

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN “B”

Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil quince (2015)

Expediente: 25697
Radicación: 15001233100019951501701
Actor: Cecilia Rojas de Rodríguez y otros
Demandado: Hospital San Rafael de Tunja
Acción: Reparación Directa

Sin que se advierta causal de nulidad que invalide la actuación, decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 27 de junio de 2003, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Boyacá negó las pretensiones de la demanda. La sentencia será revocada y en su lugar se accederá parcialmente a las pretensiones.

SÍNTESIS DEL CASO

El joven José Crisóstomo Rodríguez Rojas, de 21 años de edad, acudió al Hospital San Rafael de Tunja en procura de atención médica de una herida por disparo de arma de fuego que impactó su pierna derecha. El proyectil le causó fractura del fémur derecho y se programó cirugía de osteosíntesis, la que se llevó a cabo 15 días después. Una vez terminado el procedimiento, el paciente presentó dificultad respiratoria y bradicardia severa que se manejó con líquidos y masaje cardiaco frente al que presentó respuesta positiva el paciente; sin embargo, le quedó como secuela una encefalopatía hipóxica que requirió manejo en la unidad de cuidados intensivos y que le dejó graves consecuencias en su estado de salud, que impusieron mantenerlo bajo cuidados críticos y lo dejaron en estado vegetativo. El paciente falleció durante el curso del proceso judicial.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

Mediante escrito presentado el 24 de marzo de 1995 (fl. 57 vto, c. 1), ante el Tribunal Administrativo de Boyacá, los señores Cecilia Rojas de Rodríguez, Luís Armando Rodríguez Rojas, María Lucinda Rodríguez Rojas, David Rodríguez Rojas, María del Tránsito Rodríguez Rojas, José Mardoqueo Rodríguez Rojas y José Vinicio Rodríguez Rojas, promovieron demanda de reparación directa en contra del Hospital San Rafael de Tunja, con el fin de obtener las siguientes declaraciones y condenas:

1.1. Pretensiones:

1ª. Que se declare administrativamente responsable al Hospital San Rafael de la ciudad de Tunja, de los perjuicios ocasionados a Cecilia Rojas de Rodríguez, Luís Armando Rodríguez Rojas, María Lucinda Rodríguez Rojas, David Rodríguez Rojas, María del Tránsito Rodríguez Rojas, José Mardoqueo Rodríguez Rojas y José Vinicio Rodríguez Rojas, con ocasión de los daños causados en la salud de JOSÉ CRISÓSTOMO RODRÍGUEZ ROJAS, como consecuencia de la deficiente atención hospitalaria a él prestada a partir del día 21 de agosto de 1994 y de la defectuosa intervención quirúrgica practicada en su persona el día 6 de septiembre de 1994, a las que se refieren los hechos 2, 3, 4 y 5 del presente libelo.

2ª. Que, como consecuencia de lo anterior, se declare que el HOSPITAL SAN RAFAEL de la ciudad de Tunja está obligado a resarcir los daños materiales y morales inferidos a Cecilia Rojas de Rodríguez, Luís Armando Rodríguez Rojas, María Lucinda Rodríguez Rojas, David Rodríguez Rojas, María del Tránsito Rodríguez Rojas, José Mardoqueo Rodríguez Rojas y José Vinicio Rodríguez Rojas, como consecuencia de los hechos a que se hizo referencia en la pretensión anterior.

3ª. Que se condene al Hospital San Rafael de la ciudad de Tunja a indemnizar a Cecilia Rojas de Rodríguez, Luís Armando Rodríguez Rojas, María Lucinda Rodríguez Rojas, David Rodríguez Rojas, María del Tránsito Rodríguez Rojas, José Mardoqueo Rodríguez Rojas y José Vinicio Rodríguez Rojas, los daños morales y materiales derivados de los hechos de que tratan los hechos (sic) 2, 3, 4 y 5 de este libelo.

4ª. Que se condene al Hospital San Rafael de la ciudad de Tunja a pagar, a los aquí demandantes, la corrección monetaria y los intereses legales respecto de las condenas deprecadas en las pretensiones anteriores.

5ª. Que se condene al Hospital San Rafael de la ciudad de Tunja a pagar las expensas del proceso.

1.2. Fundamento fáctico

Como fundamentos de hecho de la demanda narraron los hechos que la Sala sintetiza así:

El 21 de agosto de 1994, el señor José Crisóstomo Rodríguez Rojas fue internado en el Hospital San Rafael de Tunja, con ocasión de una lesión que sufrió en la pierna derecha, que era en ese momento el único quebranto de salud que lo aquejaba.

Desde que ingresó a la institución hospitalaria y hasta el 6 de septiembre de 1994, el señor Rodríguez Rojas se mantuvo a la espera de una intervención quirúrgica que, en efecto, le fue practicada en esta última fecha. Luego de la intervención, el paciente perdió la conciencia y el pronóstico médico apunta a que no la recobrará.

Los daños en la salud sufridos por el señor Rodríguez Rojas les han generado a sus familiares demandantes, quienes tenían con él una cercana relación afectiva, los perjuicios de orden moral cuya reparación pretenden, así como perjuicios materiales consistentes en los gastos de medicamentos, instrumental y materiales para el cuidado del paciente.

1.3. Sustento jurídico

Para los demandantes, la causa de los daños sufridos por ellos fue la conducta del Hospital demandado, consistente en haber demorado la práctica de la cirugía que requería el tratamiento de la fractura que presentaba la víctima; en consecuencia, consideran que es el llamado a resarcir los daños antijurídicos que padecieron con ocasión de esos hechos.

2. Contestación de la demanda

El Hospital demandado fue notificado de la admisión de la demanda (fls. 62-63, c. 1) y se fijó en lista el asunto; sin embargo, no contestó la demanda.

3. Alegatos de conclusión en primera instancia

3.1. La actora

Aseveró que el señor José Crisóstomo Rodríguez Rojas ingresó al hospital el 21 de agosto de 1994, por una herida en su miembro inferior derecho y que sólo hasta el 6 de septiembre fue intervenido quirúrgicamente mediante un procedimiento que no tuvo complicaciones. Luego de la intervención, el paciente presentó hiporemia (sic) y bradicardia severa, que fue tratada y que derivó en encefalopatía hipóxica que requirió manejo en unidad de cuidado de intensivo.

El servicio médico prestado lo fue en forma tardía, situación que constituye una falla del servicio de la que se deriva la responsabilidad estatal. Agregó que faltaron elementos de tecnología, tal como lo estimó el perito de la Fundación Santa Fe, siendo que la entidad hospitalaria está obligada a contar con los equipos necesarios, con los que no contaba en la época de los hechos.

La patología sufrida por el paciente sí era previsible por los galenos, tal como lo afirmó el Tribunal de Ética Médica al pronunciarse sobre el caso. En ese pronunciamiento se aceptó la hipótesis de que lo padecido por él fue un tromboembolismo pulmonar, del que ya se habían presentado casos, pese a lo cual no se tomaron las medidas necesarias para prepararse a enfrentar esa posible complicación.

La prolongada espera para la práctica de la intervención quirúrgica generó que se presentara un gran número de coágulos sanguíneos en la circulación pulmonar, situación natural derivada del sangrado, que no fue prevista por los médicos tratantes y que generó las complicaciones que agravaron el estado de salud del paciente, quien falleció durante el curso del proceso judicial (fl. 93, c. 1).

3.2 La demandada

Afirmó que revisada la historia clínica del señor Rodríguez Rojas no se advierte evidencia de alguna falla en la prestación del servicio médico que le fue suministrado. El paro cardíaco que sufrió el paciente fue consecuencia de un tromboembolismo pulmonar, complicación ocasional en pacientes en las condiciones en que se encontraba la víctima, relativas a su edad, patología y estado previo a la cirugía.

Se trató entonces de una circunstancia fortuita de las que suelen presentarse en cualquier procedimiento quirúrgico.

Lo señalado por los peritos no permite concluir acerca de la ocurrencia de un error atribuible a la demanda; por el contrario, permite establecer que en la cirugía no se presentaron complicaciones; por ende, el daño sufrido por el señor Rodríguez no es imputable a una falla en la prestación del servicio a cargo de la entidad.

4. La sentencia apelada

El 27 de junio de 2003 (fl. 109, c. 3), el Tribunal Administrativo de Boyacá dictó sentencia adversa a las pretensiones de la demanda.

El *a quo* consideró demostrado que la demandada le practicó una intervención quirúrgica al señor José Crisóstomo Rodríguez Rojas y que en ella no tuvo lugar ninguna falla que pueda atribuirse a esa entidad hospitalaria. Para arribar a esa conclusión dio mérito al dictamen pericial rendido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses del cual, concluyó, da cuenta del actuar eficiente, prudente e idóneo del personal médico y paramédico del Hospital San Rafael de Tunja.

Afirmó que la historia clínica demuestra las razones que tuvo el personal médico para esperar quince días antes de proceder a intervenir quirúrgicamente al señor Rodríguez Rojas.

Concluyó que el daño no fue consecuencia de una falta en el servicio sino de la aparición súbita de una patología cuyo origen no pudo establecerse, por lo que no se configuró responsabilidad de la demandada. Por ende, desestimó las súplicas de la demanda, al no encontrar acreditada la falla del servicio, que consideró indispensable para poder predicar acerca de la responsabilidad del Estado.

5. El recurso de apelación

La parte demandante, inconforme con la decisión de primera instancia, interpuso recurso de apelación. Lo fundamentó en que la demora en la práctica de la cirugía que debía realizarse al señor Rodríguez Rojas constituyó una verdadera falla en la prestación del servicio médico.

Cuestionó la ausencia de herramientas tecnológicas modernas suficientes que permitieran afrontar la patología que presentó la víctima, de acuerdo con la categoría y nivel del centro hospitalario.

Estimó que la patología padecida por el señor Rodríguez era previsible, de conformidad con lo señalado por el Tribunal de Ética Médica al resolver sobre el caso. El tromboembolismo pulmonar consiste en la migración de trombos a la circulación pulmonar, por lo que era previsible que la espera para la intervención permitiera la presencia de un mayor número de coágulos, situación que no fue prevista por los galenos.

En efecto, la transcripción que hace el fallo de primera instancia del dictamen pericial rendido por el Instituto Nacional de Medicina Legal, señala que el paro cardíaco pudo ser consecuencia de un tromboembolismo pulmonar, en atención a que el paciente estuvo un tiempo considerable en reposo y con tracción de su

miembro inferior afectado, lo que favoreció la formación de coágulos que pudieron derivar en embolia.

Concluyó que la pérdida de la salud del paciente y su posterior deceso fueron consecuencia de la falta de atención médica oportuna, en especial de la espera de 15 días a la que fue sometido antes de ser intervenido, que fue la causa del tromboembolismo pulmonar que finalmente acabó con la vida del paciente.

6. Alegatos en segunda instancia

Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio en esta etapa del proceso.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Presupuestos procesales de la acción

1.1. Jurisdicción y competencia

Es esta jurisdicción la llamada a resolver la controversia, en atención al carácter público de la demandada¹.

La Sala es competente para resolver el caso *sub lite* en razón de la cuantía del asunto y su vocación de doble instancia, en consideración a que las estimación de las pretensiones al tiempo de la demandada superó la suma de \$9.610.000, que era el tope de cuantía para que el asunto fuera conocido en primera instancia por los Tribunales Administrativos, para las demandas radicadas en el año 1995. Lo anterior en los términos del Decreto 597 de 1988.

¹ Código Contencioso Administrativo, artículo 82. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la constitución y la ley.

No se pasa por alto que la cuantía no se presentó en forma separada en relación con cada pretensión acumulada, sino que se limitó a señalar la parte actora: “estimo la cuantía de las pretensiones en \$150.000.000”; sin embargo, al admitirse la demanda, nada se dijo sobre el particular y se tramitó el asunto como de primera instancia (fl. 60, c. 1)². Como no se discriminó en forma particular el monto de cada pretensión individualmente considerada, a efecto de establecer cuál es la mayor de ellas, entiende la Sala que esa suma global corresponde al valor total de lo pedido por todos los demandantes, que son siete en total, de modo que dividiendo esa cifra entre el número de actores, la pretensión de cada uno asciende \$21.428.571,42, suma que es superior a la requerida en la época de la demanda para establecer la vocación de doble instancia del proceso.

1.2. Acción procedente

En los términos del artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, la acción procedente para deprecar en sede judicial la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado y la correspondiente reparación de perjuicios derivada de una falla en la prestación del servicio médico es la de reparación directa, tal como fue promovida por los demandantes.

1.3. Legitimación en la causa

1.3.1. De la parte activa

Los demandantes acreditaron vínculos de parentesco con la víctima directa, que los legitiman para integrar la parte activa del presente asunto, así:

Cecilia Rojas de Rodríguez probó ser madre del afectado, mediante el registro civil de nacimiento de este último (fl. 5, c. 1); Luís Armando Rodríguez Rojas (fl. 6, c. 1), María Lucinda Rodríguez Rojas (fl. 7, c. 1), David Rodríguez Rojas (fl. 8, c. 1), María del Tránsito Rodríguez Rojas (fl. 9, c. 1), José Mardoqueo Rodríguez

² El Tribunal *a quo* indicó en forma expresa, en el auto admisorio de la demanda, que conocería el asunto en primera instancia.

Rojas (fl. 10, c. 1) y José Vinicio Rodríguez Rojas (fl. 165, c. 1), demostraron ser hermanos de la víctima, hecho que acreditaron mediante los correspondientes registros civiles de nacimiento de cada uno, los que cotejados con el del joven José Mardoqueo Rodríguez Rojas, permiten establecer que todos son hijos de los mismos padres y, en consecuencia, que son parientes en segundo grado de consanguinidad.

Ese vínculo de parentesco permite tenerlos como legitimados para reclamar la indemnización de los perjuicios que el deceso del señor José Mardoqueo Rodríguez Rojas les generó.

1.3.2. De la parte pasiva

Está acreditado que fue en el Hospital San Rafael de Tunja (cs. 4 y s.s.) que se le prestó la atención médica a la víctima, a la que atribuyen los actores las fallas que determinaron los perjuicios en la salud y posterior deceso de la víctima, razón por la cual es evidente su legitimación formal y material por pasiva.

1.4. La caducidad de la acción

El ordenamiento jurídico prevé la figura de la caducidad como una sanción por el no ejercicio oportuno de las acciones judiciales. Si se ejercen por fuera del límite temporal previsto en la ley, el ciudadano pierde la posibilidad de hacer efectivo su derecho sustancial a través de ellas.

En cuanto a las pretensiones que se ventilan a través de la acción de reparación directa, el numeral 8 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, dispone que esta debe promoverse en un término máximo de dos años contados a partir del día siguiente a la ocurrencia de la causa del daño (hecho, omisión, operación administrativa u ocupación temporal o permanente).

El presente caso se funda en la ocurrencia de unas presuntas fallas en la prestación del servicio médico, derivadas de la atención de la víctima en calidad de paciente en el Hospital San Rafael de Tunja y de la práctica de una cirugía

que tuvo lugar el 6 de septiembre de 1994 (fl. 204, c. 4), mientras que la demanda fue promovida el 24 de marzo de 1995 (fl. 57 vto, c. 1), de donde se colige que se presentó antes del vencimiento de los dos años siguientes y, en consecuencia, que la demanda fue promovida en tiempo.

2. Problema jurídico

Para definir la controversia analizará la Sala si se presentaron fallas en la atención médica brindada al paciente, así como fallas hospitalarias derivadas de la ausencia de equipos médicos idóneos para su diagnóstico y tratamiento. Atendidos los argumentos en que se centra la apelación, se establecerá si la demora en la intervención quirúrgica practicada y las condiciones en que se mantuvo hasta ese momento, pueden calificarse como negligentes y si tuvieron incidencia en la causación del daño.

3. Análisis probatorio

3.1 Del mérito probatorio de las evidencias allegadas en copia informal

Antes de centrar la atención de la Sala en el análisis crítico de las evidencias aportadas, procede la precisión siguiente en relación con el mérito de las presentadas en copia informal.

Los documentos así aportados por los actores estuvieron a disposición de la demandada, quien ningún reparo formuló frente a ellos, siendo claro que era la parte contra quien se adujeron quien podía controvertirlos si no correspondían con la realidad, máxime frente a aquellos que provinieron de la misma entidad. Como así no lo hizo, entiende la Sala que ninguna objeción le mereció su autenticidad.

Al respecto, la Sección Tercera de esta Corporación en reciente fallo de unificación de jurisprudencia³, decidió otorgar mérito probatorio a las copias informales, en

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de agosto de 2013, exp. 25022, M.P. Enrique Gil Botero.

virtud de los principios constitucionales de buena fe y lealtad procesal, en tanto se hayan surtido las etapas de contradicción y su veracidad no sea cuestionada a lo largo del proceso. Adujo la Sala, que una interpretación contraria implicaría la afectación del derecho fundamental al acceso a la administración de justicia y desconocería la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal. En consecuencia, se dará mérito a las documentales aportadas en copia informal.

3.2 Hechos probados

Con las pruebas incorporadas al expediente se encontraron demostrados los siguientes hechos relevantes para la decisión del problema jurídico:

3.2.1. La historia clínica y el resumen que de esta elaboró la demandada dan cuenta de que el 21 de agosto de 1994, el joven José Crisóstomo Rodríguez Rojas ingresó al Hospital San Rafael de Tunja por una herida con proyectil de arma de fuego en su miembro inferior derecho (fl. 13, c. 1 y cs. 4-6).

La historia clínica del paciente reporta lo siguiente sobre el estado de salud del paciente en los días siguientes a su ingreso (fl. 47 y s.s., c. 4):

3.2.1.1. 22 de agosto de 1994. Buen estado General.

3.2.1.2. 23 de agosto de 1994. Buen estado general y se le administran antibióticos.

3.2.1.3. 24 de agosto de 1994. Se decide operar a los 10 días. Continuar con tracción cutánea.

3.2.1.4. 25 de agosto de 1994. Paciente con malestar general, secreción nasal, expectoración y tos. Se le ordena terapia respiratoria y antigripal.

3.2.1.5. 26 de agosto de 1994. Paciente asintomático y estable.

3.2.1.6. 27 de agosto de 1994. Se le ordenaron exámenes de laboratorio.

3.2.1.7. 28 de agosto de 1994. Paciente estable. Se reemplazó la tracción cutánea por otra de las mismas características.

3.2.1.9. 29 de agosto de 1994. Paciente con mareo, cefalea, dolor en la pierna, se le ordenó terapia antigripal.

3.2.1.10. 30 de agosto de 1994. Paciente en terapia respiratoria con tos ocasional.

3.2.1.11. 31 de agosto de 1994. En atención a la cantidad de cirugías pendientes se reprograma para el martes. Se continúa con tracción cutánea.

3.2.1.12. 1 de septiembre de 1994. Paciente estable y asintomático.

3.2.1.13. 2 de septiembre de 1994. Paciente en fisioterapia.

3.2.1.14. 4 de septiembre de 1994. Paciente asintomático.

3.2.1.15. 5 de septiembre de 1994. Continúa terapia respiratoria.

3.2.2. El Hospital inició tratamiento de la fractura abierta con antibiótico y tracción cutánea (fl. 50, c. 4). En revista del 24 de agosto de 1994, se determinó esperar un mínimo de 10 días, para luego proceder a la intervención quirúrgica de osteosíntesis. No se dejó constancia adicional sobre las razones de la decisión médica.

3.2.3. El 5 de septiembre el servicio de anestesiología valoró al paciente (fl. 24, c. 4) y el 6 de septiembre de 1994 (fl. 13, c. 4) se le realizó el procedimiento quirúrgico de osteosíntesis con placa angulada; también le fueron extraídos los fragmentos del proyectil que le causó la herida.

3.2.4. En el resumen de la historia clínica del paciente se indicó lo siguiente, en relación con lo sucedido en forma posterior a la cirugía:

Terminado el procedimiento (ya suturada la herida quirúrgica) presenta hiporemia (sic) y bradicardia severa que se trata con líquidos, inotrópicos, masaje cardíaco con respuesta (manejo a cargo de anestesiología), quedando sin embargo como secuela encefalopatía hipóxica que requiere manejo con ventilador en Unidad de Cuidados Intensivos.

Se practicaron posteriormente traqueostomía y yeyunostomía, el paciente respira espontáneamente, se alimenta por yeyunostomía y se encuentra en coma vigil hasta la fecha (01-11-94). La fractura evolucionó satisfactoriamente.

3.2.5. El diagnóstico fue de encefalopatía hipóxica posreanimación; la valoración por el servicio de neurología concluyó:

Encuentro paciente en UCI. En post-operatorio de herida por arma de fuego. De acuerdo a la historia clínica el paciente presentó cianosis, bradicardia que requirió procedimiento de reanimación cardiopulmonar. El estado neurológico del paciente en esa fecha consiste en depresión de conciencia hasta el coma superficial con movimientos reflejos de descerebración bilateral (...) se hace diagnóstico de encefalopatía hipóxica severa post-reanimación.

3.2.6. En el registro de anestesia, que contiene algunos apartes ilegibles, se dejó constancia de que el paciente presentó un episodio de cianosis, seguido de hipotensión, taquicardia y bradicardia, que determinaron la necesidad de realizarle un procedimiento de reanimación, se entubó y se le inició ventilación mecánica. Fue remitido a la unidad de cuidados intensivos y se registró que su estado al salir del quirófano fue de inconsciencia (fl. 24^a, c. 4). También refirió el resumen:

El procedimiento quirúrgico y anestésico transcurrió sin complicaciones aparentes hasta el final cuando súbitamente comenzó a presentar bradicardia y cianosis, por lo que se iniciaron maniobras de reanimación durante unos 12 a 15' con las que se evitó la progresión del cuadro hasta el paro cardiorespiratorio. Una vez lograda la estabilidad hemodinámica se trasladó a la UCI donde fue visto y tratado por médicos especialistas en neurología y medicina interna y médicos generales de ese servicio, sin mejoría de su estado inicial.

Igualmente ha sido objeto de cuidados generales por parte de enfermería con el fin de evitar eventuales complicaciones de otra naturaleza, atenciones que deberán continuar mientras Crisóstomo permanezca vivo. (...).

3.2.7. En la epicrisis a cargo del servicio de neurología, previo reporte sobre la atención brindada al paciente, se indicó:

El paciente permanece con depresión de conciencia persistente. El 20 de octubre de 1994 presenta algunos indicios de movimientos miembro superior derecho, apertura ocular, aparentemente asociada a estímulos externos. Es necesario diferenciar un síndrome de (...) de un coma vigil, para lo que se solicita electroencefalograma.

Se obtiene informe de electroencefalograma el día 28 de octubre de 1994 donde se evidencia mínima actividad eléctrica cerebral sin actividad fisiológica. Presenta automatismo de apertura ocular.

Conclusión: dos hallazgos clínicos y paraclínicos establecen una condición de estado vegetativo persistente de carácter indefinido, debido a encefalopatía hipóxica post-reanimación cardio pulmonar.

3.2.8. El señor Rodríguez Rojas continuó en la unidad de cuidado intensivo hasta el 31 de octubre de 1994. No obstante, con posterioridad continuó necesitando ventilación mecánica y tubo orotrqueal (fl. 207, c. 4).

3.2.9. Da cuenta la historia clínica de que el paciente se mantuvo hospitalizado, con cuidados generales de enfermería, en continua fisioterapia y con tratamiento de algunas complicaciones e infecciones que presentó; se encuentra probado que el paciente permaneció en estado vegetativo durante todo su prolongado período de hospitalización del que da cuenta su historia clínica, en la que se encuentran datos de la atención brindada hasta el 1 de agosto de 1996, época en la que el paciente presentó complicación consistente en taquicardia, taquipnea y dolor abdominal, que determinó su valoración por el servicio de cirugía (fl. 619, c. 6).

A las 2.40 p.m. el servicio de ortopedia registró en la historia: “*Se atiende llamado de enfermería encontrando paciente en paro cardiorespiratorio, severamente distendido abdominalmente, se realiza maniobra de reanimación por aprox 20 minutos sin obtener respuesta alguna. Se solicita necropsia. Se avisa a servicio de cirugía sobre fallecimiento del paciente*”.

En efecto, se acreditó la defunción del señor Rodríguez Rojas, que tuvo lugar el 1 de agosto de 1996, mediante su correspondiente registro civil de defunción (fl. 233, c. ppal).

3.2.10. El Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (fl. 14, c. 2), rindió concepto científico sobre la enfermedad del señor Rodríguez Rojas, previa revisión del paciente y de la historia clínica. Encontró lo siguiente:

Se revisa historia clínica 028731 de la institución que en algunas de sus partes contiene: “paciente en septiembre del 94 sufre herida por proyectil de arma de fuego en miembro inferior derecho que le produce fractura supracondilea abierta de fémur derecho. Se lleva a cirugía para realizar osteosíntesis con placa y extracción del proyectil, procedimiento que resulta sin complicaciones hasta el final de la cirugía cuando el paciente presenta desaturación, taquicardia que progresa a bradicardia e hipotensión severa se realiza reanimación cardiopulmonar en tres fases con pobre respuesta neurológica. Con diagnóstico de hipoxia cerebral severa se inicia manejo interdisciplinario en unidad de cuidados intensivos, realizándose además traqueostomía, yeyunostomía y terapia respiratoria y física.

El concepto científico lo rindió en los siguientes términos:

*Se trata de un hombre de 22 años, quien sufre cuadro clínico de encefalopatía hipóxica como consecuencia de una pobre perfusión sanguínea cerebral durante una intervención quirúrgica de osteosíntesis de fémur izquierdo la cual **se pudo deber a hipotensión severa o paro cardíaco, los cuales a su vez pueden ser consecuencia de tromboembolismo pulmonar dado que el paciente estuvo un tiempo considerable en reposo con tracción del miembro inferior afectado, favoreciendo el estasis sanguíneo y la consiguiente formación de coágulos que pudieron luego embolizar.** La aparición súbita del cuadro en un paciente joven sin otro factor predisponente es lo que más orienta a pensar en esta patología. Lo crónico del cuadro y la patología misma hacen que esta sea irreversible. –Se destaca –*

3.2.11. En el trámite de la segunda instancia, se decretó de oficio una prueba pericial a cargo de experto especialista en Ortopedia y Traumatología de la Universidad Nacional de Colombia. Estuvo a cargo del doctor Fabián Enrique Herrera Espinoza, quien resolvió los interrogantes planteados por la Sala.

Verificó el experto, con fundamento en la historia clínica, que a su llegada al servicio de urgencias del Hospital San Rafael de Tunja, el joven José Crisóstomo fue atendido con prontitud y las radiografías tomadas determinaron la existencia de una fractura conminuta del tercio distal del fémur.

El tratamiento inicial consistió en el lavado de la herida, inmovilización mediante tracción cutánea y manejo con antibiótico y analgésicos. Se calificó la fractura como abierta tipo III-B.

Agregó el perito:

El manejo se hizo durante un tiempo prudencial, ya que durante los días previos a la intervención presentó un cuadro febril y al parecer gripal, el cual fue manejado con terapia respiratoria y antibióticos.

Hasta el momento que hubo pruebas que demostraron que el paciente no estaba haciendo una infección del área comprometida, fue llevado a cirugía el día 6 de septiembre, en condiciones adecuadas, previas valoraciones por el servicio de anestesiología.

Para el experto el procedimiento adecuado frente al paciente en la época de los hechos consistía en: la realización del lavado quirúrgico, tratamiento antibiótico e inmovilización. Indicó que la tracción cutánea consistía en halar la pierna mediante un peso colgante alineado con esta, solución adecuada para el manejo transitorio de una fractura abierta de fémur.

Afirmó que la tracción cutánea es recomendable mantenerla como tratamiento por un período máximo de dos días, mientras se decide el plan de manejo a seguir; esto es, si se va a inmovilizar al paciente o a realizar la reducción quirúrgica de la fractura, término que fue superado en el caso del señor Rodríguez Rojas. Lo encontró justificado el experto en razón a otras complicaciones que presentó la víctima que determinaban, a su juicio, aplazar el procedimiento.

Adujo que todo procedimiento que se realice a un paciente implica riesgos y que:

(...) en este caso particularmente se cumple por lo menos uno de los factores de la llamada Tríada de Virchow, como podría ser la estasis sanguínea dada por la inmovilización. La Tríada, consiste en los tres factores de riesgo más importantes para que se produzca el tromboembolismo, como son:

*Estasis vascular,
Daño a la pared vascular
Estados de hipercoagulabilidad*

Como consecuencia, concluyó, existían riesgos de formación de coágulos y de un posterior tromboembolismo, por la inmovilización precaria de la tracción cutánea y por la fractura en sí misma. Para practicar la intervención quirúrgica se debía esperar a que el paciente estuviera en condiciones adecuadas para ello. Los criterios que determinan la necesidad de esperar son:

Estado general del paciente, es decir que sus condiciones de salud sean óptimas.

Que haya control de la infección esperada, dada la clasificación establecida de la fractura, que en el presente caso fue abierta tipo III-B.

Disponibilidad de los materiales adecuados para el manejo quirúrgico.

Para el experto, esos criterios fueron tenidos en cuenta por el hospital y el período de espera fue el que resultó necesario para recuperar las condiciones ideales del paciente, controlar la infección y obtener el material de osteosíntesis adecuado.

Afirmó que el tiempo de 10 días fue prolongado; sin embargo, dijo que la condición clínica del paciente estaba deteriorada tal como consta en la historia, con fiebre, estertores respiratorios, tos y regular estado general, por lo que esa espera, así como la de 4 días más que se produjo, era razonable de acuerdo con las condiciones en que se encontraba. Adujo:

Previo a la realización de la cirugía de osteosíntesis, el paciente debe encontrarse en un excelente estado de salud a menos que esté en riesgo su vida, en cuyo caso, prevalece la vida antes que la complicación. [El que presentara síntomas de gripe y la terapia respiratoria a que era sometido], sí eran factores que debían tenerse en cuenta ya que operarlo

en esas condiciones ponía en riesgo al paciente de presentar posibles complicaciones, como infección generalizada y sepsis.

Se refirió a los riesgos por la demora de la operación, siendo el más importante, según afirmó, el síndrome de dificultad respiratoria que incluye entre otros, el tromboembolismo masivo, infección de la herida, osteomielitis, escaras de la piel, retardo de la consolidación, pseudoartrosis y consolidación viciosa.

Se desea aclarar a su Despacho, que la fractura de la diáfisis femoral de manera intrínseca tiene un alto grado de presentar tromboembolismo graso, por desprendimiento de coágulos de grasa en el foco de la fractura, que no es posible prevenir y que se tratan cuando aparece la complicación –Se destaca–.

Por último, afirmó que el riesgo de tromboembolismo y síndrome de dificultad respiratoria aumentan con el tiempo, por lo que una vez practicada la operación no disminuían esos riesgos.

4. Análisis de la Sala

Esta Corporación ha consolidado una posición en materia de responsabilidad del Estado por la prestación del servicio de salud⁴, en virtud de la cual aquella es de naturaleza subjetiva; es la falla probada del servicio el título de imputación bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica y hospitalaria, de suerte que, en términos generales, es carga del demandante acreditar la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquella y este⁵.

⁴ Es pertinente poner de presente que en reciente pronunciamiento, la Sección Tercera del Consejo de Estado en pleno señaló que, así como la Constitución Política de 1991 no privilegió ningún régimen de responsabilidad extracontractual en particular, tampoco podía la jurisprudencia establecer un único título de imputación a aplicar a eventos que guarden ciertas semejanzas fácticas entre sí, ya que este puede variar en consideración a las circunstancias particulares acreditadas dentro del proceso y a los parámetros o criterios jurídicos que el juez estime relevantes dentro del marco de su argumentación. Es decir, no todos los casos en los que se discuta la responsabilidad del Estado por daños derivados de un supuesto de hecho que guarde semejanzas deberán resolverse de la misma forma pues, se insiste, el juez puede –en cada caso concreto- válidamente considerar que existen razones, tanto jurídicas como fácticas, que justifican la aplicación de un título o una motivación diferente. Ver: Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de 19 de abril de 2012, exp. 21515, C.P. Hernán Andrade Rincón, reiterada en la sentencia de 23 de agosto de 2012, exp. 23219, del mismo ponente.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de: agosto 31 de 2006, exp. 15772, C.P. Ruth Stella Correa; de octubre 3 de 2007, exp. 16402, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; del 23 de abril de 2008, exp. 15750; del 1 de octubre de 2008, exp. 16843 y 16933; del 15 de octubre de 2008, exp. 16270. C.P. Myriam Guerrero de Escobar; del 28 de enero de 2009, exp. 16700, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; del 19 de febrero de 2009, exp. 16080, C.P. Mauricio

Por virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, ratificado por Colombia⁶, los estados signatarios reconocen “*el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*”, garantía que la Carta Política de 1991 tradujo en el deber estatal de garantizar el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

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

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

Por otra parte, en relación con la carga de la prueba tanto de la falla del servicio como del nexo causal, se ha dicho que corresponde, en principio, al demandante, pero dicha exigencia se modera mediante la aceptación de la prueba indirecta de estos elementos de la responsabilidad a través de indicios⁷. En palabras de la Sala⁸:

Fajardo Gómez: del 18 de febrero de 2010, exp. 20536, C.P. Mauricio Fajardo Gómez y del 9 de junio de 2010, exp. 18683, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, entre otras.

⁶ Ley 74 de 1968.

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de: septiembre 13 de 1991, exp. 6253, C.P. Carlos Betancur Jaramillo; del 22 de marzo de 2001, exp. 13166, C.P. Ricardo Hoyos Duque; del 14 de junio de 2001, exp. 11901; de octubre 3 de 2007, exp. 12270, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; de marzo 26 de 2008, exp. 16085, C.P. Ruth Stella Correa y de junio 4 de 2008, exp. 16646, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, entre otras.

⁸ Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, Subsección B, sentencia de marzo 22 de 2012, exp. 23132, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

La responsabilidad estatal por fallas en la prestación del servicio médico asistencial no se deriva simplemente a partir de la sola constatación de la intervención de la actuación médica, sino que debe acreditarse que en dicha actuación no se observó la lex artis y que esa inobservancia fue la causa eficiente del daño. Esa afirmación resulta relevante porque de conformidad con lo previsto en el artículo 90 de la Constitución, el derecho a la reparación se fundamenta en la antijuridicidad del daño, sin que sea suficiente verificar que la víctima o sus beneficiarios no estaban en el deber jurídico de soportarlo para que surja el derecho a la indemnización, dado que se requiere que dicho daño sea imputable a la administración, y sólo lo será cuando su intervención hubiera sido la causa eficiente del mismo (subrayado no original).

La prueba de la relación causal entre la intervención médica y el daño sufrido por el paciente reviste un grado de complejidad a veces considerable, no sólo por tratarse de un dato empírico producido durante una práctica científica o técnica, comúnmente ajena a los conocimientos del propio paciente, sino porque, además, por lo regular, no queda huella de esa prestación, diferente al registro que el médico o el personal paramédico consigne en la historia clínica, la que, además, permanece bajo el control de la misma entidad que prestó el servicio⁹.

Las dificultades a las que se enfrenta el afectado cuando pretende acreditar el nexo causal, no han sido soslayadas por la jurisprudencia; por el contrario, para resolver los casos concretos, en los cuales no se cuente con el dictamen serio y bien fundamentado de un experto, que establezca o niegue esa relación, se ha buscado apoyo en las reglas de prueba desarrolladas por la doctrina nacional y foránea.

Así, se ha acudido a reglas como res ipsa loquitur, desarrollada en el derecho anglosajón; o de la culpa virtual elaborada por la doctrina francesa, o la versión alemana e italiana de la prueba prima facie o probabilidad estadística¹⁰, que tienen como referente común el deducir la relación causal y/o la culpa en la prestación del servicio médico a partir de la verificación del daño y de la aplicación de una regla de experiencia, conforme a la cual existe nexo causal entre un evento dañoso y una prestación médica cuando, según las reglas de la experiencia (científica, objetiva, estadística), dicho daño, por su anormalidad o excepcionalidad, sólo puede explicarse por la conducta negligente del médico y no cuando dicha negligencia pueda ser una entre varias posibilidades, como la reacción orgánica frente al procedimiento suministrado o, inclusive, el comportamiento culposo de la propia víctima.

Cabe destacar que la aplicación de esas reglas probatorias, basadas en reglas de experiencia guardan armonía con el criterio adoptado por la Sala en relación con la teoría de la causalidad adecuada o causa normalmente generadora del resultado, conforme a la cual, de todos los

⁹ “[3] Sobre el tema, ver por ejemplo, RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ. *Responsabilidad Civil por actos médicos. Problemas de pruebas*. Ed. Civitas S.A., Madrid, 1999, pág. 111”.

¹⁰ “[4] Sobre el tema: ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO. *Derecho sanitario y responsabilidad médica*. Valladolid, Ed. Lex Nova, 2ª.ed. 2007”.

hechos que anteceden la producción de un daño sólo tiene relevancia aquel que, según el curso normal de los acontecimientos, ha sido su causa directa e inmediata¹¹. La elección de esa teoría se ha hecho por considerar insatisfactoria la aplicación de otras, en particular, la de la equivalencia de las condiciones, según la cual basta con que la culpa de una persona haya sido uno de los antecedentes del daño para que dicha persona sea responsable de él, sin importar que entre la conducta culposa y el daño hubieran mediado otros acontecimientos numerosos y de gran entidad.

En varias providencias proferidas por la Sala se consideró que cuando fuera imposible demostrar con certeza o exactitud la existencia del nexo causal, 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 probaran dicha relación, el juez podía “contentarse con la probabilidad de su existencia”¹², es decir, que la relación de causalidad quedaba probada cuando los elementos de juicio que obraran en el expediente conducían a “un grado suficiente de probabilidad”¹³, que permitían tenerla por establecida.

De manera más reciente se precisó que la exigencia de “un grado suficiente de probabilidad”, no implica la exoneración del deber de demostrar la existencia del vínculo causal entre el daño y la actuación médica, que haga posible imputar responsabilidad a la entidad que presta el servicio, sino que esta es una regla de prueba, con fundamento en la cual el vínculo causal puede ser acreditado de manera indirecta, mediante indicios¹⁴.

Así la Sala ha acogido el criterio según el cual para demostrar el nexo de causalidad entre el daño y la intervención médica, los indicios se erigen en la prueba por excelencia, dada la dificultad que en la mayoría de los casos se presenta de obtener la prueba directa. Indicios para cuya construcción resulta de utilidad la aplicación de reglas de la experiencia de carácter científico, objetivo o estadístico, debidamente documentadas y controvertidas dentro del proceso.

¹¹ “Sobre el tema ver, por ejemplo, Ricardo de Ángel Yagüez. *Responsabilidad Civil por actos médicos. Problemas de pruebas*. Civitas, 1ª. ed., 1999, pág. 112”.

¹² “Cfr. Ricardo de Ángel 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. 42”.

¹³ “*Ibidem*, págs. 77. La Sala acogió este criterio al resolver la demanda formulada contra el Instituto Nacional de Cancerología con el objeto de obtener la reparación de los perjuicios causados con la práctica de una biopsia. Se dijo en esa oportunidad que si bien no existía certeza “en el sentido de que la paraplejía sufrida...haya tenido por causa la práctica de la biopsia”, debía tenerse en cuenta que “aunque la menor presentaba problemas sensitivos en sus extremidades inferiores antes de ingresar al Instituto de Cancerología, se movilizaba por sí misma y que después de dicha intervención no volvió a caminar”. Por lo cual existía una alta probabilidad de que la causa de la invalidez de la menor hubiera sido la falla de la entidad demandada, probabilidad que además fue reconocida por los médicos que laboraban en la misma. Ver sentencia de 3 de mayo de 1999, exp. 11169, C.P. Ricardo Hoyos Duque”.

¹⁴ “Ver, por ejemplo, sentencias de 14 de julio de 2005, exps. 15276 y 15332, [C.P. Ruth Stella Correa Palacio]”.

En cuanto al caso particular que ahora ocupa la atención de la Sala, se acreditó el daño padecido por los demandantes, quienes no estaban en el deber jurídico de soportarlo, consistente en el deceso del señor Rodríguez Rojas, que tuvo lugar luego de casi dos años de tratamiento y hospitalización (desde el 21 de agosto de 1994 hasta el 1 de agosto de 1996), tiempo durante el cual se padeció las graves consecuencias de una encefalopatía hipóxica y se mantuvo en estado vegetativo con necesidad de soporte ventilatorio mecánico.

En cuanto a la posibilidad de imputar ese daño a la demandada se encuentra acreditado que la posibilidad de padecer tromboembolismo pulmonar era inherente a la lesión que presentaba el paciente, consistente en la fractura del fémur; así aparece demostrado mediante el dictamen pericial rendido por especialista en ortopedia y traumatología, quien dio cuenta de que precisamente la fractura del fémur es una de las causas a las que está ligada la aparición de tromboembolismo pulmonar. Así lo afirmó: *“la fractura de la diáfisis femoral de manera intrínseca tiene un alto grado de presentar tromboembolismo graso, por desprendimiento de coágulos de grasa en el foco de la fractura, que no es posible prevenir y que se trata cuando aparece la complicación”*.

Como esa evidencia científica no aparece refutada por medio de otras pruebas, se concluye que el tromboembolismo pulmonar, que según el dictamen del Instituto Nacional de Medicina Legal¹⁵ fue lo que aquejó al paciente –evidencia que tampoco se desvirtuó-, era una complicación propia de la fractura de fémur en un paciente joven.

Sin embargo, de acuerdo con el dictamen del especialista en Ortopedia y Traumatología, *“el riesgo de tromboembolismo y síndrome de dificultad respiratoria, aumentan con el tiempo transcurrido, es decir, entre más tiempo, más riesgo”*, conclusión en la que se funda la Sala para concluir que el acreditado deceso del paciente puede imputarse a la conducta de la demandada.

¹⁵ Así se refirió sobre la posible causa de los daños sufridos por el paciente: *“se pudo deber a hipotensión severa o paro cardíaco, los cuales a su vez pueden ser consecuencia de tromboembolismo pulmonar dado que el paciente estuvo un tiempo considerable en reposo con tracción del miembro inferior afectado, favoreciendo el estasis sanguíneo y la consiguiente formación de coágulos que pudieron luego embolizar. La aparición súbita del cuadro en un paciente joven sin otro factor predisponente es lo que más orienta a pensar en esta patología. Lo crónico del cuadro y la patología misma hacen que esta sea irreversible”*.

En efecto, como lo indicó el Instituto Nacional de Medicina Legal, el hecho consistente en que el paciente hubiera permanecido por un considerable tiempo en reposo con tracción en la pierna afectada, pudo contribuir a la estasis sanguínea y a la consecencial formación de coágulos que luego pudieron generar la embolia.

El experto en Ortopedia conceptuó -y acoge la Sala su dictamen en ese sentido- que la tracción cutánea sólo es recomendable por un término máximo de dos días, mientras se decide la conducta a seguir con el paciente, término que fue ampliamente sobrepasado en el caso del señor José Crisóstomo, quien se mantuvo en esas condiciones por un lapso de 16 días previos a la intervención.

En efecto, da cuenta la historia clínica de que el procedimiento ordenado fue la tracción cutánea, que se mantuvo por todo el tiempo previo a la cirugía y que incluso en algún momento de la atención fue reemplazada la pesa correspondiente por otra que continuó ejerciendo la misma función.

También afirmó el experto que esa tracción cutánea genera riesgo de estasis sanguínea, que según la literatura médica en que fundó sus conclusiones, es uno de los tres factores de riesgo más importantes para que se produzca el tromboembolismo. Precisó que, en efecto, la inmovilización precaria de la tracción cutánea genera ese riesgo, al igual que la fractura en sí misma. Agregó que existen riesgos derivados de la demora en la reducción quirúrgica de la fractura de fémur, siendo el más importante la aparición del síndrome de dificultad respiratoria.

Hasta este punto, la evidencia científica le permite a la Sala concluir (i) que (i) la demora en la reducción de la fractura era factor de riesgo para que se presentara el tromboembolismo, (ii) aunada a la edad del paciente y (iii) a la forma en que permanecía inmovilizado mediante tracción cutánea.

Aunque el tromboembolismo podía generarse *per se* por virtud de la lesión como explicaron los peritos, también era evidente que entre mayor tiempo se

mantuviera el paciente sin que fuera reducida la fractura, se incrementaba el riesgo de padecerlo.

Para el experto en Ortopedia a cuyo peritaje se hacer referencia, la demora en la práctica de la cirugía estuvo justificada, a la espera de que el paciente estuviera en condiciones óptimas de salud, *“ya que su condición clínica estaba deteriorada como consta en la historia clínica presentaba fiebre, estertores respiratorios y regular estado general, pero hubo posterior a esto mejoría de los síntomas”*. Operarlo en esas condiciones ponía en riesgo al paciente y, en consecuencia, estaba justificada la espera.

Sin embargo, para la Sala esa conclusión del experto aparece desvirtuada con los datos que obran en la historia clínica, toda vez que los referidos síntomas de malestar, secreción nasal y tos se presentaron el 25 de agosto de 1994, se trataron y perduraron durante los días subsiguientes, hasta el 30 de agosto del mismo año, última anotación que se refiere a tos ocasional con escasa expectoración.

En adelante, la historia clínica hace referencia a un paciente asintomático y estable según se refirió en forma específica en el acápite de análisis de pruebas. Aunado a ello, en anotación del miércoles 31 de agosto de 1994 (fl. 47, c. 4), se consignó que se reprogramaría la cirugía para el martes siguiente *“en vista de la cantidad de cirugías pendientes”*.

A partir de ese momento, ninguna anotación sobre síntomas gripales, de infección u otros que determinaran el aplazamiento de la cirugía se consignó en la historia y, por el contrario, se le describió como una paciente asintomático, hecho indicativo de que el paciente ya se encontraba en condiciones de ser intervenido; no obstante, el Hospital demandado dio un margen de espera de casi una semana completa para realizar la intervención, sin citar razones de conveniencia para la salud del paciente, sino fundado en un criterio operativo de la institución, cual fue el número de cirugías ya programadas.

Sin duda merece reproche por parte de la Sala esa actitud en la prestación del servicio, pues tratándose de un paciente que por sus condiciones de edad, lesión y técnica de inmovilización usada estaba en riesgo de tromboembolismo permanente, lo prudente era tratar de priorizar el procedimiento de reducción de la fractura y no aplazarlo como se hizo, máxime por un tiempo que no tuvo en cuenta las condiciones del paciente, o al menos no se consignaron en las historia clínica las razones médicas de tal decisión.

Aún si en gracia de discusión se acepta que operar al paciente en las condiciones que presentaba era riesgoso, estima la Sala que el hospital debió ponderar el riesgo para la vida del paciente que la demora en el procedimiento conllevaba, o en palabras del perito ortopedista: *“Previo a la realización de la cirugía de osteosíntesis, el paciente debe encontrarse en un excelente estado de salud a menos que esté en riesgo su vida, en cuyo caso, prevalece la vida antes que la complicación”*.

Así las cosas, la entidad hospitalaria estaba llamada a (i) priorizar la cirugía del paciente frente a otros casos de menor riesgo o cirugías programadas que brindaban un mayor margen de espera y (ii) a atender las circunstancias específicas de la enfermedad, que ponían al menor en un grave riesgo de tromboembolismo que finalmente se materializó.

Nótese que no se reprocha como inadecuada la tracción cutánea como tratamiento provisional empleado, sino el hecho de no haber ponderado el aumento de probabilidad de sufrir tromboembolismo que esa condición generaba y de haber demorado en forma imprudente el procedimiento quirúrgico bajo esas condiciones, lo que puso en grave riesgo la salud del paciente, que efectivamente se materializó con el tromboembolismo que generó el resultado lesivo para su salud y su vida.

En consecuencia, se concluye que el hospital demandado incurrió en falla en la prestación del servicio médico tal como lo alegó la parte apelante, al demorar sin justificación científica la reducción quirúrgica de la fractura de fémur que aquejaba al paciente, falla que determinó el deceso del paciente, por cuanto lo

sometió por un término excesivo al riesgo de embolia, que terminó por ocurrir y que derivó en la hipoxia que mantuvo al paciente en estado vegetativo por un lapso de casi dos años.

Aunque se trataba de una complicación que podía ocurrir, aún en presencia de una atención idónea y plenamente diligente, lo cierto es que en el presente caso la entidad hospitalaria privó al joven José Crisóstomo Rodríguez del tratamiento oportuno al que tenía derecho en procura de la disminución del riesgo de embolia, por lo que para la Sala se encuentra configurada la responsabilidad estatal. En efecto, la referida falla acrecentó de manera dramática las posibilidades de padecimiento del tromboembolismo que finalmente se presentó ante la demora en la intervención.

Como el paciente no padeció la embolia antes de la cirugía, ello es conclusivo de que esta pudo evitarse en presencia de un tratamiento idóneo y oportuno; en consecuencia, se concluye que la grave complicación del paciente estuvo determinada en forma exclusiva por la conducta de la demandada. Por ende, se revocará la sentencia apelada y, en su lugar, se declarará responsable a la demandada.

5. LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

5.1 Daño moral

El daño moral, entendido como el dolor y aflicción que una situación nociva genera, se presume en relación los sus familiares cercanos de quien ha sufrido una grave afectación en sus condiciones de salud o ha perdido la vida.

Ante la imposibilidad de cuantificar el daño moral, la jurisprudencia ha establecido un tope monetario para la indemnización de dicho perjuicio, que se ha tasado, como regla general, en el equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales, cuando el daño cobra su mayor intensidad, caso correspondiente al padecimiento sufrido por las propias víctimas o por quienes acrediten relaciones afectivas propias de las relaciones conyugales y paterno-filiales (primer grado de

consanguinidad) con la víctima que ha perdido la vida o sufrido una pérdida de capacidad laboral superior al 50%. En cuanto a los demás ordenes de parentesco, se ha establecido que la cuantía de la indemnización debe corresponder a un porcentaje de ese límite. Así se estableció en sentencia de unificación de esta Sección¹⁶:

A fin de que en lo sucesivo, se indemnicen de manera semejante los perjuicios morales reclamados por la muerte de una persona, como en el presente caso, la Sala, a manera de complemento de lo decidido en la sentencia mencionada en el párrafo que antecede, decide unificar su jurisprudencia sobre el particular, a partir del establecimiento de 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. 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.

Con fundamento en dichos parámetros se establecerá la indemnización por daño moral a favor de los demandantes así:

Así, a la señora Cecilia Rojas de Rodríguez, madre de la víctima, se le pagará una indemnización en cuantía equivalente a cien (100) salarios mínimos legales

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014, exp. 27709, M.P. Carlos Alberto Zambrano,

mensuales vigentes. A Luís Armando Rodríguez Rojas, María Lucinda Rodríguez Rojas, David Rodríguez Rojas, María del Tránsito Rodríguez Rojas, José Mardoqueo Rodríguez Rojas y José Vinicio Rodríguez Rojas, se les indemnizará con cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales para cada uno.

5.2. Daño material

A título de reparación del daño material, pretenden los actores el resarcimiento de las sumas erogadas por ellos con el fin de cubrir los gastos médicos, hospitalarios, medicamentos e instrumental requerido durante el tratamiento del paciente. Estima la Sala que hay lugar a reconocer una indemnización de dichas sumas, bajo el entendido de que fueron pagadas en procura de la recuperación de la víctima, la que se frustró por la falla del servicio que se le imputa a la demandada o con el fin de recuperar su salud y mantenerlo con vida luego de la grave lesión neurológica sufrida.

En efecto, los recibos aportados, de distintas droguerías en la ciudad de Tunja (fl. 22 y s.s., c. 1), dan cuenta de gastos realizados durante el período de hospitalización del paciente, relativos al material de osteosíntesis para la cirugía, suplemento alimentario “*Ensure*”, algunos medicamentos, jeringas y exámenes diagnósticos.

Aunque las facturas aparecen a nombre de la víctima señor Crisóstomo Rodríguez¹⁷, esos valores se reconocerán a favor de su progenitora, quien de acuerdo con las reglas de la experiencia asumiría dichos gastos ante la imposibilidad de hacerlo por parte del fallecido, quien para entonces permanecía postrado por virtud de su estado de salud.

Esas sumas se indemnizarán debidamente actualizadas con base en el índice de precios al consumidor, con la fórmula actuarial aceptada en forma pacífica por esta jurisdicción de acuerdo con la cual la suma histórica se actualiza

¹⁷ Con excepción de un recibo de pago de un flotador adquirido en un almacén para bebés por el demandante David Rodríguez (fl. 39, c. 1), cuyo valor no se indemnizará como quiera que no se acreditó ni aparece evidente su relación causal con el curso de la enfermedad.

multiplicándola por el factor que resulte de la división de los índices de incremento de dichos precios determinados por el DANE (series de empalme) de la época de la sentencia (índice final) y de la época del pago (índice inicial).

DAÑO EMERGENTE						
Fl. c.1	concepto	fecha	valor	índice final	índice inicial	valor actual
22	medicamentos	sep-94	\$15.700	122,08	25,19	\$76.088
23	examen (EG)	sep-94	\$15.000	122,08	25,19	\$72.696
24	medicamentos	sep-94	\$6.350	122,08	25,19	\$30.774
25	Ensure	oct-94	\$9.700	122,08	25,47	\$46.493
26	Ensure	oct-94	\$9.707	122,08	25,47	\$46.527
27	Bolsa aliment.	ene-95	\$5.400	122,08	26,63	\$24.755
28	Ensure	sep-94	\$9.000	122,08	25,47	\$43.138
29	imp. Aseo	feb-95	\$1.900	122,08	27,56	\$8.416
30	Bolsa aliment.	dic-94	\$5.400	122,08	26,14	\$25.219
31	Ensure	oct-94	\$9.200	122,08	25,47	\$44.096
32	medicamentos	oct-94	\$5.990	122,08	25,47	\$28.711
33	Ensure	sep-94	\$15.700	122,08	25,19	\$76.088
34	medicamentos	sep-94	\$12.300	122,08	25,19	\$59.610
35	medicamentos	sep-94	\$9.000	122,08	25,19	\$43.617
36	medicamentos	sep-94	\$13.000	122,08	25,19	\$63.003
37	medicamentos	sep-94	\$13.000	122,08	25,19	\$63.003
38	Ensure	oct-94	\$9.280	122,08	25,47	\$44.480
40	esparadrapo	ago-94	\$3.500	122,08	24,92	\$17.146
41	sonda	sep-94	\$4.500	122,08	25,19	\$21.809
42	medicamentos	ago-94	\$1.550	122,08	24,92	\$7.593
43	medicamentos	sep-94	\$10.800	122,08	25,19	\$52.341
44	Ensure	sep-94	\$9.124	122,08	25,19	\$44.218
45	medicamentos	sep-94	\$5.342	122,08	25,19	\$25.889
46	material quir.	ago-94	\$675.682	122,08	24,92	\$3.310.083
47	medicamentos	sep-94	\$13.000	122,08	25,19	\$63.003
48	medicamentos	sep-94	\$3.000	122,08	25,19	\$14.539
49	examen	sep-94	\$132.800	122,08	25,19	\$643.598
50	medicamentos	sep-94	\$10.800	122,08	25,19	\$52.341
	TOTAL					\$5.049.273

6. Costas

No hay lugar a la imposición de costas, debido a que no se evidencia en el caso concreto actuación temeraria o de mala fe atribuible a los extremos procesales, como lo exige el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 para que se proceda de esta forma.

III. DECISIÓN

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

FALLA

REVOCAR la sentencia de 27 de junio de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá que negó las pretensiones de la demanda. En su lugar se dispone:

PRIMERO. DECLARAR administrativa y extracontractualmente responsable al Hospital San Rafael de Tunja, de la muerte del señor José Crisóstomo Rodríguez Rojas, con ocasión de la atención médica que le fue prestada en esa institución entre el 21 de agosto de 1994 y el 6 de septiembre de 1994.

SEGUNDO. CONDENAR al Hospital San Rafael de Tunja a pagar a los demandantes las sumas que a continuación se señalan, a título de indemnización por el daño moral padecido por ellos:

A la señora Cecilia Rojas de Rodríguez, se le pagará una indemnización en cuantía equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes en la época de ejecutoria del presente fallo.

A Luís Armando Rodríguez Rojas, María Lucinda Rodríguez Rojas, David Rodríguez Rojas, María del Tránsito Rodríguez Rojas, José Mardoqueo Rodríguez Rojas y José Vinicio Rodríguez Rojas, se les pagará una indemnización equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes en la época de ejecutoria de esta sentencia, para cada uno de ellos.

TERCERO. CONDENAR al Hospital San Rafael de Tunja a pagar a la señora Cecilia Rojas de Rodríguez, la suma de CINCO MILLONES CUARENTA Y

NUEVE MIL DOSCIENTOS SETENTA Y TRES PESOS (\$5.049.273), como indemnización por el daño emergente padecido..

CUARTO. NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO. Sin costas en la instancia.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Presidenta

DANILO ROJAS BETANCOURTH

Magistrado

RAMIRO PAZOS GUERRERO

Magistrado Ponente