



**REPÚBLICA DE PANAMÁ
ÓRGANO JUDICIAL**

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA DE LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO.-**

Panamá, veintinueve (29) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

VISTOS:

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, conoce de la solicitud de indemnización interpuesta por la licenciada María Forero en representación de Neyra Alana Ortiz y Juan Carlos Domínguez, actuando en nombre propio y de su menor hija Karla Domínguez Ortiz para que se condene al Patronato del Hospital Santo Tomás y al Estado Panameño, al pago de setenta y cinco millones con siete centésimos (B/.75,000,000.07), en concepto de daños y perjuicios morales y materiales causados por el mal funcionamiento de los servicios públicos de salud.

PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Los solicitantes han manifestado en su libelo, haber sufrido daños y perjuicios materiales y morales que sufrió a consecuencia de los daños y perjuicios causados a su integridad física y emocional producto de la histerectomía total que le realizaron en el Hospital Santo Tomás el día 12 de enero de 2011.

Los peticionarios solicitan a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia se pronuncie sobre lo siguiente:

1. Declare mediante sentencia que el Hospital Santo Tomás y el Patronato del Hospital Santo Tomás son responsables de todos los daños y perjuicios ocasionados y padecidos por Neyra Alana Ortiz Jiménez, desde el mes de enero del año 2011, hasta entonces-sin perjuicio del incremento de los mismos a futuro-, tiempo o mes en que ocurrió el hecho que motivó la presente demanda. Así como también, a favor de Juan Carlos Domínguez Fuentes con cédula de identidad personal No.6-707-1396, y de la menor Karla Victoria Domínguez Fuentes, con cédula de identidad personal No.8-1108-587.
2. Que se declare mediante sentencia que el Hospital Santo Tomás y el Patronato del Hospital Santo Tomás son responsables por todas las actuaciones llevadas a cabo por sus médicos, asistentes médicos, enfermeras y enfermeros, personal administrativo, en funciones y al servicio de sus respectivos cargos; en el mes de enero de 2011, en perjuicio de Neyra Alana Ortiz Jiménez, Juan Carlos Domínguez Fuentes y de Karla Victoria Domínguez Ortiz (menor de edad).
3. Que se declare mediante Sentencia que el Hospital Santo Tomás y el Patronato del Hospital Santo Tomás, están obligados a pagar a Neyra Alana Ortiz Jiménez, Juan Carlos Domínguez Fuentes y Karla Victoria Domínguez Ortiz (menor de edad), la suma de setenta y cinco millones de balboas con 07/100 centésimos (B/.75,000,000.07), en concepto de daños y perjuicios.
4. Que se declare mediante sentencia que el Patronato del Hospital Santo Tomás, está obligado, por conducto de quien lo represente legalmente, a pagar a Neyra Alana Ortiz Jiménez, Juan Carlos Domínguez Fuentes y Karla Victoria Domínguez Ortiz (menor de edad); no sólo las sumas a que se ha hecho alusión en la pretensión anterior, sino a resarcir íntegra y oportunamente todas las sumas de dinero en concepto de daño emergente, gastos e intereses legales, dimanantes de aquellas sumas

que hubieren sido invertidas para las atenciones médicas y demás, relacionadas a su condición de salud, hasta la fecha en que conste en firme la Sentencia que al efecto se dicte por la Sala Tercera, así como también, aquellos gastos necesarios o en que se hubiere incurrido, en concepto de honorarios profesionales de abogados, peritos y demás.

HECHOS EN QUE SE SUSTENTA LA DEMANDA.

Señala la parte actora que el día dos (2) de enero de 2011 a la señora Neyra Alana Ortíz Jiménez, le fue practicada una (1) cesárea en las instalaciones del Hospital Santo Tomás, en donde nace su hija Karla Victoria Domínguez Ortiz.

El día 11 de enero de 2011 la señora Neyra Alana Ortíz Jiménez, acude al Hospital Santo Tomás por atención médica debido a diversas molestias y altos niveles de fiebre, por lo cual la misma es hospitalizada y el siguiente día 12 de enero de 2011 es intervenida quirúrgicamente realizándole histerectomía total.

Que el 26 de enero de 2011, es recomendado por el personal del Hospital Santo Tomás darle de alta a Neyra Alana Ortíz Jiménez y que luego de ingentes solicitudes cuestionando sobre la razón que motivó la intervención quirúrgica le señalaron que se pudo determinar con certeza la presencia y alojamiento de la bacteria conocida como "bacteria come carne".

Producto de lo anterior, la Señora Neyra Alana Ortíz Jiménez ha quedado privada de por vida de la posibilidad de ejercer su derecho natural de procrear, por lo cual se le privó a su hija Karla Victoria Domínguez Ortiz de tener hermanos de su misma madre y padre, de su derecho natural de recibir lactancia materna y demás cuidados derivados de su condición de infante.

Estiman que el Hospital Santo Tomás omite el fiel cumplimiento de sus deberes y obligaciones preestablecidos por la ley puesto que en el historial clínico de Neyra Alana Ortíz Jiménez, no sólo consta que la misma luego de haber sido objeto de una intervención quirúrgica (cesárea) sino que refiere que indicó a los médicos de dicho centro hospitalario que sus condiciones de salud eran

deficientes, porque presentaba dolores, particularmente, en el área de bajo vientre y sus alrededores, asociados a un cuadro de fiebre y a la inflamación del área donde se le había realizado la sutura de lugar.

Indican que a sabiendas del cuadro presentado por Neyra Alana Ortiz Jiménez sólo se limitan a darle salida de dicho hospital y a recomendarle la ingesta de medicamentos para erradicar el cuadro de dolor y fiebre presentado, sin mayores prescripciones médicas. Aunado al hecho que la realización de la intervención quirúrgica no fue explicada previamente a la paciente ni a sus familiares, conducta que consideran alejada no sólo de los deberes y obligaciones que ha dispuesto la ley y los reglamentos para los profesionales de la medicina, sino también de los principios éticos por los cuales deben velar estos últimos.

Finalmente, concluyen que la bacteria que se alojó en la anatomía de Neyra Alana Ortiz Jiménez conocida como “come carne” se logra mientras ésta se mantuvo en las instalaciones del Hospital Santo Tomás, lugar donde no sólo fue practicada la cesárea, sino que se le ordenó posteriormente, su hospitalización, la cual concluyó con la intervención quirúrgica, a través de la cual se le practicó la histerectomía referida.

NORMAS QUE SE CONSIDERAN VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

En base a las anteriores alegaciones, el demandante solicita se condene al Estado por intermedio del Patronato del Hospital Santo Tomás, conforme al numeral 10 del artículo 97 del Código Judicial, en concordancia con lo establecido en los artículos 1644 y 1645 del Código Civil.

Como normas violadas se señalan las siguientes:

I. El artículo 4 de la Ley 4 de 10 de abril de 2000 (Patronato del Hospital Santo Tomás).

“Artículo 4. El Patronato se sujetará a los principios de equidad, eficacia, eficiencia, calidad, compromiso, probidad, moralidad, oportunidad, transparencia, productividad, solidaridad y universalidad en el ejercicio de sus funciones.”

Señala que fue vulnerada en forma directa por comisión, al no considerarse su contenido por parte de los funcionarios públicos administrativos y profesionales de la medicina al servicio del Patronato del Hospital Santo Tomás al momento de atender sus obligaciones dejando de lado la consideración de los principios que rigen a los funcionarios al servicio del patronato.

II. El artículo 5 de la Ley 4 de 10 de abril de 2000.

“Artículo 5 : Será función del patronato, prestar con eficiencia, excelencia, funcionalidad y equidad, en el Hospital Santo Tomás, los servicios de salud preventiva y curativa, de rehabilitación, docencia en investigación, como hospital nacional de tercer nivel, para la población del país; y como hospital de segundo nivel, para la población de la región metropolitana.”

Estima el recurrente que esta norma ha sido violada de forma directa, por omisión, por parte de la institución demandada, ya que en el cumplimiento del servicio público que presta, no se observaron las conductas necesarias y propias para el cumplimiento de la salud preventiva y curativa de la paciente.

Señala que en razón de la insalubridad del Hospital es que NEYRA ALANA ORTÍZ JIMÉNEZ, adquiere en las instalaciones del mismo la bacteria llamada “come carne” la que provoca los daños ocasionados a la anatomía de la paciente.

III. El numeral y 27 del artículo 19 de la Ley N° 4 de 10 de abril de 2000 que preceptúa:

“Artículo 19. Son deberes y atribuciones del Patronato:

1. Garantizar que el complejo hospitalario brinde la mayor y mejor calidad de atención y servicios de salud, con humanitarismo y sensibilidad social, a las poblaciones señalada en el artículo 5 de esta ley.

2.

3.

27. Fiscalizar el fiel cumplimiento de las leyes, reglamentos y procedimientos sobre salud ocupacional, bioseguridad y disposición de desechos hospitalarios. “

Se estima que esta norma ha sido violada en forma directa por omisión por parte de la institución demandada, toda vez que asevera el demandante que los

funcionarios, médicos del Hospital Santo Tomás no actuaron, a su juicio, en acatamiento de lo que dispone el citado artículo; ya que estima que en el Hospital Santo Tomás se encuentra la bacteria conocida como "bacteria come carne" ya que los estándares de limpieza no son óptimos y los productos utilizados para la limpieza y la esterilización de los utensilios quirúrgicos no denotan ser los adecuados o al menos, luego de haber sido puestos a disposición utilizados en los términos debidos. Además señala que si la bacteria es de tipo nosocomial, es decir que sólo se contrae en los hospitales es Responsabilidad del hospital indemnizar a los demandantes por los perjuicios sufridos, que no se limitan sólo a daños físicos sino también morales.

IV. El artículo 1644 del Código Civil.

"Artículo 1644: El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.

Si la acción u omisión fuere imputable a dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable por los perjuicios causados".

Esta norma consideran que es violada en forma directa por omisión por parte de la entidad demandada, en la medida en que el acto dañoso que se cometió es imputable a los funcionarios públicos designados para prestar el servicio con la diligencia necesaria y el Hospital Santo Tomás ha desatendido el mandato legal de indemnizar a los demandantes por los perjuicios ocasionados.

V. El artículo 1644-A del Código Civil

"Artículo 1644-A. Dentro del daño causado se comprende tanto los materiales como los morales.

Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físico, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás.

Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en materia de responsabilidad contractual, como extracontractual. Si se tratare de responsabilidad y existiere cláusula penal se estaría a lo dispuesto en ésta.

Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quién incurra en responsabilidad objetiva así como el Estado, las instituciones descentralizadas del Estado y el Municipio y sus respectivos funcionarios, conforme al Artículo 1645 del Código Civil.

Sin perjuicio de la acción directa que corresponda al afectado la acción de reparación no es transmisible a terceros por acto entre vivos y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida. El monto de la indemnización lo determinará el Juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso...”

Indica la parte actora que dicho artículo fue infringido al desconocerse la obligación de reparar tanto el daño moral como el material que se le ha causado a los demandantes, el Patronato del Hospital Santo Tomás, quien consideran ha desatendido un mandato legal, el cual consiste en el deber de indemnizar.

VI. El artículo 1645 del Código Civil.

“Artículo 1645: La obligación que impone el artículo 1644 es exigible no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes debe responder...”

El Estado, las instituciones descentralizadas del estado y el Municipio son responsables cuando el daño es causado por conducto del funcionario público a quien propiamente corresponda la gestión practicada, dentro del ejercicio de sus funciones.

El Estado, las instituciones descentralizadas del Estado y el Municipio son responsables cuando el daño es causado por conducto del funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada, dentro del ejercicio de sus funciones.

Son por último, responsables los maestros o directores de artes y oficios respecto a los perjuicios causados por sus alumnos o aprendices, mientras permanezcan bajo custodia.

La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas de derecho privado en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.”

La demandante no plantea concepto de violación con respecto a este artículo.

INFORME DE CONDUCTA DE LA AUTORIDAD DEMANDADA.

El Patronato del Hospital Santo Tomás mediante nota 006-PHST-HST-12 de 9 de febrero de 2012, remite a esta Superioridad el Informe Explicativo de Conducta solicitado en el cual señala lo siguiente:

“PRIMERO: La señora Neyra Ortiz Jiménez ingresa a Sala de partos del Hospital Santo Tomás, el día 2 de enero de 2011, a las 7:30 en labor de parto y ruptura prematura de membranas.

SEGUNDO: En Sala de Partos, a las 9:20 pm del mismo día, se encuentra alteración de la frecuencia cardíaca fetal y bajo sospecha de que el feto esté en riesgo de sufrir hipoxia, se ordena realizar una cesárea de urgencia.

TERCERO: La cesárea se le realizó el mismo día, a las 9:48 p.m sin complicaciones maternas ni neonatales.

CUARTO: Durante los días 3,4 y 5 de enero, cursa evolución normal, egresando el día 5 de enero.

QUINTO: Acude a Cuarto de Urgencias de Obstetricia y Ginecología el día 11 de enero de 2011, con historia de fiebre de aproximadamente cinco (5) días de evolución y edema del área quirúrgica, razones por las cuales fue ingresada.

SEXTO: El 12 de enero del mismo año, en horas de la mañana, el Médico Funcionario de la Sala, tras evaluar a la paciente consideró y ordenó que se le hiciera a la señora Ortiz, una revisión de la herida quirúrgica en el Salón de Operaciones, para descartar fascitis necrotizante.

SÉPTIMO: El mismo día, el Médico Funcionario asignado al Salón de Operaciones, procedió a revisar la herida quirúrgica, encontrándose secreción purulenta en la herida y colección de pus y adhesión del útero a pared abdominal, sutura del útero dehiscente y el útero con caracteres clínicos de estar infectado; ante esta situación, el Médico Funcionario basándose en su criterio técnico por lo encontrado, decidió realizar histerectomía total.

OCTAVO: Una vez terminada la histerectomía, participaron los cirujanos generales para el desbridamiento de la pared abdominal y colocaron una bolsa de Bogotá.

NOVENO: La Señora Ortiz Jiménez fue trasladada a Cuidados Intensivos y quedó a cargo de los Médicos de Medicina Interna y de Cirugía General.

DÉCIMO: Cultivo de la secreción de la herida quirúrgica reveló staphylococcus sciuri.

Es indispensable realizar los siguientes comentarios a la acción interpuesta ante la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo:

Primero: La paciente Ortiz Jiménez al salir del hospital no presentaba fiebre, ni reflejaba complicaciones asociadas a la cesárea practicada el día 2 de enero de

2011 (Curva de temperatura visible a foja 6 de expediente clínico de la paciente). Es la misma paciente quien dice que a partir del día 6 de enero cuando se presentan los dolores, acudiendo a una clínica privada donde no fue tratada de su padecimiento (foja 166).

Segundo: Las infecciones son riesgos, inherentes a cualquier procedimiento quirúrgico, que se pueden contraer dentro y fuera del hospital; pero lo cierto es que para el facultativo y demás personal de salud, es difícil controlar una infección en un paciente que no está dentro de las instalaciones hospitalarias. Tratándose del paciente sujeto del informe, es de notar que su condición de educadora le permite distinguir los riesgos que asumía al no acudir a una institución que la había asistido inicialmente, máxime que acude a una clínica privada de quien desconocemos la asistencia médica que le pudo prestar o a los riesgos que se expuso, dejando transcurrir un precioso tiempo que pudo haber evitado la infección que posteriormente generó la situación de gravedad en el área intervenida.

Tercero: El procedimiento médico seguido en este caso indica claramente que la histerectomía practicada a la paciente Ortiz Jiménez, fue consecuencia de una revisión de la herida quirúrgica, que descubre secreción purulenta en la herida y colección de pus y adhesión del útero a pared abdominal, sutura del útero dehiscente y el útero con caracteres clínicos de estar infectado, lo que obliga al médico buscar el mayor bien de la persona. Esto es, extraer el útero para preservar la vida de la paciente exponiendo al mínimo la integridad y la vida de la señora Neyra Ortiz.

Cuarto: Ante la situación descubierta por el personal médico, se asume una decisión médica respaldada por la correspondiente hoja de consentimiento (visible a foja 156 del expediente clínico), en la cual se informa revisión de herida realizada por cesárea, consintiendo la paciente en dicha hoja la práctica de cualquier tratamiento en base a los hallazgos encontrados o que se presenten durante la hospitalización.

Es importante resaltar que la hoja de consentimiento es un documento que obliga al médico a explicar el procedimiento que se le va practicar al paciente; en este caso cuando la señora Neyra Ortiz, firmó dicha hoja fue porque entendió perfectamente la intervención de que se trataba, así como los riesgos que implicaba la misma."

POSICIÓN DE LA PROCURADURÍA DE LA ADMINISTRACIÓN.

Mediante Vista 440 de 18 de noviembre de 2013, la Procuraduría de la Administración en su contestación de demanda señala que no ha sido acreditada la relación de causalidad que debe existir en toda reclamación de indemnización

de daños y perjuicios, entre el hecho generador, es decir la aludida mala prestación del servicio público de salud, y el daño causado, en este caso los daños y perjuicios a la Señora Neyra Alana Ortiz, Juan Carlos Domínguez Fuentes y Karla Victoria Domínguez Ortiz, considerando que los cargos de su demanda son infundados, por lo cual solicitan a esta Superioridad declarar que NO ES RESPONSABLE el Hospital Santo Tomás y su Patronato de los daños materiales y morales supuestamente causados por la mala prestación del servicio de salud.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte actora en sus alegatos de conclusión señala que ha quedado evidenciado en el presente expediente y sus antecedentes clínicos u hospitalarios, que el día (2) de enero del año 2011, a la señora Neyra Alana Ortiz Jiménez, le fue practicada una (1) cesárea en las instalaciones del Hospital Santo Tomás, que para el día once (11) de enero de 2011, Neyra Alana Ortiz Jiménez acude al Hospital Santo Tomás, luego de las evaluaciones y exámenes pertinentes, estimó de lugar ordenar para ese mismo día la hospitalización de Neyra Alana Ortiz Jiménez, en tal centro hospitalario y el día doce (12) de enero de 2011, resuelven intervenirla quirúrgicamente, como en efecto ocurrió, resultando de ello la realización de una histerectomía total, lo que le ha imposibilitado tener más hijos y a su hija tener hermanos, lo que a su criterio es responsabilidad del Hospital Santo Tomás y por ende del Estado Panameño.

DECISIÓN DE LA SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Competencia de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo.

Antes del análisis del problema de fondo planteado, hay que destacar que por tratarse de una actuación del Patronato del Hospital Santo Tomás, sobre la cual se reclama responsabilidad, la presente acción es viable, en atención a lo dispuesto en el Artículo 97, numeral 10, del Código Judicial, en concordancia con

el Artículo 206 de la Constitución Política, que establece como competencia de la Sala Tercera, el conocimiento de las indemnizaciones de que sean responsables directos el Estado y las restantes entidades públicas, por el mal funcionamiento de los servicios públicos a ellos adscritos.

Como puede apreciarse en la demanda en cuestión la parte actora considera que se han vulnerado por un lado los artículos 4, 5 y el numeral 27 del artículo 19 de la Ley 4 de 10 de abril de 2000 (Patronato del Hospital Santo Tomás), todos referentes a los principios que rigen el Patronato del Hospital Santo Tomás, sus funciones, deberes y atribuciones y por el otro lado los artículos 1644, 1644-a y 1645 del Código Civil, relativos a la obligación de que quien cause daño a otro debe repararlo, los tipos de daño y de la responsabilidad que tiene el Estado por daños causados por sus funcionarios.

En ese sentido vale precisar que a fin de determinar si es procedente condenar al Estado Panameño a indemnizar a la demandante, es necesario constatar si se cumplen con los presupuestos establecidos por la Ley y jurisprudencia en torno a la petición de indemnización por el mal funcionamiento del servicio público.

Cuestión Previa.

La Procuraduría de la Administración mediante Vista 440 de 18 de noviembre de 2013, alega la excepción de prescripción en los siguientes términos: Señalan que mediante Vista 211 de 1 de mayo de 2012, sustentaron un recurso de apelación en contra de la providencia de 6 de febrero de 2012, por la cual se admitió la demanda contencioso administrativa de indemnización, ya que según lo manifestado por el apelante la acción instaurada se encontraba prescrita al tenor de lo dispuesto por el artículo 1706 del Código Civil que establece el término de prescripción de un año para exigir responsabilidad extracontractual al Estado.

No obstante, la Sala emitió la Resolución de 21 de junio de 2013, por medio de la cual confirmó la admisión del negocio jurídico que ocupa nuestra atención,

sin embargo, consideran pertinente reiterar el hecho de que la acción intentada se encuentra prescrita, basada en el artículo 1706 del Código Civil, en concordancia con los artículos 1644^a y 1645 del mismo cuerpo normativo, la acción dirigida a reclamar responsabilidad extracontractual al Estado como producto de actos u omisiones atribuidas a los servidores públicos, prescribe en el término de un año, contado desde el momento en que el agraviado supo de la afectación, lo que en el caso que ocupa nuestra atención se dio el 2 de enero de 2011, fecha en la que se practicó una cesárea de urgencia a Neyra Ortiz Jiménez.

En virtud de lo anterior, es que el Procurador considera que desde el 2 de enero de 2011 los demandantes tuvieron conocimiento de la afectación que alegan, por lo que tenían hasta el 2 de enero de 2012, para interponer su acción indemnizatoria contra el Estado; sin embargo, según consta en autos, la demanda correspondiente fue recibida en la Secretaría de la Sala el 11 de enero de 2012, es decir, luego de nueve días de vencido el plazo contemplado por la citada norma legal.

Ante tales planteamientos esta Sala tiene a bien indicar a la Procuraduría de la Administración que el tema de la prescripción fue abordado por esta Superioridad a través de la Resolución de 21 de junio de 2013, por lo cual no es viable abordar nuevamente lo ya decidido por los Magistrados de la Sala Contencioso Administrativa, máxime cuando quedó establecido en dicha Resolución (visible de fojas 114 a 118 del expediente judicial) que:

“el término de prescripción para la reclamación de responsabilidad se inició el referido 12 de enero de 2012, por lo que su preclusión sería de 12 de enero de 2013, fecha para cuando ya había sido presentada la demanda en Secretaría de esta Sala, la cual fue interpuesta el 11 de enero de 2013..”.

La petición de indemnización

Fundamentos

Frente a la obligación que se reclama, a la Sala le corresponde entonces establecer la responsabilidad extracontractual u objetiva del Estado que será,

como ya se manifestó en Sentencia de 31 de mayo de 2004, y Sentencia de 24 de mayo de 2010, siempre que en el desarrollo de una función pública se produzca un hecho dañoso en perjuicio de un particular.

Previo a ello precisa indicar que la responsabilidad extracontractual u objetiva del Estado tiene fundamento legal y Constitucional. Así lo expuso esta Sala en Sentencia de 24 de mayo de 2010, 2 de febrero de 2009 y 2 de junio de 2003, que en lo pertinente dice:

"Para resolver, claro es que el fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado en nuestra legislación se deriva de lo que está contenido en los artículos 1644 y 1645 del Código Civil, y con la modificación de la que este último fue objeto mediante la Ley N°18 de 31 de julio de 1992, importante resulta señalar que está expresamente contemplada al prever "la responsabilidad directa del Estado" cuando el daño es causado por conducto del funcionario a quien propiamente corresponde la gestión practicada dentro del ejercicio de sus funciones. Sobre la responsabilidad extracontractual del Estado, la Sala ha conceptuado que tiene claro fundamento en las normas de la Constitución Nacional, que en nuestro medio están previstas en el Título III de los Derechos y Deberes Individuales y Sociales, Capítulo 1º, sobre las Garantías Fundamentales, específicamente los artículos 17 y 18. Así vemos que en el artículo 17 de la Constitución Nacional se instituye la concepción social de los fines del Estado, al preverse que "las autoridades de la República están instituidas para proteger en su vidas, honra y bienes a los nacionales donde quiera que se encuentren y a los extranjeros que estén bajo su jurisdicción (...)". Por su parte, el artículo 18 de la Constitución Nacional prevé el principio de la responsabilidad personal de los funcionarios públicos por infracción a la Constitución o de la Ley o por extralimitación de funciones en el ejercicio de ésta. Dicha responsabilidad extracontractual tiene, pues, un fundamento de derecho público, postura que ha sido también la mantenida por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado en Colombia en relación con el artículo 16 de la Constitución de 1886 de ese país, norma que es el antecedente del artículo 17 de nuestra Constitución."¹

¹ Cfr. Ureta Manuel S., "El Fundamento Constitucional de la Responsabilidad Extracontractual del Estado", en La Responsabilidad de la Administración Pública en Colombia, España, Francia e Italia, autores varios, Universidad Externado de Colombia, 1986, págs. 163 a 181.

La Sala estima oportuno reiterar que en la doctrina, autores como Roberto Dromi, se inclinan en ese sentido y además sostiene que, "la responsabilidad del Estado existe sea que los agentes estatales actúen con o sin culpa y aunque nazca de un acto legítimo, pues su antijuricidad surgirá de su vulneración a la Constitución...que protege a los habitantes contra cualquier daño injustamente inferidos a sus derechos individuales...con esto se abre el camino a una concepción objetiva de la antijuricidad poniendo de relieve los elementos daños e injusticia por encima del concepto clásico de culpa..." También destaca que la jurisprudencia admite la responsabilidad del Estado, pero siempre tomando en cuenta la relación causal a fin de determinarla.² En esa misma línea de pensamiento Gilberto Martínez Rave enfatiza que la responsabilidad extracontractual objetiva por parte del Estado tiene por finalidad "restablecer el equilibrio económico roto cuando se lesiona un patrimonio particular por parte de la administración pública..."³

En la sentencia de 24 de mayo de 2010 y 20 de noviembre de 2009, al conceptuar sobre el sentido y alcance del artículo 1644 del Código Civil en particular, el Tribunal señaló que para que se configure el mal funcionamiento del servicio público deben acreditarse los siguientes elementos:

- A. La presencia de un daño directo, cierto y susceptible de ser cuantificado; y
- B. La existencia de una conducta culposa o negligente.
- C. La demostración del nexo de causalidad entre el resultado dañoso y la conducta del agente provocador del evento."

Primero, es importante señalar que estos elementos básicos comunes a toda demanda de reparabilidad, inician con la existencia de un **hecho humano**, en ese sentido, ubicamos primero al **hombre** y su accionar en el contexto social, lo que significa no sólo establecer un orden, sino simultáneamente una contención. El ser humano tiene que ser el epicentro, pues lo demás debe ser

² Roberto Dromi, Derecho Administrativo, 7 Edición actualizada, Buenos Aires, 1998, págs. 816-817 y 836.

³ Gilberto Martínez Rave, La Responsabilidad Civil Extracontractual, 10ª Edición, Editorial Temis, S. A., Colombia 1998, Pág. 363.

estructurado en función de él. El segundo elemento debe ser el **daño**, porque es la expresión de la crisis de la gobernabilidad del sistema, de una falla en la prevención por parte del derecho. Ese daño comienza por ser una situación fáctica que debe recorrer un camino de condicionamientos para convertirse en **categoría jurídica reparable**.

El hecho humano está siempre presente, en forma directa o indirecta (en los procesos de la empresa, el Estado y las cosas), interfiriendo en las relaciones sociales y causando un **resultado dañoso**.

El daño, es la expresión de la crisis en el sistema de gobernabilidad de la sociedad, y como tal es recogido por la teoría general para determinar si, mediante condicionamientos que el mismo sistema trata de imponer puede o no transformarse en **categoría jurídica de daño reparable**.

Antes de avanzar en este campo de la indemnización como tal, es necesario señalar que en cuanto a la relación de **causalidad jurídica** (Imputabilidad), este es otro de los requisitos o elementos necesarios para conseguir del Estado la indemnización de los perjuicios que su acción u omisión cause y consiste en la atribución jurídica que del daño se hace a la administración pública, y esta atribución de lo que se ha conocido jurisprudencialmente como el **nexo con el servicio**.

Por tales motivos, la Sala examinará los presupuestos de responsabilidad que están planteados en la demanda, a la luz del marco jurídico señalado, analizando en primera instancia la existencia de un daño.

A. Daño o lesión directa y cierta. La doctrina tradicional imponía e impone al **Daño** los siguientes requisitos:

- a) **certidumbre**, relacionado con su existencia material y no conjetural, es decir, debe constituir un verdadero impacto en la persona o en el patrimonio, etc., de otro.
- b) **que sea personal del accionante, y**
- c) **que de él resulte una lesión a un derecho subjetivo o interés legítimo.**
- d) **que sea antijurídico.**

En este punto considera este Tribunal señalar que como ha señalado la doctrina, el primer aspecto a estudiar en los procesos de reparación directa es la existencia del daño puesto que si no es posible establecer la ocurrencia del mismo, se torna inútil otro análisis.

En ese sentido, también acota **Enrique Gil Botero** sobre el daño lo siguiente:

“...es indispensable, en primer término determinar la existencia del daño, y, una vez establecida la realidad del mismo, deducir sobre su naturaleza, estos es, si el mismo puede, o no calificarse como (sic) antijurídico, puesto que un juicio de carácter negativo sobre tal aspecto, libera de toda responsabilidad al Estado..., y por tanto, releva el juzgador de realizar la valoración del otro elemento de la responsabilidad estatal, esto es la imputación del daño al Estado, bajo cualquiera de los distintos títulos que para el efecto se ha elaborado.

(...)De manera tal que la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria al derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, razón por la cual se reputa indemnizable, lo cual significó un giro copernicano en el fundamento de la responsabilidad estatal, la cual ya no reposa en la -calificación de la conducta de la Administración, sino la calificación del daño que ella causa-

(...)En síntesis, puede afirmarse que la labor analítica del juez en asuntos de esta naturaleza, se reduce simple y llanamente a la constatación del daño como entidad, que es un dato objetivo o de conocimiento dado por la experiencia; a la posición axial frente al mismo por parte del juez, lo que imprime el sello de antijurídico o jurídico, y una vez estructurado aquel -daño antijurídico-, coprogramáticamente mirar la posibilidad de imputación del mismo a una entidad de derecho público”.⁴ (lo resaltado es de la Sala).

⁴ Citado por Enrique Gil Botero, **Tesoro de Responsabilidad Extracontractual del Estado, Jurisprudencia 1991-2011**, Tomo I, Editorial Temis S.A., Colombia, página 11-12.

García de Enterría distingue entre lesión y perjuicio y señala que para que exista obligación de indemnizar debe haberse producido una lesión, entendida como "detrimento patrimonial antijurídico que sufra el particular como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, debe ser antijurídico, efectivo, evaluable económicamente e individualizado."

El daño señalado por la parte actora, se prueba con el historial clínico de la Señora Neyra Alana Ortiz Jiménez visible de foja 35 en adelante, del expediente clínico que indica que a la misma se le realizó histerectomía total el día 12 de enero de 2011.

En ese orden de ideas las causas por la cuales tuvo que realizársele histerectomía a la paciente Neyra Alana Ortiz Jiménez se ven plasmadas en el informe realizado por el Dr. Rodrigo Velarde, Jefe del Departamento de Obstetricia y Ginecología del Hospital Santo Tomás, que consta en el expediente a través de la nota No.25 D.O.G./HST de 9 de febrero de 2012, quien sintetiza el caso así:

"La revisión del expediente clínico de la señora Neyra Ortiz Jiménez, con cédula No.8-765-728, nos permite señalar los siguientes hechos relevantes:

1. Ingresa el 2 de enero de 2011, a las 7:30 p.m en labor de parto y ruptura prematura de membranas, a Sala de Partos.
2. En Sala de Partos, a las 9:20 p.m del mismo día, se encuentra alteración de la frecuencia cardiaca fetal y bajo la sospecha de que el feto esté en riesgo de sufrir hipoxia, se ordena realizar una cesárea de urgencia.
3. La cesárea se le realizó el mismo día, a las 9:48 p.m, sin complicaciones maternas ni neonatales.
4. Durante los días 3, 4, 5 de enero, cursa con evolución normal, egresando el día 5 de enero.
5. Acude a cuarto de urgencia de obstetricia y ginecología el día 11 de dicho mes, con historia de fiebre de aproximadamente 5 días de evolución y edema del área quirúrgica, razones por las cuales fue ingresada.
6. El 12 de enero, en horas de la mañana, el médico funcionario de Sala tras evaluar a la paciente consideró y ordenó que se le hiciera a la señora Ortiz, una revisión de la herida quirúrgica en el Salón de Operaciones para descartar fascitis necrotizante.
7. El mismo día, el Médico Funcionario asignado al Salón de Operaciones procedió a revisar la herida quirúrgica, encontrándose secreción purulenta en la herida y colección de pus y adhesión del útero a pared

abdominal, sutura del útero dehiscente y el útero con caracteres clínicos de estar infectado; ante esta situación, el Médico Funcionario basándose en su criterio técnico por lo encontrado, decidió realizar la histerectomía total.

8. Una vez terminada la histerectomía, participaron los Cirujanos Generales para el debridamiento de la pared abdominal y colocaron una bolsa de Bogotá.

9. La señora Ortiz Jiménez fue trasladada a Cuidados Intensivos y quedó a cargo de los Médicos de Medicina Crítica y de Cirugía General.

10. Cultivo de la secreción de la herida quirúrgica reveló staphylococcus Sciuri.”

De acuerdo a lo consignado por el Doctor Velarde en su informe, se deja constancia que la conducta de los médicos al momento de tratar a la Señora Neyra Alana Ortiz Jiménez, fue adecuada y que el daño a pesar de ser cierto, personal del accionante, no tiene visos de antijuridicidad, sino que la conducta de los médicos fue acorde con los hallazgos encontrados al momento de la operación y que la histerectomía se le realizó para preservar su vida debido a la fascetis necrotizante encontrada y la infección en el útero.

Sobre el daño antijurídico, la doctrina ha señalado que la fuente de responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria a derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, por lo cual éste se reputa indemnizable. Esto significa obviamente que **no todo perjuicio debe ser reparado porque puede no ser antijurídico**, y para saberlo será suficiente acudir a los elementos del propio daño que puede contener causales de justificación que hacen que la persona tenga que soportarlo.⁵

Igualmente, **Francisco, López Menudo, Emilio, Guichot Reina, Juan Antonio, Carrillo Donaire**, en su obra **La Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos**, señala:

⁵ Citado por Carlos, Jaramillo Delgado, La Responsabilidad Patrimonial del Estado derivada del funcionamiento de la Administración de Justicia, Editorial Ibañez, Colombia, 2006, página 121.

“Como hemos señalado, el requisito de la antijuricidad no se predica respecto de la conducta de quien produce la lesión (en el sentido de que se a contraria a Derecho), sino que **se trata de una antijuridicidad objetiva que se hace recaer en el lesionado sin que éste tenga el deber jurídico de soportarla.** ...

El problema consiste en determinar cuándo el interesado tiene o no el deber de soportar el daño. En efecto, se trata de una regla fácilmente comprensible como tal pero cuya determinación en cada caso concreto suele encerrar muchas dificultades; y esto es así porque las normas no suelen señalar cuáles sean los daños que se deben soportar y cuáles no. Esto es algo que debe deducirse de la interpretación, bien de normas concretas (o sea - de acuerdo a la Ley- como dice expresamente el artículo 141.1 antes transcrito), o del ordenamiento jurídico entero.”⁶

Por otro lado, el jurista colombiano y Magistrado del Consejo de Estado, Enrique Gil Botero, en su obra **Responsabilidad Extracontractual del Estado**, indica que la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, ha precisado que **no toda incomodidad da lugar a una indemnización de perjuicios**, ya que los ciudadanos están obligados a soportar ciertas cargas derivadas del ejercicio de la actividad jurisdiccional, y sólo en la medida que está sea **anormal**, (énfasis nuestro) surge el deber de indemnizar, sin considerar de la legalidad o ilegalidad de la conducta del funcionario.

La sentencia de 27 de septiembre de 2000:

“...Al respecto, debe reiterarse lo expresado en otras oportunidades, **en el sentido de que no cualquier perjuicio causado como consecuencia de una providencia judicial tiene carácter indemnizable.** Así, en cada caso concreto deberá establecerse si el daño sufrido es de tal entidad que el afectado no está en la obligación de soportarlo, y resulta, en consecuencia, antijurídico, sea que tenga causa en una providencia errada o en una providencia ajustada a la ley.”

⁶ Citado por Francisco, López Menudo, Emilio, Guichot Reina, Juan Antonio, Carrillo Donaire, en su obra **La Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos**, Editorial Lex Nova, España, páginas 71-72.

“No puede considerarse, en principio que, el Estado deba responder siempre que cause inconvenientes a los particulares, en desarrollo de su función de administrar justicia; en efecto, la ley le permite a los fiscales y jueces adoptar determinadas decisiones, en el curso de los respectivos procesos, en aras de avanzar en el esclarecimiento de la verdad, y de los ciudadanos debe soportar algunas de las incomodidades que tales decisiones les causen.

“En desarrollo de su función de administrar justicia, el Estado debe adoptar las medidas necesarias para investigar los delitos, y aunque, como se anotó anteriormente, toda investigación genera inconvenientes a las personas señaladas como posibles autores de aquellos, estas deben soportarlos, a menos que demuestren que se les ha impuesto una carga excepcional, situación que, como se vio, no se presenta en este caso.”⁷

El daño antijurídico está ligado a la existencia de una conducta culposa o negligente, a través de la falla en el servicio público que en la mayoría de los casos acredita la existencia de conducta negligente.

B. La existencia de una conducta culposa o negligente.

La falla del servicio público como fuente de la obligación que se reclama en esta ocasión, es el mal funcionamiento de los servicios públicos de salud a cargo del Hospital Santo Tomás, relacionados directamente con los daños y perjuicios ocasionados con la histerectomía practicada a la Señora Neyra Alana Ortiz.

En este caso en particular es evidente la poca o casi nula actividad probatoria de la parte demandante, lo que se traduce en un escaso caudal probatorio contenido en los expedientes, ya que las únicas pruebas allegadas al expediente a través del auto de pruebas No.206 de 1 de octubre de 2014, admite como pruebas presentadas por la parte actora las siguientes: Certificado de nacimiento de Neyra Alana Ortiz Jiménez; Certificado de Nacimiento de Juan

⁷ (Citado por: Enrique Gil Botero, en su obra **Responsabilidad Extracontractual del Estado**, Editorial Temis S.A, Sexta Edición, Colombia, 2013, página 417)

Carlos Domínguez Fuentes; Certificado de Nacimiento de la niña Karla Victoria Domínguez Ortiz; Certificado de matrimonio de los señores Juan Carlos Domínguez Fuentes y Neyra Alana Ortiz Jiménez; y como prueba de informe, el historial clínico de la paciente, prueba que consideramos de gran importancia para determinar si existe o no responsabilidad Estatal extracontractual.

Lo planteado ut supra reviste de importancia, puesto que la historia clínica de la paciente es considerada por la doctrina como la prueba documental más importante para esclarecer los hechos litigiosos de responsabilidad médica por los siguientes motivos:

“La Historia Clínica recoge todos los datos referidos al estado de salud y la asistencia prestada al paciente, informan al juez, como a los peritos que se sirven de ella para rendir conceptos, sobre la condición de la paciente y la atención desplegada por la institución sanitaria, lo que permite valorar su conducta, para determinar a partir de allí si se cumplieron los deberes por parte del personal sanitario, y por tanto, si hay o no lugar a responsabilidad médica. Y se convierte así, en el medio de prueba por excelencia para evaluar el nivel de la calidad asistencial y para valorar si la conducta del médico se adecuó a la lex artis, de tal manera que constituye el objeto de estudio de todo informe pericial en materia de responsabilidad sanitaria, pues el perito médico requiere como elemento base para la elaboración de su concepto toda la información contenida en la historia clínica.” (lo resaltado es de la Sala)⁸.

A través de la historia clínica, y de los procedimientos quirúrgicos que se le realizaron a la Señora Neyra Alana Ortiz se evidencian: drenaje de colecciones, lavado de cavidad, histerectomía total, desbridamiento de pared abdominal, de deja bolsa de bogotá.

Puede apreciarse que la Sra. Ortiz en su historia clínica cuenta con vasta prueba indiciaria que apunta a conductas adecuadas por parte del personal

⁸ Serrano Escobar, Luis Guillermo, el Régimen probatorio en la responsabilidad médica, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá, Colombia, 2012, págs 251, 252.

médico del Hospital Santo Tomás luego desde su ingreso a Urgencias del Hospital Santo Tomás.

Para mayor claridad, esta Superioridad realizará una síntesis de los acontecimientos, como los aprecia el Tribunal, a través del expediente clínico, mismos que demuestran que la Señora Neyra Alana Ortiz recibió una atención médica adecuada a la situación de salud con la que ingresó al Hospital Santo Tomás, por los siguientes motivos:

La paciente ingresó el 2 de enero de 2011 a la Sala de Partos del Hospital Santo Tomás con un diagnóstico de preclamsia por lo cual debía hacersele urgente una cesárea para evitar el sufrimiento fetal.

La cesárea fue realizada sin complicaciones maternas y neonatales, y durante su permanencia en el hospital los días 3, 4 y 5 de enero de 2011 (tiempo adecuado de estadía para una paciente que se le realiza cesárea) la paciente tuvo una evolución normal y al no presentar fiebre se le dio salida.

Seis días después se presenta la Señora Neyra Alana Ortiz al Hospital Santo Tomás al Cuarto de Urgencias con un cuadro de fiebre alta, de aproximadamente cinco días de evolución y edema (hinchazón causada por la acumulación de líquido) en el área quirúrgica, siendo diagnosticada con una infección necrotizante de los tejidos blandos del abdomen, lo que motivó su hospitalización inmediata.

El 12 de enero de 2011, previo consentimiento escrito de la paciente, ésta fue llevada al salón de operaciones para la revisión de la herida quirúrgica. Durante la exploración se encontró lo siguiente: abundante secreción purulenta en la herida y adhesión del útero a la pared abdominal, con caracteres clínicos de estar infectado.

El resumen de los hallazgos encontrados por los médicos que atendieron a la Señora Neyra Alana Ortiz fueron los siguientes:(visibles a foja 133 del expediente clínico).

Sepsis Severa

- a. Fascetis Necrotizante
- b. Herida de cesárea anterior infectada
- c. Útero adherido a pared abdominal
- d. Colección purulenta
- e. Histerotrofia dehicente en el ángulo derecho (rastros de infección).

Producto de los hallazgos encontrados y en aras de preservar la vida de la paciente, evitando futuras complicaciones, el médico funcionario, basándose en su criterio técnico, procedió a efectuar el drenaje de la secreción de pus, el lavado de la cavidad abdominal y una histerectomía total. Terminado dicho procedimiento, se procedió al desbridamiento (eliminación de tejido blando dañado o infectado de la herida) de la pared abdominal y a la colocación de una bolsa de Bogotá (técnica quirúrgica que consiste en la colocación de una bolsa estéril que contiene solución intravenosa utilizada para el cierre temporal del abdomen que requerirá exploraciones posteriores.

Luego de la cirugía exitosa se reciben los resultados del cultivo de las secreciones purulentas tomadas durante la revisión de la herida quirúrgica y del urocultivo obtenidos de la paciente, determinándose la presencia de las siguientes bacterias: **Staphylococcus Sciuri y Cándida Albicans** como las causantes de la infección que desarrolló luego de su egreso del hospital el 5 de enero de 2011, situación que desvirtúa el argumento planteado por la parte actora que señalaba que había adquirido en el hospital una bacteria conocida como "come carne" (**streptococcus pyogenes**), que no consta en el expediente clínico.

Una vez obtenidos estos resultados se inició el tratamiento de control, con la aplicación de antibióticos de amplio espectro, consistentes en la combinación de Clindamicina, Vancomicina y Ciprofloxacina, lográndose una mejoría clínica sin complicaciones lo que provocó que se le diera de alta el día 26 de enero de 2011, ya con la herida cicatrizada.

Visible a foja 97 del expediente clínico se encuentra un documento identificado como "Hoja de Morbilidad Infecciosa" elaborado por el equipo médico del Hospital Santo Tomás como parte del estudio clínico realizado a Neyra Ortiz

Jiménez, se identificaron como factores de riesgo asociado que permitieron que se desarrollara una infección en la herida quirúrgica los siguientes: 1. Bajo nivel socioeconómico 2. Anemia pre y post operatoria 3. Obesidad 4. Cirugía de Urgencia 5. Enfermedades Coadyuvantes.

Es opinión de esta Superioridad que la secuencia de los hechos, como se describen en el historial clínico, no logran demostrar que hubo mala praxis o negligencia por parte del personal médico del Hospital Santo Tomás, sino que los mismos actuaron adecuadamente y de conforme a la situación clínica en que se encontraba la Señora Neyra Alana Ortiz cuando ingresó 7 días después de que fue dada de alta por la cesárea practicada al Hospital Santo Tomás, contrario a lo planteado por la parte actora, se le proporcionaron las atenciones adecuadas a la paciente que evitaron que la misma quien padecía de sepsis severa (fascetis necrotizante) tuviera riesgo de fallecer.

Según el Diccionario de Medicina Oceano Mosby sepsis es conceptuada como infección-contaminación y septicemia como una infección sistémica caracterizada por la aparición de patógenos en sangre circulante, procedentes de una infección localizada en cualquier parte del organismo. Se diagnostica por hemocultivo y debe tratarse enérgicamente con antibióticos. Típicamente produce fiebre, escalofríos, náuseas, diarrea, cefalea. (Diccionario de Medicina Oceano Mosby, Oceano Grupo Editorial S.A., España, página 117.)

Tomando en cuenta que la sepsis que padecía era muy grave (severa) y que el tratamiento con antibióticos no funcionó adecuadamente el médico (en aras de preservar su vida) decidió realizar los siguientes procedimientos:

1. Drenaje de colecciones
2. Lavado de cavidad
3. Histerectomía Total
4. Desbridamiento de pared abdominal
5. Se deja bolsa de bogotá

Los procedimientos descritos fueron realizados, tal como se refleja en el expediente, cumplieron con los protocolos establecidos para este tipo de patología que la paciente presentaba, situación que no fue desvirtuada por la parte actora

con alguna prueba que hiciera variar el criterio a esta Superioridad, en ese sentido, **no pudo ser probado el nexo de causalidad entre el daño** que se le ocasionó y alguna actuación culposa o **falla de la prestación del servicio público de salud** por parte de algún médico del Hospital Santo Tomás, por lo cual el Estado no es responsable extracontractualmente de la conducta que se le atribuye por la parte actora.

En ese mismo orden de ideas, y en aras de ampliar el fundamento fáctico propuesto por esta Corporación de Justicia, existen dentro del expediente clínico evidencias de que la Señora Neyra Alana Ortiz no acudió al Hospital Santo Tomás en busca de asistencia médica oportunamente, lo que consta a foja 166 del expediente en donde se señala lo siguiente:

El 13 de enero de 2011 acude la Señora Neyra Ortiz al Hospital Santo Tomás, y esta es la Historia Clínica que presenta:

“Paciente de 27 años de edad, sin antecedentes personales patológicos conocidos quien refiere historia de más o menos 7 días de evolución de dolor abdominal en hipogastrio el cual fue aumentando en intensidad en el transcurso de los días asociados a diarrea y fiebre alta que cedía con la administración de antipiréticos. Niega vómitos. La paciente tiene historia de haber realizado cesárea el 2/1/11 por preeclampsia severa. Refiere que a partir del 6 de enero de 2011 comenzó con los síntomas ya descritos además de astenia e hipoxia.

Acudió a una clínica privada donde no le trataron su padecimiento. Refiere que la herida quirúrgica empezó a presentar eritema y color, no refiere salida de material purulento ni sanguinolento, no prurito. Los síntomas fueron persistiendo y acudió a su cita para corte de puntos donde fue posteriormente referida a esta institución para hospitalización.” (foja 166).

El informe de conducta del Hospital Santo Tomás que consta a foja 35 del expediente hace relación a que “las infecciones son riesgos inherentes a cualquier procedimiento quirúrgico que se pueden contraer dentro y fuera del hospital; pero lo cierto es que para el facultativo y demás personal de salud, es difícil controlar una infección en un paciente que no está dentro de las instalaciones hospitalarias”. También refiere dicho informe que, fue a partir del 6 de enero de

2011 cuando le inició un dolor abdominal que fue aumentando en intensidad a lo largo de más o menos 7 días, acompañado de diarrea y fiebre alta. En dichos documentos también consta que su condición le permitía distinguir los riesgos que asumía al no acudir al Hospital Santo Tomás, institución a la que había asistido para el parto, y que en su lugar, se presentó en una clínica privada donde no fue tratada por su padecimiento, por lo que se desconocen los riesgos a los que se expuso, dejando transcurrir un tiempo precioso en el que pudo haber evitado la infección que, posteriormente, generó la situación de gravedad en el área intervenida.

Aunado a lo anterior, la infección que presentaba la herida de la paciente Neyra Ortiz Jiménez se produjo días después de su salida del nosocomio y la bacteria que le fue encontrada al momento de su reingreso se asocia, por los técnicos en la materia, con la falta de asepsia o higiene de la persona. De acuerdo con los especialistas en infecciones por estafilococos, siempre es importante tomar en cuenta el origen de la muestra, ya que permite la identificación y el reconocimiento de este tipo de bacteria que, aunque forma parte de nuestra flora normal, pero que causa daño o patogenicidad en situaciones extremas como las heridas con falta de asepsia o higiene de la persona.

Con respecto a las excluyentes de responsabilidad extracontractual del Estado, la Sala se pronunció respecto en su sentencia de 18 de diciembre de 2002, al indicar lo siguiente:

“Tal como lo ha señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado de Colombia, la culpa de la víctima en el ámbito de la responsabilidad administrativa no es más que la violación de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado(...)cuando la falla del servicio es ocasionada por un comportamiento culposo de la víctima, la responsabilidad no puede ser siquiera compartida y, menos aún, declarada en contra del ente estatal, a condición obviamente, de que el comportamiento de la víctima haya sido de tal naturaleza que pueda calificarse de originante del perjuicio.” (Sentencia de 1 de marzo de 1990).

Aunado a lo anterior, constan en la historia clínica sendas hojas de consentimiento para procedimientos médicos y quirúrgicos firmados por la Señora Neyra Alana Ortiz y por su esposo el señor Juan Carlos Domínguez, las mismas reposan a fojas 155, 156, 157, 158, 159 del expediente clínico.

El documento de consentimiento es el medio idóneo establecido por nuestra legislación en materia de información y de decisión libre e informada del paciente, contemplada en el artículo 17 de la Ley 68 de 20 de noviembre de 2003 que a la letra señala:

“Artículo 17: El documento de consentimiento debe ser específico para cada procedimiento de diagnóstico o terapéutico, sin perjuicio de que se puedan adjuntar hojas y otros medios informativos de carácter general. Dicho documento debe contener información suficiente sobre el procedimiento de que se trate y sobre sus beneficios y posibles riesgos.” (lo resaltado es de la Sala).

Es sumamente importante exigir que toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información correspondiente el paciente pueda valorar las opciones propias del caso, especificando que el consentimiento informado deberá constar por escrito, como en las intervenciones quirúrgicas, los procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos, y en general en cualquier procedimiento que suponga un riesgo o inconveniente de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente, como el caso de la Sra. Ortiz a la cual se le informó sobre la situación médica que la aquejaba y sobre los procedimientos que le practicaron.

Según **Ricardo Miguel Zuccherino** en su obra la Praxis Médica, indica que “desde las consideraciones antedichas se origina la significación que la información tiene sobre la validez del consentimiento prestado por el enfermo o

sus familiares y que son derechos a favor del paciente, lo que naturalmente principia con la facultad de acceso a esa información”.⁹

En cuanto a este tema **Mónica Navarro Michel** en su obra titulada Derecho de Daños, establece que:

- El paciente debe prestar su consentimiento para cualquier actuación que afecte a su salud, después de recibir la información adecuada.
- Es obligación del médico informar al paciente, obtener su consentimiento, y guardar la confidencialidad de sus datos.
- El paciente tiene derecho a saber en qué consiste el acto médico, sus contraindicaciones, las alternativas si existen, y las consecuencias relevantes que origina con seguridad y los riesgos. Todo acto médico del tipo que sea, puede conllevar riesgos.
- En principio, el médico no debe informar de todos y cada uno de ellos, sino sólo de aquellos que son “probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia” Además de los que derivan del tipo de intervención de que sea trate.
- Los riesgos de los que se informa deben ser personalizados, atendiendo a las circunstancias personales o profesionales del paciente, pues éstas pueden incrementar el grado de probabilidad (en función de la edad, peso y estado general de salud del paciente o el interés del paciente en conocer un determinado riesgo).

C. Nexo Causal.

Como último elemento a valorar era necesario establecer o determinar si la actuación de la administración tuvo o no un vínculo o nexo con el servicio, de forma tal, que si dicho vínculo se presenta será la administración quien debe responder;

⁹ (Zuccherino Ricardo Miguel, La Praxis Médica en la Actualidad, Editorial Depalma, 1994, Pag 33.)

En materia de responsabilidad médica, la culpa se refiere a la violación de los deberes objetivos definidos no sólo en el ordenamiento jurídico y en la *lex artis*, que se exige al personal médico, dependiendo de su especialidad, requiere entonces de un comportamiento en relación con unas determinadas condiciones del paciente.

El Consejo de Estado en Colombia, en su jurisprudencia más reciente ha dicho:

“La imputación es el elemento de la responsabilidad que permite atribuir jurídicamente un daño a un sujeto determinado. En la responsabilidad del Estado la imputación no se identifica con la causalidad material, pues la atribución de la responsabilidad puede darse también en razón de criterios normativos o jurídicos. Una vez se define que se está frente a una obligación que incumbe al Estado, se determina el título en razón del cual se atribuye el daño causado por el agente a la entidad a la cual pertenece, esto es, se define el factor de atribución (la falla del servicio, el riesgo creado, la igualdad de las personas frente a las cargas públicas) Atribuir el daño causado por un agente al servicio del Estado significa que éste se hace responsable de su reparación, pero esta atribución sólo es posible cuando el daño ha tenido vínculo con el servicio. Es decir, que las actuaciones de los funcionarios sólo comprometen el patrimonio de las entidades públicas cuando las mismas tienen algún nexo o vínculo con el servicio público.”¹⁰

Una forma de entender lo que hemos expresado, es quizás a través de la llamada **doctrina de la imputabilidad objetiva del daño**, que subraya con acierto cómo una cosa es la relación de causalidad entre la actuación de la Administración y el daño producido, cuestión puramente fáctica, y otra muy distinta la de en qué supuestos puede imputarse ese daño causado a la Administración.

Para ello, es necesario distinguir entre los daños que el sujeto tiene el deber de soportar y, por consiguiente, no generan responsabilidad, y los daños que el sujeto no tiene el deber de soportar (daños antijurídicos) y que generan

¹⁰ Sentencia del Consejo de Estado Sección 3 del 16 de septiembre de 1999, Magistrado Ponente. Ricardo Hoyos Duque. Revista Jurisprudencia y Doctrina, Tomo XXIX, número 338, p. 251

responsabilidad, considerándose además que es la infracción de la *lex artis* lo que determina la antijuricidad del daño.

El autor J. Guerrero Zaplana, señala que "el daño producido por el funcionamiento del servicio público debe ser antijurídico, y lo será en los casos en que el riesgo inherente a la utilización de dichos servicios rebase los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social"¹¹

Ahora bien y tal como lo hemos explicado con anterioridad, el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, que contempla la jurisprudencia de otros países referentes no implica que todos los daños producidos por los servicios administrativos sean indemnizables, pues para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial, es preciso acudir a parámetros como la *lex artis*, de modo que tan sólo en el caso de una infracción de esta ley cabrá imputar a la administración de la cual dependen los servicios ejecutados la responsabilidad por los perjuicios causados.

Esta situación requiere de una labor tanto doctrinal como jurisprudencial que, siguiendo a la autora colombiana **Marina Gascón**, permita "*construir estándares de prueba objetivos que permitan determinar cuándo ha alcanzado la prueba del nexo causal un grado de probabilidad suficiente para darlo por probado...lo cual requiere desde luego, como presupuesto previo, abandonar de una vez los infundados recelos -aún muy extendidos- que suscita la concepción probabilística de la valoración de la prueba en general y del nexo causal en particular.*"¹²

Precisamente, el objeto de la prueba de la causalidad es mostrar que la actuación incorrecta de los servicios por el Estado es la causa del daño o perjuicio producido. En algunos supuestos el nexo causal se manifiesta con bastante

¹¹ GUERRERO ZAPLANA J. Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria, Valladolid, Lex Nova, 4 edición, 2004, p.- 99

¹² GASCON, Marina. "La prueba del nexo causal en la responsabilidad patrimonial sanitaria" en Responsabilidad Civil y del Estado, Tomo V, Ediciones 25-28, IARCE, julio 2009, p.- 576

claridad, por ejemplo, cuando ha habido un tratamiento claramente contraindicado y se ha producido un daño grave vinculado a esa contraindicación; o como es el caso, cuando en una intervención quirúrgica no se actuó con la diligencia debida y resultó perforado un órgano, en la mayoría de los casos su prueba plantea serias dificultades, bien sea porque el daño producido puede ser debido a diferentes causas, o bien porque puede ser el resultado de causas concurrentes, es decir, no sólo del funcionamiento incorrecto de los servicios sanitarios, sino también de la confluencia de otros elementos vinculados a la patología de base, al propio tratamiento o a circunstancias sobrevenidas o en todo caso imprevisibles.

Por eso, para poder afirmar que existe un nexo causal entre la actuación incorrecta de los servicios sanitarios y el daño producido será necesario descartar que el **daño se ha producido por causas diferentes, con independencia de la actuación del agente de la Administración**, o lo que es lo mismo, demostrar que esa actuación incorrecta fue la condición necesaria del daño, y que si la actuación hubiera sido correcta el daño no se hubiera producido. Ahora bien en materia sanitaria, la mayoría de los razonamientos o inferencias son de tipo probabilísticos, y por tanto, lo más que puede decirse es que si se actuara correctamente habría una cierta probabilidad de que el daño no se produjera, y este criterio permite sanear viejas posturas que en ocasiones terminaban produciendo sensación de injusticia al denegar la indemnización, máxime si se considera que ese resultado insatisfactorio para la víctima no proviene sólo de la dificultad probatoria propia del ámbito sanitario, sino también de la desigualdad de armas en que se encuentran víctima y Administración en el proceso.

En teoría, la búsqueda de fórmulas para corregir dicha situación hace surgir la teoría de la oportunidad pérdida, e interesante resulta ser al respecto la posición asumida por la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en fallo de 18 de mayo de 2005, el cual fuera citado y explicado por **Javier Tamayo Jaramillo**, de la siguiente manera:

“Pero volviendo al fallo de 18 de mayo de 2005 de la Corte Suprema de Justicia digamos que en el proceso, se demostró que en el vientre de una paciente, quedó a raíz de una operación, una gasa y que días más tarde la paciente falleció por una peritonitis aguda. Tanto el fallo de segunda instancia como la Corte dieron por probado que dicha gasa había sido la causa de la peritonitis y de la muerte posterior de la paciente. Uno de los demandados al fundamentar el recurso de casación argumentó que el nexo causal entre la dejada de la gasa en el vientre y la muerte de la paciente no estaba demostrado y para ello trajo a colación el testimonio de un médico que conoció los hechos, médico que consideró que no estaba demostrado que la gasa hubiera sido la causa de la muerte de la paciente, puesto que había varias causas posibles entre las cuales se encontraba la permanencia de la gasa en el organismo de la paciente. Sin embargo, la Corte, en buen derecho dio por probado el nexo causal acudiendo a otra serie de testimonios y pruebas que daban a entender que en el orden normal de las cosas, se podía dar por probada la relación de causalidad, pese a la duda que al respecto había arrojado la opinión del citado médico testigo.”

Puede conceptualizarse como el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante a consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños.

El daño que ha provocado la lesión al particular o reclamante debe ser consecuencia de la actividad de la Administración. La doctrina indica que debe distinguirse entre el criterio subjetivo de la imputación del daño y el criterio objetivo. El criterio subjetivo implica que el daño debe haber sido producido por un funcionario público o bien cualquier persona que desempeñe funciones públicas aunque no sea funcionario, al establecer que son indemnizables los daños causados por las autoridades y personal a su servicio.

El criterio objetivo obliga a estudiar el requisito de imputación de daño a la Administración Pública, la cual funciona de forma normal o anormal, mismos que pueden definirse así: Funcionamiento Anormal: incluye todos los casos en que el causante del daño ha actuado con culpa o dolo o de forma ilegal, tanto si ello ha ocurrido por acción o por omisión. Funcionamiento Normal: supone una actuación de la Administración capaz de crear un riesgo superior al general de la vida, el

particular se vendrá obligado a soportar ese daño cuando el ejercicio de la mencionada potestad se ha mantenido dentro de unos márgenes de apreciación no sólo razonados, sino razonables.

Tanto doctrinal como jurisprudencialmente se han introducido dos criterios específicos y que constituyen presunciones reforzadas de negligencia. El primer criterio es el de *res ipsa loquitur*, en el que se parte de un evento dañoso que normalmente no habría ocurrido si no hubiera concurrido la negligencia del médico o profesional de la sanidad, como cuando aparecen lesiones en pacientes anestesiados que no tienen nada que ver como el tratamiento quirúrgico, se exige para aplicar esta regla, que este evento haya ocurrido por una acción que entre dentro de la esfera de control del profesional de la medicina y que no sea imputable a la víctima. El otro criterio, aunque relacionado, es el del *resultado desproporcionado*, que surge por los problemas de disponibilidad probatoria a que se ha aludido antes; con esta técnica se obliga a los demandados a aportar pruebas que acrediten que el resultado es correcto.

Del resultado anómalo o desproporcionado se presume la negligencia, que se refiere a una evidencia que crea una deducción de negligencia y ha sido tratada por la doctrina, alemana, angloamericana, francesa, lo que se requiere que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera de la acción del demandado aunque no se conozca el detalle exacto.

Como es ampliamente aceptado la **culpa** sigue siendo el criterio de imputación esencial en los supuestos de responsabilidad profesional médica en que no se hubieran practicado todas las comprobaciones o exámenes exigidos o exigibles o que no se pueda cuestionar el diagnóstico inicial por evolución posterior dada la dificultad que entraña acertar con el correcto, a pesar de haber puesto para su consecución todos los medios disponibles, pues en todo paciente existe un margen de error.

En otro orden de ideas y con la relación a la prueba indiciaria para establecer el nexo causal en materia de responsabilidad médica, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo de Colombia, en sentencia de 7 de octubre de 1999, expediente 12.655 indica lo siguiente:

“Así en sentencia de 7 de octubre de 1999, la Corporación sostuvo, en un caso en donde el paciente entró al hospital con trauma cráneo encefálico leve y consciente, y posteriormente fallece dentro del hospital: Así las cosas y aceptada la dificultad que suele presentarse en la demostración directa de la causalidad en materia médica, puede probarse indirectamente-indiciariamente-partiendo de la misma historia clínica. Por ejemplo: **si en la historia no se contienen anotaciones del estado de gravedad en que ingresa el paciente, se deduce que no estaba grave; si se ordenaron exámenes inmediatos, y reiterativamente se recordó su práctica, y no se realizaron, y además, si desde la recepción del paciente y después de esas órdenes se agrava, no en forma inmediata, se infiere que la causa estuvo en tal anomalía siempre y cuando no exista prueba que indique que a pesar de que no se practicaron, igualmente en el evento de que se hubieren practicado, también el paciente habría muerto.”**

Por todo lo expuesto anteriormente, somos del criterio que los cargos de infracción aducidos por la parte actora como fundamento legal de su demanda, resultan infundados y como consecuencia de todos los hechos, indicios y pruebas expuestas esta Superioridad estima que habiendo quedado acreditado en autos que de parte del Hospital Santo Tomás no hubo daño antijurídico, ni culpable, ni una falta o falla en el servicio, tampoco nexo causal, por lo cual no corresponde que el Estado indemnice a la demandante.

Finalmente y no menos importante, esta Superioridad estima de importancia recomendar a todos los hospitales públicos y privados, es decir a los Nosocomios de nuestro país que a pesar de que en el presente negocio jurídico no se comprobó el nexo causal entre el daño y la falla en el servicio público, éstos deben adoptar las medidas establecidas en las guías prácticas de prevención de

las infecciones nosocomiales¹³, adoptadas por la Organización Mundial de la Salud (OMS), que consisten en: descontaminación de manos, higiene personal del personal, uso de ropa protectora, mascarilla, guantes, prácticas inocuas de inyección, limpieza del entorno hospitalario, uso de agua caliente e hirviendo, desinfección de equipo empleado para el paciente, esterilización, limpieza del quirófano, vigilancia de heridas quirúrgicas, profilaxis con antimicrobianos, adecuada manipulación, almacenamiento y transporte de desechos de materiales de atención de salud.

Para el logro de dichos objetivos es necesario, entre otros aspectos, que las instalaciones hospitalarias cuenten con mejores medidas de higiene, el acceso al agua potable y disposición adecuada de desechos en cumplimiento de las medidas contenidas en las citadas guías prácticas de la Organización Mundial de la Salud, para todos los nosocomios tanto públicos como privados del país.

Dicho llamado de atención lo hacemos, toda vez que la falla del servicio de las instituciones hospitalarias o sanitarias en general resulta en una hipótesis posible porque la doctrina especializada sobre el tema¹⁴, señala que las infecciones nosocomiales ciertamente pueden causarse por fallas derivadas de la inobservancia de las recomendaciones establecidas por la autoridad sanitaria para la prevención de las mismas, la vigilancia de los riesgos epidemiológicos y el manejo de los residuos patogénicos.

En virtud de lo anterior, es nuestro deber **ADVERTIR** a las autoridades de Salud Pública del Estado Panameño que es una obligación y función esencial de

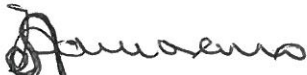
¹³Las infecciones nosocomiales son infecciones contraídas durante una estadía en el hospital que no se habían manifestado ni estaban en período de incubación en el momento del internado del paciente. Las infecciones que ocurren más de 48 horas después del internado suelen considerarse nosocomiales. Se han establecido definiciones para identificar las infecciones nosocomiales en determinados sitios del organismo (por ejemplo, infecciones urinarias, pulmonares, etc.).

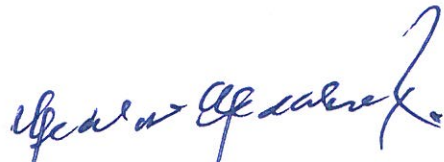
¹⁴Celia Weingarten, "Responsabilidad de los establecimientos asistenciales públicos y privados por daños causados por infecciones hospitalarias: La situación en el sistema sanitario argentino", en *Gaceta Internacional de Ciencias Forenses*, n.º 2, enero-marzo 2012, p.24-35; Josefina Tocornal Cooper, Responsabilidad civil por infecciones intrahospitalarias, en *Revista Chilena de Derecho* [on line], 2010, vol. 37, n.º 3, pp. 477-504; Enrique Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, editorial jurídica de Chile, 2009, pp. 688-694; Amílcar R. Urrutia, *Responsabilidad civil por mala praxis quirúrgica*, editorial Hamurabi, Buenos Aires, 2010, p. 452.

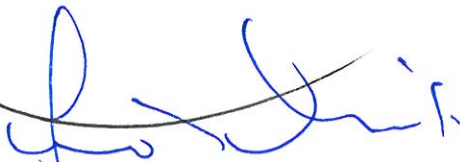
las Instituciones que conforman el engranaje gubernamental, velar por la salud de la población de la República y que por tanto, deben realizarse todos los esfuerzos necesarios a fin de acatar las recomendaciones realizadas por la Organización Mundial de la Salud (OMS), antes descritas, con el propósito de garantizar el fiel cumplimiento del derecho a un adecuado servicio de salud pública, contenido en la Constitución Política de la República de Panamá.

Por consiguiente, la Sala Tercera (Contencioso Administrativo), de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **NO ACCEDE** a las pretensiones contenidas en la demanda contencioso administrativa de indemnización por daños y perjuicios, interpuesta por la licenciada María Forero en representación de Neyra Alana Ortiz y otros, para que se condene al Patronato del Hospital Santo Tomás y al Estado Panameño, al pago de setenta y cinco millones con siete centésimos (B/.75,000,000.07), en concepto de daños y perjuicios morales y materiales causados por el mal funcionamiento de los servicios públicos de salud.

NOTIFÍQUESE,


ABEL AUGUSTO ZAMORANO
MAGISTRADO


CECILIO CEDALISE RIQUELME
MAGISTRADO

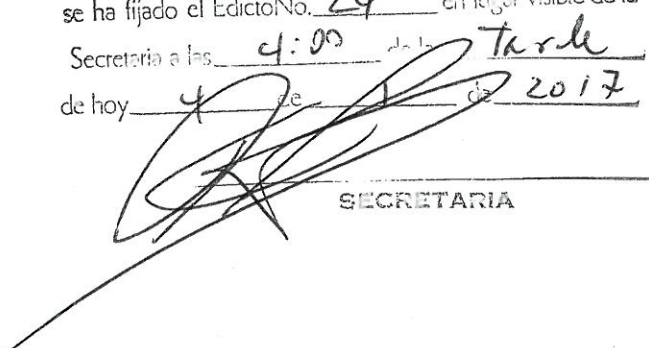

LUIS RAMON FABREGA S.
MAGISTRADO


KATIA ROSAS
SECRETARIA

Sala III de la Corte Suprema de Justicia
NOTIFIQUESE HOY _____ DE _____
DE _____ A LAS _____
DE LA _____ A _____

FIRMA

Para notificar a los interesados de la resolución que antecede,
se ha fijado el Edicto No. 24 en lugar visible de la
Secretaría a las 4:00 de la Tarde
de hoy 4 de 1 de 2017


SECRETARIA