



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
JUDICIAL DE TUNJA**

Tunja, veintinueve (29) de junio de dos mil diecisiete (2017)

**DEMANDANTE : MARIA ISABEL HUERTAS FONSECA Y
OTROS**

**DEMANDADO : ESE HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA Y
LLAMADO : COMPAÑÍA DE SEGUROS LA PREVISORA
S.A.**

RADICACIÓN: 15001 33 33 011 2015 00148 - 00

MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

ASUNTO A RESOLVER:

Agotadas las etapas procesales previstas en los artículos 180 y 181, inciso final de la Ley 1437 de 2011, se procede a dictar sentencia de primera instancia en el medio de control de la referencia.

I. ANTECEDENTES:

1.1. La demanda (fl. 2-8 y 204 vto. - 205):

Los ciudadanos María Isabel Huertas Fonseca, Lorenzo Sandoval Ayala y Laura Mariana Sandoval Huertas, esta última quien actúa en representación de su hija menor Laura Gabriela Rincón Sandoval, presentaron demanda de reparación directa, prevista en el artículo 140 de la Ley 1437 de 2011, contra la ESE Hospital San Rafael de Tunja y del llamado en garantía Compañía de Seguros La Previsora S.A.

Solicitan se declare administrativa y extracontractualmente responsable a la ESE Hospital San Rafael de Tunja por los perjuicios materiales, morales y a la salud o vida de relación sufridos con motivo de una inadecuada atención médico quirúrgica practicada a la señora Laura Mariana Sandoval Huertas.

Como consecuencia de la anterior declaración, piden se condene al pago de las siguientes sumas de dinero:

- Por concepto de perjuicios morales la suma de 100 SMLMV, para cada uno de los demandantes.

- Por concepto de daño a la salud o perjuicio a la vida de relación la suma de 400 SMLMV, para la señora Laura Mariana Sandoval Huertas en calidad de víctima directa.
- Por concepto de daño materiales la suma de un millón quinientos mil pesos m/cte. (\$1.500.000), a favor de los demandantes, que corresponden a los *"Gastos en los que la familia de mis poderdantes han invertido en los traslados y compañía durante los días de hospitalización de la afectada directamente."* (fl. 2).

Finalmente, solicitan se ordene la rehabilitación de la demandante, esto es, *"servicio médico de cirugía plástica, psicología y psiquiatría, así mismo, el número de terapias familiares que sean necesarias para superar los perjuicios."* (fl. 3), y se indexen las sumas a reconocer en los términos del artículo 187 del CPACA.

Alegan que la entidad demandada es responsable con ocasión de la falla en la prestación del servicio médico quirúrgico en el que se vio afectada la señora LAURA MARIANA SANDOVAL HUERTAS, cuando sufrió una quemadura en el abdomen que tuvo ocurrencia el 11 de mayo del 2014 en las instalaciones de la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, mientras le realizaban el procedimiento de COLECISTECTOMIA.

Traen a colación jurisprudencia del Consejo de Estado para referir que la situación de la víctima se enmarca entre los casos de oblitio quirúrgico, *"los cuales han sido considerados (...) como una mala ejecución de los cuidados médicos o quirúrgicos que constituyen una culpa o falla probada, toda vez que los hechos hablan por sí solos."*¹ (fl. 6).

1.2. Contestación de la demanda:

1.2.1. La ESE Hospital San Rafael de Tunja (fl. 51-59 y 205):
Compareció para oponerse a las pretensiones de la demanda bajo los siguientes argumentos:

Señala que no existe conducta alguna constitutiva de falla del servicio, como quiera que se le garantizó a la demandante atención por urgencias, interconsulta, el acceso a los servicios médicos y procedimientos quirúrgicos que requería; además, explica que previo a la realización de la cirugía por colecistectomía se le dio a conocer los riesgos de la intervención a través del documento denominado consentimiento informado, se siguió la guía práctica clínica CG-G-04 para el manejo de coledocistitis y se hizo uso del equipo de electro bisturí

¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010. Radicación número: 52001-23-31-000-1995-07008-01(18348). C.P (E): Gladys Agudelo Ordoñez.

301

que según pruebas prácticas sobre su funcionamiento y con posterioridad a la cirugía, arrojaron que estaba en óptimas condiciones.

Refiere que no existe nexo de causalidad con respecto al daño alegado, ya que la actuación desplegada por los galenos y demás personal que intervino en la atención de la demandante fue oportuno y correspondió a las guías y protocolos médicos dispuestos para ese tipo de patologías y procedimientos quirúrgicos, y con el fin de salvaguardar su vida, sin que pueda endilgársele daño alguno.

Propone las excepciones que denominó: **i)** Inexistencia de la falla en el servicio, **ii)** Inexistencia del nexo de causalidad y **iii)** inexistencia de causa legal.

1.2.2. El llamado en garantía Compañía de Seguros La Previsora S.A. (fl. 77-80 c. llam.): Indica que se opone a las pretensiones de la demanda al considerar que la prestación del servicio médico se ajustó al cumplimiento de protocolos; no obstante, por razones de caso fortuito el láser al momento de la intervención quirúrgica funcionó erradamente ocasionando una quemadura superficial, de la cual no se advierte la existencia de secuela alguna que haya afectado la integridad física de la demandante y por ende que haya que repararse a título de falla del servicio médico.

Alega como excepciones las siguientes: **i)** Inexistencia de falla del servicio por parte del Hospital San Rafael de Tunja, **ii)** inexistencia de la obligación por parte de la Previsora S.A. por la póliza 1004100 seguro de responsabilidad civil, de vigencia 26/12/2014 al 15/02/2015, **iii)** sujeción a las condiciones contractuales vigentes al momento de los hechos, contenidas en las pólizas señaladas en el escrito de llamamiento y **iv)** deducible y sublímite pactados 1004100 seguro de responsabilidad civil, de vigencia 26/12/2014 al 15/02/2015.

1.3. Alegatos de conclusión:

Corrido el traslado para alegar (fl. 280), el Ministerio Público guardó silencio y las partes presentaron alegatos en los siguientes términos:

1.3.1. La parte actora (fl. 285-290): Al presentar sus alegaciones finales indica que con el material recaudado se pudo establecer que la demandante con la cirugía de colecistectomía que le fue practicada sufrió una quemadura inexplicable por indebida manipulación de los elementos quirúrgicos, lo que le causó un perjuicio en su integridad corporal y por tanto, debe ser reparada por la entidad demandada, por lo que solicita se acceda a las pretensiones de la demanda.

1.3.2. La entidad demandada (fl. 294-298): Señala que no se le puede atribuir falla del servicio, como quiera que el personal médico del Hospital cumplió con los protocolos médicos dispuestos para atender la sintomatología que padecía la demandante, pues se dio manejo oportuno a la patología que presentaba, se realizaron los paraclínicos y valoraciones pertinentes, según se prueba con la historia clínica y con el informe de auditoría del procedimiento, documentales obrantes en el expediente.

Añade que de las pruebas recaudadas se encuentra claro que no hubo daño antijurídico que le sea imputable, ya que según lo advertido por el perito la cicatriz que le quedó a la demandante no es relevante desde el punto de vista estético, médico o funcional; no obstante, señala que en caso de que se considere la existencia del daño alegado debe tenerse en cuenta que el mismo fue producto de un caso fortuito propio de los riesgos que se corren en ese tipo de procedimientos, tal como lo adujo el Dr. Tamara en su declaración, por tanto estima que dicha situación no puede tenerse como una negligencia o impericia médica en su contra, por lo que solicita se denieguen las pretensiones de la demanda.

1.3.3. El llamado en garantía (fl. 291-293): Indica que de acuerdo con el dictamen pericial practicado se configura inexistencia del daño alegado en la medida en que la cicatriz fue caracterizada como normal y no grave, ya que no afecta la movilidad ni la estética y en esa medida no puede tenerse como algo anormal del procedimiento quirúrgico sino como propia de ese tipo de cirugías, de modo que no se está ante un daño antijurídico sino ante un daño que debe soportar toda persona que es intervenida quirúrgicamente, como lo es soportar las marcas que deja cualquier cirugía, por lo que solicita se nieguen las pretensiones.

De otra parte, señala que en caso de que se acceda a las pretensiones en contra del Hospital, no puede predicarse responsabilidad por riesgo asegurado de la póliza No. 1004100 seguro de responsabilidad civil, habida cuenta que los hechos que suscitan la demanda son del mes de mayo de 2014, esto es, anteriores a la vigencia de la póliza que es del 26 de diciembre de 2014 al 15 de febrero de 2015, por lo que pide se declaren no prosperas las pretensiones expuestas en el escrito de llamamiento en garantía.

II. CONSIDERACIONES:

1.- Problema jurídico:

De conformidad con la fijación del litigio efectuada en audiencia inicial celebrada el 11 de noviembre de 2016 (fl. 203-208), corresponde al

Despacho determinar si la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA es administrativa y extracontractualmente responsable de los daños y perjuicios causados a los demandantes, como consecuencia de una presunta falla en la prestación del servicio médico, ocurrida el 11 de mayo de 2014, en las instalaciones de dicho centro asistencial. Consecuentemente, y en el evento de determinarse la responsabilidad de la ESE HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, el Despacho procederá a establecer si la Aseguradora La Previsora S.A. en calidad de llamada en garantía vinculada al trámite de la presente acción (fl. 70-71), se encuentra llamada a responder por una eventual condena, en atención a los amparos contenidos en las pólizas No. 1004101 y 1004102 suscritas entre la Aseguradora y la E.S.E. demandada.

Para resolver el problema jurídico planteado, el Despacho abordará, en su orden, los siguientes aspectos: **i)** Regímenes de Responsabilidad Patrimonial del Estado – Títulos de Imputación, **ii)** Responsabilidad del Estado por falla médica, **iii)** eximente de responsabilidad: fuerza mayor o caso fortuito y **iv)** Caso concreto.

2.- Marco Jurídico:

Inicialmente, habrá que recordarse que en tratándose del régimen de responsabilidad aplicable al caso concreto, ha de tenerse en cuenta que en virtud del principio *iura novit curia*, corresponde al fallador determinar el régimen al cual se adecúan los hechos que han sido traídos por las partes al debate judicial. Al respecto se ha manifestado el Consejo de Estado de la siguiente manera:

*"...En efecto, es posible analizar la responsabilidad patrimonial del Estado bajo un título de imputación diferente a aquel invocado en la demanda, en aplicación al principio *iura novit curia*, que implica que frente a los hechos alegados y probados por la parte demandante, **corresponde al juez definir la norma o el régimen aplicable al caso**, potestad del juez que no debe confundirse con la modificación de la causa petendi, esto es, de los hechos que se enuncian en la demanda como fundamento de la pretensión..."² (Negrilla fuera de texto).*

En ese mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Administrativo de Boyacá al señalar:

² Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 26 de marzo de 2008. Rad.: 76001-23-31-000-1995-01435-01(16734). C.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Ver también Sentencia de la misma sección de fecha 31 de mayo de 2016. Radicación número: 68001-23-31-000-2005-00679-01(40648). C.P.: Danilo Rojas Betancourth, en la que se reiteró que: "... en materia de responsabilidad patrimonial del Estado, por ser una institución donde rige el principio *iura novit curia*, es posible que el juez adopte o acoja supuestos de responsabilidad objetiva o subjetiva, lo cual dependerá del fundamento en que se soporte la misma."

"(...) Sea lo primero advertir que en sentencia de 19 de abril 2012³, la Sala que integra la Sección Tercera del Consejo de Estado unificó su posición en el sentido de indicar que, en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del Juez definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones, tanto fácticas como jurídicas, que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos títulos de imputación, para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al Juez de utilizar, frente a determinadas situaciones fácticas, un específico título de imputación." ⁴

2.1.- Fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado

El artículo 90 de la Constitución Política de Colombia prevé el principio general de responsabilidad del Estado, al establecer:

"Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste."

De la referida norma, también se desprende que para que sea procedente la declaratoria de responsabilidad, se requiere la concurrencia de dos elementos fundamentales, a saber: **i)** un daño antijurídico y **iii)** una imputación jurídica, es decir, que el resultado (el daño) le sea atribuible al Estado, como consecuencia directa de la acción u omisión del servidor público.

Al respecto la jurisprudencia del Consejo de Estado⁵ ha hecho hincapié en que para abordar el estudio de la responsabilidad del Estado es necesario primero determinar la **existencia del daño y que el mismo sea antijurídico**, así lo reiteró:

³ Consejo de Estado. Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de 19 de abril de 2012. Exp. 21.515.

⁴ Tribunal Administrativo de Boyacá. Sentencia del 13 de junio de 2017. Radicación No. 15693333300720080011701. M.P. José Ascensión Fernández Osorio.

⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 26 de septiembre de 2016. Radicación número: 05001-23-31-000-2001-00169-01(44943). C.P.: Guillermo Sánchez Luque.

"En los procesos de responsabilidad extracontractual del Estado, el primer elemento que debe quedar demostrado es el daño, el cual debe tener la connotación de antijurídico. La noción de antijuridicidad del daño, que no se encuentra en la Constitución ni en la ley, se predica según la jurisprudencia cuando aquel es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportar. (...)"

Precisado lo anterior, es necesario ahora definir cada uno de **los elementos de la responsabilidad** a la luz de jurisprudencia, así:

2.1.1. El daño antijurídico:

Sobre el particular, el Consejo de Estado ha sostenido que "(...) se refiere a *"la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extra patrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho"*, de ahí que para que proceda declarar la responsabilidad del Estado con base en un título jurídico subjetivo u objetivo de imputación, se ha de probar la existencia del **daño, el cual debe ser cierto y determinado o determinable...**"⁶ (Negrilla fuera del texto).

2.1.2. La imputación jurídica del daño:

Al respecto por vía jurisprudencial se ha insistido que: *"no es otra cosa que la atribución fáctica y jurídica que del daño antijurídico se hace al Estado, de acuerdo con los criterios que se elaboren para ello."*⁷ Y que *"exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica"*⁸, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: **falla o falta en la prestación del servicio** -simple, presunta y probada-; **daño especial** -desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; **riesgo excepcional**). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado."⁹

En efecto, la norma constitucional establece la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado -en materia contractual y extracontractual-, la cual se funda en dos elementos estructurantes, a saber: **i)** el daño antijurídico y, **ii)** la imputación del daño al Estado.

⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 24 de octubre de 2016. Radicación número: 25000-23-26-000-2002-10128-01(34357). C.P.: Hernán Andrade Rincón.

⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 8 de junio de 2016. Radicación número: 47001-23-31-000-2009-00164-01(39583). C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa (E)

⁸ "La imputación depende, pues, tanto de elementos subjetivos como objetivos". SANCHEZ MORON, Miguel. Derecho administrativo. Parte general., ob., cit., p.927.

⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 16 de mayo de 2016. Radicación número: 23001-23-31-000-2003-00269-01(35797). C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa (E)

2.2.- Responsabilidad del Estado por falla médica.

Ha sido desarrollada por el Consejo de Estado bajo diferentes títulos de imputación, a saber:

"La jurisprudencia del Consejo de Estado en lo referente al título de imputación aplicable en los casos de responsabilidad por falla médica ha tenido tres etapas.

*En **primer lugar, se determinó que procedía el régimen subjetivo de la falla probada del servicio**, el cual se exigía a la parte demandante la aportación de las pruebas para acreditar el daño, el incumplimiento del deber obligacional y el nexo causal entre uno y otro¹⁰ en tanto al comportar la actividad médica una obligación de medio, de la sola existencia del daño no había lugar a presumir la falla del servicio.*

***Posteriormente, se acogió el título de imputación de falla presunta del servicio** que fijó en cabeza del cuerpo médico la obligación de probar que su actuar se hizo de forma diligente y conforme a los postulados de la «lex artis». La posición se sustentó en que el conocimiento de los galenos les permitía explicar y demostrar mucho mejor que su actuación había seguido dichos parámetros¹¹.*

*Con el desarrollo jurisprudencial se cuestionó la presunción de la falla del servicio y **se llegó a una tercera posición denominada «de las cargas probatorias»** la cual ordenaba que en cada caso el juez debía establecer cuál de las partes estaba en mejores condiciones de probar la falla o su ausencia¹².*

*La posición jurisprudencial cambió de nuevo y abandonó la teoría de las cargas probatorias para acoger la postura del **título de imputación subjetivo de la falla probada del servicio, el cual es el que aplica actualmente**. Sobre el particular señaló:*

*« [...] Por eso, de manera reciente la Sala ha recogido las reglas jurisprudenciales anteriores, es decir, las de presunción de falla médica, o de la distribución de las cargas probatorias de acuerdo con el juicio sobre la mejor posibilidad de su aporte, **para acoger la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, para lo cual se puede echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la***

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de septiembre de 1991. Radicado: 6253. Magistrado ponente Carlos Betancur Jaramillo; sentencia de 14 de febrero de 1992, radicado: 6477. Magistrado ponente Carlos Betancur Jaramillo entre otras.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de agosto de 1992, radicado: 6754, Magistrado ponente Carlos Betancur Jaramillo y sentencia del 30 de julio de 1992, radicado: 6897, Magistrado ponente Daniel Suárez Hernández.

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 10 de febrero del 2000, radicado: 11878. Magistrado ponente Alíer Hernández Enríquez. Esta línea se reiteró, entre otras, en sentencia de 7 de diciembre de 2004, radicado: 14421, Magistrado ponente Alíer Hernández Enríquez y sentencia del 11 de mayo del 2006, radicado: 14400, Magistrado ponente Ramiro Saavedra Becerra.

prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño¹³ [...]»

De esta manera, el título de imputación que se aplica en la actualidad para dirimir los conflictos en materia de responsabilidad del Estado por la prestación del servicio médico es el subjetivo de la falla probada del servicio, el cual exige la demostración de todos los elementos que la configura, esto es, el daño, la actividad médica y el nexo causal entre esta y aquel.

Ahora, es claro que para comprobar la concurrencia de estos es posible acudir a cualquier medio probatorio legalmente aceptado entre los que se encuentra la prueba indiciaria.¹⁴¹⁵ (Negrilla fuera del texto)

De igual forma, el Consejo de Estado¹⁶ ha reiterado que **"la responsabilidad del Estado por cuenta de daños derivados de intervenciones médicas se compromete bajo el régimen de la falla probada del servicio"**¹⁷, con las consecuencias probatorias que, tal y como se ha reiterado¹⁸, le son propias. Así, en el estado actual de la jurisprudencia sobre la materia, quien alegue que existió un defecto en la prestación del servicio médico asistencial, debe demostrar tal falla, así como también el daño y los elementos que permitan concluir que este último es atribuible a aquélla y no a eventos extraños¹⁹. (Negrilla fuera del texto).

Además ha insistido en que **"las obligaciones que se desprenden del acto médico propiamente dicho"**²⁰ son de medio y no de resultado", por lo que **"en los casos en que se discute la responsabilidad de la administración por daños derivados del diagnóstico y tratamiento de las enfermedades, incluidas las intervenciones quirúrgicas, la parte actora tiene la carga de demostrar la falla del servicio atribuible a la entidad"**²¹.

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Subsección C. C.P.: Olga Melida Valle De La Hoz. Bogotá, D.C. 20 de octubre de 2014. Radicación: 25000-23-26-000-2001-01792-01(30166). Actor: Ana Graciela Hernández Mora y otros. Demandado: Caja Nacional de Previsión Social E.P.S.

¹⁴ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de tutela del 9 de febrero de 2017. Radicación número: 11001-03-15-000-2016-00638-01(AC). C.P.: William Hernández Gómez.

¹⁵ Ver también Sentencia del 30 de junio de 2015. Radicación número: 05001-23-31-000-2003-04003-01(35977). C.P.: Ramiro De Jesús Pazos Guerrero.

¹⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 30 de marzo de 2017. Radicación número: 66001-23-31-000-2002-00576-01(37125). C.P.: Danilo Rojas Betancourth.

¹⁷ Sección Tercera, sentencias de 31 de agosto de 2006, ibidem y de 3 de octubre de 2007, exp. 16402, de 28 de enero de 2009, exp. 16700 y de 9 de junio de 2010, exp. 18.683, C. P. Mauricio Fajardo Gómez. Con ponencia de quien proyecta este fallo ver sentencia de 29 de octubre de 2012, exp. 25331.

¹⁸ Ver, entre otras: Sección Tercera, sentencia de 23 de abril de 2008, exp. 17750, C.P. Mauricio Fajardo Gómez y de la Subsección "B", sentencia de 4 de junio de 2012, exp. 22411, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

¹⁹ Sección Tercera, sentencia de 11 de mayo de 2006, exp. 14400, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

²⁰ Se entiende por acto médico propiamente dicho el que involucra "la intervención del profesional médico en sus distintos momentos y comprende particularmente el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades, incluidas las intervenciones quirúrgicas". Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 27 de abril de 2011, exp. 20.502, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

²¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 3 de mayo de 2013. Radicación número: 25000-23-26-000-2001-00572-01(26352). C.P.: Danilo Rojas Betancourth.

Respecto de las intervenciones quirúrgicas ha precisado que estas "por su propia índole, **provocan daños o afectaciones a la salud que si no se reputan antijurídicos es precisamente porque (i) son necesarios para la evitación de un mal mayor y (ii) son conocidos y aceptados por el paciente.** Sin embargo, el incumplimiento de estos requisitos hace que lo que en principio es jurídico se torne antijurídico y, por ende, no tenga que ser soportado por el paciente. En este sentido, hay que considerar que el hecho de que la operación sea innecesaria o se torne necesaria por causa imputable al prestador del servicio de salud, muta la naturaleza jurídica del acto quirúrgico."²² (Negrilla fuera del texto).

Y sobre la naturaleza de los **daños propios de la intervención quirúrgica**, la Alta Corporación ha señalado que "por regla general, ésta supone la causación de una herida o cicatriz de carácter permanente, al lado de complicaciones temporales (ej. dolores, mareos, sangrado, etc), las cuales no pierden su entidad de daño por el solo hecho de su temporalidad y, por lo tanto, son tan indemnizables como el daño de carácter permanente."²³

No obstante, el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha considerado que en el marco de las actividades médico-hospitalarias "... **existen situaciones que pueden regirse por el esquema de la responsabilidad objetiva, dada la peligrosidad que revisten ciertos procedimientos médico quirúrgicos**"²⁴ (Negrilla fuera del texto), en los siguientes términos:

"... debe precisar que si bien es cierto la actividad médica hospitalaria -como resulta natural- implica riesgos inherentes a su ejercicio (vgr. intervenciones quirúrgicas o exámenes clínicos, etc.), los cuales dependen en gran medida de la complejidad de la afectación de la salud del paciente, también es cierto que para evaluar la responsabilidad de los profesionales de la salud, la jurisprudencia de esta Sección del Consejo de Estado ha precisado que su análisis debe realizarse a partir de la verificación, en cada caso concreto, del cumplimiento de los reglamentos y protocolos a los que se encuentre sometido cada procedimiento.

No obstante, esta Corporación también ha considerado²⁵ **-a modo de excepción- que dentro del ejercicio de la actividad médica existen varios escenarios en los cuales**

²² Consejo de Estado. Sección Tercera. Sala Plena. Sentencia del 28 de agosto de 2014. Radicación número: 23001-23-31-000-2001-00278-01(28804). C.P.: Stella Conto Diaz Del Castillo.

²³ *Ibidem*.

²⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 25 de enero de 2017. Radicación número: 25000-23-26-000-2003-02133-01(36816) A. C.P.: Hernán Andrade Rincón.

²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia proferida el 27 de junio de 2012, Exp. 21.661 M.P. Mauricio Fajardo Gómez. En similar sentido consultar también: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 24 de marzo de 2011, Exp. 20.836, C.P. Enrique Gil Botero.

Bot

resulta posible predicar la existencia de un régimen objetivo de responsabilidad. Así, en relación con algunos eventos susceptibles de ser estudiados bajo el régimen objetivo de responsabilidad, se ha precisado que éstos pueden ser:

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

ii) Cuando un medicamento, tratamiento o procedimiento que implique o conlleve un progreso en la ciencia y, por lo tanto, se considere novedoso, se desconozcan las consecuencias o secuelas del mismo a largo plazo;

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

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

v) Cuando el daño sea producto de una infección nosocomial o intrahospitalaria.

Los eventos antes señalados se rigen por un régimen de responsabilidad objetivo²⁶ ya que poco interesa determinar si el comportamiento de la entidad fue diligente o cuidadoso, por cuanto es el riesgo asociado con el ejercicio de dichas actividades lo que produce en el plano fáctico o causal el daño antijurídico por el que se demanda²⁷..."

Así las cosas, se encuentra claro que por regla general el régimen aplicable a la responsabilidad médica es la falla probada del servicio, según la cual la parte interesada debe acreditar el daño, la actividad médica y el nexo causal entre esta y aquel, para lo cual podrá hacer uso de los medios probatorios legalmente aceptados, incluida la prueba

²⁶ A modo de ejemplo, en la sentencia de 19 de agosto de 2009, Exp. 17.733, M.P. Enrique Gil Botero, la Sección Tercera de esta Corporación disertó de la siguiente forma: "Así mismo, se hace claridad en que los daños derivados de: infecciones intrahospitalarias o nosocomiales, la aplicación de vacunas, el suministro de medicamentos, o el empleo de métodos terapéuticos nuevos y de consecuencias poco conocidas todavía, constituyen lesiones antijurídicas que se analizan dentro de los actos médicos y/o paramédicos, y que, por consiguiente, se rigen por protocolos científicos y por la *lex artis*; en consecuencia, si bien gravitan de manera cercana a la obligación de seguridad hospitalaria, no pueden vincularse con la misma, motivo por el que en su producción no resulta apropiado hacer referencia técnicamente a la generación de un evento adverso. Por el contrario, aquéllos constituyen daños antijurídicos que tienden a ser imputados o endilgados –y así ha sido aceptado por la mayoría de la doctrina y jurisprudencia extranjeras– desde una perspectiva objetiva de responsabilidad, razón por la que no tendrá relevancia jurídica la acreditación de que la entidad hospitalaria actuó de manera diligente o cuidadosa, sino que lo determinante es la atribución fáctica o material del daño en cabeza del servicio médico y sanitario brindado, asociado con el factor de riesgo que conllevan las mencionadas circunstancias".

²⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de agosto de 2009, Exp. 17.333, M.P. Enrique Gil Botero.

indiciaria; no obstante, cuando dicha actividad medica implica riesgos inherentes a su ejercicio el régimen pasa de ser subjetivo a objetivo, como quiera que ya no interesa si la actuación desplegada por la entidad fue diligente, en razón a que el riesgo asociado a la actividad médica es el que genera el daño antijurídico que se reclama.

Así entonces, para mayor ilustración se hace necesario definir dichos títulos de imputación, así:

I). De la falla del servicio:

En torno al punto del régimen de responsabilidad de la falla en el servicio, el Consejo de Estado ha señalado:

*"(...) la falla del servicio surge a partir de la comprobación de que el daño se hubiere producido como consecuencia de una violación –conducta activa u omisiva– del contenido obligacional, determinado en la Constitución Política y en la ley, a cargo del Estado, lo cual constituye una labor de diagnóstico por parte del juez, de las falencias en las cuales incurrió la Administración y que implica un consecuente juicio de reproche. Por su parte, la entidad pública demandada podrá excluir su responsabilidad si prueba que su actuación no constituyó una vulneración a ese contenido obligacional que le era exigible, es decir que acató los deberes a los cuales se encontraba obligada –positivos o negativos– o si demuestra que medió una causa extraña: fuerza mayor, hecho exclusivo y determinante de la víctima o, hecho también exclusivo y determinante de un tercero."*²⁸.

Con fundamento en lo anterior, se puede afirmar que existe falla en el servicio cuando se demuestre que la entidad pública infringió por acción u omisión un deber a su cargo, y para el caso de la responsabilidad médica del Estado se ha reiterado que **"la actividad médica capaz de comprometer la responsabilidad de la administración no es solamente aquella que se desarrolla contrariando los postulados de la *lex artis* o, dicho de otro modo, que es consecuencia del funcionamiento anormal, negligente o descuidado del servicio médico, pues también la actividad que se despliega en condiciones normales o adecuadas puede dar lugar a que ello ocurra"**²⁹. (Negrilla fuera del texto)

²⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 26 de noviembre de 2014. Radicación número: 19001-23-31-000-2000-03226-01(26855). C.P.: Hernán Andrade Rincón.

²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 29 de agosto de 2013, exp. 30283, C.P. Danilo Rojas Betancourth. En esta oportunidad, la Subsección señaló que "la ausencia demostrada de una falla del servicio atribuible a la entidad no conduce necesariamente a afirmar la ausencia de responsabilidad, pues pueden existir otras razones tanto jurídicas como fácticas, distintas al incumplimiento o inobservancia de un deber de conducta exigible al ISS en materia de atención y prevención de enfermedades infecciosas, que pueden servir como fundamento del deber de reparar". Un criterio similar se utilizó en la sentencia de 28 de septiembre de 2012, exp. 22424, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo, en estos términos: "la menor (...) estando en satisfactorio estado de salud, tan pronto como le fue aplicado el plan de inmunización, previsto en las políticas de salud públicas, para la atención infantil falleció y aunque las pruebas técnico científicas y testimoniales no permiten relacionar la muerte de la pequeña de ocho meses con la aplicación de la vacuna, se conoce que el componente "pertusis" de la DPT (difteria, tos ferina y tétanos), en un porcentaje bajo, pero cierto, implica riesgo para quien lo reciba".

No obstante, cuando el daño no es producto de una falla del servicio sino por el riesgo asociado a dicha actividad médica, el Consejo de Estado ha indicado que el caso deber analizarse bajo el régimen objetivo de responsabilidad.

II). Del riesgo excepcional.

Al respecto de este régimen, el Consejo de Estado ha señalado que el daño antijurídico puede predicarse, *"de un riesgo excepcional que desborda aquel al cual normalmente estarían sometidos, y que puede tener origen en el riesgo de la actividad o en el riesgo de la cosa"*³⁰. Por lo que **"la peligrosidad que revisten ciertos procedimientos médico quirúrgicos"**³¹ debe analizarse bajo el título de imputación del riesgo excepcional.

3.- CASO CONCRETO:

Atendiendo entonces al régimen jurídico aplicable al sub júdice, y a partir de los fundamentos normativos y jurisprudenciales decantados en precedencia, procederá el Despacho a establecer la existencia del daño antijurídico invocado por los demandantes, para luego y en caso afirmativo, definir si tal daño resulta imputable a la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y sí la Previsora S.A. en calidad de llamada en garantía se encuentra llamada a responder por una eventual condena en atención a los amparos contenidos en las pólizas No. 1004101 y 1004102 suscritas por la Aseguradora y la E.S.E. demandada; así mismo, se pronunciará el Despacho respecto de la causal exonerativa de responsabilidad de caso fortuito.

3.1.- Del Daño:

Según lo indicado en el escrito de la demanda, el daño cuya indemnización se invoca corresponde a la quemadura que sufrió la señora Laura Mariana Sandoval Huertas en el abdomen, mientras le realizaban el procedimiento de COLECISTECTOMIA, el cual tuvo ocurrencia el 11 de mayo del 2014, en las instalaciones de la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y que le dejó como secuela *"...Cicatriz planas, con discreta hipertrofia en un área de: 10x15cm, dos lineales de 4cm y 2cm ubicadas en el flanco derecho, la cual es visible pero no ostensible."* (fl. 271).

³⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 10 de agosto de 2016. Radicación número: 52001-23-31-000-2005-00863-01(37109). C.P.: MARTA NUBIA VELASQUEZ RICO

³¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 25 de enero de 2017. Radicación número: 25000-23-26-000-2003-02133-01(36816) A. C.P.: Hernán Andrade Rincón.

Al respecto, encuentra el Despacho que la señora Laura Mariana Sandoval Huertas, en la cirugía de colecistectomía abierta practicada el 11 de mayo de 2014, en las instalaciones de la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja, sufrió una "quemadura en el borde inferior de la herida quirúrgica subcostal derecha secundaria al aumento de calor por radiación de electrocauterio", según se desprende de la Historia Clínica (fl. 114-116, 118-123, 133 vto. y 162 -165).

Al respecto de dicha situación, el cirujano general Dr. José Antonio Tamara López encargado, para el momento de los hechos, de la cirugía de colecistectomía abierta que le fue practicada a la señora Sandoval Huertas, señaló al momento de dar respuesta a la queja presentada por la demandante, que ésta había sufrido una probable quemadura de primer grado a nivel del sitio de la herida quirúrgica (fl. 16), y en su declaración rendida ante este Despacho confirmó que ésta había resultado quemada con el electrocauterio en la herida quirúrgica, así:

*"...dentro de la historia clínica de la paciente en mención, recuerdo que la paciente fue llevada a cirugía, y se le hizo una intervención quirúrgica que se llama colecistectomía abierta, se le hace una incisión subcostal derecha y ya en la terminación de la cirugía **presentó una flama el equipo de electrocauterio la cual le produjo a la paciente una inflamación aguda a nivel de la herida quirúrgica de más o menos 3cm**, se le dio aviso inmediatamente a la jefe de salas de cirugía, la cual tomó en cuenta el número de registro del equipo, posteriormente a la paciente se le hizo la curación, se le pidió inmediatamente una interconsulta a cirugía plástica, para que se hiciera cargo de la probable quemadura que había sufrido la paciente, **efectivamente la paciente presentó con el electrocauterio una quemadura por radiación de grado 1 o sea mínima de más o menos 3cm**, se le colocó el tratamiento debido que era en ese momento una tintura para las quemaduras, antibiótico y medicamentos para el dolor. La paciente de su colecistectomía evolucionó satisfactoriamente dándosele de alta no recuerdo si al segundo o tercer día y solicitándole que viniera a control posterior para continuar el seguimiento lo cual la paciente no realizó.³²*

*... La quemadura de la señora fue una **quemadura por radiación grado 1 quemadura térmica** se llama, de más o menos 3cm si no recuerdo."³³ (Negrilla fuera del texto).*

Como consecuencia de tal lesión, Medicina Legal dictaminó en un primer reconocimiento -28/05/2014-: "**Abdomen: área de quemadura severa con piel rojiza con apariencia de piel de naranja en área de 14x7cm y adyacente a esta se observa cicatriz lineal, oblicua**

³² Min (00:10:45 a 00:12:37)

³³ Min (00:16:00 a 00:16:08)

de 4cm en proceso de reparación ubicadas en el flanco e hipocondrio derecho." Y en un segundo y último reconocimiento - 02/02/2017- decretado por el Despacho y a solicitud de la parte demandada (fl. 207) informó: "...**Abdomen: Cicatriz planas, con discreta hipertrofia en un área de: 10x15cm, dos lineales de 4cm y 2cm ubicadas en el flanco derecho, la cual es visible pero no ostensible** (es decir no afecta de manera importante la estética corporal en reposo y/o movimiento)... **Mecanismo traumático de lesión: Térmico.** Incapacidad médico legal definitiva de quince (15) días. Sin secuelas medico legales al momento del examen." (fl. 271). (Negrilla fuera del texto).

En la audiencia de contradicción del dictamen celebrada el 28 de marzo de los corrientes (fl. 278 y s), el perito designado explicó el experticio, así: "... **en cuanto a la descripción de las lesiones a nivel del abdomen encontramos una cicatriz plana con discreta hipertrofia, es decir, que tiene un poquito de levantamiento más de la capa superficial de la piel, y cuando nosotros aclaramos que las lesiones son visibles pero no ostensibles, quiere decir que esa lesión es vista por un observador no entrenado a una distancia muy corta, y ostensible es aquella que es vista por una persona común y corriente a una distancia mucho más cercana,** que vamos en teoría que es lo siguiente si yo me veo todos los días al espejo y tengo la cicatriz aquí todos los días la voy a encontrar, pero si viene una persona que esta externa al proceso que no conoce nada y la ubicamos frente a él y le decimos usted que le ve a esta persona ahí y si dice que no observa nada esa cicatriz pasa de ser ostensible a ser visible, por eso hacemos la aclaración entre paréntesis de que se trata la cicatriz, se le dan unos 15 días de incapacidad que son los 15 días que se trabajan dentro de las tablas guías de medicina legal para este tipo de lesiones, de acuerdo al relato de la paciente y el primer reconocimiento se le establece que es un elemento térmico hay que hacer una pequeña aclaración, en el primer dictamen se le sugirió a la autoridad y a la paciente se les explicó que se trabajara un evento que nosotros denominamos fallas en la atención del servicio médicos..."³⁴ (Negrilla fuera del texto).

Así las cosas, se encuentra acreditada la existencia y producción del daño, que consistió en una quemadura térmica en la herida quirúrgica, que se produjo con la utilización del electrocauterio en la cirugía de colecistectomía abierta que fue practicada el 11 de mayo de 2014, en las instalaciones de la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja, y que generó como secuela una cicatriz plana, con discreta hipertrofia.

³⁴ (Min 00:12:22 a 00:14:13)

3.2. De la imputación jurídica del daño.

Ahora, establecido lo anterior, el Despacho procederá a realizar el análisis de la imputación con el fin de determinar si en el caso concreto dicho daño le puede ser atribuido a la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA y, consecuentemente, si la Previsora S.A. en calidad de llamada en garantía se encuentra llamada a responder por una eventual condena en atención a los amparos contenidos en las pólizas Nos. 1004101 y 1004102 suscritas por la Aseguradora y la E.S.E. demandada.

3.2.1.- De la actividad médica desplegada en relación con la intervención quirúrgica practicada a la demandante:

De conformidad con la historia clínica se pudo establecer que, el **10 de mayo de 2014**, la señora Laura Mariana Sandoval Huertas, ingresó por urgencias a la ESE Hospital San Rafael de Tunja a las 01:27 am, con cuadro clínico de dos días de evolución consistente en "*dolor abdominal en hipocondría derecha tipo punzada*", con diagnóstico de ingreso de colecistitis aguda "*hidrocolecisto*" (fl. 101, 104, 157 vto.-158 y 177).

Dicha patología fue confirmada con el resultado obtenido del examen de ecografía de hígado y vías biliares que le fue practicado a la paciente y que demostró presencia de cálculo, arrojando la siguiente información: "*Vesícula Biliar Aumentada de volumen, con cálculo en su interior que mide 10 mm de diámetro, móvil. Se aprecian membranas de mucosa desprendida, flotantes en la luz vesicular...*" (fl. 132 y 184 vto.)

Es por ello, que ese mismo día fue remitida a valoración con cirugía general y a las 6:15 le fue dictaminado "*paciente con DX clínico, paraclínico y ecográfico de colelitiasis y colecistitis aguda se comenta a la paciente y al padre riesgos, beneficios y posibles complicaciones con y sin cirugía*", y se ordenó pasar a cirugía con la siguiente justificación "*paciente con hidrocolecisto que requiere manejo quirúrgico por lo que se decide hospitalizar*" (fl. 109, 112, 160, 180 vto.).

Previo consentimiento informado (fl. 29 y 30), la paciente ingresó al quirófano sobre las 08:00 del día **11 de mayo de 2014**, y según se desprende del informe quirúrgico le fue practicada cirugía consiste en **colecistectomía abierta** y en la cual se tuvo como hallazgos: "*previa asepsia y antisepsia del campo operatorio bajo anestesia general incisión sublateral derecha, se llega cavidad, se punciona vesical con paredes tenzas drenando material amarillento turbio el cual se envía a gran y cultivos, se continua con localización disección y reparo de conducto cística. Se liga y se corta arteria cística, se desprende vesícula de lecho hepático. Se liga y se corta conducto cístico, se realiza*

308

hemostasia del lecho y se extrae vesícula de cavidad. Se lava cavidad, se realiza hemostasia, se realiza conteo de compresas el cual esta completa. Se cierra cavidad por planos con vycrilo y prolene 3.0 procedimiento sin complicaciones. Dr. José Antonio Tamara. Cirujano general. Anestesiólogo Dra. Mejía. 1er Ayudante Dra. Miranda." (fl. 99-100, 118 vto., 126, 158, 178 vto. 179). (Subrayado fuera del texto).

No obstante, de las anotaciones de enfermería y de evolución médica se advierte que al finalizar la cirugía de colecistectomía abierta la paciente presentó una lesión por quemadura en el borde inferior de la herida quirúrgica por radiación de electrocauterio, herida que fue tratada por el personal médico de la institución, así:

F/H	Notas de enfermería y Evolución médica
11/5/14	... Termina procedimiento herida queda cubierta con apósito fixomull. Mario Hernández Aux enfermería. NOTA: Dr. TAMATA comenta "que al cierre herida quirúrgica se observa lesión por quemadura la cual está en el borde inferior herida quirúrgica subcostal derecho secundaria aumento de calor por radiación de electrocauterio se avisa jefe salas Rosa Isabel, "sitio de herida, quemadura queda cubierta con sulfaplata y gasa cubierta con fixomull. Mario Hernández Aux enfermería. (fl. 118 y 162 vto.)
9+10	Informe quirúrgico Dx: pre: colecistitis aguda. Hidrocolecisto. Dx post: hidropiocollecisto. Anestesia: general. Cirujano: Dr Tamara Anestesiólogo: Dra Mejía procedimiento: colecistectomía abierta. Complicaciones: ninguna. Aplicar rifamicina en área quirúrgica cada 4 horas, durante 3 días. Dr José Antonio Tamara cirujano general (fl. 160 vto. y 113)
9+10	Acudo al llamado de Dr Tamara donde informa que pte presenta lesión por quemaduras en el borde inferior de la herida quirúrgica subcostal derecha secundaria al aumento de calor por radiación de electrocauterio. Se observa herida quirúrgica cubierta con gasa + fixomull, borde inferior de la herida quirúrgica subcostal derecha cubierta con sulfaplata se pasa pte a sala R recuperación. Isabel Camacho enfermera Se informa al personal de biomédica (Wilson), para revisión del electrocauterio. Isabel Camacho enfermera...(fl. 119 y 163)
13+05	Recibo paciente en recuperación... herida quirúrgica cubierta con gasa+ fixomull, alrededor herida se observa quemadura por electrobistyl... Flor R. (fl. 163 vto. y 119 vto.)
16+30	... herida quirúrgica cubierta con micropore se aplica Rifocina spray en área quemadura alrededor herida quirúrgica borde inferior, pendiente hospitalizar. Flor Ramírez auxiliar. (fl. 163 vto. y 120)
17+45	... herida quirúrgica se inicia tratamiento de (sic) lesión de piel con Rifamicina spray se habla con jefe Ángela para continuar, manejo de lesión el piso y el respectivo seguimiento, se habla con familiar (mama) se explica que hay lesión duodenal a la incisión quirúrgica y como se va a manejar. Fabiola... enfermera. (fl. 163 vto. y 120)
12/05/14 11+00	Se realiza curación de herida quirúrgica en hipocondrio derecho, observándose de longitud de 4 cm, sin signos de infección, también se encuentra herida superficial en área adyacente a la herida quirúrgica de aproximadamente de 5x4 cm en proceso de desfacelación. Se realiza curación con solución salina y sulfadiazina de plata dejándose cubierta con gasa estéril. Gisella Duran enfermera. (fl. 164 y 121)
13/05/14 14h	Paciente en la unidad acostada alerta, en su segundo días pos operatorio de colecistectomía con venopunción en dorso derecho pasando lactato de Ringer a 100cc/h paciente con herida quirúrgica en abdomen seca se observa quemadura alrededor de la herida paciente...Sandra 18+8. (fl. 164 vto. y 121 vto.)
14/05/14 5+02	Paciente... con herida cubierta en abdomen con apósito y fixomull, quemadura superficial, en compañía de familiares se controlan... signos vitales. Diana Maritza Torres. Aux enfermería... (fl. 164 vto. y 122 vto.)

6+50	Pte femenina de 25 años de edad con Dx de: 1. POP día 3 de colecistectomía abierta, 2. Hidropiocolécisto. s/ pte refiere condiciones generales... herida quirúrgica sin signos de infección ext: sin edema neurológico: glasgow 15/15, sin déficit aparente. A/ pte con adecuada evolución continua igual manejo se sugiere manejo de la quemadura con oposito duodenal. (fl. 161 y 114 vto.)
15/05/14 2h	Paciente... con apósito en abdomen lado derecho, se administra su tratamiento, se controlan signo vitales, paciente que se encuentra sin acompañado, con... abdomen cubierta con apósito estéril se observa limpio. Norma Judith Monsalve. Auxiliar enfermería... (fl. 165 vto. y 123)
16/05/14 18h	Paciente en la unidad alerta, orientada con duoderm en herida y quemadura en sitio de apendicetomía tolera vía oral su fuerza muscular conservada a febril acompañada de familiar. Blanca Hernández. Aux. Enfermería... (fl. 165 vto. y 133 y vto.)
07:00	Paciente femenina de 25 años en su día 6 de hospitalización con diagnóstico de: 1. POP D3 colecistectomía abierta. 2. Hidropiocolécisto s/ pte refiere sentirse bien,... herida quirúrgica en adecuado estado, no signos de infección ni irritación peritoneal , extremidades eutróficas sin edemas, neurológico sin déficit sensitivo ni motor aparente... Dr José Antonio Tamara cirujano general (fl. 115-116 y 161 vto.)
17/5/14 08+00	A: pte tolerando vía oral (...). p// salida analgésicos control Dr. Edgar Corredor Cirujano General Especialista. (fl. 116 y 161 vto.)
11+40	Egreso... plan de manejo 1. Salida (...) plan de manejo ambulatorio (...) incapacidad si 8 días cita control en 8 días x cirugía general. Se informa a la paciente que por evolución favorable se da salida con signos de alarma, cita control y órdenes médicas. Dr. Edgar Corredor Cirujano General Especialista. (fl. 102, 103, 158 y 159)

Al respecto del procedimiento quirúrgico adelantado a la paciente, el testigo Dr. Tamara contestó:

"...el procedimiento que se le hizo a la paciente fue **un procedimiento rutinario de una colecistectomía que es la extirpación de la vesícula biliar la cual se hace por medios abiertos o por medios laparoscópicos hoy en día, la paciente solicitó se hiciera por cirugía abierta una cirugía de urgencia si no mas no recuerdo fue un domingo y ya terminando la cirugía los pacientes se les hace electrocoagulación con un sistema que se llama electrocauterio este tiene dos funciones que conocemos nosotros que es la de corte y coagulación, entonces cuando se hace la coagulación se presenta una flama que no es lo común en estos equipos y se da aviso inmediatamente al departamento de enfermería los cuales inmediatamente hicieron una solicitud a la casa matriz del equipo para que se hiciera revisión del equipo a ver si había sido un falla técnica o, un proceso agudo en donde se vio si se había hecho la asepsia y antisepsia o sea la limpieza de la parte que se operaba con sustancias yodadas las cuales pueden conducir en forma indebida el sistema de coagulación.**³⁵

(...) **A la paciente se le manejo con medicamentos para el dolor y posteriormente se le puso un parche duoderm sobre el sitio de la quemadura que es el tratamiento ideal para disminuir el dolor y disminuir la incidencia de infecciones,** posteriormente no recuerdo si al segundo o tercer día a ella **se le dio salida con orden de control por consulta**

³⁵ Min (00:13:07 a 00:14:45)

externa de cirugía para seguimiento, orden de control para cirugía plástica, en caso de que hubiera profundidad de la quemadura como es quemadura grado 1 que es superficial, se toma como una quemadura tipo solar quemadura de superficial solar.³⁶ (Negrilla fuera del texto)

De acuerdo con lo anterior, es del caso señalar que no es cierto lo afirmado por la parte actora cuando aduce que la quemadura sufrida por la demandante fue como consecuencia de una falla médica por oblitio quirúrgico, habida cuenta que el Consejo de Estado ha precisado que dichos casos se presentan con motivo de una intervención quirúrgica, cuando **"se dejan olvidados dentro del cuerpo del paciente instrumentos o materiales utilizados por los profesionales intervinientes. Por lo común los elementos olvidados son instrumental quirúrgico (pinzas, agujas, etc.) y, más frecuentemente, gasas o compresas. Y además cuando dicha irregularidad quirúrgica "-a veces justificadas- por lo general ocasionan un daño al paciente, quien con seguridad deberá como mínimo someterse a una nueva intervención al solo efecto de la extracción del material olvidado (...).**³⁷ (Negrilla fuera del texto).

Situación que no ocurre en el presente caso, como quiera que no se dejó ningún elemento quirúrgico en el abdomen de la demandante con motivo de la cirugía de colecistectomía abierta que le fue practicada, y por el contrario el daño que se alega consistió en una quemadura térmica con el electrocauterio en la herida quirúrgica, que si bien le produjo una cicatriz no se advierte que ello hubiere obedecido a un descuido del personal médico o que necesite con urgencia una cirugía de corrección.

Ahora bien, en cuanto se alega que la quemadura que sufrió la demandante durante la cirugía de colecistectomía fue producto de una inadecuada atención médico quirúrgica, no se acredita tal afirmación, por el contrario se advierte que la atención médico quirúrgica brindada a la demandante fue oportuna y adecuada ya que se observa que previo a la cirugía se realizó a la demandante los exámenes de rigor y se llevó a cabo el consentimiento informado, sumado al hecho de que no se presentaron complicaciones de gran magnitud al momento de la cirugía o con posterioridad a la misma, teniendo en cuenta que dicha cirugía de colecistectomía ya sea abierta o laparoscópica, puede generar en algunos casos complicaciones abdominales, tales como: el sangrado, la peritonitis, la fuga biliar, la retención de cálculos en el colédoco, la

³⁶ Min (00:17:18 a 00:18:04)

³⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 8 de noviembre de 2016. Radicación número: 73001-23-00-000-2001-02645-01(36369).C.P.: Marta Nubia Velásquez Rico.

obstrucción intestinal, el íleo, la disfunción hepática, el absceso, la pancreatitis, la hemorragia digestiva y la necesidad de re operar³⁸.

Además se advierte que con motivo de lo ocurrido, de la queja interpuesta por la demandante (fl. 22) y posterior petición por esta presentada ante la Secretaría de Salud de Boyacá, solicitando se inspeccionara el procedimiento de colecistectomía que le fue realizado y que le provocó una quemadura en el abdomen (fl. 19 s), el cirujano general Dr. Tamara se pronunció mediante escrito del 05 de junio de 2014, sobre lo sucedido:

"En respuesta a su amable escrito en donde nos comenta su inconformidad con el trató en el Hospital San Rafael Tunja, me permito señalar que para el día Domingo 11 de Mayo fue usted intervenida quirúrgicamente de colecistitis aguda, realizándosele colecistectomía, posterior a este procedimiento en el momento del cierre de la piel, avisé sobre una zona demarcada en su herida quirúrgica como enrojecimiento de aproximadamente 3 cm, secundaria a radiación por el electrocauterio, aparato utilizado para las electrocoagulación de vasos. Avise inmediatamente al servicio de enfermería y desde el momento que se encuentra usted en recuperación se inicia manejo médico para probable quemadura de primer grado a nivel del sitio de la herida quirúrgica. Tratamiento que se realizó en colaboración con el servicio de cirugía plástica del Hospital.

Posteriormente se realizó un reunión con el servicio de biomedicina, para verificar si el aparato electrocauterio estaba en buenas condiciones, con el servicio de mantenimiento y con la compañía a la cual pertenece el equipo, verificándose su buen funcionamiento, por lo que se realizó una reunión técnico científica del servicio de cirugía y el servicio de instrumentación, concluyendo que es un caso fortuito de quemadura por radiación, presentándose en un porcentaje muy bajo de pacientes.

Solicitó a usted señora Sandoval, asistir como le fue recomendado, al control de cirugía para continuar con el manejo postoperatorio." (fl. 16),

La anterior respuesta fue reiterada por el Subgerente de Servicios de Salud de la ESE Hospital San Rafael de Tunja, mediante oficio No. 20142330038081 del 24 de junio de 2014, quien adicionalmente contestó:

"(...) Así mismo y en relación con su petición me permito informarle que en Epicrisis Continua, el día 14/05/2014, se lee

³⁸ David McAneny, MD, FACS. Colecistectomía abierta. Section of Surgical Oncology and Endocrinology, Boston University School of Medicine, FGH Building, Suite 500B, B20 Harrison Avenue, Boston Medical Center, Boston, MA 0211B, USA. Clínicas Quirúrgicas de Norteamérica.

en la anotación, además " signos vitales TA 110/63, FR 17x', FC 62x', abdomen blando, depresible, no doloroso a la palpación, **herida quirúrgica sin signos de infección.** Paciente con adecuada evolución, con igual manejo. **Se sugiere manejo de quemadura de piel con apósito de Duoderm. Y se continúa igual manejo hasta el día de la salida. .**

(...) La anterior respuesta fue proyectada con base en la información suministrada por el Dr. José Antonio Tamara." (fl. 17).

Así mismo, se observa una ficha de admisión a la salas de cirugía (fl. 124), sin que de la misma se advierta anomalía alguna, y según lo refirió el testigo Dr. Tamara -cirujano general- para el momento de la cirugía se adoptaron medidas de seguridad y observó que el electrocauterio estaba sirviendo, así:

"... Como en toda cirugía se hace una, nosotros le decimos una hoja de datos en donde se escribe por parte de anestesia, por parte de enfermería y parte de cirugía todos los datos como una hoja de vuelo en donde en cada ítem se anotan si es la cirugía correcta, el paciente correcto, si es el sitio correcto de la incisión y ya cuando se colocan los aparatos, estos aparatos los coloca enfermería ellos revisan y dicen si están sirviendo o no están sirviendo, en el caso que nos atañe el electrocauterio estaba sirviendo, pero es probable que esto haya tenido una falla técnica desde antes.³⁹

De acuerdo a lo anterior, no se observa que la quemadura haya sido producto de una indebida manipulación del electrocauterio ni de la utilización de un aparato quirúrgico que se encontrara en malas condiciones, pues según se corrobora del oficio de fecha 24 de junio de 2014 suscrito por el Subgerente de Servicios de Salud de la entidad demandada (fl. 16), dicho aparato estaba en buenas condiciones de funcionamiento, ya que por parte del servicio de biomédica, de mantenimiento y de la compañía fabricante no se evidenció falla alguna.

Así las cosas, como quiera que no se evidencia una falla en el servicio médico quirúrgico prestado, es del caso analizar los hechos objeto de esta demanda bajo **el título de imputación del riesgo excepcional**, habida cuenta que el Consejo de Estado⁴⁰ **ha señalado que de manera excepcional dentro del ejercicio de la actividad médica existen varios escenarios en cuales resulta posible predicar la existencia de un régimen objetivo de responsabilidad, dada la peligrosidad que revisten ciertos procedimientos médicos quirúrgicos, y que tal es el caso de aquellos eventos que involucran la manipulación**

³⁹ Min (00:14:58 a 00:15:50)

⁴⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 25 de enero de 2017. Radicación número: 25000-23-26-000-2003-02133-01(36816) A. C.P.: Hernán Andrade Rincón.

de cosas peligrosas, o que el procedimiento o el tratamiento empleado entrañe peligro, siempre y cuando la herramienta riesgosa cause el daño de manera directa o por ella misma.

Pues bien en un caso de similares contornos al que aquí nos ocupa, el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo dando aplicación a la doctrina extranjera⁴¹ precisó que:

"... aun cuando no se acreditó irregularidad alguna o conducta negligente por parte del personal médico que brindó la atención al paciente, lo cierto es que ello no resulta suficiente para liberar a la institución médica demandada de responsabilidad en un caso como el presente, en el cual se analizan los hechos objeto del litigio -daños por la utilización de instrumentos potencialmente peligrosos-, bajo un régimen de responsabilidad objetivo, habida cuenta de que -se reitera- fue una quemadura con uno de tales instrumentos -electro bisturí-, la que le produjo el daño al menor, por manera que ese desenlace del paciente no puede resultar ajeno o externo a la prestación del servicio médico por parte de la entidad demandada."⁴² (Negrilla fuera del texto).

De acuerdo con lo anterior, es dable concluir para el *sub judice* que el daño antijurídico le resulta imputable a la entidad demandada a título de riesgo excepcional, habida cuenta que este fue generado con la utilización de un instrumento peligroso como lo es el electrocauterio⁴³, que si bien es un instrumento quirúrgico que según lo manifestó el testigo Dr. Tamara, cumple la función de "electrocoagulación"⁴⁴, y de acuerdo con la literatura médica⁴⁵ se corrobora que tiene un efecto térmico "que permite cortar tejido y cauterizar hemorragias" y es muy útil en ese tipo de intervenciones; también lo es, que dicho aparato en

⁴¹ "Es claro que la mera presencia de la cosa no transporta la responsabilidad al ámbito objetivo; menos aún cuando ésta se subsume dentro del acto del hombre, perdiendo trascendencia, adoptando un mero carácter instrumental. Cuando la cosa ha sido una extensión de la mano del hombre, como ocurre con el bisturí o la jeringa de la enfermera, o la anestesia del especialista, no desplaza al actuar humano.

"(...) Cuando se utiliza un bisturí eléctrico por ejemplo, y éste produce una descarga dañosa para el enfermo, es notorio que la cosa ha excedido el actuar humano, interviniendo activamente en la relación causal, por lo que se tratará del supuesto de responsabilidad por riesgo contemplado en el artículo 1113...

"Por último, dentro de los daños causados por la cosa, podrían caer los supuestos tan comunes de olvidos en que incurren los cirujanos (oblitos quirúrgicos), en tanto éstos sean fuente de daños"⁴¹ (

⁴² Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 25 de enero de 2017. Radicación número: 25000-23-26-000-2003-02133-01(36816) A. C.P.: Hernán Andrade Rincón.

⁴³ "Cauterío significa hierro caliente en su derivación del griego y se refiere a la aplicación de un metal caliente directamente sobre los tejidos. El electrocauterio usa energía térmica sin que pase corriente eléctrica hacia el paciente. La punta de metal de la unidad de electrocauterio portátil y manual es calentada por corriente eléctrica (Fig. 5.1). Se utiliza una batería que usa corriente directa o alterna de baja frecuencia con bajo voltaje y alto amperaje. La corriente produce calor, el cual se aplica al tejido, lo que produce una capa chamuscada. Los sistemas de electrocauterio están disponibles en una versión pequeña operada con una batería desechable que es ligeramente más grande que un bolígrafo." Susana Leal-Khoury, Donato Arguelles. *Complicaciones de la Electrocirugía*

⁴⁴ Min (00:13:07 a 00:14:45)

⁴⁵ Luis Fernando Guerrero Vásquez, Autor. *El Electrobisturí*. Universidad Politécnica Salesiana. Facultad de Ingeniería Electrónica Cuenca, Ecuador.

311

el proceso de "electrocauterización" puede generar un riesgo al paciente a través de las denominadas lesiones térmicas o quemaduras con electrocauterio que implican un daño por radiación térmica que excede el actuar del médico ya que surge del aparato mismo, pero no es ajeno a la prestación del servicio médico quirúrgico en razón a que hace parte de las denominadas complicaciones intraoperatorias, que según se desprende de la literatura médica⁴⁶ pueden surgir en la cirugía colecistectomía, así:

"Intraoperatorias: Durante la práctica de una intervención sobre la vesícula o las vías biliares **pueden producirse una serie de complicaciones durante la misma intervención, que en la mayoría de los casos van a ser reconocidas y tratadas durante el mismo acto quirúrgico.**

Hemorragia y lesión vascular. La hemorragia durante la intervención quirúrgica está ligada a problemas y dificultades técnicas y maniobras inapropiadas. (...)

Lesión de las vías biliares. Sin duda, la complicación más frecuente se relaciona con la lesión del propio árbol biliar. Dicha situación se produce tanto en cirugía abierta como en cirugía laparoscópica y un porcentaje de los casos puede ser detectado durante el propio acto quirúrgico, permitiendo en esa situación la reparación de la lesión. Fundamentalmente existen dos tipos de lesión:

*(...) - **Existen otro tipo de lesiones producidas por ligaduras, suturas inadecuadas, quemaduras con el electrocauterio, o incluso lesiones isquémicas debidas a ligaduras vasculares, que no son percibidas por el cirujano y cuyas consecuencias en forma de complicación estenótica se producen en el período postoperatorio inmediato o tardío (...)***"

Por lo que se advierte que al presentar el equipo de electrocauterio una flama, que según lo precisó el testigo Dr. Tamara le "produjo a la paciente una inflamación aguda a nivel de la herida quirúrgica", es dable concluir que la paciente no estaba en la obligación de soportar dicha quemadura, habida cuenta que dicha lesión se produjo con la utilización del electrocauterio en la cirugía de colecistectomía abierta y no por un mal manejo de dicho instrumento quirúrgico, por lo que es dable concluir que el daño fue producto del riesgo térmico creado por un instrumento quirúrgico potencialmente peligroso, lo cual es resulta atribuible a la entidad demandada bajo el título de riesgo excepcional, como quiera que la demandante no tenía la obligación de soportar una carga adicional a la que implica el hecho de someterse a una intervención quirúrgica.

⁴⁶ Dr. Casanova Rituerto. Profesor titular de Cirugía. Servicio de Cirugía General y del Aparato Digestivo. Hospital Universitario Marqués de Valdecilla. Santander. Complicaciones de la cirugía biliar.

Ahora bien, definida la responsabilidad de la entidad demandada es necesario analizar si la Previsora S.A. en calidad de llamada en garantía se encuentra llamada a responder en atención a los amparos contenidos en las pólizas No. 1004101 y 1004102 suscritas por la Aseguradora y la E.S.E. demandada.

3.3.- Del llamado en garantía Compañía de Seguros La Previsora S.A.

El apoderado de la PREVISORA S.A. alega que no puede predicarse responsabilidad por riesgo asegurado de la póliza 1004100 seguro de responsabilidad civil, habida cuenta que los hechos que suscitan la demanda son del mes de mayo de 2014, esto es, anteriores a la vigencia de la póliza que es del 26 de diciembre de 2014 al 15 de febrero de 2015, por lo que pide se declaren no prosperas las pretensiones expuestas en el escrito de llamamiento en garantía. Adicionalmente, excepciona "sujeción a las condiciones contractuales vigentes al momento de los hechos, contenidas en la póliza señaladas en el escrito de llamamiento" y "deducible y sublímite pactados 1004100 seguro de responsabilidad civil de vigencia 26/12/2014 al 15/02/2015."

Sobre el particular precisa el Despacho que en efecto la vigencia de la póliza No. 1004100 es posterior a los hechos de la demanda -11 de mayo de 2014- y por ende no es oponible a la aseguradora, no obstante, se observa que obra también la póliza de responsabilidad civil extracontractual No. 1004102 la cual fue expedida el 25 de febrero de 2014, vigente para el momento de la ocurrencia de los hechos, toda vez que fue suscrita entre el 27 de febrero y hasta el 26 de diciembre de 2014, y cuyo tomador, asegurado y beneficiario fue la ESE Hospital San Rafael de Tunja y (fl. 43 s c. llam.).

El objeto del seguro consistió en: *"Amparar los perjuicios patrimoniales, morales, fisiológicos, a la vida de relación, lucro cesante, daño emergente y extrapatrimoniales, los daños materiales y las lesiones personales que la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA cause con motivo de la Responsabilidad Civil Profesional médica derivada de la prestación del servicio de salud, en el desarrollo de sus actividades profesionales por personal médico, paramédico o medico auxiliar, firmas especializadas, cooperativas y uniones temporales, empresas asociativas de trabajo o terceros prestadores del servicio, y personas jurídicas y naturales bajo la supervisión de la ESE Hospital San Rafael de Tunja."* (fl. 44); se pactó como coberturas y cláusulas básicas, entre otras, *"Daños y perjuicios patrimoniales, extra patrimoniales, morales, fisiológicos y a la vida de relación. Sublímite en daños morales \$300.000.000 evento/500.000.000 vigencia. Y en daños*

extrapatrimoniales 500.000.000 evento/vigencia solo se ofrece \$400.000.000 por vigencia para extrapatrimoniales..." (fl. 44), como valor asegurado \$2.000.000.000,00, y deducible de la póliza responsabilidad clínicas y hospitales: "a) honorarios profesionales defensa y costos judiciales. 10% mínimo 3 smlmv 2) detrimentos patrimoniales: 15% de la perdida mínimo 10 SMLMV" (fl. 46).

Así las cosas, contrario a lo afirmado por la Aseguradora se encuentra acreditado que en las condiciones generales de la póliza de seguro No. 1004102 está cubierta la fecha de ocurrencia de los hechos-11 de mayo de 2014-, que el daño que aquí se atribuye a la entidad demandada (la quemadura sufrida con la utilización del electrocauterio en la cirugía de colecistectomía abierta) se encuentra comprendido dentro de los amparos contratados dentro del seguro de responsabilidad médica civil clínicas y hospitales, que cubre la Responsabilidad Civil Profesional médica derivada de la prestación del servicio de salud y esta a su vez ampara los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales causados. Adicionalmente, no se observa agotamiento del monto asegurado, por lo que es del caso denegar las excepciones propuestas contra el escrito de llamamiento y ordenar a la entidad aseguradora responder por el pago de la condena a imponer, de acuerdo a los amparos y el límite del valor asegurado en la póliza mencionada⁴⁷ con los correspondientes deducibles a que haya lugar, en garantía de la responsabilidad imputable a la ESE HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA.

Decantado lo anterior, es necesario analizar si en el presente caso se configura la causal exonerativa de responsabilidad denominada caso fortuito.

3.4.- Eximente de responsabilidad - Del caso fortuito:

Alega la entidad demandada que el daño que se le imputa es propio de aquellos riesgos normales que se corren en ese tipo de procedimientos los cuales se debe soportar, por su parte, la Aseguradora llamada en garantía, explica que dicho daño se debió al errado funcionamiento del láser al momento de la intervención quirúrgica lo que ocasionó una quemadura superficial de la cual no se advierte la existencia de secuela alguna que haya afectado la integridad física de la demandante y que por ende haya que reparar.

En lo que tiene que ver con el **caso fortuito**, se advierte que el artículo 64 del Código Civil define la fuerza mayor o caso fortuito, como aquel "imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un

⁴⁷ ARTÍCULO 1079 C. Co. <RESPONSABILIDAD HASTA LA CONCURRENCIA DE LA SUMA ASEGURADA>. El asegurador no estará obligado a responder si no hasta concurrencia de la suma asegurada, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1074.

terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc". Al respecto de su diferenciación con la fuerza mayor, el Consejo de Estado se ha pronunciado al indicar:

*"...Varios han sido los criterios ensayados en la jurisprudencia con base en la doctrina sobre la distinción entre caso fortuito y fuerza mayor. Así, se ha dicho que: (i) **el caso fortuito es un suceso interno, que por consiguiente ocurre dentro del campo de actividad del que causa el daño**; mientras que la fuerza mayor es un acaecimiento externo ajeno a esa actividad;(..."⁴⁸ (Negrilla fuera del texto).*

No obstante, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reiterado que en los regímenes de responsabilidad objetiva, el Estado puede exonerarse de responsabilidad siempre y cuando acredite **"que el daño tuvo origen exclusivo en una causa extraña, como la fuerza mayor, la culpa de la víctima o el hecho exclusivo de un tercero"**, empero, en lo que atañe al **caso fortuito**, ha señalado que **"por ser un hecho interno o inherente a la actividad peligrosa y por ello previsible, no tiene la entidad para exonerar de responsabilidad a la administración"**⁴⁹,⁵⁰

Pues bien, al respecto de lo ocurrido, cabe precisar que la entidad demandada lo catalogo como un caso fortuito, no obstante se observa del testigo Dr. Tamara que **"estos son procesos que en un momento dado puede ser prevenible mas no son irresistibles, en dado caso si uno puede prevenir algo pues no lo hace se sale del contexto del cuidado del paciente, por lo tanto es un proceso que va a presentarse, que sale de las manos del cuidado del paciente en ese momento, entonces yo lo catalogaría como irresistible."**⁵¹

Así las cosas, como quiera que el daño que se imputa a la entidad demandada fue producto del riesgo creado por la utilización de un instrumento quirúrgico potencialmente peligroso, como lo es el electrocauterio, no es factible para el caso que nos ocupa exonerar de responsabilidad a la entidad bajo el argumento de que lo ocurrido fue consecuencia de un caso fortuito, habida cuenta que en el régimen de responsabilidad objetiva por riesgo excepcional, dicho evento no tiene el alcance de constituir una causa extraña ni una fuerza mayor eximente de responsabilidad, que para el caso que nos ocupa se observa que aunque la flama que generó el electrocauterio pudo ser irresistible, la

⁴⁸ Consejo de Estado. Sentencia del 29 de agosto de 2007. C.P. Doctora Ruth Stella Correa Palacios.

⁴⁹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 1993, Rad. 7.365, sentencia del 22 de agosto de 1996, Rad.10.220.

⁵⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 10 de mayo de 2016. Radicación número: 68001-23-31-000-2007-00396-01(41085). C.P.: Guillermo Sánchez Luque.

⁵¹ Min (00:16:29 a 00:17:01)

misma no fue exterior a la actividad desplegada, sino por el contrario, fue producto de un hecho interno o inherente al aparato quirúrgico, que aun cuando se encontraba en condiciones de normal funcionamiento de acuerdo a la revisión efectuada por servicio de biomedicina de mantenimiento y con la compañía a la cual pertenece el equipo según se reportó en el informe presentado por la entidad demandada (fl. 17), presentó una falla técnica accidental ajena a la prestación del servicio médico.

4.- Conclusión:

En suma, reitera el Despacho i) que se encuentra acreditada la existencia del daño que consistió en la quemadura térmica con el electrocauterio que sufrió la demandante en la herida quirúrgica, mientras le practicaban la cirugía de colecistectomía abierta en las instalaciones de la ESE Hospital San Rafael de Tunja y que le dejó una cicatriz plana con discreta hipertrofia; ii) que de acuerdo con el material probatorio arrimado al expediente y la jurisprudencia decantada en precedencia, dicho daño resulta atribuible a la entidad demandada a título de riesgo excepcional y no bajo la falla probada del servicio, como quiera que el daño que se alega surgió como consecuencia de la utilización de un instrumento quirúrgico potencialmente peligroso (electrocauterio) el cual generó una lesión térmica a la demandante que no estaba en la obligación de soportar y que por tanto se reitera le resulta imputable de manera excepcional a la entidad demandada bajo el régimen de responsabilidad objetiva; iii) que La Previsora S.A. como entidad aseguradora se encuentra llamada a responder por la condena que se llegare a imponer, en atención al amparo contenido en la póliza No. 1004102, hasta el tope del valor asegurado y con los correspondientes deducibles a que haya lugar, como garantía de la responsabilidad imputable a la ESE Hospital San Rafael de Tunja; y iv) como quiera que el caso fortuito no tiene el alcance para exonerar de responsabilidad a la entidad demandada debido a que no constituye una causa extraña por ser un hecho inherente a la actividad peligrosa y previsible, se torna procedente aludir a la indemnización que se reconocerá en esta instancia, tal como se sigue.

5.- De la indemnización de perjuicios.

5.1.- Legitimación en la causa por activa:

Se encuentra acreditado en el plenario que la víctima directa de la lesión fue la señora Laura Mariana Sandoval Huertas, como se desprende de la historia clínica y del dictamen medico legal obrantes en el plenario.

Respecto de los otros demandantes se acreditó su vínculo filial con la víctima, de la siguiente manera:

Demandante	Parentesco	Registro civil
María Isabel Huertas Fonseca	<i>Madre</i>	<i>Fl. 11</i>
Lorenzo Sandoval Ayala	<i>Padre</i>	<i>Fl. 11</i>
Laura Gabriela Rincón Sandoval	<i>Hija</i>	<i>Fl. 12</i>

Establecido lo anterior, procede el despacho a pronunciarse frente a los perjuicios morales, a la salud o a la vida de relación, materiales y medidas de satisfacción no pecuniarias pretendidos, así:

5.2.- De los perjuicios morales:

Se solicita en la demanda, por concepto de perjuicios morales, la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de cada uno de los demandantes (fl. 3).

Al respecto de dicho perjuicio el Consejo de Estado⁵² ha indicado que para su acreditación solo basta acreditar *"la prueba de parentesco o de la relación marital, para inferir la afectación moral de la víctima, del cónyuge y de los parientes más cercanos según corresponda."*

De acuerdo con los documentos obrantes en el expediente, se encuentra que María Isabel Huertas Fonseca, Lorenzo Sandoval Ayala y Laura Gabriela Rincón Sandoval acreditaron su relación de parentesco, en primer grado de consanguinidad (fl. 11 y 12), con la señora Laura Mariana Sandoval Huertas, víctima directa del daño, por lo que se presume que se les causó una afectación moral.

Definido lo anterior, es del caso hacer alusión a los criterios de unificación de la Sección Tercera del Consejo de Estado⁵³ frente a la indemnización de perjuicios morales en caso de lesiones personales de la siguiente manera:

"La reparación del daño moral en caso de lesiones tiene su fundamento en el dolor o padecimiento que se causa a la víctima directa, familiares y demás personas allegadas.

Para el efecto se fija como referente en la liquidación del perjuicio moral, en los eventos de lesiones, la valoración de la gravedad o levedad de la lesión reportada por la víctima. Su manejo se ha dividido en seis (6) rangos:

⁵² *Ibidem.*

⁵³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de Unificación Jurisprudencial del 28 de agosto de 2014. Exp.: 31172. M.P. Olga Mérida Valle de De la Hoz.

317

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

Deberá verificarse la gravedad o levedad de la lesión causada a la víctima directa, la que determinará el monto indemnizatorio en salarios mínimos. Para las víctimas indirectas se asignará un porcentaje de acuerdo con el nivel de relación en que éstas se hallen respecto del lesionado, conforme al cuadro.

La gravedad o levedad de la lesión y los correspondientes niveles se determinarán y motivarán de conformidad con lo probado en el proceso."

Así las cosas, de acuerdo con lo anteriormente expuesto y según lo probado en el expediente, se encuentra que la señora Laura Mariana Sandoval Huertas sufrió una quemadura térmica con el electrocauterio en la herida quirúrgica, que le dejó una cicatriz plana, con discreta hipertrofia, la cual según el dictamen de medicina legal, implicó una incapacidad médico legal definitiva de quince (15) días que no arrojó mayores secuelas para la víctima (fl. 271 y vto.), por lo que tal valoración le permite concluir al Despacho que la lesión padecida por la demandante es de aquellas consideradas de menor gravedad, como quiera que no implica una limitación funcional ni una incapacidad y tal como se consignó en el experticio la misma no afecta de manera importante la estética corporal en reposo y/o movimiento, en consecuencia respecto de la víctima y de acuerdo con la jurisprudencial se tasaré la liquidación del citado perjuicio sobre el porcentaje de incapacidad médico legal y para los demás demandantes sobre 10 SMLMV debido a que la lesión no es de mayor gravedad, así:

Demandante	SMLMV
Laura Mariana Sandoval Huertas (víctima)	15
María Isabel Huertas Fonseca (madre)	10
Lorenzo Sandoval Ayala (padre)	10
Laura Gabriela Rincón Sandoval (hija)	10

5.3.- Daño a la salud:

Solicita la demandante por daño a la salud o perjuicio a la vida de relación la suma equivalente a cuatrocientos (400) salarios mínimos legales mensuales vigentes, al considerar que *"se perjudicó notablemente, por el mal procedimiento quirúrgico practicado, su cicatriz física y psicología es evidente, su vida ha sido afectada notablemente, la disminución notable en su aspecto físico y la imposibilidad de hacer lo que habitualmente hacía."* (fl. 3)

Al respecto del daño a la salud y a la vida de relación en materia de lesiones, el Consejo de Estado *"adoptó el criterio según el cual, **cuando se demanda la indemnización de daños inmateriales provenientes de la lesión a la integridad psicofísica de una persona, ya no es procedente referirse al perjuicio fisiológico o al daño a la vida de relación o incluso a las alteraciones graves de las condiciones de existencia, sino que es pertinente hacer referencia a una nueva tipología de perjuicio, denominada daño a la salud.**"*⁵⁴

Y en atención a la jurisprudencia señalada en precedencia no referimos para el caso que nos ocupa, al daño a la salud, el cual fue definido por la Alta Corporación como aquel: *" (...) perjuicio inmaterial diferente al moral que puede ser solicitado y decretado en los casos en que el daño provenga de una lesión corporal, puesto que el mismo no está encaminado al restablecimiento de la pérdida patrimonial, ni a la compensación por la aflicción o el padecimiento que se genera con aquél, sino que está dirigido a resarcir económicamente –como quiera que empíricamente es imposible– una lesión o alteración a la unidad corporal de la persona, esto es, la afectación del derecho a la salud del individuo."*⁵⁵

De igual forma, la Sección Tercera del Consejo de Estado⁵⁶ unificó su jurisprudencia entorno al contenido y alcance de dicho perjuicio inmaterial, en los siguientes términos:

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

⁵⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de Unificación Jurisprudencial del 28 de agosto de 2014. Exp.: 28832. C.P. Danilo Rojas Betacourth.

⁵⁵ *Ibidem.*

⁵⁶ *Ibidem.*

Lo anterior, con empleo del arbitrio iudice, para lo cual se tendrá en cuenta la gravedad y naturaleza de la lesión padecida, para lo que se emplearán -a modo de parangón- los siguientes parámetros o baremos:

GRAVEDAD DE LA LESIÓN	Víctima
Igual o superior al 50%	100 SMMLV
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80 SMMLV
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60 SMMLV
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40 SMMLV
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20 SMMLV
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10 SMMLV

Sin embargo, en casos excepcionales, cuando, conforme al acervo probatorio se encuentre probado que el daño a la salud se presenta en una mayor intensidad y gravedad, podrá otorgarse una indemnización mayor, la cual debe estar debidamente motivada y no podrá superar la cuantía equivalente a 400 SMLMV.

Así, el operador judicial debe tener en cuenta las siguientes variables conforme a lo que se encuentre probado en cada caso concreto:

- La pérdida o anormalidad de la estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica (temporal o permanente)
- La anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura corporal o mental.
- La exteriorización de un estado patológico que refleje perturbaciones al nivel de un órgano.
- La reversibilidad o irreversibilidad de la patología.
- La restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria.
- Excesos en el desempeño y comportamiento dentro de una actividad normal o rutinaria.
- Las limitaciones o impedimentos para el desempeño de un rol determinado.
- Los factores sociales, culturales u ocupacionales.
- La edad.
- El sexo.
- Las que tengan relación con la afectación de bienes placenteros, lúdicos y agradables de la víctima.
- Las demás que se acrediten dentro del proceso. "

Y también concluyó que el daño a la salud implica una noción más amplia que se define: "(...) **en términos de alteración psicofísica que el sujeto no tiene el deber de soportar, sin importar su gravedad o**

duración y sin que sea posible limitar su configuración a la existencia de certificación sobre la magnitud de la misma.⁵⁷

Pues bien, de acuerdo con el dictamen de medicina legal, se observa que la señora Laura Mariana presentó en el "...Abdomen: Cicatriz planas, con discreta hipertrofia en un área de: 10x15cm, dos lineales de 4cm y 2cm ubicadas en el flanco derecho, la cual es visible pero no ostensible (es decir no afecta de manera importante la estética corporal en reposo y/o movimiento)..." (fl. 271 vto.); no obstante, dicha valoración no arrojó más secuelas, ni implica una pérdida o anomalía de alguna estructura o función anatómica, ni alteración psicológica, y contrario a lo afirmado por la parte actora no constituye una restricción, impedimento ni exceso para realizar sus actividades cotidianas ni tampoco se prueba que con la misma se le haya afectado sus actividades placenteras, lúdicas u ocupacionales, en razón a que la cicatriz solo presenta un leve de levantamiento más de la capa superficial de la piel, se ubica en una zona corporal (flanco derecho) que no está en permanente exposición pública y social, y que solo es visible a una distancia corta.

Además, cabe precisar que si bien se advierte que con posterioridad a la cirugía, y de manera particular⁵⁸ la demandante acudió a dos consultas externas en la especialidad de cirugía plástica ante el SC Central Especialista de Tunja en donde le diagnosticaron lo siguiente:

F/H	Anotación médica
26/05/14	<p>Motivo de consulta. Refiere quemadura en el abdomen. Paciente a quien le realizaron colecistectomía en Hospital San Rafael el 11 v 14, refiere quemadura de piel en abdomen. Manejada con curaciones con (sic) rirfocina y luego duoderm. Recomendaciones: se indica curación con vaselina y crema cicatrizante, controles en 1 mes.</p> <p>Diagnóstico. Quemadura del tronco de segundo grado. Cirugía Plástica. (fl. 29) (Negrilla fuera del texto).</p>
02/07/14	<p>Motivo de consulta. Quemadura en el abdomen. Paciente con antecedente de colecistectomía y quemadura de piel en región de hipocondrio derecho. Concorre por (sic) pesenta alteración cicatrizal. Al ex físico (sic) presnta macula en hipocondrio derecho de 15x8 cm eritematosa vitropresion positiva, asociada a fondo claro hipopigmentado y bordes hiperpigmentados.</p> <p>Recomendaciones: paciente con secuelas de quemadura de piel en hipocondrio derecha, actualmente con cicatrización inmadura asociado a discromía. Plan. Lamina de silicona fotoprotección.</p> <p>Diagnóstico. Quemadura solar de segundo grado. Cirugía Plástica. (fl. 28). (Negrilla fuera del texto).</p>

⁵⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de Unificación Jurisprudencial del 28 de agosto de 2014. Exp. 28804, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

⁵⁸ NOTA: De dichas consultas no se advierte que la EPS CAFESALUO a la cual está afiliada la demandante como cotizante, la hubiera remitido a dicho SC Central Especialista de Tunja, ni tampoco de la historia clínica allegada por la Corporación IPS Boyacá se advierte remisión en la especialidad de cirugía plástica, solo se encuentra consulta posterior al cirugía del 23 de julio de 2014 por cuestiones odontológicas (fl. 266).

También lo es, que de lo consignado no se observa que le hayan ordenado como tratamiento intervención quirúrgica y que por ende requiera del servicio médico de cirugía plástica. Por consiguiente, como quiera que no se acredita la configuración de ninguna de las variables que la jurisprudencia unificada ha definido para la valoración de ese tipo de daño inmaterial es del caso denegar la indemnización pretendida.

5.4.- Perjuicios Materiales:

En cuanto a los perjuicios materiales, solicitó la parte actora que se ordene la suma de un millón quinientos mil pesos m/cte. (\$1.500.000), que corresponden a los *"Gastos en los que la familia de mis poderdantes han invertido en los traslados y compañía durante los días de hospitalización de la afectada directamente."* (fl. 2), lo cual corresponde al concepto de daño emergente y que se estudiará como sigue:

i) Daño emergente.

Sobre el particular, el Consejo de Estado⁵⁹ ha reiterado que **para el reconocimiento de dicho perjuicio es necesario se acredite con cualquier medio de prueba "los valores que efectivamente empobrecieron a la víctima o que éstos debieron sufragar como consecuencia de la ocurrencia del hecho dañoso y del daño mismo"**.

Así las cosas, teniendo en cuenta lo anterior se advierte que la parte demandante no acreditó haber sufrido erogación alguna por éste concepto, pues pese a haber señalado en la demanda que se incurrió en gastos por traslados y compañía, los mismos no fueron acreditados probatoriamente, por tal motivo no es procedente reconocer este tipo de perjuicio por falta de prueba.

De otra parte, se observa que la parte actora solicita se ordene lo necesario para la rehabilitación de la demandante, esto es, *"servicio médico de cirugía plástica, psicología y psiquiatría, asimismo, el número de terapias familiares que sean necesarias para superar los perjuicios."* (fl. 3). No obstante, se advierte que no es procedente acceder a lo solicitado, como quiera que lo pretendido escapa de la órbita indemnizatoria propia del medio de control de reparación directa, además de corresponder a procedimientos quirúrgicos y tratamientos que no fueron prescritos a la actora y respecto de los cuales nada se acreditó en el plenario.

⁵⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. sentencia del 21 de julio de 2016. Radicación número: 19001-23-31-000-2002-01236-01(43622). C.P.: Guillermo Sánchez Luque. Ver también sentencia de la Subsección A de fecha 14 de septiembre de 2016. Radicación número: 25000-23-26-000-2001-01825-02(34349) B. C.P.: Hernán Andrade Rincón.

6.- Costas:

Se condenará en costas y agencias en derecho a la parte vencida, tal como lo ordena el numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, las cuales serán liquidadas por Secretaría de conformidad con el artículo 366 del CGP.

En los términos del numeral 3.1.2. del Acuerdo 1887 de 2003⁶⁰, fíjese como agencias en derecho el 1% del valor de la condena, esto es, la suma de un trescientos treinta y un mil novecientos setenta y dos pesos con sesenta y cinco centavos m/cte. (\$331.972,65⁶¹).

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO.- DECLARAR administrativa y extracontractualmente responsable a la ESE Hospital San Rafael de Tunja a título de riesgo excepcional, por la quemadura térmica que sufrió la señora LAURA MARIANA SANDOVAL HUERTAS en el abdomen, mientras le realizaban el procedimiento de COLECISTECTOMIA, el cual tuvo ocurrencia el 11 de mayo del 2014, según lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO.- Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** a la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, a pagar, por concepto de **PERJUICIOS MORALES**, las siguientes sumas de dinero:

Demandante	SMLMV
<i>Laura Mariana Sandoval Huertas (victima)</i>	15
<i>María Isabel Huertas Fonseca (madre)</i>	10
<i>Lorenzo Sandoval Ayala (padre)</i>	10
<i>Laura Gabriela Rincón Sandoval (hija)</i>	10

TERCERO.- CONDENAR a la Compañía de Seguros La Previsora S.A. a asumir la condena impuesta a la ESE HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA de acuerdo a la póliza de responsabilidad civil No. 1004102 hasta el monto de los amparos y valores allí asegurados, y previos los deducibles a que haya lugar.

⁶⁰ "Artículo 6. Tarifas. Fijar las siguientes tarifas de agencias en derecho: (...) III CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. 3.1. ASUNTOS. (...) 3.1.2. Primera instancia. (...) Con cuantía: Hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia."

⁶¹ Valor que corresponde a los perjuicios morales reconocidos a favor de los demandantes.

CUARTO.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

QUINTO.- Condénese en costas a la Entidad demandada ESE HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA de conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011. Líquidense por Secretaría y sígase el trámite que corresponda.

SEXTO.- En los términos del numeral 3.1.2. del Acuerdo 1887 de 2003, **FIJAR** como agencias en derecho el 1% del valor de la condena, esto es, la suma de trescientos treinta y un mil novecientos setenta y dos pesos con sesenta y cinco centavos m/cte. (\$331.972,65).

SEPTIMO.- Si existe excedente de gastos procesales, devuélvanse al interesado. Realícense las anotaciones de rigor en el sistema siglo XXI y verificado su cumplimiento (Art. 298 CPACA). Archívese el expediente dejando las constancias respectivas.

OCTAVO.- NOTIFICAR por Secretaría del contenido de la presente providencia en la forma y términos previstos en el artículo 203 del CPACA a las partes y al Ministerio Público.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ASTRID XIMENA SANCHEZ PAEZ
JUEZ