



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

Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth

Bogotá D. C., veintinueve (29) de agosto de dos mil trece (2013)

Expediente: 30283

Radicación: 25000 2326 000 2001 01343 01

Actor: Juan Carlos Rojas Tacha y otros

Demandado: Instituto de Seguros Sociales

Naturaleza: Reparación directa

Corresponde a la Sala resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 22 de diciembre de 2004, proferida por la Sección Tercera –Sala de Descongestión– del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda. La sentencia será revocada.

SÍNTESIS DEL CASO

El niño Carlos Alberto Rojas Pérez estuvo internado en la clínica Jorge Bejarano del Instituto de Seguros Sociales con diagnóstico de bronconeumonía, desde el 18 hasta el 23 de junio de 1999. El 6 de julio siguiente, el menor tuvo que ser hospitalizado de nuevo debido a que presentaba otitis media aguda, bronconeumonía, síndrome broncoobstructivo y enfermedad diarreica aguda causada por una bacteria de carácter intrahospitalario. Pese a que el paciente recibió tratamiento médico, su estado de salud no mejoró; por el contrario, continuó deteriorándose al punto que el 23 de julio de 1999 debió ser

internado en la unidad de cuidados intensivos, donde permaneció hasta el 15 de agosto siguiente, fecha en la cual se ordenó su traslado a piso. En los días posteriores, el niño fue sometido a un conjunto de exámenes que dictaminaron que presentaba una enfermedad motriz-cerebral como consecuencia de una meningitis infecciosa.

ANTECEDENTES

I. Lo que se demanda

1. Mediante escrito presentado el 13 de junio de 2001 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, los señores Juan Carlos Rojas Tacha y Aura Edith Pérez Rodríguez, actuando en nombre propio y en representación de su hijo menor de edad Carlos Alberto Rojas Pérez; María Elina Tacha Moreno, Israel Pérez e Idalyd Rodríguez de Pérez, interpusieron demanda de reparación directa con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas (f. 3-8 c. 1):

PRIMERA:

Que se declare que hubo falla en el servicio médico hospitalario prestado por el Instituto de Seguro Social-clínica del niño Jorge Bejarano al menor Carlos Alberto Rojas Pérez, siendo ésta la causa eficiente del daño cerebral que dejó secuelas neurológicas irreversibles en el menor.

SEGUNDA:

Que se declare que el Instituto de Seguro Social es patrimonialmente responsable de todos los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales que, como consecuencia de la falla en el servicio, le fueron infligidos al menor Carlos Alberto Rojas Pérez, a sus padres Juan Carlos Rojas Tacha y Aura Edith Pérez Rodríguez, y a sus abuelos María Elina Tacha Moreno, Israel Pérez e Idalyd Rodríguez de Pérez.

TERCERA:

Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se ordene al Instituto de Seguro Social resarcir a los demandantes (...) todos los perjuicios ocasionados, según el siguiente detalle:

1. A favor del menor Carlos Alberto Rojas Pérez:

a. *Por perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante:*

La suma de dinero que resulte de aplicar el salario mínimo legal a partir de su mayoría de edad y durante toda su vida probable, habida cuenta de la imposibilidad que el daño le genera para el desempeño de una labor productiva.

b. *Por perjuicios morales*

El equivalente a 1.000 gramos de oro fino por el dolor, la angustia, la desesperanza y el desconsuelo que producirá en el menor su incapacidad y retardo psicomotriz.

c. *Por perjuicios extrapatrimoniales en la modalidad de “daño a la vida de relación”*

El equivalente a 1.000 gramos de oro fino por la pérdida de la posibilidad de realizar actividades vitales, que aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia, tales como las recreativas, culturales, deportivas, sexuales, etc.

2. A favor de los padres y abuelos del menor (...):

a. *Por perjuicios morales o “pretium doloris”*

El equivalente a 1.000 gramos de oro fino para cada uno de ellos, como resarcimiento por el dolor, la angustia, la desesperanza y el desconsuelo que produce ver crecer a su hijo y nieto en estado de retardo mental, psicomotriz, de aprendizaje, etc.

CUARTA:

Que se condene a la institución demandada al pago de las costas procesales y las agencias en derecho que se originen en la presente actuación.

1.1. En respaldo de sus pretensiones, la parte actora indicó que el menor Carlos Alberto Rojas Pérez presenta un daño cerebral, grave e irreversible, derivado del contagio de las bacterias denominadas “*klebsiella neumónide*”, “*cándida albicans*” y “*eunococo*” mientras estuvo hospitalizado en la Clínica del Niño, a donde ingresó el 6 de junio de 1999 con el siguiente diagnóstico: “*otitis media aguda, bronconeumonía, SBO y EDA*”. Indica que con anterioridad a esta fecha, el menor había acudido varias veces a la institución demandada con un diagnóstico similar, pero que ésta no le procuró un tratamiento adecuado para la superación de su enfermedad.

II. Trámite procesal

2. Surtida la notificación del auto admisorio de la demanda (f. 20 c. 1), el Instituto de Seguros Sociales presentó **escrito de contestación** a través del cual se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que el contagio bacteriano que sufrió el niño Carlos Alberto Rojas no puede atribuirse a un descuido suyo, sino que se explica por la extrema debilidad que éste presentaba como consecuencia de su enfermedad. Puntualiza que no es cierto que la entidad no haya ofrecido una atención adecuada y oportuna al paciente cuando hizo sus primeros ingresos a la clínica Jorge Bejarano; por el contrario, la historia clínica muestra que se cumplió con los protocolos médicos establecidos para el diagnóstico y tratamiento de su enfermedad (f. 37-39 c. 1).

3. Dentro del término para **alegar de conclusión** en primera instancia, intervinieron las dos partes, así:

3.1. La actora insistió en que el daño aducido en la demanda es imputable al Instituto de Seguros Sociales con fundamento en que (i) está plenamente demostrado que Carlos Alberto Rojas adquirió la bacteria causante de su enfermedad en las instalaciones de la Clínica del Niño; y (ii) *“la entidad demandada no probó, ni intentó siquiera hacerlo, haber obrado con diligencia y cuidado en cuanto a la asepsia necesaria para evitar o, por lo menos, minimizar, el riesgo de la presencia de la bacteria”* (f. 73-78 c. 1).

3.2. La entidad demandada, por su parte, reiteró lo dicho en el escrito de contestación de la demanda, en el sentido de que la atención ofrecida por la Clínica del Niño al demandante se enmarca dentro de los cánones establecidos por la *lex artis* y que la infección bacteriana que éste desarrolló no es el resultado de una falla atribuible a la entidad sino del propio estado de salud del paciente que lo hizo proclive al contagio (f. 63-64 c. 1).

4. Surtido el trámite de rigor y practicadas las pruebas decretadas, la Sección Tercera –Sala de Descongestión– del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, profirió **sentencia de primera instancia** el 22 de diciembre de 2004, y en ella resolvió denegar las pretensiones de la demanda con fundamento en que no existía falla del servicio atribuible a la entidad que pudiera tenerse como causa eficiente del daño (f. 84-107 c. 3):

(...) de la historia clínica se logra establecer que sobre el menor (sic) CARLOS ALBERTO ROJAS PÉREZ, desde el momento en que fue hospitalizado, se le suministró el tratamiento y atención requeridas y adecuadas para el efecto, sin que ahora pueda atribuirse a la entidad demandada su lesión cerebral ante la presencia de una complicación de tal gravedad durante la hospitalización y todo el tratamiento recibido por éste.

Con lo anterior, no es posible predicar la existencia de nexo causal entre el retardo en el lenguaje y desarrollo sicomotor del menor CARLOS ALBERTO ROJAS PÉREZ y la conducta asumida por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES-CLÍNICA DEL NIÑO JORGE BEJARANO, elemento indispensable para estructurar responsabilidad de la demandada, en tanto que frente al centro hospitalario no se puede endilgar responsabilidad con fundamento en consecuencias propias de la fisiología del paciente.

A tal conclusión se debe llegar por cuanto, al interior del centro asistencial, se le prestó al menor toda la atención médico hospitalaria que éste necesitaba, aplicando medicamentos, haberle practicado exámenes y haberlo entubado, etc., intentado una mejoría para con el menor, se le endilgue a la entidad una culpa a la cual (sic); si por el contrario no hubiera prestado, sí se hubiera presentado una omisión visible del deber de cuidado y de prestación competente y óptimo del servicio médico.

5. Contra la decisión anterior, la parte actora interpuso y sustentó oportunamente **recurso de apelación** con el propósito de que se revoque y, en su lugar, se acceda a sus pretensiones. Para el efecto adujo que la entidad demandada sí es responsable del daño cerebral padecido por el niño Carlos Alberto Rojas porque está plenamente acreditado dentro del expediente que el mismo es consecuencia de una infección bacteriana de carácter intrahospitalario. En tal sentido, el apelante cuestionó que el Tribunal haya absuelto a la entidad con

fundamento en que no está probada la falla del servicio médico hospitalario, cuando lo que se discute en el proceso es “*lo atinente a la falta de asepsia en la institución*”, que generó el riesgo para el paciente de adquirir la bacteria causante de la afectación de su estado de salud (f. 110,118-122 c. 4).

6. Dentro del término de traslado para **alegar de conclusión** en segunda instancia, la parte actora reiteró lo expuesto en el escrito de apelación (f. 126 c. 4). Por su parte, el Instituto de Seguros Sociales solicitó que se confirme la sentencia apelada en consideración a que la atención brindada al paciente Carlos Alberto Rojas se ajusta a los postulados de la *lex artis* (f. 127-128 c. 3).

CONSIDERACIONES

I. Competencia

7. El Consejo de Estado es competente para conocer del asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en un proceso con vocación de segunda instancia, en los términos del Decreto 597 de 1988, dado que la cuantía de la demanda, determinada por el valor de la mayor de las pretensiones, que corresponde a la indemnización por concepto de perjuicios materiales, supera la exigida por la norma para el efecto¹.

II. Validez de los medios de prueba

¹ En el escrito de corrección de la demanda (f. 12 c. 1), la parte actora estimó la pretensión mayor en \$202 488 000, suma que corresponde a lo que el niño Carlos Alberto Rojas dejará de devengar durante el resto de su vida probable (lucro cesante). Esta suma supera la cuantía necesaria para que un proceso iniciado en 2001 fuera de doble instancia (\$26 390 000). Se aplica en este punto el numeral 10º del artículo en este punto el numeral 10 del artículo 2 del Decreto 597 de 1988 “*por el cual se suprime el recurso extraordinario de anulación, se amplía el de apelación y se dictan otras disposiciones*”, que modifica el artículo 132 del Código Contencioso Administrativo.

8. El acervo probatorio en este proceso está integrado por (i) los documentos traídos por la parte actora, que corresponden a las copias auténticas de los registros civiles de nacimiento de Carlos Alberto Rojas Pérez y de Juan Carlos Rojas Tacha (f. 2-3 c. 2) y a las copias simples de la historia clínica, las cuales serán valoradas porque se entiende que estos documentos deben necesariamente reposar en los archivos de la entidad demandada, la cual, en consecuencia, estuvo en capacidad de efectuar un cotejo con los originales y de tachar las copias de falsedad si ello fuera procedente²; y (ii) las pruebas decretadas por el Tribunal *a quo*, que consisten en parte de la historia clínica del paciente (f. 179-325 c. 2), el dictamen rendido por el Instituto de Medicina Legal, regional Bogotá (f. 348-365 c. 1) y el escrito que lo adiciona y lo aclara (f. 374-383 c. 2), los resultados de las valoraciones practicadas al niño Carlos Alberto Rojas Pérez en la Asociación Colombiana Pro Niño con Parálisis Cerebral (f. 326-334 c. 2); y el testimonio de la señora María Clemencia Higuera Donoso (f. 335-340 c. 2).

III. Hechos probados

9. De conformidad con las pruebas válidamente aportadas al proceso, se tienen probados los siguientes hechos relevantes:

9.1. El 18 de junio de 1999, el menor Carlos Alberto Rojas, de ocho meses de edad, ingresó al servicio de urgencias de la Clínica del Niño del Instituto de Seguros Sociales con deficiencia respiratoria y fiebre. De acuerdo con la información consignada en la historia clínica, el paciente había sido valorado previamente “3 veces en urg (sic)” y tratado con “penicilina procainica n.º 3, pantomicina y ventilan (sic) en jarabe” debido a que presentaba un estado gripal (historia clínica –f. 6 c. 2–; dictamen de medicina legal –f. 349 c. 2–).

9.2. Como antecedentes perinatales al momento del ingreso a la clínica

² Se reitera en este punto lo decidido por la Subsección B en la sentencia de 27 de octubre de 2011, exp. 20.450, C.P. Ruth Stella Correa.

se consignaron los siguientes: *“Madre de 28 años y padre de 35 años. Controles perinatales normales. Producto de un primer embarazo con parto por cesárea en la clínica San Pedro. Al nacimiento peso 4.500 grs. Neonato normal. Desarrollo psicomotor adecuado. Inmunizaciones al día”* (historia clínica –f. 6 c. 2–; dictamen de medicina legal –f. 349 c. 2–).

9.3. En esta oportunidad, los médicos diagnosticaron bronconeumonía, por lo cual el menor fue hospitalizado y sometido a terapias respiratorias, exámenes de laboratorio y tratamiento con medicamentos (cefuroxime, salbutamol y dipirona), hasta el 23 de junio siguiente, cuando fue dado de alta con diagnóstico de *“bronconeumonía parcial tratada (mejor) y síndrome obstructivo respiratorio resuelto”* (historia clínica –f. 6, 13-17 c. 2; dictamen de medicina legal –f. 349 c. 2).

9.4. El 6 de julio de 1999, el niño fue llevado nuevamente al servicio de urgencias de la clínica Jorge Bejarano porque presentaba *“hipertermia de 6 días de evolución”* [lo demás es ilegible]. Esta vez los médicos diagnosticaron *“otitis media aguda, bronconeumonía, síndrome broncoobstructivo y enfermedad diarreica aguda”* y, en consecuencia, ordenaron inmediatamente un coprocultivo y tratamiento con antibióticos (historia clínica –f. 21,197 c. 2–; dictamen de medicina legal –f. 349 c. 2).

9.5. Los resultados del coprocultivo, los cuales se conocieron el 13 de julio de 1999, indicaron que la causa de la enfermedad diarreica aguda era la presencia de *“klebsiella neumoniae multirresistente”* en el organismo del paciente (dictamen de medicina legal –f. 349 c. 2; historia clínica –f. 61 c. 2–). En el entretanto, Carlos Alberto Rojas permaneció hospitalizado y medicado, con oxígeno, cánula nasal y control de signos vitales, mostrándose siempre *“alerta”* y estable, aunque con aspecto pálido y diarrea persistente (historia clínica –f. 22-30, 56-65 c. 2).

9.6. El 16 de julio de 1999 se practicó un cultivo y recuento de colonias, apareciendo la bacteria denominada *“cándida albicas”* (dictamen de medicina legal –f. 350 c. 2–). Para ese momento, el paciente ya había

empezado a mostrar estados febriles, irritabilidad y un deterioro notorio y progresivo de su estado clínico (copia de la historia clínica –f. 63-80 c. 2–), al punto que el 23 de julio siguiente debió ser internado en la unidad de cuidados intensivos con diagnóstico de *“neumonía multilobar nosocomial, enfermedad diarreica aguda por klebsiella multirresistente, SIRS [síndrome de respuesta inflamatoria sistémica] -sepsis, CID (sic), síndrome anémico”* (historia clínica –f. 81 c. 2–).

9.7. En la unidad de cuidados intensivos Carlos Alberto Rojas permaneció intubado, con apoyo ventilatorio y tratamiento con antibióticos hasta el 15 de agosto de 1999, fecha en la cual se ordenó su *“traslado a piso”* (dictamen de medicina legal –f. 350 c. 2–; historia clínica –f. 115 c. 2–).

9.8. El 18 de agosto siguiente al paciente se le practicó una valoración física durante la cual se detectaron secuelas de *“encefalopatía hipóxica”* (copia de la historia clínica –f. 115 c. 2–). Así mismo, fue sometido a una escanografía cerebral simple, la cual mostró *“secuelas de evento infeccioso (meningitis)”*, causado por la *“klebsiella pneumoniae”*, e *“hidrocefalia leve de tipo comunicante”* (historia clínica –f. 270 c. 2–; dictamen de medicina legal –f. 350, 364 c. 2–).

9.9. El 9 de septiembre de 1999, el paciente fue dado de alta con diagnóstico de *“neumonía multiobal nosocomial, enfermedad diarreica aguda por germen multiresistente y shock séptico, síndrome anémico transfundido, derrame pleural bilateral, hidrocefalia leve comunicante”* (dictamen de medicina legal –f. 350 c. 2–).

9.10. El 19 y 20 de junio de 2000, el niño Carlos Alberto Rojas fue remitido a la Asociación Colombiana Pro Niño con Parálisis Cerebral (Propace), donde se dictaminó que presentaba *“una enfermedad motriz cerebral, cuadriplejia mixta (predominio izquierdo), regresión en el desarrollo psicomotor, secuelas de meningitis hipoxia”* (informes para historia clínica elaborados por Propace –f. 326-332 c. 2–).

9.11. Carlos Alberto Rojas Pérez nació el 6 de octubre de 1998. Sus padres son Aura Edith Pérez Rodríguez y Juan Carlos Rojas Tacha, quien por su parte es hijo de la señora Elina Tacha (registros civiles de nacimiento –f. 2, 4 c. 2–).

IV. Problema jurídico

10. En el caso concreto se discute si el Instituto de Seguros Sociales es administrativamente responsable del daño alegado por la parte actora, el cual consiste en la afectación motriz y cerebral que presenta el niño Carlos Alberto Rojas Pérez a consecuencia de la meningitis bacteriana que adquirió y desarrolló mientras estuvo internado en la clínica Jorge Bejarano. Para ello, resulta relevante establecer si existe una falla del servicio que pueda tenerse como causa de la enfermedad y, en caso negativo, si tal condición es necesaria para que pueda imputársele responsabilidad a la administración por el daño aducido en la demanda o si, por el contrario, el solo hecho de que esté demostrado, con base en el dictamen de medicina legal, que la meningitis se produjo por una bacteria de carácter intrahospitalario, como lo era la “*klebsiella pneumoniae multirresistente*”, basta para imputarle responsabilidad a la entidad bajo un título de atribución de carácter objetivo.

V. Análisis de la Sala

11. La Sala tiene acreditado el **daño** pues la prueba documental aportada al proceso demuestra que el niño Carlos Alberto Rojas Pérez presenta “*una enfermedad motriz cerebral, cuadriplejia mixta (predominio izquierdo), y regresión en el desarrollo psicomotor*”, como consecuencia de una meningitis bacteriana que adquirió y desarrolló mientras estuvo internado en la clínica Jorge Bejarano del Instituto de Seguros Sociales (ver *supra* párr. 9.10).

12. Así mismo, la demostración de las relaciones de parentesco

existentes entre este demandante y los señores Juan Carlos Tacha, Aura Edith Pérez Rodríguez y María Elina Tacha, permite inferir que todos ellos sufrieron dolor, aflicción y congoja por la afectación del estado de salud del niño. En este punto, cabe reiterar lo dicho por la Sala en anteriores oportunidades, en el sentido de que la prueba del parentesco resulta idónea y suficiente para demostrar el perjuicio moral no sólo respecto de los padres, sino también de los abuelos, como quiera que las reglas de la experiencia enseñan que la pérdida o la afectación del estado de salud de un nieto produce en ellos un gran dolor no sólo por la tristeza que experimentan sus propios hijos, “*sino por la frustración de la expectativa frente a ese nuevo ser que es su descendencia*”³.

13. En relación con los señores Israel Pérez e Idalyd Rodríguez de Pérez, la situación es distinta, pues aunque acudieron al proceso invocando su calidad de abuelos de Carlos Alberto Rojas Pérez, no aportaron ningún documento que acredite que realmente lo son. Tampoco demostraron haber sufrido un daño moral derivado de la enfermedad que actualmente padece el menor, por lo que no podrán ser reconocidos como damnificados y, por tanto, como beneficiarios de las indemnizaciones a que hubiere lugar.

14. En cuanto a las circunstancias que rodearon la producción del daño, está probado dentro del expediente que la meningitis que afectó a Carlos Alberto Rojas fue causada por la bacteria *klebsiella neumoniae multiresistente*. Igualmente, está probado que esta bacteria se encontraba en el organismo del menor cuando él fue hospitalizado por segunda vez en la clínica Jorge Bejarano ya que se dictaminó que ésta era la responsable de la enfermedad diarreica aguda que presentaba (ver *supra* párr. 9.5).

15. Si bien no existe una prueba directa de que esta bacteria fue

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 26 de marzo de 2008, exp. 16.085, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

adquirida en el establecimiento hospitalario, sí existen indicios que corroboran esta hipótesis. En primer lugar, está demostrado que antes de que la bacteria fuera detectada en su organismo, el paciente permaneció cinco días hospitalizado en la clínica Jorge Bejarano con diagnóstico de bronconeumonía. Esta circunstancia es indicativa de que la bacteria es de carácter nosocomial porque se conoce que la permanencia prolongada en los establecimientos hospitalarios es un factor de riesgo para la transmisión de este tipo de agentes patógenos⁴.

16. En segundo lugar, la bacteria fue calificada como “*multirresistente*”. Esta circunstancia es igualmente indicativa de que el paciente la contrajo en el nosocomio porque las bacterias multirresistentes son aquellas que, como su nombre lo indica y lo informa el dictamen de medicina legal, son resistentes a los antibióticos e inciden en las enfermedades de carácter intrahospitalario (f. 357 c. 2).

17. Así, existiendo prueba indiciaria de que el paciente contrajo la *klebsiella neumoniae* en la clínica Jorge Bejarano cuando fue hospitalizado por primera vez por espacio de cinco días, comprendidos entre el 18 y el 23 de junio de 1999 (ver *supra* párr. 9.1 y 9.3), cabe concluir que el daño padecido por el niño Carlos Alberto Rojas Pérez encuentra su origen en una infección de tipo nosocomial u hospitalaria, la cual ha sido definida por la Organización Mundial de la Salud en los siguientes términos:

⁴ “Los establecimientos de atención de salud son un entorno donde se congregan las personas infectadas y las expuestas a un mayor riesgo de infección. Los pacientes hospitalizados que tienen infección o son portadores de microorganismos patógenos son focos potenciales de infección para los demás pacientes y para el personal de salud. Los pacientes que se infectan en el hospital constituyen otro foco de infección. Las condiciones de hacinamiento dentro del hospital, el traslado frecuente de pacientes de una unidad a otra y la concentración de pacientes muy vulnerables a infección en un pabellón (por ejemplo, de recién nacidos, pacientes quemados, cuidados intensivos) contribuyen a la manifestación de infecciones nosocomiales. La flora microbiana puede contaminar objetos, dispositivos y materiales que ulteriormente entran en contacto con sitios vulnerables del cuerpo de los pacientes”. Organización Mundial de la Salud, *Prevención de las infecciones nosocomiales*, 2003, p. 2, disponible en: <http://www20.gencat.cat/docs/canalsalut/Minisite/VINCat/Documents/Manuals/Arxius/m anual-oms.pdf>

Una infección contraída en el hospital por un paciente internado por una razón distinta de esa infección. Una infección que se presenta en un paciente internado en un hospital o en otro establecimiento de atención de salud en quien la infección no se había manifestado ni estaba en período de incubación en el momento del internado. Comprende las infecciones contraídas en el hospital, pero manifiestas después del alta hospitalaria y también las infecciones ocupacionales del personal del establecimiento⁵.

18. Siendo ello así, la pregunta que interesa resolver, a efectos de decidir si el daño es imputable al Instituto de Seguros Sociales, es qué explica que el menor haya resultado afectado por una infección u enfermedad de tipo nosocomial. De acuerdo con la parte actora, esto es consecuencia de una falla en el cumplimiento de los deberes de higiene y asepsia a cargo de la clínica Jorge Bejarano porque no hubo por parte del personal de enfermería un manejo adecuado de los desechos hospitalarios como quiera que *“la caneca de la basura, con desechos de toda clase, se encontraba a los pies de su cama [la del niño] y a pesar de la insistencia de sus padres para que los ubicaran en otro sitio esto no fue posible (...)”*. A juicio de la entidad demandada, por el contrario, la explicación se encuentra en el propio estado de salud del paciente, que lo hizo proclive a adquirir y desarrollar la meningitis bacteriana.

19. Al consultar la jurisprudencia⁶ y la doctrina especializada sobre el tema⁷, la Sala encuentra que las infecciones nosocomiales ciertamente

⁵ *Ibíd.*, p. 1.

⁶ En la sentencia de 8 de septiembre de 1998, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia señaló que: *“Como es suficientemente conocido, las clínicas y hospitales también pueden incurrir en responsabilidad contractual por culpa para con los usuarios de las mismas, entre otras, cuando por negligencia de aquéllas en la asepsia del instrumental quirúrgico transmiten enfermedades al paciente, o cuando éstas son adquiridas por contagio causado por sus dependientes, o cuando el paciente las adquiere a través del medio ambiente del establecimiento respectivo, así como cuando por imprudencia o impericia, o falta de cuidado y atención no se suministran los medicamentos formulados a los pacientes, o se cumple con esta actividad de manera inoportuna, o, se le aplican por equivocación otros distintos con consecuencias negativas para la salud del enfermo”*. Exp. 5143, M.P. Pedro Lafont Pianetta.

⁷ Celia Weingarten, *“Responsabilidad de los establecimientos asistenciales públicos y privados por daños causados por infecciones hospitalarias: La situación en el sistema sanitario argentino”*, en Gaceta Internacional de ciencias forenses, n.º 2, enero-marzo 2012, p.24-35; Josefina Tocornal Cooper, *Responsabilidad civil por infecciones*

pueden causarse por fallas derivadas de la inobservancia de las recomendaciones establecidas por la autoridad sanitaria para la prevención de las mismas, la vigilancia de los riesgos epidemiológicos y el manejo de los residuos patogénicos.

20. En el caso concreto, existe evidencia testimonial que corrobora lo dicho por los demandantes acerca del manejo que se le dio a los desechos hospitalarios por parte del personal de enfermería pues la testigo María Clemencia Higuera Donoso manifestó ante el *a-quo* que el menor fue dejado en una sala en la que *“había una caneca donde botaban pañales y todos los desechos de ese cuarto grande (...), lo cual le dijimos a la enfermera que por qué no sacaba esa caneca que olía a feo pero no nos hizo caso en ningún momento”* (f. 338 c. 2).

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

22. En cambio, lo que sí está probado, a partir de la información consignada en el dictamen de medicina legal, es que la meningitis se produjo porque la *klebsiella neumoniae* encontró un conjunto de

intra-hospitalarias, en Revista Chilena de Derecho [on line], 2010, vol. 37, n.º 3, pp. 477-504; Enrique Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, editorial jurídica de Chile, 2009, pp. 688-694; Amílcar R. Urrutia, *Responsabilidad civil por mala praxis quirúrgica*, editorial Hamurabi, Buenos Aires, 2010, p. 452.

condiciones propicias para colonizar rápidamente el organismo del niño, tales como su estado de salud inmunodeprimido y afectado por otras patologías, ocasionadas por la misma bacteria (f. 364 c. 2):

Durante la estancia hospitalaria [el demandante] presentó neumonía nosocomial, que es una infección intrahospitalaria. Su frecuencia es mayor en las unidades de cuidados intensivos, en las áreas prequirúrgicas, cuando se prolonga la estancia en esos sitios. Debemos recordar que el menor estuvo en la UCI por 23 días. Los factores predisponentes para adquirir la neumonía fueron la edad, la permanencia de 23 días en la UCI, y los factores iatrogénicos que comprendieron la manipulación del árbol respiratorio, las múltiples entubaciones y aspiraciones a que fue sometido. El uso de sondas, el tratamiento con antibióticos y corticosteroides. Todo lo anterior favoreció la colonización bacteriana del estómago del menor por las enterobacterias, entre ellas la klebsiella, posterior colonización por ellas del árbol bronquial, presentó también una otitis media por el antecedente del cuadro gripal inicial. La otitis la ocasionó la klebsiella pneumoniae, que proliferó en la nasofaringe y pasó al oído medio, ocasionando la enfermedad. La klebsiella pneumoniae siguió proliferando, pasó la barrera hematoencefálica e infectó las meninges, produciendo la meningitis.

23. Conviene destacar que las conclusiones del informe de medicina legal resultan plenamente compatibles con los resultados de los estudios realizados por la Organización Mundial de la Salud, en los cuales se da cuenta que uno de los factores que más influye en la aparición de infecciones nosocomiales es la propia vulnerabilidad del paciente y la utilización de cierto instrumental para el tratamiento de deficiencias respiratorias, entre otras dolencias:

Los factores de importancia para los pacientes que influyen en la posibilidad de contraer una infección comprenden la edad, el estado de inmunidad, cualquier enfermedad subyacente y las intervenciones diagnósticas y terapéuticas. En las épocas extremas de la vida – la infancia y la vejez – suele disminuir la resistencia a la infección. Los pacientes con enfermedad crónica, como tumores malignos, leucemia, diabetes mellitus, insuficiencia renal o síndrome de inmunodeficiencia adquirida (sida) tienen una mayor vulnerabilidad a las infecciones por agentes patógenos oportunistas. Estos últimos son infecciones por microorganismos normalmente inoocuos, por ejemplo, que forman parte de la flora bacteriana normal del ser humano, pero pueden llegar a ser patógenos cuando se ven comprometidas las defensas inmunitarias del organismo. Los agentes

inmunodepresores o la irradiación pueden reducir la resistencia a la infección. Las lesiones de la piel o de las membranas mucosas se producen sin pasar por los mecanismos naturales de defensa. La malnutrición también presenta un riesgo. Muchos procedimientos diagnósticos y terapéuticos modernos, como biopsias, exámenes endoscópicos, cateterización, intubación/respiración mecánica y procedimientos quirúrgicos y de succión aumentan el riesgo de infección. Ciertos objetos o sustancias contaminados pueden introducirse directamente a los tejidos o a los sitios normalmente estériles, como las vías urinarias y las vías respiratorias inferiores⁸.

24. En estas condiciones, no es posible afirmar que el daño le resulta atribuible a la entidad a título de falla del servicio pues no está demostrado que la afectación del estado de salud del paciente sea consecuencia del desconocimiento de alguno de los deberes a cargo de la entidad en materia de higiene y limpieza para la prevención de infecciones nosocomiales. Al contrario, la evidencia disponible indica que la enfermedad se produjo porque el paciente era altamente vulnerable a contraerla, teniendo en cuenta su precario estado de salud, su edad y el prolongado periodo de hospitalización al que fue sometido.

25. Por otra parte, tampoco puede sostenerse que Carlos Alberto Rojas recibió una atención médica insuficiente o defectuosa puesto que tal circunstancia no se encuentra acreditada dentro del expediente. En efecto, no está probado, tal como lo sostiene la parte actora, que hubo un tratamiento inadecuado del estado gripal que el niño presentó inicialmente o que el agravamiento de su estado de salud tuvo su génesis en una conducta negligente o contraria a la *lex artis* puesto que el dictamen de medicina legal nada dice al respecto. Al contrario, allí se informa claramente que no hubo impericia o error en el diagnóstico y tratamiento médico:

La meningitis presentada por el paciente fue de carácter fulminante, ha (sic) pesar del plan de tratamiento antimicrobiano efectuado teniendo en cuenta los protocolos de tratamiento a seguir en la práctica médica. Se observa que el paciente se deterioró tempranamente y rápidamente durante el curso de su

⁸ Organización Mundial de la Salud, *Op. Cit.*, p. 2.

enfermedad. Presentando posteriormente una complicación de la meningitis y la hipoxia. La enfermedad cerebral motriz y la cuadriplejia mixta. Patologías éstas que le ocasionaron parálisis con pérdida de las funciones motrices, afectando la postura y el movimiento, espasmos, falta de control muscular, movimientos involuntarios, problemas de lenguaje y retraso (sic) mental. (...).

Al revisar las diferentes intervenciones médicas efectuadas al menor, como los diferentes diagnósticos, basados en los cuadros clínicos y apoyados en los exámenes paraclínicos. Las medidas terapéuticas y las medidas profilácticas utilizadas fueron empleadas de acuerdo con la "lex artis". Implica que el procedimiento empleado era el usual para estos casos, se tuvo en cuenta la aplicación del conocimiento médico, en cuanto se refiere a la norma de atención, protocolos de diagnóstico y tratamiento (f. 363-364 c. 2).

26. Descartada la existencia de una falla probada del servicio atribuible al Instituto de Seguros Sociales, se pregunta la Sala si la responsabilidad de la entidad demandada puede fundamentarse, tal como lo sugiere la parte actora, en un régimen de falla presunta, en virtud del cual la carga de demostrar que se adoptaron todas las medidas de asepsia, limpieza y esterilización para evitar el hecho dañoso, estaría en cabeza del ISS.

27. La jurisprudencia del Consejo de Estado admitió en una época esta posibilidad. En efecto, existen algunas pocas decisiones en las cuales esta Corporación declaró que en los casos en los cuales se discute la responsabilidad de la administración derivada de infecciones intrahospitalarias, la entidad demandada tiene la carga de demostrar que el daño no ocurrió por su falta de diligencia. Así, en la sentencia 22 de octubre de 1997⁹, indicó que:

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

⁹ El mismo criterio, fue recogido en la sentencia de 6 de noviembre de 1997, exp. 11.782, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

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

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

(...).

Si era probable que la infección hubiese ocurrido en la sala de cirugía, como lo admite la propia médica tratante, la demandada tenía la carga de demostrar las precauciones que allí se tomaron para practicar la operación o al menos explicar cuáles fueron los resultados de las investigaciones que el propio hospital hizo para investigar la causa de la citada infección. Y la falta de dicha prueba, que deja en la indeterminación la causa específica del daño, acarrea como consecuencia que en desarrollo de la presunción jurisprudencial establecida en esta materia, dicho daño se impute a la entidad prestadora del servicio médico¹⁰.

28. No obstante, el criterio de la falla presunta, si bien fue utilizado reiteradamente por el Consejo de Estado para analizar todos los casos de responsabilidad médica –no solamente aquellos derivados de infecciones intrahospitalarias–, fue posteriormente abandonado con fundamento en que no todos los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente tienen implicaciones técnicas o científicas, de manera que no siempre es razonable exigirles que demuestren que el servicio fue prestado adecuadamente para poder exonerarse de responsabilidad¹¹.

29. Actualmente, la jurisprudencia aplica la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el

¹⁰ Exp. 11.607, C.P. Carlos Betancur Jaramillo. Citado por Enrique Gil Botero, *Tesoro de responsabilidad extracontractual del Estado*, tomo III, volumen 1, editorial Temis, Bogotá, 2013, p. 818.

¹¹ Consejo de Estado, sentencia de 10 de febrero de 2000, exp. 11.878, C.P. Alier Eduardo Hernández. En el mismo sentido, véase la sentencia del 8 de febrero de 2001, exp. 12.792.

proceso todos los elementos que la configuran, esto es, el daño, la actividad médica y el nexo de causalidad entre ésta y aquel¹², sin perjuicio de que para la demostración de este último elemento las partes puedan valerse de todos los medios de prueba legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria:

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

Se acoge dicho criterio porque además de ajustarse a la normatividad vigente (art. 90 de la Constitución y 177 del Código de Procedimiento Civil), resulta más equitativa. La presunción de la falla del servicio margina del debate probatorio asuntos muy relevantes, como el de la distinción entre los hechos que pueden calificarse como omisiones, retardos o deficiencias y los que constituyen efectos de la misma enfermedad que sufra el paciente. La presunción trasladada al Estado la carga de desvirtuar una presunción que falló, en una materia tan compleja, donde el álea constituye un factor inevitable y donde el paso del tiempo y las condiciones de masa (impersonales) en las que se presta el servicio en las instituciones públicas hacen muy compleja la demostración de todos los actos en los que éste se materializa.

En efecto, no debe perderse de vista que el sólo transcurso del tiempo entre el momento en que se presta el servicio y aquél en el que la entidad debe ejercer su defensa, aunado además a la imposibilidad de establecer una relación más estrecha entre los médicos y sus pacientes, hace a veces más difícil para la entidad que para el paciente acreditar las circunstancias en las cuales se prestó el servicio (...).

La desigualdad que se presume del paciente o sus familiares para aportar la prueba de la falla, por la falta de conocimiento técnicos, o por las dificultades de acceso a la prueba, o su carencia de recursos para la práctica de un dictamen técnico,

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 31 de agosto de 2006, exp. 15.772, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; de 3 de octubre de 2007, exp.16.402, de 30 de julio de 2008, exp. 15.726, C.P. Myriam Guerrero de Escobar, de 21 de febrero de 2011, exp. 19.125, C.P. (e) Gladys Agudelo Ordoñez, entre otras.

encuentran su solución en materia de responsabilidad estatal, gracias a una mejor valoración del juez de los medios probatorios que obran en el proceso, en particular de la prueba indiciaria, que en esta materia es sumamente relevante, con la historia clínica y los indicios que pueden construirse de la renuencia de la entidad a aportarla o de sus deficiencias y con los dictámenes que rindan las entidades oficiales que no representan costos para las partes¹³.

30. En relación con la actividad médica capaz de comprometer la responsabilidad de la administración, debe señalarse que no es solamente aquella que se desarrolla contrariando los postulados de la *lex artis* o, dicho en otras palabras, que es consecuencia de un funcionamiento anormal, negligente o descuidado del servicio médico¹⁴. También la actuación o actividad médica que se despliega en condiciones normales o adecuadas puede dar lugar a que ello ocurra.

31. Y no podría ser de otra forma, porque el eje del sistema de responsabilidad extracontractual en Colombia no es la noción de falla del servicio, sino el daño antijurídico. Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha señalado que:

Con la expedición de la Carta Política de 1991, se introdujo una cláusula general de responsabilidad del Estado que expresamente señala: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas¹⁵”.

Analizados los antecedentes históricos de esta disposición se tiene que el Constituyente estimó la necesidad de fundamentar un sistema de responsabilidad estatal que, en concordancia con la jurisprudencia ya decantada en principio por la H. Corte Suprema de Justicia y posteriormente por esta Sección, fuera comprensiva no sólo de los regímenes tradicionales de falla y

¹³ Consejo de Estado, sentencia de 31 de agosto de 2006, exp. 15.772, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, reiterada luego en la sentencia de 28 de septiembre de 2012, exp. 22.424, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

¹⁴ Ejemplo de un funcionamiento anormal del servicio público por enfermedades intrahospitalarias, se encuentra en la sentencia de 21 de febrero de 2011, exp. 19.125, C.P. (e) Gladys Agudelo Ordóñez, mediante la cual la Sección Tercera del Consejo de Estado declaró la responsabilidad administrativa del ISS por la muerte de un neonato, ocurrida en 1995, como consecuencia de una infección producida por un germen multirresistente, tras constatar que la misma bacteria había causado la muerte de otros niños por la misma época y en el mismo centro asistencial en el que el paciente permaneció hospitalizado por espacio de cuatro días.

¹⁵ [26] Artículo 90. Constitución Política.

culpa, sino que, además, abarcara los de estirpe objetiva, entre ellos, expresamente, la concepción del daño especial. Así lo explicó el Constituyente Juan Carlos Esguerra Portocarrero al rendir ponencia ante la Asamblea Nacional:

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

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

Resulta claro, entonces, que la razón de ser del artículo 90 fue la de resaltar el papel central de la víctima – y no del Estado- en la dilucidación de los casos en los cuales se controvirtiera la existencia de la responsabilidad estatal. Tal visión resulta concordante con la consagración del Estado Colombiano como un Estado Social de Derecho en el cual la dignidad de los individuos ha pasado a ser la base y el centro del ordenamiento jurídico.

(...).

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

*porque, además, ocasionaban el rompimiento de las cargas públicas de los individuos*¹⁶ (negrillas originales).

32. En estas condiciones, es claro que la ausencia demostrada de una falla del servicio atribuible a la entidad no conduce necesariamente a afirmar la ausencia de responsabilidad, pues pueden existir otras razones tanto jurídicas como fácticas, distintas al incumplimiento o inobservancia de un deber de conducta exigible al ISS en materia de atención y prevención de enfermedades infecciosas, que pueden servir como fundamento del deber de reparar¹⁷.

33. Tratándose específicamente de la responsabilidad por infecciones nosocomiales, existe en el derecho comparado una clara tendencia orientada hacia la objetivización de la responsabilidad de los establecimientos de salud, en virtud de la cual al paciente le basta con demostrar que el daño que padece es consecuencia de una enfermedad adquirida durante su permanencia en el centro hospitalario.

34. Así, por ejemplo, Francia ha establecido en su legislación un sistema de responsabilidad sin culpa¹⁸ que opera en los casos de infecciones nosocomiales y que descansa sobre tres pilares fundamentales: *“el riesgo (las infecciones nosocomiales existen y cualquiera puede*

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

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

¹⁸ La Ley del 4 de marzo de 2002, también conocida como *“Ley Kouchner”*, establece dos sistemas específicos y distintos de responsabilidad por infecciones hospitalarias. El primero, aplicable a los establecimientos de salud, tanto públicos como privados, que es de carácter objetivo. El segundo, aplicable a los médicos, que es de carácter subjetivo (falta probada). Juan Manuel Prevot, *Responsabilidad civil de los médicos*, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 318.

padecerlas), la igualdad (todas las personas son iguales y por ello todas tienen derecho a estar protegidas de igual forma) y la solidaridad (pese a que no se enfermarán todos, todos debemos hacernos cargo porque podría dañar a cualquiera)”¹⁹. En el marco de este sistema, los establecimientos y profesionales de la salud, sean de carácter público o privado, responden por los daños resultantes de infecciones hospitalarias, salvo si ellos logran demostrar que la infección fue causada por un factor ajeno al servicio sanitario²⁰.

35. En Argentina, al lado de quienes consideran que las infecciones intrahospitalarias comportan la concreción de un riesgo propio de la actividad asistencial²¹, existe un sector de la doctrina y de la jurisprudencia que afirma que *“junto al deber principal de prestar asistencia médica, el establecimiento sanitario asume un deber de seguridad que siempre es objetivo”* y que puede estar referido a una obligación de medios –*caso de los actos puros de profesión de los facultativos*–, pero también de resultados, como lo es la que consiste en garantizar la inocuidad de *“las cosas utilizadas, ámbitos físicos, instrumentos quirúrgicos, aparatos de rayos, etcétera, que pueden resultar riesgosos o viciosos (...)”²².*

36. Por último, en Chile los tribunales han considerado que una enfermedad contraída durante la permanencia en el establecimiento es evidencia *prima facie* de la negligencia incurrida en los deberes preventivos que recaen sobre la clínica u hospital o de la falta del servicio del hospital público²³. El criterio aplicado en estos casos ha sido el de presunción de culpa, que encuentra sustento legal en el artículo 2329 del Código Civil. No obstante, esta postura ha sido criticada por un sector de la doctrina, que considera que el daño y no la culpa es el fundamento de la responsabilidad del Estado, de manera que si éste se produce por una

¹⁹ Josefina Tocornal Cooper, *Op. Cit.* p. 16.

²⁰ Enrique Barros Bourie, *Op. Cit.*, p. 693, nota n.º 132.

²¹ Celia Weingarten, *Op. Cit.*, p. 27.

²² Juan Manuel Prevot, *Op. Cit.*, p. 329.

²³ Enrique Barros Bourie, *Op. Cit.*, p. 693, Josefina Tocornal Cooper, *Op. Cit.* p. 13.

infección intrahospitalaria, surge la obligación de indemnizarlo, para lo cual sólo es necesario acreditar la relación de causalidad que existe entre la prestación del servicio de salud y el daño, “*sin importar si hubo o no culpa en el establecimiento o sus dependientes*”²⁴.

37. En nuestro país, el marco teórico de la responsabilidad aplicable a los casos de infecciones nosocomiales o intrahospitalarias, ha sido poco desarrollado por la jurisprudencia. No obstante, existen algunos escasos pronunciamientos de esta Corporación en los que el tema ha sido mencionado para efectos de señalar que los daños derivados de este tipo de infecciones no pueden ser considerados como “*eventos adversos*”²⁵, asociados al incumplimiento de la obligación de seguridad y vigilancia jurídicamente exigible a las instituciones prestadoras de servicios de salud, sino que deben ser analizados desde un régimen objetivo de responsabilidad:

(...) en los daños derivados de infecciones intrahospitalarias o nosocomiales (...) constituyen lesiones antijurídicas que se analizan dentro de los actos médicos y/o paramédicos, y que, por consiguiente, se rigen por protocolos científicos y por la lex artis; en consecuencia, si bien gravitan de manera cercana a la obligación de seguridad hospitalaria, no pueden vincularse con la misma, motivo por el que en su producción no resulta apropiado hacer referencia técnicamente a la generación de un evento adverso. Por el contrario, aquéllos constituyen daños antijurídicos que tienden a ser imputados o endilgados –y así ha sido aceptado por la mayoría de la doctrina y jurisprudencia extranjeras–²⁶ desde una perspectiva objetiva de

²⁴ Josefina Tocornal Cooper, *Op. Cit.* p. 14.

²⁵ El anexo técnico de la Resolución n.º 1446 de 2006, del Ministerio de la Protección Social, define los “*eventos adversos*” como “*las lesiones o complicaciones involuntarias que ocurren durante la atención en salud, los cuales son más atribuibles a ésta que a la enfermedad subyacente y que pueden conducir a la muerte, la incapacidad o al deterioro en el estado de salud del paciente, a la demora del alta, a la prolongación del tiempo de estancia hospitalizado y al incremento de los costos de no calidad. Por extensión, también aplicamos este concepto a situaciones relacionadas con procesos no asistenciales, que potencialmente puedan incidir en la ocurrencia de las situaciones arriba mencionadas*”.

²⁶ [19] PUIGPELAT, Oriol Mir “*Responsabilidad objetiva vs. Funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria (y no sanitaria)*”, Conferencia impartida el 28 de noviembre de 2007 en el marco de las Jornadas Hispano – Mexicanas sobre el derecho a la salud y la responsabilidad patrimonial sanitaria. Ver igualmente: REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, Calixto Díaz

*responsabilidad, razón por la que no tendrá relevancia jurídica la acreditación de que la entidad hospitalaria actuó de manera diligente o cuidadosa, sino que lo determinante es la atribución fáctica o material del daño en cabeza del servicio médico y sanitario brindado, asociado con el factor de riesgo que conllevan las mencionadas circunstancias*²⁷.

38. Se tiene así que el Consejo de Estado, si bien no se ha ocupado de desarrollar una dogmática específica aplicable a los casos de daños derivados de infecciones nosocomiales en los que no existe falla probada del servicio, sí ha trazado unas primeras pautas para afirmar, en consonancia con la tendencia que impera en el derecho comparado, que éstos deben ser analizados desde un régimen objetivo de responsabilidad, que en nuestro caso sería el de riesgo excepcional.

39. En relación con este título jurídico de imputación, la jurisprudencia ha señalado que:

*(...) deriva su existencia de la consideración según la cual el sujeto de derecho que despliega una actividad cuya realización implica el riesgo de ocasionar daños, debe asumir la responsabilidad derivada de la causación de éstos en el evento en que sobrevengan o de que, aún cuando la actividad no entrañe verdadera peligrosidad, conlleva la asunción de las consecuencias desfavorables que su ejercicio pueda producir, por parte de la persona que de dicha actividad se beneficia*²⁸.

40. De las cuatro modalidades de riesgo aceptadas por la jurisprudencia de esta Corporación (riesgo-peligro²⁹, riesgo-beneficio³⁰, riesgo-

“Responsabilidad objetiva y nexos causal en el ámbito sanitario”, Ed. Comares, Granada, 2006.

²⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 19 de agosto de 2009, exp. 17.733, C.P. Enrique Gil Botero. En el mismo sentido, véase la sentencia de 24 de marzo de 2001, exp. 20.836, C.P. Enrique Gil Botero.

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 26 de marzo de 2008, exp. 16.530, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

²⁹ La imputación por riesgo-peligro procede en aquellos casos en los que la Administración interviene en la ocurrencia del daño, pero no por haber fallado en el cumplimiento de sus obligaciones, sino por haber creado consciente y lícitamente un riesgo a partir de la utilización de un objeto (p.e. armas, vehículos), una sustancia (p.e. combustibles, químicos) o una instalación (p.e. redes de energía eléctrica) que resulta en sí misma peligrosa, pero que es útil o necesaria para el cumplimiento de los fines del Estado o para satisfacer demandas colectivas de bienes y servicios.

³⁰ Se incluye dentro de la categoría de riesgo-beneficio aquella actividad que, aunque no entrañe verdadera peligrosidad, *“conlleva la asunción de las consecuencias*

conflicto³¹ y riesgo-álea) la Sala considera que ésta última es la más apropiada para imputar jurídicamente responsabilidad a la administración por los daños derivados de infecciones intrahospitalarias, teniendo en cuenta que esta categoría de riesgo toma en consideración la probabilidad de que *“cierto tipo de actividades o procedimientos, pueden dar lugar, quizás con la ineludible mediación del azar o de otro tipo de factores imprevisibles, a la producción de daños sin que medie asomo alguno de culpa”*³².

41. Hasta el momento, la aplicación de la categoría de riesgo-álea, que encuentra su origen en la jurisprudencia francesa, se ha reservado hasta en nuestro medio a aquellos supuestos en los que el daño se produce por la utilización de un aparato o instrumento empleado por la ciencia médica para el diagnóstico o tratamiento de ciertas enfermedades o patologías³³ o por la ejecución de ciertos procedimientos para el mismo

desfavorables que su ejercicio pueda producir, por parte de la persona que de dicha actividad se beneficia”. En este caso, el fundamento de la responsabilidad recae, no ya en el peligro creado por el Estado, sino en el provecho que éste o la comunidad reciben como consecuencia del ejercicio de la actividad riesgosa correspondiente. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 26 de marzo de 2008, exp. 16.530, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

³¹ Esta categoría de riesgo, *“surge del reconocimiento de que, dada la situación de conflicto armado, el cumplimiento de ciertos deberes legales y constitucionales genera para la población civil un riesgo de naturaleza excepcional en la medida en que la pone en peligro de sufrir los efectos de los ataques armados que los grupos guerrilleros dirigen contra los bienes e instalaciones que sirven como medio para el cumplimiento de esos deberes y el desarrollo de dichas actividades”*. Consejo de Estado, sentencia de 29 de octubre de 2012, exp. 18.472, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

³² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 26 de marzo de 2008, exp. 16.530, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Luego, en la sentencia de 8 de junio de 2011, exp. 17.990, C.P.(e) Gladys Agudelo Ordóñez, la Sección Tercera señaló que el fundamento de las teorías del riesgo, *“se hace consistir en la obligación de indemnizar los daños que se generen con ocasión de la realización de un riesgo que ha sido creado previamente por quien se beneficia del mismo, lo cual supone que el riesgo puede generar daños previsibles y relativamente inevitables aun cuando su producción es contingente”* (subrayado original).

³³ *“Así las cosas, tanto la doctrina como la jurisprudencia han deslindado la responsabilidad derivada de la falla (culpa) del servicio médico (errores médicos o paramédicos), de aquella que se relaciona con el desconocimiento del deber de protección y cuidado de los pacientes durante su permanencia en el establecimiento sanitario, precisamente por tener un fundamento o criterio obligacional disímil; el primero supone el desconocimiento a los parámetros de la lex artis y reglamentos científicos, mientras que el segundo está asociado al incumplimiento de un deber jurídico de garantizar la seguridad del paciente. Ahora bien, no supone lo anterior que la responsabilidad de la administración sanitaria se torne objetiva en el segundo*

fin. En la sentencia de 4 de septiembre de 1999, el Consejo de Estado expuso lo siguiente³⁴:

De acuerdo con el artículo 16 de la ley 23 de 1981, por medio de la cual se dictan normas en materia de ética médica, “la responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento no irá más allá del riesgo previsto. El médico advertirá de él al paciente o a sus familiares o allegados.” (se subraya).

De esta norma se desprende que los procedimientos médicos o quirúrgicos crean riesgos para el paciente y que en relación con aquellos previstos, puede comprometerse la responsabilidad del médico tratante y por supuesto de la entidad pública en la cual presta sus servicios.

Como lo dijera esta Sala en sentencia del 24 de agosto de 1992, expediente 6754, Consejero ponente Carlos Betancur Jaramillo, “si bien el ejercicio de la medicina en sí no puede calificarse como una actividad peligrosa, sí puede representar un gran riesgo para los pacientes por los imponderables que la rodean, por lo que significa para la integridad física y mental de las personas usuarias del servicio y porque, además, dichos pacientes no estarán en la mayoría de los casos en condición de evidenciar las fallas que puedan presentarse durante el proceso operatorio”.

Ya también la jurisprudencia del Consejo de Estado francés ha admitido que en ciertas circunstancias particulares, la responsabilidad hospitalaria puede comprometerse sin que se advierta ninguna falla, con fundamento en el riesgo.

Así, en la sentencia Bianchi del 9 de abril de 1993, se dijo que “si no puede advertirse ninguna falla”, “cuando un acto médico necesario en el diagnóstico o en el tratamiento de la enfermedad presenta un riesgo donde la existencia es conocida pero donde la realización es excepcional y donde ninguna razón permite pensar que el paciente haya sido particularmente expuesto, la responsabilidad del servicio público hospitalario se compromete si la ejecución de ese acto es la causa directa de daños sin relación con el estado inicial del paciente como con la evolución previsible de ese estado, y presenta un carácter de extrema gravedad.”³⁵

supuesto, como quiera la jurisprudencia de esta Sala ha sido enfática en precisar que la medicina no puede ser considerada una actividad riesgosa, salvo aquellos eventos en los que se empleen aparatos, instrumentos o elementos que conlleven un riesgo para los pacientes, único escenario en que será viable aplicar el título de imputación – objetivo– de riesgo creado o riesgo álea” (se subraya). Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 9 de mayo de 2012, exp. 22.304, C.P. Enrique Gil Botero.

³⁴ Exp. 10.251, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

³⁵ [1] M. Long et al. *Les grands Arrêts de la Jurisprudence Administratif*. París, L.G.D.J., 1993, 10e édition, p. 770.

Así, hoy, la responsabilidad hospitalaria, que en principio sólo se compromete frente a una falla del servicio probada o presunta, puede comprometerse también en forma excepcional por riesgo.

De esta manera el juez administrativo se ha adelantado a los proyectos legislativos que en materia de álea o azar terapéutico se han venido estudiando hace varios años y ha respondido a una cierta expectativa de la sociedad, teniendo el cuidado de fijar unos estrechos límites para no paralizar el ejercicio de la medicina y no perjudicar a los pacientes.

42. No obstante, la Sala considera que nada obsta para hacer extensiva la categoría de riesgo-álea a los casos en los cuales el daño es consecuencia de una infección contraída en un centro asistencial como quiera que en todas estas situaciones el daño surge por la concreción de un riesgo que es conocido por la ciencia médica, pero que se torna irresistible en tanto su concreción depende, muchas veces, de la *“ineludible mediación del azar”*.

43. Es cierto que los hechos irresistibles, por regla general, no comprometen la responsabilidad patrimonial de la administración en razón a que pueden ser calificados como *“casos fortuitos”*. No obstante, tratándose de las infecciones nosocomiales, la Sala considera, junto con un sector de la doctrina, que no pueden ser calificadas como casos fortuitos porque no son ajenas a la prestación del servicio público de salud:

Quienes encuadran las infecciones hospitalarias en esta eximente [caso fortuito] sostienen que se trataría de un acontecimiento inevitable, ya que la asepsia cero no existe, con lo cual se intenta trasladar el riesgo en cabeza del paciente, liberando de responsabilidad al ente.

*En nuestra opinión, las infecciones hospitalarias no constituyen esta eximente, pues el caso fortuito que quiebra la relación de causalidad en la responsabilidad objetiva es el externo al ámbito de actuación de los establecimientos asistenciales, pues el interno se confunde con la esfera de acción de su propio riesgo.
(...).*

*La infección hospitalaria puede comportar un caso fortuito, pero en todo caso será un caso fortuito interno a su actividad, por lo cual no puede liberar al establecimiento asistencial (...)*³⁶.

44. Tampoco puede considerarse, para efectos de exonerar de responsabilidad a la administración por los daños derivados de infecciones nosocomiales, que éstas encajan dentro de lo que la doctrina denomina como “riesgos del desarrollo”³⁷, pues este concepto se refiere específicamente a aquellos eventos, que no sólo son irresistibles, sino también imprevisibles³⁸. Las infecciones intrahospitalarias, según ya se señaló, si bien pueden llegar a ser irresistibles, no son imprevisibles

³⁶ Celia Weingarten, *Op. Cit.*, p. 27. En el mismo sentido véase Juan Manuel Prevot, *Op. Cit.* p. 328.

³⁷ Son riesgos del desarrollo “los daños que se consideren imprevisibles e inevitables de acuerdo con el estado de los conocimientos de la ciencia”. A este respecto, la Ley española para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007), establece que el fabricante no será responsable si prueba que causal de exoneración de responsabilidad que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación del producto no permitía apreciar la existencia del defecto. Domingo Bello Janeiro, *Responsabilidad civil del médico y responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria*, editorial Reus, Madrid, 2009, p. 157.

³⁸ Un ejemplo típico de los llamados “riesgos del desarrollo” es el caso de contagio con los virus causantes de la hepatitis C o el sida en momentos en que el estado de la ciencia no permitía contar con métodos eficaces para su detección: “En este orden de ideas podría decirse que la responsabilidad derivada de la transmisión del VIH por la vía directa, particularmente por la transmisión sexual presenta serios inconvenientes en torno a la determinación del estado de salud del receptor previo al momento del contacto con el transmisor y, de otra parte, se dificulta la estructuración del elemento subjetivo en la medida en que debe acreditarse la culpa del transmisor, pues acudiendo a la lógica de lo razonable, la naturaleza del fenómeno no admite la subsunción dentro de la teoría del riesgo para derivar una responsabilidad objetiva contra el sujeto transmisor, de manera que la culpa del agente para derivar responsabilidad y ello implica el haber tenido conocimiento previo de la situación de ser portador del virus, por lo cual, el nexo etiológico se halla determinado por la acreditación de un supuesto similar o matizado al que predica la teoría de la causalidad adecuada según la cual para que el daño sea imputable materialmente al agente debe primar el criterio de previsibilidad, es decir, debe realizarse un juicio sobre la posibilidad o la probabilidad de causar el daño atendiendo los factores conocidos por el agente en un plano absolutamente objetivo. Lo anterior significa que los avances de la ciencia pueden jugar un papel fundamental al momento de determinar la responsabilidad del agente, pues el hallarse, por ejemplo, en período de ventana inmunológica (lo cual implica que el transmisor desconoce que es portador del virus), el agente no puede ser responsable del daño, teniendo en cuenta que las pruebas de laboratorio que actualmente existen para detectar la infección sólo responden a la presencia de anticuerpos en la sangre, pese a que la persona puede ser portadora del virus, de suerte que aún en el evento en que la persona haya resultado no reactivo, puede ser portador del virus y en esa medida puede potencialmente transmitir la infección sin tener culpa” (subrayas originales). Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 8 de junio de 2011, exp. 17.990, C.P. (e) Gladys Agudelo Ordóñez.

pues constituyen un riesgo conocido por la ciencia médica y, además, son prevenibles y controlables, al punto de que la tasa de incidencia de infecciones nosocomiales en los pacientes de un establecimiento determinado es un indicador de la calidad y seguridad de la atención³⁹.

45. En suma, en criterio de la Sala, el riesgo puede servir como factor para atribuir jurídicamente responsabilidad a la administración por los daños causados como consecuencia de una infección de carácter intrahospitalario, entendida como aquella que se contrae por el paciente en el hospital o centro asistencial. En estos eventos la responsabilidad es de carácter objetivo, por lo que la parte demandada, para liberarse de la obligación de indemnizar los perjuicios, tendrá que demostrar que el paciente ya portaba el cuadro infeccioso antes de ingresar al nosocomio.

46. En el caso concreto, está probado, a través del dictamen de medicina legal que la meningitis que afectó al niño Carlos Alberto Rojas Pérez y que alteró de forma grave su desarrollo psico-motriz –el cual era adecuado al momento de su ingreso a la clínica Jorge Bejarano (ver *supra* párr. 9.2.)– fue causada por la bacteria *klebsiella neumoniae multiresistente*, que es de carácter intrahospitalario. Esta circunstancia es suficiente para concluir que el Instituto de Seguros Sociales es administrativamente responsable del daño padecido por la parte actora, pues según ya se expuso, las enfermedades de carácter intrahospitalario son imputables a los establecimientos de salud a título de riesgo excepcional en cuanto se demuestre, tal como sucede en este caso, que entre éstas y aquél existe un nexo de causalidad.

47. Vale la pena insistir en que aunque las infecciones nosocomiales pueden llegar a ser irresistibles, son prevenibles y controlables, por lo que está en manos de las entidades hospitalarias adoptar todas las medidas establecidas en los protocolos diseñados por las autoridades competentes a efectos de reducir los riesgos que comporta para los

³⁹ ONU, *Op. Cit.*, p. 16.

pacientes, en especial para aquellos que resultan más vulnerables como los niños, las personas de la tercera edad y quienes padecen de enfermedades crónicas, el uso de cierto instrumental médico, la permanencia prolongada en los establecimientos hospitalarios y el contacto directo o indirecto⁴⁰ con otros pacientes infectados.

48. Así mismo, es tarea de las autoridades encargadas del control y vigilancia de la prestación de los servicios de salud, velar porque estas medidas se cumplan, así como monitorear la incidencia de las infecciones nosocomiales en los centros hospitalarios tanto de carácter público como privado con fin de promover la implementación de estrategias para identificar las prácticas en la atención clínica que favorecen la aparición del riesgo de este tipo de infecciones y que repercuten negativamente en los indicadores de calidad de la atención en salud.

49. Por las razones anotadas, la Sala revocará la sentencia apelada y ordenará que una copia de esta providencia sea remitida al Ministerio de Salud como fórmula para incentivar el diseño e implementación de nuevos y mejores programas e iniciativas para detectar, prevenir y reducir los riesgos de enfermedades asociadas a la prestación de los servicios de salud.

VI. Perjuicios

50. Procede la Sala a fijar el monto de los perjuicios, de conformidad con las pretensiones de la demanda y las pruebas que obran dentro del proceso.

1) Perjuicios morales

⁴⁰ El contacto indirecto es el que se realiza por las manos del personal hospitalario o por el uso de elementos contaminados, en tanto que el directo es que tiene lugar de un paciente a otro.

51. La demanda solicitó que el valor de la condena por perjuicios morales se fijara en gramos de oro. Sin embargo, teniendo en cuenta que la Sala abandonó el criterio de remisión al oro para establecer el valor de la condena, se procederá a determinar el *quantum* de las respectivas indemnizaciones en moneda legal colombiana, partiendo de la base que esta Corporación ha sugerido la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado de intensidad⁴¹, como ocurre en los casos en el que se demanda indemnización por la muerte de un familiar.

52. En los eventos de lesiones corporales, los cuales también son fuente de reconocimiento de reparaciones pecuniarias, la cuantificación del perjuicio deberá hacerse en consideración a las condiciones en que se produjo la lesión, su mayor o menor gravedad⁴², pero procurando dar aplicación del principio de igualdad, *“lo que hace necesaria la comparación de la situación debatida con otras ya decididas, con fundamento en el análisis de los diferentes aspectos que determinan aquella y éstas, dentro de los cuales deberá tomarse en cuenta, por supuesto, el valor real de la indemnización”*⁴³.

53. En el caso concreto, está demostrado que el niño Carlos Alberto Rojas Pérez presenta *“una enfermedad motriz cerebral, cuadriplejia mixta (predominio izquierdo), y regresión en el desarrollo psicomotor”*. Teniendo en cuenta esta circunstancia, la Sala reconocerá a favor de este demandante, de sus padres, Juan Carlos Rojas Tacha y Aura Edith Pérez Rodríguez una indemnización equivalente a noventa (90) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de ellos. Para su

⁴¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, exp. 13.232-15.646, C.P. Alier Eduardo Hernández.

⁴² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 10 de agosto de 2005, exp. 16.205, C.P. María Elena Giraldo Gómez. En el mismo sentido, véanse, entre otras, las sentencias de 19 de septiembre de 2011, exp. 20.078, y de 14 de junio de 2012, exp. 24.157, ambas con ponencia de Danilo Rojas Betancourth.

⁴³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, exp. 13.232-15.646, C.P. Alier Eduardo Hernández. En el mismo sentido, véase la sentencia de 8 de marzo de 2007, exp. 15.459, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

abuela paterna, la señora Elina Tacha, la indemnización será de setenta (70) salarios mínimos legales mensuales vigentes. A los señores Israel Pérez e Idalyd Rodríguez de Pérez, quienes también figuran como demandantes, no se les reconocerá ninguna indemnización ya que ellos no probaron su parentesco con la víctima directa ni su condición de damnificados, según se expuso antes.

2) Perjuicios materiales

54. En relación con el lucro cesante solicitado en la demanda a favor del niño Carlos Alberto Rojas Pérez, cabe señalar que el Consejo de Estado ha admitido la posibilidad de que menores de edad afectados por pérdidas totales o parciales de su capacidad laboral puedan ser beneficiarios de indemnizaciones por concepto de lucro cesante. Así, cuando el hecho dañoso genera una lesión completamente inhabilitante, las indemnizaciones –en aplicación del principio de reparación integral–, han adoptado la forma de pensiones de invalidez que se pagan a partir del momento en que el menor alcanza la mayoría de edad y que se extienden hasta el final de su vida⁴⁴.

55. En contraste, en aquellos casos en los cuales se logra establecer que un menor de edad lesionado presenta secuelas o afectaciones que posteriormente llegarán a disminuir, pero no a anular por completo su capacidad laboral, la Sala ha señalado que:

(...) se debe reconocer la indemnización correspondiente al perjuicio material que dicho daño ocasionaría en el futuro, esto es cuando aquel estuviere en edad legal suficiente para ejercer una actividad productiva. En efecto, el hecho de que al momento en que se ocasiona la lesión que se le imputa a la Administración el lesionado no tenga certeza de la orientación laboral que tomará en un futuro no obsta para que se reconozcan los perjuicios que la lesión va a causar en esta área de su vida, lo cual exige, por supuesto, que se acredite en debida forma que el hecho dañoso

⁴⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 31 de mayo de 2007, exp. 15.170, C.P. Enrique Gil Botero; de 24 de marzo de 2011, exp. 19.032, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, de 14 de junio de 2012, exp. 24.157, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

*produjo una secuela que posteriormente afectará su capacidad de trabajo*⁴⁵.

56. En el caso concreto, existe certeza de que Carlos Alberto Rojas Pérez presenta una enfermedad motriz-cerebral severa como consecuencia de la meningitis bacteriana que adquirió mientras estuvo hospitalizado en la clínica Jorge Bejarano del ISS. Si bien es razonable concluir que esta condición afectará su capacidad de desarrollar una actividad productiva en el futuro, la Sala no dispone de elementos para determinar en qué medida o proporción, pues el material probatorio anexo al expediente nada dice al respecto.

57. Por lo demás, las evidencias recopiladas son contradictorias en cuanto al pronóstico de la enfermedad, pues mientras que el dictamen de medicina legal sugiere que la condición del paciente es irreversible al señalar que su cuadro clínico, marcado por un retraso en el lenguaje, en el desarrollo cognitivo y en el desarrollo psico-motor, *“persiste a pesar de las múltiples terapias a que ha sido sometido”* (f. 364 c. 2), los informes de valoración practicados por la Asociación Colombiana Pro Niño con Parálisis Cerebral informan que el demandante *“se beneficiaría con tratamiento integral, hallándose como factor favorable la corta edad”*⁴⁶, de lo cual se infiere que existe algún pronóstico favorable de recuperación, por lo menos parcial.

58. En estas condiciones, lo procedente es proferir una condena en abstracto, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 172 del C.C.A., con el fin de que la entidad demandada pague al menor Carlos Alberto Rojas Pérez la indemnización que se liquide en trámite incidental, para lo cual habrán de tenerse en cuenta los siguientes parámetros:

⁴⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 11 de febrero de 2009, exp. 17050, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. En similar sentido, véase la sentencia de 22 de noviembre de 2001, exp. 13121, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

⁴⁶ Esta es la conclusión del informe de valoración psicológica practicada a Carlos Alberto Rojas el 19 de junio de 2000 en la Asociación Colombiana Pro Niño con Parálisis Cerebral (f. 332 c. 2), que en lo sustancial coincide con el concepto de las profesionales en terapia ocupacional y fonoaudiología adscritas a la misma institución (f. 329-331 c. 2).

58.1. La parte actora solicitará la práctica de un examen técnico o científico que permita establecer si la pérdida de capacidad laboral que presenta el niño Carlos Alberto Rojas Pérez es igual o superior al 50% o si es inferior a este porcentaje.

58.2. En el primer evento, se ordenará a la entidad demandada reconocer a favor de este demandante, a partir del momento en que alcance la mayoría de edad, esto es, del 6 de octubre de 2016⁴⁷, una pensión de invalidez que se pagará mensualmente y que se extenderá hasta el final de su vida. Esta pensión será equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente, y deberá incrementarse año por año de conformidad con la actualización que haga el gobierno nacional respecto del mismo.

58.3. En el segundo evento, esto es, si la pérdida de capacidad laboral es inferior al 50%, la liquidación deberá realizarse con base en el salario mínimo legal vigente al momento de resolverse el incidente, el cual deberá ser incrementado en un 25% por concepto de prestaciones social. La suma resultante deberá reducirse en el porcentaje estimado de la capacidad laboral, y así se obtendrá el ingreso base de liquidación para el cálculo del lucro cesante. El periodo a indemnizar se extenderá desde el momento en que Carlos Alberto Rojas Pérez alcance la mayoría de edad hasta el fin de su vida probable. Para determinar el monto a que asciende dicho concepto deberá aplicarse la siguiente fórmula:

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

58.4. El incidente para la regulación de este perjuicio deberá adelantarse conforme a lo dispuesto en el artículo 137 del C.P.C., dentro de un plazo de sesenta (60) días contados a partir de la fecha de ejecutoria del presente fallo.

⁴⁷ Consta dentro del expediente que Carlos Alberto Rojas Pérez nació el 6 de octubre de 1998 (f. 2 c. 2).

59. Finalmente, es importante señalar que los demandantes solicitaron la indemnización de “*todos los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales*” que les fueron causados, para lo cual aportaron, junto con la demanda, copia simple⁴⁸ de las comunicaciones mediante la cuales la empresa Colfondos S.A., concedió a la señora Aura Edith Pérez Rodríguez una licencia no remunerada por el periodo comprendido entre el 15 de octubre de 1999 hasta el 14 de febrero de 2000, en atención a las solicitudes que ella formuló para ocuparse de la recuperación de su hijo (f. 163-166 c. 2). De esta forma, la Sala encuentra acreditado un lucro cesante en cabeza de esta demandante, por lo cual procederá a indemnizarlo con fundamento en el salario mínimo actualmente vigente (\$589 500), incrementado en un 25% por concepto de prestaciones sociales (\$736 875), dado que no existe prueba dentro del expediente que permita establecer a cuánto ascendían sus ingresos mensuales.

60. La indemnización debida comprende el periodo de tiempo durante el cual la señora Aura Edith Pérez Rodríguez permaneció en licencia no remunerada, es decir, 4,06 meses. Se calcula con base en la siguiente fórmula:

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

Donde:

S= Valor de indemnización por el período

Ra= Renta actualizada

i= Interés técnico del 0.00467

n= número de meses a indemnizar (4,06)

1= Constante

$$S = \$736\,875 = \frac{\$3\,014\,065 \cdot (1 + 0.004867)^{4,06} - 1}{0.004867}$$

⁴⁸ Se aclara que las copias simples gozan de mérito probatorio conforme a lo decidido por el pleno de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia de 28 de agosto de 2013, exp. 25.022, C.P. Enrique Gil Botero.

61. Se aclara que aunque la demandante aportó copia de la carta, fechada el 14 de febrero de 2000, mediante la cual presentó renuncia a su cargo en la empresa Colfondos S.A., no existe constancia de que la misma hubiera sido radicada en la entidad ni tampoco de que hubiera sido aceptada. Por lo tanto, el lucro cesante comprende sólo el monto de lo que dejó de percibir por el tiempo de la licencia no remunerada, esto es, tres millones catorce mil sesenta y cinco pesos (\$3 014 065).

3) Daño a la salud

62. La demanda solicitó a favor del menor Carlos Alberto Rojas Pérez indemnización por el daño a la vida de relación, que ahora se encuentra comprendido en el concepto de daño a la salud.

63. En relación con los daños provenientes de afectaciones psico-físicas, la Sala ha señalado que son indemnizables con base en dos componentes: i) uno objetivo determinado a partir del 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 lesionada⁴⁹.

64. Esto significa que el ahora denominado “*daño a la salud o fisiológico*” comprende no solo la modificación de la unidad corporal sino las consecuencias que las mismas generan, por lo cual el mismo resulta comprensivo de otros daños como el estético, el sexual o el psicológico, entre otros. En palabras de la Sala:

(...) el concepto de salud comprende diversas esferas de la persona, razón por la que no sólo está circunscrito a la interna, sino que comprende aspectos físicos y psíquicos, por lo que su evaluación será mucho más sencilla puesto que ante lesiones

⁴⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 2011, exp. 38222, C.P. Enrique Gil Botero.

iguales corresponderá una indemnización idéntica⁵⁰. Por lo tanto, no es posible desagregar o subdividir el daño a la salud o perjuicio fisiológico en diversas expresiones corporales o relacionales (v.gr. daño estético, daño sexual, daño relacional familiar, daño relacional social), pues este tipo o clase de perjuicio es posible tasarlo o evaluarlo, de forma más o menos objetiva, con base en el porcentaje de invalidez decretado por el médico legista.

(...)

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

(...).

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

65. Es decir, cuando el daño antijurídico radica en una afectación psicofísica de la persona, el daño a la salud surge como categoría autónoma y, por lo tanto, desplaza por completo denominaciones o tipos de perjuicios abiertos que han sido empleados en otras latitudes, pero que, al igual que en esta ocasión, han cedido paso al daño corporal como un avance jurídico que permite la reparación efectiva y objetiva del perjuicio proveniente de la lesión al derecho fundamental a la salud⁵¹.

⁵⁰ [43] “Este estado de cosas no sólo deja la sensación de desorden, sino que también crea desigualdades entre víctimas, cuyos intereses aparecen, en igual medida, dignos de protección; así pues, el problema de fondo es el de establecer los límites, que deben ser “límites razonables”, determinados sí, en términos jurídicos”. Cortés, Edgar op. cit., pág. 57.

⁵¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 2011, exp. 38222, C.P. Enrique Gil Botero.

66. En el caso concreto, está probado que Carlos Alberto Rojas Pérez sufrió un daño a la salud que se manifiesta en una cuadriplejia mixta con predominio del lado izquierdo y en un retraso de su desarrollo psicomotor. En la medida en que ello tiene consecuencias desde el punto de vista cognitivo, funcional y relacional a nivel familiar y social, la Sala considera que el demandante tiene derecho a recibir una indemnización por este concepto, la cual será fijada en noventa (90) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

VII. Costas

No hay lugar a la imposición de costas, debido a que no se evidencia en el caso concreto actuación temeraria de ninguna de las partes, condición exigida por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 para que se proceda de esta forma.

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

FALLA

PRIMERO. REVOCAR la sentencia de 22 de diciembre de 2004, proferida por la Sección Tercera –Sala de Descongestión– del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: DECLARAR la responsabilidad administrativa del Instituto de Seguros Sociales por los perjuicios causados al niño Carlos Alberto Rojas Pérez como consecuencia de la meningitis bacteriana que adquirió y desarrolló mientras estuvo internado en la clínica Jorge Bejarano de esa entidad.

TERCERO: CONDENAR, en consecuencia, al Instituto de Seguros Sociales a pagar, por concepto de perjuicios morales, lo equivalente a noventa (90) salarios mínimos legales mensuales a favor de cada uno de los siguientes demandantes: Carlos Alberto Rojas Pérez, Juan Carlos Rojas Tacha y Aura Edith Pérez Rodríguez; y lo equivalente a setenta (70) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de la señora Elina Tacha.

CUARTO: CONDENAR al Instituto de Seguros Sociales a pagar el lucro cesante causado a favor de Carlos Alberto Rojas Pérez, el cual deberá liquidarse mediante trámite incidental y promoverse por la parte interesada dentro del término de sesenta (60) días contados desde la ejecutoria de esta sentencia y resolverse con sujeción a las pautas indicadas en la parte motiva del fallo.

QUINTO: CONDENAR al Instituto de Seguros Sociales a pagar a la señora Aura Edith Pérez Rodríguez la suma de tres millones catorce mil sesenta y cinco pesos (\$3 014 065) por concepto de lucro cesante.

SEXTO: CONDENAR al Instituto de Seguros Sociales a pagar la suma equivalente a noventa (90) salarios mínimos legales mensuales a favor de Carlos Alberto Rojas Pérez por concepto de daño a la salud.

SÉPTIMO: DENEGAR las demás pretensiones de la demanda.

OCTAVO: Remitir, por conducto de la Secretaría de esta Sección, copia de esta sentencia al Ministerio de Salud como fórmula para incentivar el diseño e implementación de nuevos y mejores programas e iniciativas para detectar, prevenir y reducir los riesgos de enfermedades asociadas a la prestación de los servicios de salud.

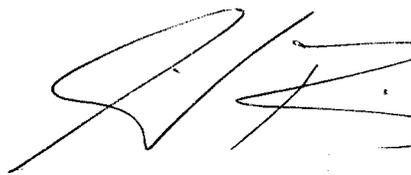
NOVENO: Sin condena en costas.

DÉCIMO: Cúmplase lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

UNDÉCIMO: Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil y con observancia de lo dispuesto en el artículo 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

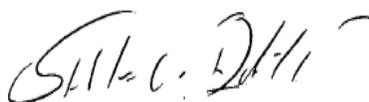
DUODÉCIMO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

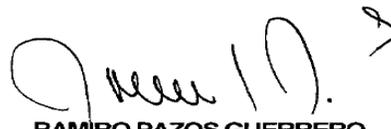


DANILO ROJAS BETANCOURTH

Presidente



STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO



RAMIRO PAZOS GUERRERO
Aclaro voto