

Honorables Consejeros
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
Sección Tercera
CONSEJO DE ESTADO (REPARTO)
Bogotá D.C.

Ref.: Acción de tutela de JENNIFER CAJICA ALVARADO y Otros contra la Subsección “C” de la Sección Tercera del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA

Providencia objeto de tutela: Sentencia de segunda instancia del 20/08/20 notificada electrónicamente el 15 de septiembre de 2020 dentro del proceso de Reparación Directa con radicación # 11001-3336-033-2014-00274-01

Terceros con Interés Legítimo que deben ser notificados: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. y SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD

JOSÉ GUILLERMO MEJÍA DÁVILA, identificado con c.c. # 16.601.420 y T.P. # 63.735 del C.S. de la J., obrando como apoderado especial de JENNIFER CAJICA ALVARADO identificada con c.c. # 1.013.626.484 de Bogotá obrando en nombre propio y DAIRO ESTEBAN SASTOQUE BUSTACARA identificado con c.c. # 1.024.512.920 de Bogotá, obrando en nombre propio y AMBOS, además, en nombre y representación de su hija menor de edad NICOL SOFIA SASTOQUE CAJICA identificada con NUIP 1.028.800.977, MARIA CRISTINA ALVARADO CHAVES identificada con c.c. # 52.520.134 de Bogotá, obrando en nombre propio y en su condición de madre de Jennifer, MIGUEL ARTURO CAJICA CHAVES identificado con c.c. # 80.422.223 de Bogotá obrando en nombre propio y en su condición de padre de Jennifer y EVANGELINA CHAVES DE ALVARADO identificada con c.c. # 35.404.505 de Zipaquirá, obrando en nombre propio y en su condición de abuela materna de Jennifer, y todos con domicilio y residencia en Bogotá y según memorial poder anexo en PDF, mediante el presente escrito, respetuosamente manifiesto a ustedes, Honorables Consejeros, que presento acción de tutela contra LA SUBSECCIÓN “C” DE LA SECCIÓN TERCERA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA conformada por los magistrados José Elver Muñoz Barrera, María Cristina Quintero Facundo y Fernando Iregui Camelo con el fin de proteger el derecho constitucional fundamental al debido proceso de mis poderdantes, de acuerdo con los siguientes:

i. HECHOS

1. El 27 de febrero de 2012, después de un embarazo completamente normal y con casi 40 semanas de gestación, JENNIFER CAJICA ALVARADO acudió a la Unidad Materno Infantil El Carmen del HOSPITAL TUNJUELITO II NIVEL E.S.E., hoy integrado a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E., en donde le emitieron una orden de servicios para inducción al parto para el 2 de marzo de 2012. Ese día y, mediante cesárea, nació NICOL SOFIA SASTOQUE CAJICA habiendo ingresado la paciente SANA y EN PERFECTO ESTADO DE SALUD. Después de presentar dolor fuerte en la herida quirúrgica y sangrado vaginal con mal olor en la noche del 11 de marzo de 2012, al día siguiente en la mañana JENNIFER CAJICA ALVARADO detectó una ampolla en la herida y sangrado vaginal e, inmediatamente, se dirigió a Urgencias del HOSPITAL TUNJUELITO II NIVEL E.S.E. y se le diagnosticó: “Infección en sitio operatorio/ absceso pared abdominal..., Endometritis Postcesárea”. Después de administrarle antibióticos y lavarle la herida de la cual salía material purulento, ante la gravedad del cuadro, el 13 de marzo de 2012 se remitió la paciente al HOSPITAL EL TUNAL. JENNIFER CAJICA ALVARADO llegó al HOSPITAL EL TUNAL, donde se le diagnosticó sepsis de origen ginecológico, endometritis post cesárea, absceso de pared abdominal y fascitis necrotizante. Se encontró que la paciente estaba en shock séptico por meningitis nosocomial y por lo acelerado del cuadro, casi de inmediato y para salvar la vida de la paciente, se le practicó durante casi 4

horas una histerectomía abdominal¹, cistografía y la extracción de un absceso de pared abdominal.

2. Con ocasión del daño causado por la infección bacteriana contraída en el HOSPITAL TUNJUELITO II NIVEL E.S.E. que implicó, como daño irreversible, la extracción del útero, el suscrito apoderado en representación de Jennifer Cajicá (hija única de la familia por lo cual no hubo hermanos demandantes), su compañero permanente, su hija, sus padres y su abuela materna, radicó el 22 de Mayo de 2014 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca medio de control de REPARACION DIRECTA contra el HOSPITAL TUNJUELITO II NIVEL E.S.E. y SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD-BOGOTÁ D.C. quien, mediante auto del 19 de junio de 2014 con ponencia del magistrado Alfonso Sarmiento Castro, se declaró incompetente por cuantía y el 1º de agosto de 2014 el proceso quedó a cargo del Juzgado 33 Administrativo Oral del Circuito de Bogotá bajo la radicación # 11001-3336-033-2014-00274-00. En el auto admisorio se concedió AMPARO DE POBREZA² porque la víctima directa Jennifer Cajicá y su familia son de escasos recursos y no podían atender los gastos que demandaba el litigio y por tal razón no se pudo allegar un dictamen privado al proceso que costaba \$6.000.000 en ese momento. El 16 de julio de 2018 ese Despacho emitió sentencia³ en la que se declaró administrativamente responsable a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E., sucesor procesal del demandado original HOSPITAL TUNJUELITO II NIVEL E.S.E. y la condenó a pagar los perjuicios a favor de mis poderdantes y se exoneró a la SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD. La sentencia fue corregida el 12 de septiembre de 2018 mediante proveído que *“hace parte integral de la sentencia”*⁴.

3. El fallo del Juzgado 33 Administrativo Oral del Circuito de Bogotá del 16/07/18 corregido el 12/09/18, se fundamentó, principalmente, en lo siguiente:

3.1. El Daño: La juez A Quo encontró que estaba PROBADO que la víctima directa Jennifer Cajicá sufrió un perjuicio reparable y extensible a sus familiares cercanos *“en razón a que presentó una complicación post quirúrgica consistente en una ISO-Infección en Sitio Operatorio-que le implicó una sepsis de origen ginecológico, endometritis por cesárea y absceso de pared abdominal y necrotizante **que fue necesario hacerle una histerectomía total y una cistografía cuando contaba con 20 años de edad, cirugías que suponen la imposibilidad de procrear con posterioridad y ampliar su núcleo familiar**”*⁵

3.2. El Régimen de responsabilidad: El suscrito apoderado, que también lo fue en el proceso de Reparación Directa en sus dos instancias, radicó la demanda el 22 de mayo de 2014 con el absoluto convencimiento de que la responsabilidad atribuible, en este caso, al HOSPITAL TUNJUELITO II NIVEL E.S.E. hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. debía canalizarse **por el régimen objetivo derivado del riesgo excepcional** que debe aplicarse en el caso de infecciones nosocomiales hoy denominadas infecciones asociadas a la atención en salud (IAAS) y así fue otorgado el poder a mi favor.⁶ La A Quo así lo acogió pues determinó en su fallo que *“En cuanto a la Subred Integrada de Servicios de salud Sur E.S.E. antes Hospital Tunjuelito, habrá de señalarse que el estudio del juicio de responsabilidad, conforme a la jurisprudencia a la que se ha hecho referencia, corresponde al régimen objetivo, por tratarse de una imputación relacionada con una infección relacionada con una infección asociada con la atención en salud.”*⁷ (lo subrayado no está en el texto original).

En un capítulo especial sobre régimen de responsabilidad aplicable contenido en la sentencia del 16 de julio de 2018, la Juez 33 Administrativa, afirmó que *“resulta importante resaltar que*

¹ Extracción quirúrgica del útero

² Fl. 32 Cd. 1

³ Folios (Fls.) 226 a 283 Cd. 1 o Principal del proceso # 11001-3336-033-2014-00274 y el cual integra la primera y la segunda instancia del folio 1 al 373. El que se llamará Cuaderno 2 (Cd 2) es, principalmente, el de las historias clínicas y los documentos que acreditan parentesco de los demandantes del folio 1 al 164.

⁴ Fl 309 y 310, ibidem

⁵ Fl. 260, ib.

⁶ Fls. 1 a 5, ib.

⁷ Fl. 263, ib.

el régimen objetivo a que hace referencia la sentencia acabada de citar se corresponde al denominado riesgo excepcional, tal como había sido expuesto en un pronunciamiento anterior⁸ por la Sección Tercera del Consejo de Estado:” La sentencia que menciona como “acabada de citar” es la de Danilo Rojas Betancourt del 7 de febrero de 2018 que, curiosamente, fue citada como sustento jurisprudencial por la aquí accionada Subsección “C” de la Sección Tercera del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA la cual, como se verá más adelante en el presente escrito, también servirá de soporte para la tutela hoy impetrada. Como consecuencia de la ubicación del caso presente en este régimen objetivo en la modalidad del riesgo excepcional o riesgo alea, la A Quo determinó que El HOSPITAL TUNJUELITO II NIVEL E.S.E. debería haber aportado pruebas para liberarse de la responsabilidad y que “la única forma de exonerar a la demandada ... es que se configurara alguna causal para ello, consistente en el hecho de un tercero, la culpa determinante y exclusiva de la víctima o una fuerza mayor, las cuales no fueron demostradas en el sub iudice”⁹

3.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA: El HOSPITAL TUNJUELITO II NIVEL E.S.E., en la contestación de la demanda, se refirió a una especie de Auditoría o Análisis del Caso que se transcribió en el escrito, pero cuyo original no se anexó con la contestación.¹⁰ En sus consideraciones, la juez de conocimiento, les asignó a esas manifestaciones el carácter de argumentos de la defensa, pero no lo consideró como una prueba. En el denominado *Análisis del Caso* a guisa de Auditoría, el hospital demandado se refirió también a la presencia del germen *Streptococo Angeriosus* presuntamente descubierto en la flora vaginal de la paciente, pero no se acompañó estudio del cultivo ni está relacionado en la historia clínica la cual nunca se aportó al proceso en forma integral y legible a pesar de los requerimientos reiterados del A Quo.

3.4. HISTORIAS CLÍNICAS: Estos documentos auténticos entregados por el HOSPITAL TUNJUELITO II NIVEL E.S.E. y el HOSPITAL EL TUNAL E.S.E. fueron prueba fundamental para el soporte del fallo del 16.07.18, como es obvio. La del HOSPITAL TUNJUELITO II NIVEL E.S.E., a pesar de estar incompleta y parcialmente ilegible, demostró que la paciente ingresó sana el 2.03.12 y tuvo que regresar de urgencia el 12.03.12 por ISO (Infección en sitio operatorio) que se les salió de las manos a esa institución, por su gravedad, remitiéndola al HOSPITAL EL TUNAL E.S.E. La historia clínica de esta entidad fue crucial porque se diagnosticó al ingreso de Jennifer Cajicá, sepsis ginecológica y endometritis post cesárea (inflamación del útero que es causada por infección bacteriana) y bajo sospecha de SAMR (estafilococo aureus resistente a la metilicina) comunitario se le recetó el medicamento antibiótico NO POS llamado *Linezolid* por la presencia de una infección de origen “nosocomial”¹¹ y, casi inmediatamente, para salvarle la vida, se le practicó la histerectomía a Jennifer Cajicá el 13.03.12. En el fallo de primera instancia citado, se advierte que la revisión de la historia clínica del Hospital el Tunal III “soporta la tesis del demandante en relación con el origen nosocomial o más técnicamente, que la infección está asociada a la atención en salud.”¹²

3.5. Los testimonios: El A Quo transcribió apartes significantes de las declaraciones de médicos y personal de la salud del HOSPITAL TUNJUELITO II NIVEL E.S.E. rendidos en audiencia de pruebas del 2 de junio de 2016¹³, entre otros, la del doctor Castellanos quien

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, 29/09/15, Exp. 21774, C.P. STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

⁹ Fl. 273, ib.

¹⁰ Fls. 56 a 62, ib.1

¹¹ Fl. 124 Cd 2 o de Pruebas (**en adelante Cd 2**) del proceso # 11001-3336-033-2014-00274. En el formato de JUSTIFICACION MEDICA PARA SOLICITUD DE MEDICAMENTOS NO POS del 13/03/2012 del Hospital el Tunal E.S.E., se deja constancia que, para controlar la infección, se receta LINEZOLID (medicamento NO POS) y se escribe allí que es un ANTIINFECCIOSO ANTIBACTERIANO y que es: “indicado en el tratamiento de infecciones causadas por bacterias susceptibles gram +, anaerobios incluyendo Stafilococcus, streptococcus resistentes”

¹² Fl. 270, ib.

¹³ CD visto a Fl. 157, ib.

practicó la cesárea en el HOSPITAL TUNJUELITO II NIVEL E.S.E., en la cual mencionó el alto riesgo de infección que se presenta en los hospitales en los partos con o sin cesárea y consideró una buena decisión la de enviar la paciente al Hospital el Tunal por ser de Tercer Nivel ante la posibilidad de que se agravara la sepsis y corriera peligro su vida. Los otros médicos, especialmente el doctor José Eligio Páez Aguilar y el doctor Andrés Cortés suministraron en sus testimonios elementos probatorios importantes especialmente porque se refirieron también a la alta probabilidad de infecciones en procedimientos de cesárea, dando por hecho que la contaminación de la paciente JENIFFER CAJICA se derivó de la intervención quirúrgica y que tenía que haber sido muy agresiva la bacteria para terminar en una histerectomía. Así mismo, se confirmó por el doctor Páez que no se había encontrado ni en la historia clínica ni en otro lugar del expediente el reporte del cultivo de la infección vaginal atribuida a la paciente y a la que se refería la Auditoria o Análisis del Caso aportado en la contestación.

3.6. LOS INDICIOS: El fallo concluyó acertadamente que los indicios eran un sólido soporte para deducir la responsabilidad administrativa del accionado HOSPITAL TUNJUELITO II NIVEL E.S.E. hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. cuando afirmó que *“el establecimiento hospitalario demandado se limitó a hacer alusión de una auditoría realizada por el Subgerente de Servicios de Salud y otros colaboradores, sin allegar el referido documento, de otra parte tampoco trajo al proceso la evidencia del cultivo que debió ser practicado a la paciente, ..., sobre el cual estructuró su defensa. Situación que se agrava si se tiene en cuenta que al plenario no se allegó transcripción completa de la historia clínica de JENNIFER CAJICA ALVARADO ni de su primer ingreso el 02 de marzo de 2012 ni el segundo que data del 12 de marzo siguiente, lo que sumado a lo que se acaba de exponer se constituyen en indicios que permiten dar credibilidad a la tesis del demandante acerca del carácter intra-hospitalario de la infección que culminó con la histerectomía y cistorrafia practicadas a la demandante para controlar una infección en el sitio operatorio”*¹⁴

4. El HOSPITAL TUNJUELITO II NIVEL E.S.E. hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. formuló recurso apelación contra la sentencia del Juzgado 33 Administrativo Oral del Circuito de Bogotá y la SUBSECCIÓN “C” DE LA SECCIÓN TERCERA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA lo resolvió mediante **fallo del 20 de agosto de 2020 notificado electrónicamente el 15 de septiembre de 2020 y ejecutoriado el 18 de septiembre de 2020 el cual revocó el de primera instancia**, concluyendo básicamente que *“no hay elementos probatorios idóneos en el expediente que permitan a la Sala concluir que la infección que presentó la paciente en la herida quirúrgica por la cesárea hubiera sido intrahospitalaria.”*¹⁵

5. La presente acción de tutela contra providencia judicial se sustenta en que la SUBSECCIÓN “C” DE LA SECCIÓN TERCERA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA hoy **accionada y con ocasión del fallo de apelación del 20 de agosto de 2020, incurrió en DEFECTOS FÁCTICOS constitutivos de vulneración del derecho al debido proceso de los accionantes** y que debe ser protegido por el juez constitucional adoptando las medidas pertinentes, para lo cual se invocarán, a renglón seguido, los requisitos generales y específicos de procedibilidad establecidos por la Corte Constitucional según su reiterada jurisprudencia; posteriormente y en apartado especial, se analizarán, con el rigor requerido para este tipo de tutelas, los fundamentos fácticos, legales y jurisprudenciales de cada defecto. Se adelanta, por ahora y brevemente que **LA SUBSECCIÓN “C” DE LA SECCIÓN TERCERA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA incurrió en varios DEFECTOS FÁCTICOS al emitir la sentencia del 20 de agosto de 2020 por no haber valorado o hacerlo indebidamente, pruebas documentales y testimoniales que evidenciaron la realidad de la infección bacteriana de carácter intrahospitalario en el cuerpo de Jennifer Cajicá con origen en la cesárea practicada en el HOSPITAL TUNJUELITO II NIVEL E.S.E. el 2 de marzo de 2012. Más adelante en este escrito, como parte de otro DEFECTO FÁCTICO** indiscutible, se demostrará también

¹⁴ Fl. 271, ib.

¹⁵ Fl. 371, Cd Ppal, anverso

que en la sentencia accionada se omitió por completo la valoración de la prueba indiciaria que solidificaba, más allá de toda duda, la responsabilidad administrativa de la institución hospitalaria que adujo, sin vergüenza alguna, con su conducta procesal desbordando los límites de la buena fe, una actitud de obstrucción y de irrespeto a la ética procesal para evitar que se encontrara a verdad material. Lo que se pretende, en resumen, con la presente tutela, es que el juez constitucional concluya que, si las pruebas que relacionaremos, hubieran sido valoradas o razonablemente enjuiciadas, el fallo hubiera tomado un rumbo diametralmente opuesto.

ii. **CONSIDERACIONES DE DERECHO DE LA ACCIÓN DE TUTELA Y FUNDAMENTOS DE LA VIOLACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO**

1. SOBRE LOS REQUISITOS GENERALES DE PROCEDIBILIDAD:

La Corte Constitucional desde 1991 ha estructurado jurisprudencialmente exigencias adjetivas que se constituyen en requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela que deben cumplirse en su totalidad cuando se trata de peticiones de amparo dirigidas contra providencias judiciales y que aplican tanto a sentencias como a autos interlocutorios. A renglón seguido y, con toda consideración y respeto, se abordarán estos requisitos, uno por uno y en relación con la presente tutela, para verificar que estén debidamente satisfechos en aras de acceder al análisis de fondo de la acción constitucional:

- 1.1. **Que la cuestión que se discute resulte de evidente relevancia constitucional:** En el presente caso se está invocando la tutela como mecanismo principal de protección del derecho fundamental al debido proceso de los accionantes debido a la presencia de varios defectos fácticos en el fallo cuestionado del 20 de agosto de 2020. Como se advierte desde la relación precedente de HECHOS y en las consideraciones jurídicas que se precisarán más adelante en este escrito, los puntos en discusión que se plantean en la tutela son de indudable trascendencia pues LA SUBSECCIÓN “C” DE LA SECCIÓN TERCERA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA vulneró el debido proceso de mis poderdantes de varias maneras y con un efecto grave que debe ser conjurado con prontitud por el Juez de tutela. No cabe duda, entonces, que todos estos aspectos, al escrutarse con minucia, resultarán ser de una evidente relevancia constitucional.
- 1.2. **Agotamiento de todos los medios de defensa judicial:** Se han AGOTADO ya los medios de defensa disponibles pues contra la sentencia del 20 de agosto de 2020 del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA ejecutoriada desde el 18 de septiembre de 2020, no cabía el recurso extraordinario de revisión por no subsumirse el caso en ninguna de las causales contempladas en el Art. 250 del C.P.A.C.A.
- 1.3. **Inmediatez:** El Art. 86 de la Constitución Política prevé que *“toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar..., la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales”* (subrayado mío). Como se observa, la intención del constituyente fue la de no introducir necesariamente términos de caducidad a la tutela, pero se ha considerado que ésta debe interponerse dentro de plazos prudentes que garanticen la seguridad jurídica. En reciente sentencia de unificación jurisprudencial (SU332-19) se dice al respecto: *“La Sala encuentra que se cumple el requisito de inmediatez, ya que el tiempo que transcurrió entre las decisiones que negaron las pretensiones de los demandantes en sede de nulidad y restablecimiento del derecho y la presentación de las acciones de tutela no superó los seis meses, término que usualmente es utilizado como parámetro para el cumplimiento del mencionado requisito”*¹⁶ En el presente caso sometido a tutela, han transcurrido 5 meses y 20 días desde la ejecutoria de la

¹⁶ Sentencia SU332-19 del 25/07/19, Sala Plena de la Corte Constitucional, M.P. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

sentencia accionada (18.09.2020), es decir, menos del plazo de 6 meses considerado jurisprudencialmente el cual tampoco, por cierto, es taxativo y excluyente. En una más reciente sentencia de unificación jurisprudencial (SU20-20) se expresa lo siguiente, con más claridad si fuera ello requerido, en cuanto al término razonable de 6 meses al que hacemos mención: “*En el presente asunto, la Sala constata que esta exigencia se satisface. Como a continuación se aprecia, entre la presentación de la acción de tutela y la ejecutoria de la decisión que se ataca no trascurrió un término superior a 6 meses, término que la jurisprudencia constitucional ha considerado prima facie razonable*”¹⁷ (Subrayados y negrillas anteriores no están en el texto original)

- 1.4. Irregularidad procesal: Debe manifestarse que, además de los defectos fácticos señalados delantamente, no se presentó una irregularidad procesal en concreto que se pueda invocar en la presente acción constitucional.
- 1.5. Identificación de los hechos y derechos invocados y el fundamento de la afectación: Los hechos relacionados en la acción implican una clara vulneración del derecho fundamental al debido proceso que es el que se identifica siempre como infringido en las tutelas contra providencia judicial y, en el presente caso, se demostrará la presencia de varios defectos facticos por omisión en la valoración de elementos probatorios que al estar debidamente estructurados, fundamentan debidamente la afectación sufrida por la accionante. También, se han invocado estos hechos probados ante los jueces de instancia cuya omisión y/o valoración errada se tornan en violatorias de este derecho constitucional fundamental
- 1.6. No puede haber tutela contra sentencias de tutela: La tutela se dirige contra la sentencia del 20 de agosto de 2020 notificada electrónicamente el 15 de septiembre de 2020, emitida por la SUBSECCIÓN “C” DE LA SECCIÓN TERCERA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA que le puso fin a la segunda instancia por lo cual, obviamente, NO es contra un fallo de tutela.

2. SOBRE LAS CAUSALES ESPECIALES DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA:

Está suficientemente debatido por las altas Cortes y especialmente en la Constitucional que la acción de tutela procede sólo de manera excepcional contra providencias judiciales. La tutela, en casos como el presente, se debe estudiar de fondo, cuando se configura al menos una de las *causales especiales de procedibilidad*, antes denominadas *vías de hecho* por la jurisprudencia constitucional y que se relacionaron y sistematizaron en la Sentencia C-590 de 2005 aún vigente, de la siguiente manera: ¹⁸

“*a. Defecto orgánico. b. Defecto procedimental c. Defecto fáctico d. Defecto material o sustantivo f. Error inducido g. Decisión sin motivación h. Desconocimiento del precedente i. Violación directa de la Constitución.*” (SIC: Falta el literal e) en el fallo original).

A continuación, se precisará en cuál causal o causales se enmarca la vulneración del DERECHO CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO cuya protección se invoca con el soporte fáctico, legal y jurisprudencial pertinentes para cada causal.

ANÁLISIS JURÍDICO DE LA CAUSAL ESPECIAL DE PROCEDIBILIDAD QUE CONSTITUYEN LA VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO

Se configura claramente, en el presente caso, la vulneración del Art 29 de la Constitución Política, es decir, la del derecho al debido proceso, al estructurarse el DEFECTO FÁCTICO, en varias manifestaciones, contemplado en la causal especial c) de procedibilidad de la acción constitucional de tutela contra providencias judiciales desarrollada jurisprudencialmente en la mencionada Sentencia C-590 de 2005 de la Corte

¹⁷ Sentencia SU20-20 del 29/01/20, Sala Plena de la Corte Constitucional, M.P. RUTH STELLA CORREA PALACIO y CARLOS BERNAL PULIDO

¹⁸ Sentencia C-590 de 2005, Sala Plena Corte Constitucional, 8-06-2005, M.P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Constitucional y en otras posteriores. Jurisprudencia constitucional de unificación (SU-226-13) y, por tanto, de obligatorio cumplimiento para los operadores judiciales, ha definido que se está incurrido en esta causal específica cuando la decisión jurisdiccional se adopta:

(i) sin que se halle plenamente comprobado el supuesto de hecho que legalmente la determina; (ii) como consecuencia de una omisión en el decreto o valoración de las pruebas; (iii) de una valoración irrazonable de las mismas; (iv) de la suposición de una prueba; o (v) del otorgamiento de un alcance contraevidente a los medios probatorios”.

En la misma providencia, se señala que hay una dimensión negativa y otra positiva para el defecto fáctico. Para el caso, la dimensión negativa que es la procedente, se produce:

*“(i) por ignorar o no valorar, injustificadamente, una realidad probatoria determinante en el desenlace del proceso; (ii) por decidir sin el apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión; o (iii) por no decretar pruebas de oficio en los procedimientos en que el juez está legal y constitucionalmente obligado a hacerlo...”*¹⁹

En otro fallo al respecto se advierte: *“Se ha concluido que, el defecto fáctico por no valoración de pruebas se presenta cuando el funcionario judicial omite considerar elementos probatorios que constan en el proceso, no los advierte o simplemente no los tiene en cuenta para efectos de fundamentar su decisión y, en el caso concreto, resulta evidente que, de haberse realizado su análisis y valoración, la solución del asunto jurídico debatido habría variado sustancialmente”*²⁰

(EL SUBRAYADO ES MIO)

CONSIDERACIONES PRELIMINARES FUNDAMENTALES:

Se analizarán, a continuación, UNO a UNO, los DEFECTOS FÁCTICOS que, estoy seguro, se configuran en la sentencia del 20 de agosto de 2020 notificada electrónicamente el 15 de septiembre de 2020 emitida por la SUBSECCIÓN “C” DE LA SECCIÓN TERCERA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA dentro de la radicación # 11001-3336-033-2014-00274-01, señalando de entrada que es la identificación de las omisiones en la valoración probatoria y de los eventos de valoración sin fundamento de los que se acusa la providencia accionada lo que va a permitir, concluir, sin duda, que si esos elementos hubieran sido considerados u otros valorados con sentido crítico, otro hubiera sido el fallo y, con toda seguridad, confirmatorio de la decisión del A Quo del 18 de julio de 2018 corregida el 12 de septiembre de 2018. Y se afirma que el fallo es atacable por tener estructurados defectos fácticos porque en la sentencia accionada se revoca la de primer grado por razones estrictamente probatorias cuando se estimó precisamente que *“no hay elementos probatorios idóneos en el expediente que permitan a la Sala concluir que la infección que presentó la paciente en la herida quirúrgica por la cesárea hubiera sido intrahospitalaria. Sobre el particular es importante resaltar que la parte actora no allegó los exámenes que le hicieron a la demandante en el Hospital El Tunal, a fin de determinar qué tipo de infección fue la que se le desarrolló a la paciente, prueba que resultaba idónea para demostrar la responsabilidad del Hospital Tunjuelito. No cualquier anotación en la historia clínica puede considerarse idónea para demostrar la responsabilidad del Hospital”*²¹

Debe expresarse, con claridad, que en los eventos de infecciones asociadas a la Salud (IAAS) para demostrar la estructuración del régimen de responsabilidad objetivo por riesgo excepcional, la parte actora, según la jurisprudencia²², puede utilizar cualquier medio

¹⁹ Sentencia SU-226 de 2013, Sala Plena Corte Constitucional, 17-04-13, M.P. ALEXEI JULIO ESTRADA

²⁰ Sentencia SU-774 de 2014, Sala Plena Corte Constitucional, 16-10-14, M.P. MAURICIO GONZALEZ C.

²¹ Fl. 371 y Reverso del 371, ib.

²² CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 7.02.2018, Exp. 29481. C.P. DANILO ROJAS BETANCOURTH

probatorio admisible tales como dictámenes, documentos e indicios y, creo, **con convicción, que en la sentencia accionada del 20 de agosto de 2020, no se valoraron algunas pruebas documentales e indicios que debieron ser tenidos en cuenta por el Ad Quem.**

2.1. DEFECTO FÁCTICO por no tener en cuenta, la sentencia del 20.08.20 objeto de tutela, anotaciones fundamentales en las Historias Clínicas tanto la del Hospital Tunjuelito como en la del Hospital El Tunal E.S.E. y textos citados en la demanda del Boletín Epidemiológico Distrital y revista Quimioter e incluso, expresiones del mismo Hospita demandado en el escrito de contestación de demanda que, sumadas, muestran la presencia de una infección bacteriana nosocomial:

2.1.1. En efecto, tal como se registraba delantadamente en este escrito de tutela, obsérvese cómo en el formato de JUSTIFICACION MEDICA PARA SOLICITUD DE MEDICAMENTOS NO POS del 13/03/2012 del Hospital el Tunal E.S.E.²³, se dejó constancia que, para controlar la infección, se recetaba LINEZOLID (medicamento NO POS) y se escribe allí que es un ANTIINFECCIOSO ANTIBACTERIANO *“indicado en el tratamiento de infecciones causadas por bacterias susceptibles gram +, anaerobios incluyendo Stafilococcus, streptococcus resistentes”*. En ese mismo documento, se anota como diagnóstico médico para Jennifer Cajicá a su ingreso el 13 de marzo de 2012 *“Paciente con meningitis NOSOCOMIAL, choque séptico, requiere manejo antibiótico para cubrir gérmenes gran-positivos”* y se anota también que Jennifer Cajicá es una *“PACIENTE CON INFECCIÓN NECROTIZANTE DE TEJIDOS BLANDOS, SE SOSPECHA SAMR²⁴ COMUNITARIO POR LO AGRESIVO DEL CUADRO Y NECROSIS DE TEJIDO CON ABSCESOS”*. No sobra reiterar que en el HOSPITAL EL TUNAL III NIVEL E.S.E. no había TIGECICLINA y se le formuló a la paciente LINEZOLID²⁵ y tal como fue planteado en la demanda en el hecho No. 9, la literatura médica da cuenta que esta clase de antibióticos tan fuertes (los subrayados) sólo se prescriben en casos de infecciones nosocomiales o intrahospitalarias (IIH)²⁶.

Sobre el particular, recuérdese que las IAAS antes denominadas infecciones intrahospitalarias (IIH) *“son complicaciones que por definición no estaban presentes en el momento de la admisión de los pacientes”*²⁷. A ese respecto debe mencionarse que, como se expresó en el Hecho No. 2 de la demanda²⁸, es fundamental establecer, en casos de responsabilidad médica y con mayor razón cuando se alega infección bacteriana intrahospitalaria, el estado de salud con el cual ingresó la paciente. En el presente caso, según consta en la Historia Clínica No. 1013626484 del Hospital Tunjuelito aportada al expediente, Jennifer Cajicá ingresó a las 7:20 AM del 2 de marzo de 2012 al Hospital Tunjuelito para trabajo de inducción de parto²⁹ y en las notas de enfermería de esa misma fecha consta que ingresó *“con embarazo de 39,6 semanas para trabajo de parto” se hace “control y registro de signos vitales... paciente en buenas condiciones generales”*³⁰. Se le efectuaron exámenes de laboratorio para inmunología que sale NO REACTIVA³¹, HIV Elisa NO REACTIVO³². En conclusión, **se probó que Jennifer Cajicá se encontraba en PERFECTO ESTADO DE SALUD AL INGRESAR AL HOSPITAL TUNJUELITO.**

En la Historia Clínica del Hospital El Tunal también aparecieron otras menciones significativas sobre la microbiología de la bacteria que generó el contagio tanto en la hoja de

²³ Fl. 124, Cd 2

²⁴ SAMR: “*Stafilococo Aureus Meticilino Resistente*” bacteria típica de clínicas y hospitales.

²⁵ Fl. 80 Cd. 2

²⁶ *Experiencia clínica con tigeciclina en el tratamiento de infecciones nosocomiales*. M.J. GIMENEZ Y OTROS Pág. 48. Revista QUIMIOTER, 2009, España. <https://seq.es/seq/0214-3429/22/1/gimenez.pdf> (esta cita se hace en el Hecho No. 9 de la demanda de reparación directa)

²⁷ Fl. 9, Cd. Ppal, *Boletín Epidemiológico Distrital*, 12-08 a 29-12-07, Pág. 3, Volumen 12, ISSN 0123-8590 (Este boletín fue mencionado en el hecho No. 9 de nuestra Demanda de Reparación Directa)

²⁸ Fl. 7 Cd. 2

²⁹ Fl. 34 Cd. 2

³⁰ Fl. 45 reverso Cd. 2

³¹ Fl. 49 Cd. 2

³² Fl. 50 Cd. 2

INGRESO como en una EPICRISIS del 17 de marzo de 2012 las cuales refieren que se ha hecho “TAMIZAJE **SAMR**”³³

También en la demanda se mencionó que en un Boletín Epidemiológico Distrital se cita que eventos como la endometritis post cesárea y la infección del sitio operatorio (ISO) los cuales presentó Jennifer Cajicá a su reingreso al Hospital de Tunjuelito el 12.03.12, son causados por SAMR³⁴. Adicionalmente, en otra parte de la Historia Clínica del Hospital El Tunal consta nuevamente que se realizó en microbiología un “**Tamizaje estafilococco resistente a la meticilina**”³⁵

El propio Hospital Tunjuelito en la contestación de la demanda afirmó que “el germen que se cultivó en el Hospital El Tunal es diferente al que se aisló en el Hospital Tunjuelito”³⁶se trató de un STAFILOCOCO METICILINO RESISTENTE³⁷

Absolutamente ninguna de estas pruebas documentales que debieron ser analizadas con el detenimiento debido, mereció valoración por la SUBSECCIÓN “C” DE LA SECCIÓN TERCERA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA en el fallo accionado del 20 de agosto de 2020 notificado electrónicamente el 15 de septiembre de 2020, excepto por un breve comentario que, según lo expuesto, suena contraevidente, cuando se afirmó que “no hay una sola prueba idónea en el expediente que demostrara que el daño lo produjo una infección nosocomial. El único elemento material probatorio que se observa es la anotación que se dejó en la historia clínica del Hospital El Tunal en la que se dejó constancia de una sospecha en los siguientes términos: Por lo acelerado del cuadro y la formación de absceso se sospecha germen virulento y resistente tipo sthapylococcus aureus posiblemente comunitario”³⁸

Desafortunadamente y, lo afirmo con respeto pero basado en mi experiencia profesional, los operadores judiciales y Tribunales están acostumbrados a exigir con frecuencia la PRUEBA REINA en todos los expedientes como sería el resultado de laboratorio de la muestra del cultivo de secreción, pero esa no es la realidad que se palpa en la práctica jurídica que está lejos de ser el mundo ideal esperado por los jueces. Debería tenerse en cuenta que, especialmente en los procesos de responsabilidad médica y lo manifiesto con experiencia comprobada de más de 35 años, hay una indefensión relativa de la parte actora desde el punto de vista probatorio por el alto nivel de manipulación de la información y de las historias clínicas en las entidades hospitalarias que siempre tiene la sartén por el mango y por la reiterada y mal entendida solidaridad entre los médicos aún en contra de la verdad material. Desafortunadamente la tesis de la carga probatoria dinámica sonó muy idealista y romántica, pero, en la práctica, ha sido un relativo fracaso por falta de una debida y expedita aplicación. Por supuesto que el resultado del examen de laboratorio del cultivo que extraña tanto el TAC en el fallo accionado del 20.08.20, hubiera complementado perfectamente la intensa actividad probatoria sobre todo con indicios sólidos sobre el carácter intrahospitalario del germen infeccioso y que se detalló en precedencia. Sin embargo, debe constar en este punto del escrito que el Hospital El Tunal insistió en haberme entregado la totalidad de la Historia Clínica, informando que el resultado del cultivo tomado dejó de ser prioridad en virtud de la histerectomía practicada el mismo 13.03.12 casi inmediatamente al ingreso de la paciente Jennifer Cajicá para salvarle su vida (Ingresó a las 11: 50 y fue realizada la histerectomía a las 13:00 horas) y es que la obligación de la verificación de la bacteria multiresistente era realmente del Hospital Tunjuelito que no le entregó al Hospital El Tunal, el resultado de ese

³³ Folios 80 y 82, Cd. 2: SAMR: “*Stafilococo Aureus Meticilino Resistente*” bacteria típica de clínicas y hospitales según se ha considerado incluso por la jurisprudencia, por ejemplo en la Sentencia Sección 3ª, 30-04-14, Exp (28214), C.P. DANILO ROJAS BETANCOURTH del Consejo de Estado.

³⁴ *Boletín Epidemiológico Distrital*, 12-08 a 29-12-07, Pág. 3, Volumen 12, ISSN 0123-8590, Págs. 3 y 7. Mencionado en la demanda de reparación directa.

³⁵ Fl. 99 Cd. 2

³⁶ Ni estaba en la HC del Hospital Tunjuelito ni al plenario nunca se aportó este cultivo del STREPTOCOCO ANGIEROSUS que era presuntamente de la flora vaginal de la paciente y así lo hizo ver la juez A Quo en la sentencia del 16.07.18 (Folio 271 Cd 1)

³⁷ Folio 62 Cd. 1

³⁸ Fls. 371 y Anverso, Cd 1

examen practicado allí el 12.03.12, con la remisión de la paciente, en conducta evidenciada por esa institución como se verá en acápite posterior. **Como puede deducirse de la amplia relación de pruebas documentales antes descritas y analizadas, no solo no hay UNA mera anotación de historia clínica como lo afirmó el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (TAC) en su fallo sino, por lo menos, siete (7) anotaciones más y otras evidencias documentales ya especificadas que muestran, más allá de toda duda, la presencia de un germen multirresistente de carácter intrahospitalario en el cuerpo de JENNIFER CAJICÁ la cual pudo deducir el A Quo en su fallo del 16.07.18.**

En consecuencia, según lo anteriormente descrito y analizado, se estructura plenamente EL DEFECTO FÁCTICO por omisión en la valoración de PRUEBAS DOCUMENTALES y que si se hubieran considerado en el fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca otras muy distintas hubieran sido las conclusiones.

2.1.2. JURISPRUDENCIA:

Para efectos de dar soporte a la sustentación anterior se mencionan, a continuación, extractos pertinentes de fallos del Consejo de Estado sobre casos similares al que es objeto de la presente tutela:

2.1.2.1. Fallo del CONSEJO DEL ESTADO del 7.02.18³⁹:

Se extraen las siguientes citas pertinentes de esa importante jurisprudencia aún vigente⁴⁰, en un caso de Artritis Séptica en el que un niño contrae la infección en la Clínica San Pedro Claver del ISS, y se falla favorablemente a la parte actora sin dictamen, como fue el caso objeto de la presente tutela en la decisión del A Quo, porque no pudo ser conseguido ni siquiera por petición expresa del Consejero Ponente Danilo Rojas Betancourth a varias instituciones científicas. Esta sentencia es importante porque precisa que la infección nosocomial es la contraída por un paciente que entró sano al Hospital y resulta infectado por un germen que no tenía en su cuerpo:

“28. Las infecciones contraídas en el medio hospitalario, también llamadas infecciones nosocomiales, han sido definidas por la Organización Mundial de la Salud en los siguientes términos:

Una infección contraída en el hospital por un paciente internado por una razón distinta de esa infección. Una infección que se presenta en un paciente internado en un hospital o en otro establecimiento de atención de salud en quien la infección no se había manifestado ni estaba en período de incubación en el momento del internado. Comprende las infecciones contraídas en el hospital, pero manifiestas después del alta hospitalaria y también las infecciones ocupacionales del personal del establecimiento⁴¹.

29. Con todo, conviene anotar que los nuevos desarrollos y orientaciones de la atención al paciente, los cuales están cada vez más centradas en la atención ambulatoria y extrahospitalaria, han motivado el reemplazo de la denominación “infecciones nosocomiales”, las cuales se relacionan necesariamente con un hospital o con una institución prestadora de servicios de salud⁴², por la de

³⁹ Este mismo fallo se cita tanto en la sentencia del A Quo del 16.07.18 como en la Sentencia del 20.08.20, hoy accionada, emitida por el TAC.

⁴⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, 7.02.2018, Exp. 29481. C.P. *DANILO ROJAS BETANCOURTH*

⁴¹ Organización Mundial de la Salud, *Prevención de las infecciones nosocomiales*, 2003, p. 1, disponible en: <http://www20.gencat.cat/docs/canalsalut/Minisite/VINCat/Documents/Manuals/Arxiu/manual-oms.pdf>

⁴² Ello es así porque “nosocomial proviene del griego nosokomein que significa nosocomio, o lo que es lo mismo hospital, y que a su vez deriva de las palabras griegas nosos, enfermedad, y komein, cuidar, o sea, «donde se cuidan enfermos»”. Rafael Nodarse Hernández, Visión actualizada de las infecciones intrahospitalarias. *Rev Cub Med Mil* [online]. 2002, vol.31, n.3 [citado 2017-10-24], pp. 201-208. Disponible

“infecciones asociadas a la atención en salud”. Estas últimas han sido definidas por el Instituto Nacional de Salud como sigue:

*Las infecciones Asociadas a la atención en Salud (IAAS) anteriormente llamadas nosocomiales o intrahospitalarias **son aquellas infecciones que el paciente adquiere mientras recibe tratamiento para alguna condición médica o quirúrgica y en quien la infección no se había manifestado ni estaba en período de incubación en el momento del ingreso a la institución**, se asocian con varias causas incluyendo pero no limitándose al uso de dispositivos médicos, complicaciones postquirúrgicas, transmisión entre pacientes y trabajadores de la salud o como resultado de un consumo frecuente de antibióticos⁴³.*

30. El Consejo de Estado ha desarrollado, en los últimos años, una sólida línea jurisprudencial, según la cual los daños causados por infecciones o enfermedades de carácter intrahospitalario son imputables a la administración con fundamento en un régimen objetivo de responsabilidad o de falla del servicio⁴⁴, cuando ella se encuentre probada.”

33. La carga de demostrar que la causa del daño es una bacteria de tipo nosocomial corre por cuenta del demandante, para lo cual resultan admisibles todos los medios de prueba: dictámenes periciales, documentos e indicios tales como la demostración de que el daño fue producido por una bacteria multirresistente, luego de un determinado periodo de hospitalización o de que existen otros casos de infecciones similares, relacionados con igual agente patógeno, al interior del mismo hospital⁴⁵.

2.1.2.2. Fallo del CONSEJO DEL ESTADO del 10.09.14:

En esta sentencia, con ponencia del Consejero Hernán Andrade Rincón⁴⁶, se resolvió acceder a las pretensiones de una demanda de reparación directa contra CAJANAL con ocasión de una histerectomía, como la que sufrió Jennifer Cajicá, resultado de una infección bacteriana con idénticas consecuencias. **No hay en ese proceso, un examen de laboratorio que señale la específica bacteria multirresistente pero sí hay, como en el caso presente objeto de esta tutela, muchos INDICIOS probados que, concatenados, dieron la seguridad al Ad Quem de la presencia de un germen intrahospitalario.** En ese proceso obró un dictamen que no señaló ninguna responsabilidad, que no se constituyó en prueba de soporte de la sentencia y en el que el perito afirma, incluso y sin ruborizarse, que el daño de la histerectomía no es grave porque también se pueden tener hijos por fertilización in vitro. Deseo que la Sala del Consejo de Estado a la que se le asigne el reparto de esta tutela compare los hechos del caso traído a colación en esta cita jurisprudencial con los del caso de Jennifer y la valoración acertada del acervo probatorio que permitió revocar una sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que había negado las pretensiones:

Se toman algunos hechos coincidentes con el caso de Jennifer y las conclusiones probatorias del fallo:

en: <http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0138-65572002000300008&lng=es&nrm=iso>. ISSN 1561-3046.

⁴³ Información disponible en la página web del Instituto Nacional de Salud: <http://www.ins.gov.co/iaas/Paginas/que-son-las-iaas.aspx>

⁴⁴ Sentencias de 18 de mayo de 2017, exp. 36565, C.P. Jaime Orlando Santofimio; de 5 de julio de 2016, exp. 36136, C.P. Danilo Rojas Betancourth; de 29 de septiembre de 2015, exp. 21774, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo; de 9 de octubre de 2014, exp. 27476, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo; de 10 de septiembre de 2014, exp. 27771, C.P. Hernán Andrade Rincón; de 30 de abril de 2014, exp. 28214, C.P. Danilo Rojas Betancourth; de 29 de agosto de 2013, exp. 30283, C.P. Danilo Rojas Betancourth, entre otras.

⁴⁵ Consejo de Estado, Subsección “B”, sentencias de 29 de agosto de 2013, exp. 30283; de 30 de abril de 2014, exp. 28214, y de 5 de julio de 2016, exp. 36136, todas con ponencia del suscrito magistrado.

⁴⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, 10.09.2014, Exp. 27771. C.P. HERNAN ANDRADE RINCON

“- Que en el control médico realizado a la madre gestante el 22 de noviembre de 1994 -el mismo día del parto-, se registró: “embarazo 38 semanas, feto u.v., podálico, cesárea”, de lo cual se infiere que **para esa etapa final del embarazo la paciente se encontraba en buenas condiciones en términos generales;**

- Que según el registro de evolución médica de la Clínica Federman a la señora Gloria Esperanza Cortés Rodríguez se le dio salida el 24 de noviembre de 1994, y se dejó constancia que presentaba una “evolución estable”.

- Se tiene también que el día 26 de noviembre de 1994, la paciente acudió al servicio de urgencias de la Clínica Federman y en la hoja de ingreso se registró que presentaba **“fiebre, vómito, diarrea y salida de material purulento y fétido por vagina”**, además, se estableció como impresión diagnóstica **“absceso de pared, endometrio post cesárea, 4to día post cesárea”**.

Revisando la historia clínica se trata de una paciente de 29 años de edad remitida a la Clínica Federman para dar a luz para tratamiento obstétrico y se le realizó una cesárea por presentación podálica. Según notas de evolución sin complicaciones y recién nacido con sufrimiento fetal, **paciente regresa al cuarto día de su intervención y se le hace diagnóstico de endometritis post cesárea y absceso de pared**, inicialmente manejo médico adecuado y antibióticos indicados para el caso, vengo a tener conocimiento de la paciente el 27 de noviembre de 1994, donde según nota de evolución encuentro que la herida requiere ser abierta drenándose el absceso de pared,
(...)

ante los hallazgos se decide realizar una histerectomía abdominal total más lavado de cavidad. En este momento se tiene el diagnóstico de sepsis de origen ginecológico con foco primario en el útero, motivo por el cual se toma tal conducta en el post operatorio inmediato, la paciente evoluciona de forma lenta pero segura en asocio con antibióticos de amplio espectro en dosis y frecuencia adecuadas

(...)

De acuerdo con los datos consignados por mí en la historia clínica no hay antecedentes de ninguna clase de infección en el organismo de la señora Gloria Esperanza Cortés Rodríguez, que pudiera relacionarse con el proceso séptico que ella sufrió, dados los antecedentes el proceso infeccioso pudo haberse iniciado durante la cesárea o inmediatamente después”

(...)

“Con base en el examen ginecológico, la historia clínica citada en el dictamen mencionado, señora de 37 años con ausencia quirúrgica de útero por complicación infecciosa en el postparto por cesárea de noviembre de 1994. Es importante recalcar que la sepsis ginecológica es una de las complicaciones que se pueden presentar en un parto vaginal o por cesárea. En este caso el tratamiento médico quirúrgico fue el adecuado.

2.5.- Conclusiones probatorias e imputación del daño al Estado.

De conformidad con el material de convicción allegado al proceso se encuentra plenamente acreditado el daño sufrido por los demandantes, en tanto la histerectomía (extracción del útero)⁴⁷, padecida por la señora Gloria Esperanza Cortés Rodríguez, constituye una grave lesión a su integridad, que supone, per se, una aminoración de distintos bienes jurídicos protegidos y amparados

⁴⁷ Histerectomía: “Es la extirpación quirúrgica del útero que ocasiona la incapacidad para quedar en embarazo (esterilidad)”.
Tomado de <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/002915.htm>. Página web consultada el día 26 de agosto de 2014.

por el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, establecida la existencia del daño antijurídico, aborda la Sala el análisis de imputación con el fin de determinar si en el caso concreto dicho daño le puede ser atribuido a la Administración Pública demandada y, por lo tanto, si constituye deber jurídico a su cargo de resarcir los perjuicios que del mismo se derivan y si la sentencia debe ser confirmada.

Así pues, con fundamento en los anteriores hechos probados puede concluirse que el día 22 de noviembre de 1994 la señora Gloria Esperanza Cortés Rodríguez tuvo un alumbramiento normal y la paciente dio a luz a un recién nacido de sexo masculino en buenas condiciones; no obstante dos días después de habersele dado de alta -26 de noviembre-, la paciente acudió nuevamente a la Clínica Federman por presentar vómito, diarrea y presencia de material purulento en la vagina, motivo por el cual **a la paciente se le debió empezar tratamiento con antibióticos y controles localizados, sin embargo la paciente no presentó reacción positiva, por lo cual se procedió a realizar una histerectomía total para controlar la infección y el abundante sangrado.**

Bajo dicha perspectiva, ha de concluir la Sala que la paciente adquirió dicha infección -que conllevó a que se le tuviera que extirpar la matriz-, en las instalaciones de la Clínica Federman de Bogotá D.C., pues no obra prueba alguna que indique que la paciente padecía dicha infección con anterioridad a la atención en ese centro hospitalario; por el contrario, según los medios probatorios se trataba de una gestante en buenas condiciones generales, con un parto normal; además, según el testimonio de uno de los médicos que atendió a la paciente “no hay antecedentes de ninguna clase de infección en el organismo de la señora Gloria Esperanza Cortés Rodríguez que pudiera relacionarse con el proceso séptico que ella sufrió”, a lo cual se agregó que “el proceso infeccioso pudo haberse iniciado durante la cesárea o inmediatamente después”.

Por consiguiente, forzoso resulta concluir que de conformidad con los elementos de convicción a los que se ha hecho referencia, la infección sufrida por la señora Gloria Esperanza Cortés Rodríguez - con las consecuencias ya conocidas-, fue adquirida luego de que se le realizara una atención de parto el 22 de noviembre de 1994, en las instalaciones de la Clínica Federman de la ciudad de Bogotá D.C., razón por la cual, atendiendo la jurisprudencia consolidada en la materia en punto a la responsabilidad objetiva por infecciones nosocomiales o intrahospitalarias, resulta claro que el daño antijurídico por cuya indemnización se demandó le resulta imputable a la entidad demandada CAJANAL.”

(NEGRILLAS Y SUBRAYADOS SON MIOS)

2.2. DEFECTO FÁCTICO por omitir la valoración de los testimonios de los médicos del Hospital Tunjuelito o valorarlos en forma sesgada:

Aunque el TAC en el fallo accionado del 20.08.20 cita algunos extractos, no analiza en favor de la causa de los accionantes, los propios testimonios de los médicos del HOSPITAL TUNJUELITO II NIVEL E.S.E. Jorge Castellanos, José Eligio Páez y Andrés Cortés rendidos el 2 de junio de 2016. Se extractan, a continuación, los siguientes apartes cruciales de esas declaraciones:

2.2.1. Doctor JORGE CASTELLANOS:

Es el ginecólogo que le hizo la cesárea a JENNIFER CAJICÁ el 2 de marzo de 2012:

-Ante la pregunta de la juez sobre si la paciente estaba bien para momento del acto quirúrgico de la cesárea y si había encontrado infección al momento de la cesárea?, contestó: **“en ese momento no había signo de infección en el momento de la cirugía porque si yo hubiera encontrado algún signo de infección yo había tomado algún tipo de correctivo.”**⁴⁸

COMENTARIO: Con esta afirmación se demuestran dos hechos: que Jennifer Cajicá estaba bien al momento de la cirugía y que, por ende, no tenía infección. En otras palabras, que la infección con la cual apareció el 12 de marzo de 2012 no era precedente a esta intervención.

-¿Pregunta la juez, Si no había hallazgo de infección por qué después hubo infección?⁴⁹

Contesta: “...Yo recibí a la paciente en el servicio de urgencias de ginecología (el 12 de marzo de 2012), yo la hospitalizo, **yo evidencio una infección de la herida y yo inicio un esquema de antibióticos.**”

-Pregunta la juez ¿pero... por qué le encontró una infección?⁵⁰ Contesta: **“Toda paciente...tiene un riesgo estandarizado y conocido... Van a haber señoras que se les haga cesáreas aquí y en el mundo entero que se van a infectar porque desafortunadamente no existe en el mundo entero ninguna posibilidad de que a una paciente que se opere se le garantice que no se va a infectar.”**

-Pregunta el suscrito apoderado y se resume: ¿Por qué se trasladó a un Hospital de III nivel?

⁵¹ Contesta: **“En este caso se documentó una infección importante del sitio operatorio y era tan importante que cuando los médicos hicieron el lavado no decidieron cerrar la paciente porque consideraron que si la volvían a cerrar se iba a incubar nuevamente la infección ... entonces el doctor Valbuena que la ve por su cuadro de sepsis... de manera muy acertada él sugiere el traslado al III nivel”**

-Pregunta al suscrito apoderado y se resume: Cual es el porcentaje de infecciones en sitio operatorio en pacientes sometidas a cesárea en el HOSPITAL TUNJUELITO II NIVEL E.S.E.? Contesta: **“Eso tiene mucho que ver con muchos factores y todas las instituciones no tienen el mismo porcentaje de infección...en el Carmen (Tunjuelito) el promedio asociado a la literatura es del 2% al 5%”**

COMENTARIOS: Con estas respuestas a las preguntas anteriores se demostró, además de las constancias de la historia clínica que son claras y categóricas, que se evidenció la infección en el HOSPITAL TUNJUELITO II NIVEL E.S.E., que se declara por el médico tratante la infección en sitio operatorio como un riesgo existente asociado a los procedimientos de cesárea en un 2% al 5% de los casos específicamente tratados en el HOSPITAL TUNJUELITO II NIVEL E.S.E y que no se pudo manejar el caso en ese Hospital debido a la alta complejidad de la infección y por tal motivo se remitió la paciente al Hospital el Tunal que era del III nivel.

2.2.2. Doctor JOSÉ ELIGIO PÁEZ AGUILAR:

Informó que había sido designado para hacer una auditoría médica del caso de JENNIFER CAJICA ALVARADO presuntamente efectuada en septiembre de 2012. Sin embargo, esa auditoría no aparece en el expediente porque lo que se incorpora en la contestación de la demanda es el llamado Análisis del Caso sin que se anexe ningún documento suscrito por los participantes ⁵²en el cual según la relación de médicos y demás intervinientes no aparece el nombre del doctor JOSÉ ELIGIO PÁEZ AGUILAR.⁵³ **El testigo ante pregunta de la propia apoderada del Hospital Tunjuelito sobre si conocía una conclusión de su auditoria en la que decía que el germen estreptococo angiorosus era habitante de la flora vaginal y no se trataba de un germen nosocomial, respondió**⁵⁴: “No recuerdo exactamente porque tendría que haber mirado si existió un cultivo” Como el testigo no

⁴⁸ 39’40” del CD de la audiencia del 2/06/16 (Fl. 157 Cd 1)

⁴⁹ 40’23” ibídem

⁵⁰ 42’32” ibídem

⁵¹ 1h 02’20” ibídem

⁵² Fls 56 a 62 Cd. 1

⁵³ Fl. 56 Cd. 1

⁵⁴ 1h 30’38” del CD de la audiencia del 2/06/16 (Fl. 157)

encuentra el resultado del cultivo se ofrece por la juez la suspensión de la audiencia para ampliar la búsqueda y finalmente manifiesta que **“No encontré aquí el reporte...”**⁵⁵

-Pregunta el suscrito apoderado: ¿En su auditoría a qué atribuye usted que se hubiera presentado esa infección?⁵⁶ Contesta: **“Eso es lo que le estoy comentando, sin ser infectólogo pero como médico que llevo ejerciendo mi profesión 30 años no es anormal, es muy común y veo infecciones casi que a diario... es esperable un 3 o 4% y eso está previsto en la literatura mundial que se contaminen.”**

COMENTARIO: Con las respuestas anteriores se prueba, en primer lugar, que no hay disponible un examen de cultivo de secreción que ampare la conclusión de la auditoría (no anexada al expediente) sobre la presencia de otro germen en el cuerpo de JENNIFER CAJICA ALVARADO, examen que no se encuentra en toda la Historia Clínica. Adicionalmente, el profesional admite que se presentan casos de infección en cesáreas en el Hospital Tunjuelito en porcentajes muy similares (del 3 al 4%) a los mencionados por su colega el doctor Castellanos.

3ª. Doctor ANDRÉS CORTÉS:

Ginecólogo que trabaja hace 20 años en el Hospital Tunjuelito y quien en la época de su declaración y en la de los hechos era el Coordinador de Ginecología de esa institución.

-Pregunta la juez, ¿...Dentro de esa Auditoría pudieron ustedes verificar por qué fue tan agresiva en esta paciente la infección? Contesta: **“...son dos factores: la agresividad del germen y el estado inmune de la paciente... Yo si hago 5 cesáreas por día a las 5 les hago lo mismo..., a todas me lavo las manos, a todas les lavo la barriguita y a todas les doy antibióticos...sí, efectivamente el caso de la señora es de las más agresivas porque acaba en una histerectomía”**⁵⁷

- Manifiesta la juez que esta paciente se fue se supone bien después de una cesárea y vuelve 5 días después con una infección agresiva⁵⁸ y dice el doctor Cortés: **“exactamente, usualmente las infecciones se ven 4 o 5 días después”**; después la juez pregunta si esa infección pudo ser durante el procedimiento o pudo ser anterior? **Contesta: “Nosotros tomamos las infecciones como una complicación inherente al procedimiento porque si la señora no se opera no contrae la infección”.**

-El declarante afirmó no haber visto el reporte del cultivo de secreción en el HOSPITAL TUNJUELITO II NIVEL E.S.E. ⁵⁹ y luego manifestó que **“ese día fue la única paciente que se infectó”**⁶⁰

- Cierra su participación en la audiencia afirmando lo siguiente: **“qué bueno que hubiera cero infecciones pero eso no existe en ninguna parte del mundo... al final se van a infectar el 4% o 5% de los pacientes así sea el ginecólogo más experto del mundo.”**

COMENTARIO: Con esta declaración se confirma la agresividad de la bacteria, signo típico de los gérmenes intrahospitalarios, la aceptación de los médicos del riesgo de infección en el Hospital entre un 4% a 5%, que la infección se demora hasta 5 días en empezar a manifestarse después de contraída y, lo más importante, que el doctor Cortés concluye que si Jennifer no se hubiera operado no hubiera contraído la infección con lo cual es claro que la infección que implicó la intervención de urgencia en el HOSPITAL EL TUNAL III NIVEL E.S.E. para extraer su matriz fue directa consecuencia de la bacteria inoculada en el acto quirúrgico de la cesárea en el HOSPITAL TUNJUELITO II NIVEL E.S.E.

En conclusión, hay DEFECTO FACTICO ESTRUCTURADO en la sentencia accionada del 20.08.20 del TAC porque no se valoraron o se valoraron indebidamente los testimonios de los médicos del Hospital Tunjuelito quienes, en líneas generales, reconocieron la presencia de infecciones asociadas a la salud (IAAS) en la institución en un

⁵⁵ 1h 35'47" ibídem

⁵⁶ 1h 44'03" ibídem

⁵⁷ 1h 53'50" ibídem

⁵⁸ 1 h 58'44" ibídem

⁵⁹ 2h 04'55" ibídem

⁶⁰ 2h 01'00" ibídem

porcentaje entre el 2.5% al 5% de las intervenciones quirúrgicas, reconocieron que el germen era muy agresivo (típica característica de los gérmenes intrahospitalarios) para que terminara en una histerectomía y que solo remitiendo la paciente al Hospital El Tunal se la podía tratar exitosamente, reconoció el doctor Cortés que si no se hubiera practicado cesárea la paciente no habría contraído la infección y no se encontró por el doctor PAEZ el reporte de laboratorio de una infección vaginal que se le atribuyó a JENNIFER CAJICÁ y que fue la columna vertebral de la defensa del Hospital Tunjuelito.

2.3. DEFECTO FÁCTICO por no valorar los INDICIOS:

En la sentencia del A Quo del 16.07.18 se considera que hay INDICIOS muy significativos en el expediente que tienen la suficiente fuerza para llegar a convicciones específicas en materia probatoria y que no fueron tenidos en cuenta por la SUBSECCIÓN “C” DE LA SECCIÓN TERCERA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA en el fallo accionado del 20 de agosto de 2020. Debe manifestarse que los INDICIOS, en los términos de lo prescrito en los Arts. 240 a 242 del C.G. del P. a los cuales se remite el CPACA, cobran importancia fundamental y lo sostiene reiteradamente la jurisprudencia del propio Consejo de Estado, porque como lo mencionaba en ordinal precedente, en los procesos de responsabilidad médica hay una indefensión relativa de la parte actora desde el punto de vista probatorio por el alto nivel de manipulación de la información y de las historias clínicas en las entidades hospitalarias que siempre tiene la sartén por el mango en esta clase de conflictos con los particulares. Se considera por el suscrito apoderado y en nombre de los accionantes, que podrían darse los siguientes INDICIOS SIGNIFICATIVOS en el proceso cuya sentencia de segunda instancia del 20.08.20 que es hoy objeto de la acción constitucional no analizó ni consideró como parte de la decisión jurisdiccional:

2.3.1. Indicio de pre-sanidad antes de una cesárea del cual se infiere que una posterior infección en la herida quirúrgica es derivada de la cesárea:

La paciente Jennifer Cajicá entró sana al Hospital Tunjuelito el 2.03.12 para un trabajo de parto y regresó infectada agresivamente en la herida quirúrgica de la cesárea el 12.03.12. Como se recordaba en ordinal precedente, en el presente caso, según consta en la Historia Clínica No. 1013626484 del Hospital Tunjuelito aportada al expediente, Jennifer Cajicá ingresó a las 7:20 AM del 2 de marzo de 2012 al Hospital Tunjuelito para trabajo de inducción de parto⁶¹ y en las notas de enfermería de esa misma fecha consta que ingresó **“con embarazo de 39,6 semanas para trabajo de parto” se hace “control y registro de signos vitales... paciente en buenas condiciones generales”**⁶². Cuando regresó el 12.03.12, solo 8 días después de egresar, Jennifer presentó un cuadro agresivo de sepsis ginecológica con salida de material purulento por la herida y fetidez en flujo vaginal, endometritis post cesárea y absceso de pared abdominal que se le había empezado a manifestar dos días antes. ¿Cuál es, entonces, el origen de la infección?: No puede ser otro que la cesárea y para que la infección sea tan agresiva no puede ser otro el germen que una bacteria multirresistente. Es claro que, en consonancia con lo establecido en el Art 240 del C. G. del P., un hecho como el propuesto pueda considerarse indicio, el hecho indicador debe estar debidamente probado en el proceso, lo cual se cumple en este caso.

2.3.2. La Conducta Procesal del Hospital Tunjuelito fue de obstrucción permanente al debido acceso a la Historia Clínica integral y legible y también de cuestionable ética jurídica al anunciar elementos probatorios que no fueron aportados confundiendo a las partes y a la administración de justicia:

Veamos estos indicios que cumplen con lo prescrito en el Art. 241 del C.G. del P.⁶³

⁶¹ Fl. 34 Cd. 2

⁶² Fl. 45 reverso Cd. 2

⁶³ **ARTÍCULO 241. LA CONDUCTA DE LAS PARTES COMO INDICIO.** El juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes.

2.3.2.1. El Hospital Tunjuelito no aportó la historia clínica completa y legible al proceso incumpliendo lo prescrito en el Art. 175 del C.P.A.C.A.:

Y lo que entregó a ese respecto, lo hizo en forma desordenada: Obsérvense, como un ejemplo de varios casos, los folios 7 y 8 de la HC en los cuales el 7 entrega un resumen de la solicitud de servicios del 13.03.12 para la remisión de la paciente a un Hospital Nivel III (Hospital el Tunal E.S.E.) y en el folio 8, se ve un Informe de la evolución de la paciente en el Post Operatorio de la cesárea del 3.03.12, **¿Quién entiende esto sin orden y cronología consecutiva como si hubieran seleccionado previamente lo que debían aportar?** Ahora, en relación con la Historia Clínica, la A Quo en su fallo del 16.07.18 afirmó que se hace **“énfasis en el incumplimiento del Artículo 175 de la Ley 1437 de 2011 por parte del Hospital demandado quien no aportó historia clínica íntegra y transcrita como lo señala la norma”**.⁶⁴ Mas adelante, en relación con la conducta procesal del Hospital expresó a este respecto: **“situación que se agrava si se tiene en cuenta que al plenario no se allegó transcripción completa de la historia clínica de JENNIFER CAJICA ALVARADO de su primer ingreso del 02 de marzo de 2012 ni del segundo que data del 12 de marzo siguiente lo que ..., se constituye en indicio que permite dar credibilidad a la tesis del demandante...”**⁶⁵

2.3.2.2. No se publicó por el Hospital Tunjuelito el resultado del cultivo practicado el 12.03.12 al reingreso de Jennifer Cajicá con la infección en su herida quirúrgica:

A las 12:15 horas del 12.03.12 en el formato de NOTAS DE ENFERMERIA del Hospital Tunjuelito cuando se atendió a Jennifer Cajicá con la infección, se informó que **“se toma muestra de secreción para cultivo”**⁶⁶. El resultado nunca apareció en la historia clínica y es el que hubiera mostrado, muy seguramente, la presencia microbiológica del SAMR (Stafilococo Auresus Resietente a la Meticilina). Es inexplicable que ese resultado no hubiera estado integrado a la HC y no apareció tampoco en la remisión que se hizo de la paciente al Hospital El Tunal. Suena bastante sospechosa, por decir lo menos, y también muy indicativa, esta conducta procesal del Hospital demandado que ordena un cultivo de secreción y no muestra el resultado del mismo, de manera transparente, en la Historia Clínica de la paciente.

2.3.2.3. No se anexó a la contestación de la demanda por parte del Hospital Tunjuelito, un Informe de Auditoría o Análisis del Caso anunciado en la misma y que solo se transcribió:

La contestación de la demanda del Hospital Tunjuelito refirió una especie de Auditoría Médica o Análisis del Caso de Jennifer Cajicá realizada internamente por funcionarios del Hospital Tunjuelito que solo se transcribe en lo que le convino al apoderado de la entidad, **pero cuyo informe original completo con la firma de los médicos participantes no fue anexado ni entregado nunca al proceso.**⁶⁷ De hecho la juez A Quo en su fallo del 16.07.18 dice que sólo se consideraban las manifestaciones del escrito de contestación relativas a esta Auditoría como argumentos de defensa pero NO como una prueba documental⁶⁸. Cabe señalar que, en este orden de ideas, no se puede aceptar que esta Auditoría que, se reitera, no fue anexada al expediente por el Hospital demandado, se hubiera tenido en cuenta por la Sala Accionada del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que, en su fallo y como fundamento del mismo previo a decidir la revocación de la sentencia del A Quo, le da una credibilidad de la que carece cuando afirmó que **“Adicionalmente, según los informes de Auditoría, el procedimiento de la cesárea se hizo en debida forma, atendiendo los protocolos existentes para ello”**⁶⁹

Esta conducta procesal del Hospital Tunjuelito es muy criticable porque se tratan de tomar como prueba unas conclusiones⁷⁰ de unos médicos que presuntamente participaron en un

⁶⁴ Folio 235, Cd 1

⁶⁵ Fl. 271 Cd. 1

⁶⁶ Folio 16 Cd. 2

⁶⁷ Fls. 56 a 62 Cd 1

⁶⁸ Fl. 258 Cd 1

⁶⁹ Fl. 317 ANVERSO, Cd 1

⁷⁰ Fls. 61 y 62, Cd 1

Análisis o Auditoría del caso de Jennifer Cajicá pero, finalmente, al no aportarse el mismo al expediente no se pudo conocer el contenido real e integral del informe completo firmado por los intervinientes.

2.3.2.4. En el ya mencionado ANÁLISIS DEL CASO transcrito en la contestación de la demanda del Hospital Tunjuelito, se mencionó el resultado de un cultivo de secreción que nunca se aportó al proceso ni se encontró en la Historia Clínica:

En ese informe transcrito en la contestación de la demanda arriba referido, en la parte de Conclusiones se menciona que “4) que basados en los reportes de los cultivos de secreción que se tomaron el Hospital de Tunjuelito podemos concluir que el germen STREPTOCOCO ANGIOROSUS es un habitante de la flora vaginal y que no se trata de un germen nosocomial”⁷¹

Sin embargo, tal como lo registró el suscrito apoderado dentro del proceso en sus alegatos en primera y segunda instancia, nunca se entregó esa prueba al plenario ni se encontraba en la Historia Clínica del Hospital Tunjuelito. Recuérdese que, como se informó en precedencia en esta tutela, en el testimonio del doctor José Eligio Páez Aguilar **ante pregunta de la apoderada del Hospital Tunjuelito sobre si conocía una conclusión de su auditoría en la que se decía que el germen estreptococo angiosus era habitante de la flora vaginal y no se trataba de un germen nosocomial, respondió**⁷²: “No recuerdo exactamente porque tendría que haber mirado si existió un cultivo” Como el testigo no encontró el resultado del cultivo se ofrece por la juez la suspensión de la audiencia para ampliar la búsqueda y finalmente manifiesta que **“No encontré aquí el reporte...”**⁷³

Esta conducta procesal del Hospital Tunjuelito es muy reprochable porque se estructuró una defensa sobre una prueba inexistente mencionada en la transcripción de una Auditoría no aportada en la contestación de la demanda y el médico que presuntamente certificó la existencia de ese germen en el cuerpo de Jennifer Cajicá le informó al Juez de conocimiento en la audiencia del 2/06/16 que no sabía si existió un cultivo el cual, por supuesto, no encontró en el expediente.

Conclusión sobre este DEFECTO FÁCTICO: Además del hecho de entregar el Hospital una historia clínica incompleta y no transcrita mencionada en el ordinal 2.3.2.2, tanto la conducta procesal del Hospital demandado de referirse a un Informe o Análisis del Caso que no se anexó al expediente como la consistente en la afirmación de tener un resultado de laboratorio que demostraba que la infección de JENNIFER CAJICA no era proveniente de un germen nosocomial y que no se aportó y la relativa a la no publicación en la HC del resultado de laboratorio del cultivo tomado a Jennifer Cajicá el 12.03.12, constituyen, para el suscrito, **INDICIOS GRAVES de la responsabilidad administrativa del Hospital Tunjuelito que la SUBSECCIÓN “C” DE LA SECCIÓN TERCERA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA en el fallo accionado del 20 de agosto de 2020 no vio, en detrimento del DEBIDO PROCESO de los accionantes.** La A Quo en su sentencia del 16.08.20 sí hizo especial hincapié en la importancia de estos INDICIOS para fundamentar la decisión de CONDENA en contra del Hospital demandado los cuales resumió, muy acertadamente, cuando afirmó que **“Ahora, debe señalarse que de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, en materia de falla médica, quien se encuentra en mejor posibilidad de probar es quien prestó el servicio médico, sin embargo, la parte demandada no realizó ningún esfuerzo probatorio tendiente a desvirtuar la teoría traída por la parte demandante soportada en un diagnóstico documentado por el centro hospitalario de III nivel, quien al ingreso de la paciente a tal institución el día 13 de marzo de 2012, refirió la sospecha de SAMR, prescribiendo una meningitis nosocomial; se tiene entonces que el establecimiento hospitalario se limitó a hacer alusión a una auditoría realizada por el Subgerente de Servicios de Salud y otros colaboradores, sin allegar el referido documento, de otra parte tampoco trajo al proceso la evidencia del cultivo que debió ser practicado a la paciente y que hubiese sido suficiente para soportar el diagnóstico por este referido, sobre el cual estructuró su defensa. Situación que se**

⁷¹ Fl. 62, Cd. 1

⁷² 1h 30'38" del CD de la audiencia del 2/06/16 (Fl. 157 Cd. 1)

⁷³ 1h 35'47" ibídem

agrava si se tiene en cuenta que al plenario no se allegó transcripción completa de la historia clínica de JENNIFER CAJICA ALVARADO de su primer ingreso del 02 de marzo de 2012 ni del segundo que data del 12 de marzo siguiente lo que sumado a lo que se acaba de exponer, SE CONSTITUYEN EN INDICIOS que permiten dar credibilidad a la tesis del demandante acerca del carácter intra-hospitalario de la infección que culminó con la histerectomía y cistorrafía practicadas a la demandante para controlar la infección en sitio operatorio.”⁷⁴

(El subrayado, negrilla y algunas mayúsculas son MÍOS)

Expuesto lo anterior, podríamos, perfectamente, concluir afirmando que “LOS HECHOS HABLAN POR SÍ SOLOS” o, en latín “Res Ipsa Loquitur”

2.3.3. JURISPRUDENCIA sobre este defecto fáctico:

2.3.3.1. Fallo del CONSEJO DE ESTADO del 19.09.14⁷⁵

Se trae a colación nuevamente en este escrito, el fallo con ponencia de HERNAN ANDRADE RINCON analizado en precedencia en el ordinal 2.1.2.2. pero que se cita aquí en cuanto a la importancia de la PRUEBA INDICIARIA para adoptar una decisión pues el juzgador colegiado en ese proceso tuvo en cuenta que si un paciente entra sano a una institución y está probada esa condición, cuando se le interviene quirúrgicamente, la infección en sitio operatorio es una indicación sólida de que fue contraída en la misma institución hospitalaria. **Como se precisaba en precedencia en el referido ordinal, no había en ese proceso, un resultado de laboratorio que señalare la específica bacteria multirresistente pero sí había, como en el caso presente objeto de esta tutela, muchos INDICIOS probados que, concatenados, dieron la seguridad al Ad Quem de la presencia de un germen intrahospitalario.** Esa tesis defensora de la prueba indiciaria en favor de la parte actora en un caso muy similar al de JENNIFER CAJICÁ, le permitió definir a la Sección Tercera Subsección A del Consejo de Estado, lo siguiente en esa oportunidad:

“Bajo dicha perspectiva, ha de concluir la Sala que la paciente adquirió dicha infección -que conllevó a que se le tuviera que extirpar la matriz-, en las instalaciones de la Clínica Federman de Bogotá D.C., pues no obra prueba alguna que indique que la paciente padecía dicha infección con anterioridad a la atención en ese centro hospitalario; por el contrario, según los medios probatorios se trataba de una gestante en buenas condiciones generales, con un parto normal; ...”

2.3.3.2. Fallo del CONSEJO DE ESTADO de 30 de abril de 2014:

En esta sentencia, con ponencia de DANILO ROJAS BETANCOURTH, se confirmó, con modificaciones en valores de condena, una sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que accedió a las pretensiones de la parte actora que había sufrido una infección nosocomial en un ojo y es muy ilustrativa sobre la importancia de los INDICIOS en casos como el que es objeto de la presente tutela:

39. No sobra advertir que la prueba del daño causado por una IACS corre por cuenta del demandante. Y sin perjuicio de que el caso pueda ser estudiado a la luz de la falla del servicio –por falta de asepsia por ejemplo-, la responsabilidad objetiva en este caso exige demostrar que el causante del daño fue una bacteria multirresistente que se hallaba dentro del hospital, para lo cual vale todo tipo de pruebas idóneas: peritajes, documentos e indicios tales como la demostración de que el daño fue producido por una bacteria típicamente intrahospitalaria –v.g. el estafilococo aureus-, o luego de un determinado plazo de estadía en el hospital.

⁷⁴ Fl. 271 Cd. 1

⁷⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, 10.09.2014, Exp. 27771. C.P. HERNAN ANDRADE RINCON

40. Para tal efecto resulta relevante atender a la prueba indiciaria que permita establecer si el daño es la materialización del riesgo alea en el contexto de la prestación del servicio médico o si lo que se evidencia es una causa externa generadora del daño. **Si la bacteria original tiene la característica de ser multi-resistente, esta circunstancia puede ser considerada como indicio grave de que fue adquirida en el ambiente hospitalario.**⁷⁶

Lo que se pretende con la cita de este extracto jurisprudencial es, entonces, enfatizar en que, interpretando con objetividad la tesis antes transcrita del CONSEJO DE ESTADO, o un dictamen o documentos o indicios son, por sí solas o conjuntamente, pruebas idóneas para demostrar la existencia de un germen multirresistente, en contravía de lo que sostuvo la SUBSECCIÓN “C” DE LA SECCIÓN TERCERA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA en el fallo accionado del 20 de agosto de 2020 en el sentido de determinar como única prueba idónea, el resultado de laboratorio que señalase la bacteria multirresistente presente en el cuerpo del infectado en un hospital.

2.3.3.3. Ponencia del Magistrado MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ presentada en el XLI Congreso Colombiano de Derecho Procesal del 21 al 25 de septiembre de 2020:⁷⁷

En esta importante ponencia, el doctor MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ, actual Consejero de la Sección Tercera del Consejo de Estado, trajo a colación dos fallos en los cuales fue ponente en los que se condena a la respectiva entidad pública demandada sin dictamen pericial, como en el presente caso por parte del A Quo en su fallo del 16.07.18, pero es de mucha trascendencia, para efectos de soporte a la presente tutela, puntualizar que le da a LOS INDICIOS una importancia preponderante en los procesos de responsabilidad médica. Cuando introduce el tema manifiesta que “la carga de la prueba en la responsabilidad médica es un tema que ha dado lugar a profundos debates en la jurisprudencia y la doctrina. Esos debates se generan como consecuencia de considerar que a los pacientes les queda muy difícil probar que el daño fue causado por la negligencia de los médicos; que los médicos son los que elaboran y guardan la historia clínica; ... que los médicos se tapan con la misma cobija, por lo que se niegan a rendir dictámenes y cuando los rinden dan respuestas ambiguas o dubitativas...”. A renglón seguido el magistrado Bermúdez en su ponencia sostiene que no todo lo que se dice al respecto es verdad pero que la ley ha tratado de superar estos escollos, por ejemplo, con la posibilidad de presentar dictámenes que dio el C.G. del P. y con lo dispuesto en el Art. 175 del CPACA sobre la obligación de las entidades de adjuntar copia íntegra de la historia clínica en procesos de responsabilidad médica y que la inobservancia de estos deberes constituyera indicio en contra de la entidad y causal de falta disciplinaria gravísima del funcionario encargado.

Para insistir en la importancia de LOS INDICIOS, se concreta que el primer caso en el que fue ponente el magistrado Bermúdez (Exp. 43803)⁷⁸ fue una demanda de reparación directa en la que la institución accionada no le practicó una intervención quirúrgica a un paciente con cáncer terminal con el argumento de que ese procedimiento no le salvaba la vida, y se condenó, sin dictamen, entre otras consideraciones, porque **“la responsabilidad médica es deducida de la conducta procesal de la entidad demandada”**⁷⁹

En el segundo caso en el que fue ponente (Exp.54886)⁸⁰, el CONSEJO DE ESTADO en su Sección Tercera Subsección B es una demanda de reparación directa en la que los médicos de la entidad demandada no le practicaron una cesárea a una madre con estrechez pélvica y la menor de edad falleció tres meses después y se condenó, sin dictamen, principalmente, porque **“la responsabilidad médica es inferida de indicios y del incumplimiento del deber de la**

⁷⁶ Consejo de Estado, Sentencia Sección 3ª, 30-04-14, Exp (28214), C.P. DANILO ROJAS BETANCOURTH

⁷⁷ XLI Congreso Colombiano de Derecho Procesal celebrado virtualmente entre el 21 y el 25 de septiembre de 2020. Págs. 1151 a 1163 de la MEMORIAS del Congreso.

⁷⁸ Consejo de Estado, Sección tercera, Subsección B, sentencia del 1º de junio de 2020, Exp. 43803, C.P. MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

⁷⁹ Memorias del XLI Congreso Colombiano de Derecho Procesal celebrado virtualmente entre el 21 y el 25 de septiembre de 2020, Pág. 1155, Título del caso

⁸⁰ Consejo de Estado, Sección tercera, Subsección B, sentencia del 3 de abril de 2020, Exp. 54886, C.P. MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

entidad demandada de la historia clínica completa impidiendo de este modo la práctica adecuada del dictamen”⁸¹

EN CONCLUSIÓN, se solicita al juez constitucional EL ACOGIMIENTO DE LOS DEFECTOS FÁCTICOS antes relacionados como causal especial de procedibilidad de la tutela contra la providencia judicial emitida el 20 de agosto de 2020 por la Subsección “C” de la Sección tercera del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA. Debe afirmarse enfáticamente que, si no se hubiera omitido la valoración de unas pruebas que se señalaron con minuciosidad en el análisis precedente y si se hubieran valorado adecuada y razonablemente otras, la decisión del Ad Quem no podría haber sido otra que confirmatoria de la sentencia del Juzgado 33 Administrativo Oral del Circuito de Bogotá del 16.07.18 corregida el 12 de septiembre de 2018 y dentro del expediente va referido. No sobra manifestar, finalmente, que una histerectomía en una mujer como Jennifer Cajicá Alvarado, hija única, a los 20 años después de su primer embarazo, es un daño terrible que la afectó a ella y a su familia cercana y sería justo que hubiera reparación integral de esos perjuicios teniendo en cuenta que el fallo del 16.07.18 emitido por el Juzgado 33 Administrativo Oral del Circuito de Bogotá sí consideró favorablemente todos esos elementos probatorios que condujeron a acceder a las pretensiones de mis representados.

Con base en los hechos narrados y el concepto de las violaciones al derecho constitucional al debido proceso anteriormente expuesto, formulo las siguientes

iii. PRETENSIONES

Que se impetran sin perjuicio del ejercicio de las facultades ultra y extra petita del Juez de Tutela⁸² y de la discrecionalidad que tiene para emitir órdenes diferentes a las solicitadas que consigan más efectivamente la protección del derecho fundamental vulnerado⁸³:

PRINCIPAL: Tutelar el derecho fundamental al debido proceso de los accionantes JENNIFER CAJICA ALVARADO identificada con c.c. # 1.013.626.484 de Bogotá, DAIRO ESTEBAN SASTOQUE BUSTACARA identificado con c.c. # 1.024.512.920 de Bogotá, la menor de edad NICOL SOFIA SASTOQUE CAJICA identificada con NUIP 1.028.800.977, MARIA CRISTINA ALVARADO CHAVES identificada con c.c. # 52.520.134 de Bogotá, MIGUEL ARTURO CAJICA CHAVES identificado con c.c. # 80.422.223 de Bogotá y EVANGELINA CHAVES DE ALVARADO identificada con c.c. # 35.404.505 de Zipaquirá y, como consecuencia de la decisión, DEJAR SIN EFECTOS la sentencia emitida el 20 de agosto de 2020, notificada electrónicamente el 15 de septiembre y ejecutoriada el 18 de septiembre de 2020, por la Subsección “C” de la Sección Tercera del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA dentro del proceso con radicación # 11001-3336-033-2014-00274-01 y, por estar conforme con la Constitución, confirmar la sentencia del Juzgado 33 Administrativo Oral del Circuito del 16.07.18 corregida el 12 de septiembre de 2018 dentro de la radicación # 11001-3336-033-2014-00274-00.

SUBSIDIARIA: En el evento de no acogerse la petición anterior, tutelar el derecho fundamental al debido proceso de los accionantes JENNIFER CAJICA ALVARADO identificada con c.c. # 1.013.626.484 de Bogotá, DAIRO ESTEBAN SASTOQUE BUSTACARA identificado con c.c. # 1.024.512.920 de Bogotá, la menor de edad NICOL SOFIA SASTOQUE CAJICA identificada con NUIP 1.028.800.977, MARIA

⁸¹ Memorias del XLI Congreso Colombiano de Derecho Procesal celebrado virtualmente entre el 21 y el 25 de septiembre de 2020, Pág. 1157, Título del caso

⁸² T-104 /18, Sala 7ª de Revisión de Tutelas, 23.04.2018, M.P. CRISTINA PARDO S.

⁸³ SU332/19, Sala Plena de la Corte Constitucional, 25.07.2019, M.P. GLORIA STELLA ORTIZ D.

CRISTINA ALVARADO CHAVES identificada con c.c. # 52.520.134 de Bogotá, MIGUEL ARTURO CAJICA CHAVES identificado con c.c. # 80.422.223 de Bogotá y EVANGELINA CHAVES DE ALVARADO identificada con c.c. # 35.404.505 de Zipaquirá y, como consecuencia de la decisión, DEJAR SIN EFECTOS la sentencia emitida el 20 de agosto de 2020, notificada electrónicamente el 15 de septiembre y ejecutoriada el 18 de septiembre de 2020, por la Subsección “C” de la Sección tercera del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA dentro del proceso con radicación # 11001-3336-033-2014-00274-01, ordenando que la Subsección “C” de la Sección Tercera del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA dicte un nuevo fallo atendiendo las consideraciones y pautas que adopte la Sala a cargo del Consejo de Estado en la sentencia que conceda la tutela.

iv. MANIFESTACION BAJO LA GRAVEDAD DEL JURAMENTO del Art. 37 del Decreto 2591 de 1991

Me permito MANIFESTAR, BAJO LA GRAVEDAD DEL JURAMENTO, en mi nombre y en el de los accionantes, que no se ha presentado otra acción de tutela por los mismos hechos y derechos contra la Subsección “C” de la Sección tercera del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA con ocasión de la sentencia del 20 de agosto de 2020 notificada electrónicamente el 15 de septiembre de 2020. La anterior manifestación se realiza en cumplimiento de lo exigido por el inciso 2º del Artículo 37 del Decreto 2591 de 1991.

v. JURISDICCION Y COMPETENCIA

Son ustedes competentes para conocer del presente proceso, en virtud de lo dispuesto por el Numeral 5º del Artículo 1º del Decreto 1983 de 2017, teniendo en cuenta que la Sección Tercera de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado es el superior jerárquico de la Subsección C de la Sección Tercera conformada por los magistrados accionados del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA.

vi. TRÁMITE

A la presente acción debe dársele el trámite del Decreto-Ley No. 2591 de 1991 y el Decreto Reglamentario 306 de 1992.

vii. PRUEBAS

1. DOCUMENTALES:

Solicito que sean tenidas como pruebas la totalidad de las contenidas en el expediente con radicación # 11001-3336-033-2014-00274 con todos sus cuadernos de primera y segunda instancia y remito la siguiente DOCUMENTAL en formato PDF:

- El Cuaderno Principal del expediente # 11001-3336-033-2014-00274 en la parte contentiva de las sentencias de primera y segunda instancia.

2. OFICIOS:

Solicito que se pida el expediente completo al Juzgado 33 Administrativo Oral del Circuito de Bogotá correspondiente a la radicación # 11001-3336-033-2014-00274-00 para que sea enviado a la Sección Tercera de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado.

viii. ANEXOS

Además de los documentos mencionados en el acápite de pruebas se anexa:

- PDF de PODER ESPECIAL otorgado en Notaría por los accionantes.

ix. NOTIFICACIÓN DE TERCEROS CON INTERES LEGÍTIMO

Solicito se cite para intervenir en este proceso de tutela a los terceros con interés legítimo que obraron como demandados en el proceso # 11001-3336-033-2014-00274-00 y 01: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. y SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD. En el acápite siguiente se suministran sus correos electrónicos.

x. NOTIFICACIONES

Los accionantes: Recibirán notificaciones en la Diagonal 52 B # 61 D-38 Sur de esta ciudad. Canal digital: correo electrónico dahyro91@hotmail.com

El apoderado de los accionantes: Recibo notificaciones en la Oficina 607 del EDIFICIO FURGOR ubicada en la Carrera 8 # 16-88 de esta ciudad. Canal digital: correo electrónico josegui58@hotmail.com

La accionada Subsección “C” de la Sección Tercera del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA conformada por José Elver Muñoz Barrera, María Cristina Quintero Facundo y Fernando Iregui Camelo, recibe notificaciones en la Avenida Calle 24 No. 53-28 Tel. 4233390 Bogotá D.C. Canal Digital: Correo electrónico rmemorialessec03sctadmcun@cendoj.ramajudicial.gov.co

De SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E., recibe notificaciones en la Carrera 20 No. 47 B-35 Sur (USS Tunal Sede Administrativa) en esta ciudad. Tel. 7300000 Canal digital: Correo electrónico notificacionesjudiciales@subredsur.gov.co

De la SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD, recibe notificaciones en la Carrera 32 No. 12-81 PBX 3649090 de esta ciudad. Canal digital: Correo electrónico notificacionjudicial@saludcapital.gov.co

Atentamente,



JOSE GUILLERMO MEJIA DAVILA
c.c. N° 16.601.420
T.P. 63.735 del C.S de la J.

