

## **RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO – Cláusula general de responsabilidad / CLAUSULA GENERAL DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO – Fundamento**

El artículo 90 constitucional dispone que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. Esta responsabilidad del Estado se hace patente cuando se configura un daño, el cual deriva su calificación de antijurídico atendiendo a que el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, tal como ha sido definido por la jurisprudencia de esta Corporación. Los elementos que sirven de fundamento a la responsabilidad son esencialmente el daño antijurídico y su imputación a la administración.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 90

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre daño antijurídico, consultar Sentencia del 13 de agosto de 2008; exp. 17042

## **RESPONSABILIDAD POR FALLA MEDICA – Régimen aplicable / REGIMEN APLICABLE – Falla probada del servicio / RESPONSABILIDAD POR LA PRESTACION DEL SERVICIO DE SALUD – Régimen aplicable. Evolución jurisprudencial. Falla probada del servicio, presunción de falla del servicio y la carga dinámica de la prueba**

En relación con las fallas médicas, es una posición consolidada de la Sala que la responsabilidad por la prestación del servicio de salud es de naturaleza subjetiva y el título de imputación es la falla probada del servicio. Este tipo de responsabilidad ha tenido una evolución importante, transitando por varias formas, desde el régimen subjetivo por falla probada del servicio, la presunción de falla del servicio, la carga dinámica de la prueba y mediante providencia del 31 de agosto de 2006 se volvió al régimen general de falla probada del servicio, teniendo en cuenta la complejidad del tema médico y la dificultad probatoria que se le presenta a las instituciones públicas debido al volumen de casos que atienden y al lapso de tiempo transcurrido, que dificultan la consecución de los soportes de su actuación.

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre falla probada del servicio por responsabilidad en la prestación del servicio de salud, consultar sentencia de 31 agosto de 2006, exp. 15772

## **RESPONSABILIDAD POR LA PRESTACION DEL SERVICIO DE SALUD – Paciente contagiada con el virus de hepatitis B / RESPONSABILIDAD POR LA PRESTACION DEL SERVICIO DE SALUD – Contagio por transfusión de sangre. No se configuró / RESPONSABILIDAD POR LA PRESTACION DEL SERVICIO DE SALUD – Contagio por uso del instrumental médico. No se configuró / FALLA PROBADA DEL SERVICIO – No se configuró**

A partir del análisis de la historia clínica, este mismo documento concluye que el contagio forzosamente tuvo que ocurrir por causa diferente a la transfusión, pese a que como no era rutina la práctica de exámenes serológicos para Hepatitis B, en los pacientes que iban a ser intervenidos, es imposible determinar si la señora Vega Torres estaba contagiada antes de ingresar al Hospital y finalmente enfatizan que el diagnóstico de hepatitis b post transfusión fue corregido luego de que se demostrara que esa no fue la causa de la enfermedad. (...) En cuanto a la posibilidad de haber resultado contagiada por el uso del instrumental médico con el cual se practicó la cirugía, la entidad manifestó que al respecto se cumplen

rigurosos protocolos de asepsia y esterilización, que son verificados constantemente y además de haber ocurrido así, se hubieran presentado más casos de contagio. (...) la existencia de múltiples formas de contraer la enfermedad, algunas de las cuales son de frecuente ocurrencia, anula la tesis expuesta en el recurso, según la cual, si la señora Blanca Rosa Vega entró a la cirugía en perfecto estado de salud, (circunstancia que no está debidamente probada) y cinco meses después fue diagnosticada con Hepatitis B, el origen de la enfermedad forzosamente fue la transfusión realizada o un contagio con instrumental médico contaminado con el virus. (...) la entidad demandada logró demostrar que la causa eficiente de la enfermedad no fue la transfusión, ya que a través de los exámenes de laboratorio se determinó que la muestra de sangre era negativa para el virus de la Hepatitis B, antes de la cirugía y también cinco meses después, y que el donante tampoco no era portador del virus. (...) Por tales razones, acerca de la responsabilidad endilgada al Hospital Militar Central, de acuerdo con las declaraciones vertidas al proceso, el acta de Junta Médica del Hospital Militar Central y la historia clínica de la paciente, se puede concluir que la cirugía se realizó acorde con los protocolos existentes para este tipo de intervención y que la actuación de la entidad fue diligente y oportuna. Corolario de lo anterior resulta, que no puede atribuirse responsabilidad a la entidad, ya que se probó de manera fehaciente que su actuación fue oportuna, adecuada y diligente y además que la transfusión o el uso del instrumental médico no fueron los que originaron la enfermedad de la paciente.

**LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA – No se acredita. No se configura**

Debe precisarse que tal como fue advertido por el fallador de la instancia, no se acreditó la legitimación por activa de quienes son los hijos de la quejosa, pero no se ordenó oficiosamente allegar las pruebas echadas de menos, en atención al resultado denegatorio de las pretensiones de la demanda y en consecuencia, la providencia objeto de apelación deberá ser confirmada.

**NOTA DE RELATORIA: Con aclaración de voto del doctor Enrique Gil Botero**

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**SUBSECCION C**

**Consejero ponente: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ**

Bogotá D.C., diecinueve (19) de octubre de dos mil once (2011)

**Radicación número: 25000-23-26-000-1995-01602-01(21344)**

**Actor: BLANCA ROSA VEGA TORRES Y OTROS.**

**Demandado: HOSPITAL MILITAR CENTRAL**

**Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA**

Resuelve la Sub-Sección el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 5 de julio de 2001, por medio de la cual negó las súplicas de la demanda.

## **ANTECEDENTES**

### **1. La demanda**

El 21 de noviembre 1995 los señores BLANCA ROSA VEGA TORRES, RICARDO, JAN ALEXANDER, BLANCA LILIANA, JHON JAIRO Y LULIETH VELLOJIN VEGA, mediante apoderado, presentaron demanda contra el HOSPITAL MILITAR CENTRAL para que se le condenara al pago de los perjuicios recibidos por la falla médica en que se incurrió al ser contagiada de Hepatitis B, mediante transfusión realizada en dicho centro clínico.

#### **1.1. Pretensiones**

1.- Que se declare que el Hospital Militar Central es responsable de los perjuicios ocasionados a los demandantes con motivo de la gravosa enfermedad que está padeciendo la señora Blanca Rosa Vega Torres, por hechos ocurridos desde el día nueve de marzo de 1995, fecha en la cual fue contaminada con Hepatitis B.

2.- Que en consecuencia se condene a las citadas entidades al pago de los perjuicios económicos materiales que se logren establecer sobre la base del salario mínimo legal vigente y la vida probable de la víctima según la tabla de supervivencia aprobada para los colombianos, se reconozcan perjuicios morales en cuantía de 1000 gramos oro para cada uno de los demandantes y perjuicios fisiológicos por valor de 2000 gramos oro para la señora Vega Torres.

3.- Condenar a la entidad a que pague a la señora Blanca Rosa Vega Torres el cálculo de la vida probable de según las tablas de supervivencia de la Superintendencia Bancaria.

4.- Condenar al Hospital Militar Central por medio de los funcionarios a quienes corresponde la ejecución de la sentencia a que dicten dentro de los treinta días siguientes a la comunicación de la misma, la resolución por la cual se adopten las medidas necesarias para su cumplimiento y pagarán intereses comerciales dentro de los seis meses siguientes a su ejecutoria y moratorios después de dicho término.

## **1.2. Hechos**

Las pretensiones tienen fundamento en los siguientes hechos:

1. La señora Blanca Rosa Vega Torres nació el 28 de febrero de 1946 , contrajo matrimonio católico con Getulio Gabriel Vellojín Petro, unión de la cual nacieron Blanca Liliana, Julieth, Andres Ricardo, Jhon Jairo y Jan Alexander Vellojín Vega,

2.- El matrimonio se separó de hecho desde hace dos años medio , suspendiendo sus relaciones sexuales y su vida en común, pero como el esposo es suboficial retirado del Ejército en el grado de Sargento Mayor, la señora Vega Torres tiene derecho a recibir los servicios del Hospital Militar Central.

3. El día 9 de marzo de 1995, fue ingresada al Hospital con el fin de practicarle una cirugía por haberse detectado un tumor en el ovario izquierdo, sin que en ese momento aparezca registro alguno que indique la existencia de una condición previa de Hepatitis B.

4. Durante la cirugía hubo necesidad de realizar una transfusión a la paciente con una unidad de sangre que según parece tenía el sello nacional de calidad de sangre No. 10864.

5. En la historia clínica se consignó como diagnóstico Hepatitis B post transfusión, ello significa o bien que la sangre trasfundida no contaba con el sello de calidad antes referido o que la paciente fue contaminada con alguno de los instrumentos utilizados en la cirugía.

6. La paciente recibió la información referente al procedimiento que se le iba a practicar, pero nunca se habló del riesgo de contraer una enfermedad ya que ello es de difícil ocurrencia y constituye más bien una falla del servicio.

7. En la atención brindada a la señora Blanca Rosa Vega se presentó una falla en el servicio y por tanto el Hospital está llamado a responder por los perjuicios irrogados, por la deficiente atención médica que condujo a que la paciente fuera afectada con Hepatitis B, de manera que existe un daño y una relación de causalidad entre éste y la falla en el servicio imputable a la entidad hospitalaria.

8. La señora Vega Torres, viene siendo atendida por el Hospital Militar con motivo de la Hepatitis B, pero ello no elimina la responsabilidad del daño por la falla en que se incurrió.

## **2. Trámite en primera instancia y contestación de la demanda**

Mediante auto de diciembre 7 de 1995, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, admitió la demanda, ordenó la notificación a las partes y fijar en lista (fl 12).

El Hospital Militar Central contestó la demanda, el 4 de junio de 1995 oponiéndose a las pretensiones del actor, por considerar que ese centro hospitalario no incurrió en falla o falta del servicio.

Se señala que la paciente fue intervenida el 9 de marzo de 1995, por diagnóstico "Ovario Derecho: Tumor Quístico seroso papilar Borderline" y se le practicó Histerectomía Abdominal Total con Salpingooferectomía Bilateral Omentectomía y Revisión de cadena ganglionar paraaortica e ilíaca", en el transoperatorio se le aplicó una unidad de sangre y fue dada de alta el 13 de marzo de 1995 en buenas condiciones

El día el 19 de julio de 1995 reingresó por síndrome icterico y permaneció hospitalizada hasta el 2 de agosto, en esa oportunidad el diagnostico de egreso fue Hepatitis B, post

transfusión, ante esa situación se verificó que la sangre trasfundida tenía sello de calidad # CQ10864 y pertenecía a un donante identificable, por lo cual se procedió a repetir las pruebas al donante, los días 15 y 17 de agosto de 1995, las cuales fueron negativas.

De esta manera, las pruebas de laboratorio indican que si el donante era negativo antes y después de la transfusión, la utilización de su sangre no fue el origen del contagio de dicha paciente sino que hubo una causa diferente y por tanto no hay relación de causalidad entre la prestación del servicio y el daño sufrido por la paciente, y contrario sensu, esta pudo haberse contagiado en cualquier otra entidad médica, ya que según la historia clínica tiene antecedentes de enfermedad Hematológica Crónica caracterizada por anemia persistente y refractaria para cuyo tratamiento se practicaron numerosos exámenes en varias instituciones.

Finalmente aclara que el diagnóstico inicial fue desvirtuado con los análisis sero inmunológicos practicados al donante cinco meses después de la donación y que demostraron que no era portador del virus y en relación con el instrumental médico utilizado en las salas de cirugía el día de los hechos, tampoco está demostrado que ello hubiese ocurrido, porque en ese caso los contagios serían mayores y no se registró ninguno aparte de la demandante. (fls. 18 a 21).

Mediante auto de junio 27 de 1996, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca decretó la práctica de pruebas en el proceso (fl.27).

La parte demandada presentó alegatos de conclusión, con memorial del 10 de noviembre, en los cuales reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda, insistiendo en que según el acta de auditoría médica las pruebas epidemiológicas y clínicas permiten determinar que el donante no era positivo para hepatitis B, ni antes de la transfusión, ni cinco meses después de la donación, cuando se repitieron los exámenes inmunológicos, lo cual demuestra que es imposible relacionar el contagio sufrido por la paciente, con la transfusión efectuada durante la cirugía, de modo que la Junta no encontró como causa de la morbilidad del paciente ni la impericia, ni imprudencia, ni negligencia, ni omisión por parte del equipo médico y paramédico que manejó el caso de la señora Vega Torres (fls.63 a 65).

La parte demandante y el Ministerio Público guardaron silencio.

### **3. Sentencia de primera instancia**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió sentencia el 5 de julio de 2001, en la cual negó las pretensiones de la parte demandante, para lo cual analizó el caso bajo el régimen de la falla del servicio.

Entre las pruebas analizadas por el fallador de la instancia se encontró que al proceso comparecieron quienes dicen ser los hijos de la paciente, pero no se allegaron las actas de registro civil que acreditaran tal carácter y en consecuencia, que están legitimados en la causa por activa, respecto de lo cual la sala no consideró pertinente allegarlas oficiosamente, atendiendo a que serían negadas las pretensiones de la demanda.

Del análisis probatorio concluyó, que aunque está acreditado el daño consistente en el contagio con el virus de Hepatitis B, también se probó que a la sangre con que fue trasfundida la paciente se le practicaron todas las pruebas de laboratorio pertinentes y todas resultaron negativas, lo cual permite concluir sin duda alguna que la transfusión no fue la causa del contagio.

Adicionalmente se considera que no obra prueba que permita establecer que la causa del contagio fuera el uso de instrumental o elementos infectados durante la intervención quirúrgica, por el contrario, los declarantes son contestes en afirmar que para la época de los hechos no se conoció de ningún otro paciente que hubiese sido infectado con ese virus.

Finalmente, afirma la providencia que el hecho de no haberse practicado exámenes previos a la cirugía para detectar el virus de Hepatitis B, no es constitutivo en sí mismo de una falla en el servicio máxime cuando tal prueba no era de uso común o de prescripción obligatoria, amén de que un resultado negativo en ese momento, no llevaría a concluir indefectiblemente que fue adquirido por la transfusión, ya que éste no es el único medio de transmisión de la enfermedad y particularmente la señora Vega Torres tenía una condición clínica que la obligaba a la práctica de numerosos exámenes hematológicos, muchos de los cuales fueron realizados en centros médicos distintos al demandado (fls. 67 a 78).

#### **4. El recurso de apelación**

Mediante memorial del 1 de julio de 2001, el demandante interpuso y sustentó recurso de apelación, en el cual solicita la revocatoria del fallo.

Como fundamento del recurso alega el impugnante que según la historia clínica No. 149466, perteneciente a la señora Vega Torres, cuando esta ingresó no tenía el virus de Hepatitis B y no como erróneamente quiso hacer aparecer la demandada, cuando afirmó que el virus pudo haberlo contraído en una ciudad diferente o en otra entidad, ya que de contar con esa situación clínica previa, se hubiera dejado el registro pertinente en la historia clínica o se hubiera informado al paciente y a sus familiares del riesgo que corría en caso de practicarse la cirugía. Como quiera que esto no sucedió, ello demuestra que la paciente estaba en perfecto estado de salud al ingresar al Hospital Militar para la intervención.

Agrega el recurrente que el Hospital Militar quiere eludir su responsabilidad haciendo parecer que la sangre con que fue trasfundida la paciente no tenía el virus y se encontraba en buen estado, pero como está acreditado que la señora Vega Torres ingresó en perfecto estado de salud, no puede haber explicación diferente del contagio mediante la transfusión, lo cual no admite discusión, mientras que lo argumentado acerca de la anemia que tenía la paciente no tiene relación con el caso presente, ya que es común en personas de edad la deficiencia de hierro, el cual se pierde con el paso de los años.

En cuanto a lo afirmado acerca de que la paciente se realizó exámenes en otros centros hospitalarios o médicos, ello carece de soporte, ya que los medios económicos no se lo permitían, sobre todo si contaba con el servicio gratuito en el Hospital Militar, al cual acudió siempre que presentó quebrantos de salud, bien fuera en la sede central o en la de Bucaramanga.

Concluye el mandatario judicial que en el presente caso no se discute la prestación del servicio sino la omisión que tuvo al no obrar con diligencia, por no revisar la sangre que



aplicaba a la paciente, proveniente de su mismo Banco de Sangre, la cual estaba contagiada con el virus de la Hepatitis B (fls. 80 a 82, cdno 2 instancia).

En segunda instancia no se presentaron Alegatos de conclusión ni intervención del Ministerio Público.

### **CONSIDERACIONES**

Esta Sala es competente de conformidad con lo establecido en el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998 y el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 del Consejo de Estado para decidir el recurso de apelación formulado por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 5 de julio de 2001, en proceso con vocación de segunda instancia ante esta Corporación, por razón de la cuantía.

El artículo 90 constitucional dispone que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. Esta responsabilidad del Estado se hace patente cuando se configura un daño, el cual deriva su calificación de antijurídico atendiendo a que el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, tal como ha sido definido por la jurisprudencia de esta Corporación<sup>1</sup>.

Los elementos que sirven de fundamento a la responsabilidad son esencialmente el daño antijurídico y su imputación a la administración.

En relación con las fallas médicas, es una posición consolidada de la Sala que la responsabilidad por la prestación del servicio de salud es de naturaleza subjetiva y el título de imputación es la falla probada del servicio.

Este tipo de responsabilidad ha tenido una evolución importante, transitando por varias formas, desde el régimen subjetivo por falla probada del servicio, la presunción de falla del servicio, la carga dinámica de la prueba y mediante providencia del 31 de agosto de 2006<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 13 de agosto de 2008; Exp. 17042; C.P. Enrique Gil Botero.

<sup>2</sup> Consejo de Estado; Sección Tercera, Sentencia de 31 agosto de 2006, Rad 15772, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

se volvió al régimen general de falla probada del servicio, teniendo en cuenta la complejidad del tema médico y la dificultad probatoria que se le presenta a las instituciones públicas debido al volumen de casos que atienden y al lapso de tiempo transcurrido, que dificultan la consecución de los soportes de su actuación.

### **Caso concreto**

En el caso concreto, se analizó a responsabilidad del Hospital Militar Central, por cuanto la paciente a quien se le practicó una cirugía en dicha entidad, y en desarrollo de la misma se aplicó una transfusión, resultó posteriormente contagiada con el virus de Hepatitis B.

### **De las pruebas obrantes en el proceso**

1. historia clínica de hospitalización del Hospital Militar Central donde se consignó como diagnóstico Hepatitis B post transfusión. (fl 1, cdno 2).
2. Copia de la cédula de la señora Blanca Rosa Vega Torres y del Registro civil de matrimonio católico celebrado entre ésta y el señor Getulio Vellojin Petro (fls 2 y 3, cdno 2).(fls 4 a 12).
3. Declaraciones de los señores Blanca Elvira Reina Camacho, Jairo de la Cruz Segura, Edgar Matiz Sarmiento y Mauricio Beltrán Martínez, quienes tuvieron relación con el caso médico de la señora Blanca Rosa Vega (fls 4 a 12, y 136 a 137).
4. Historia Clínica No. 149466, perteneciente a la señora Blanca Rosa Vega (fls. 15 a 133).
5. Certificación expedida por el Director del Hospital Militar Central, acerca de los procedimientos practicados a la paciente Vega Torres, los médicos encargados y su vinculación con el Hospital (fls. 134 y 135).
6. Acta de Auditoría Médica No. 04 del 19 de marzo de 1996 (fl. 63 a 65).

### **El Daño**

Por tal razón debe señalarse que el daño, consiste en la enfermedad contraída por la señora Blanca Rosa Vega Torres, diagnosticada como Hepatitis B, el cual fue acreditado con la historia clínica No. 149466 del Hospital Militar Central (fl. 1, cdno 2).

## **De la imputación**

Establecido el daño, corresponde determinar si el mismo resulta imputable a la entidad, por cuenta de la ocurrencia de una falla médica en la atención brindada a la demandante.

De acuerdo con las pruebas obrantes en el proceso se puede establecer que la señora Blanca Rosa Vega Torres fue intervenida en dicha entidad el 9 de marzo de 1995, y se le practicó Histerectomía Abdominal Total, Salpincooforectomía Bilateral, Omentectomía y Endoncoectomía, procedimientos que se realizaron sin contratiempos. En el curso de la cirugía se le transfundió sangre con el fin de estabilizarla y luego de un periodo de cuatro días de post operatorio, fue dada de alta sin que presentara ninguna complicación (fls 76 a 88).

A folio 71 del cuaderno de pruebas, se observa un examen consistente en ecografía hepatobiliar, con fecha 18 de julio de 1995, practicada por el Dr. Rafael Reyes Peña, en el Instituto Clínico de Salud S.A., en Bucaramanga, cuyo resultado es "I.D: LOS CAMBIOS SON COMPATIBLES CON HEPATITIS".

Al día siguiente, el 19 julio de 1995, nuevamente ingresa al Hospital Militar Central y se registra en la historia clínica "paciente con cuadro de 12 días de evolución que se inicia con orina colurica, posteriormente se asocia ictericia que se aumentó hasta hacerse generalizada, con color en HCD" y luego, " IDX 1: Hepatitis" (fl 22).

El día 29 de julio se confirma diagnóstico de "Hepatitis B, post transfusión" y en el Resumen de la Historia Clínica, el 2 de agosto de 1995, se registra "Dx: EGRESO: HEPATITIS B POST TRANSFUSION".

En estos hechos, que están plenamente acreditados en el proceso, se apoya la parte demandante para alegar que el origen de la enfermedad estuvo en la cirugía practicada, bien por la transfusión sanguínea que recibió o por infección adquirida en el uso del material quirúrgico.

Ante lo afirmado por la demandante, la entidad manifestó que una vez conocido el caso de la señora Blanca Rosa Vega Torres, el Hospital procedió a realizar todas las pruebas tendientes a establecer, si en efecto, la causa del contagio pudo haber sido la transfusión con sangre contaminada.

Según el acta de junta médica, el informe suscrito por la Bacterióloga Blanca Reyna de Montes, el 11 de marzo de 1996, la paciente “fue transfundida con una unidad de sangre correspondiente al donante # 951139 y con el sello Nacional de Calidad # CQ10864. Las pruebas realizadas a este donante, en Marzo de 1995 fueron negativas para HCV, HBsAg, HIV, VDRL y ALT, Se le repitieron las pruebas nuevamente a este donante el 15 y 17 de Agosto de 1995, siendo todas ellas NO REACTIVAS”.

A partir del análisis de la historia clínica, este mismo documento concluye que el contagio forzosamente tuvo que ocurrir por causa diferente a la transfusión, pese a que como no era rutina la práctica de exámenes serológicos para Hepatitis B, en los pacientes que iban a ser intervenidos, es imposible determinar si la señora Vega Torres estaba contagiada antes de ingresar al Hospital y finalmente enfatizan que el diagnóstico de hepatitis b post transfusión fue corregido luego de que se demostrara que esa no fue la causa de la enfermedad.

Esta posición encuentra respaldo en lo manifestado por los declarantes en el proceso, quienes fueron contestes en decir, que aun teniendo la bolsa de sangre el sello de calidad correspondiente, porque previamente fueron analizados tanto la sangre como el donante y al conocer el caso, se procedió a practicar nuevos exámenes de laboratorio con los mismos reactivos, que resultaron negativos, con lo cual debe descartarse que ese fuera el motivo de la enfermedad que presenta la paciente.

Así lo declaró el Dr. Edgar Matiz Sarmiento que para la época se desempeñaba como auditor médico, quien fue enfático en decir que los exámenes clínicos fueron repetidos no sólo al sobrante de la sangre utilizada para la transfusión, sino que además, ante la posibilidad de que existiera una “eventual ventana inmunológica”- definido como el espacio de tiempo en el cual el paciente ya tiene la enfermedad pero aún no ha desarrollado los anticuerpos que hacen positiva la prueba de detección- se procedió a realizar los exámenes clínicos nuevamente al donante, con el fin de eliminar toda duda al respecto.

Por otra parte, en cuanto a la posibilidad de haber resultado contagiada por el uso del instrumental médico con el cual se practicó la cirugía, la entidad manifestó que

al respecto se cumplen rigurosos protocolos de asepsia y esterilización, que son verificados constantemente y además de haber ocurrido así, se hubieran presentado más casos de contagio.

Ahora bien, el argumento central expuesto en el recurso, es que como está acreditado que la señora Vega Torres ingresó en perfecto estado de salud, no puede haber explicación diferente del contagio mediante la transfusión, ya que lo alegado por la entidad sobre una condición de anemia padecida por la señora Vega Torres no tiene ninguna relación con los hechos que aquí se debaten.

Empece, un análisis cuidadoso de la situación conduce a un resultado diferente, puesto que este argumento está construido a partir de un silogismo en donde una de sus premisas es falsa, ya que la información científica establece que dicha enfermedad puede ser transmitida de varias maneras, con lo cual la conclusión a que llega el recurrente resulta también falsa.

En efecto, según la Organización Mundial, la hepatitis B es una infección hepática potencialmente mortal causada por el virus de la hepatitis B (VHB), que constituye un importante problema de salud mundial y es el tipo más grave de hepatitis vírica, puede causar hepatopatía crónica y conlleva un alto riesgo de muerte por cirrosis y cáncer hepático.

Esta enfermedad es provocada por el virus de la Hepatitis B y puede ser asintomática durante un periodo y luego conducir a una hepatitis crónica. Cualquier persona puede contraer la hepatitis B, pero algunas personas son más propensas que otras, entre otras las que nacieron de una madre con hepatitis B, quienes han estado expuestas a sangre o líquidos corporales en el trabajo, quienes tienen hemodíalisis, las personas que hayan tenido más de una pareja sexual en los últimos 6 meses o que tengan antecedentes de enfermedades de transmisión sexual, los usuarios de drogas inyectables y los homosexuales.

El boletín del National Institute of Diabetes and Digestive and Kidney Diseases dice que se puede contraer la enfermedad:

*“mediante el contacto con la sangre, el semen u otros líquidos corporales de una persona infectada.*

*Usted puede contraer la hepatitis B al*

- . Haber nacido de una madre con hepatitis B.*
- . Tener relaciones sexuales con una persona infectada.*
- . Hacerse un tatuaje o una perforación con instrumentos que no hayan sido esterilizados y que se usaron en una persona infectada.*
- . Pincharse accidentalmente con una aguja que fue usada por una persona infectada.*
- . Usar la máquina de afeitar o el cepillo de dientes de una persona infectada.*
- . Compartir agujas para inyectarse drogas con una persona infectada”<sup>3</sup>.*

De esta manera la existencia de múltiples formas de contraer la enfermedad, algunas de las cuales son de frecuente ocurrencia, anula la tesis expuesta en el recurso, según la cual, si la señora Blanca Rosa Vega entró a la cirugía en perfecto estado de salud, (circunstancia que no está debidamente probada) y cinco meses después fue diagnosticada con Hepatitis B, el origen de la enfermedad forzosamente fue la transfusión realizada o un contagio con instrumental médico contaminado con el virus.

Contrario sensu, la entidad demandada logró demostrar que la causa eficiente de la enfermedad no fue la transfusión, ya que a través de los exámenes de laboratorio se determinó que la muestra de sangre era negativa para el virus de la Hepatitis B, antes de la cirugía y también cinco meses después, y que el donante tampoco no era portador del virus.

Por tales razones, acerca de la responsabilidad endilgada al Hospital Militar Central, de acuerdo con las declaraciones vertidas al proceso, el acta de Junta Médica del Hospital Militar Central y la historia clínica de la paciente, se puede concluir que la cirugía se realizó acorde con los protocolos existentes para este tipo de intervención y que la actuación de la entidad fue diligente y oportuna.

Corolario de lo anterior resulta, que no puede atribuirse responsabilidad a la entidad, ya que se probó de manera fehaciente que su actuación fue oportuna, adecuada y diligente y además que la transfusión o el uso del instrumental médico no fueron los que originaron la enfermedad de la paciente.

---

<sup>3</sup>National Digestive Diseases Information Clearinghouse es un servicio del NIDDK.

Finalmente, debe precisarse que tal como fue advertido por el fallador de la instancia, no se acreditó la legitimación por activa de quienes son los hijos de la quejosa, pero no se ordenó oficiosamente allegar las pruebas echadas de menos, en atención al resultado denegatorio de las pretensiones de la demanda y en consecuencia, la providencia objeto de apelación deberá ser confirmada.

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

### **FALLA**

**PRIMERO** Confirmar la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 5 de julio de 2001, por medio de la cual se declaró probada la falta de legitimación en la causa por activa, en relación con los señores Andrés Ricardo, Blanca Liliana, Jhon Jairo, Julieth y Jan Alexander Vellojín Vega, y se negaron las súplicas de la demanda.

**SEGUNDO** En firme esta providencia envíese el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo, previas las anotaciones de rigor.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**ENRIQUE GIL BOTERO**

**Presidente de la Sala**

**OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ**

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR ENRIQUE GIL BOTERO

**RESPONSABILIDAD DEL ESTADO – Prestación del servicio médico sanitario / FALLA PRESUNTA O INDICIO DE LA FALLA – Noción. Definición. Concepto / CARGA DINAMICA DE LA PRUEBA - Requiere de una regulación legal expresa**

La Sala debería retornar a la teoría de la falla presunta, sin tener que efectuar giros argumentativos como los que se vienen presentando, en la medida que el indicio único de falla no es otra cosa distinta a una presunción judicial de falla, que debe ser desvirtuada en los términos del artículo 1604 del C.C. En efecto, el indicio al que se ha hecho referencia, realmente envuelve una falla presunta y, por lo tanto, debería resultar aplicable a cualquier tipo de especialidad médica. (...) comparto todos aquellos sistemas de aligeramiento o alivianamiento probatorio, salvo el de las cargas probatorias dinámicas porque requiere de una regulación legal expresa (audiencia especial de distribución probatoria), motivo por el cual he defendido la teoría de la falla presunta, así como el instrumento de la *res ipsa loquitur*, para definir la responsabilidad del Estado en materia médico – hospitalaria, y todos los esquemas que en este tema de una u otra forma consagran o permitan esa facilidad probatoria, con garantía de los derechos al debido proceso y de defensa. (...) dejo planteada mi posición en cuanto concierne a la forma como la Sala abordó –y, en general a como ha venido asumiendo– el aspecto de la prueba de los elementos de la responsabilidad en materia médico – sanitaria, toda vez que, a lo largo de varios años, se han producido giros y movimientos drásticos en la línea jurisprudencial que motivan a reflexionar sobre el punto (...) sólo espero que la jurisprudencia sea abierta a la posibilidad de implementar o extender la aplicación de construcciones teóricas como el indicio de falla, a todas las especialidades médicas, sin que importe mucho la denominación que se le dé al respectivo sistema o mecanismo de aligeramiento probatorio (falla presunta o indicio de falla), puesto que lo importante es poner a tono a la jurisprudencia nacional con los más recientes postulados conceptuales trazados desde la doctrina y la jurisprudencia extranjeras que al unísono han reconocido la necesidad de establecer estándares de aligeramiento probatorio en el tema objeto de análisis.

**FUENTE FORMAL:** CODIGO CIVIL – ARTICULO 1604

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**



## SECCIÓN TERCERA

### SUBSECCIÓN C

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil once (2011)

**Consejero Ponente:** Olga Mélida Valle de la Hoz

**Radicación:** 25000-23-26-000-199501602-01

**No. Interno:** 21.344

**Actor:** Blanca Rosa Vega Torres y otros

**Demandado:** Hospital Militar Central

**Proceso:** Reparación directa

**Asunto:** Aclaración de voto

Con el acostumbrado respeto por las providencias de la Corporación, procedo a señalar los motivos por los cuales, si bien comparto la decisión adoptada el 19 de octubre del año en curso, aclaro mi voto en relación con un aspecto de la parte motiva del proveído en cuestión.

#### **1. Argumentos sobre los cuales recae la presente aclaración de voto**

La subsección C en el caso referido, confirmó la sentencia del 5 de julio de 2001, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la que se negaron las pretensiones de la demanda, y en lo que respecta al régimen aplicable en materia médica, en la parte motiva puntualizó siguiente:

“En relación con las fallas médicas, es una posición consolidada de la Sala que la responsabilidad por la prestación del servicio de salud es de naturaleza subjetiva y el título de imputación es la falla probada del servicio” (folio 8 de la providencia).

## 2. Razones y fundamentos de la aclaración

En el tema de la responsabilidad del Estado por la prestación del servicio médico – sanitario, del que trata la sentencia respecto de la cual aclaró voto, he señalado que no existe una línea jurisprudencial que brinde claridad a los operadores jurídicos, en relación con cuáles son los títulos de imputación aplicables en asuntos de esta naturaleza; sobre el particular:

2.1. El criterio jurisprudencial que parte del hecho de admitir la dificultad probatoria que le asiste, en determinados eventos, a los demandantes en materia médica, es digno de reconocimiento.

2.2. El hecho de reconocer la existencia del indicio de falla en materia gineco obstétrica, desde mi criterio, constituye un sistema de aligeramiento probatorio que va tan allá como el de las fronteras trazadas por la falla presunta y, por consiguiente, comparto que se edifique un modelo a partir del cual sea el profesional médico quien deba acreditar que su actuar fue diligente y cuidadoso.

Me aparto eso sí, de manera respetuosa, de entender que a partir de un único indicio de responsabilidad, se pueda derivar una plena prueba de la imputación fáctica en relación con la responsabilidad patrimonial del Estado; lo anterior, por cuanto, si bien acepto que el mal denominado nexo causal pueda ser acreditado a partir de indicios, no debe olvidarse que para que la prueba indirecta sea plena prueba se requiere que los indicios sean convergentes y conducentes, es decir que la **pluralidad** de indicios (hechos inferidos) se dirijan a un mismo punto. En consecuencia, la Sala debería retornar a la teoría de la falla presunta, sin tener que efectuar giros argumentativos como los que se vienen presentando, en la medida que el indicio único de falla no es otra cosa distinta a una presunción judicial de falla, que debe ser desvirtuada en los términos del artículo 1604 del C.C.

En efecto, el indicio al que se ha hecho referencia, realmente envuelve una falla presunta y, por lo tanto, debería resultar aplicable a cualquier tipo de especialidad médica.

2.3. En consecuencia, comparto todos aquellos sistemas de aligeramiento o alivianamiento probatorio, salvo el de las cargas probatorias dinámicas porque requiere de una regulación legal expresa (audiencia especial de distribución probatoria)<sup>4</sup>, motivo por el cual he defendido la teoría de la falla presunta, así como el instrumento de la *res ipsa loquitur*, para definir la responsabilidad del Estado en materia médico – hospitalaria, y todos los esquemas que en este tema de una u otra forma consagran o permitan esa facilidad probatoria, con garantía de los derechos al debido proceso y de defensa.

Comparto la teoría de la falla presunta o el indicio de falla, pues estoy convencido de que el galeno, en los términos del artículo 1604 del C.C., debe ser quien está obligado a probar que su actuar fue diligente y cuidadoso, como quiera que la prueba de la diligencia y cuidado corresponde a quien ha debido emplearlos.

2.4. La teoría de la falla presunta se acomoda más a las exigencias probatorias imperantes en procesos de esta naturaleza, toda vez que el demandante debe probar el daño antijurídico y la imputación fáctica, mientras que el demandado debe acreditar su actuar diligente y cuidadoso para romper la presunción judicial que recae en relación con el elemento falla.

2.5. De otro lado, no comparto expuesto por doctrinantes como el Dr. Javier Tamayo Jaramillo, al afirmar (ver *Ámbito Jurídico* del 8 al 21 de septiembre de 2008), que la falla presunta ha sido aplicada de manera estable y uniforme en más de 1.000 sentencias durante 16 años, como quiera que son muy pocas las veces que el Consejo de Estado lo ha hecho, en estricto sentido; máxime si a partir del año 2000, se adoptó la falla probada con el sistema de carga probatoria dinámica y, en el 2007, se estableció de forma mayoritaria el sistema estático, por regla general, de falla probada, sin posibilidades de aligeramiento probatorio.

No existen, por consiguiente, el número de sentencias a que hace referencia el tratadista Tamayo Jaramillo, razón que motiva a no compartir su artículo denominado “La falla presunta en materia médica conduce a una presunción de causalidad”, por tres razones

---

<sup>4</sup> Tal y como lo he sostenido en otros foros académicos y que, por cuestiones metodológicas, no paso a explicar en esta ocasión.

básicamente, las cuales desechan de tajo, cualquier posibilidad de asumir con seriedad esa postura doctrinal:

i) Porque se basa en cifras que no son reales, en consecuencia, la muestra académica a la que se hace referencia, es inexistente, lo cual le resta validez a su crítica.

ii) Porque erróneamente, se afirma que la tesis aplicable en materia de responsabilidad médica es la falla del servicio presunta, cuando lo cierto es que nada ha sido más fluctuante que la aplicación del título de imputación correspondiente a este tipo de asuntos, argumento adicional para desestimar la crítica académica que se hace, y que, demuestra un desconocimiento de las últimas posturas asumidas jurisprudencialmente desde el año 2000.

iii) A diferencia de lo manifestado por el citado tratadista, la presunción de culpa o de falla, no supone, inexorablemente, la presunción del nexo causal, por cuanto este último hace relación a la prueba de la causa del daño, mientras que la culpa se refiere a la acreditación de la negligencia, impericia, o desconocimiento de los reglamentos *lex artis*.

En los anteriores términos, dejo planteada mi posición en cuanto concierne a la forma como la Sala abordó –y, en general a como ha venido asumiendo– el aspecto de la prueba de los elementos de la responsabilidad en materia médico – sanitaria, toda vez que, a lo largo de varios años, se han producido giros y movimientos drásticos en la línea jurisprudencial que motivan a reflexionar sobre el punto, con miras que se i) fijen criterios claros para las personas que acceden a la administración de justicia y, de otro lado, que ii) reconozcan la dificultad a la que se encuentra sometida la parte demandante para acreditar la falla del servicio, esto es, el desconocimiento de la *lex artis*, máxime si se tiene en cuenta la complejidad que reviste la ciencia médica y más aún en nuestros tiempos con los recientes avances tecnológicos.

Por último, sólo espero que la jurisprudencia sea abierta a la posibilidad de implementar o extender la aplicación de construcciones teóricas como el indicio de falla, a todas las especialidades médicas, sin que importe mucho la denominación que se le dé al respectivo sistema o mecanismo de aligeramiento probatorio (falla presunta o indicio de falla), puesto

que lo importante es poner a tono a la jurisprudencia nacional con los más recientes postulados conceptuales trazados desde la doctrina y la jurisprudencia extranjeras que al unísono han reconocido la necesidad de establecer estándares de aligeramiento probatorio en el tema objeto de análisis.

Atentamente,

**ENRIQUE GIL BOTERO**

*Fecha ut supra*

