

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN A

Consejero Ponente: HERNÁN ANDRADE RINCÓN

Bogotá, D. C., doce (12) de noviembre de dos mil catorce (2014)

Radicación: 25000232600020030188101
Expediente: 38.738
Actor: DIANA MARGOTH VEGA MEDINA
Demandado: DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA Y OTROS
Referencia: APELACIÓN SENTENCIA – REPARACIÓN DIRECTA

Atendiendo la prelación dispuesta por la Sala mediante providencia del 1° de octubre de 2014, se resuelve el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A el 4 de marzo de 2010, mediante la cual se adoptaron las siguientes declaraciones y condenas:

“1°.- Declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del Departamento de Cundinamarca, de conformidad con la parte motiva de la presente providencia.

2°.- Declarar no probada la excepción de falta de presupuesto procesal de la demanda en forma, formulado por el Hospital demandado, de conformidad con lo expuesto en la presente sentencia.

3°.- Declarar no probada la excepción de falta de integración del contradictorio, formulado por el Hospital demandado, de conformidad con lo expuesto en la presente sentencia.

4°.- Declarar que el Hospital Pedro León Álvarez Díaz de La Mesa, Cundinamarca, es responsable de los daños sufridos por la demandante, de conformidad con lo analizado en la parte motiva de este proveído.

5°.- Condenar al Hospital Pedro León Álvarez Díaz de la Mesa, Cundinamarca, a pagar a Diana Margoth Vega Medina la suma de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de daño moral.

6°.- Condenar al Hospital Pedro León Álvarez Díaz de La Mesa, Cundinamarca, a pagar a Diana Margoth Vega Medina la suma de cien

(100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por concepto de daño en la vida de relación.

7°.- Denegar las demás súplicas de la demanda".

I. ANTECEDENTES

1.1.- La demanda y su trámite.

En escrito presentado el 29 de agosto de 2003 por conducto de apoderado judicial, la señora Diana Margoth Vega Medina interpuso demanda en ejercicio de la acción de reparación directa contra el departamento de Cundinamarca, Secretaría de Salud, y el Hospital Pedro León Álvarez Díaz de la Mesa, Cundinamarca, con el fin de que se les declarara patrimonial y solidariamente responsables por los perjuicios sufridos como consecuencia de la falla del servicio médico asistencial que produjo el contagio del virus VIH SIDA a la demandante durante una intervención quirúrgica realizada el 1° de septiembre de 2001 en las instalaciones del referido hospital.

Como consecuencia de la anterior declaración, solicitó que se condenara a la demandada a pagar a su favor, por concepto de indemnización de "perjuicios morales objetivados" la suma de \$50'000.000 y por "perjuicios morales subjetivados" la suma equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro o, las sumas que resulten acreditadas en el proceso; por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de daño emergente, deprecó la cantidad de \$14'600.000 y en la modalidad de lucro cesante la suma de \$438'833.391.

Como **fundamentos fácticos** de sus pretensiones narró, en síntesis, que en horas de la noche del día 1° de septiembre de 2001, la señora Diana Margoth Vega Medina fue conducida en un vehículo del Ejército Nacional al Hospital Departamental Pedro León Álvarez Díaz de La Mesa, Cundinamarca, con el fin de que se le brindara atención médica por las múltiples heridas de arma de fuego ocasionadas por disparos producidos por miembros del Ejército Nacional.

Se indicó que dentro de la atención médica le fueron transfundidas dos bolsas de sangre *“sin el debido control del VIH SIDA, por lo que la Sra. Diana Margoth Vega Medina fue infectada del síndrome de inmunodeficiencia adquirida”*.

Relata la demanda que como consecuencia de la agudización de sus sintomatología, la señora Vega Medina tuvo que abandonar su empleo, motivo por el cual su familia ha debido sufragar todos los gastos indispensables para su manutención y el tratamiento de su enfermedad a través de créditos, además que ha tenido que padecer los múltiples perjuicios psicológicos y sociales derivados de dicha infección.

En relación con los hechos descritos, sostuvo la demandante que se presentó una falla del servicio por parte de las demandadas, toda vez que teniendo la obligación legal de hacerlo, no realizaron las respectivas pruebas de control de calidad de la sangre para evitar que se produjera la trasfusión de sangre contaminada con el virus de inmunodeficiencia¹.

La anterior demanda fue admitida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante proveído de fecha 30 de octubre de 2003, el cual se notificó en legal forma a las entidades demandadas y al Ministerio Público².

1.2.- El departamento de Cundinamarca contestó la demanda dentro de la respectiva oportunidad procesal oponiéndose a la pretensiones formuladas por la demandante. Como razones de su defensa manifestó que no era la entidad llamada a responder por el daño que originó la presente acción, toda vez que la atención médica brindada a la demandante se realizó en el Hospital Pedro León Álvarez del municipio de La Mesa, Cundinamarca, entidad que cuenta con personería jurídica propia, autonomía administrativa y presupuestal, razón por la cual, en caso de acreditarse la falla en la prestación del servicio a la que alude la demanda, ésta debía ser imputada exclusivamente a dicha entidad.

¹ Fls. 3 a 18 C. 1.

² Fls. 21 a 31 C. 1.

Con fundamento en lo anterior propuso la excepción perentoria de falta de legitimación en la causa por pasiva³.

Por su parte, el Hospital Pedro León Álvarez Díaz de La Mesa manifestó que la atención brindada a la señora Diana Margoth Vega Medina fue idónea y oportuna en consideración a la gravedad de las lesiones por proyectil de arma de fuego con las que ingresó a dicha institución, lo cual hizo necesario y urgente la aplicación de cinco (5) unidades de sangre, de las cuales solamente tres habían sido analizadas clínicamente, razón por la cual se optó por transfundirle dos unidades sin el debido control, *“ya que de no hacerlo la paciente hubiera muerto por falta de sangre”*.

Adicionalmente, señaló que no existía prueba respecto de que la paciente no estaba infectada con anterioridad a la fecha de atención en la institución demandada, por manera que le correspondía a la parte actora acreditar dicha circunstancia.

Finalmente, como excepción propuso la que denominó *“falta de integración del contradictorio”*, pues partió de afirmar que partir de los hechos descritos en la demanda podía inferirse que miembros del Ejército Nacional causaron las heridas con armas de fuego a la demandante, razón por la cual resultaba necesaria la comparecencia de dicha entidad al presente proceso, pues también había participado en la comisión del daño que originó la presente acción⁴.

1.3.- En escrito separado al de la contestación de la demanda, el Hospital Pedro León Álvarez Díaz de La Mesa solicitó vincular al proceso en calidad de llamada en garantía a la Compañía Suramericana de Seguros S.A., en virtud de la póliza de responsabilidad civil No. 049728-5; no obstante, dicho llamamiento fue denegado por el Tribunal de primera instancia por considerar que de la lectura de la mencionada póliza de seguros se podía colegir que *“los daños*

³ Fls. 37 a 43 C. 1.

⁴ Fls. 45 a 52 C. 1.

ocurridos a consecuencia de una infección con el virus HIV (SIDA), están excluidos del cubrimiento de la referida póliza"⁵.

1.4.- Vencido el período probatorio, dispuesto en providencia proferida el 1° de abril de 2004 y fracasada la etapa de conciliación, el Tribunal de primera instancia mediante auto de 5 de noviembre de 2009 dio traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto⁶.

La parte demandante, luego de referirse a los hechos materia de proceso y al acervo probatorio recaudado, indicó que dentro del *sub judice* se encontraban acreditados los elementos que configuran la responsabilidad patrimonial de las entidades demandadas, a título de falla del servicio, toda vez que a sabiendas del riesgo que implicaba trasfundir a una persona con sangre que no tuviere los debidos controles clínicos, a la paciente le fue suministrada una bolsa de sangre sin analizar, la cual estaba infectada con el virus del VIH SIDA y, por ende, la ahora demandante resultó infectada con el mortal virus⁷.

El Hospital Pedro León Álvarez Díaz reiteró los argumentos planteados con la contestación de la demanda e insistió en que dada la urgencia por la gravedad de las heridas de la paciente fue imposible realizar los respectivos controles y exámenes a las bolsas de sangre, por lo demás, indicó que, la atención brindada a la señora Vega Medina fue idónea y oportuna, pues de no haberse realizado dicha transfusión de sangre, la paciente hubiera fallecido inmediatamente⁸.

Dentro de la respectiva oportunidad procesal el Departamento de Cundinamarca y el Ministerio Público guardaron silencio⁹.

1.5.- La sentencia de primera instancia.

⁵ Fls. 2 a 41 C. 7.

⁶ Fls. 5728 y 301 C. 1.

⁷ Fls. 307 a 317 C. 1.

⁸ Fls. 302 a 306 C. 1.

⁹ Fl. 463 C. 1.

Cumplido el trámite legal correspondiente, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A profirió sentencia el 4 de marzo de 2010, oportunidad en la cual declaró la responsabilidad del Hospital Pedro León Álvarez Díaz de La Mesa, Cundinamarca, en los términos transcritos al inicio de esta sentencia.

Respecto de la excepciones propuestas, el *a quo* declaró la falta de legitimación por activa del Departamento de Cundinamarca, pues sostuvo que el hecho dañoso que fundamentó la presente acción fue la transfusión con sangre contaminada de VIH realizada en el Hospital Pedro León Álvarez Díaz, el cual cuenta con autonomía administrativa, presupuestal y personería jurídica independiente de la referida entidad territorial; de otra parte, precisó que, comoquiera que se demandó la responsabilidad del Estado como consecuencia de dicha transfusión con sangre contaminada y no por las lesiones ocasionadas con armas de fuego, resultaba improcedente la comparecencia del Ejército Nacional en el presente proceso, razón por la cual rechazó la excepción denominada “falta de integración del contradictorio”.

En cuanto a la responsabilidad del Hospital demandado consideró que, si bien en el plenario no obra medio de convicción que demuestre con certeza el momento en el que la demandante fue infectada con el virus de VIH, así como tampoco que la sangre suministrada por la institución hospitalaria demandada estuviera infectada con ese virus, lo cierto era que para el presente asunto *“correspondía a la parte demandada demostrar que su conducta fue adecuada en la atención eliminando cualquier duda en el tratamiento brindado a la paciente, como también que la infección no fue producida por la sangre suministrada”*.

De igual forma, sostuvo el Tribunal de primera instancia que se encontraba acreditado que a la señora Diana Margoth Vega Medina el día 1° de septiembre de 2001 le fueron trasfundidas dos unidades de sangre sin el cumplimiento riguroso de las pruebas de calidad, especialmente, las requeridas para detectar el virus de VIH, razón por la cual concluyó que esa

actuación irregular “constituyó un riesgo excesivo para la paciente al haberle trasfundido sangre sin el debido control científico y médico”, circunstancia que comprometía la responsabilidad patrimonial de la entidad demandada. Al respecto el Tribunal discurre de la siguiente forma:

“En el caso puesto en consideración de la Sala, se evidencia que dadas las condiciones en que llegó la demandante al Hospital demandado se trataba de un caso de extrema urgencia para proteger la vida de la paciente, y era materialmente imposible obtener su consentimiento, sin embargo esta situación no puede excusar a la Administración de aplicar sangre infectada con un virus de VIH.

La Sala estima que frente al indicio era la obligación de la entidad estatal demandada demostrar que la paciente había sido infectada con VIH por causas ajenas a la transfusión bajo análisis, pues la condición de gravedad no puede eximir de responsabilidad a la Administración frente a un daño de la magnitud como el que se ha analizado en la presente sentencia. La parte demandada no probó siquiera que la demandante estuviera en un grupo de alto riesgo de infección por otras causas, como tampoco que en las atenciones médicas en otras unidades hospitalarias o clínicas, hubiera recibido transfusión u otra circunstancia generadora de la infección.

En consecuencia, la Sala concluye que ante la constatación de esta circunstancia de duda debe privilegiar la interpretación de la accionante, en aplicación del principio pro actione y pro damato, y considerar que al estar demostrado el elemento de responsabilidad del daño antijurídico, la Sala puede inferir lógicamente, bajo los supuestos específicos atrás analizados, la falla del servicio médico y el grado suficiente de probabilidad del vínculo causal, pues dadas las circunstancias en la determinación del momento y fuente de la infección del VIH de la demandante, es posible morigerar el análisis de recorrido causal y de falla del servicio”.

En cuanto a la indemnización de perjuicios, el Tribunal reconoció a favor de la demandante los conceptos de perjuicio moral y daño a la vida de relación en cuantía de 100 SMLMV por cada rubro y, finalmente, denegó el reconocimiento de perjuicios materiales, pues partió de afirmar que no se allegó al proceso el correspondiente certificado de incapacidad médico laboral definitivo¹⁰.

1.6.- Los recursos de apelación.

Contra la anterior decisión, las partes demandante y demanda interpusieron oportunamente sendos recursos de apelación, los cuales fueron concedidos

¹⁰ Fls. 467 a 482 C. Ppal.

por el Tribunal de primera instancia el 15 de abril de 2010 y se admitieron por esta Corporación el 30 de julio de ese mismo año¹¹.

Como motivos de su inconformidad para con la sentencia de primera instancia, la parte actora señaló que debían incrementarse los perjuicios morales y por daño a la vida de relación a favor de la demandante en atención a la gravedad e intensidad del perjuicio causado a raíz del contagio del virus de VIH. De otra parte, en cuanto a los perjuicios materiales solicitó su reconocimiento, pues partió de afirmar que los mismos se encontraban acreditados en el proceso con suficiente material probatorio¹².

Por su parte, el Hospital Pedro León Álvarez Díaz de La Mesa señaló que el Tribunal de primera instancia no tuvo en cuenta las circunstancias de extrema urgencia presentadas al momento de la prestación del servicio médico, toda vez que la señora Diana Margoth Vega Medina llegó al hospital en condiciones críticas, producto de varias heridas producidas con proyectil de arma de fuego, circunstancia que hacía necesaria la trasfusión de cinco unidades (bolsas) de sangre, dos de las cuales aún no habían sido analizadas clínicamente, sin embargo, debido a la urgencia se debió realizar la trasfusión para salvar la vida de la paciente, lo cual finalmente se logró.

Por otra parte, reiteró que no existían medios probatorios que indicaran que la paciente, con anterioridad a la referida trasfusión, hubiese padecido dicha patología, razón por la cual manifestó que no existía nexo causal alguno entre la referida falla del servicio y el daño que originó la presente acción¹³.

1.7.- Una vez se dio traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto, tanto la parte demandante como demandada reiteraron los argumentos expuestos con los escritos de apelación, mientras que Ministerio Público guardó silencio¹⁴.

¹¹ Fls. 492 y 540 C. Ppal.

¹² Fls. 497 a 520 C. Ppal.

¹³ Fls. 485 a 490 C. Ppal.

¹⁴ Fls. 663 a 676 C. Ppal.

1.8.- Finalmente, a través de proveído calendado el 1° de octubre de 2014 la Sala que integra esta Subsección, a solicitud de la parte actora, concedió prelación de fallo para decidir el presente asunto¹⁵.

La Sala, al no encontrar causal de nulidad alguna que pudiera invalidar lo actuado, procede a resolver de fondo el presente asunto sometido a su conocimiento.

II. CONSIDERACIONES

2.1.- Competencia de la Sala.

2.1.1.- La Sala es competente para conocer del asunto en segunda instancia, en razón del recurso de apelación interpuesto por las partes en contra de la sentencia proferida el 4 de marzo de 2010, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, comoquiera que la demanda se presentó el 29 de agosto de 2003 y la mayor pretensión se estimó en la suma de \$ 438'833.391, por concepto de lucro cesante a favor de la víctima directa, la cual supera el monto exigido (\$ 36'950.000) para que un proceso adelantado en ejercicio de la acción de reparación directa tuviera vocación de doble instancia ante esta Corporación para aquella época¹⁶.

2.1.2.- Por otro lado, en cuanto a la oportunidad para formular la presente acción indemnizatoria, advierte la Sala que ésta se interpuso dentro de los dos (2) años que establece el numeral 8 del artículo 136 del C.C.A., toda vez que el daño por cuya indemnización se demandó, esto es la contaminación con virus de VIH padecida por la señora Diana Margoth Vega Medina, se produjo el 1° de septiembre de 2001, razón por la cual, por haberse interpuesto la demanda el 29 de agosto de 2003, se impone concluir que se formuló dentro del término legal establecido para tal efecto.

¹⁵ Fls. 790 a 796 C. Ppal.

¹⁶ Decreto 597 de 1988.

2.2.- El material probatorio recaudado en el expediente.

La Sala procederá a estudiar, de acuerdo con las pruebas obrantes en el proceso, si la entidad demandada es responsable por los hechos narrados en la demanda.

Dentro de la respectiva etapa procesal y con el lleno de los requisitos legales se recaudaron en el proceso, únicamente, los siguientes elementos de convicción:

Copia auténtica de la historia clínica de la señora Diana Margoth Vega Medina allegada por el Hospital Central Militar de Bogotá (fls. Cuad. 5 y 9), en la cual se encuentra, entre otros, el resumen de la historia de ingreso a UCI de fecha 2 de septiembre de 2001; en dicho documento se consagró la siguiente información:

*“Paciente de 21 años, remitida de La Mesa por laparatomía, 12 horas antes sufrió herida por arma de fuego, con orificios a nivel de epigastrio y región lumbar izquierda, atendida en el hospital de La Mesa donde se realizó toracostomía cerrada izq. Laparatomía con esplenectomía, hemicolectomía izq. Resección yeyunal, pancreatectomía distal 40%, nefrectomía izq y colostomía tipo Hartman, **durante la reanimación trasfundieron 3 unidades de sangre sin hacer las pruebas de compatibilidad (...)**”¹⁷ (negrillas adicionales).*

Obra también copia de la hoja de órdenes médicas y evolución del 7 de septiembre de 2001, en el cual se observa lo siguiente:

*“Paciente de 21 años, casada, en postoperatorio de laparatomía por herida por arma de fuego, **fue trasfundida hace 6 días y hoy [7-09-2001] se nos informa de Secretaría de Salud que una de las unidades de sangre a la cual no se le había hecho prueba, a posteriori, se informa que es reactiva para VIH por Elisa y Westerblood.***

La paciente se encuentra en UCI, estable hemodinámicamente y de función respiratoria. Por información de medidos tratantes y de psicología se informa que ha estado anímicamente deprimida e irritable, con disminución de capacidad para decidir y afirma que desea que su esposo ayude en las decisiones médicas.

Se trata de exposición masiva a VIH a través de transfusión, lo cual supone un riesgo muy elevado de transmisión (95%). En este momento la eficacia de profilaxis se reduce (han pasado más de 72 horas), pero por el riesgo indicado

¹⁷ Fls. 67 a 68 C. 5.

se inicia terapia triple antirretroviral que si no sirve como profilaxis si sirve como tratamiento adecuado en estos casos”¹⁸ (negritas y subrayas adicionales).

- Oficio del 11 de septiembre de 2001 suscrito por el Subgerente Hospitalario del Hospital Pedro León Álvarez de La Mesa y dirigido al Subdirector Científico de la Clínica de la Policía Nacional de Bogotá, en el cual le puso de presente la anterior situación, en los siguientes términos:

*“Con el presente hago notificación oficial con lo relacionado a la atención de la paciente Diana Vega, quien fue manejada en esta institución dentro de la atención integral inicial de urgencia y **a quien debido al estado crítico hubo la necesidad de trasfudir derivados sanguíneos sin las debidas pruebas**, acogidos al artículo 47 del decreto 1571 de 1993, el personal de turno tratante tomó esta decisión, **con el infortunio que el análisis de sueros posteriormente dio Elisa positivo para VIH 1 y 2; confirmándose en laboratorio seccional el día viernes 7 de septiembre de 2001 con westerblood positivo para VIH 1, procediendo a realizar la notificación verbal en su oficina el mismo día en mención, dado que actualmente la paciente recibe atención en ese centro hospitalario**, para que se tomen las medidas pertinentes y el tratamiento adecuado”¹⁹ (negritas y subrayas adicionales).*

- Resumen de historia clínica del 22 de agosto de 2002; en dicho documento se manifestó lo siguiente:

“Paciente quien hace un año sufre HPAF en abdomen, requirió nefrectomía y colostomía, se hospitaliza para cierre de colostomía.

Antecedentes:

Patológicos: Infecciosos HIV.

Quirúrgicos: Colostomía, nefrectomía.

Farmacológicos: Retrovirales, actualmente no recibe tratamientos.

El 15 de agosto se realiza cierre de colostomía sin complicaciones”²⁰.

De igual forma, aparece el resumen de historia clínica de fecha 29 de diciembre de 2003 en el cual se lee:

*“Paciente de 23 años. **Se hizo diagnóstico de infección de VIH después de trasfusión por politraumatismo hace dos años y tres meses.** Se inició tratamiento antirretroviral el cual tomó por tres meses pero suspendió voluntariamente.*

Viene a control esporádicamente a pesar de múltiples explicaciones de la importancia del control y de la posibilidad de controlar la enfermedad con

¹⁸ Fls. 75 a 76 C. 5.

¹⁹ Fl. 70 C. 5.

²⁰ Fls. 32 a 34 C. 5.

antirretrovirales. se ha enviado a trabajo social, ha tenido mucho rechazo al tratamiento, según ella no quiere vivir dependiendo de pastillas, ahora refiere que un médico particular en Fusagasugá la convenció de seguir en control. Ha estado en control en cirugía y nefrología, se le practicó endoscopia pero trajo reporte.

Se explica nuevamente la necesidad de control permanente”²¹.

- Copia auténtica del Informe de Asistencia Técnica a Hospital Pedro León Álvarez de La Mesa, realizado el 1º de octubre de 2001 por el Coordinador Nacional de Bancos de Sangre, en el cual se consagró la siguiente información:

“Asunto: Análisis de caso de infección postransfusional.

“Resumen:

“Paciente de 21 años, mujer, herida por arma de proyectil de arma de fuego en hechos ocurridos en el municipio de Mesitas de donde fue remitida, ingresó al hospital el día 1 de septiembre hacia las 9:30 pm, sin familiares. Posterior a la valoración clínica donde se halla en shock hipovolémico, se decidió:

“Ingreso a sala de cirugía, hemoclasificar nuevamente a la paciente, el resultado de este laboratorio reporta a las 10:00 pm. Grupo sanguíneo AB positivo. Hemoglobina 6.3 gr/dl. Hematocrito 19%.

Solicitar reserva de sangre (3 unidades de glóbulos rojos O positivo). Transfundida con 3 unidades de G. rojos.

Día 1 de septiembre 2001. Hora 24:00.

Dr. Mejía solicita nuevas unidades de sangre a Dra. Sánchez quien reporta que no hay en institución y que pedirá apoyo a hospitales de Mesitas y Girardot.

Día 2 de septiembre. Hora 02:05 a.m. (...). Se inicia nueva transfusión según previa valoración del Dr. Patiño (anestesiólogo) y Dr. Mejía (Cirujano).

Hora: 07:00 valoración para remisión al Hospital de la Policía.

Reportes en historia:

Historia clínica de urgencias No. 180404, Notas de enfermería, hoja de drogas, hoja de tratamiento postquirúrgico, hoja de recuento de compresas en salas de cirugía. Formatos de supervisión de transfusión: 2 formatos:

1- Formato de la sangre con pruebas donde se observan los sellos de calidad de banco de sangre del hospital de San Rafael de Fusagasugá.

2- Formato de sangre SIN pruebas de tamizaje, informe de laboratorio donde reportan HB y HTO de entrada. Solicitud de exámenes de laboratorio de ingreso mencionados.

²¹ Fls. 21 a 22 C. 5.

Análisis del caso.

Paciente con grupo sanguíneo AB positivo, que se decide trasfundir según su estado y luego de los resultados de laboratorio.

- La Dra Sánchez decide reservar 3 unidades de Glóbulos Rojos O positivo, los cuales son trasfundidos en salas de cirugía, no hay datos en la historia clínica que permitan sustentar dicha decisión de elegir grupo O positivo. Tampoco existen en la historia datos que permitan analizar la evolución postransfusión de dichas unidades, diferentes al record de anestesia.

- Posteriormente el doctor Mejía solicitó a la Dra. Sánchez nuevas unidades de sangre dado que 'la paciente sangró 1.5 litros durante el procedimiento, permanece hipotensa y con tendencia a la hipoxemia, a pesar del control de la hemorragia la reanimación, el soporte inotrópico. Nota que aparece al final de la descripción quirúrgica. Ante dicha solicitud la Dra. Sánchez reporta que no existen en la institución.

En la nota de la descripción quirúrgica el Dr. Mejía señala que no existen reactivos para tipificar y cruzar la sangre contra hepatitis y SIDA por tanto se colocan 3 unidades de sangre sin analizar. No existen datos que soporten la decisión de trasfundir sangre SIN tamizar o analizar, por parte de la médica tratante o de los médicos especialistas. No hay datos donde se reporte la no existencia de sangre disponible para dicha paciente.

- En el Hospital Pedro León Álvarez no hay reportes anteriores a la transfusión de sangre sin pruebas, por tanto este no es un procedimiento rutinario.

Conclusiones:

- No es claro que la responsabilidad y por tanto la verificación, supervisión, entre otros, de la transfusión es responsabilidad del cuerpo médico, en este caso médico tratante y especialistas.

- **No existió claridad en cuanto al conocimiento de la indicación y selección adecuada del grupo sanguíneo para esta transfusión.**

- **No hay percepción y reconocimiento del riesgo que implica la transfusión de unidades de sangre sin analizar.**

- La decisión de transfundir sangre sin pruebas no es clara en cuanto a: El momento en que se decide, quien debe decidirla, que conocimiento y experiencia requiere.

- **No existen protocolos o guías de transfusión y procedimientos para eventos no rutinarios.**

- No existe un procedimiento administrativo que facilite el intercambio o compra de productos sanguíneos desde y hacia otras instituciones, el cual debe contener aspectos técnicos en cuanto a la calidad de estos componentes.

Recomendaciones:

Realizar una capacitación adecuada en el cuerpo médico que apunte a mejorar la situación descrita.

Establecer, difundir y hacer seguimiento a los procedimientos sobre indicación y uso de sangre para hospital y para compra o intercambio de productos”²² (negrillas adicionales).

- Como documento anexo al anterior informe se aportó el “Formato para la supervisión de la transfusión”, diligenciado el 1º de septiembre de 2001 por el Hospital Pedro León Álvarez Díaz de La Mesa, en el cual se hizo constar lo siguiente:

“Nombre del receptor: Diana Vega.

Descripción médica de la transfusión: HPAF.

Doctor: Ingrid Sánchez.

Componentes transfundidos: Glóbulos rojos.

Nos. Identificación: 3236 (1 U O+), 3237 (1 U O+), 3238 (1 U O+).

SIN PRUEBAS DE VIH, CHAGAS, UDRL, Hep.B.

Debido a que el Hospital Pedro León Álvarez Díaz no cuenta con la sangre con las respectivas pruebas de VIH, chagas, hepatitis y UDRL, entre otras, debido a la falta de reactivos y teniendo en cuenta el estado crítico de la paciente Diana Vega, el personal médico encargado determinó que se transfundiera sin dichas pruebas. Se aclara que la paciente corre riesgo inminente de muerte por hemorragia y además no hay familiar para autorizar transfusión”²³.

- Informe pericial forense rendido el 30 de enero de 2008 por el Instituto Nacional de Medicina legal y Ciencias Forenses de Bogotá con el fin de determinar la incapacidad médico legal de la señora Diana Margoth Vega Medina, del cual resulta pertinente citar los siguientes apartes:

*“Se trata de una mujer adulta, separada, madre de un menor, con estudios de pedagogía y preescolar, en la actualidad sin ocupación, quien vive con su padre y su hijo, con quienes refiere relaciones funcionales y armónicas, con antecedentes de herida por proyectil de arma de fuego en abdomen, por lo cual es llevada a cirugía, por síndrome anémico secundario, **recibe transfusión de glóbulos rojos empaquetados, vía por la cual adquiere infección por VIH, actualmente en tratamiento**, sin antecedentes ginecobstétricos y familiares positivos. De acuerdo con los datos suministrados por la examinada, lo encontrado en el expediente e historias clínicas anexas y este examen psiquiátrico forense, la examinada presenta alteraciones mentales y conductuales, con disminución significativa de su funcionamiento global, que se relaciona de manera causal con las lesiones sufridas el día de los hechos y que **clínicamente corresponden con un episodio depresivo moderado a grave crónico, del cual no hay historia previa a los hechos, que ha persistido por un***

²² Fls. 348 a 351 C. 1.

²³ Fl. 375 C. 1.

período superior a los 6 meses siguientes al hecho hasta la actualidad (7 años) y que se ha modificado en intensidad pero no ha desaparecido. Por lo anterior se encuentra que la examinada Diana Margoth Vega Medina cursa con una perturbación psíquica de carácter permanente. Se recomienda que reciba atención psiquiátrica para tratamiento, la cual debe ser ofrecida por su sistema de salud. Debe continuar con controles médicos periódicos o según las circunstancias lo ameriten dadas las patologías que presenta la examinada.

Conclusión:

Examinada Diana Margoth Vega Medina, presenta signos y síntomas de una perturbación psíquica de carácter permanente. Debe recibir atención por parte de psiquiatría²⁴ (negrillas adicionales).

- Entre folios 193 y 202 C. 5, se encuentran los testimonios de los señores Eduardo Medina González y Margod Medina González, quienes en sus declaraciones coinciden en señalar las excelentes relaciones de afecto entre la señora Diana Margoth Vega Medina y sus familiares y esposo hasta antes de la atención médica y transfusión de sangre contaminada con el virus de VIH el 1° de septiembre de 2001, comoquiera que después de este acontecimiento la referida persona sufrió una profunda depresión, producto también de la reacción a los medicamentos que le son suministrados; además, informaron los testigos que, luego de ese hecho, la señora Vega Medina y su esposo se divorciaron a causa de dicha enfermedad.

2.3.- Conclusiones probatorias.

Con fundamento en lo expresado en el acápite de pruebas, esta Sala encuentra demostrado que la señora Diana Margoth Vega Medina resultó contagiada del virus de inmunodeficiencia adquirida VIH, como consecuencia de una transfusión sanguínea efectuada durante una intervención quirúrgica llevada a cabo en el Hospital Pedro León Álvarez Díaz de La Mesa, Cundinamarca, el 1° de septiembre de 2001.

De igual forma quedó establecido que la señora Diana Vega Medina llegó a esa institución en condiciones críticas, pues había sufrido varias heridas de proyectil de arma de fuego que comprometieron varios órganos de su

²⁴ Fls. 570 a 573 C. Ppal.

cuerpo, razón por la cual le fueron practicadas diferentes intervenciones quirúrgicas para tratar de salvarle la vida, lo cual finalmente se logró.

Está demostrado también que durante la atención brindada en el Hospital demandado los médicos tratantes ordenaron el suministro de varias unidades de sangre; no obstante lo cual, tres de las cinco unidades que le fueron trasfundidas no fueron objeto de análisis o estudio alguno previo a su suministro, el cual sólo vino a realizarse con posterioridad a dicha transfusión, esto es un día después, resultando positivo para VIH mediante las pruebas de Elisa y Westerblood.

Además, a partir de tales elementos de convicción se puede inferir que con anterioridad a esa época, no hubo antecedentes que permitieran sospechar que aquella persona padeciera alguna enfermedad infectocontagiosa, incluida la infección por VIH o, que hubiere presentado otros factores de riesgo asociados a dicha enfermedad.

Así pues, a pesar de que no existe una prueba que demuestre el estado serológico de la señora Vega Medina con relación al VIH previo a la transfusión, está probado que el hospital demandado no realizó de forma previa a la transfusión de sangre a la paciente las pruebas o análisis correspondientes a la detección de enfermedades como el VIH, hepatitis B, entre otras, pruebas que -bueno es insistir en ello-, sólo se realizaron posteriormente al suministro de dicha sangre a la paciente, resultando positivo para VIH.

Ciertamente, se tiene acreditado que mediante oficio del 11 de septiembre de 2001 el Subgerente del hospital demandado le informó al Subdirector de la Clínica de la Policía Nacional sobre el contagio del virus de VIH que había sufrido la señora Diana Vega en esa institución a causa de una transfusión sanguínea, y ello con el fin de que "se tomen las medidas pertinentes" y se le brindara a la paciente el tratamiento correspondiente, comoquiera que la paciente había sido trasladada a ese centro hospitalario.

Así las cosas, estima la Sala demostrado que la señora Diana Margoth Vega Medina resultó contagiada con el VIH el 1° de septiembre de 2001, en el Hospital Pedro León Álvarez Díaz, como consecuencia de la transfusión de dos unidades de sangre contaminadas con dicho virus.

2.4.- Imputación del daño al Estado.

En el caso *sub examine* se observa que la parte demandante pretende que se declare la responsabilidad patrimonial del departamento de Cundinamarca, Secretaría de Salud Departamental y el Hospital Pedro León Álvarez Díaz de la Mesa, Cundinamarca, ocurrida el 1° de septiembre de 2001, concretamente bajo el argumento de que tales entidades públicas omitieron sus deberes constitucionales y legales de vigilancia y control de los bancos de sangre, establecidos para asegurar la calidad de la misma.

Es decir, la imputación fáctica contenida en el libelo demandatorio se dirigió a censurar la omisión en la que incurrieron las demandadas, que permitió que se concretara el daño antijurídico. Sobre el particular y en relación con la figura de la comisión por omisión en materia de responsabilidad de la Administración Pública, la doctrina especializada ha precisado que,

“Los problemas fundamentales que se plantean, pues, en sede de omisión (y que son problemas de imputación), son la determinación de cuándo existe el deber jurídico de evitar el resultado (en definitiva, la determinación de cuándo se encuentra la Administración en posición de garante de la víctima)²⁵ y la concreción del grado de capacidad evitadora del resultado que exigimos a la acción omitida, partiendo de valoraciones normativas, para imputar el resultado (...).

“Como en el caso de la comisión por omisión, lo decisivo en la responsabilidad por inactividad material no es la existencia efectiva de una relación causal entre la omisión y el resultado, sino sólo la virtualidad causal de la acción, que hubiera debido realizarse para evitar los perjuicios. Por lo que para que exista la obligación de indemnizar no se requiere una verdadera relación de causalidad naturalística entre la

²⁵ “En la determinación de cuándo existe posición de garante o no del sujeto responsable no tiene ninguna incidencia que la responsabilidad se configure como objetiva o basada en la culpa. Aquella determinación constituye una cuestión previa: solo cuando se haya verificado que el sujeto estaba obligado a evitar el resultado entrará en juego la circunstancia de que la responsabilidad sea objetiva o no.”

*omisión y el daño, sino que basta que la Administración hubiera podido evitarlo cuando se hallaba en posición de garante"*²⁶.

Así pues, frente a supuestos en los cuales se analiza, evento en el cual se estudia la responsabilidad del Estado como consecuencia de la producción de daños en cuya ocurrencia hubiere sido determinante la omisión de una autoridad pública en el cumplimiento de las funciones que el ordenamiento jurídico le ha atribuido, la Sala ha señalado que es necesario efectuar el contraste entre el contenido obligacional que las normas pertinentes fijan para el órgano administrativo implicado, de un lado y, de otro, el grado de cumplimiento u observancia del mismo por parte de la autoridad demandada en el caso concreto. En este sentido, se ha sostenido:

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

(...)

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

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

No se trata entonces de determinar si el Estado tiene o no recursos para cubrir condenas, como lo afirma el recurrente. Se trata de establecer si, teniendo en cuenta la realidad concreta en la cual se presta un determinado servicio, puede considerarse que dicho servicio fue

²⁶ PUIGPELAT, Oriol Mir "La responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria", Ed. Civitas, Pág. 243 y 244.

inadecuadamente prestado y dicha circunstancia así puede considerarse como la causa del daño sufrido por el demandante'."27 (Se ha destacado).

Con fundamento en lo expuesto, se impone concluir que la imputación de responsabilidad a la entidad pública demandada en el presente asunto debe realizarse con fundamento en el título de falla del servicio²⁸, toda vez que se encuentra acreditado el comportamiento negligente y descuidado del hospital demandado en cuanto al cumplimiento de sus obligaciones respecto del análisis clínico de sangre con miras a determinar o descartar la presencia de enfermedades transmisibles, omisión que llevó finalmente a que la paciente Diana Margoth Vega Medina resultara infectada con sangre contaminada con VIH, luego de que hubiera recibido una transfusión sanguínea el día 1º de septiembre de 2001 durante una intervención quirúrgica que se le practicó en el Hospital Pedro León Álvarez de La Mesa, Cundinamarca.

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

Sobre el particular, la jurisprudencia de esta Sala ha establecido que cuando a la Administración Pública se le ha impuesto el deber jurídico de evitar un resultado dañoso, aquella asume la posición de garante en relación con la víctima, razón por la cual de llegarse a concretar el daño, éste resultará imputable a la Administración por el incumplimiento de dicho deber²⁹. Al

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de septiembre 11 de 1997, Exp. 11.764. MP. Carlos Betancur Jaramillo. En ese mismo sentido consultar, sentencia del 18 de febrero de 2010, Exp. 18.436. MP., Mauricio Fajardo Gómez.

²⁸ La Sala, de tiempo atrás ha dicho que la falla del servicio ha sido en nuestro derecho, y continúa siendo, el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado; en efecto, si al Juez Administrativo le compete una labor de control de la acción administrativa del Estado y si la falla del servicio tiene el contenido final del incumplimiento de una obligación a su cargo, no hay duda que es ella el mecanismo más idóneo para asentar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual. Al respecto ver, por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 13 de julio de 1993, Exp. 8163 y del 16 de julio de 2008, Exp. 16423, entre otras.

²⁹ "... cuando la conducta es, en cambio, una omisión, la relación de causalidad no es sólo insuficiente, sino, incluso, innecesaria (...) Y existirá imputación del resultado cuando el omitente tenía el **deber jurídico**

respecto esta Sala, en sentencia del 4 de octubre del 2007³⁰, señaló:

“Por posición de garante debe entenderse aquélla situación en que coloca el ordenamiento jurídico a un determinado sujeto de derecho, en relación con el cumplimiento de una específica obligación de intervención, de tal suerte que cualquier desconocimiento de ella acarrea las mismas y diferentes consecuencias, obligaciones y sanciones que repercuten para el autor material y directo del hecho³¹.

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

En esa línea de pensamiento, debe señalarse que “la posición de garante” ha asumido vital connotación en eventos en los cuales si bien, el Estado no intervino directamente en la concreción de un daño antijurídico –como autor o partícipe del hecho-, la situación en la cual estaba incurso, le imponía un deber específico, esto es, asumir determinada conducta; llámese de protección, o de prevención, cuyo rol, al ser desconocido –infracción al deber objetivo de cuidado- dada su posición de garante, configura la atribución a éste de las

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

³⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de octubre de 2007, Exp. 15.567. M.P. Enrique Gil Botero.

³¹ **“La posición de garante trata de dar una explicación y respuesta teórica y coherente a la cuestión de cuáles son las condiciones que deben darse para que el no impedir la entrada de un resultado sea equiparable a la causación positiva del mismo. Según la opinión que aquí será defendida, sólo se puede alcanzar una solución correcta si su búsqueda se encamina directamente en la sociedad, pero ésta entendida como un sistema constituido por normas, y no si la problemática toma como base conceptos enigmáticos basados en el naturalismo de otrora, pues la teoría de la posición de garante, como aquí entendida, busca solucionar solamente un problema normativo-social, que tiene su fundamento en el concepto de deber jurídico.”** Cf. PERDOMO Torres, Jorge Fernando “La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión”, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2001, Pág. 17 a 20. Ver igualmente: LÓPEZ Díaz, Claudia “Introducción a la Imputación Objetiva”, Ed. Universidad Externado de Colombia; JAKOBS, Günther “Derecho Penal – Parte General”, Ed. Marcial Pons; ROXIN, Claus “Derecho Penal – Parte General “Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito”, Ed. Civitas.

mismas consecuencias o sanciones que radican en cabeza del directamente responsable del daño antijurídico.

Ahora bien, en cuanto a la imputación de responsabilidad del Estado por violar los deberes que surjan a partir de la posición de garante, debe advertirse que aquélla no puede provenir de un análisis abstracto o genérico, pues, en efecto, si bien se ha precisado que el Estado se encuentra vinculado jurídicamente a la protección y satisfacción de los derechos humanos y/o fundamentales, es menester precisar que, de acuerdo con una formulación amplia de la posición de garante, se requiere para formular la imputación que, adicionalmente: **i) el obligado no impida el resultado lesivo, siempre que ii) esté en posibilidad de hacerlo**³².

Así pues, debe advertirse –igualmente- que las obligaciones que están a cargo del Estado –y por lo tanto la falla del servicio que constituye su trasgresión-, deben mirarse en concreto, frente al caso particular que se juzga, teniendo en consideración las circunstancias que rodearon la producción del daño que se reclama, su mayor o menor previsibilidad y los medios de que disponían las autoridades para contrarrestarlo³³.

Para el presente asunto, se tiene que tales obligaciones para las instituciones de salud dedicadas a la extracción, procesamiento, conservación y transporte de sangre total o de sus hemoderivados se encuentran establecidas en el Decreto 1571 de 1993³⁴, cuyo tenor literal es el siguiente:

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

- Determinación Grupo ABO (detección de antígenos y anticuerpos).
- Determinación Factor Rh (antígeno D) y variante Du, en los casos a que haya lugar.

³² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de junio de 2013, Exp. 19.980, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

³³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de febrero de 1996, expediente 9.940, M.P. Jesús María Carrillo.

³⁴ “Por el cual se Reglamenta Parcialmente el Título IX de la Ley 09 de 1979, en cuanto a Funcionamiento de Establecimientos Dedicados a la Extracción, Procesamiento, Conservación y Transporte de Sangre Total o de sus Hemoderivados, se Crean la Red Nacional de Bancos de Sangre y el Consejo Nacional de Bancos de Sangre y se dictan otras disposiciones sobre la materia”.

- Prueba serológica para sífilis.
- Detección del antígeno del virus de la hepatitis C.
- Detección del antígeno de superficie del virus de la hepatitis B.
- Detección de anticuerpos contra al virus de la Inmunodeficiencia Humana Adquirida (HIV) 1 y 2.
- Otros que de acuerdo a los estudios de vigilancia epidemiológica se establezcan para una región determinada por parte del Ministerio de Salud.

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

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

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

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

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

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

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

“(…).

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

Así las cosas, en el *sub lite*, se impone concluir que -tal como se estableció anteriormente-, el hospital demandado faltó, entre otras, al cumplimiento de las obligaciones de control y análisis para con la sangre que transfundió a la señora Vega Medina consagradas en el anterior cuerpo normativo, lo cual llevó a que hubiera infectado de VIH a dicha persona durante una intervención quirúrgica realizada en el hospital demandado el 1º de septiembre de 2001.

Por consiguiente, no se trata de una abstracta atribución o de un genérico e impreciso deber de vigilancia y control, sino de su grave incumplimiento por parte de la Administración Pública de tales deberes, todo lo cual produjo las nefastas consecuencias vistas en este asunto y en el caso al cual se ha hecho referencia.

De otra parte, respecto del argumento de la entidad demandada según el cual dadas las condiciones críticas de la paciente no fue posible realizar previamente el respectivo análisis de la sangre que se le iba a transfundir, estima la Sala necesario precisar que dicho argumento resulta absolutamente desafortunado, comoquiera que es deber de las instituciones de salud contar con las debidas reservas de unidades sangre para eventuales casos de urgencia o emergencia en los cuales se requieran. Así pues, resulta lógico y natural que una institución médica cuente con los debidos insumos médicos y clínicos para brindar a los pacientes una correcta atención y no puede escudarse en su propia negligencia e imprevisión para exculparse de la responsabilidad que le corresponde, máxime tratándose de un insumo de tanta importancia y necesidad como las unidades de sangre.

En casos como el presente, en los cuales la falla en el servicio ha sido tan evidente y el daño que se ha producido ha sido de una notable magnitud, la Sala ha dado aplicación a la teoría *res ipsa loquitur*³⁵ (la cosa que habla por sí

³⁵ “En Estados Unidos se mantiene la regla de que pesa sobre el paciente la carga de probar la negligencia del médico y que ésta fue la causa del daño. Asimismo, se ha dicho que la carga no se cumple mostrando un resultado adverso, que la ley no pone sobre el demandado la carga de probar que ha obrado con diligencia y que “el hecho de que el paciente fallezca durante el tratamiento en sí mismo es insuficiente para imputar una presunción o inferir negligencia de parte del médico.”

“Sobre esta base actúan las presunciones y la regla que comentamos. Es una regla probatoria por la cual la culpa se infiere de un daño inexplicable, del tipo que no ocurre normalmente en ausencia de culpa; también presume que la próxima causa del daño fue la culpa.

misma), el cual es el nombre dado a una forma de evidencia circunstancial que crea una deducción de negligencia. Procede de los ordenamientos de *common law* donde cada día tiene mayor aceptación; el demandante solo tiene que probar el daño anormal o excepcional sufrido y la imputación del mismo a una entidad de derecho público; en su esencia indica que los daños producidos no se verifican normalmente si no existe una culpa, el hecho habla por sí como prueba de ella. A modo de ejemplo, no será necesario demostrar la negligencia del médico o del hospital en el que amputaron al enfermo la pierna equivocada o le extirparon un órgano distinto al que debían, o en el que murió un niño como consecuencia de una operación corriente.

Así pues, una vez se produce la verificación y análisis del daño, considerado en sí mismo, se desprende una evidencia circunstancial que hace que aparezca demostrada de forma palmaria la imputación fáctica (nexo causal) y la jurídica (falla del servicio). En estas situaciones, el daño antijurídico reviste tal magnitud o dimensión que es evidente la atribución del perjuicio en cabeza de la entidad demandada, ya que el error médico se explica por sí solo sin que se requiera de un análisis específico para derivar su acreditación. No significa lo anterior que la parte demandada no pueda desvirtuar esa prueba evidente –aunque será de sumo exigente esa demostración–, bien destruyendo la presunción de culpa que este tipo de sistemas lleva aparejado o acreditando la existencia de una causa extraña que resquebraje el análisis de imputación³⁶.

"(...) Entre los requisitos de su aplicación [res ipsa loquitur] se pueden mencionar los siguientes:

"1) Debe tratarse de un hecho que normalmente no ocurre sin negligencia. La mera rareza no es suficiente; debe surgir, a la luz de la experiencia pasada, la presunción de negligencia.

"2) no se trata simplemente del resultado adverso. La negligencia debe aparecer, entre otras causas, como la más probable.

"3) debe haber un control del paciente y del instrumental, si no hay posibilidad de control no hay culpa;

"4) no debe existir contribución causal o culposa de parte del paciente: se requieren tres condiciones:

"a) que el accidente sea de la clase que ordinariamente no ocurre en la ausencia de algún tipo de negligencia;

"b) que haya sido causada por un agente o por instrumental bajo el exclusivo control del demandado;

"c) que no haya existido control del demandado.

"La doctrina es utilizable cuando el accidente es probablemente el resultado de una negligencia; es un problema de sentido común. Cuando el riesgo es inherente a la operación y la injuria es del tipo que es raro que ocurra, la doctrina es aplicable sólo si puede decirse a la luz de la experiencia pasada que tal ocurrencia es más probablemente el resultado de una negligencia que de una causa por la cual el demandado no es el responsable." LORENZETTI, Ricardo Luis "Responsabilidad Civil de los médicos", ed. Rubinzal – Culzoni, Tomo II, Buenos Aires, 220 a 222.

³⁶ Enrique Gil Botero, *Responsabilidad Extracontractual del Estado* (Bogotá D.C., Editorial Temis, 6° Edición, 2013), p. 169.

Al respecto, vale la pena destacar la sentencia del 19 de agosto de 2009, proferida por el Consejo de Estado, con ocasión del juzgamiento de un evento médico – obstétrico, en el que se vio comprometida la responsabilidad del Instituto de Seguros Sociales, respecto a una gestante a quien se le diagnosticó erróneamente un embarazo a término en posición transversa y se ordenó la práctica inmediata de una cesárea, cuando en realidad se trataba de un embarazo múltiple de trillizas, las que fallecieron a las pocas horas de haberse realizado el procedimiento, ya que sólo tenían 24 semanas de gestación para el momento del parto.

El Consejo de Estado, una vez acreditada la anterior circunstancia, determinó la existencia de un daño antijurídico desproporcionado, anormal y excepcional que, dada su magnitud, permitió aligerar las cargas probatorias a partir de la aplicación de la teoría de la *res ipsa loquitur*, en los términos que a continuación se transcriben:

“En esa perspectiva, en el sub examine, se presentó un evento de res ipsa loquitur, como quiera que los médicos se abstuvieron de descartar cualquier otro tipo de diagnóstico y se limitaron a verificar superficialmente la sintomatología de la paciente, sin siquiera indagar cuándo se había presentado la última menstruación de la gestante, y si efectivamente a ésta se le habían realizado las ecografías obstétricas y los monitoreos fetales. Por consiguiente, el daño considerado en sí mismo, reviste una excepcionalidad y anormalidad que permite dar por configurado un supuesto de acercamiento probatorio en la imputación de aquél, toda vez que no existe otra forma de explicar la producción del perjuicio que en la propia conducta de la entidad, quien de manera precipitada e irregular ordenó una cesárea al considerar que se trataba de un embarazo a término.

“La sola circunstancia de haberse practicado una cesárea con la férrea convicción de que se estaba en presencia de un único feto transverso, con tiempo de alumbramiento, para luego llevarse la sorpresa de que la paciente tenía un embarazo de trillizas de 24 o 25 semanas de gestación, aproximadamente, refleja la dimensión del daño antijurídico causado lo que permite afirmar se trata de un supuesto en el que las cosas o circunstancias hablan por sí solas, como quiera que son demostrativas de que existió un error flagrante en la etapa de atención, valoración y diagnóstico de la gestante. Como se aprecia, la única forma de explicar la generación del daño está radicada en la culpa o negligencia de la entidad demandada, por cuanto, según se desprende del acervo probatorio, dada la congestión de la Clínica Rafael Uribe Uribe en la sala de partos, se generó un diagnóstico y orden médica por completo errados, que fueron el factor determinante en

la producción de la muerte de las tres bebés Echeverry Giraldo"³⁷.

Por fuerza de las razones que se dejan expresadas, se impone para la Sala la necesidad de confirmar la sentencia apelada en cuanto declaró la responsabilidad del hospital demandado y, en consecuencia, se procederá a estudiar el reconocimiento de perjuicios deprecado en la demanda y en el recurso de apelación formulado por la parte actora.

2.5.- Indemnización de perjuicios.

2.5.1.- Perjuicios morales.

Encuentra la Sala que el perjuicio moral sufrido por la señora Diana Margoth Vega Medina se encuentra debidamente acreditado tanto con el dictamen de Medicina legal practicado a la referida señora, en el cual se concluyó que padecía de *"perturbación psíquica de carácter permanente"*, como de manera indiciaria, teniendo en cuenta que es un hecho notorio el deterioro grave y progresivo que se produce en las personas afectadas con el virus de inmunodeficiencia humana VIH, hasta llegar a la etapa terminal, denominada SIDA, en la que, además, como consecuencia del daño inmunológico, aparecen síntomas como *"el síndrome febril prolongado, la sudoración nocturna, la diarrea crónica, la pérdida de peso, la candidiasis oral, el zoster externo, los trastornos hematológicos y la leucoplasia peluda, que se presentan individual, simultánea o secuencialmente"*³⁸.

Lo anterior permite inferir, con claridad suficiente que, como consecuencia de la contaminación por VIH de que fue víctima, la señora Diana Margoth Vega Medina sufrió una grave alteración de su forma de vida, que tiene importantes implicaciones en su estado mental y espiritual. En efecto, es lo común, lo esperable y comprensible, que los seres humanos sientan tristeza, depresión, angustia, miedo y otras afectaciones de los sentimientos, cuando ven disminuidas su salud y sus facultades físicas, especialmente cuando la

³⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de agosto de 2009, Expediente 18364, M.P. Enrique Gil Botero.

³⁸ Cfr., VELASQUEZ DE V., Gloria y otro. *Sida. Enfoque integral*. Corporación para Investigaciones Biológicas CIB, Medellín, 1993, p. 17. En sentencia del 29 de enero de 2004, Exp. 18.273. *Ob. cit.*

enfermedad que le fue contagiada a la víctima es de una gravedad mortal como la que se presentó en este caso.

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

“... Es una complicación de la diseminación del SIDA manifestada en la depresión, la culpa, la agresividad, la represión de la sexualidad y los sentimientos de abandono que afectan a los contactos sociales, familiares y sexuales de infectados y enfermos. Incluye también el miedo irracional y disfuncional experimentado por la población general en relación con el SIDA, miedo que obliga a los individuos no (sic) infectados a asumir conductas emocionalmente costosas y, en ocasiones, supremamente penosas para ellos mismos y para los demás”.³⁹

En relación con los aspectos psicológicos del paciente infectado por el HIV, expresan lo siguiente los doctores Velásquez y Gómez:

“Hasta el momento toda persona infectada por el HIV se ve enfrentada inevitablemente a una enfermedad devastadora y mortal.

“(...).

Las reacciones del paciente frente al diagnóstico de infección por el HIV o el SIDA están determinadas por una serie de variables personales desarrolladas a lo largo de su vida, como son edad, sexo, personalidad, religión, habilidades, antecedentes culturales, salud mental, estilo de vida e inteligencia; por aspectos sociales como la familia, las relaciones interpersonales y habilidades de comunicación y por aspectos relacionados directamente con la enfermedad, como el tipo de medicamentos que recibe, la presencia de las complicaciones clínicas, el tipo de seguridad social y la calidad de asistencia, deterioro físico y psicológico y el tiempo de sobrevivencia.

(...) Desde el momento de conocer su diagnóstico, el individuo pasa por diferentes estadios de adaptación que algunos autores han agrupado en cuatro períodos, así: crisis inicial, período de transición, de adaptación y preparación para la muerte”⁴⁰.

Se refieren, luego, estos autores, a varios estadios típicos, que identifican en la siguiente forma: a) estadio de choque; b) estadio de negación; c) estadio de depresión; d) estadio de rabia e ira; e) estadio de negociación; f) estadio de

³⁹ *Ibídem.*

⁴⁰ *Ibídem.*

aceptación; g) estadio de aceptación de la muerte.⁴¹ De ellos se deducen, evidentemente, los diferentes sentimientos que experimenta una persona que padece esta enfermedad tan grave, a lo cual deben sumarse otros aspectos, también valorados por los doctores Velásquez y Gómez, referidos a la alteración de la vida social y a la necesidad de enfrentar la posibilidad de estigmatización y discriminación⁴².

En cuanto al monto a reconocer por indemnización del perjuicio moral, la Sala Plena que integra la Sección Tercera de esta Corporación, en reciente pronunciamiento de unificación jurisprudencial, precisó:

"En criterio de esta Sala, el monto a que hace referencia el artículo 97 ibídem no puede entenderse como una camisa de fuerza, puesto que al margen de que la mencionada disposición sea pertinente para valorar el perjuicio inmaterial en aquellos supuestos en que el daño antijurídico tiene origen en una conducta punible, es preciso indicar que la tasación del mismo dependerá de las circunstancias en que se produjo la lesión o afectación, así como la magnitud de la misma, su gravedad, naturaleza e intensidad y demás factores objetivos. Por consiguiente, el hecho de que el precepto legal haga referencia a un valor determinado, esta circunstancia no puede restringir la autonomía e independencia con que cuenta el juez a la hora de valorar el daño inmaterial padecido, razón por la cual no siempre que el hecho devenga de la comisión de una conducta punible, habrá lugar a decretar una condena por perjuicio inmaterial que ascienda a 1.000 SMMLV"⁴³.

Teniendo en cuenta que la valoración de dichos perjuicios debe ser hecha por el juzgador, en cada caso concreto, según su prudente juicio, en el presente asunto se considera que las graves consecuencias de la infección con el virus de VIH, evidencian el profundo padecimiento moral al que fue sometida la víctima directa, lo cual permite inferir una mayor afectación moral por lo escabroso del suceso, razón por la cual se impone acceder al reconocimiento de una indemnización equivalente al valor de doscientos 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la ejecutoria de esta providencia a favor de la señora Diana Margoth Vega Medina.

⁴¹ *Ibídem*.

⁴² En similares términos consultar, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de enero de 2004, M.P. Dr. Alier Hernández Enríquez.

⁴³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 25 de septiembre de 2013, Exp. 36.460. M.P. Enrique Gil Botero.

2.5.2.- Perjuicio por daño a la salud.

En la demanda la parte actora solicitó que se condenara a la demandada al pago de “perjuicios morales objetivados” en cuantía de \$50'000.000, derivados de las consecuencias psicofísicas que le produjo el contagio del virus de VIH, al tiempo que solicitó el pago de una indemnización por concepto de “perjuicios morales subjetivados” estimados en 1.000 gramos de oro, relacionados con la tristeza, angustia y zozobra que le produjo el contagio de esa enfermedad.

Así las cosas, de una correcta interpretación de las pretensiones de la demanda, estima la Sala que la denominación de perjuicios morales subjetivados que utilizó la demandante se encuentra relacionada o ajustada con lo que la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación anteriormente denominada daño a la vida de relación, perjuicios fisiológicos, alteración grave a las condiciones de existencia y, en la actualidad, denominado daño a la salud, razón por la cual la Sala en aplicación de la primacía del derecho sustancial frente a las formas, estudiará dicha pretensión denominada “perjuicios morales subjetivos”, bajo el título de daño a la salud, comoquiera que el fundamento de dicha pretensión se relaciona con la afectación a sus condiciones psicofísicas como consecuencia del contagio de dicha enfermedad -VIH-, conclusión que se acompasa con el razonamiento que realizó el Tribunal de primera instancia en la sentencia objeto de impugnación al decretar la condena por concepto de daño a la vida de relación en la suma de 100 SMLMV.

Ahora bien, respecto del perjuicio denominado “daño a la salud”, se tiene que de conformidad con la posición jurisprudencial adoptada por la Sección Tercera de la Corporación, cuando el daño antijurídico radica en una afectación psicofísica de la persona, esta debe ser indemnizada bajo el concepto del daño a la salud, entendido este como categoría autónoma de perjuicio. Al respecto la Sala ha discurrido de la siguiente forma⁴⁴:

⁴⁴ Sentencia de unificación del 14 de septiembre de 2011, Exp. 19031, proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. M.P. Enrique Gil Botero.

“Por lo tanto, cuando el daño tenga origen en una lesión corporal (daño corporal), sólo se podrán reclamar y eventualmente reconocer los siguientes tipos de perjuicios –siempre que estén acreditados en el proceso –:

“i) los materiales de daño emergente y lucro cesante;

“ii) y los inmateriales, correspondientes al moral y a la salud o fisiológico, el primero tendiente a compensar la aflicción o padecimiento desencadenado por el daño, mientras que el último encaminado a resarcir la pérdida o alteración anatómica o funcional del derecho a la salud y a la integridad corporal⁴⁵.

“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.

“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 constitucional y fundamental a la salud...

“...Así las cosas, el daño a la salud posibilita su reparación considerado en sí mismo, sin concentrarse de manera exclusiva y principal en las manifestaciones externas, relacionales o sociales que desencadene, circunstancia por la cual este daño, se itera, gana concreción y objetividad en donde las categorías abiertas la pierden y, por lo tanto, permite garantizar los principios constitucionales de dignidad humana y de igualdad material”.

En cuanto a la forma de tasar la indemnización de dicho perjuicio, la Sala acogió que éste consta de un componente objetivo, en el cual se revisa la magnitud de la lesión y otro subjetivo, encaminado al análisis de las

⁴⁵ “Se está en presencia de un nuevo sistema clasificatorio del daño que acepta la existencia de tres modalidades del mismo: los patrimoniales, los morales y el biológico. Diferenciándose el biológico en cuanto al moral en la medida en que el primero es la lesión en sí misma considerada, y otra diferente, son los sufrimientos, el dolor y los afectos que de dicha lesión se pueden derivar, lo que constituiría el efecto o daño moral; sin embargo, ambos hacen parte del daño no patrimonial, esto es, no susceptible de contenido económico.” GIL Botero, Enrique “Daño Corporal – Daño Biológico – Daño a la vida de relación”, pág. 10.

consecuencias que dicho menoscabo causa en cada individuo. Así lo explicó la Sala en aquella oportunidad:

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

“Así las cosas, el daño a la salud permite estructurar un criterio de resarcimiento fundamentado en bases de igualdad y objetividad, de tal forma que se satisfaga la máxima “a igual daño, igual indemnización”⁴⁶.

Así las cosas, la valoración probatoria que debe hacer el juez para acceder al reconocimiento de los perjuicios morales no puede entenderse en forma alguna como una simple verificación de la relación de parentesco de los demandantes, sino que es deber del fallador hacer acopio de todos los elementos probatorios obrantes de manera que verifique la existencia de criterios o referentes objetivos para su cuantificación tales como: *“las características mismas del daño, su gravedad y extensión, el grado de afectación en el caso a cada persona, vale decir, el conjunto de elementos o circunstancias de hecho que enmarcan la situación del demandante afectado, para, por vía del análisis de conjunto, debidamente razonado, llegar a concretar un monto indemnizatorio determinado”⁴⁷.*

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

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

⁴⁶ “En el histórico fallo 184 de 1986 la Corte Constitucional italiana afirmó que el criterio de liquidación que debe adoptarse para el resarcimiento del daño biológico “debe, de un lado, responder a una uniformidad pecuniaria de base (el mismo tipo de lesión no puede valorarse de manera diferente para cada sujeto) y, de otro, debe ser suficientemente elástico y flexible para adecuar la liquidación del caso concreto a la incidencia efectiva de la lesión sobre las actividades de la vida cotidiana, por medio de las cuales se manifiesta concretamente la eficiencia sicofísica del sujeto perjudicado.” ROZO Sordini, Paolo “El daño biológico”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pág. 209 y 210.

⁴⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 23 de agosto de 2012. Exp 24392.

- La anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura corporal o mental.
- La exteriorización de un estado patológico que refleje perturbaciones al nivel de un órgano.
- La reversibilidad o irreversibilidad de la patología.
- La restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria.
- Excesos en el desempeño y comportamiento dentro de una actividad normal o rutinaria.
- Las limitaciones o impedimentos para el desempeño de un rol determinado.
- Los factores sociales, culturales u ocupacionales.
- La edad.
- El sexo.
- Las demás que se acrediten dentro del proceso⁴⁸.

Para la reparación del daño a la salud se reiteran los criterios contenidos en las sentencias de unificación del 14 de septiembre de 2011, exps. 19031 y 38222, proferidas por esta misma Sala, en el sentido de que la regla en materia indemnizatoria, es de 10 a 100 SMMLV, sin embargo en casos de extrema gravedad y excepcionales se podrá aumentar hasta 400 SMMLV, siempre que esté debidamente motivado⁴⁹.

Lo anterior, en ejercicio del *arbitrio iudice*, para lo cual se tendrá en cuenta la gravedad y naturaleza de la lesión padecida, para tal efecto se utilizará –a modo de parangón– los siguientes parámetros o baremos⁵⁰:

GRAVEDAD DE LA LESIÓN	Víctima
Igual o superior al 50%	100 SMMLV
Igual o superior al 40% e inferior al	80 SMMLV

⁴⁸ Referentes para la reparación de perjuicios inmateriales que fueron discutidos y aprobados por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, según consta en acta del 28 de julio de 2014.

⁴⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, exp. 31172, M.P. Olga Mérida Valle de De la Hoz.

⁵⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencias de unificación del 28 de agosto de 2014, Expedientes 31172 y 31170, con ponencia de los Doctores Olga Mérida Valle de De la Hoz y Enrique Gil Botero, respectivamente.

50%	
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60 SMMLV
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40 SMMLV
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20 SMMLV
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10 SMMLV

Ahora bien, para el caso *sub examine*, si bien no se cuenta con el porcentaje exacto de la pérdida de capacidad laboral de la señora Diana Margoth Vega Medina, lo cierto es que teniendo en cuenta las consecuencias de la enfermedad terminal sufrida y su repercusión en su vida diaria, la Sala, como ya en otras oportunidades lo ha hecho⁵¹, acudirá al criterio de la equidad como principio que el ordenamiento jurídico —artículo 16 de la Ley 446 de 1998⁵²— impone tener en cuenta para efectos de reparar de forma integral el daño causado por la acción o la omisión de las autoridades públicas, a cuyo auxilio debe acudir, además, por virtud del denominado principio *pro damnato*, propio del derecho de daños y que sin duda ha de hacer sentir su vigor en escenarios como el del presente caso, en el cual se encuentran acreditados todos los elementos necesarios para imponer al Estado la obligación de reparar el daño antijurídico que causó, pero resulta altamente improbable —por no decir que materialmente imposible— recaudar elementos demostrativos que permitan cuantificar de forma técnica, con apoyo en elementos matemáticos y/o estadísticos, el monto del perjuicio a indemnizar.

⁵¹ Al respecto, ver, entre otras, las siguientes providencias: sentencia de 11 de agosto de 2010, Exp. 18.593, sentencia de 25 de agosto de 2011, Exp. 19.718; sentencia de 7 de julio de 2011, Exp. No. 20.139, sentencia del 21 de marzo de 2012, Exp. No. 22.017.

⁵² Precepto cuyo tenor literal es el siguiente: “Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”.

Establecido lo anterior, procede la Sala, como ya se señaló, con base en la equidad a reconocer la suma de trescientos salarios mínimos legales mensuales vigentes **300 SMLMV** para la señora Diana Margoth Vega Medina.

2.5.3.- Perjuicios materiales.

- Daño emergente

En relación con este perjuicio, la parte actora allegó al proceso varias letras de cambio a nombre de la demandante y de varios de sus familiares, dinero que, según se indicó, fue destinado para los gastos propios y que tuvo que hacer su familia, para atender sus necesidades personales.

Sobre el particular la Sala recuerda que el artículo 1614 del Código Civil define el daño emergente como *“el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento”*.

En tal virtud, como lo ha sostenido reiteradamente la Sección, estos perjuicios se traducen en las pérdidas económicas que se causan con ocasión de un hecho, acción, omisión u operación administrativa imputable a la entidad demandada que origina el derecho a la reparación y que en consideración al principio de reparación integral del daño, consagrado en el artículo 16 de la Ley 446 de 1.998, solamente pueden indemnizarse a título de daño emergente los valores que efectivamente empobrecieron a la víctima o que debieron sufragarse como consecuencia de la ocurrencia del hecho dañoso y del daño mismo.

Debe señalarse que los gastos de manutención del hogar, constituyen erogaciones que no se originan como consecuencia de la enfermedad contagiada a la demandante, sino que surgen de las naturales obligaciones consustanciales a la propia subsistencia y para atender los deberes de manutención de la familia, los cuales, obviamente, son previos y ajenos a la ocurrencia del hecho generador del daño, en tanto no existe relación causal

que los sustente⁵³. Por lo que habrá de negarse el reconocimiento de dicho perjuicio.

De otra parte, no le cabe duda a la Sala que el contagio de VIH a la demandante le ocasionó erogación de gastos para medicamentos y tratamientos; no obstante lo cual, no se arrimó al plenario prueba alguna respecto de los servicios médico asistenciales que requiere, así como tampoco se especificó cuáles eran concretamente los medicamentos o tratamientos que ella necesita, ni mucho menos sobre el costo de aquellos, sin embargo, a partir de la condición particular de su cuadro clínico (infección de VIH), la Sala, con fundamento en las reglas de la experiencia, puede inferir que una persona en tales condiciones requiere de ciertos cuidados especiales, como medicamentos, tratamientos, terapias, etc. Por esta razón, al no existir en el proceso los elementos de juicio necesarios para determinar el daño emergente por ese concepto, deberá acudirse a la condena en abstracto⁵⁴ para que, en incidente posterior de liquidación de perjuicios, se proceda a establecer el monto de dicho perjuicio, de acuerdo con el procedimiento definido en el C. de P. C., y de conformidad con las fórmulas establecidas para ello en la jurisprudencia del Consejo de Estado, en el cual deberán ser allegadas las pruebas que den cuenta de los gastos necesarios a futuro por la citada demandante; dicho monto que resulte probado deberá ser reconocido desde la fecha del contagio de VIH a la señora Diana Margoth Vega Medina hasta el tiempo de su vida probable -64.2 años-⁵⁵ de acuerdo con las tablas de mortalidad aplicables expedidas por la Superintendencia Financiera⁵⁶.

⁵³ En sentencia de 12 de diciembre de 2.005, Expediente 13.558 la Sección señaló que sólo hay lugar a indemnizar los perjuicios que se originen como consecuencia de la medida privativa de la libertad, lo que no ocurre respecto de los gastos y obligaciones ya existentes y que son consustanciales al giro ordinario de la vida familiar. En ese sentido denegó la indemnización solicitadas en la demanda por las cuotas pagadas por un crédito hipotecario de vivienda, las cuotas de administración del apartamento donde residía el procesado, el pago de servicios públicos, los gastos de manutención de uno de los hijos y del hogar, el pago del colegio de otro de los hijos, gastos odontológicos, el salario de la secretaria de la oficina de abogado del procesado y el pago del arrendamiento de la citada oficina, egresos que se dijo, fueron cubiertos con ahorros personales y adquisición de préstamos. Al respecto puede consultarse igualmente la sentencia proferida por esta Subsección el 11 de agosto de 2011, Expediente: 25000-23-26-000-1997-04613-01 (21801).

⁵⁴ El artículo 172 del C. C. Administrativo dispone que: "*La condena al pago de frutos, intereses, mejoras, perjuicios y otros semejantes, cuando su cuantía no hubiere sido establecida en el proceso, se hará en forma genérica, señalando las bases con arreglo a las cuales se hará la liquidación incidental, en los términos previstos en el artículo 178 de este código y 308 del de Procedimiento Civil*".

⁵⁵ En ese mismo sentido consultar, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 11 de agosto de 2011, Exp. 18.861, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁵⁶ De conformidad con la Resolución No. 1515 de 2010, expedida por la Superintendencia Financiera.

- **Lucro cesante.**

Sobre el la aspiración resarcitoria que por ese concepto ha sido planteada, ha de decir la Sala que, en el presente asunto no existe constancia respecto de la incapacidad médico laboral dictaminada a la señora Vega Medina como resultado de la referida enfermedad mortal -VIH-; sin embargo el Instituto Nacional de Medicina Legal de Bogotá mediante informe técnico rendido el 30 de enero de 2008, certificó que la referida persona presenta signos y síntomas de una perturbación psíquica de carácter permanente, razón por la cual entiende la Sala que la señora Diana Margoth Medina, como consecuencia del contagio con dicha enfermedad quedó imposibilitada de realizar actividad productiva alguna, dado el trastorno psíquico de carácter permanente.

Así las cosas, se reconocerá dicho perjuicio desde que la señora Diana Margoth Vega Medina resultó contagiada de la aludida enfermedad hasta su edad probable de vida -64,2 años-⁵⁷, pues hasta esa fecha se entiende que desarrollará algún tipo de actividad productiva.

De otra parte, comoquiera que no se allegó al proceso certificación laboral alguna respecto de la actividad laboral que desarrollaba la señora Vega Medina para el momento de los hechos, la Sala aplicará la presunción en cuya virtud se asume que toda persona que se encuentre en edad productiva - devenga por lo menos el salario mínimo legal vigente⁵⁸.

De conformidad con lo anterior, procederá la Sala a realizar la liquidación de dicho perjuicio. Entonces:

Ingresos de la víctima al momento de su fallecimiento: \$ 286.000.

⁵⁷ De conformidad con la Resolución No. 0497 de 20 de mayo de 1997, expedida por la Superintendencia Bancaria.

⁵⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de abril de 2012. Exp. 23901. Consultar también las sentencias del 23 de mayo de 2012, Exp. 24.861 y sentencia del 19 de julio de 2001, Exp. 13.086 M.P. Alíer E. Hernández, entre otras.

Expectativa de vida total de la víctima: 64.2 años (770,4 meses)⁵⁹

Período consolidado: 157 meses

Período futuro: 613,4

Índice final: septiembre 2012 (último conocido): 117.48

Índice inicial: septiembre de 2001: 66.30

Actualización de la base:

$$RA = VH \frac{\text{ind final (117.48)}}{\text{ind inicial (66.30)}}$$

RA= \$ 506.776

RA = \$ 566.766, que por ser superior al salario mínimo legal mensual que rige para el año 2014 (\$ 616.000), se tomará éste último para la liquidación. Adicionalmente, el mismo será adicionado en un 25% por concepto de prestaciones sociales (\$ 770.000).

Lucro cesante consolidado: Desde la fecha del contagio de la enfermedad (septiembre de 2001) hasta su vida probable, esto es 157 meses, aplicando la siguiente fórmula:

Entonces:

$$Ra = \$ 770.000$$

I = Interés puro o técnico: 0.004867

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

$$S = VA \frac{(1.004867)^{157} - 1}{i}$$

⁵⁹ De conformidad con los registros civiles de nacimiento allegados, se tiene que el señor Luis Parménides Timaná Daza tenía una expectativa de vida menor que la de su cónyuge.

0.004867

$$S = \$ 770.000 \times 234,8728$$

$$S = \$ 180'852.074$$

Futuro: Por el resto del período de vida probable de la víctima directa, esto es 213,24 meses, aplicando la siguiente fórmula:

$$S = VA \frac{(1+0.004867)^n - 1}{i (1+0.004867)^n}$$

$$S = VA \frac{(1.004867)^{613,4} - 1}{i (1.004867)^{613,4}}$$

$$S = VA \frac{1.8160}{0.1370}$$

$$S = \$ 770.000 \times 195,022$$

$$S = \$ 150'167.262$$

Total perjuicios materiales: Trescientos treinta y un millones diecinueve mil trescientos treinta y seis pesos (\$331'019.336).

2.6.- Medidas de reparación integral.

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

significativa a un derecho fundamental de los reconocidos a nivel constitucional y convencional.

En la segunda hipótesis la Sección Tercera ha decretado medidas de rehabilitación, satisfacción o garantías de no repetición, en aras de amparar el núcleo esencial del derecho fundamental que fue gravemente lesionado. Ahora bien, esa vulneración puede estar referida al ámbito subjetivo u objetivo de la correspondiente garantía fundamental⁶⁰. La jurisprudencia de esta Sala ha discurrido sobre el particular, así⁶¹:

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

Definido el anterior panorama, la Sala reitera la jurisprudencia que sobre el particular ha delineado para precisar que, en aquellos eventos en los que sea evidente la alteración grave de un derecho de la persona, es posible que se adopten medidas distintas a la indemnización de perjuicios, todas ellas encaminadas a operar como factores de justicia restaurativa, esto es, como instrumentos que propenden por el restablecimiento objetivo del derecho conculcado⁶². (Negrillas adicionales).

Así las cosas, la Sala a partir de sus pronunciamientos recientes, así como en apoyo de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, considera que, en eventos en los que si bien el daño no provenga de graves violaciones a derechos humanos, de todas formas es posible decretar medidas de

⁶⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2009, exp. 17.794, M.P. Enrique Gil Botero. Ver también, sentencia del 18 de febrero de 2010, Expediente 18.436. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁶¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de agosto de 2009, expediente No. 18364, M.P. Enrique Gil Botero.

⁶² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de agosto de 2009, Exp. 18.364, MP. Enrique Gil Botero.

satisfacción, conmemorativas o garantías de no repetición, siempre y cuando sean necesarias las mismas para restablecer el núcleo o dimensión objetiva de un derecho humano que ha sido afectado por una entidad estatal.

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

En el caso concreto es evidente la falta de diligencia de la entidad demandada, y la forma desentendida y gravemente anormal como se manejó la trasfusión de sangre a la paciente, lo que quedó acreditado desde el mismo daño excepcional irrogado que afectó de manera grave la dimensión objetiva del derecho a la salud, más aún si se tiene en cuenta que las graves consecuencias de dicha enfermedad.

Así pues, en el caso concreto se desconoció la dimensión objetiva de los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la integridad de la señora Diana Margoth Vega Medina, pues faltó a su posición de garante derivada de sus obligaciones de análisis y control médico respecto de la sangre que fue transfundida a la referida persona, lo cual produjo finalmente las nefastas consecuencias descritas en la presente sentencia.

En ese orden, en la parte resolutive del fallo se dispondrá la adopción de la siguiente medida:

Como medida de no repetición⁶³, se ordenará enviar copia íntegra y auténtica de esta providencia al Ministerio de Salud y a la Superintendencia Nacional de

⁶³ Acerca de la Garantía de No Repetición, a la que se alude en la presente providencia, se ha hecho referencia dentro del siguiente contexto: *"En cuanto a la obligación de no repetición: El Estado está obligado, "en virtud de los deberes generales de respetar los derechos y adoptar disposiciones de derecho interno (Arts. 1.1 y 2 de la Convención) a adoptar las medidas necesarias para asegurar que violaciones como la que han sido declaradas en la presente sentencia no se producirán de nuevo en su*

Salud para que establezcan un link sus páginas web, con un encabezado apropiado en el que se pueda acceder al contenido magnético de esta providencia, y mantendrán el acceso al público del respectivo vínculo durante un período de 6 meses que se contarán desde la fecha en que se realice la respectiva carga de la información en la página web de esa institución.

Respecto de dicha orden, debe precisarse que la misma no implica, en modo alguno, pronunciamiento de responsabilidad en contra de estas entidades, toda vez que no son parte en el proceso; por ende, se insiste, el único propósito de la medida consiste en la divulgación pedagógica, a efectos de que situación como la descrita en la sentencia no se vuelva a repetir.

2.7.- Condena en costas.

Comoquiera que para el momento en que se profiere este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, debido a que ninguna procedió de esa forma en el *sub lite*, no habrá lugar a su imposición.

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

FALLA

PRIMERO: MODIFÍCASE la sentencia proferida el 4 de marzo de 2010, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, la cual quedará así:

jurisdicción". Este deber casi siempre aparece expresado en la parte de la sentencia relativa a las reparaciones, porque de cierta manera es una forma de reparación "erga omnes", ya que se ordena en beneficio de todas las personas que se encuentran dentro de la jurisdicción del Estado. Este deber de no repetición se desprende directamente de las obligación de garantizar los derechos contenida en el Art. 1.1 de la CADH, por lo tanto no es esencial que la Corte Interamericana lo reafirme en las reparaciones, el Estado debe tomar por iniciativa propia todas aquellas medidas necesarias para que los hechos violatorios no se vuelvan a repetir en su territorio, en virtud de la obligación contenida en el mencionado Art. 1.1 y del principio Pacta Sunt Servanda contenido en el Art. 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados". Pizarro Sotomayor Andrés y Méndez Powell Fernando, Manual de Derecho Internacional de Derechos Humanos, Primera Ed., Universal Books, Ciudad de Panamá, 2006, pág. 28.

1º.- Declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del Departamento de Cundinamarca, de conformidad con la parte motiva de la presente providencia.

2º.- Declarar no probada la excepción de falta de presupuesto procesal de la demanda en forma, formulado por el Hospital demandado, de conformidad con lo expuesto en la presente sentencia.

3º.- Declarar no probada la excepción de falta de integración del contradictorio, formulado por el Hospital demandado, de conformidad con lo expuesto en la presente sentencia.

4º.- Declarar que el Hospital Pedro León Álvarez Díaz de La Mesa, Cundinamarca, es responsable de los daños sufridos por la demandante, de conformidad con lo analizado en la parte motiva de este proveído.

5º.- Condenar al Hospital Pedro León Álvarez Díaz de la Mesa, Cundinamarca, a pagar a Diana Margoth Vega Medina la suma de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de daño moral.

6º.- Condenar al Hospital Pedro León Álvarez Díaz de La Mesa, Cundinamarca, a pagar a Diana Margoth Vega Medina la suma de trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por concepto de daño a la salud.

7º.- Condenar al Hospital Pedro León Álvarez Díaz de La Mesa, Cundinamarca, a pagar a Diana Margoth Vega Medina la suma de trescientos treinta y un millones diecinueve mil trescientos treinta y seis pesos (\$331'019.336), por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante.

8º.- Condénase en abstracto al Hospital Pedro León Álvarez Díaz de La Mesa, Cundinamarca, al pago de los perjuicios materiales, en la modalidad de daño emergente, a favor de la señora Diana Margoth Vega Medina, los cuales se liquidarán mediante incidente. El monto que resulte probado será reconocido desde el 1º de septiembre de 2001 hasta su vida probable (64.2 años).

9º.- Como medida de no repetición, se ordenará enviar copia íntegra y auténtica de esta providencia al Ministerio de Salud y a la Superintendencia Nacional de Salud para que establezcan un link sus páginas web, con un encabezado apropiado en el que se pueda acceder al contenido magnético de esta providencia, y mantendrán el acceso al público del respectivo vínculo durante un período de 6 meses que se contarán desde la fecha en que se realice la respectiva carga de la información en la página web de esa institución.

SEGUNDO: DENIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

TERCERO: CÚMPLASE lo dispuesto en esta providencia, en los términos establecidos en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

CUARTO: Sin condena en costas.

QUINTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento y expídanse a la parte actora las copias auténticas con las constancias de las que trata el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y PUBLÍQUESE

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA