



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito de Tunja
Correo institucional: j14admintun@cendoj.ramajudicial.gov.co

Tunja, 20 SEP 2018

DEMANDANTE:	MAIRA CRISTINA GAMEZ MARTIN Y OTROS
DEMANDADOS:	HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO, FELIPE CABALLERO MICHELSEN
LLAMADOS EN GARANTIA:	LIBERTY SEGUROS S.A., LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS
RADICACIÓN:	150013333014-2013-00307-00
ACCIÓN:	REPARACIÓN DIRECTA

Previo el agotamiento de las etapas procesales precedentes y no existiendo vicios o causal de nulidad que invalide lo actuado, procede este Despacho a proferir sentencia del medio de control de la referencia de conformidad con los artículos 181 inciso último y 187 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

I. LA DEMANDA

1. PRETENSIONES DE LA DEMANDA (fls. 5-7)

Son en resumen las siguientes:

PRIMERA.- Que se declare que la **E.S.E. HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION** y al médico cirujano **FELIPE CABALLERO MICHELSEN**, son responsables de la totalidad de los daños y perjuicios materiales, morales y fisiológicos o daño a la vida de relación ocasionados a la señora **MAIRA CRISTINA GAMEZ MARTIN**, quien obra en nombre propio y en representación de su menor hijo **LUIS ALEJANDRO LEGUIZAMON GAMEZ**; **OMAIRA LUCIA MARTIN MONTENEGRO**, como madre de la demandante, quien obra en nombre propio y en representación de sus menores hijos **EDISON FABIAN** y **JUAN SEBASTIAN CARDENAS MARTIN** y **JAVIER ALBERTO DEVIA MARTIN**, como hermano de la demandante, por la falla en el servicio, **NEGLIGENCIA - IMPERICIA MEDICO - QUIRURGICA, DESCUIDO** al habersele dejado alojado en la cavidad abdominal un elemento o cuerpo extraño (compresa), el día 27 de febrero de 2011, fecha en que se le practicó una apendicectomía, la cual fue detectada médicamente y reconocido por las víctimas el 24 de septiembre de 2011, fecha en que se le extrajo por medio de cirugía.

SEGUNDA.- Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene a las demandadas **E.S.E. HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION** y al médico cirujano **FELIPE CABALLERO MICHELSEN**, a pagar a favor de los demandantes, los siguientes perjuicios patrimoniales y extra patrimoniales:



A). PERJUICIOS MATERIALES

- **Daño emergente**

A favor de la señora **MAIRA CRISTINA GAMEZ MARTIN**, la suma de **DOS MILLONES DE PESOS M/CTE (\$2.000.000.00)**, por concepto de gastos médicos, curaciones, medicamentos, desplazamientos para controles.

B). PERJUICIOS MORALES

Teniendo en cuenta el salario mínimo para el año 2011 = \$535.600.00, se solicitan:

- Para **MAIRA CRISTINA GAMEZ MARTIN** (víctima directa lesionada) 100 SMLMV, que corresponden a \$53.560.000
- **LUIS ALEJANDRO LEGUIZAMON GAMEZ** (hijo) 50 SMLMV, que corresponden a \$26.780.000.00
- **OMAIRA LUCIA MARTIN MONTENEGRO** (madre) 50 SMLMV, que corresponden a \$26.780.000.00
- **EDISON FABIAN CARDENAS MARTIN** (hermano) 50 SMLMV, que corresponden a \$26.780.000.00
- **JUAN SEBASTIAN CARDENAS MARTIN** (hermano) 50 SMLMV, que corresponden a \$26.780.000.00
- **JAVIER ALBERTO DEVIA MARTIN** (hermano) 50 SMLMV, que corresponden a \$26.780.000.00

TOTAL PERJUICIOS MORALES: SON CIENTO OCHENTA Y SIETE MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA MIL PESOS M/CTE (\$187.460.000.00)

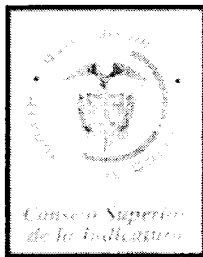
C). PERJUICIOS EXTRA PATRIMONIALES O DAÑO A LA VIDA DE RELACION

A favor de la señora **MAIRA CRISTINA GAMEZ MARTIN**, por los perjuicios causados en su integridad, deformidad física permanente, por el legrado y segunda cirugía a la que debió ser sometida para extraer el cuerpo extraño, estimados en 50 SMLMV, que corresponden a **VEINTISEIS MILLONES SETECIENTOS OCHENTA MIL PESOS M/CTE (\$26.780.000.00)**

TERCERA.- Que se condene a la **E.S.E. HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION** y al médico cirujano **FELIPE CABALLERO MICHELSEN**, a reconocer y pagar a los demandantes, los intereses de toda índole, indexación o actualización desde la ejecutoria de la sentencia y hasta cuando se verifique el pago de las sumas ordenadas, conforme a lo dispuesto en el C.P.A.C.A.

2. HECHOS DE LA DEMANDA (fls. 111-112)

Se exponen los siguientes:



- **FAMILIARES**

PRIMERO: La señora OMAIRA LUCIA MARTIN MONTENEGRO es Madre de la señora MAIRA CRISTINA GAMEZ MARTIN y de JAVIER ALBERTO DEVA MARTIN mayor de edad, así como de los menores EDISON FABIAN y JUAN SEBASTIAN CARDENAS MARTIN, respectivamente, entre los cuales existe una relación familiar estrecha con unos inquebrantables sentimientos de amor, cariño, y ayuda mutua, caracterizándose por ser una familia ejemplar unida, y de gran reconocimiento en el Municipio de Garagoa, en donde tiene fijada su residencia y domicilio donde conviven en el mismo hogar.

SEGUNDO: La señora MAIRA CRISTINA GAMEZ MARTIN es madre del menor LUIS ALEJANDRO LEGUIZAMON GAMEZ.

TERCERO: Para el 24 de septiembre de 2011, la señora MAIRA CRISTINA GAMEZ MARTIN convivía en unión libre con el señor OSCAR FABIAN NUÑEZ AGUIRRE, con quien aún convive en la actualidad.

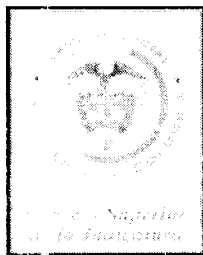
- **RESPECTO DEL ORIGEN DEL DAÑO DE ACUERDO CON LAS HISTORIAS CLINICAS**

PRIMERO: La señora **MAIRA CRISTINA GAMEZ MARTIN** se encontraba afiliada a la empresa Promotora de Salud del Régimen Subsidiado **E.P.S. CONFAMILIAR HUILA**.

SEGUNDO: La señora **MAIRA CRISTINA GAMEZ MARTIN**, el 25 de febrero del 2011 acude a consulta por urgencias al Hospital Regional Valle de Tenza sede Garagoa por cuadro clínico de dolor abdominal fuerte, para este momento fue valorada y se le diagnosticó una gastritis, por lo que fue medicada y hospitalizada, dándole salida el día siguiente (26 de febrero 2011).

TERCERO: El día 26 de febrero de 2011 en las horas de la tarde, la señora **MAIRA CRISTINA GAMEZ MARTIN** reingresó por urgencias al Hospital Regional Valle de Tenza sede Garagoa por presentar dolor abdominal en epigastrio que fue manejado en la madrugada y se determinó que padecía EAP (enfermedad ácido péptica) sin embargo persisten episodios eméticos de contenido bilioso; se revalora la paciente encontrando en abdomen: blando, depresible, con dolor a la palpación en epigastrio, no signos de irritación peritoneal, Mc Burney (-), Blumberg (-), Murphy (-) se decide Idx: 1. E.A.P. 2. Descartar embarazo. El reporte de los paraclínicos a las 19+10 con leucocitos de 28.000, Neutrofilos: 82%, Plaquetas 23.000. Hb: 14.3. Hto: 46.7. PT: 13.5 entre otros. Se refiere en la Historia Clínica: "se comenta pte con cirujano quien considera se tomen Rx abdomen vertical, observación ranitidina, CII control mañana", se indica que: "se llama al Dr. Caballero para informarle sobre los Rx abdominal que reporta materia fecal impactada en colon transversalmente (??) lado izquierdo, informa cejar en observación con ranitidina, metoclopramida par horario y CII control". Posteriormente, a las 10:32 a pesar del tratamiento persiste con cuadro clínico y presenta blomberg (+), se señala, que se llama al Dr. Caballero, quien informa que no puede ser posible que en media hora de presentado blomberg (+).

CUARTO: A pesar del tratamiento y ante la persistencia del Cuadro Clínico, los familiares de la Señora **MAIRA CRISTINA GAMEZ MARTIN**, exigieron que fuera remitida para valoración por cirujano general, por lo que en efecto fue enviada al hospital de Guateque en donde fue valorada y se le diagnostica **apendicitis aguda y abdomen agudo**, y en esa oportunidad aparece registrado en la



Historia Clínica que se llamó al cirujano Dr. CABALLERO, quien no contestó. El 27 de febrero de 2011, se le realizan laparotomía + apendicetomía + drenaje por presentar peritonitis.

QUINTO: La Señora **MAIRA CRISTINA GAMEZ MARTIN** consultó en varias ocasiones en el Hospital Regional de Garagoa por presentar dolor abdominal, y solamente hasta el día 22 de agosto de 2011, fue remitida a Guatemala con diagnóstico de Síndrome Febril - **Aborto Incompleto vs Aborto en curso**, solicitan valoración por Ginecología, razón por la cual le realizan legrado uterino.

Para ese momento **MAIRA CRISTINA GAMEZ MARTIN** convivía en Unión Libre con el señor OSCAR EMBLAN NUÑEZ AGUIRRE, con quien aún convive en la actualidad, y quien era el padre del gestante producto del aborto referido.

SEXTO: El día 24 de septiembre de 2011, la señora **MAIRA CRISTINA GAMEZ MARTIN** reingresa al Hospital de Garagoa por urgencias, dado que presentaba cuadro clínico de dolor abdominal tipo cólico de moderada en mesogastrio e hipogastrio asociado a picos febriles, Rx de abdomen sugestivo de imagen sugestiva de cuerpo extraño. Es llevado a cirugía donde le practican drenaje de Absceso de pared abdominal + Lavado quirúrgico + extracción de cuerpo extraño - COMPRESA.

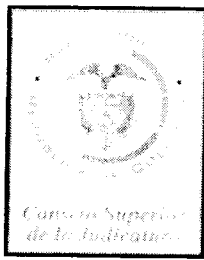
SEPTIMO: De conformidad con la Historia Clínica, se denota que en la primera atención médica, cuando se determina que la señora **MAIRA CRISTINA GAMEZ MARTIN** presenta apendicitis, se dilató considerablemente el procedimiento quirúrgico y en razón a ello, la paciente presentó cuadro de peritonitis.

OCTAVO: Durante varios meses la paciente **MAIRA CRISTINA GAMEZ MARTIN** consultó por cuadro clínico de dolor abdominal, síndrome febril entre otros, pero nunca le fueron realizados exámenes especializados para orientar el origen del mismo y de esta forma llevar a cabo un certero diagnóstico.

NOVENO: A los seis (6) meses posteriores a la cirugía por apendicitis la paciente **MAIRA CRISTINA GAMEZ MARTIN**, presentó nuevos quebrantos de salud, por fiebre y dolor abdominal, donde se determinó que estaba en estado de EMBARAZO, lo que le generó un aborto incompleto, por lo que requirió la realización de legrado uterino, al parecer ocasionado por el cuerpo extraño- COMPRESA que le había sido dejado en su abdomen al llevarse a cabo la cirugía por apendicitis, elemento - cuerpo extraño que hasta ese momento se desconocía su existencia en el abdomen de la paciente en mención.

DECIMO: La hipótesis de que el aborto tuvo como causa o relación el hecho de habersele dejado en el abdomen de la paciente **MAIRA CRISTINA GAMEZ MARTIN**, un cuerpo extra- COMPRESA, cobró fuerza cuando el día 24 de septiembre de 2011, debido a la persistencia de la sintomatología abdominal, se le adelantaron estudios radiológicos, lo que arrojó sin lugar a dudas la presencia de un cuerpo extraño en su abdomen, por lo que requirió la realización de drenaje de absceso de pared abdominal + Lavado quirúrgico + extracción de cuerpo extraño (Compresa).

DECIMO PRIMERO: Por lo anterior, queda sin lugar a dudas, demostrada la responsabilidad por acción - negligencia, falta de pericia atribuible al personal médico y paramédico y auxiliares de la E.S.E., **HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCIÓN VALLE DE TENZA**, así como por los daños y perjuicios materiales, morales y fisiológicos o a la vida de relación y de todo orden, ocasionados por



la **NEGLIGENCIA y OMISIÓN** por parte de la entidad mencionada en la humanidad de la paciente **MAIRA CRISTINA GAMEZ MARTIN**, de su hijo, de su señora madre y hermanos, dado que la compresa - cuerpo extraño estuvo alojado en el abdomen de la paciente **MAIRA CRISTINA GAMEZ MARTIN por espacio de SEIS (6) MESES Y VEINTISIETE (27) DÍAS exactamente**, hecho que a todas luces es irregular y denota la responsabilidad del Cirujano y auxiliares que llevaron a cabo dicho procedimiento quirúrgico.

3. FUNDAMENTOS DE DERECHO Y DE OCURRENCIA DEL DAÑO

Como soportes de la demanda el apoderado se acoge a la siguiente normatividad:

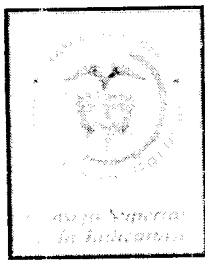
- Constitucionales: El preámbulo; los artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 15, 25, 28, 29, 40, 43, 46, 51, 58, 59, 83, 90, 91, 93 y 230.
- Legales: Artículos 4 y 8 de la Ley 153 de 1887, Artículo 1613 a 1617 del C. Civil, Ley 74 de 1968, Ley 16 de de 1972, Decreto 173 de 1993, Ley 23 de 1991, Ley 446 de 1998 y Decreto Reglamentario No. 1818 de 1998, Artículo 86 del C.C.A., ley 640 de 2001; Decreto 2304 de 1989, Decreto 2651 de 1991, artículos 21 a 25; finalmente la Ley 270 de 1996 artículos 65 a 69.
- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), y sus leyes y Decretos reglamentarios y complementario, Código General del proceso, .
- Artículos 4 y 6 del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Sociales de las Naciones Unidas y de la Convención Americana de Derechos.

Por su parte para explicar el daño, refiere que todo el causado por el Estado debe ser reparado y que en el *sub examine* se deriva de una falla del servicio por responsabilidad médica tanto por acción como por omisión, al haberse dejado en la cavidad abdominal de la demandante un elemento extraño - compresa el 27 de febrero de 2011 luego de practicada una apendicectomía, que duró en su cuerpo por espacio aproximado de siete meses, dado que fue retirado hasta el 24 de septiembre de ese mismo año en otra cirugía de laparotomía que le generó una cicatriz mucho más amplia que le causó deformidad física permanente, además se le provocó la interrupción abrupta de un embarazo, imponiéndosele a los demandantes una carga que no estaban en la obligación de soportar, rompiendo el equilibrio entre la administración y los administrados, probándose la existencia de un perjuicio indemnizable y el nexo causal bajo los presupuestos del artículo 90 superior.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

- **HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO (fs. 159-172)**

Señala respecto de los hechos denominados familiares, que el 1 y el 3 no le constan y el 2 es una afirmación del demandante y de los denominados origen del daño, que el 1, es cierto, del 2 al 6, son parcialmente ciertos, no son ciertos el 7, 8 y, son afirmaciones del demandante del 9 al 11. De igual modo se opone a las pretensiones de la acción.



Fundamenta su defensa en que no se determina la relación de causalidad entre el hecho (peritonitis intervenida) y el daño producido como requisito indispensable para determinar la responsabilidad y tampoco existe prueba de la negligencia del galeno. Agrega frente a los perjuicios morales reclamados, que estos deben probarse, determinándose el afecto, la cercanía, convivencia, aplicando el test de proporcionalidad establecido por el Honorable Consejo de Estado en sentencia del 19 de agosto de 2011, etc.

Destaca que no hay certeza acerca del daño reclamado, sino un alto grado de probabilidad, debiendo analizarse aspectos como la pérdida de la oportunidad, destacando que la actividad médica es una obligación de medio y sólo excepcionalmente de resultado, encontrándose vigente la falla del servicio probada y no basta con que la parte demandante acuda a la teoría del daño antijurídico sino que además se requiere que el daño sea imputable a la administración, correspondiendo a la causa eficiente del mismo.

Alega que no se encuentra probado el nexo de causalidad entre el daño y el hecho, que permita demostrar la supuesta negligencia reprochada dado que se ejerció la actividad teniendo en cuenta los protocolos y guías de manejo para la patología que presentaba la hoy demandante. Agrega que tampoco hay relación directa ni indirecta entre el cuerpo extraño encontrado en el abdomen y el aborto ocurrido pues esto se pudo deber a muchas causas naturales o provocadas, ni que el cuerpo extraño hubiese sido dejado por descuido o negligencia por el personal de la E.S.E., pudiendo ser otro lugar donde ocurrió el hecho, desconociéndose patologías ocultas y antiguas que no permitieron una atención más especializada a la paciente.

Explica las consecuencias de hallar cuerpos extraños en el abdomen, pudiendo causar reacciones que son perceptibles dentro de las 24 horas siguientes al suceso y extendiéndose hasta el día 13 y en caso de transcurrir por lo menos 5 años, eventualmente pueden desintegrarse, calcificarse y menos frecuentemente osificarse, puntualizando que para el *suhl examine* no se encuentra documentada complicación alguna por el cuerpo extraño, no causándose perjuicio o incapacidad.

Propuso como excepciones las que denominó *divergencia entre lo solicitado para ser conciliado acorde con la Ley 1285 de 2009 y lo plasmado como pretensiones como pretensiones de la demanda, caducidad de la acción, falta de causa legal para incoar la acción, falta de razonabilidad en las pretensiones y valoración de los daños sin soporte alguno, las obligaciones de la E.S.E. en su actuar, inexistencia de falla probada del servicio, innominada.*

- **MEDICO FELIPE CABALLERO MICHELSEN (fls. 80-110)**

Señala frente a los hechos denominados familiares que ninguno le consta y deberán probarse. De la misma forma indica en relación con los hechos del origen del daño que el 1, 2 y 8 no le constan, del **tercero** dice ser cierto y lo complementa anotando que cuando se llamó al cirujano de turno, esto es, el Dr. Caballero Michelsen a las 21:30 da la RX de abdomen simple en posición vertical y nuevo CH. A las 22:40 se da orden para que la paciente sea remitida al Hospital de Guateque para ser valorada personalmente por el cirujano ya que el equipo quirúrgico de anestesiólogo y cirujano general, pernoctaba en dicha entidad.



El **cuarto** lo reconoce como parcialmente cierto pues no fueron los familiares quienes exigieron su traslado al Hospital de Guatemala sino por el hecho de encontrarse el equipo quirúrgico pernoitando en dicho lugar, en efecto la cirugía fue realizada por el mencionado cirujano 40 minutos luego del ingreso de la paciente, evidenciándose oportunidad en su atención, practicándosele laparotomía por apendicitis aguda perforada y drenaje de peritonitis generalizada, reportando posoperatorio satisfactorio, con manejo analgésico y salida el 2 de marzo de 2011.

El **quinto** hecho no le costa y aclara que el legrado practicado fue ginecológico y no obstétrico, no había células trofoblásticas residuales, ni tejido decidual, es decir no había restos de embarazo o aborto de acuerdo a la historia clínica. El **sexto** es considerado cierto y se complementa anotando que el estudio ecográfico practicado a la paciente se encontraba dentro de los límites normales, sin que se denotara presencia de un cuerpo extraño. Reconoce que se utilizaron compresas pues hacen parte indispensable del material quirúrgico requerido para cualquier cirugía, pero el conteo y retiro de las mismas no es función del cirujano sino del personal auxiliar, incluso se realiza el recuento de las mismas al final de la intervención para proceder al cierre de la pared abdominal, pero reitera no se hace directamente por el cirujano ya que ello contaminaría la escena, además de distraer su atención, comprometiendo signos vitales del paciente e incluso su vida.

Al **séptimo** hecho afirma no es cierto ya que entre la primera consulta y la cirugía transcurren 24 horas, sin dilatarse el procedimiento quirúrgico, la paciente no presentaba signos claros de apendicitis y cuando los reveló ya cursaba con peritonitis.

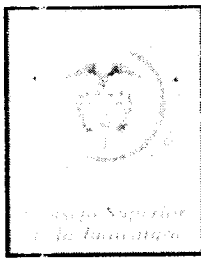
Del **noveno** enseña que es parcialmente cierto, la paciente refirió sangrado genital desde el 18 de agosto de 2011, los exámenes mostraron cuadro hemático con aumento de glóbulos blancos y prueba de embarazo positiva, por lo que se diagnosticó aborto incompleto y se remitió al Hospital de Guatemala para valoración por ginecología, con cuello uterino cerrado, no sangrante, útero ligeramente aumentado de tamaño, con ecografía transvaginal que arrojó aborto incompleto y ordenó preparar legrado para la mañana siguiente, sin embargo en el resultado de la patología determinó que no había embarazo, no hubo aborto y menos se dio por la presencia de un cuerpo extraño ya que este se encontró en la pared abdominal, anota que las pruebas de embarazo cualitativas como la practicada a la demandante, pueden arrojar falsos positivos en el 2% de los casos.

Al **décimo** señala no es un hecho sino una hipótesis, ya que no había embarazo y tampoco aborto, además en caso de haberse presentado un aborto, no se podría establecer el nexo causal con el oblito quirúrgico, pues este se encontró en la pared abdominal.

Finalmente tienen como no cierto el hecho **once** ya que el procedimiento quirúrgico realizado era el apropiado para el padecimiento y reitera que el recuento de las compresas no es función del cirujano sino del equipo auxiliar pues él se ocupa de salvar vidas.

En lo que respecta a las pretensiones, manifiesta se opone a todas ellas y señala objeción a la estimación de la cuantía pues no es razonada, contraviene el artículo 211 del CPC modificado por el CGP y además los rubros solicitados no cumplen con el requisito de certeza.

Propuso como excepciones las que denominó: *De los elementos de responsabilidad: falta de legitimación en la causa por pasiva por parte del Dr. Felipe Caballero Michelsen; En materia del*



elemento daño: Valoración injustificada en materia de perjuicios materiales: Daño emergente, ausencia de prueba e improcedencia de los perjuicios morales y extra patrimoniales solicitados. En materia del contenido obligacional: Las obligaciones del médico en el caso concreto son de medio, ausencia de responsabilidad solidaria entre la Empresa Social del Estado Hospital Valle de Tenza y el demandado Dr. Felipe Caballero Michelsen; En cuanto a la atribución jurídica o imputación: Inexistencia de responsabilidad derivada de un evento propio de la ciencia médica, ausencia de causalidad adecuada y por ende de nexo causal entre el acto médico desarrollado por el Dr. Felipe Caballero Michelsen y los daños demandados por el extremo activo, no acreditación del nexo de causalidad; en cuanto al fundamento o elemento subjetivo: culpa médica: Cumplimiento cabal de la lex artis ad hoc por parte del Dr. Felipe Caballero Michelsen, división del trabajo médico y prestación conjunta, acto médico carente de culpa, causa extraña al acto médico realizado por el Dr. Felipe Caballero Michelsen, vocación no indemnizable de los perjuicios demandados y genérica o inominada.

III. LLAMAMIENTO EN GARANTIA

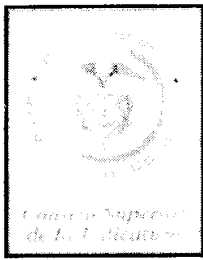
El apoderado de la entidad demandada **HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA, EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO**, llamó en garantía a la **PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS** y a **LIBERTY SEGUROS S.A.**, por cuanto en cumplimiento de la obligación de adquirir pólizas con el objeto de amparar todas las actividades propias o conexas con el objeto social de la entidad, como lo es la prestación del servicio de salud, en especial el manejo global y la responsabilidad civil extracontractual como la que se examina en el caso bajo estudio, cubriendo de manera clara y explícita tanto los errores u omisiones profesionales, como el uso de equipos de diagnóstico y terapia y las labores y operaciones de los empleados de la E.S.E. Los llamamientos fueron admitidos el 16 de julio de 2015 como se aprecia a folios 22 a 24 y 37 a 39 de los cuadernos de llamamiento en garantía, respectivamente.

De igual modo, llamó en garantía al médico **FELIPE CABALLERO MICHELSEN** con el argumento que en desarrollo del objeto social, se debe contratar el equipo idóneo y especializado de acuerdo con el nivel de atención en que se encuentra y se vinculó al citado profesional, como médico cirujano quien trató la laparotomía más apendicetomía, donde supuestamente se dejó una compresa en la cavidad abdominal de la demandante. Este llamamiento fue negado mediante proveído del 08 de mayo de 2015 comoquiera que el profesional médico actúa como demandado en la acción de la referencia.

Así, las entidades llamadas se pronunciaron:

1. PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS (Hs. 36-46)

Señala el apoderado de la entidad que se opone a la declaratoria de responsabilidad del **HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA, EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO** toda vez que la atención que se prestó a la señora **MAIRA CRISTINA GAMEZ MARTIN**, observó todos los protocolos médicos que correspondían al grave estado de salud que reportaba al ingreso a la institución, practicándosele los procedimientos que requería de acuerdo a la patología que padecía y a la literatura médica aplicable, siendo por demás oportunos, de manera que no se encuentran estructurados los elementos generadores de la responsabilidad médica que se pretende adjudicar ya



que no existió falla en la prestación del servicio asistencial prestado a la demandante y las consecuencias posteriores que presentó su salud se debieron a causas patológicas, orgánicas o a la simple reacción del organismo de la paciente y que no se pueden determinar de forma efectiva con anterior a su aparición pues los adelantos de la ciencia no son suficientes.

Respecto a las pretensiones, se opone, los hechos familiares no le constan y deben probarse, en cuanto a los hechos respecto el origen del daño del 4 al 6 y el 8 no le constan y deben probarse, no son ciertos el 7 y el 11, el 9 y 10 son consideraciones subjetivas que no tienen respaldo ni en la historia clínica ni en la literatura médica y deberá probarlos.

Agrega que coadyuva las excepciones propuestas por la entidad demandada y formula las denominadas: *Ausencia de los elementos constitutivos de responsabilidad médica; actividad médica es de medio y no de resultado; falta de prueba sobre la cuantía de la pérdida; improcedencia de los perjuicios morales como están solicitados y cualquier otro medio exceptivo que resulte probado dentro del proceso y que se oponga a las pretensiones de la demanda.*

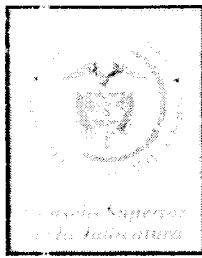
Puntualiza frente a los hechos del llamamiento en garantía y su subsanación que respecto del 1 al 4, se atienen al contenido de las pólizas y en especial a los amparos otorgados, condiciones pactadas, exclusiones y deducibles establecidos por las partes contratantes, aclarando que las pólizas aludidas no amparan responsabilidad médica, los hechos 5 y 6 son ciertos y el 7 y 8 no son ciertos.

Propone como excepciones al llamamiento en garantía las correspondientes a: *Inaplicabilidad de la póliza N° 1002943, que sirve de base al llamamiento en garantía; ausencia de cobertura de la póliza de responsabilidad civil servidores públicos N° 1002943; falta de configuración del siniestro en la póliza N° 1002943; exclusiones pactadas contractualmente en la póliza N° 1002943; falta de amparo de la póliza de responsabilidad civil número 1002941 certificados 0, para el amparo de responsabilidad médica; inaplicabilidad de la póliza de responsabilidad civil número 1002941 certificados 0, para los hechos motivo del proceso; ausencia de cobertura de la póliza global de manejo N° 1007430 para los hechos materia del proceso y falta de configuración del siniestro; límite del valor asegurado, limitación de responsabilidad de la PREVISORA S.A. Compañía de Seguros al monto de la suma asegurada, artículo 1079 del Código de Comercio; limitación de la responsabilidad de la PREVISORA S.A. Compañía de Seguros a la disponibilidad del valor asegurado por concepto de responsabilidad civil, artículo 1111 del Código de Comercio; aplicación del deducible pactado en la póliza y cualquier otro medio exceptivo que resulte probado dentro del proceso y que se oponga a las pretensiones de la demanda.*

2. LIBERTY SEGUROS S.A. (fls. 55-61)

Manifiesta el apoderado que ninguno de los hechos le consta y deben probarse y en cuanto a las pretensiones se opone pues como lo arguyó la entidad demandada, la atención médica se prestó observando los protocolos.

Coadyuva las excepciones propuestas por el **HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO**, denominadas: *Divergencia entre los solicitado para ser conciliado acorde con la Ley 1285 de 2009 y lo plasmado como pretensiones de la demanda; caducidad de la acción; falta de causa legal para incoar la acción; falta de razonabilidad en las*



pretensiones y valoración de los daños sin soporte alguno; cumplimiento de las obligaciones de la E.S.E. en su actuar; inexistencia de falla probada del servicio; innominada o genérica y cualquier otro medio exceptivo que resulte probado dentro del proceso y que se oponga a las pretensiones de la demanda.

En cuanto a los hechos del llamamiento en garantía, señala del 1 al 5 que no le constan y deben probarse, del hecho sexto expresa que se expidieron las siguientes pólizas: De manejo global N° 120888, responsabilidad civil profesional clínicas y hospitales N° 313567 y de responsabilidad civil para servidores públicos N° 312985, cuyo tomador es la entidad demandada.

Detalla que las pólizas de seguro de manejo global comercial y de responsabilidad civil para servidores públicos no cubre los eventuales perjuicios que hubieren podido sufrir los demandantes con ocasión de la afectación a la integridad física de la señora **MAIRA CRISTINA GAMEZ MARTIN**, pues se dirigen a cubrir el manejo de dineros, por parte de los funcionarios de la entidad y los relacionados con detrimentos patrimoniales, gastos de defensa y cauciones, rechazando cualquier condena en su contra.

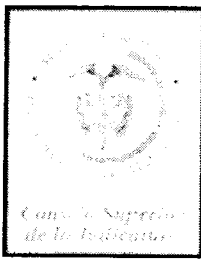
Propone como excepciones frente al llamamiento las que llamó: *Falta de legitimación por pasiva con relación a LIBERTY SEGUROS S.A.; riesgo no cubierto en la póliza de manejo global 120888, riesgo no cubierto en la póliza de responsabilidad civil para servidores públicos N° 312985; limitación de la responsabilidad; disminución del valor asegurado en la póliza de responsabilidad civil profesional clínicas y hospitales N° 313567 en la proporción en que por otros siniestros se hayan hecho pagos por esta póliza; aplicación de los deducibles pactados por el HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA E.S.E. con LIBERTY SEGUROS S.A. y de límite de responsabilidad; cualquier otro medio exceptivo que resulte probado dentro del proceso y que se oponga a las pretensiones de la demanda.*

Anota que objetan las cuantías referidas al daño emergente, perjuicios morales y daño a la vida de relación, ya que las mismas carecen de respaldo, debiendo ajustarse conforme a las pruebas allegadas en caso de establecerse la obligación de indemnizar.

IV. TRASLADO DE EXCEPCIONES

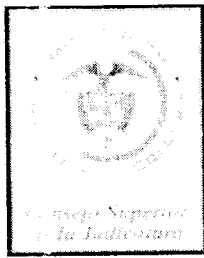
El traslado de las excepciones se dio entre el 15 y el 17 de febrero de 2016 (fl. 412), oportunidad dentro de la cual el apoderado actor se pronunció indicando a folios 413 a 420 del plenario, que:

Respecto de las planteadas por el médico **FELIPE CABALLERO MICHELSEN**: *Falta de legitimidad en la causa por pasiva*, no indica las razones para tal acepción de modo que no se puede ejercer el derecho de defensa y contradicción, no obstante, conforme a la historia clínica el cirujano fue quien realizó la intervención quirúrgica a la señora **MAIRA CRISTINA GAMEZ MARTIN**, el 27 de febrero de 2009, dejando alojada en su cavidad abdominal una compresa que fue extraída el 24 de septiembre de ese mismo año, de manera que se debe negar de plano dicho medio exceptivo; *valoración injustificada de perjuicios y ausencia de pruebas e improcedencia de los perjuicios morales y extrapatrimoniales*, son apreciaciones subjetivas y le corresponderá al juez determinarias con base en el material probatorio arrojado; *obligaciones del medico en el caso concreto son de medio y no de resultado*, manifiesta que el mismo no tiene aplicación, dado que el hecho generador de la



responsabilidad que se predica es una conducta médica irregular, con un resultado dañino y reprochable que está en contravía de la buena práctica médica al no retirar la compresa de la cavidad abdominal de la afectada, de modo que no cumplió con las obligaciones de medio, al omitir sus conocimientos y pericia para retirar los elementos ajenos al cuerpo y órganos de la persona intervenida, generando resultados adversos como consecuencia de un descuido y negligencia por falta de pericia y precaución, al no contar las compresas utilizadas en la cirugía, viéndose comprometida la salud de la paciente no sólo por el aborto que sufrió sino por la infección generalizada que obligó a la realización de una nueva intervención; *ausencia de responsabilidad solidaria, señala que* cada uno de los demandados debe responder por sus actuaciones y conductas, de modo que se está demandando al agente directo causante del daño por falla en el servicio que no lo faculta para ser excluido del proceso; *inexistencia de responsabilidad derivada de un evento propio de la ciencia médica* alude que no es propio de esta ciencia dejar a los pacientes cuerpos extraños y es por ello que nos hallamos ante un error culposo por descuido, impericia y negligencia, que probablemente causó el aborto espontáneo de que da cuenta la historia clínica; *no acreditación del nexo de causalidad*, indica que se encuentra demostrado que en la cirugía que se le practicó a la señora **MAIRA CRISTINA GAMEZ VILLAMARIN**, fue donde se le dejó alojado el cuerpo extraño en su abdomen que obligó a una segunda intervención para ser retirado, por lo que existe una relación clara de los hechos y el daño causado; *cumplimiento de la lex artis*, alega que no se cumplieron los protocolos médicos respecto del conteo de las compresas al inicio de la cirugía y el recuento de las utilizadas, para corroborar que concuerden y evitar casos como el estudiado; *división del trabajo médico y prestación conjunta*, destaca que corresponde al médico cirujano y al equipo médico demostrar de quién fue la responsabilidad de dejarle la compresa a la paciente, sin olvidar que el director del procedimiento quirúrgico es el cirujano, correspondiéndole verificar que todas las compresas utilizadas hayan sido retiradas antes de cerrar la incisión efectuada; *causa extraña al acto médico*, refiere que no se está hablando de un caso fortuito o fuerza mayor, sino que lo que se discute fue producto de un actuar humano por descuido, negligencia o impericia; *vocación no indemnizable de los perjuicios demandados*; señala que el médico cirujano presta un servicio público de atención en salud y los daños que ocasione en ejercicio de esa actividad deben ser resarcidos.

En relación con las excepciones propuestas por el **HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA, EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO**, se pronuncia así: *caducidad de la acción*, manifiesta no puede ser próspera ya que si bien la compresa fue dejada en la cavidad o pelvis de la señora **MAIRA CRISTINA GAMEZ MARTIN**, dicho elemento permaneció oculto por espacio de siete meses hasta ser extraído el 24 de septiembre de 2011, siendo aquí cuando se consolidó el hecho dañoso, agrega que el término de 2 años fue interrumpido por el trámite de la conciliación y que como lo ha manifestado el Consejo de Estado, las pretensiones de la conciliación pueden ser diferentes a las del escrito de demanda y en todo caso aquí coinciden las pretensiones; *falta de causa legal para incoar la acción*, apunta que la historia clínica da cuenta que de haberse observado el protocolo médico y quirúrgico como lo estipula la *lex artis*, la situación alegada no se habría presentado; *falta de razonabilidad e las pretensiones y valoración de los daños sin soporte alguno*, indica que ello se determina con la valoración probatoria que adelanta el Juez; *obligaciones de la E.S.E. en su actuar y falla probada del servicio*, determina que no son excepciones sino argumentos de defensa.



En torno a las excepciones propuestas por la **PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS** como llamada en garantía, señala: *Ausencia de elementos constitutivos de responsabilidad*, manifiesta que es un argumento de defensa que no demuestra la inexistencia del daño o que el mismo no sea atribuible a la entidad demandada y/o a su personal médico, siendo tangible que a la señora **MAIRA CRISTINA GAMEZ MARTIN** se le encontró alojada en su área abdominal una compresa, dejada al término de un procedimiento quirúrgico y que le genero alteraciones en su salud: *actividad médica es de medio no de resultado*, refiere que aplican los mismos términos que la propuesta por el médico cirujano; *falta de pruebas sobre la cuantía de la pérdida*, destaca que serán allegadas en la fase probatoria; *improcedencia de los perjuicios morales como están pedidos*, precisa que una cosa es la estimación y otra la graduación de daños y perjuicios de acuerdo al grado de afectación y dolor, así como la cercanía a la víctima directa según los parámetros establecidos por el Consejo de Estado, correspondiendo esta última al juez conforme al acervo probatorio que se le allega.

Finalmente en lo que respecta a las excepciones formuladas por **LIBERTY SEGUROS S.A.** manifiesta que como las mismas sólo se enuncian sin expresar las razones de hecho y de derecho que las fundamentan, omite pronunciarse sobre ellas y solicita se denieguen.

Con el pronunciamiento sobre las excepciones propuestas, solicita se decrete el interrogatorio de parte del médico **FELIPE CABALLERO MICHELSEN**.

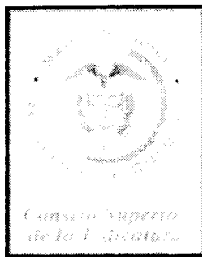
III. ACTUACIÓN PROCESAL

1. AUDIENCIA INICIAL.

Admitida la demanda el día 06 de marzo de 2014 (fls. 55-56), fueron notificados el **HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA, EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO**, quien contestó en fecha 09 de octubre de 2014 como se verifica a folios 159 a 172, el médico **FELIPE CABALLERO MICHELSEN** contestó la acción en fecha 24 de agosto de 2014 (fls. 80-110) y los llamados en garantía **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS y LIBERTY SEGUROS S.A.** como llamados en garantía se pronunciaron el 30 de noviembre de 2015 (fls. 36-36) y 19 de enero de 2016 (fls. 55-61) respectivamente. Se procedió a realizar audiencia inicial el 26 de agosto de 2016 (fls. 425-429), previa convocatoria mediante auto de fecha 07 de abril de la misma anualidad (fl. 422), desarrollándose la misma en los términos del artículo 180 del C.P.A.C.A., suspendida en el ítem de conciliación, reprogramándose la continuación para el 7 de octubre de 2016. La continuación se realizó en dicha fecha (fls. 439-440) y se reprogramó para el 3 de noviembre de 2016. En dicha fecha se surtió el trámite de ley, concluyéndose con la fijación de fecha para la audiencia de pruebas para los días 20 y 27 de enero de 2017 (fls. 443-451).

2. AUDIENCIA DE PRUEBAS

Se realizó durante los días 20 de enero de 2017 (fls. 684-686), 27 de enero de 2017 (fls. 704-710), 22 de marzo de 2017 (fls. 982-990) y 31 de enero de 2018 (fls. 1090-1092), disponiéndose correr traslado para alegar, (fls. 238-250).



IV. ALEGATOS

1. PARTE DEMANDANTE (fls. 1147-1153)

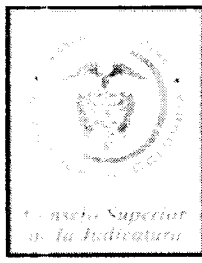
El apoderado retoma apartes de los hechos de la demanda y de lo consignado en la historia clínica de la señora **MAIRA CRISTINA GAMEZ MARTIN**, para insistir en que luego de consultar repetidamente por un cuadro de dolor abdominal, en la primera atención cuando se determina que padece apendicitis, se presenta una dilación injustificada en la realización del procedimiento quirúrgico y por ello se presenta peritonitis, lo que implicó un tratamiento médico de mayor complejidad, mayor permanencia hospitalaria y mayor riesgo para su vida.

Sostiene que también la historia clínica soporta que 6 meses después de la intervención la paciente reportó nuevos quebrantos de salud por fiebre y dolor abdominal, determinándose que estaba embarazada y había presentado un aborto incompleto, requiriendo legrado uterino, al parecer por el cuerpo extraño alojado en su abdomen al haberse realizado la cirugía por apendicitis.

Añade que la prueba médica en sangre demostró el estado de embarazo aun cuando el resultado de la patología arrojó un resultado distinto, siendo posible que se haya producido un aborto completo por tratarse de un embarazo muy reciente, sin que hubiera acuciosidad en la toma de muestras ni en la cadena de custodia, destacando que la historia clínica señaló embarazo reciente, aborto incompleto y legrado obstétrico con anotación de un profesional en Ginecología y Obstetricia.

Del dictamen pericial suscrito por la medica especialista en Ginecología y Obstetricia **WILMA INES CASTILLA PUENTES**, alega que no cumplió con los requisitos previstos en el inciso 5 del artículo 226 del CGP pues no allegó los documentos que acreditaran su idoneidad y experiencia, ni se allegó prueba que la perito perteneciera sea miembro activo de la "Sociedad Boyacense de Ginecología y Obstetricia", a su vez no se aportó la representación legal de la entidad a la que dicha sociedad se encuentra afiliada, por lo que solicita que al momento de apreciar dicho dictamen, no se le de valor probatorio.

Agrega que aun cuando no se demostró probatoriamente que la conexidad entre el aborto sufrido y el hallazgo de la compresa posteriormente extraída, ese elemento le generó un riesgo excepcional y una pérdida de la oportunidad para que dicho embarazo llegara a feliz término, debiendo aplicar las teorías que sobre el tema ha expuesto el Consejo de Estado, aunado a que del testimonio del Cirujano **EVARISTO MARTINEZ** quien extrajo el elemento extraño, se corroboró que se trataba de una compresa, destacando que en el testimonio de **ANA ZULINDA SANCHEZ** adujo que por la austeridad en el gasto, las compresas eran reutilizadas, lo que generó sin lugar a dudas daños y perjuicios de orden material, moral y fisiológico o de la vida de relación para la víctima y sus parientes próximos, como dan cuenta las pruebas documentales, el dictamen pericial de medicina legal y los testimonios que dan cuenta de la falla en el servicio reprochada.



2. HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA, EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO (fls. 1132-1146)

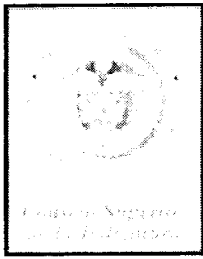
Anota que como se evidencia en la historia clínica de la señora **MAIRA CRISTINA GAMEZ MARTIN**, fue atendida oportunamente y observando los protocolos establecidos para el procedimiento que se le practicó pues su padecimiento de apendicitis aguda y abdomen agudo, así lo exigían y con el fin de evitar una peritonitis y sepsis de los órganos digestivos y la cavidad abdominal se adelantó una apendicectomía.

Refiere que como lo expuso el llamado en garantía Dr. Caballero y la instrumentadora quirúrgica Yohana Cruz, el conteo del material usado en el procedimiento, correspondía al que se tuvo al iniciarlo. Destaca que conforme al Comité Científico realizado en días posteriores a aquel, se estableció que no había ningún tipo de relación entre el cuerpo extraño encontrado y el aborto ocurrido, aunado a que conforme a la experticia rendida por la profesional **WILMA INES CASTILLO** se podía tratar de un falso positivo para embarazo pues la paciente consultó también por fuerte sangrado, de modo que no se encuentra probado que en su momento estuviera grávida pues al realizarse la patología respectiva, sólo se encontraron restos hemáticos y al momento del ingreso se apreció cérvix cerrado sin sangrado activo al momento del legrado, lo que no resultaba compatible con un embarazo.

Destaca que en la historia clínica quedó como registrado que el último periodo menstrual fue el 22 de julio de 2011, es decir que para la fecha de consulta, tan sólo tendría 2 días de retraso, quedando claro que tan sólo se trató de una menstruación fuerte, a más como lo destaca la perito, no siempre que se hace un legrado necesariamente ha ocurrido un aborto pues a él se recurre en eventos diferentes, distinguiendo además entre una impresión diagnóstica y un diagnóstico definitivo, pues el primero es sólo inicial y el segundo se da cuando hay certeza de la afección o patología que padece el paciente, puntualizando que no se encuentra probada la existencia de un embarazo y menos un aborto, de modo que no existe nexo causal entre un aborto inexistente y una patología producto de otra cirugía, practicada con anterioridad.

Precisa que no se pudo establecer que haya existido un cuerpo extraño y que éste en efecto haya sido una compresa, ya que ello no ocurre en la pared abdominal pues por su longitud y espesor no cabe en dicha pared, cosa diferente se presenta frente a una gasa que es un elemento de pequeñas dimensiones que puede caber en el estrecho espacio que hay entre la pared abdominal y la piel, de modo que no es lo mismo un cuerpo extraño en la cavidad abdominal que en la pared abdominal como ocurre en el caso de autos, que difícilmente puede ser una compresa y tratarse de una sutura que formó un absceso y un tumor que pudo ser tratado por el personal médico.

Señala que tampoco se probó que el número de compresas y gasas no correspondiera a los que inicialmente se contaron para la cirugía, y el médico que extrajo el elemento, Dr. Malagón, señaló que no podía afirmar que se trataba de una compresa por el espesor y el sitio donde dicho elemento se encontraba alojado, asimismo la paciente al ser delgada pudo haberla detectado con la simple palpación, situación que no ocurrió, distinguiendo que el Dr. Caballero cerró la cavidad abdominal y la Dra. María Fernanda Camacho cerró la piel con electrobisturí, a lo cual el Dr. Malagón manifestó



que con una compresa no se quita el sangrado sino que se cauteriza por tratarse de una sutura superficial. Agrega que el Dr. Manuel Castro no envió el elemento a patología sino que lo eliminó como un desperdicio, de modo que la falta de observación de un protocolo médico no puede conllevar a la declaratoria de responsabilidad por falla en el servicio respecto de la atención brindada a la señora **MAIRA CRISTINA GAMEZ MARTIN**.

Detalla que no se acreditó que el cuerpo extraño encontrado en la paciente, hubiese sido dejado por descuido o negligencia por el personal de la E.S.E. HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA, no habiendo nexo causal entre el objeto y las secuelas generadas, de modo que no le es posible entrar a responder por lo pretendido. Recuerda que en el eventual caso de encontrarse responsables bien por el acto médico o por el actuar del profesional, conlleva a una valoración subjetiva que sea atribuida a título de culpa, sin ser suficiente la comisión del daño para establecer la responsabilidad, sino que se debe haber superado el riesgo confirmado de ciertas actividades por el actuar omisivo que causa un perjuicio indebido, situación que no se configura en el *sub examine*.

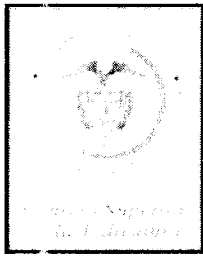
Señala que en lo que refiere al daño, se deben establecer probatoriamente las secuelas que eventualmente pudo haber padecido la demandante con los conocimientos técnico científicos pues lo que se muestra es que las complicaciones que revistió se originaron por su misma condición anatómica, no por la impericia de los médicos tratantes y derivada del riesgo inherente a la cirugía, salvaguardando su salud al ser intervenida por la apendicitis que tenía, concluyendo que el daño se excluye frente al grado de riesgo implícito, debiéndose probar la culpa en la conducta desplegada por el personal médico ya que no puede existir responsabilidad sin culpabilidad debidamente probada.

Reitera que no puede hablarse de falla en el servicio médico ya que la profesión médica es de medio, no de resultado, a más de haber existido atención oportuna a los requerimientos de salud de la paciente, sin que se halle demostrado el nexo causal entre la conducta desplegada por el Hospital y los problemas fisiológicos que ya padecía, pues lo que se hizo fue velar por su bienestar, no habiendo lugar a acceder a las súplicas de la demanda o en su defecto profiriendo fallo inhibitorio.

3. MEDICO FELIPE CABALLERO MICHELSEN (fls. 1096-1121)

Señala la apoderada que no existe falla en el servicio u oblitio quirúrgico, negligencia o culpa en la atención prestada a la paciente, a quien se le salvó la vida cursando un episodio de peritonitis instaurada, alega que el personal que acompañó la cirugía es contratado por la E.S.E. y al ser un equipo de trabajo se complementan, por ello al preguntar si es equipo quirúrgico estaba completo a la Instrumentadora quirúrgica encargada de tal función, se cierra la cavidad abdominal y la pared abdominal la cierra la médica general.

Destaca que es imposible que una compresa de 45*45 cms pueda ser olvidada en un espacio de 3-4 cms de grosor y pasar desapercibida por especialistas, ecografías, radiografías y la misma paciente - delgada - por más de 6 meses, pudiendo corresponder a un material de sutura al que el cuerpo hizo reacción de rechazo que sí puede ubicarse en la pared abdominal y corresponder a las medidas reportadas, sin encontrarse probado el daño alegado ya que no existe incapacidad, deformidad física,



frustración económica, ni gastos acreditados pues la EPS los asumió, descartándose además la responsabilidad que se achaca al médico cirujano.

En cuanto al examen de las pruebas y sus conclusiones alega que se demostró la pericia del cirujano por más de 35 años y respecto al contrato suscrito con la E.S.E. este se encontraba sujeto a disponibilidad, por ello el equipo quirúrgico estaba en el Municipio de Guatemala y por ello se le debía llamar cuando se requiriera la especialidad, como en efecto ocurrió y la peritonitis que presentaba la paciente requiere una evolución de más de 72 horas, por lo que no se puede afirmar que haya habido inoportunidad en su atención pues en menos de 20 minutos la valora y ordena cirugía.

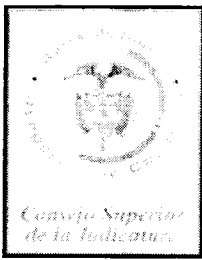
Aclara que los cuerpos extraños pueden quedarse en la cavidad abdominal más no en la pared abdominal, de modo que ante un eventual resecamiento de un cuerpo extraño, este no fue olvidado por el médico cirujano sino por la médica general que suturó esa parte de la pared abdominal donde se resecó, sin ser posible determinar qué cuerpo fue el resecado, siendo probable que haya sido una sutura de la cual la paciente haya hecho reacción.

Detalla que la incisión que se le realizó fue vertical y la cicatriz que alega como daño que le causó la dejación del cuerpo extraño es la misma que se le debía realizar y se realizó para salvarle la vida debido a su patología de peritonitis, no existiendo fundamento de la pretensión resarcitoria en cuanto a la incisión.

En relación con el interrogatorio de parte, señala que no coincide el hecho de tener supuestamente tres meses de embarazo y seguir presentando menstruaciones, descartándose dicho embarazo con la prueba de patología, de igual modo se descartó la realización de la radiografía en el hospital, sino que la misma paciente la llevó, de modo que en varias circunstancias su versión no coincide con la historia clínica.

Respecto del testimonio de la Instrumentadora Quirúrgica Johanna Vallejo, con 10 años de experiencia quien señaló que el recuento del material se realizó dos veces, ella lleva todo el material e instrumental quirúrgico y la auxiliar de enfermería registra cuántas compresas hay y cuántas se utilizan. Resalta que esta misma instrumentadora fue quien estuvo presente durante la extracción del cuerpo extraño realizada por el Dr. **EVARISTO**, quien hizo una incisión en la piel, no en la cavidad, retira una masa pequeña y la arroja en la caneca, sin identificar de qué se trataba, pudiendo ser una reacción a la sutura, pues su ubicación corresponde más con el sitio de la sutura final, sin que hubiera sido enviada a patología aun cuando se encontraba cubierta de material purulento y parecía más un plastron.

Del testimonio del Dr. **JOSE MALAGON**, subraya que fue el anestesiólogo presente en las dos cirugías realizadas a la paciente y que lo que se le extrajo no era una compresa sino un absceso, un granuloma retirado de la pared abdominal, sin poder determinar con exactitud si era una compresa o no por el tiempo de descompensación que lleva dentro y es una condición que sólo un patólogo podía determinar.

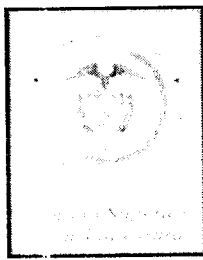


En cuanto al concepto del experto Dr. **MANUEL CASTRO GOMEZ (CIRUJANO GENERAL)**, enseña que aun cuando las compresas sean reutilizadas, su tamaño se conserva o se reducen en un 20%. De igual modo, todo cuerpo extraño debe ser enviado a patología, situación que no observó el Dr. **EVARISTO**, siendo poco probable que una compresa sea olvidada en la pared abdominal, por su tamaño.

En relación con el testimonio del Dr. **EVARISTO MARTINEZ**, cirujano que retiró el cuerpo extraño, señala que las placas llegan por una enfermera que es familiar de la paciente, no teniéndose certeza sobre su existencia y veracidad o si efectivamente se encontraba un elemento metálico o alguna compresa, hallando un elemento justo debajo de la piel, no en la cavidad abdominal, en la parte inferior del abdomen y superior de la incisión, correspondiendo al sitio donde se realizan las suturas. Reitera que quien realiza el recuento de las compresas es la instrumentadora quirúrgica, quien cierra la cavidad abdominal es el Dr. **CABALLERO** y quien sutura la piel es la médica general, probándose la no responsabilidad del citado profesional. Destaca que la imagen que se avizoraba en las radiografías que la paciente traía correspondían a una imagen radio lúcida no radio opaca, por ello no podía ser una compresa y si una masa generada por la reacción a un cuerpo extraño como se evidenció en la ecografía. Destaca que no se evidencia en la historia clínica anotación o existencia respecto a las radiografías, que debieron anexarse allí, además no hay certeza si se trataba de las mismas observadas por el Dr. **MARTINEZ**, reprochando por qué no se envió lo hallado en el cuerpo de la paciente a patología, desconociendo el protocolo no permitiendo establecer si se trataba de un tumor benigno o maligno, o si era otro tipo de elemento, resaltando que un cuerpo extraño hace reacción a los 7 u 8 días y en el caso lo hizo 7 meses después. Lo que resta credibilidad a que se tratara de una compresa, para concluir que el testimonio es infundado y contrario a lo registrado en la historia clínica.

Respecto del testimonio de **OSCAR FABIAL NUÑEZ**, compañero de la paciente, alega que se tachó de falso en su momento, por cuanto señaló que desde el mes de mayo sabía que estaba en embarazo y que para la época de la extracción del cuerpo extraño, tenía de 2 a 3 meses de gestación, lo cual no coincide con lo registrado en la historia clínica cuando señala que la fecha de la última regla fue el 18 de agosto de 2011 de manera que para el ingreso ya contaría con seis meses y en ese momento ninguno de los dos, ni paciente ni acompañante informan sobre dicho estado, desvirtuando el supuesto dolor de la pérdida, aunado a que a la paciente le hizo curaciones su exsuegra quien es enfermera y que nunca fue al ginecólogo lo cual no es entendible respecto de una mujer que ya ha sido madre, lo que resta veracidad a la teoría del embarazo.

Del testimonio del señor **EDISON CARDENAS**, padrastro de la paciente, indica que también se tachó de sospechoso y que falta a la verdad cuando señala que llegaron a las 12:30 y que se atendió a la 1:30, lo que no corresponde ya que la anotación de la historia clínica reporta que se atendió a las 12:50, es decir 20 minutos después del ingreso, siendo oportuna. Añade que afirmó que vio la radiografía y la compresa, sin tener los conocimientos sobre el tema y sin aportar las citadas radiografías, tampoco es acertado cuando indica que sabía del legrado de la paciente un mes antes, contradiciéndose cuando señala que sólo hasta el día del legrado se enteró que la paciente estaba embarazada y corrobora que la exsuegra de ella le realizó curaciones, agregando que no trabajaba para la época de los hechos.



En relación con el testimonio de la señora **ANA ZULINDA**, exsuegra y enfermera de la paciente resalta que también se tachó, confesando que fue quien retiró los puntos y le hizo curaciones dos veces al día y no le palpó nada cuando le hizo las curaciones, señalando que le realizaron una ecografía y una radiografía sin haber registro de ello, afirmando que las compresas pierden su volumen cuando son utilizadas pero no puede ser al punto de caer en la pared abdominal, confirmando que en sus años de experiencia como enfermera nunca había visto una compresa en la pared abdominal.

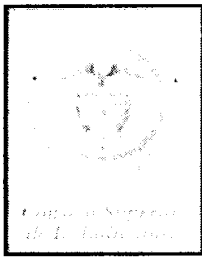
Testimonio del Dr. **SERGIO AREVALO**, Ginecólogo, manifiesta que luego de analizar la historia clínica de la paciente en un Comité Técnico Científico y correlacionarlo con la literatura médica se corrobora que no existe relación entre el supuesto cuerpo extraño en la pared abdominal de la paciente y el supuesto legrado.

Del dictamen pericial de la **ASOCIACION BOYACENSE DE GINECOLOGIA Y OBSTETRICIA**, subraya que fue un falso positivo de embarazo al no existir restos ovulares en la muestra de patología, de modo que no es cierto que tuviera casi 6 meses de embarazo ya que no se expulsa sólo por hemorragia un feto, debido a su tamaño y en todo caso de existir un embarazo, su fin no fue causado por el cuerpo extraño reseñado.

En cuanto a las pruebas documentales arrimadas refiere que se encuentra probada la experticia del Dr. **FELIPE CABALLERO MICHELSEN**, agrega que si bien a las 00:40 se deja el registro que se le llama y no contesta, en el registro de anestesia se señala que a las 12:50 se valora a la paciente y ordena prepararla para cirugía, por lo que la atención fue oportuna, en la descripción quirúrgica se anota se cierra por planos, lo que indica que la capa de la piel donde se encontró la supuesta compresa es cerrada por la Dra. **MARIA FERNANDA**, no por el Dr. **CABALLERO**. Durante el control posoperatorio al mes siguiente de la intervención, se registra herida seca, quirúrgica bien, de modo que de haber existido una compresa se hubiera palpado y probablemente la herida no hubiera cerrado o presentaría material purulento. Asimismo se evidencia que el 22 de agosto de 2011, 6 meses luego del posoperatorio se auscultó a la paciente y no se encontraron masas o protuberancias y en la ecografía del 24 de septiembre del mismo año, se concluye estudio dentro de los límites normales, sin reportar cuerpo extraño en la cavidad o pared abdominal, concluyendo que no tenía alojada una compresa pues por la contextura de la demandante y las diferentes valoraciones y auscultaciones, no permitían que se pasara por alto esa situación, pudiendo corresponder más a una reacción en cuerpo extraño de la sutura utilizada al momento del cierre de la intervención quirúrgica.

Indica la apoderada que en el proceso penal adelantado por la Fiscalía de Guatemala, se determinó que su representado no actuó con dolo o culpa grave, ni fue el responsable del supuesto cuerpo extraño hallado en la pared abdominal de la paciente, habiendo lugar a exonerarlo de responsabilidad.

Añade que se requiere de un equipo y una división del trabajo pues no existen médicos multifuncionales y de esa división surge el principio de confianza, pues solo cuando existe delegación de funciones en otros integrantes del equipo, se permite al cirujano concentrarse en su actividad de operar y el trabajo coordinado permite la unificación de la seguridad esperada para el paciente.



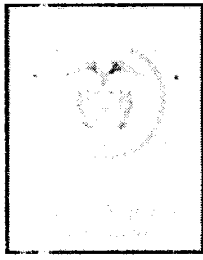
Puntualiza que cuando se condena a la entidad y al funcionario, considerándose que debe responder en todo o en parte, se impone la condena contra la entidad, quien debe repetir contra el funcionario, sin haber responsabilidad subjetiva del servidor público de manera directa con la víctima por su acción u omisión, sino una responsabilidad institucional y por ello no se concibe procedente adelantar una acción de reparación directa contra el agente estatal o contra éste y el estado, ya que con la expedición de la Ley 1437 de 2011, se eliminó la responsabilidad conexa sin proceder la vinculación de funcionarios o empleados públicos en calidad de demandados dentro de un proceso de reparación directa.

Finalmente la apoderada, solicita absolver al Dr. **FELIPE CABALLERO MICHELSEN**, con base en las siguientes conclusiones:

- No se probó la legitimación por pasiva respecto de su representado, pues no es el responsable del conteo de las compresas, ni suturó la piel de la paciente, lugar donde se encontró el cuerpo extraño y además no es posible demandar directamente al funcionario público como erradamente se permitió en este caso.
- No se demostró el dolo o culpa grave del Dr. **CABALLERO**, por el contrario lo que se probó fue la ausencia de culpa pues interrogó en dos oportunidades si las compresas estaban completas, realizándose un conteo de ellas en dos oportunidades, por lo que bajo el principio de confianza legítima y división del trabajo, se procedió al cierre.
- No se probó el oblitio quirúrgico como olvido involuntario de una compresa en la pared abdominal de la paciente, siendo imposible que ésta se pueda ubicar por más de 6 meses en una paciente delgada, no hay reporte de patología, rx que la evidencien, por el contrario se hace referencia a una imagen radio lúcida no radio opaca como es una compresa.
- No se probó el nexo causal entre la conducta desarrollada por el médico y el supuesto cuerpo extraño.
- No se probaron los elementos como dolo o culpa grave, daño imputable al médico o nexo causal.
- No se probó el incumplimiento de la LEX ARTIS por parte del médico tratante.
- No se probaron las pretensiones de la demanda, por el contrario se desvirtuaron al no presentar incapacidad, no estar embarazada y los perjuicios alegados no son responsabilidad de su representado sino un alea terapéutica que la paciente debe asumir pues al paracer su organismo rechazó una sutura y la convirtió en un cuerpo extraño a resecar.
- Se probó la ausencia de responsabilidad del médico y de las pretensiones de la demanda.

4. LIBERTY SEGUROS S.A. (fls. 1154-1156)

Sostiene el apoderado que ninguna de las pretensiones está encaminada a obtener indemnización por perjuicios causado por patologías originadas por el cuerpo extraño supuestamente dejado en el organismo de la señora **MAIRA CRISTINA GAMEZ MARTIN**, por lo que no hay lugar a determinar ~~los~~ perjuicios ante un eventual aborto.



Añade que conforme a las declaraciones obrantes en el proceso, resulta claro que es imposible que se quede alojada una compresa dado su tamaño, no en la cavidad abdominal, sino en la pared abdominal, destacando el desconocimiento del protocolo por parte del médico **EVARISTO MARTINEZ**, quien al extraer el cuerpo extraño, omitió enviarlo a patología y procedió a informarle a la familia de la reclamante lo que había encontrado pero no es una afirmación objetiva. De otro lado, reitera las excepciones que formuló en la contestación.

5. LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS. (fls. 1122-1131)

Arguye el apoderado que se encuentra acreditado en la historia clínica de la paciente, que en la atención se observaron los protocolos médicos que correspondían al grave estado de salud que presentaba al momento de su ingreso, brindándosele además con oportunidad, determinándose además con los resultados de patología que no se encontraba en estado de embarazo en su reingreso, tampoco se demostró que se haya dejado un cuerpo extraño al momento de practicarle la cirugía, sin estar demostrado que haya existido complicación quirúrgica.

Agrega que no se realizó prueba de patología sobre el supuesto cuerpo extraño que se encontró en el cuerpo de la paciente, no existiendo certeza si fue generado por material que no absorbió el organismo o que se le haya dejado, lo que no permite demostrar la relación de causalidad como generadora del daño, reiterando las excepciones propuestas en la contestación y solicitando se desestimen las pretensiones de la acción.

6. MINISTERIO PÚBLICO

Guardó Silencio.

V. ANÁLISIS PROBATORIO

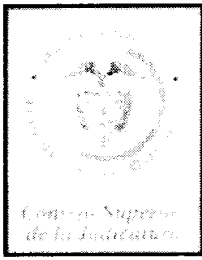
Al expediente se allegó el siguiente material probatorio, que fue decretado y practicado siguiendo las formalidades preestablecidas en las normas procesales, respetando el derecho de contradicción, publicidad y defensa de las partes y que por lo tanto se incorporaron al expediente como pruebas legalmente recaudadas y allegadas a la actuación procesal, razón por la cual se valorarán en conjunto, para soportar la decisión que en derecho corresponda:

- **Documentales:**

- **De la parte demandante**

- **Las documentales arrojadas corresponden a:**

- Registro civil de nacimiento de la señora **MAIRA CRISTINA GAMEZ MARTIN**, nacida el 28 de febrero de 1988, hija de **OMAIRA LUCIA MARTIN MONTENEGRO** y **ARNULFO GAMEZ OCHOA**. (fl. 26)

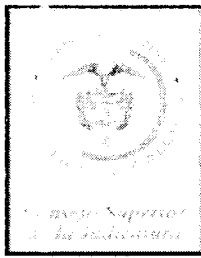


- Registro civil de nacimiento de **JAVIER ALBERTO DEVIA MARTIN**, nacido el **22 de marzo de 1993**, hijo de **OMAIRA LUCIA MARTIN MONTENEGRO** y **JORGE ALBERTO DEVIA BARRERO**. (fl. 30)
- Registro civil de nacimiento de **EDISON FABLAN CARDENAS MARTIN**, nacido el **21 de noviembre de 1999**, hijo de **OMAIRA LUCIA MARTIN MONTENEGRO** y **EDISON CARDENAS ARIAS**. (fl. 38)
- Registro civil de nacimiento de **JUAN SEBASTIAN CARDENAS MARTIN**, nacido el **12 de junio de 2002**, hijo de **OMAIRA LUCIA MARTIN MONTENEGRO** y **EDISON CARDENAS ARIAS**. (fl. 29)
- Registro civil de nacimiento de **LUIS ALEJANDRO LEGUIZAMON GAMEZ**, nacido el **21 de agosto de 2005**, hijo de **MAIRA CRISTINA GAMEZ MARTIN** y **LUIS ALBERTO LEGUIZAMON SANCHEZ**. (fl. 27)
- Formato Único de Noticia Criminal del **04 de enero de 2012**, siendo denunciante **MAIRA CRISTINA GAMEZ MARTIN** y denunciado el Dr. **FELIPE CABALLERO MICHELSEN**, por el delito de lesiones culposas. (fls. 31-35)
- Declaración extra juicio rendida por el señor **JAVIER ALBERTO DEVIA MARTIN**, el **11 de diciembre de 2013**, donde señala que el año anterior no presentó declaración de renta. (fl. 43)
- Declaración extra juicio rendida por la señora **OMAIRA LUCIA MARTIN MONTENEGRO**, el **11 de diciembre de 2013**, donde señala que el año anterior no presentó declaración de renta. (fl. 44)
- Declaración extra juicio rendida por la señora **MAIRA CRISTINA GAMEZ MARTIN**, el **11 de diciembre de 2013**, donde señala que el año anterior no presentó declaración de renta. (fl. 45)
- Cerrificación del **28 de enero de 2014**, donde el Secretario de Salud de Boyacá, que el nombre de la entidad demandada corresponde a **HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO**. (fl. 53)

➤ **Las documentales solicitadas:**

- Historia clínica de la señora **MAIRA CRISTINA GAMEZ MARTIN** y copia autenticada, íntegra y legible de la constancia o reporte donde se encuentre registrado el recuento o conteo de las compresas utilizadas en el procedimiento quirúrgico practicado el **27 de febrero de 2017**, cumplido con **oficio 1821** del 08 de noviembre de 2016 visible a folio 455. La copia de la historia se allegó y es vista a folios 604 a 668 pero al requerirse su transcripción, con oficio 048 del 20 de enero de 2017 (fl. 694), se requiere a la entidad demandada. La historia clínica de la demandante se allegó a folios 778 a 958. **La transcripción de la historia refiere a la atención en el Municipio de Guateque es visible a folios 711 a 720, así como a folios 750 a 759, de igual modo se allega historia clínica completa en cuaderno anexo, que incluye la atención en el Municipio de Garagoa, encontrándose respecto a lo legible y de destacar, que:**

* Ingresó el 26 de febrero de 2011, a la Sede Garagoa y se medica. sin anotación de hora. 9:15 p.m. se ordena valoración por cirugía general., 9:20 p.m. se comenta con el cirujano general quien considera se tome rx vertical, *control mañana*, 10:40 p.m. pacientes exigen remitirla para valoración por cirugía general. 11:00 p.m. vómito bilioso y dolor en el abdomen con predominio



en fosa iliaca (fl. 179) 00:40 se llama al Dr. Caballero y no contesta (fl. 171 vto.)

* 27 de febrero de 2017 12:50 a.m. se lleva paciente al servicio de hospitalización...la valora el Dr. Caballero y dice prepararla para hospitalización. 2:20 a.m. ingresa a sala de cirugía. 2:35 Dr. Malagón administra anestesia. 3:00 a.m. inicio del procedimiento, **3:40 Dr. Caballero termina, Dra. María Fernanda realiza sutura, la cubre con apósitos.** (fl. 177) 9:00 a.m. retirar sonda vesical, levantarla y movilizarla, no hacer curación hoy, nada vía oral (fl. 156) 12:00 m. recibo de paciente en la unidad, sentada. 18:00 queda paciente en la unidad (fl. 177 vto.)

* El diagnóstico definitivo apendicitis aguda (perforada) más peritonitis, procedimientos quirúrgicos laparotomía más apendicetomía más drenaje peritonitis, con egreso el 02 de marzo de 2011 (fl. 750)

* El 22 de agosto de 2011, 18:30 ingresa paciente al servicio de urgencias enviada de Garagoa por presentar aborto incompleto. (fl. 150).

* El 23 de agosto de 2011, historia clínica de urgencias gravíder en sangre positivo (fl. 136 vto.), se le toman exámenes de laboratorio, pendiente legrado, 9:10 ingresa apaciente a sala de cirugía, se lleva a sala de partos para procedimiento obstétrico, toma de muestra y envío a patología, 9:40 termina procedimiento (fl. 150)

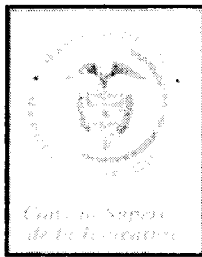
* El 24 de septiembre de 2011, ingresa por urgencias refiere ecografía de límites normales, triax rx de abdomen con imagen radio lúcida y paraclínicos (fl. 115 vto.), con diagnóstico definitivo de absceso de pared abdominal y procedimiento quirúrgico de drenaje de absceso de **pared abdominal** más lavado quirúrgico más extracción de cuerpo extraño, se identifica cuerpo extraño se reseca compresa, egreso del 26 de septiembre de 2011. (fl. 759)

* En la remisión de pacientes (fl. 130) de Garagoa por cuadro de 6 días de evolución de dolor abdominal tipo cólico, valorada por cirugía general quien considera abdomen agudo, solicita valoración por anestesia y para laparotomía, cuerpo extraño en región de la pared abdominal, 15:40 Dr. Evaristo encuentra cuerpo extraño en pared abdominal, deja dren con sonda a libre drenaje. (fl. 132)

* La ecografía abdominal total del 24 de septiembre de 2011 señala que no hay líquido en la cavidad abdominal. (fl. 126)

- Copia del contrato de trabajo o acto administrativo mediante el cual se encontraba vinculado el médico **FELIPE CABALLERO MICHELSEN**, entre los meses de febrero a septiembre de 2011, con la entidad demandada y certificación donde se indique el nombre del médico cirujano que realizó la intervención el **27 de febrero de 2011** y certifique el personal médico, paramédico, auxiliares e instrumentadores. Cumplido con el **oficio 1822** del 08 de noviembre de 2016, visto a folio 456. La respuesta se observa a folio 669 a 673, advirtiéndose el contrato de prestación de servicios N° 064-2011, celebrado entre el **HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO Y LA COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO PROMOVIENDO**.

Por su parte, en cuanto a la certificación esta se requirió con oficio 080 del 27 de enero de 2017 (fl. 740). **Sobre el equipo médico se avizora la anotación a folio 760** y se denota que a la paciente



MAIRA CRISTINA GAMEZ MARTIN, el 27 de febrero de 2012, se le practicó una laparotomía + apendicectomía. Cirujano: Dr. CABALLERO, ayudante: Dra. MARIA FERNANDA, anestesiólogo: Dr. MALAGON, Instrumentadora: JOHANA VALLEJO, circulante: JOHANA RUIZ, **compresas: 10+9** antes y después de la cirugía (fl. 991), gasas 15 y patología. Asimismo a folio 773 se allega certificación donde se indica que en la cirugía participó como equipo: FELIPE CABALLERO, cirujano general, JOSE FRANCISCO MALAGON, médico anestesiólogo, MARIA FERNANDA GALAN, médico cirujano (ayudante quirúrgico), JOHANA VALLEJO, instrumentadora quirúrgica, JOHANA RUIZ SAAZAR, circulante.

Ante esta respuesta, en audiencia de pruebas del 27 de enero de 2017, se elaboró el oficio N° 079 visto a folio 739 para que *certifique si fue a través del Contrato de Prestación de Servicios N° 064-2011, celebrado entre el HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO Y LA COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO PROMOVRIENDO, que fueron contratados los servicios del médico cirujano FELIPE CABALLERO MICHELSEN*. La respuesta es visible a folio 770 e indica que mediante el contrato de prestación de servicios 064-2011, se contrataron los servicios del Dr. FELIPE CABALLERO, como médico cirujano.

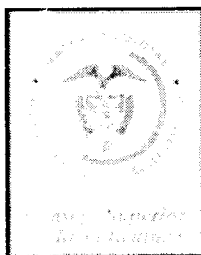
➤ Prueba trasladada

Copias auténticas de la investigación penal N° 153226000115201200003, adelantada en la Fiscalía Local de Guatemala por el delito de lesiones personales, siendo denunciante la señora MAIRA CRISTINA GAMEZ MARTIN. Se solicitó en calidad de préstamo, con el **oficio 1823** del 08 de noviembre de 2016 que reposa a folio 457. La respuesta se verifica de folios 474 a 596, destacando que la denuncia se instauró el **04 de enero de 2012** por la conducta de lesiones culposas, siendo archivado el **17 de agosto de 2016** por atipicidad.

En cuanto al valor probatorio de este tipo de pruebas documentales, resulta oportuno señalar que la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo, ha puntualizado:

De otra parte, para el caso de la prueba documental, la regla general que aplica la jurisprudencia del Consejo de Estado de Colombia es aquella según la cual en "relación con el traslado de documentos, públicos o privados autenticados, estos pueden ser valorados en el proceso contencioso al cual son trasladados, siempre que se haya cumplido el trámite previsto en el artículo 289 del Código de Procedimiento Civil. Conforme a lo anterior, es claro que sin el cumplimiento de los requisitos precitados las pruebas documentales y testimoniales practicadas en otro proceso no pueden ser valoradas para adoptar la decisión de mérito". No obstante, a dicha regla se le reconocieron las siguientes excepciones: (i) puede valorarse los documentos que son trasladados desde otro proceso [judicial o administrativo disciplinario] siempre que haya estado en el expediente a disposición de la parte demandada, la que pudo realizar y agotar el ejercicio de su oportunidad de contradicción de la misma; (ii) cuando con base en los documentos trasladados desde otro proceso la contraparte la utiliza para estructura su defensa jurídica; (iii) cuando los documentos se trasladan en copia simple operan las reglas examinadas para este tipo de eventos para su valoración directa o indirecta; (iv) puede valorarse la prueba documental cuando la parte contra la que se aduce se allana expresa e incondicionalmente a la misma; y, (v) puede valorarse como prueba trasladada el documento producido por una autoridad pública aportando e invocado por el extremo activo de la litis'.

¹ Sentencia 1999-00900/31333 de mayo 16 de 2016, Rad.: 660012331000199900900-01 (31333), Consejero Ponente: Dr. Jaime Orlando Santojímio Gamboa.



Y agrega:

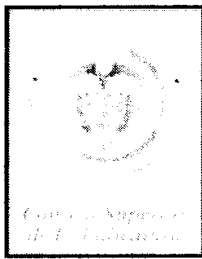
“...Debe tenerse en cuenta que el Código General del Proceso en su artículo 174, aplicable por remisión expresa del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, consagra que las “pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia y serán apreciadas sin más formalidades, siempre que en el proceso de origen se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella. En caso contrario, deberá surtirse la contradicción en el proceso al que están destinadas [...] La valoración de las pruebas trasladadas o extraprocesales y la definición de sus consecuencias jurídicas corresponderán al juez ante quien se aduzcan”. A dicha norma se integran los criterios anteriormente fijados, por lo que se puede afirmar una completa correspondencia del análisis realizado por la Sala con todo el universo normativo convencional, constitucional y legal de los medios probatorios que fueron trasladados...”

En virtud de lo anterior, considera el Despacho que en el *sub examine*, resulta procedente valorar la documentación contenida en la actuación penal decretada como prueba trasladada, pues cumple con los requisitos de Ley, siendo incorporados en debida forma al expediente y no fueron objeto de reproche por ninguna de las partes ni de los llamados en garantía.

➤ Testimoniales

1. Dr. EVARISTO JESUS MARTINEZ CABRALES, Medico cirujano de la entidad demandada, fue recibido el 27 de enero de 2017 (fl. 706), al minuto 00:00:45 señala: *“yo era el cirujano de base del Valle de Tenza...trabajaba 24 o 26 días...y el Dr. Caballero hacia mi descanso...los últimos 5 o 6 días del mes...estando en Guateque, el equipo quirúrgico, recibo una llamada del médico de Urgencias de Garagoa manifestándome que tiene una paciente con dolor abdominal agudo y que le habían hecho un diagnóstico imagenológico de la cual al conocimiento del médico de urgencias, manifestaba que era un cuerpo extraño, posiblemente un farabé...es un elemento quirúrgico...eso es una urgencia, hágamela pasar a Guateque y aquí vemos qué hacemos...estando en Guateque llega la paciente con unas radiografías...me tocó darle explicaciones que no era un cuerpo extraño instrumental sino una compresa...no tuve otra opción que abordar a la paciente y sacarle la compresa...uno como cirujano cuando está en un procedimiento, uno le hace un conteo al personal que acompaña, con cuántas compresas entra y con cuántas compresas sale, tengo entendido que el conteo estuvo completo...cuando abordo la paciente, encuentro la compresa, no en la cavidad abdominal, la encuentro es en la pared abdominal...creo que lo anoté en la historia clínica, entonces hay algo que no es coherente, en mi juicio como cirujano yo suturo la pared abdominal, la dejo casi que impenetrable, a lo sumo una gasa...pero una compresa, es imposible que esté ahí...una paciente que se opera en enero o febrero...y que la intervengo en septiembre es para que se hubiera manifestado mucho antes, no durante tanto tiempo...de hecho cuando se reinterviene es porque ya tengo un elemento diagnóstico que es la imagenología, donde irrefutablemente me toca proceder...además la paciente está haciendo una defensa ante el cuerpo extraño...al abordarla hago la incisión y encuentro este elemento justo debajo de la piel, cosa que no es coherente después de tanto tiempo...estaba justo debajo del ombligo pero no en la cavidad, en la pared abdominal...en el tercio superior...parte inferior del abdomen...la responsable del recuento es la*

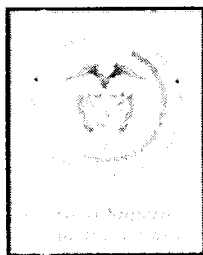
Hid



instrumentadora...el cirujano cierra la pared abdominal...**la compresa fue encontrada por encima de la pared abdominal...**ella viene es remitida de Garagoa a Guateque, donde está el equipo quirúrgico, **tengo como única herramienta diagnóstica la radiografía, donde veo la imagen de la compresa...esa cosita azul a la imagenología, se ve hiperrefringente, sugestiva de un cuerpo extraño...esto no es un bisturí, ni una pinza, esto es una compresa...para qué otra radiografía, teniendo una tan contundente...se hace una incisión que involucró la piel y casi que justo debajo de la piel salió la compresa...3 ml más o menos de la piel...encuentro la hiladilla y obviamente estaba inmerso en una colección de materia, de pus, el cual se drena exhaustivamente con solución salina hasta obtener el líquido claro, a pesar de eso le quitamos el cuerpo extraño...estábamos ante un cuerpo extraño infectado, una vez se saca el cuerpo extraño y después de haber lavado exhaustivamente...se le deja un dren en caso que se le llegue a infectar es mucho más fácil desinfectar a través del dren...la compresa estaba compacta más o menos como 10 cms y con el hilito azul...yo suturo la pared abdominal pero ahí no cabe, si acaso una gasa pero una compresa imposible...eso es a criterio del cirujano llevarlo a patología...si en su momento no lo consideré fue porque no era necesario...el diagnóstico no lo hago yo lo hace es la imagenología, yo cuando abordo lo reconfirmo...al realizar la cirugía yo saco el elemento, dreno la pus, abro la compresa...y la desecho...eso es casi que inmediato a los 7 u 8 días ya está manifestándose un cuerpo extraño...cuando hay un protocolo uno se sujeta a esta norma pero en este caso no hay un protocolo...por eso deseché ese elemento...sí, sé que hay unas guías y esas guías las hacemos nosotros mismos en base a las 10 primeras causas de morbilidades del hospital...me limité a sacar el cuerpo extraño que para mi juicio era la causa en ese momento de su urgencia...usted le echa agua a esta compresa, automáticamente se encoje porque absorbe el agua..."**

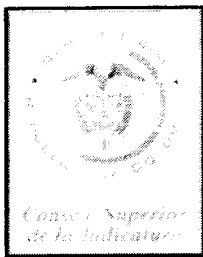
2. Dra. MARIA FERNANDA GALAN - no asistió

3. ANA ZULINDA SANCHEZ, fue recibido el 27 de enero de 2017 (fl. 707), tachado por la apoplejada del Dr. FELIPE CABALLERO MICHELSEN al minuto 01:00:55 manifiesta "me fui para el hospital, estaba la médica de turno y me dijo...ella está muy malita...todo contrasta con los exámenes para que sea un cuadro quirúrgico, muy probablemente una apendicitis...la Dra. Nos cuadró ambulancia y todo y nos trasladamos a Guateque, al llegar allí, el doctor de turno...la vio, la valoró...y le dijo a la auxiliar pásenla a una habitación de observación que mañana el cirujano la valora, hoy que coloca le una dosis de morfina...a ella la trasladaron a la habitación pero no le dieron la dosis de morfina...el doctor llegó y eran aproximadamente como las 2 de la mañana, él llegó y entró en muy mala actitud porque al llegar a la habitación de ella dijo y aquí quien se está muriendo...al ver la placa cambió la actitud y dijo si qué pena, la niña está muy mala, tiene bastante líquido intra abdominal y toca operarla...la verdad me disculpan pero es que Garagoa no me sabe comentar un paciente...inmediatamente para cirugía...a las 5 de la mañana nos avisan que todo había salido bien, todo dentro de lo normal...su salida normal...de hecho ese tiempo yo cogí el niño pues ella no lo podía cuidar...como a los 12 o 15 días me llamó y me pidió que si le hacía el favor y le quitaba el puntico, le dije si en la tardecita voy...ese retirado es muy fácil...la herida estaba perfecta, no cambió de calor, no rubor, nada...no se le evidenciaba que le hubieran dejado dren, nada...ella como yo tenía el niño, pasaron otro tiempito, ella fue a la casa, ya había pasado el control y yo le miré que llevaba blusa ancha y el pantalón suelto...dijo es que yo no me aguanto la ropa, me molesta mucho, me aprieta, me talla y me duele el estómago...ya fui al control y el médico me dijo que era normal porque me había manipulado



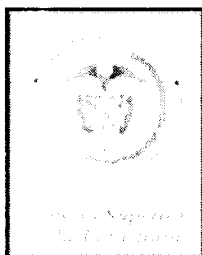
mucho, me había tenido que lavar bastante porque había tenido la peritonitis y que el cuerpo se iba acomodando nuevamente... **ella seguía como su malestar de estómago pero como le habían dicho que era normal**...el siguiente episodio fue como en el mes de septiembre del mismo año...ella me llamó para pedirme el favor que si le colaboraba buscándole una cita con el radiólogo...le pedi el favor a la médico de urgencias y le comenté que la mamá de mi nieto está malita, viene con unos antecedentes de malestar abdominal luego de que le hicieran una apendicectomía y le drenaran una peritonitis...dijo tráigala mañana...si amerita urgenciarla la urgenciamos para poderle hacer la ecografía...al otro día...la doctora la vió, al examinarla dijo ella esta muy deshidratada, el abdomen esta muy distendido y tiene un cuadro de abdomen agudo pero hay que hacerle la ecografía...la pasamos a la ecografía, ella allí al hacerle el barrido con el aparato le era muy difícil porque el abdomen estaba muy adolorida...dijo está normal pero yo les sugiero pasenla y tómenle una placa...**la pasamos, se le hizo la placa...cuando llegó el tecnólogo y me dijo...en esa placa le sale algo...dijo repitámosle la placa porque a ella se le ve algo...le tomaron la placa desnuda y nuevamente le salió lo mismo que se veía en la primera, la radióloga vio la placa y dijo a ella le quedó algo en el estómago cuando la operaron...dijo esto es una compresa, me voy a comunicarle al cirujano de turno que es el doctor Evaristo que estaba en Guateque...nos fuimos para Guateque, llevamos una placa, la otra quedó en Garagoa...en el camino recibí una llamada del doctor Caballero...y me dijo...no deje operar a MAIRA, no la deje abrir, que yo llego mañana y la opero, por favor detenga esa cirugía que yo llego mañana y la opero, Usted no sabe nada y la médico general...le dije esa decisión la toman entre médicos...y le pasé a la mamá, la mamá le dijo doctor Usted no le pone un dedo encima a mi hija, a mi hija la va a operar el doctor Evaristo... el doctor Evaristo muy diligentemente la operó...salió y nos dijo, la paciente salió muy bien, estaba muy infectada, tenía una compresa podrida...como trabajo en una sala de cirugías, yo sé que los paquetes de compresas que unos los elabora, hace los paquetes para esterilizarlos, siempre se hacen o de 5 o de 10 gasas, nunca se hacen de ningún otro número precisamente para facilitar el conteo que sea exacto...lo que la observaba era agotada...triste porque no podía trabajar...consiguió un trabajo pero no podía tanto tiempo estar de pie...eso la agobiaba mucho porque tiene su hijo y tiene por quien responder...las compresas como son materiales que se están lavando, también pierden volumen."**

4. NINI JOHANA VALEJO CASTILLO, Instrumentadora quirúrgica de la entidad demandada, fue recibido el 27 de enero de 2017 (fl. 705), al minuto 01:34:27 detalla: "después de recibir la llamada, llego al hospital, ingreso a salas de cirugía, preparo todo el material, el equipo, todo lo que se debe utilizar en la intervención...**el dolor Caballero hace la extracción del apéndice que es en ese momento la que presenta problema...se hace lavado de la cavidad...revisa todos los órganos, que estén en buen estado...el paso a seguir es realizar el cierre por planos y en ese momento yo realizo recuento de compresas, el cual se hace conmigo y con la auxiliar de enfermería, el recuento se da completo, se le informa al Dr. Caballero que el recuento está completo, él me pregunta que si estoy segura, vuelve a hacerse el recuento que está completo, se informa y se realiza el cierre por planos, se cierra la piel de la paciente, se pasa a hospitalización...yo como instrumentadora quirúrgica llevo un paquete de ropa que es el que se va a utilizar con la paciente y nosotros, ese paquete consta de compresas, unos campos quirúrgicos que se le deben colocar a la paciente, unas batas quirúrgicas que utilizamos nosotros, el equipo...el instrumental quirúrgico que se va a utilizar, es una camasta que se va a utilizar como instrumental, que esta inventariado y que tiene un kardex, tiene todas las pinzas y cuántas vienen en cada equipo, yo alisto las que se van a utilizar para el procedimiento...cuando yo**

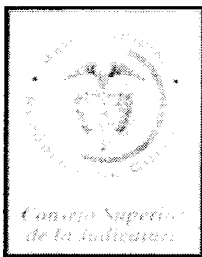


ingreso y la paciente ya está anestesiada y se viste y antes que el especialista haga la incisión, le informo a la auxiliar de enfermería cuántas compresas iniciamos para que ella haga ese registro que esta en salas de cirugía...si llegara a necesitar más compresas, las solicito, ella me las entrega, las abro, cuento cuántas compresas hay y le informo a ella cuántas hay para que las registre en el libro...se inicia incisión para iniciar el procedimiento...cuando se ha lavado la cavidad...él comenta y él dice vamos a cerrar...pido el recuento de todos los elementos, compresas, suturas, instrumental que se ha utilizado, le informo a la auxiliar y le solicito a ella el recuento...**él estuvo presente, que yo recuerde hasta el cierre de la aponeurosis...lo que queda es el cierre de la piel, en ese momento lo hizo la ayudante de cirugía...la Dra. MARIA FERNANDA GALAN...en el espacio de la aponeurosis y la piel, nunca, es raro, decirle que se quede ahí algún elemento...para este espacio se siguen utilizando compresas, el electrobisturí que es un elemento que se utiliza para cauterizar estructuras que estén sangrando, se dejan compresas para limpiar o secar o lo que se necesite...hasta el momento en que yo estuve, todos los elementos estaban allí encima...por eso se me hizo extraño cuando esto pasó, porque todo el recuento estuvo completo hasta el final...en la aponeurosis se utiliza vicrii que es absorbible y tiene un tiempo estimado para hacer su absorción dentro de la cavidad y la sutura para cerrar la piel fue prolem que no es absorbible, que se retira después de un tiempo prudente...en lo que yo trabajé con ella, es muy buena médica, es una buena ayudante... muy buena, muy pendiente...estuvo también en la cirugía que realizó el Dr. Evaristo Martínez), me informan que viene una paciente que presenta un cuerpo extraño...la comentan desde Garagoa, el Dr. Evaristo pide que la lleven a Garagoa, llego al Hospital, estamos todos listos para ingresar, **en el momento de iniciar el procedimiento quirúrgico, él hace incisión de la piel, inmediatamente se ve pus, el saca como una masa pero no se identifica qué es, él bota eso a la caneca, se hace lavado con solución salina, se limpia todo y vuelve y se cierra la piel y se manda a la paciente a hospitalización...que yo recuerde se encuentra en la parte baja del abdomen, conservando el mismo eje vertical, del ombligo hacia abajo.. lo que estaba lleno de pus era una bolita, como una masita...no era tampoco tan grande...estaba como envuelto y tenía pus por encima, él lo tomó, lo vio y lo desechó a la caneca...según lo que vi esa vez, decía cuerpo extraño...estaba lleno de pus y envuelto...si se veía como especie de plastrón...es cuando hay adherencias o algo se encapsula y se pega, cuando hay adherencias de los tejidos y hay infección y se recubre pero no necesariamente es porque haya algún cuerpo extraño, a veces es por los mismos tejidos o por alguna infección que presentan los mismos tejidos, no porque haya algún objeto dentro de la cavidad...dentro del procedimiento, el equipo quirúrgico, todos participamos del todo del evento pero las indicaciones son dadas por los especialistas...se pueden utilizar ambas, gasas o compresas, pero eso depende el procedimiento. **en el caso de la paciente que es una laparotomía, una incisión grande, sólo se utilizan compresas...la contratación fue realizada por medio del Hospital, yo fui contratada por una Cooperativa para trabajar para el Hospital...recibo una inducción, me muestran todos los protocolos y me indican que mis funciones aparte de asistir a los procedimientos quirúrgicos también es el manejo de la central de esterilización...también se realizan los pedidos al almacén...el paquete de ropa llevaba 10 compresas iniciando, durante el procedimiento se requirió otro paquete de compresas, el cual la auxiliar me pasa y es un paquete de 9 compresas, para una totalidad de 19 compresas que se utilizaron ese día...es imposible, si se hubiera quedado, la compresa se siente y cualquier médico la hubiera podido palpar...según lo que yo observé no se veía pues en esa parte donde yo estaba se veía bien la tela, el cordón, bien, todo."******

4. OSCAR FABIAN NUÑEZ, recibido el 20 de enero de 2017 (fl. 684 vto.) compañero de la



demandante, **tachado** por los apoderados de la parte demandada FELIPE CABALLERO MICHELSEN, HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO y de LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, al minuto 00:37:50 señala "nos comimos una pizza...yo me fui para mi casa, ella se quedo en la casa de ella y me comenzó a llamar como a eso de las 11:00 p.m. que tenía mucho dolor, mucho molestia y eso...se fueron para el hospital como a las 4:00 de la mañana y en el hospital le dijeron que padecía una gastritis. le dieron algo para el dolor para eso y la mandaron para la casa...siguio mal...por la noche nos fuimos para el hospital al verla tan mal...ella se notaba muy mal...hasta que ya comenzó a vomitar...fue que ya se dieron cuenta que era algo más que una simple gastritis y comenzaron a llamar haber qué hacían, si la remitían para el otro hospital porque en Garagoa no se podía atender o que en Guateque era donde estaba el médico que podía atenderla...la remitieron para Guateque...eso fue en el 2011 como en enero o febrero...ella decía que sentía un bulto...en el hospital decían simplemente pues eso por la cuestión de la cirugía...yo tenía un viaje a Estados Unidos, ella quedó en embarazo, nosotros lo sabíamos cuando yo me fui al viaje...cuando ya yo llegué, en esos días fue que pasó...hasta que después ella otra vez se vio tan grave, antes de eso fue que ocurrió lo del legrado, yo acababa de llegar y acababa de pasar eso, hacía como un mes antes de que le detectaran lo de la compresa...llegamos fuimos al Hospital de Guateque porque ella se sentía muy mal...cuando llegamos alla nos dijeron que eso va es un aborto que quien sabe que pasó pero que podía ser también por problemas de la cirugía...ya ocurre el aborto con la tristeza de nosotros...que ya estaban ilusionados con el niño que venía...**pero ella seguía otra vez lo mismo, los malestares, la hinchazón, no se sabía otra vez más exámenes, no le detectaban, ya después como al mes por fin le hicieron el examen, ya después de todo ese tiempo por fin le logran detectar después de 6 - 7 meses logran dar que una compresa se le queda por dentro...una gasa se le está pudriendo en el estómago...más o menos a mitad de mayo tenemos certeza del embarazo...tenía como 3 meses 2 meses de embarazo...la afectación de ella al inicio, pues obviamente el malestar, la cirugía...como le hicieron esa cirugía...tiene una cicatriz demasiado extensa, demasiado grande, se la vuelven a hacer otra vez, eso en la parte física, todo el desespero de ella al perder a nuestro bebé...ver a MAIRA y ver a los papás de MAIRA en ese desespero...no poderse levantar, no poder caminar a ratos...llevarla al baño...perdimos el bebé, sin saber todavía porque no le detectaban en ese momento lo de la gasa...era duro...nosotros hicimos pruebas de embarazo las normales, las de orina, no recuerdo en estos momentos si hicimos las de sangre, pero nosotros teníamos certeza que ella estaba en embarazo...después que me fui para Estados Unidos creo que ella en ese tiempo, no tengo la seguridad, se hizo la prueba de sangre para estar mas claros y ya sabíamos que ella estaba en embarazo...en estados unidos no tengo claridad, creo que entre mayo y junio julio de 2011...llegamos al hospital a ella le practicaron los exámenes de ginecología para ver cómo iba el estado del embarazo y...nos dicen que había malformaciones, que no se había concretado el embarazo como tal, que no se había desarrollado el feto, que se había hecho un aborto y por esa razón había que hacer un legrado...Alejandro y MAIRA para mí era los más afectados pues Alejandro en esa época pues estaba pequeño todavía...La Señora Omaira en su desespero de ver a su hija con eso que le dejaron, esas dos cirugías...después con la parte del bebé la desesperaban y a don Edison, los hermanos de MAIRA obviamente la preocupación de verlo postrado en una cama...asi por mucho tiempo...durante esas dos tres cirugías, **pero sobre todo Alejandro...pequeñito, sin poder tener a la mamá en las labores cotidianas...en ese momento pues el desespero de él, verlo llorando...ver a la mamá también...MAIRA no se podía encargar nada de él en ese momento...después de eso le sacaron eso fue****

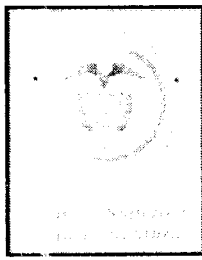


un problema con los puntos también, no le hacían las curaciones bien en el Hospital, entonces tenía que venir una señora conocida de ella a hacerle las curaciones... duró como 15 días luego de eso... los puntos se le encarnaron... obviamente dos cirugías allí, la recuperación fue más larga... la recuperación duró 2-3 meses para ya sentirse completamente bien... la parte física, verse esa doble cirugía ahí, esa cicatriz tan espantosa que le dejaron... lo físico obviamente le afecta... el estómago no volvió a quedar igual después de eso... durar todo ese tiempo sin poder trabajar sin poder hacer nada... y después otra vez como 2 o 3 meses lo mismo, recuperándose y poder volver a retomar... fue complicado para ella... **una cosa tan grande ahí que se pudiera 6 meses dentro de ella... casi un año de la vida de MAIRA fastidiados si se puede decir así...** mucha rabia y dolor porque fue un año de la vida de ella en eso... al inicio ella estaba estudiando, después entró a trabajar, no recuerdo bien cuál era el trabajo que tenía MAIRA... trató de intentar trabajar ya después no pudo... no podía hacer nada en ese momento... ella estudiaba una tecnología en el SENA en Garagoa, era la mañana y una parte de la tarde, salía como a las 2 o 3 de la tarde... después intentaba trabajaba... no eran trabajos formales o algo así... la tecnología la terminó... **estaba como beneficiaria de la mamá...** esos viajes a cada rato y todos los medicamentos que había que comprar para esas dos recuperaciones... en ese momento de la primera cirugía, **nosotros vivíamos juntos un tiempo, mientras las vacaciones y eso y después yo me fui a estudiar y ella se quedó en Garagoa,** llevamos 13 años juntos, ahorita convivimos juntos... en Bogotá, tenemos un bebé de tres años... el lugar de domicilio era la casa de mis padres en diciembre y enero... cuando yo viajé a Estados Unidos que fue más o menos en mayo, ya sabíamos que ella estaba en embarazo, más o menos suponíamos 2-3 meses de embarazo... dentro de esos 3 meses no se había hecho un examen de ginecología, sólo pruebas de sangre creo y las pruebas normales de embarazo... yo nunca vi la gasa ni nada de eso más eran los comentarios que ellos hacían que era una gasa y eso para contener la sangre y que era una gasa o una compresa muy grande..."

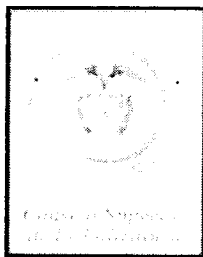
5. JOSE ABRAHAM LEON AHUMADA, recibido el 20 de enero de 2017 (fl. 684), tío político de la demandante, **tachado** por la apoderada del médico FELIPE CABALLERO MICHELSEN. Al minuto 01:28:30 señala: "yo vine a visitarla y ella estaba en estado crítico, ella decaída que ella no se podía parar si no la ayudaban... yo estuve un tiempo allá, como unos 20 días... en agosto de 2011... moralmente a ella como a nosotros nos afectó la pérdida que ella tuvo, el embarazo y a raíz de esto ella perdió su bebé... **a la mamá, los hermanos... se les veía la tristeza,** pues no se sabía, ella cuando estaba enferma no permitía que nadie la tocara ni nada porque era el estómago como un balón... pensábamos nosotros... que en cualquier momento ella se podía ir... anímicamente para hacer cualquier cosa, los hermanos de ella para el estudio era una briega porque pues ellos por estar al pie de ella, la mamá de ella por ir a ganarse cualquier peso para el sustento del hogar, el papá, no tenían ánimos de nada. Él era el papá del bebé y el niño no le daban deseos de estudiar, a toda hora llorando que la mamá, dándole moral y ella no tenía valor para nada, el niño era destrozado al ver la mamá así... **ella duró harto tiempo para recuperarse** duró botando una materia por el estómago a lo cual le tenían que hacer limpieza... y fue harto tiempo que duró así..."

6. BERTHA DEL CARMEN MARTINEZ FIGUEREDO - no asistió

7. EDISON CARDENAS ARIAS, recibido el 20 de enero de 2017 (fl. 685 vto.), padrastro de la demandante, **tachado** por la apoderada del médico FELIPE CABALLERO MICHELSEN, del HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO y



de LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS,. Al minuto 01:45:03 manifiesta: "En febrero del año 2011 presentó un dolor abdominal en el cual la llevamos al Hospital de Garagoa...el dolor moral...es legítimo de la mamá y de los hermanos, mis hijos también...cuando la llevamos al Hospital, nos dijeron que era un cuadro de amebas o algo así, durante el día permaneció un poco en el Hospital otro en la casa, en las horas de la noche cuando ya el dolor era más fuerte, la llevamos al Hospital...nos dijeron que el cirujano estaba en Cuateque, el cirujano que estaba de turno...tardó tanto la remisión ... y hacia las 9 de la noche se procede a...trasladarla donde estaba el cirujano que estaba en el Municipio de Cuateque...la médica que la estaba atendiendo decía que...toca esperar a mañana...fue trasladada hacia la media noche...llegamos a Cuateque a las 12:30 aproximadamente...empezamos a buscar al cirujano que debía estar de turno en la Institución...en la Sede de Cuateque...no lo conseguimos, por amistades mías, llamamos al Subgerente...lo llamaba tampoco lo conseguía...llamamos al Gerente...que si lo consiguió, el médico llegó a la 1:30 de la mañana, de mal humor a hacerle la intervención...hacia las 5:00 de la mañana sale el médico de la cirugía y las palabras con las que me dice de verdad discúlpenme porque si era urgente la cirugía de esta niña, nos tardamos un poco más y la perdemos, fueron las palabras textuales del medico...después de la operación siguió en su recuperación pero presentaba un dolor en el abdomen con el cual no se podía tocar casi con nada, inclusive decía que las cobijas le quemaban, que sentía un dolor muy fuerte ahí, después con el transcurso del tiempo pues con su compañero tuvieron un embarazo y...durante el tiempo del feto esto tal vez le logró afectar...porque el embarazo se complicó y hubo que llevarla de nuevo al Hospital, en el Hospital otra vez tuvo trasladarla a Cuateque, le hicieron una extracción del feto...después de esto pasó un tiempo, unos días, no fueron muchos, cuando hubo que ingresarla de nuevo de urgencia porque había persistencia del dolor, después del legrado que le habían hecho...**mi esposa me llamó y me dijo... dicen que hay algo raro en una radiografía que le tomaron a la niña...llegué y miré la radiografía y le dije hay una gasa o una compresa dentro de esta niña...tuvieron que remitirla para el Hospital de Cuateque para hacerle la cirugía, cuando ya se sabía dijeron que era una compresa.** llamé al otro cirujano...por una atención mía nos conocíamos, Dr. Evaristo, le dije...haga usted la operación de la niña, el Dr. Caballero que no le ponga un dedo encima...el dolor moral de Alejandro de ver a su mamá prácticamente al borde de la muerte yo sé que para un médico no importa mucho, yo sé que para una institución no importa mucho, para nosotros como familia...es una situación bastante dolorosa, ver a una persona revolcarse con dolor...aquí han intentado ocultar muchas cosas...por qué?... los hermanos, ver a su hermana en este estado crítico...imagínense ustedes el dolor que puede causar una compresa...Oscar Fabian siempre ha vivido en Bogotá, por sus estudios, sus labores y sus cosas...MIRA en Garagoa con nosotros...es un episodio de dolor...muchas veces solicitamos las radiografías que le practicaron, no todas aparecieron, unas las desaparecieron en el Hospital de Cuateque, no aparecieron en el Hospital de Garagoa...trataron de ocultar mucha información...cuando uno va a solicitar un resumen de historia, no aparece todo lo que estaba contenido...para la época estaba haciendo un curso del SENA...no recuerdo si estaba antes o después de lo del SENA...no recuerdo cuando fue que ella hizo la carrera en el SENA...ella permanecía en la casa...la parte moral duele para todos por igual...porque es un miembro de la familia...es una negligencia médica de la persona responsable de la atención, en este caso del Dr. Felipe Caballero...por el mal querer...simplemente no quería hacer la cirugía porque el mismo la había tratado de programar a las 10 de la mañana del día siguiente...no sería una cirugía sino una necropsia..."



➤ **Pericial**

Una vez se obtenga la historia clínica de la señora **MAIRA CRISTINA GAMEZ MARTIN**, se ordene su remisión al Instituto de Medicina Legal de Tunja para que se practique dictamen médico legal, tendiente a determinar los interrogantes plasmados a folios 21 a 23 del expediente. Se cumplió con **oficio 1824** del 08 de noviembre de 2016 visible a folio 458. Se requirió con oficio 081 del 27 de enero de 2017 (fl. 741). La respuesta al oficio 1824 es vista a folio 1012, radicada en fecha 18 de mayo de 2017 y señala que el caso requiere peritos expertos en cirugía general, con los cuales no cuenta la entidad, por lo que se sugiere el caso sea remitido a una comunidad académica experta y respecto a las lesiones personales, no es procedente pues debe asumirse como presunta responsabilidad profesional, asimismo, se observa a folio 1008 y 1008 vto. respuesta al oficio 081, recibida el 21 de abril de 2017, e indica a través de un informe pericial de clínica forense que la evaluada refiere ciclos menstruales irregulares y presenta en el estómago **cicatriz vertical, discrómica, deprimida, hipertrófica de 13 x 1.2 cms sobre la línea media supra e infra umbilical y horizontal de 1 cm, en la región del hipocondrio izquierdo de 1 cm...** existen elementos de juicio que permiten establecer que se trata de un caso derivado de un acto médico quirúrgico, lo cual está contemplado en el estudio de una responsabilidad médica en la prestación de servicios de salud, por tanto no podemos establecer elemento causal, incapacidad médico legal y secuelas de ser necesario, hasta tanto no sea revsado y conceptualizado como caso de responsabilidad médica por las especialidades médicas de cirugía general y ginecología.

➤ **De la parte demandada**

2.1 HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO

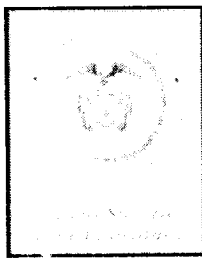
➤ **Documentales aportadas**

- Copia de la historia clínica de la señora **OMAIRA LUCIA MARTIN MONTENEGRO**. (fls. 184-196)

➤ **Testimoniales**

1. **Dr. ANDRES PATRICIO MORENO GUALTERO, médico de la E.S.E.**, se recepcionó el 22 de marzo de 2017 (fl. 987), minuto 01:18:25, manifestando que: *"fui solicitado por parte de la subdirectora científica de ese momento para hacer una transcripción de la historia."*

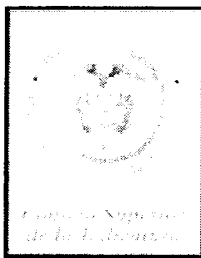
2. **Dr. SERGIO ANDRES AREVALO URIBE, ginecólogo**, se recibió el 22 de marzo de 2017 (fl. 987), minuto 48:36, señala que: *"Leo la historia clínica, busco información médica en la literatura y...emito un concepto... no encontré ninguna evidencia científica que pueda demostrar que haya una relación... no hay una información científica que pueda demostrar una relación... donde demuestre objeto extraños y su relación con pérdidas tempranas...en mi experiencia jamás he visto un caso...con una paciente que haya tenido una pérdida y que le haya documentado previa o posteriormente la presencia de un cuerpo extraño...si hay reportados casos de olvidos en hombres, mujeres no embarazadas en algún momento de olvidos de compresas y que posteriormente pueden desencadenar un cuadro*



infeccioso o dolor abdominal, pero nunca que se conjugue al mismo momento con un estado de embarazo o con una pérdida...no recuerdo cómo fue que se emitió el concepto de embarazo y posteriormente el aborto completo o incompleto...interpretando de forma aislada un reporte de patología, lo que concluye el médico patólogo evaluador es que la muestra evaluada no contenía material ovular, es decir que no contenía material correspondiente a un embarazo, que puede ser interpretado de dos formas con la correlación clínica, una que la muestra enviada fue insuficiente o dos que la paciente no se encontraba en estado de gestación...toda prueba de laboratorio realizada debe cumplir una técnica para su realización, la cual está a cargo de una bacteriología...pruebas falsas positivas puede haber de embarazo, que pueden darse en ocasiones por tumores abdominales o de origen ovárico, por enfermedades autoinmunes pero corresponden al más mínimo porcentaje...antes de dos semanas una prueba de embarazo no sale positiva...es una prueba que tiene una confiabilidad superior al 99%...por eso cuando tenemos acceso a una paciente en un servicio de urgencias corroboramos que esté embarazada, no nos confiamos de las pruebas caseras...en embarazos tempranos de dos o tres meses debo soportarme en una prueba de embarazo institucional, no confiarme simplemente de lo que me diga la paciente...la muestra es el tejido recolectado durante el procedimiento, en este caso un legrado obstétrico...si la expulsión del contenido ya se presentó de forma espontánea, en su totalidad es muy mínima la muestra posible a recolectar...frente a una paciente que tiene un sangrado genital anormal la sospecha es que la paciente pueda estar embarazada...tengo que confirmarlo o descartarla, en que me apoyo? en la historia clínica, en la evaluación clínica, el examen físico, el examen pélvico, tacto vaginal y posterior a eso solicito una prueba de embarazo...si la prueba es negativa la causa corresponde a otra causa no obstétrica...si es positiva, corresponde a un embarazo del primer trimestre...lo siguiente es verificar si esa paciente que está embarazada...tiene un embarazo viable o no viable, para eso me apoyo en...el examen físico pero fuertemente en los hallazgos ecográficos...si haciéndole la valoración ecográfica evidencio que los hallazgos se correlacionan con un embarazo viable es una paciente a la que se le da egreso y signos de alarma y si el embarazo no es viable, puede corresponder a un aborto o a un embarazo extrauterino, si es un aborto debo determinar el contenido del útero y la tendencia actual cada es hacer vez menos legrados...es decir darle manejo médico...y enviar la paciente a la casa...ya determino si la paciente requiere o no un legrado basado en los hallazgos ecográficos y la condición clínica de la paciente...hay una clasificación del aborto, completos, incompletos, sépticos, embriótico...amenaza de aborto...depende el momento en que se haga la evaluación...lo subrayado solo evidencia que para ese momento esa paciente estaba embarazada”

- Pericial

Oficiar al Instituto de Medicina Legal a fin que se determine por parte de un perito legal especialista, si existe alguna relación entre el cuerpo extraño encontrado en el abdomen de la señora **MAIRA CRISTINA GAMEZ MARTIN** y los daños que reclama, incluyendo el aborto. Esta prueba como se anotó antes no fue agotada toda vez que el Instituto señala que al tratarse de un caso derivado de un acto médico quirúrgico, no podía conceptuar. (fl. 1008 vto.)



2.2 MEDICO FELIPE CABALLERO MICHELSEN

➤ Documentales aportadas

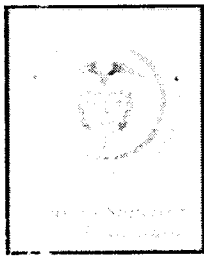
- Hoja de vida. (fls. 111-121)
- Certificación laboral del **24 de marzo de 2014**, expedida por **AMBIFER C.T.A.**, donde se señala que se encuentra vinculado mediante contrato de asociación a término indefinido desde el 01 de marzo de 2011. (fl. 122)
- Certificación laboral del **28 de julio de 2014**, expedida por **COODESME C.T.A.**, figurando vinculado en **COLABOREMOS SALUD C.T.A.** desde el 01 de abril y hasta el 31 de diciembre de 2012 y con **COODESME C.T.A.** desde el 01 de enero de 2013. (fl. 121)
- Certificación expedida por la Fundación Universitaria de Ciencias de la Salud como Instructor Asociado. (fl. 124)
- Designación expedida por la Fundación Universitaria Juan N. Corpas como profesor adjunto. (fl. 125)
- Certificación expedida por la Universidad de Los Andes como profesor. (fl. 126)
- Literatura científica que respalda los argumentos de tipo científico, incluye CD que contiene video de laparotomía. (fls. 127 a 154)

➤ Documentales solicitadas

- Oficiar a la entidad demandada para que allegue copia auténtica, íntegra y legible de la historia clínica de la paciente **MAIRA CRISTINA GAMEZ MARTIN**. Se aportó en cuaderno anexo.

➤ Interrogatorio de parte

A la demandante **MAIRA CRISTINA GAMEZ MARTIN**, fue recibido el 27 de enero de 2017 (fl. 708), aun cuando la apoderada del Dr. **FELIPE CABALLERO MICHELSEN** desistió de la prueba, el mismo se practicó a interés del Despacho, al minuto 01:52:35 refiere: *"El doctor Caballero...tuvo una expresión como molesto, yo le alcancé a escuchar cuando iba entrando a la habitación y dijo que quién era la persona que se estaba muriendo...lo noté como en mala actitud, luego después de que me revisó, salió, habló con mis papás, volvió a entrar y me dijo que lo disculpara...que me iba a hacer una cirugía...que dada mi condición y mi edad iba a tratar de hacer una incisión pequeña porque creía que no era necesario que la iba a hacer un poco pequeña y baja para que no se notara mucho...esa cicatriz sanó bien...después de la cirugía todavía estaba abultado, hinchado, me acostaba y se sentía un bultico, al mes siguiente de la cirugía fui a un control y me lo practicó al Doctor Caballero...él me dijo que le diera tiempo al organismo que se me reorganizara porque me habían practicado un lavado gástrico...me dijo que eso era normal, que con el tiempo...no tuve más controles sobre eso...solo tuve ese...me molestaba cuando me apuntaba el pantalón, cuando caminaba rápido, cuando tomaba cosas frías y cuando me daba frío... eso fue como finalizando mayo, me sentía como mal, me tome una*

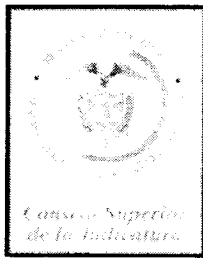


prueba casera y me salió positiva...cuando me sentí mal...en los exámenes que me tomaron dice que la prueba salió positiva de embarazo...yo me sentí como mal, tenía fiebre, malestar, dolor, comencé como a manchar, me dijeron que...tenía un aborto incompleto que estaba en curso, que me iban a remitir a Guateque para una valoración con el Ginecólogo...me practicó una ecografía...me dijo que tenía un aborto en proceso que me iba a dejar la noche en observación y con medicamentos y que no consumiera nada porque al día siguiente me practicarían el legrado...al día siguiente me lo hicieron en la mañana...yo estaba estudiando, haciendo la tecnología, me dediqué más que todo a eso...recuerdo que alguna vez intenté trabajar en un negocio de un familiar pero...me sentía cansada...me dediqué fue a estudiar en el tiempo que pude, cuando ya fue la retirada de la compresa fue un tiempo muy largo en que no fui a estudiar...mis compañeros iban hasta la casa...cuando fue la sustentación del proyecto de grado, pues ya debía asistir pero fui con compresa, con gasas y ese tipo de cosas que recojeran todo lo que iba supurando...la recuperación de la extracción de la compresa fue bastante complicada y muy dolorosa y antes, cuando comencé a consultar, fue terrible...los últimos meses no me aguantaba la ropa...las cobijas me molestaban bastante...esas noches anteriores...no podía dormir...la persona que me tomó la radiografía me pidió que me quitara la ropa porque aparecía una tirilla...me volvieron a tomar la radiografía y seguía apareciendo, ahí fue cuando me remitieron para Guateque...cuando me sacaron la compresa me aplicaron anestesia raquídea, tenía muchísimas ganas de vomitar...era bastante incómodo vomitar y tener que tenerme la herida...porque de pronto se me abría...me dieron salida, caminar me tocaba muy despacio, el frío, me tocaba muy abrigada, la herida me supuraba todo el tiempo...del embarazo sabíamos nosotros Oscar Fabián y yo y él le contó a la mamá, pero mis papás y el resto de gente se enteró en el hospital...no habíamos contado por diversas circunstancias...ver a mi hijo mayor, Alejandro siempre ha sido un niño muy consentido, yo no lo podía alzar...ver a mi mamá, sufría mucho por mí...para mí es incómoda la cicatriz porque es grande, larga, ancha...al momento a veces me afecta el frío...cuando me mandaron a Guateque no me entregaron la radiografía y me dijeron que no la encontraban...en ningún momento apareció la radiografía, en Garagoa allá estaba y yo la tengo..."

➤ Testimoniales

1. JOSE MALAGON, anesthesiologo, se recibió vía Skype el 22 de marzo de 2017 (fl. 988), al minuto 00:01:00 manifiesta: "elemento como tal como compresa pues no había, decir que se sacó una compresa en la pared abdominal...después de la evolución...los médicos siempre cierran hasta fascia - tejido muscular - y los médicos ayudantes cierran lo que es la piel...lo que se encontró fue de pared abdominal, no fue dentro de cavidad, es el espacio que está entre la piel y la aponeurosis", eso es la pared abdominal, ahí lo que se encontró fue secreción purulenta, fétida y al parecer había algo como un granuloma...es muy difícil determinar porque es un material que se está deteriorando dentro del cuerpo, se está descomponiendo, que lo rodearon capas de secreción purulenta entonces es muy difícil determinar en ese momento si es una compresa...se reduce como un 30 o 40% casi la mitad...creo que era una paciente como delgada...debería darle molestias y se podía incluso palpar, debería de pronto...sentirse como un cuerpo, un objeto extraño ahí...en ese momento es difícil

Membrana fibrosa y resistente que envuelve los músculos y los fija a un hueso. Tendón ensanchado en forma laminar. Diccionario de la lengua española

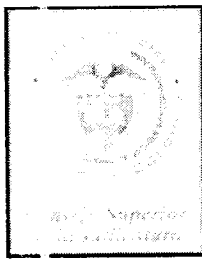


determinarlo por el tiempo de evolución, lo determinaría un examen patológica...no me ha tocado ningún caso en el que un cirujano haya dejado una compresa en la pared abdominal, es muy normal que le pidan a la instrumentadora el recuento completo de las compresas...cuando se hace el conteo de compresas...es cuando se cierra la cavidad abdominal...**ya en esa parte por lo general ya no se utilizan compresas...por lo general en la parte de piel y tejido subcutáneo con el cauterio...**un granuloma es una reacción que se da generalmente a sutura...a un cuerpo extraño, por lo general son como un nódulo, una masa...generalmente hacen proceso inflamatorio pequeño...podía ser un granuloma...lo que sí había era mucha secreción purulenta...a los 8 o 9 meses no se va a determinar con exactitud si es una compresa o no, es un tejido que ya está descompuesto, en descomposición, es muy difícil determinarla..."

2. MANUEL CASTRO GOMEZ, cirujano general, se recibió vía Skype el 22 de marzo de 2017 (fl. 988 vto.) y al minuto 30:46, señala: "el tamaño de las compresas entre 35 y 45 cms. por cada lado...llena de sangre o de fluidos, reducirá su tamaño en un 20%...todas las compresas se reutilizan y reesterilizan varias veces y el tamaño se conserva ya después de mucho uso se puede reducir pero en un 20%...es la tradición, el médico general está capacitado para suturar las heridas de piel y es lo que se hace...el cirujano hace lo que tenga que hacer en la cavidad abdominal, cierra la aponeurosis, que es la parte externa de la cavidad abdominal y la piel generalmente la cierra el ayudante, sea interno, médico general o residente de cirugía...se ve un bulto en la pared abdominal si la paciente es delgada...si es una compresa lo que tiene ahí...por el tamaño no es difícil, una compresa es un objeto grande que es difícil que uno no lo distinga, un granuloma es una reacción a un objeto extraño por ejemplo una sutura de la aponeurosis pero es una cosa más pequeña...todo material o todo tumor o tejido, cuerpo extraño que quita de un paciente, lo debe enviar a patología...para que determine lo que es...la instrumentadora siempre hace un conteo de compresas cuando empieza la cirugía y cuando termina porque ella es la directamente responsable de este material...olvidar un objeto de ese tamaño es mucho más difícil...podría olvidarse una gasa, un objeto de menor tamaño...cuando uno diagnostica un abdomen agudo es indicativo de cirugía...cuando encuentra signos clínicos de abdomen agudo, sin necesidad de hacer una radiografía o una ecografía...porque el hecho de encontrar un abdomen agudo es indicativo de urgencia y durante la cirugía encuentran el supuesto cuerpo extraño...no hay un número estándar de reutilización de compresas...eso depende del estado de las compresas...el tamaño no se reduce...el tamaño de la compresa es el mismo...es una tela...con el uso, con los lavados...se va adelgazando pero el tamaño se conserva..."

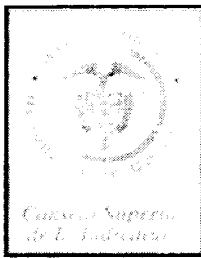
➤ Pericial

Oficiar a la **ASOCIACION BOYACENSE DE GINECOLOGIA Y OBSTETRICIA** para que designara un especialista idóneo que con base en la historia clínica de la señora **MAIRA CRISTINA GAMEZ MARTIN**, absolviera los interrogantes vistos a folio 110 del plenario. Se cumplió con oficio 1825 del 08 de noviembre de 2016 visible a folio 459 y la respuesta se arrima a folios 960 a 962, de la que se destaca que: la prueba de embarazo que se le tomó fue positiva, algunas enfermedades pueden generar un resultado falso positivo, en la patología se espera encontrar restos del producto del embarazo, vellosidades coriales, restos o células deciduales o placentarias, células trofoblásticas o restos embrionarios, siendo muy posible que la paciente no estuviera embarazada o se tratara de un aborto completo muy temprano que no concuerda con la historia clínica ni lo relatado por la paciente.

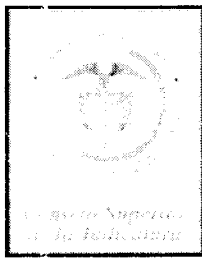


De igual modo, se allega uno nuevo visto a folios 1043 a 1045, que complementa respecto de los hallazgos de patología, que es posible que el material extraído no se enviara en su totalidad para el estudio histopatológico y sólo se encontraría material hemático, como coágulos.

Finalmente, el 31 de enero de 2018, se llevó a cabo la audiencia de contradicción de dictamen (fls. 1090 a 1092), al minuto 00:17:35 indica: *"según la nota de urgencia de esa fecha, a las 11:00 a.m. la paciente tenía fiebre, escalofrío, osteomialgias, dolor abdominal tipo cólico de un día de evolución que cedió temporalmente a la administración de analgésico inyectable empírico que fue administrado en una droguería, que reaparece, por lo cual consulta a urgencias y que sugiere un cuadro inespecífico febril y de dolor abdominal...se solicitaron laboratorios que comprueban el cuadro infeccioso...posteriormente toman uno de gravidez o prueba de embarazo que se reporta como positiva puesto que la paciente no consultó por hemorragia vaginal, ni presenta retraso menstrual, o amenorrea...ni dolor mamario ni náuseas ni vómito...el motivo de la consulta no fueron síntomas de embarazo...existen dos pruebas...una que se hace en orina...la otra que es en sangre, de la de sangre hay dos pruebas diferentes...la de gravidez en sangre tiene dos variantes, una, que detecta más fácil en niveles más chiquitos de hormona gonadotropina corionica, pero la prueba que realmente es producida por el folículo ya fecundado se llama fracción beta de HCG fracción beta de la gonadotropina coriónica...todas las hormonas tienen la fracción alfa igualita...pueden dar falsos positivos por ese lado porque puede ser de otro tipo de hormona...pero la única que tiene la diferencia es la fracción beta de la HCG esa es una prueba también en sangre pero mucho más costosa...en este caso como es un hospital regional ... la prueba que se les manda a las pacientes...no vamos a gastar la más costosa sino la HCG común y corriente en sangre...algunas enfermedades pueden generar un resultado falso positivo como carcinomas...deficiencias de inmunoglobulinas...anticuerpos...enfermedades o estados inflamatorios severos...tumores y otros tipos de cáncer...hay estados inflamatorios severos que pueden dar una fracción positiva, sin estar embarazada la paciente...el patólogo es quien tiene la última palabra...se encontrarían células o partes del producto del embarazo...en embarazos muy tempranos...porque hay vellosidades coriales, células desiduales o placentarias, células trofoblásticas o restos del mismo embrión, acompañados del material hemático...y revisando la historia, el patólogo dice que lo único que encontró fue restos hemático, eso no descarta que de pronto hubiera sido un aborto completo y salió todo, pero siempre hubiera algún tipo de célula que nos probara que estuviera embarazada...en lo expresado por el patólogo expresa que sólo había restos hemáticos y coágulos...tuvo un sangrado y desapareció...pudo haber tenido un aborto completo, que no se haya podido justificar por el patólogo...que tenía ciclos irregulares, que la última regla fue el 23 de julio...que tenía solamente 4.2 semanas, osea que de esa regla a la otra, podía ser un embarazo muy temprano no detectable ahí...que la penúltima menstruación no le recuerda y que encontró un gravidez positivo, pero él en la revisión que le hizo a la paciente, me llama la atención que dice **cérvix cerrado, sin sangrado activo en el momento del examen, tacto vaginal, cérvix grueso y cerrado, útero discretamente aumentado, doloroso leve y cerrado...el cuello en un aborto permanece abierto hasta la segunda, tercera semana...se produce el aborto y permanece abierto...dice que de pronto es un aborto incompleto o una virosis y que la prepara para legrado al otro día...en el legrado dice que el cérvix estaba abierto...se extraen moderados restos ovulares que se extraen...el informe quirúrgico del legrado dice aborto incompleto...legrado obstétrico...extrayéndose moderados restos que se envían a patología sin complicaciones...tiene una prueba de embarazo positiva y la primero que hay que***



descartarle es que el aborto sea completo o incompleto...lo primero que se aumenta en un embarazo es el útero, es grande y blandito...esos ecos mixtos amorfos pueden ser de una menstruación normal...es que ella en la historia pone que ella no se acuerda de la anterior porque es irregular y que tuvo un manchadito...un sangrado un solo día y ya...la fecha de la última menstruación fue el 20 de julio que ya no recuerda la anterior cuando había sido la anterior pero que para él toma un retraso menstrual de 4.2 semanas, osea que tenía dos días de retardo según eso...ese examen fue del 22 de agosto de 2011 y ella dice que la última menstruación fue el 23 de julio...realmente no tenía retardo, tenía 1 o 2 días...la diferencia entre la menstruación anterior que había sido el 23 de julio y ella que consulta el 22 de agosto, era como si fuera una menstruación...por la historia clínica usted no puede deducir que tiene un retraso, ni siquiera de un día, eso es lo que no concuerda...para que saliera el producto de la concepción tenía que haberse abierto el cuello...corto es cuando ya está llenito...la primera causa de abortos tempranos son anomalías del huevo es que venga mal y la naturaleza es sabia y lo expulsa solito...el legrado es un procedimiento quirúrgico que es diagnóstico terapéutico...podemos hacer un legrado uterino para sacar un pólipo, para calmar una hemorragia...hay un legrado obstétrico y un legrado ginecológico, dependiendo en qué época se haga, hay legrado ginecológico para niñas...hay pacientes con otro tipo de enfermedades que les puede salir positivo la prueba de gravidez o este tipo de resultado en sangre...la fracción beta de HGC tiene dos pruebas una que es cualitativa y otra que es cuantitativa, la mejor es la cuantitativa que no nos da un resultado positivo o negativo, sino que nos dice encontramos por ejemplo 1000 unidades...existe una tabla y las unidades corresponden...apenas la paciente está embarazada le cambian las condiciones del útero...que es más blandito y también se vuelve más blando el cuello del útero cuando ya está embarazada, por eso un cérvix largo y cerrado, me da la impresión a mí que no está embarazada...el cuello se vuelve más cortico con el embarazo...en tres partes decía él que el cuello estaba cerrado, solamente en la descripción del legrado es donde nos dice cuello abierto pero no nos dice si abierto para pasar la cureta o no...cualquier cosa que pase por el cuello tiene que abrirlo...tuvo que pasar por el cuello alguna cosa, histerómetro o legra para poderlo pasar para pasar por el cuello el material que está contenido allí...lo abrió cuando le pasó la cureta...esta nota está después de haberle realizado el legrado y para poderlo hacer debió pasar por el cuello la cureta, el dilatador o lo que sea que él utilizara...apruebo la conducta que él tomó de hacerle el legrado, porque es que tiene que confirmar si de verdad la paciente estaba embarazada o no...pero es una paciente que en el examen físico no le encuentro muchos cambios pero la ecografía dice que tengo unos coágulos, lo que debo hacer es coger eso y mandarlo a patología...no tiene restos ovulares sino material sanguíneo...hemático es sangre, entonces no dice que tenga unas células que sean compatibles, uno espera que el que diga la última palabra sea el patólogo...porque es quien tiene directamente las cosas y puede decir esta celulita es de tal cosa y en el reporte de patología dice material hemático, no dice que tenga células ni nada, entonces por eso...restos ovulares pueden ser restos de óvulo pero no productos de la concepción, pueden ser de partes del óvulo que salga pero sin concepción, de lo que uno expulsa si el óvulo no es fecundado...distinto si hubiera dicho restos placentarios o restos desiduales que son propios del embarazo...el despiste es la patología, no es concluyente que tuviera un embarazo...nos dice restos ovulares, cualquier menstruación le da material hemático porque no tiene ni trofoblasto ni restos embrionarios...dx es impresión diagnóstica, es lo que es a su haber piensa que es...para él tampoco era una emergencia, sería una emergencia si estuviera sangrando abundantemente, la hubiera



pasado de una vez...si no los hubiera pasado en su totalidad se especifica...depende la casuística...pero a veces no es fácil pues se producen micro abortos que son demasiado tempranos que se producen con 1 o 2 días de retraso y la paciente no es capaz de diferenciarla de una menstruación abundante, también cuenta que tipo de ciclos tiene la paciente, cual es su habitual sangrado, cuanto son los días de sangrado habitual...haciendo la salvedad que hay épocas de la vida en que hay mayor frecuencia de ciclo menstrual...a veces no hay diferencia y pasa desapercibido un aborto temprano...se puede confundir perfectamente de acuerdo con el material hemático...por eso hay que hacer en conjunto una evaluación completa y hay que mirar la diferencia con los signos presuntivos de embarazo...lo más difícil de diagnosticar son los embarazos muy tempranos...las primeras 4 a 6 semanas...hay otros signos que son fáciles de determinar a través de la ecografía pero otros son más difícil...lo que pasa es que la patología no es concluyente entonces no podemos saber si la paciente lo expulsó todo o no...si la paciente tenía un estado infeccioso, pero también tenía un cuadro de una virosis asociada...la prueba de embarazo positiva puede dar un embarazo positivo...cualquier cosa infecciosa nos puede dar...una prueba de embarazo falsa positiva...revisando la historia, el cuerpo extraño estaba en el tejido celular subcutáneo, no estaba en la cavidad abdominal...casi debajo de la piel, donde está el tejido adiposo...no se quedó dentro de donde se alojan los órganos pélvicos sino detrás, todo material que sea ajeno, el organismo es sabio y trata de sacarlo, por eso es que a veces cuando se dejan gasas en los pospartos...a los dos o tres días empieza el sangrado o el mal olor y sale la compresa o el resto del material que haya quedado...hay pacientes que hacen reacción de cuerpo extraño a las suturas que uno realiza, con las que uno hace las cirugías...donde hace una el amarre de las suturas en el inicio y al final puede hacer reacciones de cuerpo extraño a esas suturas y entonces hacer reacciones inflamatorias en el mismo sitio, entonces hay que drenarlos...por clínica podría ser que estuviera embarazada y tuvo un aborto incompleto, pero no es concluyente la patología para mí...el hecho que tuviera un cuello cerrado y largo no es un signo de embarazo porque el signo presuntivo de un embarazo es cuello corto y blando, aumento del tamaño del cuello uterino, las náuseas y vómitos, aumento de la frecuencia urinaria, que la paciente tenía era como un cuadro infeccioso por el cuadro hemático...no sabemos de qué es...si el cuello es largo y cerrado no hay embarazo...según la patología no..."

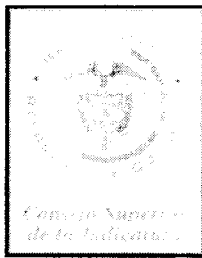
➤ De los llamados en garantía

3.1 LIBERTY SEGUROS S.A.

➤ Documentales aportadas

- Clausulado de las condiciones generales de la póliza de responsabilidad civil profesional, clínicas, hospitales e instituciones privadas del sector sanidad. (G3-68)

- Clausulado de las condiciones generales de la póliza de seguro de manejo global para entidades oficiales. (G9-72)

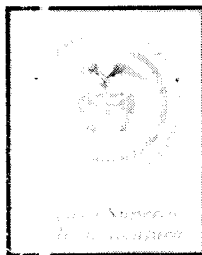


➤ Documentales solicitadas

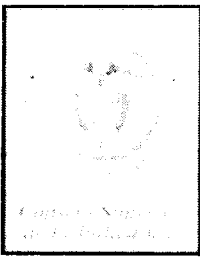
- Oficiar a la entidad para que allegue constancia de los siniestros indemnizados con base en la póliza 313567, incluyendo sus valores. Se cumplió con **oficio 1826** del 08 de noviembre de 2016 visto a folio 460 del plenario, requerido con oficio 049 del 20 de enero de 2017 (fl. 695) y allegado a folios 742 y 743 y señala que para el caso *sub examine* se reportó el siniestro LB-2016-17-2 sobre la póliza LB-313567, que se encuentra en trámite con reserva por \$35.000.000.

➤ Interrogatorio de parte

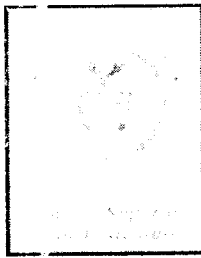
Al Dr. FELIPE CABALLERO MICHELSEN, fue recibido el 27 de enero de 2017 (fl. 704), al minuto 00:32:40 expone: *"tuve contacto efectivamente con la paciente el 26 de febrero de 2011, a raíz de la llamada de uno de los médicos generales que se encontraba en Garagoa...en esta oportunidad el equipo quirúrgico, tanto de anesthesiólogo, instrumentadora como cirujano general, nos encontrábamos en el Hospital de Guateque y la paciente en mención llegó a consultar al Hospital de Garagoa, tengo entendido que el día 25 en primera instancia y fue devuelta por los médicos generales y volvió a reconsultar el día 26 a la madrugada, pasó todo el día 26 y yo tuve contacto hacia la noche más o menos hacia las 11:30 p.m. si no estoy mal...me consultan los médicos de Garagoa diciendo que hay una paciente que debe ser valorada desde el punto de vista quirúrgico, mando traer la paciente en una ambulancia desde el Hospital de Garagoa para poder ser revisada por parte mía en el Hospital de Guateque...la paciente llega más o menos...a la 1:00 a.m....no vivo en el hospital sino en una casa que queda en el centro de Guateque, en ese momento a esa hora no hay forma de transportarme, me voy caminando hasta el Hospital...**valoro la paciente y la encuentro en unas condiciones supremamente delicadas desde el punto de vista quirúrgico, con un diagnóstico de una peritonitis y doy orden inmediata que la pasen al quirófano para poder ser intervenida...está en peligro su vida en ese momento...**la cirugía la comienzo a las 2:00 a.m., 2:20, 2:10 y doy por concluido el acto quirúrgico a las 3:36 a.m....el turno son jornadas diarias que se cumplen el día y la noche en una forma de llamado, osea de disponibilidad, yo cubría los 5 últimos días de cada mes...tal vez empecé mi turno yo cubría el 24 o 25 de febrero y lo terminaba para los primeros días de marzo, 2 o 3 de marzo...**tenía una peritonitis generalizada, lo más probable por la edad de la paciente por una apendicitis perforada, circunstancia que debía haberse estado presentando desde hace 3 días antes...quiero aclarar que desde el punto de vista quirúrgico, para que el apéndice se perfora y empieza a salir materia fecal a la cavidad y por consiguiente pus, tiene que llevar mínimo 72 horas...está en un abdomen rigido, con una peritonitis generalizada** y doy orden para que llamen al anesthesiólogo que esté de turno, para poder comenzar un procedimiento de emergencia, esa emergencia tiene que hacerse inmediatamente porque pone en riesgo la vida de la paciente, una vez la paciente entra a salas de cirugía, entramos diferente personal médico y especialista...anesthesiólogo...un auxiliar de sala...una instrumentadora...una médica general, cirujana general que me asiste en el acto quirúrgico...una vez la paciente está anestesiada, lavo la paciente en la parte del abdomen donde va a ser intervenida, con jabones quirúrgicos y hago una incisión en la línea media del abdomen para poder primero llevar a cabo un diagnóstico y verificar que la paciente tiene un apéndice perforada porque las causas de perforación abdominal pueden ser varias, no solamente una apendicitis perforada, es lo más frecuente pero pueden ser otras causas diferentes, una vez me doy cuenta que la paciente tiene una peritonitis*



generalizada, es decir que tiene más de 2 o 3 litros de pus y de materia fecal en la cavidad, procedo a investigar el sitio de perforación y me doy cuenta que es el apéndice, extraigo el apéndice en la forma que es usual, normalmente es una apéndice que está macerada, completamente licuada y por la cual está saliendo materia fecal, **una vez controlo la infección y extraigo el órgano que está perforado, comienzo a hacer juiciosamente un lavado de toda la cavidad para que no haya ninguna contaminación y que la paciente en un futuro inmediato no vaya a hacer abscesos de otros sitios del abdomen o de la pared abdominal, se lava aproximadamente con unos 5000 cc de solución salina tibia y ordenadamente porque el abdomen tiene la dificultad que son varios compartimentos, entonces uno tiene que juiciosamente ir en forma ordenada, limpiando y lavando cada uno de los compartimentos...extraigo toda la cantidad de pus y materia fecal que existía y comienzo a dejar elementos para después retirarlos en forma ordenada...una vez terminé de hacer todos estos elementos de salvamento, preguntó a la instrumentadora si puedo empezar a cerrar la pared abdominal, la instrumentadora cuenta el número de compresas y elementos que se han utilizado para la cirugía, tanto de bolsas de lavado como de instrumental, ella me dice que sí que puedo dar comienzo al cierre y comienzo a cerrar, se inicia cerrando ...la capa de la pared abdominal que se llama aponeurosis, cierro por completo, lavo lo que queda de la pared y dejo que mi ayudante que es una médica general, capacitada para esa condición termine de cerrar la pared abdominal mientras yo salgo a hacer la descripción quirúrgica, medicar a la paciente, los diferentes elementos que se necesitan en el posoperatorio...y demás órdenes medicas que se deben dar en esa instancia...una compresa y una gasa son los elementos que normalmente utilizamos para el secado de la cavidad abdominal...trancar un sangrado...taponar algunos elementos...son elementos de tela que tienen una tirilla que es radio opaca, que sirve para que cuando los elementos se puedan quedar en una cavidad abdominal puedan ser detectados por rayos x...se utilizan para lavado o secado de la cavidad abdominal, se utilizan muchos otros elementos pinzas, bisturis, separadores, casi todos ellos metálicos que son fáciles de detectar que deben estar muy bien detectados y los números en que cada uno de ellos corresponde, tanto de gasas como de compresas, como de elementos quirúrgicos...no es mi competencia, mi competencia es como cirujano general, dar un diagnóstico para la paciente, si la paciente tiene una enfermedad que ponga en riesgo su vida, dar una orden inmediata para el acto quirúrgico, intervenirla, lavarla y dejarla en unas condiciones óptimas, **mi competencia no es el número de compresas ni llevo el registro ni me compete el conteo de las compresas...los cirujanos estamos en la capacidad de resear una reacción a cuerpo extraño, que se produce por ejemplo que la paciente es alérgica a uno de los elementos de sutura y en los sitios donde uno hace nudos, que queda grueso el tejido por el nudo, al tiempo...la paciente llega con un pequeño absceso abdominal en la pared abdominal no dentro del abdomen que hace referencia a una reacción de cuerpo extraño, la reseamos y la quitamos...la gran diferencia de un cuerpo extraño que se pueda quedar dentro de la cavidad abdominal y un cuerpo extraño que se pueda quedar en la pared abdominal, son 2 elementos totalmente diferentes...la cavidad abdominal hace parte los intestinos, el hígado, el estómago, la matriz, los ovarios, todos los elementos fisiológicos y anatómicos de un ser humano. la pared abdominal es una estructura que está formada por 2 o 3 capas, que tiene un espesor de 4 o 5 cms, que la diferencian por completo de la cavidad abdominal a través de un elemento que es la aponeurosis...dejar un cuerpo extraño en la cavidad abdominal es difícil de diagnosticar hasta tanto la paciente no presente signos gravísimos como una fistula intestinal...va corroyendo las estructuras hasta que se hace una perforación y la paciente hace una peritonitis****



generalizada...la responsabilidad mía como cirujano general es concluir la cirugía hasta la aponeurosis, la médica que me estaba colaborando, simplemente cerro la piel...las responsabilidades o tareas que tiene un ayudante quirúrgico en ese caso una médica profesional, en este caso una médica con años de experiencia en cirugía es ayudarme a lavar la paciente, separar los tejidos para poder llegar a las cavidades en forma directa, más rápida y fácil, ayudarme a succionar mientras que estoy en otras labores en el momento quirúrgico, ayudarme si fuera el caso a taponar un vaso si es que viene sangrando...y el cierre de la piel...el diagnóstico preoperatorio de la paciente fue peritonitis generalizada por apéndice perforada, en el posoperatorio fue el mismo diagnóstico...de acuerdo a lo que reposa en la historia clínica, se quedó un elemento entre la aponeurosis y la piel...no le puedo decir qué tipo de elemento o cuerpo extraño se quedó porque no fue mandado a patología, entonces no puedo decirle si fue una compresa, me parece un poco difícil para una paciente delgada, que no se haya tocado durante los 6 meses que estuvo en el posoperatorio o haya visto una deformidad en su piel, no sé si sería una gasa porque no fue referida o no sé si sería una reacción a la sutura porque tampoco hubo evidencia a través de la patología...no puedo decirle de qué se trata...una gasa hace una reacción local de un absceso que fue lo que tengo entendido que fue lo que le drenaron...un absceso...pudo haber sido esto, igualmente una reacción que la paciente pudo haber tenido a la sutura y da exactamente la misma sintomatología que es un absceso localizado, o sea una colección de pus que puede medir 2, 3, 4 cms de diámetro y que simplemente se abre la piel y se drena que fue lo que le hicieron a la paciente en esa segunda intervención...el corte que se hace, varía, dependiendo de la patología que uno piense que la paciente pueda tener...en el caso concreto de la paciente es una incisión en la línea media que va desde un poco más arriba del ombligo, rodeando el ombligo hasta la parte del pubis, o sea diría yo en una longitud aproximada de unos 20 cms...vertical...en este caso es mucho mejor hacer una incisión en la línea media para poder explorar tanto la parte izquierda como la parte derecha y asimismo poderla lavar en toda su extensión...como somos varias personas las que estamos en una sala de cirugía...cuando abro el abdomen y encuentro trauma por sangrado o una infección tan severa como de esta paciente, empiezo a solicitar compresas, empiezo a meterlas en la cavidad y las devuelvo, la instrumentadora coge las compresas y las meten en un balde...rojo porque es elemento contaminado...una vez se termina el acto quirúrgico y pregunto si las compresas están todas completas, la auxiliar de la sala de cirugía que en otras oportunidades se llama circulante, empieza a contar con protección en los guantes de ella a contar cada una de las compresas y abrirlas porque puede suceder...que va otro elemento ahí...hasta que termina y le dije a la instrumentadora, hay 15 compresas, 2 gasas...entonces la instrumentadora ya sabe con cuántas comenzó y el número del mismo me dice y me informa ya puede cerrar la paciente porque ya tiene todos los elementos contados...para el caso de la paciente, este no fue el caso porque no se quedó ningún elemento dentro de la cavidad abdominal...el hospital no presta el servicio de cuarto para que lo llamen y uno pueda ir a urgencias, toca que los profesionales busquemos un sitio cercano al Hospital o en el pueblo para poder pernoctar en el tiempo que estamos de disponibilidad, a través de una llamada al celular nos van indicando cuándo hay valoraciones en los diferentes servicios tanto de hospitalización como de urgencias para que podamos valorar los pacientes entonces estamos yendo y viniendo al sitio de vivienda donde estamos al sitio donde hay que valorar al paciente...para el caso de la paciente me llamaron a las 00:03, 30 minutos a valorarla y lo hice a la 01:30 a.m. para empezar su acto quirúrgico a las 2:00 a.m...soy contactado por los médicos del Hospital de Guateque...**hay una nota en la historia clínica******



que me llaman, creo que es...10:30-11:00 p.m. y en ese momento no contesté...la siguiente llamada la hacen a las 00:30 contesto y pido que inmediatamente me traigan a la paciente a valorar, pregunto si tiene exámenes de valoración pre quirúrgica...la paciente llega del Hospital de Guatemala, traída por la ambulancia hacia la 1:30 de la madrugada y comienzo mi acto quirúrgico a las 2:00...tengo entendido que él llevó a la paciente a cirugía el 24 de un mes y yo llegaba el 25, pedí el favor que me la dejara para poderla operar yo y estar al frente de lo que había podido acontecer, él urgentemente llevó a la paciente a cirugía, no entiendo por que y después no pude tener ningún contacto con él, para que me explicara que era lo que había encontrado...la ayudantía quirúrgica...mientras vamos a medicar a la paciente...están autorizados para cerrar la piel, no está autorizados para ningún otro elemento porque es sumamente delicado y es experticia del cirujano general llevarlo a cabo...la matriz que contiene el feto está en la cavidad abdominal y la gasa si fuera el caso, queda en el espesor de la pared, osea no hay un elemento de continuidad entre uno y otro...es completamente imposible...no hacen mella en el embarazo...mucho menos en la pared abdominal...no puedo cerrar la aponeurosis si la instrumentadora no me dice que el conteo está completo...sin el visto bueno de la instrumentadora...tanto de los elementos de limpieza como del instrumental..."

3.2 LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS

➤ Documentales aportadas

- Póliza N° 1002943 con el SLP de condiciones particulares y las condiciones generales del clausulado contenido en la forma RCP-0015-3.
- Póliza N° 1002941 con el SLP de condiciones particulares y las condiciones generales del clausulado contenido en la forma RCP-0016-3.
- Póliza N° 1007430 con el SLP de condiciones particulares y las condiciones generales del clausulado contenido en la forma MAP002v-3.

➤ Documentales solicitadas

- Oficiar a la entidad para que certifique: Si se presentaron reclamaciones en las pólizas N° 1002943, 1002941 y 1007430, en qué proporción se encuentra disminuido el valor asegurado por el pago de siniestros o si ya se encuentra agotado. Fue cumplido con el **oficio 1820** del 08 de noviembre de 2016 visto a folio 454, requerido con oficio 047 del 20 de enero de 2017 (fl. 693) y 406 del 22 de marzo de 2017 (fl. 992) La respuesta se observa a folios 996 a 1001, radicada el 29 de marzo de 2017, detallando que:

• La póliza de responsabilidad civil extrcontractual 1002941, por un valor asegurado de \$100,000,000, con un deducible del 2% del valor de la pérdida, mínimo 1 SMI/M, con vigencia del **14 de junio de 2011 al 20 de enero de 2012**, y dicha fecha no se han realizado pagos con disponibilidad de valor asegurado de \$98,000,000.

• La póliza de responsabilidad civil para servidores públicos 1002943, por un valor asegurado de



\$300.000.000, sin deducible y con vigencia del **14 de junio de 2011 al 20 de enero de 2012**. A dicha fecha no se han realizado pagos, con disponibilidad de valor asegurado de \$300.000.000

* La póliza de manejo global sector oficial 1007430, por un valor asegurado de \$100.000.000 con vigencia del 14 de junio de 2011 a 20 de enero de 2012, 20 de enero de 2012 a 09 de mayo de 2012 y 09 de mayo de 2012 a 09 de junio de 2012.

VI. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. PROBLEMA JURÍDICO

En audiencia inicial se fijó el problema jurídico a resolver en los siguientes términos, se trata de establecer si:

¿El HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO y el médico cirujano FELIPE CABALLERO MICHELSEN, son o no administrativamente responsables por los daños sufridos por la señora MAIRA CRISTINA GAMEZ MARTIN, el día 27 de febrero de 2011, al dejar en su cuerpo una compresa, cuando fue sometida a una cirugía, la cual fue retirada en otro procedimiento quirúrgico el día 24 de septiembre del mismo año?

Asimismo, se debe establecer si las compañías de seguros LA PREVISORA S.A. y LIBERTY, deben indemnizar.

2. TESIS

De acuerdo con lo expuesto, analizada la demanda y sus contestaciones, el despacho advierte que los argumentos relevantes de las partes, se concretarán en las siguientes:

- Tesis de la parte Demandante:

Manifiesta el apoderado que debe declararse administrativamente responsables al HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO y al médico cirujano Dr. FELIPE CABALLERO MICHELSEN por los daños y perjuicios materiales, morales y fisiológicos o a la vida de relación ocasionados a la señora MAIRA CRISTINA GAMEZ MARTIN y a su núcleo familiar, por falla en el servicio, al haberse dejado alojada en su cavidad abdominal un elemento extraño el día 27 de febrero de 2011, después de habersele practicado una apendicectomía, elemento detectado médicamente el 24 de septiembre de 2011 y extraído en la misma fecha. Como consecuencia de lo anterior, se solicita el reconocimiento y pago de los perjuicios reclamados, con intereses e indexación.



- Tesis de la parte Demandada

- **HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO:**

Considera el apoderado que la demandante fue atendida oportunamente y observando los protocolos conforme a su estado de salud, agrega que el conteo del material utilizado coincidió con el que inició el procedimiento, sin que exista relación entre el cuerpo extraño encontrado y el aborto referido en la historia clínica pues bien podía tratarse de un falso positivo, teniendo en cuenta los resultados de patología. Respecto al cuerpo extraño, señala que esto no se pudo establecer con claridad que el cuerpo extraño fuera una compresa pues por el sitio donde se encontró y las dimensiones de la misma, estas no coinciden, puntualizando que la falta de remisión del elemento extraído a patología, no puede conllevar a una declaratoria de responsabilidad, aunado a que las condiciones de su enfermedad se generaron por la condición anatómica de la paciente y no por la impericia del personal pues es evidente que toda cirugía implica riesgos y que lo que se procuró fue salvaguardar su vida como en efecto se hizo, sin olvidar que la actividad médica es de medio, no de resultado.

- **FELIPE CABALLERO MICHELSEN**

Estima la apoderada que en lo que respecta a su representado, no existe falla en el servicio, oblitio quirúrgico, negligencia o culpa toda vez que la intervención que se le practicó se hizo de manera perita y el cuerpo extraño que se encontró estaba en la pared abdominal, la cual suturó la médica general MARIA FERNANDA GALAN como ayudantía de la cirugía, destacando la imposibilidad que una compresa se aloje en dicha parte de la anatomía por las dimensiones de la misma y el tiempo de permanencia dentro de la paciente, pudiendo corresponder a una reacción a cuerpo extraño de sutura. Resalta la importancia de la división del trabajo en equipo por la complejidad de funciones y responsabilidades, cada uno confía en que el otro desarrolle bien su labor, de modo que para que exista condena de un agente del Estado debe probarse la culpa y el dolo, así la responsabilidad que pudiera llegar a existir es como agente del Estado, no como particular, para concluir que para el sub examine no se probaron: la legitimación por pasiva, dolo o culpa grave del médico, el oblitio quirúrgico, nexo causal, elementos de la responsabilidad, incumplimiento de la lex artis, las pretensiones de la demanda y se prueba la ausencia de responsabilidad del galeno en los hechos y pretensiones de la acción.

- Tesis de los llamados en garantía

- **LA PREVISORA S.A COMPAÑÍA DE SEGUROS**

Enseña el apoderado que la atención prestada a la demandante se encuentra dentro de los protocolos de manejo establecidos que fueron ejecutados apropiadamente, teniendo en cuenta que la actividad médica no es de resultado sino de medio y con ella se busca aliviar el dolor, recuperar la salud y buscar el tratamiento adecuado para sanar al paciente, usando los elementos materiales, humanos y científicos con tal fin, de manera que la prestación defectuosa del servicio debe estar supeditada a la demostración de la culpa y los elementos constitutivos de la responsabilidad médica deben incluir



además del comportamiento culposos, la acreditación del perjuicio y el nexo causal entre el comportamiento y el daño, situación que no se evidencia en el sub iudice.

En cuanto al llamamiento en garantía, aclara que la póliza contratada sólo cubría siniestros reclamados y notificados durante su vigencia, lo que no aplica en el caso bajo estudio, así, al no haber ocurrido el siniestro durante la vigencia de la póliza, no es posible afectarla, entendiendo por siniestro el momento en que los funcionarios amparados sean declarados penal, fiscal, civil o administrativamente responsables y aclarando que las pólizas cuestionadas no otorgan cobertura para los hechos que originaron el proceso pues como exclusiones se plantearon los errores y omisiones del asegurado en el ejercicio de su actividad profesional.

- **LIBERTY SEGUROS S.A.**

Destaca que conforme a las pruebas recaudadas se puede concluir la imposibilidad que una compresa se aloje en la pared abdominal y que el médico que extrajo el cuerpo extraño no cumplió los protocolos al omitir su envío a patología, privando de la oportunidad de tener certeza acerca de la naturaleza de dicho elemento, lo que da lugar a que se nieguen las pretensiones de la acción. En lo que respecta al llamamiento que se le hiciera, señala que el amparo se dirige al manejo directo de los recursos por parte de los funcionarios y entidades oficiales, así como por los detrimentos patrimoniales que ocasionen los servidores públicos que laboran en la entidad amparada, por lo que no tiene relación con lo pretendido en la acción

- **Tesis del Ministerio Público:**

Guardó silencio.

- **Tesis Argumentativa del Despacho**

El Despacho declarará administrativa, patrimonial, extracontractual, solidaria y mancomunadamente responsables al **HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO** y al Dr. **FELIPE CABALLERO MICHELSEN** por falla del servicio probada como consecuencia del olvido quirúrgico de que fue víctima la señora **MAIRA CRISTINA GAMEZ MARTIN**, en hechos ocurridos el 27 de febrero de 2011, **CONDENANDO solidariamente al HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO** y al Dr. **FELIPE CABALLERO MICHELSEN**, no obstante la totalidad de la condena será pagada por el **HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO**. Se ordenará a la Aseguradora **LIBERTY SEGUROS S.A.** pagar a favor de los demandantes, la totalidad de las condenas proferidas contra el **HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO**, efectuando una deducción equivalente al 10% del total de la condena, ordenando a la entidad de salud **repetir** en contra del Dr. **FELIPE CABALLERO MICHELSEN**, en relación con las sumas reconocidas y pagadas en la proporción que a éste le corresponde. **Igualmente**, declararán no probadas la excepciones propuestas por la apoderada del médico **FELIPE CABALLERO MICHELSEN**, denominadas falta de legitimación en la causa por pasiva, así como la denominada falta de legitimación por pasiva, propuesta por el apoderado



de **LIBERTY SEGUROS S.A.**, estimando que las demás explicaciones tal y como se advirtió en audiencia inicial, constituirían medios de defensa y no medios exceptivos. Asimismo se **ABSOLVERA** a la **PREVISORA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.** de las pretensiones formuladas.

Finalmente se negarán las demás pretensiones de la demanda, y la solicitud de tacha de testigos propuesta por los apoderados del **HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO, LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS** y del médico **FELIPE CABALLERO MICHELSEN** y también la objeción al dictamen pericial suscrito por la médica **WILMA INES CASTILLA PUENTES**, propuesta por el apoderado de la parte demandante, absteniéndose de condenar en costas.

3. DE LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS

Previo a resolver de fondo sobre el caso concreto, y como quiera que los apoderados de los demandados y los llamados en garantía, propusieron excepciones dentro del término legal oportuno, es preciso entrar a resolver sobre la prosperidad de las mismas, recordando que se plantearon así:

- **HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO**

Propuso como excepciones las que denominó *divergencia entre lo solicitado para ser conciliado acorde con la Ley 1285 de 2009 y lo plasmado como pretensiones como pretensiones de la demanda, caducidad de la acción, falta de causa legal para incoar la acción, falta de razonabilidad en las pretensiones y valoración de los daños sin soporte alguno, las obligaciones de la E.S.E. en su actuar, inexistencia de falla probada del servicio, innominada.*

- **MEDICO FELIPE CABALLERO MICHELSEN**

Propuso como excepciones las que denominó: *De los elementos de responsabilidad: falta de legitimación en la causa por pasiva por parte del Dr. Felipe Caballero Michelsen; En materia del elemento daño: Valoración injustificada en materia de perjuicios materiales: daño emergente, ausencia de prueba e improcedencia de los perjuicios morales y extra patrimoniales solicitados; En materia del contenido obligacional: Las obligaciones del médico en el caso concreto son de medio, ausencia de responsabilidad solidaria entre la Empresa Social del Estado Hospital Valle de Tenza y el demandado Dr. Felipe Caballero Michelsen; En cuanto a la atribución jurídica o imputación: Inexistencia de responsabilidad derivada de un evento propio de la ciencia médica, ausencia de causalidad adecuada y por ende de nexo causal entre el acto médico desarrollado por el Dr. Felipe Caballero Michelsen y los daños demandados por el extremo activo, no acreditación del nexo de causalidad; en cuanto al fundamento o elemento subjetivo: culpa médica: Cumplimiento cabal de la lex artix ad hoc por parte del Dr. Felipe Caballero Michelsen, división del trabajo médico y prestación conjunta, acto médico carente de culpa, causa extraña al acto médico realizado por el Dr. Felipe Caballero Michelsen, vocación no indemnizable de los perjuicios demandados y genérica o inominada.*



- **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**

Formula las excepciones denominadas: Ausencia de los elementos constitutivos de responsabilidad médica; actividad médica es de medio y no de resultado; falta de prueba sobre la cuantía de la pérdida; improcedencia de los perjuicios morales como están solicitados y cualquier otro medio exceptivo que resulte probado dentro del proceso y que se oponga a las pretensiones de la demanda y **propone como excepciones al llamamiento en garantía las correspondientes a:** Inaplicabilidad de la póliza N° 1002943, que sirve de base al llamamiento en garantía; ausencia de cobertura de la póliza de responsabilidad civil servidores públicos N° 1002943; falta de configuración del siniestro en la póliza N° 1002943; exclusiones pactadas contractualmente en la póliza N° 1002943; falta de amparo de la póliza de responsabilidad civil número 1002941 certificados 0, para el amparo de responsabilidad médica; inaplicabilidad de la póliza de responsabilidad civil número 1002941 certificados 0, para los hechos motivo del proceso; ausencia de cobertura de la póliza global de manejo N° 1007430 para los hechos materia del proceso y falta de configuración del siniestro; límite del valor asegurado, limitación de responsabilidad de la PREVISORA S.A. Compañía de Seguros al monto de la suma asegurada, artículo 1079 del Código de Comercio; limitación de la responsabilidad de la PREVISORA S.A. Compañía de Seguros a la disponibilidad del valor asegurado por concepto de responsabilidad civil, artículo 1111 del Código de Comercio; aplicación del deducible pactado en la póliza y cualquier otro medio exceptivo que resulte probado dentro del proceso y que se oponga a las pretensiones de la demanda.

- **LIBERTY SEGUROS S.A.**

Propone como excepciones las que denominó (presentadas también por la E.S.E.): Divergencia entre lo solicitado para ser conciliado acorde con la Ley 1285 de 2009 y lo plasmado como pretensiones de la demanda; caducidad de la acción; falta de causa legal para incoar la acción; falta de razonabilidad en las pretensiones y valoración de los daños sin soporte alguno; cumplimiento de las obligaciones de la E.S.E. en su actuar; inexistencia de falla probada del servicio; innominada o genérica y cualquier otro medio exceptivo que resulte probado dentro del proceso y que se oponga a las pretensiones de la demanda y propone como excepciones frente al llamamiento las que llamó: Falta de legitimación por pasiva con relación a LIBERTY SEGUROS S.A.; riesgo no cubierto en la póliza de manejo global 120888, riesgo no cubierto en la póliza de responsabilidad civil para servidores públicos N° 312985; limitación de la responsabilidad; disminución del valor asegurado en la póliza de responsabilidad civil profesional clínicas y hospitales N° 313567 en la proporción en que por otros siniestros se hayan hecho pagos por esta póliza; aplicación de los deducibles pactados por el HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA E..S.E. con LIBERTY SEGUROS S.A. y de límite de responsabilidad; cualquier otro medio exceptivo que resulte probado dentro del proceso y que se oponga a las pretensiones de la demanda.

Así las cosas, En la audiencia inicial (fls. 425 a 429) se estimó resolver las excepciones de: Caducidad, puntualizando que la misma no prosperaba, Divergencia entre lo solicitado para ser conciliado con la Ley 1285 de 2009, señalándose que no estaba llamada a prosperar y falta de legitimación por pasiva del médico FELIPE CABALLERO MICHELSEN y LIBERTY SEGUROS S.A., anotando que se resolvería al momento de estudiar la decisión de fondo y que las demás no constituían medios exceptivos, sino



que se encaminaban a desvirtuar el fundamento de derecho de las pretensiones y por ello, debían resolverse en el fondo del asunto. Por su parte respecto de la falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta tanto por la apoderada del Dr. **FELIPE CABALLERO MICHELSEN**, como por parte del apoderado de **LIBERTY SEGUROS S.A.**, se precisó que esta se resolvería al momento de tomar la decisión de fondo, pues en conjunto con el material probatorio allegado y su estudio, se debía permitir establecer la responsabilidad y participación de las entidades.

Bajo estos parámetros, tenemos que las excepciones son medios de defensa de la parte demandada que pueden atacar la acción o la pretensión. Las primeras impiden un examen de fondo, es decir, de resultar demostradas imponen una inhibición. Las segundas, es decir, las que atacan la pretensión, de prosperar conllevan la negativa de las súplicas de la demanda.

Habiendo llegado a este punto, ha de recurrirse a la doctrina que ha hecho una diferenciación respecto de las *excepciones perentorias* y las *previas*, definiendo las primeras como “(...) las que se oponen a las pretensiones del demandante, bien porque el derecho alegado en que se basan, nunca ha existido, o porque habiendo existido en algún momento se presentó una causal que determinó su extinción o, también cuando no obstante que sigue vigente el derecho, se pretenda su exigibilidad en forma prematura por estar pendiente un plazo o una condición”; mientras que las *excepciones previas* “no se dirige (n) contra las pretensiones del demandante, sino que tienen por objeto mejorar el procedimiento para que se adelante sobre las bases que aseguren la ausencia de causales de nulidad y llegando incluso a ponerle fin a la actuación si no se corrigieron las irregularidades procesales advertidas o si estas no admiten saneamiento”⁴. Así, las excepciones perentorias plantean situaciones fácticas nuevas con el objeto de enervar las pretensiones de la demanda, mientras que las previas atacan los aspectos procedimentales a fin de evitar sentencias inhibitorias, de manera que cuando se propone una excepción, quien la alega debe probarla, lo que no sucede cuando el demandado se limita a esgrimir argumentos de defensa aun cuando los titule como “*excepciones*”.

Así las cosas y comoquiera que se han planteado múltiples manifestaciones bajo el título de “*excepciones*” por parte de los demandados y los llamados en garantía, tal y como se expuso en la audiencia inicial, los mismos son meros argumentos de defensa que se encuentran controvirtiendo el fondo del asunto y por ello los mismos se estudiarán en el caso concreto, entendidos como medio de defensa, en la medida que solo se limitaron a enunciarse, pero en manera alguna se probaron.

Ahora bien, respecto de la falta de legitimación alegada, debe decirse que, de acuerdo con las reglas jurisprudenciales establecidas por el Consejo de Estado, la legitimación en la causa puede ser **material o de hecho**.

La primera, exige la conexión entre las partes y los hechos que constituyen el litigio, es decir, representa un interés jurídico sustancial; mientras que la segunda, está constituida por la relación procesal entre el demandante y demandado, que las faculta para intervenir en el trámite, así como

⁴ Garzón Martínez, J. *El nuevo proceso contencioso administrativo*. Ediciones Doctrina y Ley LTDA. Bogotá, 2014. P. 472



ejercer sus derechos de defensa y contradicción. De ahí que, el demandado puede no tener vínculo alguno con el conflicto que motivó la demanda, pero estar legitimado de hecho.

Así las cosas, la falta de legitimación material en la causa conduce a la denegación de las pretensiones, por no resultar la parte pasiva, titular de la carga de cumplir la pretensión formulada.

En efecto, la Sección Tercera, Subsección “B” del Consejo de Estado, en sentencia proferida el 14 de octubre de 2015, con ponencia del doctor Danilo Rojas Betancourth dentro del proceso radicado bajo el número 25000-23-26-000-2002-01209-02(31169), promovido por Luz Stella Barrera Martínez y otros contra el Ministerio de Justicia y del Derecho y otros, explicó:

“Aunque, en términos generales, la legitimación en la causa se refiere a “la calidad que tiene una persona para formular o contradecir las pretensiones de la demanda por cuanto es sujeto de la relación jurídica sustancial (...)”, esta Corporación ha señalado que es posible diferenciar entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa⁵.

La primera se refiere a la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal, es decir, se trata de una relación jurídica nacida de la atribución de una conducta en la demanda y de la notificación del libelo inicial al demandado, “de manera que quien cita a otro y le endilga la conducta, actuación u omisión que dan lugar a que se incoe la acción, está legitimado de hecho por activa y aquél a quien se cita y se le atribuye la referida acción u omisión, resulta legitimado de hecho y por pasiva, después de la notificación del auto admisorio de la demanda”.

Por su parte, la legitimación material en la causa alude a la participación real de las personas en el hecho que origina la presentación de la demanda, independientemente de que dichas personas no hayan demandado o que hayan sido demandadas. De ahí que la Sala haya indicado que la falta de legitimación material en la causa por activa o por pasiva no impide al fallador pronunciarse de fondo sobre el petitum de la demanda, comoquiera que la aludida legitimación constituye un elemento de la pretensión y no de la acción, en la medida en que se trata de

(...) una condición propia del derecho sustancial y no una condición procesal que, cuando no se dirige correctamente contra el demandado, constituye razón suficiente para decidir el proceso adversamente a los intereses del demandante, por no encontrarse demostrada la imputación del daño a la parte demandada⁷.

(...) Por consiguiente, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar si existe, o no, relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta fórmula o la defensa que aquella realiza⁸, pues bien puede suceder que una persona, natural o jurídica, esté legitimada en la causa de hecho por ser parte dentro del proceso, pero carezca de legitimación en la causa material debido a que no es titular de los derechos cuya vulneración alega o a que ninguna actuación o conducta suya guarda relación o conexión

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de septiembre de 1997, exp. 10285, C.P. Ricardo Hoyos Duque. En el mismo sentido, véase las sentencias del 11 de febrero de 2009, exp. 23067, C.P. Enrique Gil Botero, y del 22 de julio de 2011, exp. 17646, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

⁶ Ver, por ejemplo, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 22 de noviembre de 2001, exp. 13356, C.P. María Elena Giraldo Gómez; sentencia de 28 de abril de 2005, exp. 14178, C.P. Germán Rodríguez Villamizar; sentencia de 23 de abril de 2009, exp. 16837, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 1° de marzo de 2006, exp. 13764, C.P. Alier E. Hernández Enriquez.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 23 de abril de 2009, exp. 16837, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.



con los hechos que motivan el litigio. En estos eventos, las pretensiones formuladas estarán llamadas a fracasar puesto que el demandante carecería de un interés jurídico perjudicado y susceptible de ser resarcido o el demandado no sería el llamado a reparar los perjuicios ocasionados a los actores⁹.” (Resaltado fuera de texto original)

En este sentido, la Sección Tercera del Consejo de Estado¹⁰ ha precisado que en casos como el examinado no existiría falta de legitimación en la causa o de hecho ni material pues lo que se exige es que la entidad y particulares convocados estén representados y nos remite al artículo 159 del C.P.A.C.A. al siguiente tenor:

“Capacidad y representación. Las entidades públicas, los particulares que cumplen funciones públicas y los demás sujetos de derecho que de acuerdo con la ley tengan capacidad para comparecer al proceso, podrán obrar como demandantes, demandados o intervinientes en los procesos contencioso administrativos, por medio de sus representantes, debidamente acreditados.

La entidad, órgano u organismo estatal estará representada, para efectos judiciales, por el Ministro, Director de Departamento Administrativo, Superintendente, Registrador Nacional del Estado Civil, Procurador General de la Nación, Contralor General de la República o Fiscal General de la Nación o por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho. (...)”

De lo expuesto, concluye éste despacho que tanto el médico **FELIPE CABALLERO MICHELSEN** como **LIBERTY SEGUROS S.A.**, citados al proceso tienen legitimación para intervenir como demandados en la defensa procesal de sus derechos, gozando de capacidad para ser partes y concurrir en juicio, otra será la responsabilidad que se derive al determinar en función de las imputaciones fácticas y jurídicas, si la entidad está llamada a responder por los daños reclamados, discusión propia de la sentencia al examinar la legitimación **material** en la causa.

4. MARCO JURIDICO Y JURISPRUDENCIAL

Con el fin de resolver lo pertinente frente a las posturas adoptadas por las partes y esclarecer el problema jurídico, se abordará la siguiente temática:

- a). *Cláusula general de responsabilidad del Estado*
- b). *De la responsabilidad médica*
- c). *Del olvido quirúrgico*
- d). *De las pólizas de seguros*
- e). *Del título de imputación en el caso concreto*

Finalmente, se abordará el caso concreto.

⁹ A propósito de la falta de legitimación en la causa material por activa, la Sección ha sostenido que “si la falta recae en el demandante, el demandado tiene derecho a ser absuelto pero no porque él haya probado un hecho nuevo que enerve el contenido material de las pretensiones sino porque quien lo atacó no es la persona que frente a la ley tiene el interés sustantivo para hacerlo —no el procesal—. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 20 de septiembre de 2001, exp. 10973, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

¹⁰ SU 25 de septiembre de 2013, expediente N° 20410, M.P. Enrique Gil Botero



a. CLÁUSULA GENERAL DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, se consagró en el artículo 90 de la misma, la que se ha denominado la Cláusula General de Responsabilidad, que determina:

“El estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”.

En Sentencia C-333/96 la Corte Constitucional señaló el sentido y el alcance de esta norma, en los términos que siguen:

“El actual mandato constitucional es no sólo imperativo -ya que ordena al Estado responder- sino que no establece distinciones según los ámbitos de actuación de las autoridades públicas. En efecto, la norma simplemente establece dos requisitos para que opere la responsabilidad, a saber, que haya un daño antijurídico y que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública.

(...).

La Corte considera que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación del Estado armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho, pues al propio Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración. Así, la responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del Estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización. Igualmente no basta que el daño sea antijurídico sino que éste debe ser además imputable al Estado, es decir, debe existir un título que permita su atribución a una actuación u omisión de una autoridad pública”. Negrilla fuera del texto

Por su parte el Honorable Consejo de Estado ha sostenido sobre el artículo 90 que *“...es el tronco en que encuentra fundamento la totalidad de la responsabilidad patrimonial del Estado, trátese de la responsabilidad contractual o de la extracontractual”.*

Lo anterior obviamente no significa que los títulos y regímenes de responsabilidad patrimonial del Estado sean idénticos en todos los campos y en todas las situaciones, puesto que en la actual práctica jurisprudencial siguen existiendo regímenes diferenciados. Así en determinados casos se exige la prueba de la culpa de la autoridad, en otros ésta se presume, mientras que en algunos eventos de ruptura de la igualdad ante las cargas públicas la responsabilidad es objetiva”¹¹.

Se tiene entonces claridad en que *la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria al derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, razón por la cual se reputa indemnizable”* de manera tal que los elementos centrales del régimen de responsabilidad consagrado

¹¹ Consejo de Estado, Sentencia. 13 de Julio de 1993, Exp. 8163. C.P. Juan de Dios Montes Hernández



constitucionalmente son la noción de **daño antijurídico y su imputación al Estado**; entendiéndose en primer lugar el **daño antijurídico** como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo y, segundo que para imponer al Estado la obligación de reparar un daño *“es menester, que además de constatar la antijuricidad del mismo, el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un ‘título jurídico’ distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión”*¹²

Corolario, el artículo 90 constitucional, establece una cláusula general de responsabilidad del Estado cuando determina que éste responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, de lo cual se desprende que para declarar responsabilidad estatal se requiere la concurrencia de estos dos presupuestos: (i) la existencia de un daño antijurídico y (ii) que ese daño antijurídico le sea imputable a la entidad pública, bajo cualquiera de los títulos de atribución de responsabilidad, V. gr. la falla del servicio, el daño especial, el riesgo excepcional, etc.¹³

b. DE LA RESPONSABILIDAD MEDICA

El Consejo de Estado ha venido variando a través de la historia jurisprudencial, el criterio de atribución de la responsabilidad médica estatal, el cual adoptó inicialmente como falla del servicio, pero luego vino variándolo respecto de la manera de probarla, oscilando desde el criterio de la falta probada, hasta morigerarlo con la denominada falla del servicio presunta, llegando posteriormente a la aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba, hasta retornar nuevamente a la falla probada, pero en esta oportunidad, utilizando mecanismos de facilitación probatoria, entre ellos, i) La regla *res ipsa loquitur*, ii) La prueba *prima facie* o de primera impresión, iii) La teoría francesa de la falta virtual, iv) La doctrina del daño desproporcionado, y v) La teoría de la pérdida de oportunidad.¹⁴

Para el caso que ocupa la atención de esta sede judicial, dentro de los mecanismos de facilitación probatoria mencionados en precedencia, el que nos permite entrar a resolver como criterio de atribución de responsabilidad médica estatal, dentro de falla probada encontramos la regla *res ipsa loquitur*, *“la cosa que habla por sí misma”*, *“las cosas hablan por sí solas”* *“la culpa surge cantada de los hechos probados”*. En su almendra, nos indica que los daños producidos frente a una intervención quirúrgica, no se suceden comúnmente si no existe una culpa, el hecho habla por sí como prueba de la culpa, es decir, que se refiere a situaciones donde el hecho generador o desencadenante es

¹² C 038 de 2006.

¹³ Consejo de Estado, Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON, doce (12) de mayo de dos mil once (2011), Radicación número: 19001-23-31-000-1997-01042(19835)

¹⁴ Serrano, E. L. (2012) *El régimen probatorio en la responsabilidad médica*. Edición Doctrina y Ley (pp. 107-144, 152)



suficiente por sí mismo para justificar la conclusión en el sentido que lo más probable es que el demandado fue negligente y que éste hecho causó el daño.

Para que se pueda hacer uso de la regla *res ipsa loquitur*, es necesario, según la doctrina, que se presenten las siguientes condiciones:

“a. Que estemos frente a un evento dañoso, de los que normalmente no se producen sino con una conducta negligente de alguien.

b. Que ese evento dañoso venga originado por cualquier cosa (instrumento, dependiente, (etc...) que entre en la esfera de disponibilidad y control del demandado, aunque no se reconozca el modo.

c. Por último que el daño no sea imputable a un comportamiento culposo de la misma víctima.”⁵

Conforme a los anteriores requisitos, podemos concluir que la necesidad de demostrar la culpa en que puede incurrir el médico, es sustituida por la simple constatación del evento dañoso, del cual el Juez puede deducir la existencia de culpa, en la medida que ese daño sólo pudo producirse por descuido o negligencia del demandado, como sucede en el evento que es motivo de análisis, cuando se dejan compresas en el cuerpo del paciente.

El órgano de cierre en materia administrativa, ha venido acudiendo a la regla *res ipsa loquitur* como mecanismo de aligeramiento probatorio, para tener por estructurada la culpa en los casos de responsabilidad médica por oblitos quirúrgicos, así:

*“El criterio de la Corporación, en relación con los casos de oblitio quirúrgico, ha tenido por establecido que esos olvidos, se consideran una culpa y falla probada a partir de la aplicación del sistema de aligeramiento probatorio del *res ipsa loquitur*, es decir, las cosas hablan por sí solas. Así lo ha señalado la doctrina...”*

*“(...) En efecto, si el daño deprecado consiste en el hecho mismo de que se haya verificado la existencia de un cuerpo extraño en el organismo del paciente, sin que se presenten daños o perjuicios adicionales, la responsabilidad estará regida por el concepto de falla del servicio probada, a partir de la máxima *res ipsa loquitur*, lo que generará un acercamiento o aligeramiento probatorio entre el daño y la imputación.”⁶*

Ahora en cuanto hace a la normatividad que regula el ejercicio de la profesión médica, se han dictado los siguientes lineamientos, encontrando que la Ley 23 de 1981, por la cual se dictan normas en materia de ética médica, modificada por el Decreto 19 de 2012, Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios, existentes en la Administración pública, señala en su artículo 1º que *La medicina es una profesión que tiene como fin cuidar de la salud del hombre y propender por la prevención de las enfermedades, el perfeccionamiento de la especie humana y el mejoramiento de los patrones de vida de la colectividad, sin distingos de nacionalidad, ni de orden económico-social, racial, político y religioso. El respeto por la vida y los fueros de la persona humana constituyen su esencia espiritual. Por consiguiente, el ejercicio de la medicina tiene implicaciones humanísticas que le son inherentes, entendiéndose que el hombre es una unidad somática, sometido a influencias externas, de modo que el médico debe además de diagnosticar una enfermedad, adoptar las medidas curativas y de rehabilitación que correspondan, sin someter al*

⁵ *Ibíd.* (pp.110)

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, 24 de marzo de 2011, C.P. ENRIQUE GIL BOTERO, rad. 05001-23-24000-1996-02181-01 Ni (20836)



paciente a riesgos injustificados, pidiendo su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos, y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o síquicamente, explicándole las consecuencias de manera anticipada, de manera que la responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento, no irá más allá del riesgo previsto¹⁷, norma reglamentada por el Decreto 3380 de 1981.

A su turno, la Ley 1438 de 2011, *Por la cual se regula el sistema de seguridad social en salud y se dictan otras disposiciones*, en su artículo 104, al referirse a la autorregulación profesional, enseña que las obligaciones generadas como consecuencia de un acto médico, son de medio, al siguiente tenor: *Modifícase el artículo 26 de la ley 1164 de 2007, el cual quedará así: "Artículo 26. ACTO PROPIO DE LOS PROFESIONALES DE LA SALUD. Es el conjunto de acciones orientadas a la atención integral de salud, aplicadas por el profesional autorizado legalmente para ejercerlas. El acto profesional se caracteriza por la autonomía profesional y la relación entre el profesional de la salud y el usuario. Esta relación de asistencia en salud genera una obligación de medio, basada en la competencia profesional.*

Finalmente, el Decreto 780 de 2016, por el cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social, modificado por el Decreto 948 de 2018, frente a los efectos adversos de carácter imprevisto, prevé en su Artículo 2.7.2.2.1.1.13, que teniendo en cuenta que el tratamiento o procedimiento médico puede comportar efectos adversos de carácter imprevisible, el médico no será responsable por riesgos, reacciones o resultados desfavorables inmediatos o tardíos de imposible o difícil previsión dentro del campo de la práctica médica al prescribir o efectuar un tratamiento o procedimiento médico.

Así las cosas, se precisa que el acto médico no es de resultado, pues existen circunstancias adversas esperadas y otras imprevistas, de modo que para poder establecer una posible responsabilidad atribuible a malas prácticas, debe analizarse en conjunto la situación específica para cada caso hasta encontrar el origen del daño reclamado.

No obstante lo anterior, del inciso 4º del artículo 140 del C.P.A.C.A. propicio para ser abordado en este ítem, enseña que *En todos los casos en los que en la causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño*, de igual modo en la sentencia T 055 de 2016, con ponencia del Dr. Luis Ernesto Vargas Silva, se abordó la constitucionalidad de dicho aparte en el entendido que como el proyecto original de la citada norma establecía que *la obligación será conjunta y no se dará aplicación a la solidaridad prevista en el artículo 2344 del Código Civil*, de manera que en la obligación resarcitoria a cargo del Estado en casos de concausalidad con un tercero, la obligación sería conjunta y no solidaria.

Al momento de efectuar la interpretación de la norma, el órgano de cierre constitucional, a pesar de haberse declarado inhibida para decidir por ineptitud sustantiva de la demanda instaurada, señaló que empleando los criterios de interpretación histórico y literal, la norma cuestionada por sí sola no implicaba la exclusión de *la responsabilidad solidaria del Estado* en caso de concurrencia con un particular en la causación del daño derivado de la responsabilidad extracontractual, por lo que la

¹⁷ Artículos 15 y 16 de la Ley 23 de 1981.



autoridad judicial podría perfectamente dar aplicación a la solidaridad prevista en el artículo 2344 del Código Civil, cuando lo estime necesario, realizando en la sentencia un juicio de proporción tomando como base los hechos, probanzas y normatividad aplicable para definir dicha responsabilidad y la obligación de reparar.

c. DEL OBLITO QUIRURGICO

Adicionalmente a lo ya enunciado en el acápite anterior, corresponde ahora que hagamos un análisis para mayor comprensión, sobre el tema del oblito quirúrgico, en torno al mismo, se destaca que la Sección Tercera del Consejo de Estado¹⁸, ha precisado el concepto de oblito quirúrgico como una *mala ejecución de los cuidados médicos o quirúrgicos que constituyen una culpa o falla probada en la prestación de servicios de salud.*

Prosigue la decisión, destacando que doctrinalmente en relación con este tipo de falla en la prestación del servicio médico, se ha puntualizado:¹⁹

"Entendemos por oblito quirúrgico aquellos casos en los cuales con motivo de una intervención quirúrgica, 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.

"Este tipo de irregularidades quirúrgicas - 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...

"Estos supuestos, en consecuencia, se han transformado en frecuente causa de responsabilidad civil médica, por lo que han sido objeto de tratamiento por la doctrina en forma reiterada²⁰.

Por su parte, en un más reciente pronunciamiento la misma Colegiatura ha reiterado lo dicho en aquella oportunidad, puntualmente en la sentencia con ponencia del DR. JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS, en fecha diecinueve (19) de julio de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 27001-23-31-000-2008-00226-01(39520), actor: ROSA MOSQUERA CORDOBA.

A su turno, la Real Academia de la Lengua, ha definido el término como el *Cuerpo extraño olvidado en el interior de un paciente durante una intervención quirúrgica*, determinándose que *"Se acepta y todo indica ser cierto que se está más expuesto al oblito en aquellas cirugías de grandes cavidades (abdomen, tórax, por ejemplo); en las más sangrantes, especialmente cuando son cirugías de urgencia o emergencia con riesgo inminente de muerte; en las más complejas*

¹⁸ Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON, Bogotá, D. C, doce (12) de mayo de dos mil once (2011), Radicación número: 19001-23-31-000-1997-01042(19835)

¹⁹ Sentencia del 23 de junio de 2010. C. P. Dra. Gladys Agudelo Ordoñez. Radicación No: 18348

²⁰ Adorno - Garrido, El art. 1113 del Cód. Civil. Comentado. Anotado, cit., p. 252 y ss.; Bueres, Responsabilidad civil de los médicos, cit., p. 244; Mosset Iturraspe - Lorenzetti, Contratos médicos, cit., p. 199; Trigo Represas, Félix, Responsabilidad civil de los médicos por el empleo de las cosas inanimadas en el ejercicio de la profesión, LL, 1981-B-777 y siguientes.



y largas; en aquellas en las que cambia el personal del equipo quirúrgico y de la sala de operaciones en el transcurso de la misma.²¹

d. DE LAS POLIZAS DE SEGUROS

Abordando esta figura, encontramos que el Decreto 410 de 1981, *Por el cual se expide el Código de Comercio*, con sus modificaciones, establece las particularidades del contrato de seguros²², atribuyéndole las características de consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva, identificándose el asegurador y el tomador como partes del mismo, siendo sus elementos esenciales los correspondientes a: *interés asegurable, riesgo asegurable, prima o precio del seguro y obligación condicional del asegurador*.

La misma norma señala que además de señalar las condiciones generales del contrato, la póliza debe estipular:

- 1) *La razón o denominación social del asegurador;*
- 2) *El nombre del tomador;*
- 3) *Los nombres del asegurado y del beneficiario o la forma de identificarlos, si fueren distintos del tomador;*
- 4) *La calidad en que actúe el tomador del seguro;*
- 5) *La identificación precisa de la cosa o persona con respecto a las cuales se contrata el seguro;*
- 6) *La vigencia del contrato, con indicación de las fechas y horas de iniciación y vencimiento, o el modo de determinar unas y otras;*
- 7) *La suma aseguradora o el modo de precizarla;*
- 8) *La prima o el modo de calcularla y la forma de su pago;*
- 9) *Los riesgos que el asegurador toma su cargo;*
- 10) *La fecha en que se extiende y la firma del asegurador, y*
- 11) *Las demás condiciones particulares que acuerden los contratantes.*

PARÁGRAFO. *En los casos en que no aparezca expresamente acordadas, se tendrán como condiciones del contrato aquellas de la póliza o anexo que el asegurador haya depositado en la Superintendencia Bancaria para el mismo ramo, amparo, modalidad del contrato y tipo de riesgo.*

En igual medida, se prevé que hace parte de la póliza tanto la solicitud de seguro firmada por el tomador como los anexos que se emitan para adicionar, modificar, suspender, renovar o revocar la

²¹ OBLITOS, ¿RESPONSABILIDAD COLECTIVA O INDIVIDUAL? Aspectos médico-legales. Dr. Guido Berro Rovira.

²² Artículos 1036 y ss.



póliza, definiendo el riesgo como *el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador*, de modo que el asegurador puede, con las restricciones legales, asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado, precisando que el siniestro es la realización del riesgo asegurable, y, correspondiendo al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, la cuantía de la pérdida, los hechos y circunstancias excluyentes de su responsabilidad, estando obligado a responder hasta la concurrencia de la suma asegurada.

Ahora bien, en lo que respecta al seguro de responsabilidad, la norma en cita a partir del artículo 1127 precisa que impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, pudiéndose asegurar la responsabilidad contractual y la extracontractual, al igual que la culpa grave, excepto respecto de actos meramente potestativos, así, se tiene previsto que en el seguro de responsabilidad se entenderá ocurrido el siniestro en el momento que suceda el hecho externo imputable al asegurado, fecha a partir de la cual correrá la prescripción respecto de la víctima y frente al asegurado ello ocurrirá desde cuando la víctima le formula la petición judicial o extrajudicial, pudiéndose en un solo proceso demostrar la responsabilidad del asegurado y demandar la indemnización del asegurador.

d. DEL TÍTULO DE IMPUTACIÓN APLICABLE AL CASO EN CONCRETO

En relación con los títulos de imputación, la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional han coincidido en que:

“(...) La noción de daño antijurídico es invariable cualquiera sea la clase (contractual o extracontractual) o el régimen de responsabilidad de que se trate; consistirá siempre en la lesión patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar.

La diferencia estriba, en consecuencia, en los títulos jurídicos de imputación del daño, determinantes de la causalidad jurídica más allá de la simple causalidad material que se deriva del nexo causal.

Así, mientras en la responsabilidad fundada en el contrato, serán títulos jurídicos de imputación, por ejemplo, “los mandatos de la buena fe, igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos” (art. 28, ley 80 de 1993), en la extracontractual lo serán, además, la falla del servicio que es el título de imputación más frecuente, cualquiera que sea el sistema que para su prueba se adopte; la culpa personal en nexo con el servicio, prevista, para citar algunas disposiciones en el inciso 2o. del artículo 90 de la C. N. Y en el 77 del C.C.A.; la igualdad de las personas ante la ley (art. 13 de la C. N.); la proporcionalidad en la distribución de las cargas públicas (art. 95 No. 9 y 216 de la C. N., entre otros); el riesgo excepcional establecido, por ejemplo, por la ley 104 de 1993 o en el decreto 444 del mismo año; el error judicial y el anormal funcionamiento de la administración de justicia (art. 40 del C. de P. C., 414 del C. de P.P. etc.) la inconstitucionalidad de la ley declarada judicialmente, y principios de justicia y equidad como éste del no enriquecimiento sin causa.

Muestra lo anterior que bajo cualquier clase o régimen de responsabilidad patrimonial del Estado o de las personas jurídicas de derecho público es menester que estén presentes estos elementos: la acción o la omisión de la entidad estatal; el daño antijurídico; el nexo de causalidad material y el título jurídico de imputación²³.” (...) Negrilla fuera del texto original.

²³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Consejero ponente: JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ, Santa Fe de Bogotá, D.C., ocho (8) de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995), radicación número: 8118



Sobre la responsabilidad del Estado en los casos médicos se ha determinado como lo indicamos con anterioridad, que la imputación debe hacerse a título de **falla probada del servicio**, comprendiendo los casos de “oblito quirúrgico”, bajo el **régimen objetivo** comoquiera que el daño deprecado consiste en la existencia de un cuerpo extraño en el organismo de un paciente, pues se evidencia un palmario descuido que en realidad no requiere mayor acreditación en relación precisamente con ese elemento de la responsabilidad. *(Las cosas hablan por sí solas)*

Así las cosas, bajo el **régimen objetivo**, no se permite la exoneración de la responsabilidad aun cuando se pruebe un comportamiento esmerado y diligente en relación con la atención brindada al paciente; esto es, frente a casos donde está en juego la vida misma y se atiende oportunamente la afección médica, el resultado dañoso como consecuencia del oblito quirúrgico no cede ante el evidente descuido asociado al cuerpo extraño y los riesgos o peligros que el olvido puede conllevar, siendo precisamente el origen del daño lo que se demanda y frente al cual los eximentes de responsabilidad equivaldrían a la demostración de la ocurrencia de una causa extraña, sin que se pueda considerar que el acto médico es la fuente del daño pues este se asocia es a la cosa misma depositada en el organismo y representa la lesión antijurídica que debe ser reparada. *(La culpa surge cantada de los hechos probados)*

Respecto del régimen de **responsabilidad objetiva por falla probada** en el servicio médico, jurisprudencialmente se ha establecido que esta se configura en los siguientes casos:

“i) en virtud de la peligrosidad de la cosa, del procedimiento o del tratamiento empleado, siempre y cuando la herramienta riesgosa cause el daño de manera directa o por ella misma, pues si la lesión es producto de una ejecución irregular del acto médico, aunque medie un instrumento que represente peligro o riesgo, el caso específico estará regido por la responsabilidad subjetiva o culposa,

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

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

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

v) cuando el daño es producto de una infección nosocomial o intrahospitalaria,



vi) cuando el daño se irroga por la cosa misma sin que medie el acto humano, circunstancias en las que, al margen del riesgo del elemento la responsabilidad es de tipo objetiva.²⁴ Destacado fuera del texto.

Ahora bien, en el caso de autos se hará el estudio de imputación de responsabilidad de la entidad demandada bajo el título **objetivo** ya que su fundamentación no depende del actuar médico en sí, sino del riesgo al que resulta sometido el paciente **con el olvido dentro de su organismo de un oblito quirúrgico**, el cual como se expuso no necesita mayor demostración, pues evidencia por sí solo una conexidad entre el daño impuesto y el resultado provocado que en todo caso no se está en la obligación de soportar y que, comportan la obligación de reparar.

En este punto, debe precisarse que si bien en principio la responsabilidad por falla del servicio probada de carácter objetivo, como se ha precisado, debe estudiarse respecto a la entidad pública demandada en reparación, para el *sub examine* ha de analizarse también la conducta del equipo médico, encabezado por el Dr. **FELIPE CABALLERO MICHELESEN**, quien fue convocado de manera directa también en calidad de accionado, pues se entiende que su labor se enfocó en el hecho de salvar la vida de la paciente que reportaba un caso infeccioso revestido de total gravedad, pero de manera desafortunada en dicha intervención se provocó el oblito quirúrgico que requirió una reintervención, que se **tornaría innecesaria** si se hubieren respetado los protocolos médicos, empezando por el galeno quien no esperó a terminar de abordar a la paciente, cuando abandonó la intervención **con el argumento de realizar anotaciones en su historia clínica**, sin que este hecho fuera de una trascendencia tal que obligara a que el galeno responsable de la intervención quirúrgica a suspender su práctica médica, cediendo su lugar a la médica general para concluir la operación, con en el cierre de la piel, y adicional a lo anterior, el desacierto en el conteo de compresas por parte de la instrumentadora quirúrgica, permitió que se ocasionara el daño irrogado al Estado y al particular convocado (médico cirujano), lo que reitera la configuración de la responsabilidad, para el caso concreto a través de la figura de **la concausalidad** entre el Estado, representado por el **HOSPITAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO**, y el particular Dr. **FELIPE CABALLERO MICHELESEN**, también convocado en calidad de demandado.

En este orden de ideas, para la prosperidad de la acción de reparación directa impetrada por la accionante en contra del **HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO**, y representada en el hallazgo de un cuerpo extraño al interior de su pared abdominal luego de la cirugía requerida para salvaguardar su vida, resulta **necesario e imprescindible que hagan presencia los elementos señalados por la jurisprudencia, a saber i) el daño antijurídico, ii) la imputación del daño a los demandados y, iii) el nexo de causalidad**, esto es, comprobar el hecho dañoso y la relación de causalidad que permita entrever que uno causó el otro; de modo que una vez se produce la verificación y análisis del daño, se debe desprender una

²⁴ Consejo de Estado, C.P. Dr. ENRIQUE GIL BOTERO, veinticuatro (24) de marzo de dos mil once (2011), Radicación número: 05001-23-24-000-1996-02181-01(20836)



evidencia circunstancial que hace que aparezca demostrada plenamente la **imputación fáctica (nexo causal)** y la **jurídica o régimen de responsabilidad (objetivo)**.

5. DEL CASO CONCRETO

De forma ilustrativa se recaba en que como regla general, para establecer la responsabilidad del Estado, deben demostrarse los elementos de la misma, a saber: i) el daño antijurídico, ii) la imputación del daño a los demandados y, iii) el nexo de causalidad, de manera que en el *sub examine* el daño se precisa en el hallazgo de un cuerpo extraño en el organismo de la señora **MAIRA CRISTINA GAMEZ MARTIN** como se anotó en precedencia, de igual modo, se tiene que la imputación resulta ser de tipo objetivo por falla probada del servicio, dado que el mero encuentro del cuerpo extraño permite endilgar la responsabilidad en cabeza del centro médico que atendió el padecimiento sufrido por la demandante, esto es, el **HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO** y al Dr. **FELIPE CABALLERO MICHELSEN**. Así las cosas, recuerda el Despacho que las pretensiones se encaminan en efecto a declarar esa responsabilidad y a que se achaque adicional al hallazgo, el presunto aborto que la demandante sufriera el 22 de agosto de 2011, por lo que se reclaman perjuicios morales, daño emergente y extrapatrimoniales o daño a la vida de relación, a favor de la señora **MAIRA CRISTINA GAMEZ MARTIN**, al igual que perjuicios morales a su favor, su hijo, madre y hermanos, así como el reconocimiento de indexación e intereses, como lo establece el estatuto procesal administrativo.

En tales circunstancias, de las pruebas arrimadas al plenario, se encuentran acreditadas las siguientes situaciones respecto de la señora **MAIRA CRISTINA GAMEZ MARTIN** y en relación con la atención que le prestara el **HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO** y el galeno responsable de la intervención:

➤ Documentales:

- El 26 de febrero de 2011, ingresó a las 5:50 p.m. al Hospital de Garagoa, siendo diagnosticada con apendicitis aguda más peritonitis, llegó al Municipio de Guateque a las 00:30 y se le practica laparotomía y apendicectomía más drenaje de peritonitis, a las 2:50 a.m. dándosele egreso el 2 de marzo de 2011 a las 2:00 p.m. (fl. 750)
- El informe de patología del material de legrado, muestra que no hay células trofoblásticas residuales ni tejido decidual, esto es, no estaba embarazada para el mes de agosto de 2011. (fl. 605)
- El 24 de septiembre de 2011 a las 2.40 p.m. fue atendida por urgencias en Guateque, tras presentar dolor abdominal en estudio, rx de abdomen se identifica imagen sugestiva de cuerpo extraño, absceso de pared abdominal con procedimiento de drenaje del mismo más lavado quirúrgico más extracción de cuerpo extraño y anotación de: se reseca compresa, firma **EVARISTO MARTINEZ**, cirujía general. (fls. 115 vto. y 759)



➤ **Testimoniales:**

La audiencia de pruebas del 20 de enero de 2017 vista a folios 684 y ss, se dedicó a recepcionar las testimoniales de **OSCAR FABIAN NUÑEZ** compañero permanente de la señora **MAIRA CRISTINA GAMEZ MARTIN**, quien refiere que en principio no se sabía lo que tenía, que eso le causaba molestias hasta que le detectaron que era una compresa después de más de 6 meses, la cicatriz que le quedó era muy grande y el más afectado era su hijo al no poder estar cerca de ella, que se dedicaba al estudio, siendo beneficiaria en salud de su señora madre **OMAIRA MARTIN MONTENEGRO**, prácticamente un año perdido de su vida, adicionalmente agrega que vivían juntos por temporadas pues él estudiaba en Bogotá. El padrastro de la demandante **EDISON CARDENAS ARIAS** señala que el dolor que la situación de salud de la demandante, se reveló en el sufrimiento de un familiar y el tío **JOSE ABRAHAM LEON AHUMADA** reafirma que fue testigo del dolor moral de los demandantes por los padecimientos de salud de aquella.

En la **audiencia de pruebas del 27 de enero de 2017** visible a folios 706 y ss se acentúa conforme al artículo 176 del C.G.P, lo dicho por el médico **EVARISTO JESUS MARTINEZ CABRALES (transcrito pág. 24 y ss)**, declaración que le merece a este juez toda la credibilidad por ser quien extrajo el cuerpo extraño o compresa en la pared abdominal, precisando que la demandante se reinterviene por haber un elemento diagnóstico que es la imagenología, una radiografía que permite observar la compresa al abordar a la paciente, que esta se encuentra justo debajo de la piel, no en la cavidad abdominal, viendo el hilo azul que identifica este tipo de elementos.

También como medio de convencimiento pleno de esta instancia judicial, se destaca lo dicho por la instrumentadora quirúrgica **NINI JOHANA VALLEJO CASTILLO** quien refiere que luego de la extracción del apéndice, se hace el cierre de la cavidad por planos, previo recuento de los elementos utilizados, se registra el número de compresas utilizadas y si se requieren más, ello también se registra, para el caso particular se requirió un paquete adicional de **10 compresas**, de manera que en el recuento arrojó un total de **19 compresas**, destaca que el Dr. **CABALLERO** estuvo hasta el **cierre de la aponeurosis y el cierre de la piel lo hizo la ayudante de cirugía Dra. MARIA FERNANDA GALAN**, la misma instrumentadora estuvo en la cirugía de resecamiento del cuerpo extraño y señala que el Dr. **EVARISTO** hizo la incisión en la piel, viendo pus y una masa que bota en la caneca y que para el caso de la paciente al ser una incisión tan grande, en el procedimiento sólo se utilizan **compresas**.

Asimismo la señora **ANA ZULINDA SANCHEZ**, abuela paterna del hijo mayor de la demandante **LUIS ALEJANDRO**, refiere que en la convalecencia, ella cuidó al menor, agrega que la paciente refería dolor constante y molestia, por lo que se le tomó una placa o radiografía que evidencia un cuerpo extraño, que en palabras del médico que la intervino, era una compresa y que los paquetes de estos elementos se hacen precisamente de 5 o 10 precisamente para facilitar su recuento.

Finalmente en audiencia del **22 de marzo de 2017** (fl. 988), se recepcionó el testimonio del anestesiólogo **JOSE MALAGON**, quien participó en las dos intervenciones quirúrgicas practicadas a la demandante manifiesta que los médicos cierran hasta el tejido muscular y los ayudantes, la piel, de modo que el cuerpo extraño se encontró justo debajo de la piel y que en esta parte generalmente **no se utilizan compresas sino un cauterio**.



➤ **Interrogatorios de parte**

Del de la señora **MAIRA CRISTINA GAMEZ MARTIN**, recibido el 27 de enero de 2017 (fl. 708), se resalta que en la primera cirugía todo salió bien y que cuando fue a control también todo se reportó como normal, de manera que no tuvo más controles sobre el particular, para la época del suceso estudiaba, sentía continua molestia y la recuperación luego de la extracción de la compresa fue más compleja, anota que su hijo era pequeño y no lo podía atender como estaba acostumbrado, se enteró que tenía un cuerpo extraño por una radiografía que le tomaron en dos oportunidades.

Respecto del Dr. **FELIPE CABALLERO MICHELSEN**, se adelantó también el 27 de enero de 2017 (fl. 704) y relata que la paciente para el mes de febrero de 2011 estaba muy delicada desde el punto de vista quirúrgico, incluso se encontraba en peligro su vida, su diagnóstico era de más o menos 3 días de evolución, con peritonitis posiblemente por apendicitis perforada, procedió a abrir la incisión, extrayendo el órgano, lavando la cavidad para evitar infecciones, dejando elementos de salvamento a lo largo de la intervención que son retirados con posterioridad, precisa que la instrumentadora confirmó que el recuento de dichos elementos se encontraba completo, cerrando la cavidad es decir la aponeurosis, luego de lo cual la ayudante médica general capacitada para ello cierra la pared, mientras él sale a hacer la descripción quirúrgica y médica a la paciente, de modo que no es de su competencia el número de compresas, siendo diferente la cavidad abdominal de la pared abdominal, la matriz está en la cavidad abdominal y el elemento extraño se encuentra en la pared abdominal por lo que no hay continuidad entre ellos, asimismo refiere que la incisión se hace tan grande para poder explorar de ambos lados la cavidad y explorarla en toda su extensión, con el ánimo de evitar posteriores infecciones.

• **De la tacha de los testigos**

Se tiene que de los testimonios recaudados en el caso examinado, se tacharon por parte de los apoderados del **HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO**, médico **FELIPE CABALLERO MICHELSEN** y **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS** los correspondientes a **OSCAR FABIAN NUÑEZ**, compañero de la señora **MAIRA CRISTINA GAMEZ MARTIN**; **JOSE ABRAHAM LEON AHUMADA**, **EDISON CARDENAS ARIAS** y **ANA ZULINDA SANCHEZ**, tío, padrastro y abuela del hijo mayor de la accionante, al respecto, encontramos la formulación de tacha de testigos citados por la otra parte debe presentarse antes de la audiencia señalada para la recepción del testimonio o durante aquella, ahora bien, atendiendo lo previsto en el artículo 211. del C.G.P. en cuanto a la imparcialidad del testigo, se ha establecido que procede la tacha cuando concurren circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas, para lo cual los apoderados señalaron que la imparcialidad se vería afectada dado precisamente el vínculo de parentesco, al respecto, se tiene que corresponde al Juez analizar el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso, entendiendo que se trata de personas que independientemente del vínculo de parentesco y de afecto que puede evidenciarse sólo de la cercanía con la demandante, tal relación no resulta suficiente para estimar que sus declaraciones fueron parcializadas, pues por el contrario permiten al fallador concretar



circunstancias de interés, especialmente en relación con el reconocimiento de perjuicios, de manera que la tacha propuesta no está llamada a prosperar,.

De otra parte, precisa el Despacho en relación con los testimonios del ginecólogo **SERGIO ANDRES AREVALO URIBE**, decretado a favor del **HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO** y del cirujano general **MANUEL CASTRO GOMEZ**, decretado a favor del médico **FELIPE CABALLERO MICHELSEN**, recibidos en fecha **22 de marzo de 2017** (fl. 987 y 988 vto.), no serán tenidos en cuenta en atención a que se trató de testimonios técnicos que no fueron decretados en dicha forma pues se recibieron indebidamente, comoquiera que son personas que no participaron o tuvieron conocimiento directo de los hechos materia de reclamación en esta acción, sino que ofrecen perspectivas desde su experiencia mas no desde lo acontecido, atendiendo a lo previsto en el numeral 1º del artículo 220 del C.P.A.C.A.

➤ **Pericial:**

Esta prueba permite al Juez determinar con toda seguridad que respecto a las pretensiones relacionadas con el reconocimiento de perjuicios por el presunto aborto que sufrió la demandante, la perito **WILMA INES CASTILLA** puntualiza respecto al caso que el 22 de agosto de 2011, la paciente no consultó por síntomas de embarazo, sin embargo; arrojó prueba de embarazo positiva y presentaba un cuadro infeccioso, pudiendo haber falsos positivos de embarazo debido a algunas enfermedades, entre ellas estados inflamatorios severos, agrega que el informe de patología es el que determina que no hubo embarazo o que se trataba de uno muy temprano porque por historia clínica se reporta que sólo tendría uno o dos días de retardo, de igual manera al tener el cérvix grueso y cerrado, esa posibilidad se descartaba.

En relación con la objeción que propone el apoderado de la parte demandante en los alegatos de conclusión, respecto a la prueba pericial, con el argumento que no se cumplieron los requisitos del artículo 226 del C.G.P. y al no acreditarse la idoneidad de la profesional, no debe dársele ningún valor probatorio, en este sentido, el Despacho considera que no es la oportunidad procesal para hacer este tipo de manifestaciones ya que ni durante el término de traslado del dictamen rendido por la Dra. **WILMA INES CASTILLA PUENTES**, ni durante la contradicción del mismo realizado en audiencia en la cual se brindó la oportunidad a las partes y a los llamados en garantía de hacer sus observaciones no sólo frente al escrito y lo allí expuesto sino frente a la idoneidad de la profesional, se cuestionó lo que ahora se propone, se considera inoportuna e infundada la objeción planteada y por el contrario se le da el valor probatorio correspondiente al dictamen pericial y a la contradicción rendida al momento de decidir sobre lo pretendido en la acción.

Claro lo anterior, se procederá a hacer un análisis respecto a los elementos de responsabilidad del Estado, como sigue:



- **De la responsabilidad del Estado frente a los hechos materia de debate.**

No cabe duda que en *sub judice* la pretensión indemnizatoria se edifica sobre los daños ocasionados por el oblitio quirúrgico de que fuera víctima la señora **MAIRA CRISTINA GAMEZ MARTIN** y los mismos se imputan a **la falla probada del servicio** en cabeza del **HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO** y del **Médico Dr. FELIPE CABALLERO MICHELSEN**, dado que en este centro hospitalario y a raíz de una enfermedad ácido péptica, apendicitis aguda y abdomen agudo, se le practicó el 27 de febrero de 2011 una laparotomía + apendicectomía + drenaje por presentar peritonitis y el 24 de septiembre del mismo año, fue atendida nuevamente en dicha institución por presentar abdomen con imagen sugestiva de cuerpo extraño, absceso de pared abdominal, manejándose por cirugía general con drenaje de absceso de pared abdominal más lavado quirúrgico más extracción de cuerpo extraño, este cuerpo extraño fue identificado por el Dr. **EVARISTO JESUS MARTINEZ CABRALES** como una compresa que fue olvidada en el primer procedimiento quirúrgico al que se sometió a la demandante.

Ahora bien, en relación con el **régimen de responsabilidad**, se ha decantado que el mismo puede ser de carácter 1) **subjetivo**, materializado en la falla del servicio probada y presunta por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio y, 2) **objetivo**, concretada en el daño especial, riesgo excepcional y por ocupación de inmuebles por realización de trabajos públicos, entre otros.

Así las cosas, salta a la vista que nos encontramos frente al instituto jurídico en la responsabilidad extracontractual del Estado y en contexto del mismo hay presencia de un daño antijurídico imputable por acción u omisión a la autoridad pública, siendo por regla general, carga del accionante, independientemente del régimen subjetivo u objetivo aplicable a la situación en concreto, probar el daño antijurídico y su imputabilidad a la entidad accionada, así como el nexo causal existente entre el hecho que se imputa y el daño del que se pretende indemnización. En este sentido se exige para que surja la obligación indemnizatoria, que el nexo causal, definido como la relación o vínculo existente el hecho y el daño, responda a criterios de naturaleza jurídica, superando la simple vinculación física, de manera que cuando la responsabilidad se repute del Estado, se debe valorar en conjunto la coherencia que debe existir entre el hecho imputado y la esfera funcional de la entidad a la que se endilga dicho daño.

Habiendo llegado a este punto ha de decirse que doctrinariamente se ha aceptado que el contencioso competente para conocer de la responsabilidad de la administración, **arrastra** igualmente con ella, en virtud de la *vis atractiva*, **al particular en involucrado en la causación del daño** teniendo como base que un mismo hecho dañoso le es imputable a dos o más personas, configura una responsabilidad solidaria, en virtud del **fuero de atracción**, es por ello que si concurre con la administración a la producción del daño una persona privada, que en principio no sería demandable sino ante el juez



ordinario, podrá ser juzgado por la jurisdicción atrayente, la que juzga a la administración, por ser prevalente en calidad de parte.²⁵

Así, en lo que respecta a la responsabilidad que se le pudiera llegar atribuir al médico **FELIPE CABALLERO MICHELSEN** como *director* de la cirugía practicada, como se dijo antes se trata de una **falla probada de carácter objetivo** y es por ello que también se analizan de forma detallada los elementos de la responsabilidad, pues el género del daño se deriva del *acto médico*, de manera que conforme a la doctrina médica:

“(...) Cuando es evaluado en su integridad y licitud, debe estar exento de cualquier tipo de omisión que venga a ser caracterizada como inercia, pasividad o descuido. Esta omisión tanto puede ser por abandono de paciente como por restricción de tratamiento o retardo en el encaminamiento necesario.

Omite el deber de vigilancia el médico que no observa los reclamos de cada circunstancia, concurriendo para la realización del tratamiento necesario el cambio de medicamento por letra indecifrable y el olvido de ciertos elementos de cirugía. Es omiso el deber de vigilancia del profesional que permanece en la sala de reposo, limitándose a prescribir sin ver al paciente, medica por teléfono sin después confirmar el diagnóstico o deja de solicitar los estudios necesarios.

La forma más común de negligencia es el abandono del paciente. Una vez establecida la relación contractual médico - paciente, la obligación de continuidad del tratamiento es absoluta, a no ser en situaciones especiales, como por mutuo acuerdo o por motivo de fuerza mayor. El concepto de abandono debe quedar bien claro, como es el caso en que el médico es certificado de que el paciente todavía necesita de asistencia, y, aun así deja de atenderlo. (...)”²⁶
Destacado fuera del texto.

De lo transcrito se puede inferir que la falta u omisión que puede atribuírsele al médico director del proceso quirúrgico es precisamente el hecho de haber *abandonado* a la paciente con el argumento de tener que realizar anotaciones en su historia clínica y medicarla, como si estas no hubieran podido ser realizadas con posterioridad a la conclusión de la cirugía, dejando en manos de al parecer una persona inexperta o por lo menos no cuidadosa de revisar antes del cierre de la pared abdominal que allí se encontrara alojada una compresa, lo que denota una omisión de sus obligaciones como cirujano que posteriormente generó como se ha reiterado a lo largo de la providencia, el *oblito quirúrgico*, siendo allí donde radica su responsabilidad, esto es en su actuar omisivo, razón por la que se condenará como se precisa más adelante y en consecuencia no son de recibo los argumentos de defensa planteados por la apoderada del galeno y denominados: *En materia del contenido obligacional: Las obligaciones del médico en el caso concreto son de medio, ausencia de responsabilidad solidaria entre la Empresa Social del Estado Hospital Valle de Tenza y el demandado Dr. Felipe Caballero Michelsen; En cuanto a la atribución jurídica o imputación: Inexistencia de responsabilidad derivada de un evento propio de la ciencia médica, ausencia de causalidad adecuada y por ende de nexo causal entre el acto médico desarrollado por el Dr. Felipe Caballero Michelsen y los daños demandados por el extremo activo, no acreditación del nexo de causalidad; en cuanto al fundamento o elemento subjetivo: culpa médica: Cumplimiento cabal de la lex artis ad hoc por parte del Dr. Felipe Caballero Michelsen, división del trabajo médico y prestación conjunta, acto médico carente de culpa,*

²⁵ Saavedra, R. (2011) *La responsabilidad extracontractual de la administración pública*. Editorial Ibáñez. Sexta reimpresión.

²⁶ Ruiz Orejuela, W. *Responsabilidad del Estado y sus regímenes*. ECOE Ediciones Tercera Edición. 2016, p. 150)



causa extraña al acto médico realizado por el Dr. Felipe Caballero Michelsen, vocación no indemnizable de los perjuicios demandados. Asimismo, no hay lugar a declarar probadas las excepciones llamadas *falta de legitimación en la causa por pasiva*, propuestas por esta parte del extremo procesal, en tanto del análisis probatorio efectuado se estableció que en efecto le asiste la responsabilidad endilgada al galeno en los términos ya precisados y de otra parte, no encuentra el Despacho ninguna excepción que deba ser declarada de oficio.

A su turno, la responsabilidad también resulta atribuible a la entidad que debía prestar el servicio médico asistencial en forma diligente, esto es al **HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO**, quien tenía contratado un equipo quirúrgico que debió coordinar sus acciones acertadamente para evitar el daño irrogado y representado en la aparición de un cuerpo extraño en la pared abdominal de la señora **MAIRA CRISTINA GAMEZ MARTIN**, situación que no se evidenció, razón por la que en efecto debe repararse, para el caso concreto a través de la figura de la concausalidad entre el Estado, representado por el **HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO**, y el particular **Dr. FELIPE CABALLERO MICHELSEN**, como se anotó precedentemente, por lo que deberá responder la primera en una proporción del 75% de los valores liquidados en atención a que desde la perspectiva del artículo 90 superior, surge evidente la responsabilidad de los entes estatales que se genera por la prestación del servicio médico. Ahora bien, al encontrarse probado que existe una responsabilidad mancomunada y solidaria, se debe satisfacer esa condena en una proporción equivalente al 25% respecto del **Dr. FELIPE CABALLERO MICHELSEN**, porque no se puede desconocer que el galeno frente a un diagnóstico que revestía gravedad tal que comprometía la vida de la paciente, logró salvaguardar la misma; no obstante la totalidad de la condena será pagada por el **HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO** quien **deberá repetir** en contra del galeno por las sumas efectivamente pagadas y en la proporción que a este le corresponde, conforme a las precisiones que en seguida se estudian:

- *Del daño*

En primer lugar debe precisarse que el **daño** ha sido desarrollado jurisprudencialmente por el máximo tribunal de lo contencioso administrativo, concretando que refiere a las diferentes manifestaciones en que una acción u omisión del Estado se sintetiza pudiendo ser **1) materiales** divididos en emergente y lucro cesante, **2) inmateriales** que al no poder restablecerse son objeto de compensación y aluden a los ámbitos: **i) Moral**, definido como el sufrimiento que genera perjuicio en la vida de los afectados; **ii). A la vida de relación**, referido a la imposibilidad de la persona afectada de poder realizar las mismas actividades que realizaba antes del hecho dañoso, y **iii) A la salud**: es la afectación a la salud de la persona y, finalmente **3) el daño especial** cuando el estado en la ejecución de una actividad legítima causa un daño y que con base en el principio de igualdad frente a las cargas públicas, no se tiene el deber jurídico de soportarlo. En todo caso para que haya lugar a reconocimiento de indemnización en cualquiera de sus modalidades, **el daño debe ser cierto, directo y personal.**



La existencia del daño antijurídico es el primer elemento que debe acreditarse para que pueda predicarse la responsabilidad, así, al tenor de lo dispuesto en el artículo 90 Superior al que antes se hizo referencia, el Estado debe responder por todo daño antijurídico que le sea imputable, causado por la acción u omisión de las autoridades públicas, de manera que lo exigido en la norma no es solo la existencia de un daño, entendido éste como un menoscabo, afectación o lesión de un bien, sino que además se requiere que éste sea antijurídico, es decir, aquel que no se tiene la obligación de padecer y que es contrario a derecho, que vulnera el ordenamiento jurídico y con ello lesiona los bienes e intereses jurídicamente protegidos²⁷.

Sobre el daño antijurídico ha dicho la Corte Constitucional en sentencia C-333 del 1 de agosto de 1996:

“El daño antijurídico no tiene una definición constitucional expresa, por lo cual es un concepto constitucional parcialmente indeterminado, cuyos alcances pueden ser desarrollados, dentro de ciertos límites, por el Legislador. Sin embargo una interpretación sistemática de la Carta y de los antecedentes de la norma permiten determinar los elementos centrales de este concepto.

La doctrina española ha definido entonces el daño antijurídico no como aquel que es producto de una actividad ilícita del Estado sino como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo.

Esta concepción de daño antijurídico ha sido admitida por la jurisprudencia del Consejo de Estado en nuestro país. Así, en múltiples oportunidades ese tribunal ha definido el daño antijurídico como “la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar”, por lo cual “se ha desplazado la antijuricidad de la causa del daño al daño mismo”. Por consiguiente, concluye esa Corporación, “el daño antijurídico puede ser el efecto de una causa ilícita, pero también de una causa lícita. Esta doble causa corresponde, en principio, a los regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva”²⁸.

Desde el punto de vista sistemático, la Corte considera que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación del Estado armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho (CP art. 1º), pues al propio Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración. Así, la responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del Estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización”.

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

Todo esto permite entrever que en realidad, la hoy accionante tuvo que soportar una carga que no

²⁷ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION TERCERA - SUBSECCION C - Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ - Bogotá, D.C., trece (13) de febrero de dos mil quince (2015). Radicación número: 25000-23-26-000-1999-02755-01(32422) Actor: JOSE RAMIRO GERENA VILLAMIL Y OTROS - Demandado: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD Y OTROS



debía por el olvido u olvido quirúrgico de que fue objeto y que aparece completamente demostrado tomando como base no sólo la historia clínica que da cuenta de la existencia y extracción del mismo, sino el testimonio del cirujano que la tuvo en sus manos, esto es el Dr. **EVARISTO JESUS MARTINEZ CABRALES**, lo que originó en la demandante un padecimiento incómodo por espacio aproximado de siete meses y que la llevó a ser reintervenida, es decir se sometió a una nueva cirugía que dentro de los límites normales del acto médico no se contemplaba, sin desconocer que en la intervención quirúrgica inicial por apendicitis perforada más peritonitis fue adecuada y oportuna, salvaguardando la vida de la paciente, lo que en ningún caso impide la configuración de la responsabilidad por la cosa olvidada que afortunadamente por el lugar donde se encontró, esto es, la pared abdominal, no causó daños mayores al absceso que tuvo que drenarse y a la molestia que permanentemente sufrió la accionante.

Corolario, no hay que olvidar que para que el daño antijurídico pueda ser indemnizado debe ser cierto, personal y estar plenamente probado; en el caso en concreto, de acuerdo con las pretensiones y los hechos de la demanda, la actora lo hace consistir en una reparación generada no sólo en la reintervención quirúrgica para la extracción del cuerpo extraño, sino en un presunto aborto, sin encontrarse plenamente demostrado que existiera un feto pues los datos de la historia clínica son imprecisos y no concuerdan con los suministrados por la demandante, ni los testigos, aunado a que la patología descartó tal condición y ante la imposibilidad física que un objeto alojado en la pared abdominal pueda generar un aborto, tal condición no guarda relación con lo pretendido ya que dicha situación no ocurrió en el caso examinado; así en relación a esta pretensión indemnizatoria, no será objeto de reconocimiento al descartarse un embarazo, decisión soportada básicamente en el dictamen pericial que fue objeto de contradicción en audiencia, en las imprecisiones de la historia médica y además en la falta de certeza de los testimoniales que conllevan al Despacho a desestimar lo pedido, pues en casos de estados infecciosos como el que atravesaba la demandante, fácilmente se podía presentar el denominado *falso positivo*, es decir, no se probó tal condición por parte de la accionante, ni se aportó al expediente otro tipo de prueba diferente a la tomada en la entidad de salud que soportara un estado de gravidez.

- ***La imputación del daño***

Esta es achacable al **HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO** como consecuencia de la falla del servicio probada en la modalidad objetiva, asimismo respecto del DR. **FELIPE CABALLERO MICHELSEN**, como se explicó en precedencia, por prestación del servicio médico dado el olvido de un cuerpo extraño - compresa - en el organismo de la señora **MAIRA CRISTINA GAMEZ MARTIN**, durante la intervención quirúrgica llevada a cabo el 27 de febrero de 2011 consistente en laparotomía + apendicetomía + drenaje peritonitis, debido al diagnóstico de apendicitis perforada más peritonitis que obligó a una reintervención para su extracción realizada el 24 de septiembre del mismo año, generándole no sólo daños en su salud sino el hecho de someterse a una manipulación médica que no se esperaba, evidenciando la presencia de una carga injustificada que no debió soportar la accionante, cuestión que no puede pasar por alto el Despacho pues es evidente que el daño se causó y que éste es imputable a la entidad de salud y al



galeno director del proceso, ya que durante la primera cirugía se omitió el deber de garantizar que la vida y la salud de la paciente se restableciera en la medida de lo posible, atendiendo a su grave diagnóstico y en cambio de ello, no se realizó de manera verídica el recuento de las compresas utilizadas pues no se entiende por qué si los paquetes de compresas son de 5 o 10 y se utilizaron dos paquetes, sólo se contabilizaron 19 compresas al finalizar, autorizando el cierre de la zona intervenida, pues obviamente se echaba de menos una y no se adelantaron las acciones adecuadas para localizarla antes de cerrar la pared abdominal. A su vez la falla resulta imputable al galeno en cuestión dada su omisión de atender hasta la finalización del procedimiento quirúrgico a la señora **MAIRA CRISTINA GAMEZ MARTIN**, delegando su responsabilidad en una médica general que no corroboró la presencia de un material de salvamento - compresa - en la pared abdominal de la paciente, pues decidió ir a realizar otro tipo de actividades como anotaciones en la historia clínica y medicación, que no justifican de ninguna manera el haberse ausentado de la sala de cirugía, sin haber concluido la intervención quirúrgica.

- *El nexa causal*

Ahora bien, en cuanto al **nexo causal** también conocido como **relación de causalidad**, se precisa que es condición determinante al momento de realizar la imputación a un determinado sujeto del deber de reparar un daño dada la reciprocidad entre uno y otro - actuación u omisión del agente y el daño - que sólo se rompe cuando interviene una causa extraña concretamente referida a la fuerza mayor, el caso fortuito, la culpa de la víctima y el hecho de un tercero.

Así, se trata de otro de los elementos de responsabilidad del Estado y, particularmente por falla probada en el servicio, no requiere mayor prueba el hecho de encontrarse establecido que en el organismo, más concretamente en la pared abdominal de la señora **MAIRA CRISTINA GAMEZ MARTIN** se encontró alojada una compresa luego de la intervención quirúrgica realizada en el **HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO** el 27 de febrero de 2011, situación que no merece análisis exhaustivo pues el daño se concreta en el olvido, la imputación en las actuaciones desplegadas en la intervención y es el nexa causal entre estos dos genera el deber de reparar. *(la culpa surge cantada de los hechos probados. Las cosas hablan por sí solas)*

Con todo, tampoco resultan de recibo los argumentos de defensa estimados por el apoderado del **HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO** y denominados *falta de causa legal para incoar la acción, las obligaciones de la E.S.E. en su actuar, inexistencia de falla probada del servicio e innominada* ni los que arguye el apoderado de **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**, referidos a *ausencia de los elementos constitutivos de responsabilidad, actividad médica es de medio y no de resultado*.

- *De la responsabilidad de las aseguradoras*

Al presente asunto fueron convocados en calidad de llamados en garantía a **LIBERTY SEGUROS S.A.** y **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**, a su turno, cada una de ellas propone excepciones por lo que es preciso entrar a estudiar si las pólizas en que se fundamentaron dichos llamamientos



pueden llegar a ser afectadas como consecuencia del proceso promovido por la señora **MAIRA CRISTINA GAMEZ MARTIN** conforme a los hechos ya conocidos.

De un lado, se tiene que el llamamiento en garantía respecto de **LIBERTY SEGUROS S.A.** se hizo con fundamento en las siguientes pólizas:

- a. De manejo global 120888, con vigencia del 09 de marzo de 2010 al 12 de junio de 2011 que ampara actos deshonestos y fraudulentos de los trabajadores, por lo que de entrada no tiene relación con los hechos y pretensiones de la demanda, por lo que hay lugar a declarar probada la excepción de *riesgo no cubierto en la póliza de manejo global 120888*, propuesta por el apoderado de la entidad.
- b. De responsabilidad civil profesional, clínicas y hospitales 313567, con vigencia del 09 de marzo de 2010 al 12 de junio de 2011, que ampara responsabilidad civil profesional médica con un valor asegurado de \$100.000.000 y un deducible pactado del 10%. En punto a esta, se aprecia a folio 743 certificación en la que se reporta un reclamo frente a los hechos de la presente demanda, con una reserva de \$35.000.000 por el siniestro reportado el 17 de febrero de 2016, en trámite, entendiéndose que no ha habido afectaciones a la misma, de modo que no serán acogidos los argumentos de defensa aludidos por el apoderado del llamado en garantía y denominados *disminución del valor asegurado en la póliza de responsabilidad civil profesional clínicas y hospitales N° 313567 en la proporción en que por otros siniestros se hayan hecho pagos por esta póliza*, y por el contrario se ha de declarar no probada la excepción de *falta de legitimación por pasiva*, propuesta por el apoderado de la Compañía; de igual manera el clausulado anexo al cuaderno de llamamiento a folios 63 a 67 especifica que ampara entre otros responsabilidad civil profesional médica y cubre los perjuicios por errores u omisiones involuntarias que el tomador/asegurado haya causado con ocasión del desarrollo de la actividad de clínica, hospital y/o institución privada del sector de la salud, así como errores u omisiones involuntarias cometidos por el personal a su servicio y bajo su supervisión.

Así las cosas, el siniestro se estructura en el *acto médico* que causó el daño, esto es la intervención quirúrgica llevada a cabo el **27 de febrero de 2011** a la señora **MAIRA CRISTINA GAMEZ MARTIN**, al interior del **HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO**, durante la cual le fue dejado olvidado en su pared abdominal, evento que es susceptible de reparación y por consiguiente de afectación de esta póliza en particular pues se dio en vigencia de la misma ya que se tomó desde el **09 de marzo de 2010 hasta el 20 de marzo de 2011** (fl. 9), entendiéndose que la ocurrencia del siniestro se prueba con esta decisión judicial, afectación hasta la concurrencia del valor asegurado menos el deducible a cargo del **HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO**, esto es, limitando la responsabilidad y aplicando los deducibles pactados para el caso bajo estudio.

- c. De responsabilidad civil para servidores públicos 312985, con vigencia del 09 de marzo de 2010 al 12 de junio de 2011, destinada a cubrir detrimentos patrimoniales, gastos de defensa y cauciones, situación que de contera la excluye para cubrir las pretensiones de la presente



controversia, generando la prosperidad de la excepción denominada *riesgo no cubierto en la póliza de responsabilidad civil para servidores públicos N° 312985*, propuesta por el apoderado de **LIBERTY SEGUROS S.A.**

De otra parte, el llamamiento en garantía efectuado a **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**, se admitió teniendo en cuenta las siguientes pólizas:

- a. De Responsabilidad civil 1002941 con vigencia del 14 de junio de 2011 al 20 de enero de 2012, que si bien amparaba lo correspondiente a cobertura de responsabilidad civil extracontractual y labores y operaciones de sus empleados, no se encontraba vigente al momento de los hechos objeto de reclamación pues estos ocurrieron el 27 de febrero de 2011, día en que se olvidó el cuerpo extraño en el organismo de la accionante, así esta póliza no será susceptible de afectación para el caso examinado.
- b. De responsabilidad civil 1002943 con vigencia del 14 de junio de 2011 al 20 de enero de 2012, destinada a amparar entre otros actos que generen juicios de responsabilidad y cobertura de responsabilidad civil servidores públicos, sucede lo mismo que con la anterior en la medida que no estaban vigentes al momento de los hechos por lo que tampoco pueden ser objeto de afectación frente a los hechos y pretensiones del presente asunto.

Como consecuencia de lo anterior, el Despacho absolverá a **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**, de las pretensiones formuladas en el libelo demandatorio pues no es la entidad llamada a responder por los perjuicios reclamados.

6. LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

En la demanda se solicitó el reconocimiento de los perjuicios materiales en la modalidad de 1). daño emergente, 2). Morales, 3). inmateriales o extrapatrimoniales en la modalidad de daño a la vida de relación.

6.1 Daño emergente

El apoderado los hace consistir en gastos médicos, curaciones, medicamentos, desplazamientos para controles, en suma de \$2.000.000.

Sobre el particular tenemos, que el artículo 1614 del Código Civil define el daño emergente como “*el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento*”. Así, los perjuicios por este concepto necesariamente se traducen en las pérdidas económicas que se causan con ocasión de un hecho, acción, omisión u operación administrativa imputable a la entidad demandada que origina el derecho a la reparación, entendida de manera integral y que da lugar a que se indemnicen a título de daño emergente los valores que efectivamente empobrecieron a la víctima o que debieron sufragarse como consecuencia del hecho y del daño mismo.



Al respecto en el expediente no reposa prueba alguna que respalde tales erogaciones, por lo que habrá de negarse el reconocimiento de dicho perjuicio.

6.2 Perjuicios morales

Este aspecto, es estimado por el apoderado demandante en la suma de 100 S.M.L.M.V. para la víctima directa, y 50 S.M.L.M.V. para su hijo, madre y hermanos.

Puntualiza el Despacho que el daño moral se entiende este como el dolor y aflicción que una situación nociva genera y se presume en relación los sus familiares cercanos de quien ha sufrido una grave afectación en sus condiciones de salud o ha perdido la vida. En tal sentido, se encuentran probadas las consecuencias que el hecho dañoso del olvido u oblito quirúrgico produjo en la humanidad de la señora **MAIRA CRISTINA GAMEZ MARTIN**, y este se presume respecto de los ascendientes y descendientes y colaterales, así para efectos de liquidación se tiene, que se trata de una persona mayor de edad que al momento de la intervención contaba con 23 años de edad y que aun cuando duró convaleciente en un término, no se acreditó quién le proveyó los cuidados durante dicho periodo, es más, según las testimoniales recaudadas la estaba en su casa de habitación no era permanente pues por periodos permanecía en la casa de los padres de su compañero sin poderse determinar a qué personas realmente afectó su padecimiento, solamente quedó claro que su menor hijo **LUIS ALEJANDRO LEGUIZAMON GAMEZ** estuvo a cargo de su abuela paterna señora **ANA ZULINDA SANCHEZ**, lo que necesariamente se traduce en la privación temporal de la compañía materna cuando contaba con escasos 5 años de edad, por lo que en base a dichas consideraciones, se reconocerán perjuicios morales, como sigue.

Sobre el particular y ante la imposibilidad de cuantificar el daño moral, se ha determinado un tope monetario para la indemnización de dicho perjuicio, que se ha tasado, como regla general, en el equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales cuando el daño cobra su mayor intensidad, para el caso examinado donde se endilga la ocurrencia de unas lesiones personales, tal reparación se fundamenta en el dolor o sufrimiento de la víctima directa, familiares y allegados, atendiendo a la gravedad o levedad de la lesión reportada por la víctima, se han establecido 6 rangos y dependiendo lo probado en el proceso se determinará tal gravedad o levedad.

Ahora bien, como parámetros para el cálculo de la indemnización, el Consejo de Estado, Sección Tercera, en sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014, exp. 31172, M.P. Olga Mélida Valle de De la Hoz, indicó:



GRAFICO No. 2					
REPARACION DEL DAÑO MORAL EN CASO DE LESIONES					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
GRAVEDAD DE LA LESIÓN	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

Al haberse puntualizado que deberá verificarse la gravedad o levedad de la lesión causada a la víctima directa, por ser la que determinará el monto indemnizatorio en salarios mínimos y que para las víctimas indirectas se asignará un porcentaje de acuerdo con el nivel de relación en que éstas se hallen respecto del lesionado, sin dejar de lado que aun cuando existen unos parámetros fijados, su aplicación depende de las pruebas respecto de la lesión y de las circunstancias en que la misma tuvo lugar.

Ahora bien, descendiendo al caso concreto, se encuentra que la intervención quirúrgica originaria del oblitio quirúrgico se practicó con el fin de salvaguardar la vida de la paciente **MAIRA CRISTINA GAMEZ MARTIN** quien reportaba apéndice perforado y peritonitis, es decir como consecuencia del procedimiento en primera instancia se logró la recuperación de su salud de manera oportuna, cosa diferente que se hubiese dejado olvidado en su pared abdominal un cuerpo extraño, cuerpo que en sí no le provocó situaciones adversas adicionales a la incomodidad o molestia que sufría regularmente y que en ningún caso tuvo que ver con el supuesto aborto, pues tampoco se probó que haya habido un embarazo conforme a las pruebas arrimadas, de manera que considera el Despacho que la lesión sufrida no revistió gravedad y respecto de la cicatriz que se alega, esta fue causada precisamente en la primera intervención y su tamaño obedeció a la gravedad del padecimiento de la demandante y para poder resguardar su vida y evitar complicaciones posteriores, de modo que en consecuencia, se ordenará el pago de **20 S.M.L.M.V.** para **MAIRA CRISTINA GAMEZ MARTIN** y **20 S.M.L.M.V.** a favor del menor **LUIS ALEJANDRO LEGUIZAMON GAMEZ**, por estar en el primer nivel de parentesco con relación a la víctima directa, siendo representado por su madre, ello en virtud de que la aflicción que sobrevino de la falla en el servicio repercutió directamente en estas dos personas, así como **20 S.M.L.M.V.** a favor de la señora **OMAIRA LUCIA MARTIN MONTENEGRO**, como madre de la demandante, quien obra en nombre propio y por estar en el primer nivel de respecto a la víctima directa, conforme a las probanzas del proceso y además teniendo en cuenta que no se tiene certeza en este caso del porcentaje de invalidez o de la incapacidad médico legal definitiva consecuencia del daño, daño que no puso en peligro la vida de la paciente. De igual modo se ordenará el pago de, **10 S.M.L.M.V.** a favor de cada uno de los menores **EDISON FABIAN** y **JUAN SEBASTIAN CARDENAS**



MARTIN, representados por su madre OMAIRA LUCIA MARTIN MONTENEGRO y 10 S.M.L.M.V. a favor del señor JAVIER ALBERTO DEVIA MARTIN, mayor de edad éste último, todos ellos en calidad de hermanos de la víctima directa al presumirse el daño moral en relación con los perjuicios ocasionados al nivel 2 conforme a la jurisprudencia ya reseñada. Lo anterior se resume en el siguiente cuadro resumen:

Nombre	Nivel	Parentesco	Monto
MAIRA CRISTINA GAMEZ MARTIN	1	Víctima directa	20 S.M.L.M.V.
LUIS ALEJANDRO LEGUIZAMON GAMEZ	1	Hijo	20 S.M.L.M.V.
OMAIRA LUCIA MARTIN MONTENEGRO	1	Madre	20 S.M.L.M.V.
EDISON FABIAN CARDENAS MARTIN	2	Hermano	10 S.M.L.M.V.
JUAN SEBASTIAN CARDENAS MARTIN	2	Hermano	10 S.M.L.M.V.
JAVIER ALBERTO DEVIA MARTIN	2	Hermano	10 S.M.L.M.V.
TOTAL DAÑOS MORALES			90 S.M.L.M.V.

6.3 Daño a la vida de relación

Sobre el particular, el Consejo de Estado ha señalado que:

*“El reconocimiento de indemnización por concepto del daño por **alteración grave de las condiciones de existencia** es un rubro del daño inmaterial -que resulta ser plenamente compatible con el reconocimiento del daño moral-, que, desde luego, debe acreditarse en el curso del proceso por quien lo alega y que no se produce por cualquier variación menor, natural o normal de las condiciones de existencia, sino que, por el contrario, solamente se verifica cuando se presenta una alteración anormal y, por supuesto, negativa de tales condiciones.*

“En otras palabras, para que sea jurídicamente relevante en materia de responsabilidad estatal, el impacto respecto de las condiciones de existencia previas ha de ser grave, drástico, evidentemente extraordinario”²⁸

Así mismo, debe clarificarse que esta tipología del daño refiere a la *“pérdida o deterioro de la capacidad lúdica o placentera que puede brindar la integridad corporal y la afectación que en el mundo exterior produce el daño, lo cual constituye un perjuicio autónomo e independiente”²⁹* lo que le imprime una connotación inmaterial, debiéndose acreditar las características esenciales del daño (directo, personal y cierto)³⁰, de manera que se pueda determinar indefectiblemente una responsabilidad

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de agosto de 2007, exp. AG 2003-385, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

²⁹ Gil B. E. (2010). Responsabilidad extracontractual del Estado. Cuarta Edición. Ibáñez.

³⁰ Ibidem.



patrimonial achacable a la entidad estatal en virtud no de la misma lesión sino de las consecuencias que ella produce en quien lo sufre.

Precisando que ya no debe hablarse del daño a la vida de relación, sino del daño a la salud, sobre el particular y de acuerdo con el caso, se debe atender a las siguientes variables:

- La pérdida o anomalía 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 demás que se acrediten dentro del proceso³¹.

De igual modo, en materia indemnizatoria por concepto de daño a la salud, se han establecido topes que oscilan entre 10 y 100 S.M.L.M.V., sin embargo en casos de extrema gravedad y excepcionales se podrá aumentar hasta 400 SMMLV, siempre que esté debidamente motivado³², los cuales proceden únicamente frente a la víctima directa, tasados conforme a la gravedad de la lesión y a lo probado en el proceso, así:

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

Puntualmente, en el *sub examine*, no se cuenta con el porcentaje exacto de la pérdida de capacidad laboral de la señora **MAIRA CRISTINA GAMEZ MARTIN**, es más, se determinó que para la época de los hechos, esto es, para la primera intervención y para la de extracción del cuerpo extraño, no

³¹ Referentes para la reparación de perjuicios inmateriales que fueron discutidos y aprobados por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, según consta en acta del 28 de julio de 2014.

³² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, exp. 31172, M.P. Olga Mérida Valle de De la Hoz.



trabajaba, de manera que sólo se atenderá a la magnitud de la lesión sufrida, que le ocasionó dificultad en algunos de los procesos que rutinariamente una persona realiza pues en todo caso padeció una incapacidad, de manera que el daño se sufrió y provocó en su humanidad dolores adicionales a los propios de una intervención quirúrgica, sin revestir la gravedad suficiente que pudiera conllevar a determinar que se puso en peligro su vida, no obstante no se puede pasar por alto que oblitó quirúrgico permaneció alojado en la humanidad de la víctima durante un periodo de siete meses y hallarse limitada conforme al criterio transcrito y referido a **La restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria**, de modo que por concepto de daño a la salud se reconocerá la suma de 20 S.M.L.M.V. a favor de la señora **MAIRA CRISTINA GAMEZ MARTIN**.

VII. CONCLUSIÓN

Con todo, el Despacho encuentra que en el presente asunto se configuró la falla en el servicio probada en cabeza del **HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO** y del Dr. **FELIPE CABALLERO MICHELSEN**, como consecuencia del acto médico quirúrgico practicado a la señora **MAIRA CRISTINA GAMEZ MARTIZ** el 27 de febrero de 2011, donde se dejó olvidado un cuerpo extraño que obligó a una reintervención el 24 de septiembre del mismo año, razón por la que se reconocerán **perjuicios morales** en cantidad de 20 S.M.L.M.V. a favor de la víctima directa., 20 S.M.L.M.V. a favor de su menor hijo, 20 S.M.L.M.V a favor de la señora **OMAIRA LUCIA MARTIN MONTENEGRO**, como madre de la demandante, quien obra en nombre propio, 10 S.M.L.M.V. a favor de cada uno de los menores **EDISON FABIAN** y **JUAN SEBASTIAN CARDENAS MARTIN**, representados por su madre **OMAIRA LUCIA MARTIN MONTENEGRO** y , 10 S.M.L.M.V. a favor del señor **JAVIER ALBERTO DEVIA MARTIN**. Finalmente también se ordenará el reconocimiento y pago de 20 S.M.L.M.V. a favor de la demandante por concepto de **daño a la salud**, habiendo lugar a afectar la póliza de responsabilidad civil profesional, clínicas y hospitales 313567 contratada con **LIBERTY SEGUROS S.A.**, con vigencia del 09 de marzo de 2010 al 12 de junio de 2011, que ampara responsabilidad civil profesional médica con un valor asegurado de \$100.000.000, afectación hasta la concurrencia del valor asegurado menos el deducible a cargo del **HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO**, tomando en cuenta los valores efectivamente reconocidos por concepto de reparación, que no excede el valor asegurado menos dicho deducible. Así las cosas, recordando que al encontrarse probado que existe una responsabilidad mancomunada y solidaria, se debe satisfacer esa condena en una proporción del 75% de los valores liquidados a cargo del **HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO** y el particular Dr. **FELIPE CABALLERO MICHELSEN**, en un equivalente al 25%, no obstante la totalidad de la condena será pagada por el **HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO** quien **deberá repetir** en contra del galeno por las sumas efectivamente pagadas y en la proporción que a este le corresponde

- **COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO:**

Atendiendo lo contemplado en los artículos 188 del C.P.A.C.A, y 365 num. 5 del C.G.P., el despacho considera que en el presente asunto, al acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda, no hay lugar a imponer condenar en costas a la parte vencida.



VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito de Tunja, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

RESUELVE

PRIMERO.- DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por la apoderada del médico **FELIPE CABALLERO MICHELSEN**, denominada *falta de legitimación en la causa por pasiva*, por las consideraciones expuestas en la motivación de la decisión.

SEGUNDO.- DECLARAR NO PROBADA la excepción denominada *falta de legitimación por pasiva*, propuesta por el apoderado de **LIBERTY SEGUROS S.A.**, conforme se adujo en la motivación de la decisión.

TERCERO.- ABSOLVER a **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**, de las pretensiones formuladas, acorde con la parte motiva de esta proveído.

CUARTO. DECLARAR administrativa, patrimonial, extracontractual, solidaria y mancomunadamente responsables al **HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO** y al Dr. **FELIPE CABALLERO MICHELSEN** por falla del servicio probada como consecuencia del oblitio quirúrgico de que fue víctima la señora **MAIRA CRISTINA GAMEZ MARTIN**, en hechos ocurridos el 27 de febrero de 2011, conforme a la motivación del presente proveído.

QUINTO. Como consecuencia de la declaración anterior **CONDENASE mancomunada y solidariamente** al **HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO** y al Dr. **FELIPE CABALLERO MICHELSEN**, en proporción del 75% y 25% respectivamente, a pagar por concepto de **daño moral**, las siguientes sumas:

Nombre	Nivel	Parentesco	Monto
MAIRA CRISTINA GAMEZ MARTIN	1	Víctima directa	20 S.M.L.M.V.
LUIS ALEJANDRO LEGUIZAMON GAMEZ	1	Hijo	20 S.M.L.M.V.
OMAIRA LUCIA MARTIN MONTENEGRO	1	Madre	20 S.M.L.M.V.
EDISON FABIAN CARDENAS MARTIN	2	Hermano	10 S.M.L.M.V.
JUAN SEBASTIAN CARDENAS MARTIN	2	Hermano	10 S.M.L.M.V.
JAVIER ALBERTO DEVIA MARTIN	2	Hermano	10 S.M.L.M.V.



TOTAL DAÑOS MORALES			90 S.I.M.L.M.V.
---------------------	--	--	-----------------

No obstante, la totalidad de la condena será pagada por el **HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO**.

SEXTO.- CONDENASE mancomunada y solidariamente al HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO y al Dr. FELIPE CABALLERO MICHELSEN, en proporción del 75% y 25% respectivamente, a pagar por concepto de daño a la salud, a favor de la señora MAIRA CRISTINA GAMEZ MARTIN, la suma de 20 S.M.L.M.V. atendiendo a las consideraciones de la decisión.

No obstante la totalidad de la condena será pagada por el **HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO**.

SEPTIMO. CONDENASE a la entidad demandada HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO a pagar la indexación de las sumas adeudadas, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 187 del C.P.A.C.A.

OCTAVO. El HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO, deberá dar cumplimiento a la presente sentencia dentro del término previsto en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

NOVENO.- La Aseguradora LIBERTY SEGUROS S.A. deberá pagar a favor de la señora MAIRA CRISTINA GAMEZ MARTIN y de su menor hijo LUIS ALEJANDRO LEGUIZAMON GAMEZ, representado por ella misma, a su señora madre OMAIRA LUCIA MARTIN MONTENEGRO, a sus hermanos EDISON FABIAN CARDENAS MARTIN, JUAN SEBASTIAN CARDENAS MARTIN y JAVIER ALBERTO DEVIA MARTIN, la totalidad de las condenas proferidas contra el HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO, efectuando una deducción equivalente al 10% del total de la condena, al tenor de lo consagrado en la póliza y de acuerdo a las motivaciones de la decisión.

DECIMO. El HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO deberá repetir en contra del Dr. FELIPE CABALLERO MICHELSEN, en relación con las sumas reconocidas y pagadas en la proporción que a éste le corresponde, como quedó expuesto en la motivación de esta decisión.

ONCE.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

DOCE.- DENEGAR LA SOLICITUD DE TACHA DE TESTIGOS, propuesta por los apoderados del HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO, LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS y del médico FELIPE CABALLERO MICHELSEN, de acuerdo a las consideraciones de la decisión.



Acción de Reparación Directa
Rad: 150013333014-2013-00307-00
Sentencia de primera instancia

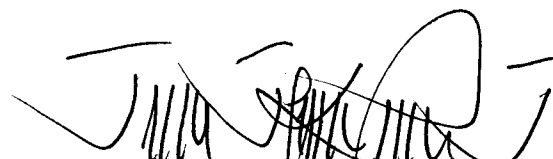
TRECE.- DECLARAR IMPROSPERA LA OBJECION al dictamen pericial suscrito por la médica **WILMA INES CASTILLA PUENTES**, propuesta por el apoderado de la parte demandante, conforme se indicó en la motivación del proveído.

CATORCE.- SIN CONDENA en costas en esta instancia.

QUINCE.- Notifíquese esta providencia en los términos del artículo 203 del C.P.A.C.A. en concordancia con lo dispuesto en el artículo 295 del Código General del Proceso, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

DIECISEIS.- En firme esta decisión, por Secretaria remítanse las comunicaciones de que trata el artículo 192, inciso final del C.P.A.C.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JAVIER HUMBERTO PEREIRA JAUREGUI
JUEZ

<p>JUZGADO CATORCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA</p> <p>El fallo anterior se notificó por Estado N° <u>40</u> de HOY siendo las <u>8:00</u> A.M.</p> <p>21 SEP 2018</p> <p>SECRETARÍA</p>
