



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

Ibagué, veintiuno (21) de febrero de dos mil veinte (2020)

Medio de control: Reparación Directa
Demandante: José Germán Moreno Pineda y otros
Demandado: Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E
Radicación: 73001-33-33-003-2016-00191-00

ASUNTO

Procede este Juzgado a emitir sentencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, dentro del presente medio de control de Reparación Directa impetrado por José Germán Moreno Pineda en nombre propio y en representación de su menor hija Karen Jiménez Moreno Usma, Blanca Ibetd Usma Hernández, Niyireth Moreno Usma, Germán Augusto Moreno Usma y Sandra Jhoana Moreno Usma, actuando por intermedio de apoderado judicial, en contra del Departamento del Tolima – Secretaría de Salud Departamental, el Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E y Asmet Salud E.P.S. S.A.S.

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES

Que se declare administrativa y patrimonialmente responsables al Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E. y a Asmet Salud E.P.S.-S¹, por los perjuicios ocasionados a los demandantes por la muerte de Leidy Lorena Moreno Usma.

Que se condene a las demandadas al pago de todos los perjuicios morales y el daño a la salud, los cuales se detallan como pretensión en la estimación razonada de la cuantía.

Que la condena sea actualizada y se condene en costas y agencias en derecho a la parte demandada.

2. HECHOS.²

Los hechos en que se fundaron las pretensiones de la demanda se sintetizan así:

1. Que la señorita Leidy Lorena Moreno Usma de 23 años de edad, afiliada a la EPS Asmet Salud, era paciente del Hospital Federico Lleras Acosta por aproximadamente 11 años por el servicio de neurocirugía, debido a sus diagnósticos de "*epilepsia e hidrocefalia*", quien requirió tratamiento quirúrgico con derivación ventrículo peritoneal para atender su patología.
2. Que el 26 de septiembre de 2013, la paciente fue ingresada al Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E por presentar somnolencia, cefalea y episodios eméticos,

¹ Aunque la demanda se dirige en contra del Departamento del Tolima también, en el acápite de pretensiones no se elevan solicitudes en su contra.

² Ver folios 76-79 cuaderno principal

- siendo valorada por el servicio de neurología quien ordenó hospitalización, dejándose anotado en la historia clínica, que el 17 de septiembre de 2013 se le había manipulado la derivación ventrículo peritoneal y drenado un hematoma cerebral.
3. Que el 27 de septiembre de 2013, al ser valorada por el servicio de neurocirugía, Leidy Lorena Moreno Usma fue diagnosticada con "neumoencéfalo", sin embargo estaba hemodinámicamente estable, sin signos de respuesta inflamatoria sistémica, siendo solicitada una nueva válvula por el médico.
 4. Que el 1º de octubre de 2013, la Junta de Neurocirugía estudió el caso de Leidy Lorena y decidieron practicar una Resonancia Cerebral con medio de contraste (Gadolinium), valoración por otorrinolaringología y tomografía de senos paranasales.
 5. Que el 2 de octubre fue valorada por neurocirugía, que consideró que por imposibilidad para cumplir con lo decidido por la Junta, se debía remitir.
 6. Que el 3 de octubre fue valorada por el servicio de otorrinolaringología, que le diagnosticó un "neumoencéfalo" y consideró manejo quirúrgico junto con neurología.
 7. Que durante su hospitalización estuvo hemodinámicamente estable, sin signos de dificultad respiratoria, sin signos de respuesta inflamatoria sistémica, siendo intervenida quirúrgicamente el día 10 de octubre de 2013 únicamente por la especialidad de neurocirugía y fue ingresada a la unidad de cuidados intermedios con diagnósticos de "síndrome alteración de la conciencia, postoperatorio de ventriculostomía, hidrocefalia, neumoencéfalo, disfunción de válvula ventrículo peritoneal y epilepsia, solicitándose una tomografía de control en la que se evidenció ventriculomegalia sin neumoencéfalo.
 8. Que el día 13 de octubre se dejó consignado "insuficiencia respiratoria", encontrándola en condiciones regulares.
 9. Que luego, el día 14 de octubre, la paciente Leidy Lorena Moreno Usma empezó a presentar un "delirium hipoactivo".
 10. Que al siguiente día, esto es el 15 de octubre, la Junta de neurocirugía decidió realizar la cirugía de derivación ventrículo atrial y retiro de la ventriculostomía, igualmente fue valorada por psiquiatría quien encontró a la paciente con "delirium multifactorial, trastorno mental y comportamiento secundario a lesión cerebral", así mismo fue valorada por el médico internista, quien la encontró somnolienta, pálida, hipotensa y con dificultad respiratoria.
 11. Que pese al diagnóstico de psiquiatría, la paciente no estaba inmovilizada y siendo las 23:59 se auto retiró la sonda de ventriculostomía.
 12. Que el 17 de octubre la paciente fue llevada a cirugía de ventriculostomía, estando los dos días siguientes estable, aunque presentó cifras tensionales altas, igualmente fue ordenada por parte del médico psiquiatra la inmovilización permanente de sus miembros superiores.
 13. Desde el día 21 de octubre, la paciente Leidy Lorena presentó un deterioro en su salud, se evidenciaron signos meníngeos con líquido cefalorraquídeo sugestivo de proceso infeccioso, insuficiencia respiratoria aguda, neumotórax derecho, se le realizó una toracostomía cerrada derecha por un neumotórax

ipsilateral el día 25 de octubre y se inició antimicrobiano, al dar positivo el examen de procalcitonina, indicativo de un proceso infeccioso.

14. Que el día 26 de octubre, la paciente presentó deterioro con hipoactividad, hemiparesia derecha, mutismo y evidenció válvula de derivación peritoneal colapsada, consignándose por parte del médico tratante como diagnóstico: neumotórax iatrogénico, sepsis severa, foco no definido (cultivos de sangre germen gram negativo) y toracostomía cerrada derecha por neumotórax traumático.
15. Que el 27 de octubre de 2013 salieron los reportes de hemocultivos, los cuales fueron positivos para "*pseudomona aeruginosa multiresistente y urocultivo con klebsiella pneumoniae multiresistente*", gérmenes que son unos patógenos de origen intrahospitalario, por tanto se estableció el diagnóstico de sepsis bacteriana por pseudomona aureginosa multiresistente e infección urinaria pseudomona y klebsiella y durante los días 28, 29, 30 y 31 de octubre, la paciente continuó en manejo sin cambios en los diagnósticos, con imposibilidad para garantizar el tratamiento completo con el antimicrobiano "Doripenem".
16. Que el 1º de noviembre de 2013, la paciente Leidy Lorena Moreno Usma presentó un edema y luxación de la articulación glenohumeral del brazo izquierdo, solicitándose por ello valoración por ortopedia, evidenciándose deformidad en hombro izquierdo sin causa de origen claramente establecido, no lográndose reducción de la luxación cerrada y fue programada reducción abierta, documentándose fiebre el día 2 de noviembre.
17. Que durante los días 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9 de noviembre de 2013, la paciente presentó picos febriles y continuó manejo médico a la espera de lograr sala para realizar el procedimiento de reducción abierta de luxación.
18. Que desde el 10 al 16 de noviembre de 2013, la paciente continuó con ventilación mecánica, siguiendo con los mismos diagnósticos, sin embargo, el día 17 del mismo mes se adicionó el de shock séptico por pseudomona multiresistente, continuó con picos febriles y presentó celulitis en el hombro izquierdo.
19. Que desde el 20 de noviembre al 3 diciembre de 2013, la joven Leidy Lorena continúa en cuidados coronarios con diagnósticos de "*Insuficiencia respiratoria aguda, sepsis por pseudomona aureginosa multiresistente, celulitis y luxación de hombro izquierdo, postoperatorio de retiro de derivación ventrículo atrial más ventriculostomía, zona de presión sacra y talón, desnutrición y disfunción de ventriculostomía, desnutrición crónica, pie caído bilateral y anemia, meningitis*".
20. Que entre el 7 de diciembre de 2013 al 12 de enero de 2014, la paciente continuó con diagnósticos de "*insuficiencia respiratoria aguda, neuroinfección, epilepsia, hidrocefalia, desnutrición crónica y luxación de hombro izquierdo*".
21. Que el día 12 de enero de 2014, la paciente ingresó a hospitalización por sepsis de pseudomona aureginosa multiresistente, hidrocefalia obstructiva, disfunción de válvula ventriculoperitoneal, epilepsia, postoperatorio tardío de ventriculostomía y tocarostomía derecha por derivación ventrículo atrial y micosis urinaria; ingresó para manejo por neurocirugía, siéndole practicada el día 16 de enero de 2014 la ventriculostomía con derivación ventrículo peritoneal y fue trasladada a la unidad de cuidados intensivos, pero ingresó en estado de coma, dejándose consignados como diagnósticos: "*insuficiencia respiratoria aguda, hidrocefalia obstructiva, post operatorio derivación ventrículo peritoneal epilepsia,*

ulceras por decúbito, pie caído, luxación de hombro izquierdo, desnutrición, neuroinfección por pseudomona multiresistente, manejo de traqueotomía y micosis urinaria.

22. Que el día 7 de marzo de 2014, la condición de salud de la joven empeoró y finalmente el 8 del mismo mes y año falleció.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Asmet Salud EPS SAS³

Mediante apoderado judicial, la Entidad Promotora de Salud manifestó que se opone a las pretensiones de la demanda, indicando que no se le puede endilgar responsabilidad alguna y que en un escenario de hipotética responsabilidad, el valor a reconocer por concepto de perjuicios morales no sería el indicado en la demanda sino que habría que tenerse en cuenta lo señalado por el Consejo de Estado, además que no hay lugar a reconocimiento alguno por concepto de daño a la salud.

Afirmó que un requisito sine qua non para que se hable de falla del servicio, es que la acción u omisión sea atribuible a una entidad de derecho público, situación que no se presenta frente a la entidad, pues esta es una entidad de derecho privado, por tanto, no se pueden aplicar los contenidos propios de la teoría de responsabilidad.

Adujo igualmente que de la demanda se desprende que al parecer de los actores, las fallas en el servicio médico que derivaron en la muerte de Leidy Lorena Moreno Usma, son atribuibles al Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E., sin embargo acotó que dicha ESE brindó por más de 6 meses la atención médica a la paciente, y que la misma se hizo conforme las necesidades que presentaba la paciente y los medios disponibles, siendo valorada por médicos especialistas y personal de enfermería, se le efectuaron los exámenes de ayudas diagnósticas, servicio de fisioterapia, se le brindaron medicamentos e insumos, se practicaron complejos procedimientos quirúrgicos, se hospitalizó en cuidados intensivos, es decir que la prestación de servicios se dio con diligencia y conforme las exigencias del ordenamiento jurídico.

Señaló que no existe relación de causalidad entre los actos imputados y el daño presuntamente causado a los actores, pues los mismos fueron desplegados por las entidades demandadas en el ámbito de sus competencias, es decir, que no existe una conducta antijurídica desplegada por Asmet Salud EPS que haya generado el presunto daño alegado en el caso de marras.

Además, manifestó que la entidad promotora de salud emitió sendas autorizaciones de todos los servicios que demandó la afiliada, cumpliendo con ello, las obligaciones legales frente a la garantía de la prestación de los servicios incluidos dentro del plan obligatorio de salud y por tanto no existe un incumplimiento legal de la entidad que tenga nexo causal con el presunto daño alegado por la parte actora.

Con base en lo anterior, propuso como excepciones de mérito, las que denominó *"Inaplicación de responsabilidad por falla del servicio en virtud de que Asmet Salud EPS es una entidad de derecho privado", "inexistencia de actuación antijurídica en la prestación de los servicios de salud requeridos por Leidy Lorena Moreno Usma", "inexistencia de responsabilidad civil atribuible a Asmet Salud ESS EPS en virtud de la inexistencia de actuación antijurídica atribuible a ella y en consecuencia, del nexo causal entre el acto imputado y el daño causado", "inexistencia de responsabilidad de Asmet Salud EPS respecto de la calidad de los servicios prestados en la ESE Hospital Federico Lleras Acosta en virtud de que mi representada actúo con*

³ Folios 503-550 cdo. principal

MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: JOSÉ GERMÁN MORENO PINEDA Y OTROS
DEMANDADO: HOSPITAL FEDERICO LLERAS ACOSTA Y OTROS
RADICACIÓN: 73001-33-33-003-2016-00191-00

diligencia y obediencia legal al momento de la contratación con dicha institución”, “inexistencia de solidaridad entre Asmet Salud EPS y la ESE Hospital Federico Lleras Acosta sobre el presunto daño causado a Leidy Lorena Moreno Usma”, “inexistencia de responsabilidad atribuible a Asmet Salud EPS frente a la infección nosocomial presuntamente adquirida por Leidy Lorena Moreno Usma en la ESE Hospital Federico Lleras Acosta en razón a que el control de dicho riesgo se encontraba a cargo de la ESE y del Departamento del Tolima”, “falta de legitimación en la causa por pasiva material debido a que mi presentada no participó en la presunta falla” y “prescripción ”, las cuales sustentó con los argumentos antes expuestos.

La entidad procedió a llamar en garantía al **Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E** quien se pronunció sobre el llamamiento en garantía en escrito visible a folios 91 a 95 del cuaderno que lleva el mismo nombre, indicando que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda y del llamamiento, bajo los mismos argumentos y manifestando que se ratifica en las excepciones que en la contestación de la demanda inicial y que se sintetizan a continuación.

Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E.⁴

Mediante apoderado judicial, la demandada se opuso a las pretensiones de la demanda, por considerar que no hay responsabilidad del Hospital por falla del servicio, ni por el fallecimiento de la paciente, teniendo en cuenta que a la paciente se le prestaron los servicios médicos necesarios según el nivel de complejidad de la institución y acordes con su patología de base (hidrocefalia obstructiva), a pesar de la larga estancia en hospitalaria y todo el manejo integral recibido en la institución.

Afirmó que de acuerdo con la historia clínica se observó que la entidad realizó todo lo concerniente a lo que en su obligación era pertinente referente al tratamiento y cuidado de la patología, lo que nunca puede garantizar la total recuperación de la paciente.

Manifestó igualmente que si bien es cierto que en el curso de la atención prestada a Leidy Lorena Moreno Usma se efectivizó un año, materializado en su fallecimiento, tal circunstancia no puede ser atribuible al Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E., dado que no se encontró un accionar de la administración que pueda ser tenido como la causa efectiva del mismo, rompiéndose así el nexo de causalidad entre el hecho dañoso cuya indemnización se reclama y la actividad de la administración pública estatal, lo que impide que este último pueda ser llamado a responder, dado que no existe conexidad alguna.

Formuló las excepciones previas de *“falta de competencia del Juez Administrativo del Circuito de Ibagué”* y *“falta de legitimación en la causa por pasiva”*

Igualmente propuso como excepciones de mérito las que denominó *“inexistencia de la obligación de indemnización por no configurarse mala praxis médica”, “inexistencia de un nexo causal y ausencia de culpa institucional”*.

Igualmente procedió a llamar en garantía a **La Previsora S.A. Compañía de Seguros**, que se pronunció a folios 49-53 del cuaderno que se abrió, oponiéndose a las pretensiones de la demanda con el planteamiento de las excepciones que tituló *“inexistencia de los elementos estructurales de la responsabilidad”, “inexistencia del daño”, “inexistencia de mala atención médica o mala praxis médica”, “inexistencia y falta de acreditación de la obligación que se pretende se indemnice”, “inexistencia de*

⁴ Folios 606-671 cdo. principal

A partir de la disposición constitucional trascrita, la jurisprudencia y la doctrina contencioso administrativa han desarrollado distintos regímenes de responsabilidad imputables al Estado, como (i) el subjetivo, que se basa en la teoría de la falla del servicio y (ii) el objetivo, que obedece a diferentes situaciones en las cuales la entidad estatal está llamada a responder, por un lado, con ocasión del ejercicio de actividades peligrosas o la utilización de elementos de la misma naturaleza, caso en el cual se habla del régimen del riesgo excepcional, y por otro, debido a la ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas, caso en el cual estamos en presencia del régimen del daño especial, por ende, corresponde determinar en cada caso, el régimen de responsabilidad aplicable.

En el caso concreto, la parte actora en sus pretensiones solicita que se declare que la demandada incurrió en falla del servicio médico asistencial- que desencadenó en la muerte de la joven Leidy Lorena Moreno Usma (q.e.p.d.).

Bajo ese hilo conductor, sea que el daño se trate de la muerte o la pérdida de oportunidad que se aduce en los alegatos de la parte actora, es claro para el Despacho que el título de imputación que inicialmente se ajusta a las pretensiones de la demanda es el de **falla del servicio**, para lo cual le corresponde a la parte accionante, demostrar la ocurrencia de todos los elementos integradores de este tipo de responsabilidad, esto es, i) un daño antijurídico que configure lesión o perturbación de un bien jurídicamente tutelado, ii) una falla en la prestación del servicio por retraso, irregularidad, ineficiencia, omisión o ausencia del mismo, y iii) Un nexo de causalidad entre la falla o falta de prestación del servicio a que la Administración está obligada y el daño.

3.2. DE LA FALLA PROBADA DEL SERVICIO EN LOS CASOS DE RESPONSABILIDAD MÉDICA.

En relación a la responsabilidad por perjuicios causados con ocasión de la prestación de servicios médicos, la Sección Tercera del Consejo de Estado, luego de diversas posturas jurisprudenciales, ha señalado que el régimen de responsabilidad aplicable es el de falla probada del servicio

Es así que dicho cuerpo colegiado en sentencia del 24 de julio de 2013 dentro del expediente No. 25000-23-26-000-2000-01412-01 Numero interno 30309, adujo que *“La Responsabilidad por falla médica ha evolucionado a lo largo de los años, pasando desde el régimen de falla probada del servicio, la falla presunta del servicio, la carga dinámica de la prueba y en el año 2006, mediante Sentencia del 31 de agosto, volvió al régimen de falla probada, en razón de la complejidad de los temas médicos y la dificultad para las instituciones públicas en el ámbito probatorio, debido al tiempo que transcurre y la cantidad de casos que manejan”,* razón por la cual actualmente en *“los casos de falla médica son revisados actualmente bajo el régimen de la falla probada del servicio, en el cual no solo debe demostrarse la existencia de un daño, sino también su imputabilidad a la entidad que se demanda”*.

Es que a voces del Consejo de Estado, en materia de responsabilidad médica, la presunción de la falla del servicio eliminaría del debate probatorio asuntos de suma importancia, como la distinción de hechos que pueden calificarse como omisiones, retardos o deficiencias, así como aquellos que puedan ser efectos de la misma enfermedad que sufra el paciente; por tanto, trasladar al Estado la carga de desvirtuar dicha presunción, en una materia sumamente compleja, donde el paso del tiempo y las condiciones de masa (impersonales) en las que se presta el servicio en las instituciones públicas hacen muy compleja la demostración de todos los actos en los que este se materializa. Y es que el sólo transcurso del tiempo entre el momento en que se presta el servicio y aquél en el que la entidad

MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: JOSÉ GERMÁN MORENO PINEDA Y OTROS
DEMANDADO: HOSPITAL FEDERICO LLERAS ACOSTA Y OTROS
RADICACIÓN: 73001-33-33-003-2016-00191-00

debe ejercer su defensa, aunado además a la imposibilidad de establecer una relación más estrecha entre médicos y pacientes, hace más difícil para la entidad que para el paciente acreditar las circunstancias en las cuales se prestó el servicio.

Por consiguiente, determina el Consejo de Estado que debe ser una exigencia institucional, llevar de forma clara y completas las historias clínicas de manera tal "(...) *que su solo estudio permita al juez, con la ayuda de peritos idóneos (...)*" establecer si hubo o no responsabilidad estatal en los daños que invoquen sufrir los pacientes como consecuencia de la prestación de un servicio médico.

3.3. DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR INFECCIONES INTRAHOSPITALARIAS

(Extractado de la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 18 de mayo de 2017 dentro del expediente No. 73001-23-31-000-2006-01328-01(36565) , con ponencia del Consejero Jaime Orlando Santofimio Gamboa).

A pesar de que la tesis imperante en materia de responsabilidad médico asistencial, es la de la falla probada, el Consejo de Estado ha venido considerando y es criterio vigente, que la adquisición de estas infecciones por los pacientes, se dan en el marco de una actividad peligrosa, que no radica propiamente en la prestación de los servicios médicos, sino en la **hospitalización** y por ende, que las infecciones nosocomiales son un riesgo alea, que considera el Consejo de Estado, es el más apropiado "*para imputar jurídicamente responsabilidad a la Administración por los daños derivados de infecciones intrahospitalarias, teniendo en cuenta que esta categoría de riesgo toma en consideración la probabilidad de que "cierto tipo de actividades o procedimientos, pueden dar lugar, quizás con la ineludible mediación del azar o de otro tipo de factores imprevisibles, a la producción de daños sin que medie asomo alguno de culpa"*⁷.

En tal virtud, sin desplazar la aplicación de la falla en el servicio como factor subjetivo de imputación cuando se encuentre probada, en los casos de infecciones intrahospitalarias, se debe aplicar el régimen objetivo de responsabilidad por riesgo excepcional.

Así, por ejemplo, en sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera del año 2009, se dijo:

*"... Se hace claridad en que los daños derivados de: **infecciones intrahospitalarias o nosocomiales**, la aplicación de vacunas, el suministro de medicamentos, o el empleo de métodos terapéuticos nuevos y de consecuencias poco conocidas todavía, **constituyen daños antijurídicos que tienden a ser imputados o endilgados desde una perspectiva objetiva de responsabilidad, razón por la que no tendrá relevancia jurídica la acreditación de que la entidad hospitalaria actuó de manera diligente o cuidadosa, sino que lo determinante es la atribución fáctica o material del daño en cabeza del servicio médico y sanitario brindado, asociado con el factor de riesgo que conllevan las mencionadas circunstancias**"⁸ (subrayas y negrillas de la sentencia que se extracta).*

Posteriormente, en sentencia de 2011 de la misma Sección Tercera, se enlistaron -a título ilustrativo-, los eventos susceptibles de ser estudiados bajo el régimen objetivo de responsabilidad, por tratarse de actividades peligrosas:

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera - Subsección B, sentencia del 29 de agosto de 2013, Exp. 30.283, M.P. Danilo Rojas Betancourt.

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de agosto de 2009, Exp. 17.333, M.P. Enrique Gil Botero.

“i) Aquellos eventos que implican la manipulación de cosas peligrosas, o que el procedimiento o el tratamiento empleado entrañe peligro, pero siempre y cuando la herramienta riesgosa cause el daño de manera directa o por ella misma, pues si la lesión es producto de una ejecución irregular del acto médico, aunque medie un instrumento que represente peligro o riesgo, el caso específico estará regido por la responsabilidad subjetiva o culposa;

ii) Cuando respecto de un medicamento, tratamiento o procedimiento que implica o conlleva un progreso en la ciencia y, por lo tanto, se considera novedoso, se desconocen las consecuencias o secuelas a largo plazo del mismo;

iii) Cuando en el acto médico se emplean químicos o sustancias peligrosas (v.gr. eventos de medicina nuclear);

iv) En supuestos de vacunas porque se asume de manera implícita su eventual peligrosidad y reacciones adversas en los diferentes organismos y;

v) Cuando el daño es producto de una infección nosocomial o intrahospitalaria”⁹ (subrayas y negrillas de la sentencia que se extracta).

Luego entonces, bajo los criterios imperantes al interior del órgano de cierre, para que se declare la responsabilidad patrimonial del Estado en casos de infección nosocomial, se requiere que quien alega haber sufrido el perjuicio, acredite que la infección que afectó a la víctima fue adquirida en el centro hospitalario o asistencial o que se produjo como consecuencia de un procedimiento médico, sin que en tal evento resulte necesario probar que la entidad demandada falló en la prestación del servicio, pues lo determinante no es la culpa, sino la antijuridicidad del daño.

De igual forma, se debe indicar que en estos eventos, la entidad demandada solo se exonerará, cuando pruebe que la infección nosocomial se dio por una causa extraña, esto es, una fuerza mayor o el hecho determinante y exclusivo de la víctima, que es el caso por ejemplo, de las infecciones de tipo endógeno u originadas por el cuerpo del paciente, o también, cuando exista el hecho de un tercero.

3.4. DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD (Extractado de la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 5 de abril de 2017 dentro del expediente No. 17001-2331-000-2000-00645-01 con número interno 25706, con ponencia del Consejero Ramiro Pazos Guerrero).

En relación a la responsabilidad por perjuicios causados con ocasión de la pérdida de oportunidad en la prestación de servicios médicos, el Consejo de Estado, indicó que:

“[...] la pérdida de oportunidad es un fundamento de daño, que si bien no tiene todas las características de un derecho subjetivo, autoriza a quien ha sido objeto de una lesión a su patrimonio -material o inmaterial- a demandar la respectiva reparación, la cual será proporcional al coeficiente de oportunidad que tenía y que injustificadamente perdió. Aquí el objeto de reparación no es, en sí, la ventaja esperada o el menoscabo no evitado sino, únicamente, la extinción de una expectativa legítima, esto es, la frustración de la oportunidad en sí misma, pues si el beneficio o el mal que se quería eludir estuvieran revestidos de certeza no se podría hablar del daño consistente en la pérdida de una oportunidad, sino del daño frente a un resultado cierto cuya reparación es total y no proporcional: se repara la pérdida del chance, no la pérdida del alea.

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Subsección C, sentencia del 24 de marzo de 2011, Exp. 20836, C.P. Enrique Gil Botero.

Por lo anterior, la Sala considera que el fundamento de la pérdida de oportunidad como daño autónomo, cuenta con dos componentes, uno de certeza y otro de incertidumbre: el primero, se predica respecto de la existencia de la expectativa, toda vez que esta debe ser cierta y razonable, al igual que respecto a la privación de la misma, pues en caso de no haber intervenido el hecho dañino infligido por el tercero, la víctima habría conservado incólume la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de evitar un menoscabo; y, el segundo, respecto a la ganancia esperada o el perjuicio que se busca evitar, pues no se sabe a ciencia cierta si se hubiera alcanzado o evitado de no haberse extinguido la oportunidad. Y es frente al primer componente que la pérdida de oportunidad cimienta no solo el carácter cierto y actual del daño sino que es el eje sobre el que rota la reparación proveniente de la lesión antijurídica a una expectativa legítima”.

Elementos

En la referida sentencia del 5 de abril de 2017, el órgano de cierre modificó y precisó los elementos constitutivos del daño de pérdida de oportunidad, siendo estos i) Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado, es decir, la incertidumbre respecto a si el beneficio o perjuicio se iba a recibir o evitar; ii) Certeza de la existencia de una oportunidad; iii) Certeza de que la posibilidad de adquirir el beneficio o evitar el perjuicio se extinguió de manera irreversible del patrimonio de la víctima; definiendo cada uno de estos elementos, así:

“Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado. En primer lugar, para determinar si se está en presencia de un daño de pérdida de oportunidad, es necesario establecer que, en efecto, **el titular de la expectativa legítima se encontraba, para el momento en que ocurre el hecho dañino, en una situación de incertidumbre de recibir un beneficio o una ventaja esperada, o de evitar un perjuicio indeseado.** La oportunidad debe encontrarse en un espacio caracterizado por no existir certeza de que su resultado habría beneficiado a su titular, pero tampoco en el que sólo exista la conjetura de una mera expectativa de realización o evitación. Si se tiene certeza sobre la materialización del resultado final, no es posible hablar del daño consistente en la pérdida de oportunidad sino de la privación de un beneficio cierto, o si se trata de una mera conjetura o ilusión, tampoco habría lugar a la configuración de una oportunidad por no tener la intensidad suficiente para convertirse en una probabilidad razonable de alcanzarse o evitarse. Así, el requisito de la “aleatoriedad” del resultado esperado tiene enormes incidencias en el plano de la indemnización, ya que si se trata de la infracción a un derecho cierto que iba a ingresar al patrimonio de la víctima o frente al cual se debía evitar un menoscabo, su indemnización sería total, mientras que si el truncamiento es solo respecto de la expectativa cierta y razonable de alcanzar o evitar un resultado final, la posibilidad truncada sería indemnizada en menor proporción.

(...)

Certeza de la existencia de una oportunidad. En segundo lugar se debe constatar que, en efecto, existía una oportunidad que se perdió. La expectativa legítima debe acreditar inequívocamente la existencia de “una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente” de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido incólume la expectativa de obtener el beneficio o de evitar el detrimento correspondientes.

Pérdida definitiva de la oportunidad. En tercer lugar se debe acreditar la imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento. Es indispensable que se tenga la certeza de que la posibilidad de acceder al beneficio o evitar el perjuicio fue arrancada definitivamente del patrimonio -material o inmaterial- del individuo tornándola en inexistente, porque si el beneficio final o el perjuicio eludido aún pendiera de la realización de una condición futura que conduzca a obtenerlo o a evitarlo, no sería posible afirmar que la oportunidad se perdió, ya que dicha ventaja podría ser aún lograda o evitada y, por ende, se trataría de un daño

hipotético o eventual; dicho de otro modo, si bien se mantiene incólume la incertidumbre respecto de si dicho resultado se iba a producir, o no, la probabilidad de percibir el beneficio o de evitar el perjuicio sí debe haber desaparecido de modo irreversible, en la medida en que si el resultado todavía puede ser alcanzado, el "chance" aún no estaría perdido y, entonces, no habría nada por indemnizar.

4. DEL CASO EN CONCRETO.

Decantados los parámetros jurisprudenciales actualmente imperantes y que resultan aplicables para resolver los problemas jurídicos, el despacho procederá a analizar los elementos de responsabilidad en el caso concreto.

Las pruebas documentales aportadas, permiten tener acreditado lo siguiente:

La joven Leidy Lorena Moreno Usma (q.e.p.d.), hija y hermana de los demandantes (fls. 56 a 59 cdo. principal), desde los 12 años había sido diagnosticada con hidrocefalia y se le había efectuado en el año 2002 una derivación ventriculoperitoneal¹⁰ en el mismo Hospital Federico Lleras Acosta.

Ingresó al servicio de urgencias del Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E de Ibagué el día 26 de septiembre de 2013, y al hacerse el triage respectivo a las 8:57, se dejó consignado que el motivo de consulta era por presentar mucho sueño, dolor de cabeza y vómito; así mismo se indicó como antecedentes relevantes: *"hidrocefalia, tiene válvula, la cual estuvo tapada, por lo cual hasta ayer estuvo hospitalizada"*¹¹

A las 10:45 del mismo día 26, fue valorada por neurocirugía en el área de urgencias, especialista que indicó que la paciente presentaba *"deterioro en su estado general y de conciencia"* y determinó hospitalización para ser valorada por neurocirugía, siendo ingresada a piso el mismo día, solicitándose el día 27 de septiembre una nueva válvula.

El día 1º de octubre de 2013 se realizó Junta de Neurocirugía en la que se ordenó valoración por otorrinolaringología, resonancia cerebral, y TAC senos paranasales, por haberse determinado como diagnóstico: Hidrocefalia con DVP y neumoencéfalo¹²; luego de los estudios diagnósticos, la junta de neurocirugía el día 8 del mismo mes y año, estableció como plan de manejo, la cirugía de ventriculostomía con exposición del catéter proximal¹³

Para el día 9 de octubre de 2013, la paciente fue valorada por psiquiatría, ya que se encontraba agitada, con signos de agresividad verbal, bradilalia; se indicó como diagnóstico: delirium hiperactivo a descartar y trastorno mental y del comportamiento, decidiendo el especialista, iniciar tratamiento con quetiapina 25mg (Fol. 278 vuelto).

La paciente fue intervenida quirúrgicamente el día 10 de octubre de 2013, realizándosele una ventriculostomía, siendo luego remitida a la unidad de cuidados intensivos, estando establece hasta el día 13 de octubre, cuando se le

¹⁰ Folios 90-119 cdo principal

¹¹ Folios 268-269 cdo principal

¹² El neumoencéfalo, también conocido como aereocele o neumatocele intracraneal, se define como la presencia de gas dentro de cualquier de los compartimentos intracraneales (intraventricular, intraparenquimatosa, subaracnoidea, subdural y epidural) de la bóveda craneal. I Raúl Carrillo-Esper,* Adriana Zepeda-Mendoza,* Carlos Alberto Carrillo-Córdova** Neumoencéfalo. Caso clínico y revisión de la literatura, pagina web <https://www.medigraphic.com/pdfs/medsur/ms-2013/ms134h.pdf>

¹³ Folio 277 vuelto cuaderno principal

MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: JOSÉ GERMÁN MORENO PINEDA Y OTROS
DEMANDADO: HOSPITAL FEDERICO LLERAS ACOSTA Y OTROS
RADICACIÓN: 73001-33-33-003-2016-00191-00

informó a la familia que el pronóstico era reservado¹⁴; luego el 14 de octubre empezó a presentar niveles altos de leucocitos y se ordenó el día 15 del mismo mes y año, realizar gram cultivo y antibiograma de LCR (líquido ceforraquídeo), continuando la anotación de "pronóstico reservado".

El día 16 de octubre la paciente se autoretiró en forma abrupta la ventriculostomía. Así se consignó en la historia clínica (fol.237-238):

"16 OCTUBRE DE 2013.

CUIDADO INTERMEDIO.

SE AUTORETIRO LA VENTRICULOSTOMIA, SE INFORMA A NEUROCIRUGIA SE ORDENA VIGILANCIA ESTRICTA NEUROLOGICA RESPIRATORIA MIENTRAS SE REALIZA DERIVACION VENTRICULOATRIAL. SOMNOLIENTA FACILMENTE ALERTABLE AL LLAMADO, SE COMUNICA INTERACTUA CON BRADISLALIA. VALORADA POR PSIQUIATRIA POR DELIRIUM MIXTO MULTIFACTORIAL, SE AUMENTA LA DOSIS DE QUETIAPINA. HEMOGRAMA SIN LEUCOCITOSIS, GLICEMIA SODIO POTASIO DENTRO DE PARAMETROS NORMALES. EN LA NOCHE EPISODIO CONVULSIVO TONICO CLONICO GENERALIZADO YUGULO CON DIAZEPAM"

Debido a lo anterior, fue necesario realizar de nuevo el procedimiento de ventriculostomía, que se llevó a cabo el día 23 de octubre, siendo luego trasladada a la unidad de cuidados intensivos, donde continuó con pronóstico reservado (fl. 239).

El día 26 de octubre de 2013, se registró por primera vez en la historia clínica la aparición de germen gram negativo en sangre y con fecha 27 de octubre, se dejó registrado que los resultados de los hemocultivos realizados arrojaron una infección por "*pseudomona aeruginosa multiresistente* y *klebsiella pneumoniae multiresistente*" (Fol. 240).

El día 27 de octubre se inició tratamiento antibiótico con "POLIMIXINA B 2500 UNIDADES POR KILO AL DIA. SE SINERGIA CON AMIKACINA". El 28 de octubre, se indicó para la paciente "Doripenem un gramo cada 8 horas por 14 días como manejo prioritario", pero se anotó también que no había disponibilidad del mismo en la institución y que se informó a la parte administrativa para su consecución, también se dejó consignado que había un riesgo alto de infección de ventriculostomía. Se advirtió de un pronóstico vital y funcional grave y que la familia estaba informada (Fol. 240-241)

El 30 de octubre se anotó en la historia clínica:

"SE INSISTE EN HEMOCULTIVOS POSITIVOS PARA PSEUDOMONA AEROGINOSA MULTIRESISTENTE Y UROCULTIVOS POSITIVOS PARA KLEBSIELLA PNEUMONIAE Y PSEUDOMONA BLEA POSITIVA SENSIBLES A DORIPENEM. EN REVISTA MÉDICA Y DE COMITÉ DE INFECCIONES SE CONSIDERA QUE ES LA MEJOR ELECCION ANTIBIOTICA PARA EL MANEJO DE ESTOS GERMENES RESISTENTES PERO POR NO CONTAR CON DISPONIBILIDAD EN LA INSTITUCIÓN y EL ALTO RIESGO DE LA INFECCION DE LA VENTRICULOSTOMIA, ADEMAS SE CARECE DE TOMOGRAFIA Y DE INSUMOS NECESARIOS PARA EL MANEJO AISLADO DE LA PACIENTE SE DECIDE

¹⁴ Se utiliza el término pronóstico reservado para hacer referencia a una situación en que los médicos y profesionales a cargo de un paciente son incapaces de determinar la posible evolución o expectativa respecto al desenlace del estado del paciente. Típico de momentos en que no hay suficiente información como para poder especular el porvenir del paciente o cuando hay riesgo de aparición de complicaciones. <https://psicologiyamente.com/psicologia/tipos-de-pronosticos>

REMITIR LA PACIENTE A ALGUNA IPS DE LA RED DE SU EPS. PARA EL MANEJO ADECUADO. REQUIERE DORIPENEM 1 GRAMO CADA 8 HORAS POR 14 DIAS" (Fol. 241)

Para el 31 de octubre el pronóstico pasó de reservado a grave y al día siguiente, se hizo por primera vez la anotación de presencia de dolor en el hombro izquierdo compatible con luxación, el cual es confirmado por ortopedia el día 2 de mismo mes y año (Fol. 242)

Ya para el 1º de noviembre de 2013 se estaba brindando el tratamiento antibiótico con Doripenem, pues en la historia clínica se anotó "... SE AJUSTA LA DOSIS DE DORIPENEM A 500 MG VI CADA 8 HORAS" (Fol. 242).

Los días siguientes, continuó el tratamiento antibiótico y el pronóstico vital y funcional de la paciente siguió siendo grave, incluso el 8 de noviembre hizo una falla ventilatoria aguda por la que requirió una intubación orotraqueal y para el 9 de noviembre se consignó en la historia clínica "LOS FAMILIARES DE LA PACIENTE HAN SIDO CLARAMENTE INFORMADOS ACERCA DE LA ALTA PROBABIDAD DE FALLECIMIENTO DE LEYDI" (Fol. 242-245)

El 12 de noviembre, se anotó en la historia clínica "SE AISLÓ PSEUDOMONA AERUGINOSA MULTIRESISTENTE SENSIBLE A COLISTINA... SIGUE PENDIENTE INICIAR TRATAMIENTO CON COLISTINA 300 mg/día DURANTE 21 a 36 DIAS", tratamiento en estado "pendiente" que también fue anotado los días siguientes 13 al 16 (fl. 245)

El 17 de noviembre, en el reporte de hemocultivos se anotó que la paciente seguía con "PSEUDOMONA AERUGINOSA MULTIRRESISTENTE Y UROCULTIVO CON ENTEROCOCO FAECALIS ADEMÁS APARECIO CON EDEMA ENDURACION Y RUBOR EN ZONA CERVICAL IZQ SUPRACLAVICULAR COMPATIBLE CON CELULITIS ASOCIADA AL CATETER. SE CAMBIA DE CATETER Y SE INDICA CULTIVO DE PUNTA, ADICIONAR VANCOMICINA 1 G IV CADA 12 HORAS. (Fol. 246)

Hacia el 19 de noviembre se inició el tratamiento con Colistina y se continuó el que venía recibiendo con DORIPENEM Y VANCOMICINA (Fol. 247)

Durante los días posteriores continuó registrándose la evolución de la paciente y por ejemplo para el 25 de noviembre, se anotó: "SE LE INFORMA AL PADRE SOBRE EL ESTADO DE LA PACIENTE EL RIESGO ALTO DE FALLECIMIENTO ANTE PERSISTENCIA DE RESPUESTA INFLAMATORIA SISTEMICA A PESAR DE MANEJO ANTIBIOTICO INSTAURADO" (Fol.248-249)

El 26 noviembre se realizó Junta de Neurocirugía y se programó la paciente para revisión de la derivación ventrículo atrial y se anotó que "EN REVISTA SE CONSIDERA QUE EN VISTA QUE LA COLISTINA NO TIENE BUENA PENETRANCIA A SINSTEMA NERVIOSO CENTRAL LO IDEAL SERIA APLICARLO INTRATECALMENTE" (Fol.249).

El 27 de noviembre se retiró quirúrgicamente la válvula ventrículo atrial y se dejó ventriculostomía, encontrándose liquido cefalorraquideo turbio y disfunción de la válvula, disponiéndose la continuidad del tratamiento con DORIPENEM y la COLISTINA durante 14 días adicionales, colocándose nueva dosis intratecal el día 28 (Fol 249)

El 4 de diciembre, se anotó que la paciente estaba "EN MALAS CONDICIONES GENERALES EN COMA CON ANALGESIA Y VENTILACION MECANICA SIN FIEBRE NI SOPORTE INOTROPICO CON ESTABILIDAD HEMODINAMICA. EDEMATIZADA, RUIDOS CARDIACOS

MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: JOSÉ GERMÁN MORENO PINEDA Y OTROS
DEMANDADO: HOSPITAL FEDERICO LLERAS ACOSTA Y OTROS
RADICACIÓN: 73001-33-33-003-2016-00191-00

RITMICOS CON RONCOS OCACIONALES. ABODMEN BLANDO TOLERANDO LA ENTEROCLISIS. SIN APERTURA OCULAR AL ESTMULO EXTERNO. NO SE COMUNICA NI RESPONDE A ESTIMULO EXTERNO. DIUREIS PROMEDIO DE 3.1 CC/KG /HROA SV02: 83% LEUCOCITOSIS EN AUMENTO, NEUTROFILIA Y TROMBOCITOSIS. PCR EN ASCENSO A 29 AZOADOS, ELETROLITOS Y BILIRRUBINAS NORMALES. SE EXPLICA A LA FAMILIA EL ALTO RIESGO DE FALLECIMIENTO DE LA PACIENTE” (Fol. 251).

En junta de neurocirugía del 10 de diciembre de 2013, se consideró que en el momento la paciente no tenía indicación de tratamiento quirúrgico, dado el estado clínico y la persistencia de la sepsis, por lo que se decidió reevaluar más adelante la posibilidad de hacerle una nueva derivación (Fol. 252).

El 16 de diciembre se le realizó una traqueostomía sin complicaciones. En la valoración de ese día se indicó que la paciente seguía en malas condiciones generales y se le ordenó un TAC cerebral simple (Fol. 254)

El 17 de diciembre se le realizó la tomografía cerebral simple que mostró *“HIDROCEFALIA ACTIVA E IMAGEN COMPATIBLE CON ABSCESO CEREBRAL EN FASE DE CEREBRITIS SEGÚN CONCEPTO DE LA JUNTA MEDICA DEL SERVICIO DE NEUROCIRUGIA, ORDENÓ TRATAMIENTO TRICONJUGADO CON VANCOMICINA, CEFTRIAXONA Y METRONIDAZOL MAS ESTEOIDES IV. SE SOLICITA TAC CERÉBRAL CONTRASTADO. TIENE ALCALOSIS RESPIRATORIA NORMOXEMICA. ANEMIA CON HEMOGLOBINA 8.7g%. SIN LEUCOCITOSIS...”* (Fol. 254)

Durante los días siguientes del mes de diciembre de 2013, continuó con soporte ventilatorio mecánico, y la tomografía cerebral contrastada que se le practicó el 23 de diciembre, mostró una mejoría de la cerebritis, como se consignó el día 24 (Fol. 255-256)

En enero de 2014 continuaron sus malas condiciones generales, anotándose retorno alto por sonda gástrica de material amarillo no fecaloide y para el día 2 se prescribió *“CUBRIMIENTO ANTIBIOTICO CON CEFEPIME”* además que *“SE SUSPENDE CEFTRIAXONA Y METRONIDAZOL. PRONOSTICO GRAVE”* (Fol. 258).

El 7 de enero se describió en la historia clínica, una desnutrición proteico calórica generalizada, mejoría en la respiración y en la tolerancia al oxígeno por tienda de traqueostomía, sin fiebre y con tolerancia a la nutrición enteral. (Fol 259)

Durante los siguientes días, la paciente continuó afebril, con hemocultivos negativos, el líquido cefalorraquídeo sin cambios y con ausencia de gérmenes, hemograma con estabilidad en la leucocitosis, por lo que se explicó al padre de la paciente que por el momento no requería de la colistina, sin que este aceptara tal determinación médica, como se dejó anotado en la historia clínica. (fl. 259-260)

El 14 de enero se habló con el padre de la paciente para programar una nueva derivación ventrículo peritoneal, procedimiento que se realizó el 16 de enero y luego del mismo, regresó a la unidad de cuidados intensivos, para que allí continuaran las *“VIGILANCIAS NEUROLOGICA, HEMODINAMICA y VENTILATORIA. CONTINUAR LA NUTRICION ENTERAL”* (Fol.705).

Durante esta nueva estancia en la unidad de cuidados intensivos a partir del 16 de enero de 2014, se describen unas malas condiciones generales de la paciente y el 2 de febrero, se anotó que la paciente no respondía a ningún estímulo externo, por lo que se informó a trabajo social y a la psicóloga para que dialogaran con el padre

de la paciente con el fin de que este aceptara que su hija tenía secuelas neurológicas irreversibles (FOI.706-712).

El 7 de febrero se dejó consignado que la paciente *"NO SE COMUNICA. NO OBEDECE ORDENES. NO RESPONDE AL DOLOR. HEMOGRAMA: ANEMIA EN AUMENTO. NO SE TOMAN PARACLINICOS. SE LE INFORMO NUEVAMENTE A LA HERMANA DE LA PACIENTE ACERCA DE SU CONDICION ACTUAL Y DE LAS POTENCIALES COMPLICACIONES ASI COMO DE LA ALTA PROBABILIDAD DE FALLECIMIENTO"* (Fol. 709)

Finalmente la joven Leidy Lorena Moreno Usma falleció el día 8 de marzo de 2014 y así se dejó su registro del evento en la historia clínica:

"08 DE MARZO DE 2014

CUIDADO BASICO

PACIENTE EN PESIMAS CONDICIONES GENERALES. HACE CUADRO DE MELANEMESIS FRANCA. SE INICION MANEJO CON OMEPRAZOL HACE HIPOTENSIÓN. PRESENTA PARO CARDIACO MODALIDAD ACTIVIDAD ELECTRICA SIN PULSO. SE CERTIFICA HORA DE MUERTE SOBRE LAS 07+03 HORAS. SE LE INFORMA LA FAMILIA. SE REALIZA EPICRISIS." (fl. 712)

4.1. EL DAÑO

La jurisprudencia Contencioso - Administrativa ha definido el daño antijurídico como *"la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho"*, en otros términos, aquel que se produce a pesar de que *"el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de causales de justificación"*¹⁵.

También ha indicado que dicho daño tiene como características *que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable*¹⁶, *anormal*¹⁷ y *que se trate de una situación jurídicamente protegida*¹⁸.

A su vez, la jurisprudencia constitucional considera *que el daño antijurídico se encuadra en los "principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución"*¹⁹.

En el caso concreto, alega la parte actora que el daño consiste en el fallecimiento de la joven Leidy Lorena Moreno Usma, ocurrido el 8 de marzo de 2014, indicándose en la demanda que el mismo se debió a las infecciones nosocomiales adquiridas por una falla en el servicio médico asistencial, durante su hospitalización en el Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E.

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá, D.C., nueve (9) de mayo de dos mil doce (2012). Radicación número: 68001-23-15-000-1997-03572-01(22366).

¹⁶ Sección Tercera, sentencia de 19 de mayo de 2005, expediente 2001-01541 AG.

¹⁷ "por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio". Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 2000, expediente 12166.

¹⁸ Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 2005, expediente 1999-02382 AG.

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001. Cabe afirmar, que en la doctrina del derecho civil se advierte que "la antijuridicidad del daño no se produce porque exista violación de deberes jurídicos", definiéndose como *"violación de una norma especial o de la más genérica alterum non laedere"*. DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual., ob., cit., p.298.

Al respecto, debe el Despacho advertir, que no existe ninguna duda sobre el fallecimiento de la joven Leidy Lorena Moreno Usma, que se acredita con el registro civil de defunción aportado (fl. 51 cdo. principal), sin que con lo hasta ahora analizado, sea posible imputarlo a la acción u omisión de las entidades demandadas, que será el análisis a hacer a continuación.

4.2. LA IMPUTABILIDAD DEL DAÑO A LOS DEMANDADOS Y EL NEXO DE CAUSALIDAD.

Ahora bien, la imputabilidad del daño, que en primera medida se analizará desde la óptica de la falla del servicio, debe recordarse, se configura básicamente en cuatro eventos, cuales son: por retardo –la administración actúa tardíamente-, por irregularidad – el servicio se presta, pero en forma diferente a como debe hacerse en condiciones normales-, por ineficiencia – el servicio es prestado pero no con diligencia ni eficacia- y por omisión o ausencia del mismo –la administración tiene el deber legal de prestar el servicio, pero no lo hace-.²⁰

Del tratamiento antibiótico:

Respecto al tratamiento de las infecciones adquiridas por la paciente y que es en lo que se finca fundamentalmente la falla del servicio en el caso concreto, se logró establecer que los leucocitos entre los días 16 a 23 de octubre de 2013, tuvieron unos resultados normales, sin embargo presentó PIC (Presión Intracraneal) ALTAS, por lo que se realizaron drenajes de LCR sin confirmación de infección y continuaba con pronóstico reservado y fue llevada a cirugía el día 23 de octubre siéndole practicada una DERIVACION VENTRICULO ATRIAL IZQUIERDA y pese a que del procedimiento salió establece en los días posteriores las condiciones generales de la paciente eran malas, tal como se indicó en la historia clínica.

Ahora bien, se probó igualmente que el día 26 de octubre de 2013 *“hay crecimiento de gram negativo en sangre cubrimiento antibiótico con cefepime”* y que para el 27 de octubre se confirmó el crecimiento de *“pseudomona aeruginosa multiresistente solo sensible a la colistina. Se indica entonces inicio de **polimixina B 25000 unidades por kilo al día. Se sinergia con amikacina. Hay también crecimiento de kelbsiella pneumoniae multiresistente”***-, siendo indicado igualmente tratamiento con **doripenem** un gramo cada 8 horas por 14 días, sin embargo se dejó la anotación del 28 de octubre *“no hay disponibilidad del mismo en la Institución se informa a la aprte (sic) administrativa para su consecución, riesgo alto de infección de ventriculostomía”*, siendo iniciada su administración el día 31 de octubre de 2013.

Está demostrado que para el 16 de noviembre de 2013, al realizarse unos nuevos cultivos a la paciente, siguió registrando la presencia de pseudomona aeruginosa multiresistente en sangre y enteococo faecium en orina, y le apareció una celulitis asociada al catéter por lo que además del tratamiento que hasta la fecha se le seguía con polimixina y doripenem, se le adicionó vancomicina y el día 19 de noviembre de 2013 se inició el manejo con COLISTINA.

Sin embargo, frente el tratamiento antibiótico dado a estas infecciones, encuentra el Juzgado que contrario a lo afirmado por la parte accionante, sí se brindó un tratamiento oportuno, puesto que como quedó reflejado en cada una de las anotaciones de la historia clínica, a la joven Moreno Usma desde el mismo día de la detección de la infección se le suministraron una serie de medicamentos antibióticos tales como la polimixina y **amikacina**. Aunque se ordenó el

²⁰ Sentencia del 30 de noviembre de 2006, expediente No. 14.880.

medicamento doripenem y este solo se empezó a suministrar 3 días después, a la paciente nunca se le dejaron de suministrar antibióticos que también eran indicados para el tratamiento de dichas infecciones, tal como lo narró la Jefe de Infecciones del Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E. **Claudia Ilse Josefina Echeverry** ²¹ en su declaración. Puntualmente indicó:

“PREGUNTADO: Doctora, el término de consecución de este medicamento, de este antibiótico doripenem, se encontró del término normal para la consecución, o fue demorado, fue tardío, se encuentra dentro del término normal para la consecución ya que la institución no lo tenía para el momento del suministro. CONTESTÓ: Obviamente nos demoramos 48 horas en conseguirlo, pero lo importante reitero, es que la paciente no estuvo descubierta de manejo médico, lo que se quería hacer era una sinergia, es decir, ayudarle a la polimixina que estaba recibiendo con el doripenem, entonces uno tiene ese lapso de tiempo para poderlo conseguir, lo diferente sería que fuese el doripenem únicamente y nosotros nos hubiéramos tardado en la consecución, pero la paciente estaba permanentemente bajo tratamiento antibiótico”

Ahora bien respecto al medicamento “colistina”, señala el apoderado de la parte actora que solo fue suministrado 38 días después de haberse ordenado, sin embargo esta afirmación no es cierta puesto que el mismo fue suministrado 23 días después, ello debido a que tal como lo afirmó la Dra. Claudia Echeverry en su declaración, para la época en el país había un desabastecimiento de colistina, y por ello se inició el tratamiento con el antibiótico “polimixina”, que según la literatura *“La colistina (polimixina E) y la polimixina B son polipéptidos catiónicos que alteran la membrana celular de la bacteria debido a su unión a la membrana exterior aniónica. Neutralizan de esta forma la toxicidad bacteriana y causan su muerte”*²², es decir que son antibióticos de amplio espectro que atacan la bacteria en la misma forma, entonces se itera, a la paciente siempre se le suministraron los antibióticos necesarios para atacar las bacterias que generaron la infección.

Por tanto y con relación a la atención de los procesos infecciosos de la paciente, para este Despacho no existe como lo alega el apoderado demandante, la falla en el servicio del Hospital Federico Lleras Acosta.

De la falta de inmovilización de la paciente:

No es un único cargo el que se le hace a la entidad hospitalaria, pues se dijo por la parte demandante, que la falla en el servicio empezó cuando no se inmovilizó a la paciente pese a que había sido diagnosticada con delirium, lo que conllevó a que en un ataque de ansiedad, se removiera la ventriculostomía el día 23 de octubre de 2013 y que fuera necesario realizar de nuevo el procedimiento, aumentando el riesgo de adquirir infecciones durante la hospitalización.

El perito que rindió dictamen a instancia de la parte actora, señaló sobre el particular que solo cinco días después de que la paciente se retirara el dispositivo, se le ordenó la inmovilización de miembros superiores.

Al respecto, debe decirse que en efecto con la historia clínica se sabe que la paciente fue valorada por psiquiatría y de acuerdo con el estado mental de la misma al momento de la valoración, no se consideró necesaria la inmovilización

²¹ Audiencia de pruebas fl. 984 hora 1:11:00 a hora 2:10:43

²² Antibióticos polipeptídicos: bacitracina, colistina, polimixina B, Por Brian J. Werth , PharmD, University of Washington School of Pharmacy Last full review/revision July 2018 by Brian J. Werth, PharmD, <https://www.msdmanuals.com/es/professional/enfermedades-infecciosas/bacterias-y-f%C3%A1rmacos-antibacterianos/antibi%C3%B3ticos-polipept%C3%ADicos-bacitracina.-colistina.-polimixina-b>

MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: JOSÉ GERMÁN MORENO PINEDA Y OTROS
DEMANDADO: HOSPITAL FEDERICO LLERAS ACOSTA Y OTROS
RADICACIÓN: 73001-33-33-003-2016-00191-00

física sino que se le suministró desde el 9 de octubre de 2013 el medicamento "quetiapina 25mg", el cual es un antipsicótico²³, es decir un medicamento que ayuda a controlar los síntomas de agresividad y agitación que presentó el día 9 de octubre.

Tal como lo explicó en su declaración el Dr. **Orlando López Carvajal**²⁴, Jefe de Neurocirugía del centro asistencial que rindió declaración en la audiencia de pruebas, existen dos tipos de inmovilización: una con medicamentos y otra física y en este caso se administró un medicamento ansiolítico para los síntomas que presentaba la paciente a nivel psiquiátrico.

Aunado a ello, tal como lo explicó el mismo profesional, las inmovilizaciones se prescriben cuando el estado mental de la paciente así lo requiera y en ningún momento, con lo consignado en la historia clínica, se sabe de otro episodio de agitación fuera de los que presentó los días 9 y 23 de octubre; así mismo indicó el profesional que aunque no es frecuente ese tipo de reacciones, si ocurre que los pacientes se retiren los dispositivos, lo que no solo se presenta por agitaciones de tipo psiquiátrico o neurológico, sino también al realizar un movimiento brusco.

Dichas razones son suficientes para el Despacho para concluir que no existe falla del servicio relativa a la falta de inmovilización.

La luxación de hombro de la paciente

Otro de los aspectos que relaciona la parte actora como falla del servicio, es la luxación de hombro que sufrió la joven Moreno Usma en el mes de noviembre de 2013. Al respecto se debe indicar que el 1º de noviembre se dejó la anotación en la historia clínica que presentó un dolor en el hombro y por ortopedia se diagnosticó luxación de hombro, momento para el cual la paciente llevaba un mes de hospitalización en la unidad de cuidados intensivos, que para esa época ya empezaba a presentar signos de "paresia leve", también con atrofia muscular desde el 22 de octubre, sin embargo ni en el dictamen pericial ni en la sustentación del mismo el perito indicó cuál puede haber sido la causa esta, si algún movimiento fuerte que haya sido efectuado por el personal médico o de enfermería, o alguna caída sufrida por la paciente o la propia acción de la misma, es decir no se encuentra probada que la luxación haya sido por acción u omisión del personal médico asistencial que derive en falla del servicio.

La muerte de la paciente

Se afirma en la demanda y en los alegatos de la parte actora, que la muerte la joven Moreno Usma fue a causa y como consecuencia de las infecciones intrahospitalarias que padeció durante su larga estancia hospitalaria, mientras que la parte demandada – Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E.- afirma que el deceso ocurrió como consecuencia de la patología de base de la paciente.

²³ Los antipsicóticos, también conocidos como neurolépticos y (erróneamente) como "tranquilizantes mayores", suelen tranquilizar sin alterar la conciencia ni producir una excitación secundaria, pero no deben considerarse solo tranquilizantes.

Se emplean durante cortos períodos de tiempo para tranquilizar a los pacientes trastornados, independientemente de la psicopatología de base, que puede consistir en lesión cerebral, esquizofrenia, manía, delirium por intoxicación o depresión con agitación. Los antipsicóticos se emplean para aliviar la ansiedad grave, aunque esta medida se debe utilizar durante un período reducido. <https://www.saludemia.com/-/medicamento-antipsicoticos>

²⁴ Audiencia de pruebas fl. 984 hora 2:12:30 a hora 2:41:27

Al respecto se encuentra probado en el proceso que la joven ingresó al Hospital por presentar somnolencia, dolor, vómito y se le diagnosticó neumoencéfalo, es decir, que había presencia de aire dentro del cerebro, siendo este uno de los riesgos del procedimiento denominado “ventriculostomía” que se había practicado en días anteriores al ingreso del 26 de septiembre de 2013.

Está demostrado igualmente que su salud se agravó de tal manera que entró en estado de coma y con alto riesgo de muerte debido a la persistencia de RESPUESTA INFLAMATORIA SISTEMICA -SIRS-²⁵, luego para el 17 de diciembre de 2013 al serle realizado un TAC cerebral simple se evidencia la existencia de hidrocefalia activa y absceso cerebral en fase de cerebritis, es decir una infección intracraneal cerebral localizada, para lo cual se inició nuevamente tratamiento antibiótico, infección que de acuerdo con lo señalado en la historia clínica tuvo una mejoría, según los resultados de un nuevo TAC realizado el 23 de diciembre.

En el curso del proceso se tuvo como medio probatorio el dictamen pericial aportado por la parte actora, el cual fue rendido por el **Dr. Norbey Darío Ibáñez Robayo**, folios 454-476 C. principal, Médico especialista en Medicina Interna, cuya hoja de vida es visible a folios 763-778 del cuaderno principal, dictamen que fue controvertido en audiencia de pruebas (fls.963-967, 984)

En lo que tiene que ver con la muerte de la joven, el galeno dictaminó en forma coincidente con lo consignado en la historia clínica, que la misma se debió a un “Ritmo de paro de actividad eléctrica sin pulso”. Como causa de la muerte anotó que se dio “como consecuencia de la desnutrición, como secuela de su estado neurológico y de las infecciones de origen intrahospitalario”.

En la audiencia de pruebas donde se dio la contradicción del dictamen, al responder a la pregunta sobre la causa de muerte de la paciente, contestó el Dr. Ibáñez Robayo²⁶;: “Bueno, de la historia clínica, no tuve acceso, nunca me allegaron un protocolo de necropsia, però uno al revisar la historia clínica, la causa de la muerte, lo que produjo la muerte fue un proceso infeccioso, un estrés intrahospitalario, y todo a consecuencia de una larga estancia intrahospitalaria, de las cosas que uno releva, neurológicamente la paciente no fallece por su patología neurológica, no, todo fue derivado del proceso infeccioso del proceso del mismo estrés intrahospitalario y sobre todo, pues todo consecuencia a una larga estancia intrahospitalaria”.

En oposición a lo señalado por el perito, la Dra. **Claudia Ilse Josefina Echeverry Erk**²⁷, quien para el año 2013 era la Jefe del Comité de Infecciones del Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E. y por ende tuvo conocimiento de lo referente a la infección intrahospitalaria y al manejo médico con antibióticos dado a la paciente, señaló en su relato ante este Despacho, que las infecciones de la paciente fueron controladas oportunamente y no fueron la causa de la muerte. Puntualmente indicó:

²⁵ “El síndrome de respuesta inflamatoria sistémica(SIRS) ha sido definido en Conferencia de Consenso I por la coexistencia de dos o más de los siguientes datos: 1. Temperatura > 38 °C o < 36 °C. 2. Frecuencia cardíaca > 90 latidos por minuto. 3. Frecuencia respiratoria > 20 respiraciones por minuto o PaCO₂ < 32” mmHg (4,3 kPa). 4. Leucocitos: > 12.000 mm³ o < 4.000 mm³, o >10% de formas inmaduras (cayados). Respuesta inflamatoria sistémica: definiciones, marcadores inflamatorios y posibilidades terapéuticas A. GARCÍA DE LORENZO Y MATEOS*, J. LÓPEZ MARTÍNEZ** Y M. SÁNCHEZ CASTILLA***
*Servicio de Medicina Intensiva. Hospital Universitario La Paz. **Unidad de Cuidados Intensivos y ***Servicio de Anestesia y Reanimación. Hospital Severo Ochoa. Leganés. Madrid. Correspondencia: Dr. A. García de Lorenzo y Mateos. Servicio de Medicina Intensiva. Hospital Universitario La Paz. Paseo de la castellana, 261. 28046 Madrid. Manuscrito aceptado el 5-VI-2000 <https://www.medintensiva.org/es-pdf-S0210569100796239>

²⁶ Audiencia de pruebas Folios 984 minuto 9:54 a hora 1:09:20

²⁷ Audiencia de pruebas fl. 984 hora 1:11:00 a hora 2:10:43

“...el paciente en diciembre o a mediados de noviembre quien está la nota dice: completó su esquema de antibióticos, es más la paciente fallece varios meses después, es decir, las dos infecciones fueron yuguladas completamente, porque si usted no da el antibiótico completo inmediatamente el paciente entra en sepsis y muere en sepsis, entonces esta paciente dura hasta marzo del año entrante y fallece, pero todas sus dos infecciones fueron tratadas y yuguladas completamente, si usted no hubiera dado el tratamiento adecuado la paciente hubiera muerto de esa primera infección y después de la segunda rápidamente y dura, permanece en su estado hasta marzo de 2018(sic), varios meses más tarde ella muere en marzo de 2014, es decir sus dos infecciones fueron en octubre de 2013 y a inicio del 2014, dura y luego fallece en marzo, repito si usted, y quiero ser muy enfática en eso, usted en una bacteremia por pseudomona multiresistente no da el tratamiento adecuado, usted muere en esos días, no muere cuatro meses o seis meses más tarde, es decir cuando usted tiene una bacteria en la sangre, usted tiene una bacteria en el cerebro y no da el antibiótico adecuado, usted no sobrevive en ese momento de la sepsis, yo quiero hacer énfasis en eso”

Lo afirmado por la testigo, encuentra serio respaldo en la historia clínica, donde el 25 de enero de 2014 se dejaron las anotaciones de “colonización bacteriana” que según lo explicó la testigo en su declaración, no significa que la paciente tenga una infección. Puntualmente señaló:

“hay infecciones unas menos graves que otras, tener bacterias en la sangre, que es una bacteriemia hace que uno tenga que actuar rápidamente con los antibióticos que fue el caso de la paciente cuando hizo la pseudomona; después, repito nuevamente, usted puede tener bacterias que usted incluso las cultiva del paciente, pero no están causando infección, entonces repitamos, la diferencia entre una infección y una colonización es la siguiente, usted entre más usted hospitalizado en la unidad de cuidado intensivo todo su cuerpo se coloniza por bacterias, usted puede hacerle cultivos de la piel, de las uñas, de la orina, de la secreción traqueal de la traqueotomía, de las heridas, pero están quietas, no están produciendo infección, o sea, esta colonizado, es decir usted puede tener cultivos positivos para bacterias sin que esté produciendo una infección; ¿Cuándo esa colonización se convierte en infección? Cuando el huésped empieza a hacer fiebre, leucocitosis, signos de hipotensión, signos de sepsis, la sepsis es un síndrome, entonces empieza a tener taquicardia, pero toca saber que esa taquicardia es por la infección y no porque está deshidratado, entonces taquicardia, polipnea, dificultad respiratoria, leucocitosis, fiebre, todo eso hace que esta colonización se convierta en infección, entonces repito, no todos los cultivos en unidad de cuidados intensivos y en el hospital en un paciente significa infección...”

Por su parte, el Dr. **Orlando López Carvajal**²⁸, Jefe de la Unidad de Neurocirugía el Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E. y quien tenía conocimiento del caso de la joven Leidy Lorena porque la había atendido varias veces en consulta externa para el tratamiento de sus patologías, frente a la evolución de la paciente a nivel neuronal y respecto de los diferentes procedimientos quirúrgicos realizados por la especialidad, señaló que la evolución de la paciente fue hacia la desmejoría y que desde el principio se tuvo un pronóstico reservado y con alto riesgo de morir. Expresamente indicó el testigo:

²⁸ Audiencia de pruebas fl. 984 hora 2:12:30 a hora 2:41:27

“pues la paciente tuvo lo que nosotros llamamos una evolución tórpida ¿Qué es una evolución tórpida en medicina? Es una evolución alternante, una evolución con picos de mejoría con picos de empeoramiento pero con una evolución progresiva hacia la desmejoría, una paciente que desde su ingreso tuvo evolución siempre hacia la aparición de complicaciones infecciosas y de otro tipo, siempre hacia la desmejoría. El equipo de neurocirugía siempre fue claro que era una paciente en una condición neurológica delicada grave con un pronóstico reservado, y en la medida en que su hospitalización se fue prolongando con la aparición de complicaciones de todo tipo, fuimos muy claros con la familia en advertirles que su condición era grave y su pronóstico reservado, con alto riesgo de morir”.

De lo anterior, concluye el Despacho que la muerte de la joven no fue consecuencia de las infecciones sufridas durante su hospitalización, las cuales fueron tratadas oportunamente, sino como consecuencia de las enfermedades de base, relacionadas con su hidrocefalia y la disfunción del sistema valvular que le habían instalado.

De la pérdida de oportunidad

En los alegatos de conclusión manifiesta la parte demandante que se generó una pérdida de oportunidad, teniendo en cuenta que el antibiótico Colistina, le fue suministrado 38 días después de haberse ordenado por parte de los médicos tratantes, además que no se dio su traslado a otro centro asistencial, pese a que existían anotaciones en las que se indicaba esa necesidad, por no contar con todos los servicios y tecnologías en salud necesarias para el tratamiento de las patologías de la occisa.

Respecto a la pérdida de oportunidad de sobrevivida, que como daño autónomo se aduce irrogada, el Despacho encuentra, acorde con el estado de salud de la paciente y las actuaciones desplegadas por las entidades demandadas en la atención médico asistencial que le brindaron, que a pesar de que el perito señaló que si no se hubiese dado la infección, la paciente podía haber salido en 20 días de la hospitalización, no hay prueba alguna que permita establecer al despacho tal afirmación, es decir, no existe “certeza de la existencia de una oportunidad”, pues tal como lo ha indicado el Consejo de Estado para que opera la pérdida de oportunidad debe existir “una oportunidad que se perdió. La expectativa legítima debe acreditar inequívocamente la existencia de “una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente” de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido incólume la expectativa de obtener el beneficio o de evitar el detrimento correspondientes”,²⁹ sin embargo el hecho de presentar una patología de base como era la hidrocefalia y la epilepsia, junto a la disfunción del sistema valvular que le habían instalado, hace imposible determinar esa esperanza de vida, menos, cuando desde el inicio, el pronóstico fue reservado.

Por último y en punto de la falla del servicio que también se le achaca a la EPS Asmet Salud frente a la prestación de los servicios de salud a la señorita Leidy Lorena Moreno Usme (q.e.p.d.), aparece acreditado que la entidad promotora de salud autorizó todos los procedimientos quirúrgicos y no quirúrgicos, los exámenes diagnósticos, la hospitalización tanto en la unidad de cuidados intermedios como en la de cuidados intensivos; igualmente está demostrado con el relato que hizo el señor **Jonatan Vidal Leyes Alvis**³⁰ en su calidad de Coordinador de Demanda de Servicios de la EPS Asmet Salud y quien dijo ser la persona encargada de emitir

²⁹ Consejo de Estado sentencia del 5 de abril de 2017 expediente No. 17001-2331-000-2000-00645-01(25706), Consejero Ponente Ramiro Pazos Guerrero

³⁰ Audiencia de pruebas fl. 984 hora 3:01:49 a hora 3:19:58

MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: JOSÉ GERMÁN MORENO PINEDA Y OTROS
DEMANDADO: HOSPITAL FEDERICO LLERAS ACOSTA Y OTROS
RADICACIÓN: 73001-33-33-003-2016-00191-00

las autorizaciones de servicios para los pacientes y fue el funcionario encargado de emitir las correspondientes a la prestación de servicios de salud de la joven Leidy Lorena Moreno Usma, que los antibióticos que fueron recetados por los galenos tratantes y suministrados a la paciente, no estaban para la época dentro del denominado Plan Obligatorio de Salud (hoy plan de beneficios en salud) y por tanto no estaban en principio, en la obligación de emitir autorización alguna al respecto y en todo caso, los antibióticos fueron suministrados a la paciente, como se lee en la historia clínica, razón por la cual no hay lugar a declarar responsabilidad alguna de la EPS por los hechos aquí narrados.

De acuerdo con lo anterior, no se demostró la supuesta **falla en el servicio médico – asistencial** ni el nexo causal entre la prestación de tal servicio y la muerte de la joven Leidy Lorena Moreno Usma (q.e.p.d.) el 8 de marzo de 2014”, así como tampoco la pérdida de oportunidad de sobrevivida.

4.3. LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA POR LA INFECCIÓN NOSOCOMIAL.

Como fuere anunciado, al no salir adelante la tesis de la falla del servicio que se planteó en la demanda, la adquisición de la infección intrahospitalaria durante la atención médica asistencial, será analizada bajo el **régimen de responsabilidad objetivo**, pues no hay asomo de duda para el Juzgado, respecto a que la infección que presentó la joven Leidy Lorena Moreno Usma fue adquirida intrahospitalariamente.

Lo anterior, ya que conforme la literatura médica, tanto la *pseudomona aeruginosa multiresistente*³¹ como la *kelbsiella pneumoniae multiresistente* son microorganismos que se encuentran en los ambientes hospitalarios y son más propensos a adquirirlas, los pacientes cuya estancia se prolonga en el tiempo y más si es en la unidad de cuidados intensivos, tal como ocurrió en la caso concreto, pues solo hasta el día 26 de octubre de 2013, es decir un mes después de su ingreso a la institución de salud, se detectó la presencia del germen gram negativo y luego de las otras dos bacterias multiresistentes, cuyo contagio a la joven Leidy Lorena, le generó un daño, que si bien, no fue letal como se vio, sí le implicó el someterse a un tratamiento antibiótico, la desmejora en su estado de salud, la afectación de su proceso de atención de la enfermedad de base por la

³¹ Pseudomonas aeruginosa es en la actualidad uno de los microorganismos de mayor impacto en las infecciones hospitalarias. Su frecuencia oscila según los países, España (10%) y EE.UU.(25%) [1,2]. Estas variaciones están asociadas al tipo de hospital, área geográfica, tipo de servicio, tipo de pacientes y patrón de uso de antibióticos, cambiante según la epidemiología de cada hospital. Asimismo, su mortalidad oscila entre 35%-70%. según la localización de las infecciones, pronóstico de la enfermedad de base, gravedad clínica inicial y también el tratamiento antibiótico empírico o dirigido no adecuado, de acuerdo con algunos estudios recogidos en la literatura y nuestra experiencia previa [3,4]. Por otra parte, en los últimos años, se ha añadido otro problema, el aumento de las resistencias bacterianas frente a todos los antipseudomónicos conocidos, incluidos los carbapenémicos con actividad frente a Pseudomonas spp. (imipenem, meropenem y doripenem). En estas resistencias intervienen, a veces de forma simultánea, diversos mecanismos: a) producción de carbapenemasas. b) alteración de las porinas y c) bombas de eflujo [5]. La lectura de los antibiogramas es compleja y se precisa de unificación de criterios y de una directa correlación clínico-microbiológica, ya que su correcta interpretación puede influir en el tratamiento y evolución hospitalaria de los pacientes [6]. Aunque existe controversia, algunos estudios encuentran que estas infecciones por cepas multiresistentes se asocian estadísticamente a una mayor mortalidad [7]. Como esta situación se está extendiendo por muchos hospitales hemos realizado un estudio prospectivo con los objetivos de valorar su significación clínica y analizar los factores predictivos y pronósticos.

Infecciones nosocomiales por Pseudomonas aeruginosa multiresistente incluido carbapenémicos: factores predictivos y pronósticos. Estudio prospectivo 2016-2017 Alicia Hernández, Genoveva Yagüe, Elisa García Vázquez, Marina Simón, Laura Moreno Parrado, Manuel Canteras, and Joaquín Gómez <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC6159385/>

que fue hospitalizada y le generó síntomas que vienen acompañados de dolor físico e incluso emocional, estos últimos también padecidos por su núcleo familiar.

Ahora bien, respecto a la responsabilidad del ente hospitalario en este aspecto el Honorable Consejo de Estado ha indicado: *“En estos eventos la responsabilidad es de carácter objetivo, por lo que la parte demandada, para liberarse de la obligación de indemnizar los perjuicios, tendrá que demostrar que el paciente ya portaba el cuadro infeccioso antes de ingresar al nosocomio”.*

Solo se declarará responsable al Hospital Federico Lleras Acosta, en la medida que la jurisprudencia vigente, aunque reconoce que la prestación de los servicios de salud tiene acciones coordinadas entre diferentes órganos que hacen parte del sistema y que de forma coordinada también deben emprenderse con carácter preventivo las acciones encaminadas a disminuir los riesgos de infecciones intrahospitalarias, el llamado a responder frente al paciente como víctima directa y sus familiares, es el prestador del servicio de salud, en este caso la ESE demandada.

4.4. DE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

En este punto el despacho debe empezar por señalar que al proceso se presentan como demandantes los señores José Germán Moreno Pineda, Blanca Ibet Usma Hernández, Karen Jiménez Moreno Usma, Niyireth Moreno Usma, Germán Augusto Moreno Usma y Sandra Jhoana Moreno Usma, quienes invocaron y acreditaron la condición de madre y hermanos respectivamente de la fallecida Leidy Lorena Moreno Usma (q.e.p.d.).

Se advierte que en la demanda las pretensiones fueron formuladas de la siguiente manera:

“SEGUNDO: *Por la anterior declaración los Convocados a título de indemnización **PAGUEN** a los convocados las siguientes sumas de dinero:*

Perjuicio inmaterial: *Según la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado de fecha veintiocho (28) de agosto de dos mil catorce (2014):*

- ***Acción hereditaria JOSE GERMÁN MORENO PINEDA y BLANCA IBETD USMA HERNÁNDEZ,*** *por daño moral la suma de cien (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes para cada uno y por daño a la salud la suma de (400) salarios mínimos mensuales legales vigentes, este último por partes iguales.*
- ***Acción directa JOSE GERMÁN MORENO PINEDA, BLANCA IBETD SUMA HERNANDEZ, KAREN JIMENA MORENO USMA, NIYIRETH MORENO USMA, GERMÁN AUGUSTO MORENO USMA, SANDRA JHOANA MORENO USMA,*** *la suma de cinco (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes, para cada uno de los convocantes.”*

4.4.1. De los perjuicios morales.

Ahora bien, el Despacho advierte como se indicó en párrafos anteriores, que no se indemnizará por la muerte de Leidy Johana Moreno Usma, sino por las infecciones por ella sufridas, las cuales causaron que sus padres, hermanos y ella misma sufrieran angustia, dolor físico y emocional y tristeza.

MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
 DEMANDANTE: JOSÉ GERMÁN MORENO PINEDA Y OTROS
 DEMANDADO: HOSPITAL FEDERICO LLERAS ACOSTA Y OTROS
 RADICACIÓN: 73001-33-33-003-2016-00191-00

La jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado³² ha señalado que es posible la indemnización de todo perjuicio moral sin importar el origen del mismo, pues éste bien puede devenir de la pérdida de seres queridos o bienes materiales, las lesiones sufridas, el incumplimiento de un contrato, etc., siempre que estén debidamente demostrados dentro del proceso.

En este aspecto el Despacho atenderá las reglas establecidas por el Honorable Consejo de Estado en sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 31172, M.P. Olga Mélida Valle de De la Hoz, relativas a la indemnización de perjuicios morales por lesiones. En dicha sentencia se establecieron las siguientes reglas:

REPARACION DEL DAÑO MORAL EN CASO DE LESIONES					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
GRAVEDAD DE LA LESIÓN	Victima directa y relaciones afectivas conyugales y paterno-filiales	Relación afectiva del 2º de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3º de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4º de consanguinidad o civil.	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.
Igual o superior al 50%	100	50	35	25	15
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80	40	28	20	12
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60	30	21	15	9
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40	20	14	10	6
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20	10	7	5	3
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10	5	3,5	2,5	1,5

Ahora bien, estas reglas han sido fijadas en el caso que dentro del plenario se encuentre probado en el expediente la gravedad o levedad de la lesión o la pérdida de capacidad laboral; sin embargo en el caso concreto como la paciente falleció y no existió dictamen de pérdida de capacidad laboral, pero si está probado el dolor y la aflicción que sufrieron ella en su persona, y sus padres y hermanos por la infección que afectó de manera considerable su vida y su estancia en la institución prestadora de salud, el Despacho considera que en el caso concreto deber accederse a las pretensiones, siguiendo la pauta dada por el Consejo de Estado, pero atendiendo los menores valores allí previstos.

Con relación a la acción hereditaria el Consejo de Estado ha reconocido que es posible acceder a las pretensiones de la demanda a favor de la sucesión de una persona cuando la indemnización por perjuicios morales derive del menoscabo moral que sufrió esta antes de su fallecimiento, así:

*“41. Al respecto, en sentencia de 10 de septiembre de 1998²⁴, la Sección Tercera unificó su jurisprudencia sobre la **transmisibilidad del derecho a la reparación de perjuicios**, respecto de la cual concluyó:*

La Sala, considera que, frente a los principios informadores del derecho a la reparación integral, la transmisibilidad del derecho a la reparación de los daños morales causados a la víctima directa, es procedente, por regla general.

³² Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P. Dr., Ricardo Hoyos Duque, sentencia del 18 de marzo de 2004, radicación número: 25000-23-26-000-1995-01552-01(14589)

En efecto, debe sostenerse que de conformidad con lo dicho, el derecho a la indemnización es de carácter patrimonial y por ende, la obligación indemnizatoria, se transmite a los herederos de la víctima, por tratarse de un derecho de naturaleza patrimonial, que se concreta en la facultad de exigir del responsable, la indemnización correspondiente, toda vez que en el ordenamiento jurídico colombiano no existe disposición de carácter legal expresa prohibitiva y por el contrario, la regla general, indica que todos los activos, derechos y acciones de carácter patrimonial forman parte de la masa herencial transmitible y por ende los sucesores mortis causa, reciben la herencia con íntegro su contenido patrimonial²⁵ y, ya se observó, que el derecho al resarcimiento, o lo que es igual, la titularidad del crédito indemnizatorio, no se puede confundir con el derecho subjetivo de la personalidad vulnerado²⁶.

42. Es de anotar que la controversia doctrinal que la Sección Tercera zanjó en esa oportunidad se refería específicamente a los perjuicios morales, pues era respecto de ellos que se sostenía que, al ser de carácter personalísimo, no podían transmitirse. Por ilustrar claramente la controversia y los términos en los cuales fue resuelta, se citan in extenso apartes de dicha providencia:

Es punto pacífico el atinente a la transmisibilidad del derecho al resarcimiento y naturalmente de la acción correspondiente, cuando se trata de perjuicio de carácter patrimonial, bajo el entendido que, tratándose de un derecho de esta naturaleza, forma parte del patrimonio herencial y por lo mismo, se transmite a quienes tengan vocación hereditaria, bien por ley o por testamento.

Más sin embargo, lo atañedor a la transmisibilidad mortis causa del derecho a la reparación de los daños morales ha sido punto discutido entre quienes sostienen que tratándose de un derecho personalísimo -inherente a la personalidad-, es intransmisible e incesible, por la consideración de que esa clase o categoría de derechos se encuentra íntimamente ligada a la existencia de su titular y sobreviniendo la muerte, no pueden transmitirse a los herederos; también se sostiene, en apoyo de esta postura, que los perjuicios morales dada su naturaleza intrínseca que se fundamenta en el dolor, el padecimiento, la congoja o la tristeza padecidos por la víctima, no pueden ser susceptibles de transmisión como que el único legitimado para reclamarlos es la propia víctima ya que resultaría "inmoral" aceptar la transmisión de este perjuicio, como que el dolor no puede ser susceptible de actos dispositivos que comporten la transmisibilidad del mismo.

(...)

Empero, el tema en discusión, en sentir de la Sala, merece un análisis detallado a la luz de los principios que informan el ordenamiento jurídico en materia de daños resarcibles, a la vez que impone, si no se quiere caer en generalizaciones inconvenientes, la diferenciación de algunas hipótesis que pueden ubicar al interprete y al operador jurídico en el marco conceptual y normativo aplicable a cada caso concreto.

En efecto, ha de tenerse presente que los argumentos invocados para arribar a la conclusión negativa en lo atinente a la transmisibilidad, vienen fundamentados en la equiparación que se ha hecho entre el interés jurídico protegido por el derecho, entratándose de los perjuicios morales, y, algo muy diferente, la consecuencia jurídica que se expresa, como una reacción ante la

transgresión o puesta en peligro del interés jurídico protegido, mediante la existencia de la obligación indemnizatoria a cargo de quien ha causado el daño antijurídico. En sentir de la Sala, la esencia de la problemática planteada se encuentra precisamente en la necesaria diferenciación de los varios conceptos en juego, como que no se considera aceptable, por vía general, sostener que, en todo caso, tratándose de la acción encaminada al reconocimiento del perjuicio moral por causahabiente o sucesor mortis causa, las pretensiones así concebidas no estén llamadas a su prosperidad.

Ante todo, debe precisarse que miradas las cosas con detenimiento uno es el concepto del derecho personalísimo o derecho inherente a la personalidad, concebido como una proyección del sujeto de derecho y si se quiere, diferente de los denominados atributos de la personalidad, que se concreta en un verdadero derecho subjetivo al respeto y a la no ofensa de la persona titular de aquél, tal cual lo caracteriza la más autorizada doctrina,³³ concepto este que apunta a la determinación del bien jurídico protegido que es la autoexistencia de la persona y que se diferencia de los denominados atributos de la personalidad, en tanto estos son un presupuesto de la categoría persona, tales como la capacidad, el patrimonio, el domicilio y el estado civil; y, otro concepto, muy diferente, es el atañadero al derecho indemnizatorio, que como consecuencia de la vulneración del bien jurídico protegido por los derechos de la personalidad, surge para la persona titular del derecho vulnerado, derecho de naturaleza resarcitoria y de carácter patrimonial y por ende parte integrante del contenido material de la noción de patrimonio.

*43. En esa oportunidad la Sala precisó que **el perjuicio moral transmisible es aquel que, habiendo experimentado en vida la persona fallecida, le confirió el derecho a obtener una indemnización, crédito que “formaba parte de su patrimonio herencial y por lo mismo sus herederos habrían de recibirlo en iguales condiciones”.** Adicionalmente señaló que, para la reclamación de este crédito, los demandantes en reparación directa debían acreditar dos aspectos: “la consistencia y realidad del daño moral padecido por la víctima directa, de una parte y, el título hereditario invocado, que [los] legitima en el ejercicio de la pretensión indemnizatoria para [su] reconocimiento”.*

44. Esta posición jurisprudencial ha sido reiterada sin sobresaltos tanto por el pleno de la Sección Tercera³⁴, antes de ser dividida en Subsecciones, como por estas últimas que, en síntesis, han considerado que el derecho a la indemnización de perjuicios puede ser reclamado “bien por su titular o por sus sucesores mortis causa, en cuanto continuadores de su personalidad, que ocupan la posición jurídica que ostentaba el causante frente a la totalidad de los derechos y acciones

³³ [5] “Constituyen manifestaciones determinadas, físicas o espirituales, de la persona, objetivadas por el ordenamiento normativo y llevadas al rango de bienes jurídicos”, según un sector de la doctrina o “derechos al respeto, esto es, al reconocimiento y a la no ofensa a la persona en su dignidad peculiar y en su ser, en su existencia corpóreo-espiritual”. Cfr. LARENZ, Karl, *Derecho Civil. Parte General*, pág. 274 y la doctrina citada por ZANONI en *El Daño en la Responsabilidad Civil*, pág. 123 y s.s.

³⁴ Ver, por ejemplo, sentencia de 10 de marzo de 2005, exp. 16346, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

*de contenido patrimonial transmitidas por el fallecimiento*³⁵; tesis consonante con la sostenida por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia³⁶. “

Descendiendo al caso concreto como quiera que responsabilidad administrativa y patrimonial declarada tiene su origen en la infección intrahospitalaria sufrida por la persona quien en vida respondía al nombre de Leidy Lorena Moreno Usma, el despacho accederá a las pretensiones por perjuicios morales a favor de la sucesión de la misma, en cuantía de 10 SMLMV.

Con relación a la acción directa, se reconocerá el equivalente a 10 SMLMV a favor de cada uno de sus padres y el equivalente a 5 SMLMV a favor de cada uno de sus hermanos.

4.4.2. Daño a la salud

A partir de la sentencia del 14 de septiembre de 2011, expediente 05001-23-25-000-1994-00020-01(19031) señaló que lo que antes se conocía como alteración de las condiciones de existencia o daño a la vida en relación, debe entenderse como daño a la salud y bajo esa tipología debe ser indemnizado.

Mediante sentencia 28 de agosto de 2014 proferida dentro del Expediente 31170, con ponencia del Consejero Enrique Gil Botero, el Consejo de Estado fijó las pautas para la indemnización fijando igualmente unas categorías para su reconocimiento, como se pasa a ver:

GRAVEDAD DE LA LESIÓN	Victima
Igual o superior al 50%	100 SMMLV
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80 SMMLV
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, teniendo en cuenta las mismas pautas atendidas para el reconocimiento de los perjuicios morales, la indemnización será de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de la víctima, indemnización que debe ser transmitida a su sucesión.

5. DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

El artículo 225 del C.P.A.C.A establece que *“quien afirme tener derecho legal o contractual de exigir a un tercero la reparación integral del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquel, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación”*.

En el presente asunto el Hospital demandado procedió a realizar el Llamamiento en Garantía de la Previsora S.A Compañía de Seguros, en virtud de la suscripción de la Póliza No. 1002129, cuya vigencia se pactó entre el 30 de junio de 2013 y el 30 de junio de 2014 y la Póliza 1003838 con vigencia desde del 18 de febrero de 2016 al 18 de febrero de 2017.

³⁵ Subsección A, sentencia de 12 de marzo de 2014, exp. 28224, C.P. Hernán Andrade Rincón y de la Subsección B, sentencia de 5 de abril de 2013, exp. 27231, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

³⁶ Sentencia de 18 de octubre de 2005, exp. 14491, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.

En este aspecto debemos recordar las características del Contrato de Seguros, descritas de la siguiente forma por el Consejo de Estado:

*"...el Código de Comercio enseña que dicho **contrato es consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva (art. 1036, modificado ley 389 1997, art. 1); que su objeto es asegurar un riesgo. Y el riesgo está definido legalmente como "el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgo y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento"*** (art. 1.054 *ibídem*). Como puede verse el contrato de seguro crea obligaciones condicionales, que se caracterizan porque penden de un acontecimiento futuro, que puede suceder o no. Se destaca entonces que las obligaciones en el contrato de seguro respecto del asegurador se originan, se repite, con la realización del riesgo asegurado, es decir cuando se da la condición del aseguramiento (art. 1.054 *ibídem*)³⁷".

Revisada las pólizas aportadas junto con sus correspondientes condiciones generales, encuentra el despacho que la póliza número 1003838 tiene una fecha de vigencia entre el 18 de febrero de 2016 y el 18 de febrero de 2017, razón por la cual como quiera que los hechos ocurrieron entre el 26 de septiembre de 2013 y el 8 de marzo de 2014, no se encuentran cubiertos por esta póliza.

Ahora bien en lo que respecta a la póliza **No. 102129** tuvo una vigencia entre el 30 de junio de 2013 al 30 de junio de 2014, por lo que en principio sería la que cubriría el posible siniestro de infección intrahospitalaria aquí debatido, no obstante debe analizar el Despacho las condiciones generales y particulares del contrato de seguro para determinar si se debe hacer o no efectiva la misma.

Tenemos entonces el riesgo asegurado, en relación con los hechos objeto de debate, corresponde al siguiente:

"(...)

COBERTURA BÁSICA:

Predios labores y operaciones, incluyendo la responsabilidad civil profesional médica en que incurra el asegurado, relacionada con la prestación del servicio de salud. Esta póliza operará en exceso de la póliza de responsabilidad civil extracontractual para predio labores y operaciones."³⁸

Igualmente se consagró en las condiciones generales de la precitada póliza:

"(...)

2.40. NOTIFICACIONES FORMULADAS POR EL ASEGURADO, O LOS RECLAMOS O DEMANDAS DE TERCEROS QUE LLEGUEN A CONOCIMIENTO DEL ASEGURADO FUERA DEL LÍMITE TEMPORAL DE VIGENCIA, O DEL PLAZO OPCIONAL PACTADO EN EL ENDOSO CORRESPONDIENTE, AUNQUE DICHAS NOTIFICACIONES,

³⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez, once (11) de diciembre de dos mil dos (2002), radicación número: 25000-23-26-000-1999-2326-01(22511).

³⁸ Folios 55-560 cdo. Llamamiento en garantía

RECLAMOS O DEMANDAS SE DERIVEN DE ACTOS MÈDICOS PRACTICADOS DURANTE LA VIGENCIA DE LA PÒLIZA”

(...)”³⁹

CONDICIÓN DÉCIMA

EXTENSIÓN DEL PERÍODO PARA RECLAMOS

La extensión del Período para Reclamos dará el derecho al Asegurado a extender, hasta un período máximo de dos (2) años, la cobertura para los reclamos que se reciban o se formulen con posterioridad a la vigencia de la póliza y exclusivamente por actos médicos ocurridos durante la vigencia de la póliza.

(...)” (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Así pues, una vez acaecido el riesgo asegurado, el período para efectuar los reclamos correspondientes en aras de obtener el pago hasta el monto de la suma asegurada, se pactó como circunscrito al de vigencia de la póliza, que como se señaló en líneas precedentes, rigió entre el **30 de junio de 2013 y el 30 de junio de 2014**.

Dicho pacto contractual, conocido como cláusulas *Claims Made* o de reclamación, nacieron en el sistema jurídico colombiano con la expedición de la Ley 389 de 1997 que indicó:

“ARTICULO 4o. *En el seguro de manejo y riesgos financieros y en el de responsabilidad la cobertura podrá circunscribirse al descubrimiento de pérdidas durante la vigencia, en el primero, y a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia, en el segundo, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación”.* (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Así las cosas en el proceso no se probó que entre las antedichas fechas se cumpliera la carga contractual consistente en que EL TERCERO O SUS CAUSAHABIENTES FORMULEN SU RECLAMO Y LO NOTIFIQUEN FEHACIENTEMENTE, POR ESCRITO, DURANTE EL PERÍODO DE VIGENCIA DE ESTA PÒLIZA, SU RENOVACIÓN, O DURANTE EL PERÍODO DE EXTENSIÓN PARA DENUNCIAS o en su defecto que el asegurado hubiese dado AVISO SEGÙN SE ESTIPULA EN LA CONDICIÓN SÈPTIMA “OBLIGACIONES DEL ASEGURADO EN CASO DE UN ACONTECIMIENTO ADVERSO”, en cuyo caso CUALQUIER RECLAMACIÓN SUBSIGUIENTE QUE SE HAGA EN CONTRA DEL ASEGURADO RELACIONADO CON EL MISMO EVENTO SE CONSIDERARA COMO HECHA DURANTE LA VIGENCIA DE LA PÒLIZA DEL SEGURO. LO ANTERIOR SIN PERJUICIO DE LAS NORMAS DE PRESCRIPCIÓN CONTEMPLADAS EN EL CÒDIGO DE COMERCIO.

Por tanto, no habiendo la parte demandada Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E., probado que cumplió con tal carga, mal podría el despacho acceder a condenar a la demandada aseguradora al pago del siniestro que por esta vía se declara, razón por la cual se declarará probada la excepción denominada *“inexistencia de cobertura, póliza claims made, reclamación presentada después de la vigencia de la póliza de seguro No. 1002129”*

Por otra parte, como quiera que no se condenará a ASMET SALUD EPS, el despacho se abstendrá de resolver sobre la relación jurídica entre esta y su llamado en garantía Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E.

³⁹ Folio 58 cdo., llamamiento en garantía.

6. CONCLUSIÓN JURÍDICA.

Teniendo en cuenta que no se configuran los elementos para que opere la responsabilidad por falla del servicio, el despacho denegará las pretensiones de la demanda, pues no se demostró de forma científica que las entidades demandadas hubieran fallado en la prestación de servicio médico asistencial, ni en sus obligaciones como Entidad Promotora de Salud frente a la paciente Leidy Lorena Moreno Usma y menos, que su actuar hubiera sido el causante del fallecimiento de la paciente o que le hubiera causado una pérdida de oportunidad de sobrevivida.

Respecto al Departamento del Tolima – Secretaría de Salud Departamental, no concretó el demandante cuál fue la falla por acción u omisión de la entidad territorial, y en las pretensiones de la demanda no solicitó condena frente a esta entidad, por tanto, al Despacho le está vedado pronunciarse con relación a la misma.

Con relación a la infección intrahospitalaria, se encuentra demostrado que las bacterias fueron contraídas durante su estadía en el Hospital Federico Lleras Acosta, y como quiera que el Consejo de Estado ha señalado que este perjuicio es autónomo, se dispondrá la indemnización a favor de los demandantes, pero únicamente y exclusivamente por el hecho del contagio con las bacterias *pseudomona aeruginosa multiresistente* y *kelbsiella pneumoniae multiresistente*, condena que se impondrá a la ESE demandada, por ser la directa prestadora del servicio de salud.

Finalmente y respecto al llamamiento en garantía que le hizo el Hospital Federico Lleras Acosta a La Previsora S.A., como el llamante no cumplió con la cláusula *Claims Made pactada, no puede exigir a la aseguradora, reembolso alguno de las sumas que deberá pagar.*

7. COSTAS

Al resultar vencida la parte demandada, es menester proveer sobre la correspondiente condena en costas a favor de la parte actora, conforme lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y en el artículo 361 del Código General del Proceso.

Tal condena se dispondrá ateniendo el criterio objetivo valorativo expuesto por el Consejo de Estado en sentencia calendada el 26 de julio de 2018⁴⁰. verificando en consecuencia que la apoderada judicial de la parte actora efectivamente realizó actividades adicionales a la propia presentación de la demanda, tales como la asistencia a la audiencia inicial, la de práctica de pruebas y la presentación de alegatos de conclusión.

También hubo de incurrir en erogaciones como el pago de la suma establecida por gastos ordinarios del proceso, razón por la cual se fijará la suma de DOS MILLONES CIENTO MIL PESOS (\$2.100.000) por concepto de agencias en derecho a favor de la parte demandante y a cargo de la demandada Hospital Federico Lleras Acosta, y se ordenará que por Secretaría se realice la correspondiente liquidación de los gastos procesales en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. William Hernández Gómez, radicación No. 73001-23-33-000-2013-00661-01(4689-14).

En mérito de lo expuesto el **Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Ibagué**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: INHIBIRSE el Despacho de resolver el asunto frente al Departamento del Tolima, por no haberse efectuado imputaciones fácticas o jurídicas, ni promoverse pretensión alguna en su contra.

SEGUNDO: DENEGAR las pretensiones del presente medio de control frente a la demandada Asmet Salud EPS S.A.S., por las razones expuestas en la parte motiva.

TERCERO: DECLARAR que la demandada HOSPITAL FEDERICO LLERAS ACOSTA E.S.E., es administrativa y patrimonialmente responsables por el daño antijurídico causado a los demandantes, por la infección intrahospitalaria padecida por Leidy Lorena Moreno Usma (q.e.p.d.)

CUARTO: CONDENAR a la demandada HOSPITAL FEDERICO LLERAS ACOSTA E.S.E., a pagar como indemnización perjuicios morales, las siguientes sumas de dinero:

A favor de la sucesión de LEIDY LORENA MORENO USMA (q.e.p.d.)	La suma equivalente a DIEZ (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
A favor de JOSÉ GERMÁN MORENO PINEDA	La suma equivalente a DIEZ (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
A favor de BLANCA IBETD USMA HERNANDEZ	La suma equivalente a DIEZ (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
A favor de KAREN JIMENA MORENO USMA	La suma equivalente a CINCO (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
A favor de NIYIRETH MORENO USMA	La suma equivalente a CINCO (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
A favor de GERMÁN AUGUSTO MORENO USMA	La suma equivalente a CINCO (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
A favor de SANDRA JHOANA MORENO USMA	La suma equivalente a CINCO (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

QUINTO: CONDENAR a la demandada HOSPITAL FEDERICO LLERAS ACOSTA E.S.E., a pagar como indemnización por daño a la salud, la suma equivalente a DIEZ (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a favor de la sucesión de LEIDY LORENA MORENO USMA (q.e.p.d.).

SEXTO: DECLARAR probada la excepción *"inexistencia de cobertura, póliza claims made, reclamación presentada después de la vigencia de la póliza de seguro No. 1002129"* formulada por La Previsora S.A. Compañía de Seguros.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas de esta instancia a la demandada HOSPITAL FEDERICO LLERAS ACOSTA E.S.E. Tásense, tomando en cuenta como

MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: JOSÉ GERMÁN MORENO PINEDA Y OTROS
DEMANDADO: HOSPITAL FEDERICO LLERAS ACOSTA Y OTROS
RADICACIÓN: 73001-33-33-003-2016-00191-00

agencias en derecho la suma de DOS MILLONES CIENTO MIL PESOS (\$2.100.000) a cargo de ésta.

OCTAVO: DENEGAR las demás pretensiones de la demanda.

NOVENO: A la presente sentencia se le dará cumplimiento en los términos de los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

DÉCIMO: Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 114 del Código General del Proceso. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

DÉCIMO PRIMERO: Ejecutoriado el presente fallo y liquidadas las costas, archívese el expediente, previa las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DIANA CAROLINA MÉNDEZ BERNAL
Jueza

