a pagar por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, la suma de \$264'164.745,6, en favor del señor [XXX XXXX].

QUINTO: Como medida de no repetición, se ordenará enviar copia íntegra y auténtica de esta providencia al Instituto de Seguros Sociales para que establezcan un link en sus páginas web, con un encabezado apropiado en el que se pueda acceder en forma magnética a esta providencia, con la reserva de los nombres de los demandantes, de modo tal que el público tenga acceso al vínculo durante un período mínimo de 6 meses que se contarán desde la fecha en que se realice la respectiva carga de la información en la página web de esa institución.

SEXTO: NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

SEPTIMO: Sin condena en costas.

OCTAVO: Dese cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, para lo cual se expedirá copia de la sentencia de segunda instancia, conforme a lo dispuesto en el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil; para tal efecto, el Tribunal de instancia cumplirá los dictados del artículo 362 del C. de P.C.

NOVENO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA