



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 5
MAGISTRADO PONENTE OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO.

Tunja, 26 SEP 2018

Demandante	Maria Isabel Huertas Fonseca y Otros
Demandado	ESE Hospital San Rafael de Tunja
Llamado en garantía	Compañía de Seguros La Previsora S.A.
Expediente	15001-33-33-011-2015-00148-02
Medio de control	Reparación Directa
Tema	Sentencia de segunda instancia

Decide la Sala el recurso de apelación formulado por el apoderado de la entidad demandada (Fls 323, 324), apoderado parte demandante (Fls 325 a 327) y apoderado del llamado en garantía compañía de seguros La Previsora S.A. (Fls 328 a 331), en contra de la sentencia del 29 de junio de 2017, proferida por el Juzgado Once Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda (Fls. 300 a 317).

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA (Fls. 2 a 8).

Los señores Lorenzo Sandoval Ayala y María Isabel Huertas Fonseca, Laura Mariana Sandoval Huertas quien actúa en representación de su menor hija Laura Gabriela Rincón Sandoval, a través de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de reparación directa previsto en el artículo 140 del C.P.A.C.A., solicitaron se declare administrativa y patrimonialmente responsable a la ESE Hospital San Rafael de Tunja por los perjuicios materiales, morales y daño a la salud causados con ocasión de la falla en la prestación del servicio médico.

Como consecuencia de lo anterior solicitó se condene a la entidad demandada, al pago de los perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente en la suma de \$1.500.000 como consecuencia de los gastos de traslado en los días en hospitalización de la señora Laura Mariana Sandoval Huertas.



Demandante: María Isabel Huertas Fonseca y Otros

Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja

Expediente: 15001-33-33-011-2015-00148-02

Reparación Directa

De igual forma solicitó el pago de perjuicios morales en cuantía de 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes para cada uno de los demandantes; así mismo se reconozca la suma de 400 salarios mínimos mensuales legales vigentes a favor de la señora Laura Mariana Sandoval Huertas por daño a la salud o perjuicio a la vida en relación.

Finalmente solicitó se condene a la entidad demandada para que destine lo necesario para la rehabilitación de la señora Laura Mariana Sandoval Huertas, esto es, servicio médico de cirugía plástica, psicología y psiquiatría, así como las terapias familiares que sean necesarias para superar los perjuicios.

1.1 Hechos

Los hechos en que se fundamenta la demanda son, en síntesis, los siguientes:

Afirmó la parte demandante que el día 10 de mayo de 2014, la señora Laura Mariana Sandoval Huertas ingresó a la ESE Hospital San Rafael de Tunja por el servicio de urgencias, con un dolor abdominal en la parte derecha; posteriormente el médico José Antonio Tamara, manifestó que debía ser sometida a cirugía.

Refirió que el día 11 de mayo de 2014 la señora Laura Mariana Sandoval Huertas, fue intervenida quirúrgicamente de una *colecistectomía*, luego de la cual una de las enfermeras le comentó a los familiares de la señora intervenida, que había sufrido una quemadura en el momento de la cirugía.

Adujo que el médico José Antonio Tamara refirió que la quemadura que sufrió la señora Laura Mariana Sandoval Huertas, fue producto de una falla laser del aparato electrocauterio, ordenando algunos medicamentos para tratar la afectación.

1.2 Fundamentos de derecho

Como fundamento de sus pretensiones señaló que existió responsabilidad de la entidad demandada por cuanto abandonaron en el cuerpo de la señora Laura Mariana Sandoval Huertas, elementos con los cuales recibió atención médica, sometiendo a la paciente a padecimientos innecesarios que no guardaban relación directa con las dolencias que motivaban la atención en salud.

Refirió que en el presente caso se presentó una afectación al derecho a la salud de la señora Laura Mariana Sandoval Huertas quien se vio afectada



Demandante: María Isabel Huertas Fonseca y Otros

Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja

Expediente: 15001-33-33-011-2015-00148-02

Reparación Directa

por la acción imprudente, falta de cuidado y vigilancia por parte de un grupo de personas que hacen parte de una institución pública de salud, sin que exista justificación válida, razón por la cual están llamados a reparar de manera integral el daño causado a los demandantes.

2.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.1 Hospital San Rafael de Tunja.

Dentro del término procesal correspondiente, el apoderado de la ESE Hospital San Rafael de Tunja, presentó contestación de la demanda (Fls 51 a 59), oponiéndose a las pretensiones de la misma, por cuanto la atención médica brindada a la señora Laura Mariana Sandoval Huertas fue adecuada, pertinente y oportuna dentro de los estándares de calidad exigidos.

Propuso las siguientes excepciones:

i) Inexistencia de la falla en el servicio: Señaló que de acuerdo con el contenido de la historia clínica de la señora Laura Mariana Sandoval Huertas se concluye que se garantizó el acceso a los servicios tanto humanos como tecnológicos, particularmente en cuanto al servicio de cirugía, ofertados por la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja.

ii) Inexistencia de nexo de causalidad: Indicó que la actuación de la entidad demandada correspondió a las guías y protocolos médicos y se ajustan a la prestación del servicio de salud en los términos de los principios rectores de los artículo 48 y 49 de la Constitución desarrollados por la Ley 100 de 1993.

iii) Inexistencia de causa legal: Señaló que los argumentos expuestos por la parte demandante carecen de fundamentos probatorios y jurídicos ya que no existe vulneración por parte de la ESE Hospital San Rafael de Tunja por cuanto el servicio de salud fue prestado de manera eficiente y oportuna teniendo en cuenta la pericia y la destreza del personal profesional que atendió a la señora Laura Mariana Sandoval Huertas.

2.2 Llamado en garantía-Compañía de Seguros La Previsora S.A. (Fls 77 a 80)

La llamada en garantía Compañía de Seguros La Previsora S.A., vinculada por llamamiento en garantía hecho por parte del Hospital San Rafael de Tunja, presentó contestación de la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la misma, para lo cual argumentó lo siguiente:



Demandante: María Isabel Huertas Fonseca y Otros
Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja
Expediente: 15001-33-33-011-2015-00148-02
Reparación Directa

Adujo que si bien se advierte una posible irregularidad en la prestación del servicio médico, de ello no se sigue la existencia de un daño que implique el reconocimiento y pago de la indemnización que exige la parte demandante, ello en la medida en que no se allega prueba del estado actual de la demandante, así como tampoco si la quemadura ha ocasionado secuelas que afecten su integridad, máxime cuando la quemadura sufrida por la paciente fue superficial y posiblemente no dejó secuelas.

Propuso la excepción que denominó *“inexistencia de falla del servicio por parte del Hospital San Rafael de Tunja”*.

En cuanto tiene que ver con la contestación frente al llamamiento en garantía, señaló que el mismo resulta improcedente por cuanto la ocurrencia del hecho generador del daño se dio con posterioridad a la póliza 10004100.

Propuso como excepciones las que denominó: *“Inexistencia de obligación por parte de la Previsora S.A., por la póliza 1004100, Sujeción a las condiciones contractuales vigentes al momento de los hechos, contenidas en las pólizas señaladas en el escrito de llamamiento y Deducible pactados en la póliza 1004100, seguro de responsabilidad civil de vigencia del 26 de diciembre de 2014 al 15 de febrero de 2015”*.

3.- SENTENCIA APELADA (Fls 300 a 317)

El Juzgado Segundo Administrativo Oral de Tunja, mediante sentencia de fecha 29 de junio de 2017, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, en los siguientes términos:

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

SEGUNDO.- Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR a la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja, a pagar, por concepto de perjuicios morales, las siguientes sumas de dinero:

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

TERCERO.- CONDENAR a la Compañía de Seguros La Previsora S.A., a asumir la condena impuesta a la ESE HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA de acuerdo a la



Demandante: María Isabel Huertas Fonseca y Otros
Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja
Expediente: 15001-33-33-011-2015-00148-02
Reparación Directa

póliza de responsabilidad civil No. 1004102 hasta el monto de los amparos y valores allí asegurados y previos los deducibles a que haya lugar.

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

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

Para el efecto, la *a quo* luego de hacer referencia a la responsabilidad del Estado por falla médica y concluir que el presente asunto debe ser analizado desde el título de imputación de riesgo excepcional en la medida en que el Consejo de Estado ha reconocido un régimen de responsabilidad objetivo en razón a la peligrosidad que revisten ciertos procedimientos médico quirúrgicos, procedió a analizar los elementos de responsabilidad iniciando por la existencia del daño antijurídico.

En efecto señaló que el daño cuya indemnización se reclama, de acuerdo con las pruebas allegadas al plenario, se encuentra acreditada la existencia y producción del mismo, el cual consistió en una quemadura térmica en la herida quirúrgica, que se produjo con la utilización del electrocauterio en la cirugía de colecistectomía abierta que le fue practicada a la señora Laura Mariana Sandoval Huertas el día 11 de mayo de 2014, en las instalaciones de la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y que generó como secuela una cicatriz plana con discreta hipertrofia.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la imputación jurídica del daño, en primer orden indicó la juez de primera instancia que contrario a lo afirmado por la parte demandante, la quemadura sufrida por la señora Laura Mariana Sandoval Huertas no fue consecuencia de una falla médica por oblitio quirúrgico, por cuanto no se dejó ningún elemento en el abdomen de la demandante con motivo de la cirugía, sino que por el contrario el daño alegado consistió en una quemadura térmica con el electrocauterio en la herida quirúrgica, hecho que no fue producto de un descuido del personal médico o que necesitara con urgencia una cirugía de corrección.

Señaló que la atención médico quirúrgica brindada a la demandante fue oportuna y adecuada por cuanto previo a la cirugía se realizaron los exámenes de rigor y se tomó el consentimiento informado, sumado al hecho que no se presentaron complicaciones de gran magnitud al momento de la cirugía o con posterioridad a la misma.

Aunado a lo anterior adujo que de acuerdo a las pruebas allegadas al proceso, la quemadura sufrida por la demandante no fue producto de una indebida manipulación del *electrocauterio* ni de la utilización de un aparato



Demandante: María Isabel Huertas Fonseca y Otros

Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja

Expediente: 15001-33-33-011-2015-00148-02

Reparación Directa

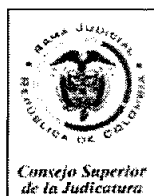
quirúrgico que se encontrara en malas condiciones, pues según lo corrobora el subgerente de servicios de salud de la entidad demandada, dicho aparato estaba en buenas condiciones de funcionamiento ya que por parte del servicio de biomédica, de mantenimiento y de la compañía fabricante no se evidenció falla alguna.

En tal sentido señaló la *a quo* que en el presente caso no se advierte una falla en el servicio médico quirúrgico prestado por la entidad demandada, razón por la cual analizó los hechos objeto de demanda bajo el título de imputación de riesgo excepcional, en el entendido en que tal como lo ha señalado el Consejo de Estado, dentro del ejercicio de la actividad médica existen varios escenarios en los cuales resulta posible predicar la existencia de un régimen objetivo de responsabilidad, dada la peligrosidad que revisten ciertos procedimientos médico quirúrgicos.

Refirió que el daño antijurídico ocasionado a la señora Laura Mariana Sandoval Huertas le resulta imputable a la entidad demandada a título de riesgo excepcional, por cuanto el mismo fue generado con utilización de un instrumento quirúrgico que según lo manifestado por el médico Tamara, cumple la función de electrocoagulación, el cual puede generar un riesgo al paciente a través de las denominadas lesiones térmicas o quemaduras con electrocauterio que implica un daño por radiación térmica que excede el actuar del médico, pero hace parte de las denominadas complicaciones intraoperatorias.

En cuanto al llamado en garantía de la compañía de seguros La Previsora S.A., adujo que de acuerdo con las condiciones generales de la póliza de seguro No. 1004102, ésta cubre la fecha de ocurrencia de los hechos, esto es, el 11 de mayo de 2014 y el daño imputado a la entidad demandada se encuentra comprendido dentro de los amparos contratados dentro del seguro de responsabilidad médica civil, clínicas y hospitales que cubre la responsabilidad médica derivada de la prestación del servicio de salud, razón por la cual ordenó a la entidad aseguradora responder por el pago de la condena a imponer.

En lo que tiene que ver con la causal eximente de responsabilidad de caso fortuito propuesta por la entidad demandada señaló que como el daño fue ocasionado por la utilización de un instrumento quirúrgico potencialmente peligroso como lo es el electrocauterio, no es factible para el presente caso exonerar de responsabilidad a la entidad bajo el argumento de que lo ocurrido fue consecuencia de un caso fortuito, toda vez que en el régimen de responsabilidad objetiva por riesgo excepcional tal circunstancia no tiene el alcance de constituirse en una causa extraña ni una fuerza mayor como eximente de responsabilidad.



Demandante: María Isabel Huertas Fonseca y Otros

Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja

Expediente: 15001-33-33-011-2015-00148-02

Reparación Directa

En cuanto a la indemnización de los perjuicios causados particularmente en cuanto los morales, señaló que la lesión padecida por la señora Laura Mariana Sandoval Huertas es de aquellas consideradas de menor gravedad, como quiera que no implica una limitación funcional ni una incapacidad y no afecta de manera importante la estética corporal en reposo, razón por la cual, respecto a la víctima directa y de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, la tasó sobre el porcentaje de incapacidad médico legal, esto es, 15 salarios mínimos mensuales legales vigentes para la víctima directa y para los demás demandantes la suma de 10 salarios mínimos mensuales legales vigentes para cada uno.

En lo que tiene que ver con el daño a la salud, la juez de primera instancia negó tal reconocimiento por cuanto en el presente caso no se acreditó ninguna de las variables que la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado ha definido para la valoración de este daño inmaterial.

Finalmente en lo que tiene que ver con los perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente concluyó que no había lugar a ordenar su reconocimiento por cuanto la parte demandante no acreditó haber sufrido erogación por éste concepto, toda vez que no allegó ningún elemento de prueba que así lo demuestre.

4.- RECURSO DE APELACIÓN

4.1 E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja (Fls 323, 324)

Con escrito de 17 de julio de 2017, el apoderado de la entidad demandada ESE Hospital San Rafael de Tunja, presentó recurso de apelación contra la decisión proferida por la *a quo*, para lo cual argumentó lo siguiente:

Afirmó que la *a quo* desconoció en el fallo de primera instancia que se pudo demostrar dentro del proceso que la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja a través del servicio de biomedicina, que el electrocauterio estaba en buenas condiciones, de tal forma que se trató de un caso fortuito la quemadura por radicación sufrida por la señora Laura Mariana Sandoval Huertas, de tal forma que el daño ocurrido no es producto de una falta de mantenimiento o falla atribuible a la E.S.E.

Señaló que si bien la existencia de caso fortuito es evidente en el presente asunto, lo cierto es que además la parte demandante pretende alegar una lesión que le perjudica su calidad de vida, olvidando que la cicatriz que realmente es notoria es aquella que tiene como consecuencia el procedimiento al que fue sometida y que permitió mediante su consentimiento previo, restaurar sus condiciones de salud; distinto a la



Demandante: María Isabel Huertas Fonseca y Otros

Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja

Expediente: 15001-33-33-011-2015-00148-02

Reparación Directa

quemadura sufrida por la demandante pues en el dictamen de medicina legal de fecha 02 de febrero de 2017, dictaminó que la afectación padecida fue sin secuelas legales, es decir que no existió daño.

4.2 Parte demandante (Fls 325 a 327)

El apoderado de la parte demandante mediante escrito de fecha 14 de julio de 2017, formuló recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, solicitando se modifique la misma, en el sentido de acceder a la totalidad de las pretensiones de la demanda, argumentando al efecto lo siguiente:

Señaló que está probado con la historia clínica y el dictamen de medicina legal, la existencia de una cicatriz plana con hipertrofia de 4 cm en el flanco derecho de abdomen de la señora Laura Mariana Sandoval Huertas; sin embargo, no comparte la conclusión del dictamen pericial rendido en el proceso, donde se indica que la cicatriz es visible pero no ostensible, es decir que concluye que no afecta de manera importante la estética corporal, lo cual no es correcto, toda vez que el único que puede determinar si se afecta o no su estética, es el mismo paciente, en éste caso una mujer de 22 años quien se ha visto afectada por la presencia de la cicatriz, razón por la cual no comparte la valoración ni pronunciamiento del juez de primera instancia frente al daño a la vida en relación.

4.3 Llamado en garantía- Compañía de Seguros La Previsora S.A. (Fls 328 a 331)

En primer lugar señaló que en el presente caso no se probó en debida forma la existencia de un daño antijurídico que pueda ser indemnizable toda vez que de acuerdo con el dictamen pericial practicado se puede concluir que no existe una lesión anormal en la demandante, distinta a la causada por la operación quirúrgica practicada; en efecto, en el dictamen pericial se señala que la cicatriz es normal, precisando que no afecta ni la movilidad ni la estética, de tal forma que queda desvirtuada de forma objetiva el hecho dañoso en el que se sustenta la demanda.

En cuanto tiene que ver con la causal eximente de responsabilidad por caso fortuito, señaló que en el presente caso se presenta una causal de fuerza mayor toda vez que la quemadura no se debió a una falla en el servicio, sino que se produjo por una falla en la máquina, la cual se encontraba en condiciones correctas de operatividad, de tal forma que se trató de un hecho imprevisible e irresistible.



Demandante: María Isabel Huertas Fonseca y Otros
Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja
Expediente: 15001-33-33-011-2015-00148-02
Reparación Directa

Finalmente en cuanto a la responsabilidad derivada del llamamiento en garantía indicó que en ningún momento ni el *a quo* ni el llamante en garantía hicieron alusión a la póliza por la cual termina condenándose a la aseguradora, esto es, la póliza No. 1004102, es decir, que se condenó con base en una póliza que en ningún momento entró en debate jurídico.

De igual forma señaló que el *a quo* desconoció que la póliza No. 1004102 dentro de las condiciones generales estableció la obligación de indemnización por responsabilidad civil por acto médico dependerá que el evento sea reclamado y notificado por primera vez durante la vigencia de la póliza, esto es, entre el 27 de febrero al 16 de diciembre de 2014; no obstante el demandante presentó conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad el 26 de febrero de 2015 fecha posterior a la vigencia de la póliza 1004102, razón por la cual la compañía de seguros La Previsora S.A. no está llamada a responder.

5.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

5.1 Parte demandada (Fls 383 a 386)

La apoderada de la ESE Hospital San Rafael de Tunja dentro del término procesal correspondiente presentó alegatos de conclusión, en los cuales reitero los argumentos expuestos con el recurso de apelación.

5.2 Compañía de Seguros La Previsora S.A. (Fls 387 a 390)

El apoderado judicial de la Compañía de Seguros La Previsora S.A., presentó alegatos de conclusión en los que reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

5.3 El Ministerio Público y la parte demandante guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

El artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en cuanto a la competencia del Tribunal Administrativo, señala que éste, conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Juzgados Administrativos; en tal virtud, con fecha 29 de junio de 2017, fue



Demandante: María Isabel Huertas Fonseca y Otros
Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja
Expediente: 15001-33-33-011-2015-00148-02
Reparación Directa

proferida sentencia por el Once Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, razón por la cual, le corresponde a ésta Corporación resolver sobre los recursos de apelación interpuestos.

2. CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA

Conforme al literal i) numeral 2° del artículo 164 del C.P.A.C.A., cuando se pretenda la reparación directa, la demanda deberá presentarse dentro del término de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando la demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que se pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia.

En el presente asunto, se observa que los hechos que sustentan las pretensiones de la demanda ocurrieron el día 11 de mayo de 2014, fecha en la cual la señora Laura Mariana Sandoval Huertas fue sometida a un procedimiento quirúrgico denominado colecistectomía en las instalaciones de la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y como quiera que la demanda fue presentada el 15 de julio de 2015 ante el Centro de Servicios de los Juzgados Administrativos de Tunja (FI 37), considera la Sala que la demanda fue interpuesta dentro del término legal de dos años que establece el literal i) numeral 2° del artículo 164 del C.P.A.C.A.

3. PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con el recurso interpuesto por tanto por la entidad demandada, llamado en garantía y parte demandante, la Sala concreta los problemas jurídicos a resolver en el presente caso, en los siguientes términos:

1. En primer lugar ha de analizar la Sala si de acuerdo con los elementos de prueba allegados al proceso, se estructura la existencia de un daño antijurídico como primer elemento para que se configure la responsabilidad patrimonial extracontractual de la entidad demandada.
2. En segundo lugar, corresponde a la Sala verificar si en tratándose de la aplicación del régimen objetivo de responsabilidad bajo el título de imputación de riesgo excepcional, adoptado por el juzgado de primera instancia y frente a lo cual los apelantes no manifestaron inconformismo alguno, resulta procedente el caso fortuito como causal eximente de responsabilidad.



Demandante: María Isabel Huertas Fonseca y Otros

Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja

Expediente: 15001-33-33-011-2015-00148-02

Reparación Directa

3. De igual manera se deberá analizar si en el presente asunto hay lugar al reconocimiento de perjuicio inmaterial en la modalidad de daño a la salud a favor de la señora Laura Mariana Sandoval Huertas.

4. Finalmente habrá de analizar la Sala si en el presente asunto había lugar a condenar al llamado en garantía Compañía de Seguros La Previsora S.A., por la condena impuesta a la ESE Hospital San Rafael de Tunja, ello en aplicación de la póliza de responsabilidad civil No. 1004102.

De la interpretación de la sentencia apelada y de los motivos de inconformidad propuestos en el recurso, la Sala concreta las tesis argumentativas del caso, para dirimir el objeto de la litis, e igualmente anuncia la posición que asumirá así:

a) Tesis argumentativa propuesta por la a quo

Su decisión se encaminó a acceder parcialmente las pretensiones de la demanda por cuanto consideró que el presente asunto debe ser analizado desde el título de imputación de riesgo excepcional, esto es, un régimen de responsabilidad objetivo en razón a la peligrosidad que revisten ciertos procedimientos médico quirúrgicos.

Señaló que el daño cuya indemnización se reclama, de acuerdo con las pruebas allegadas al plenario, se encuentra acreditada la existencia y producción del mismo, el cual consistió en una quemadura térmica en la herida quirúrgica, que se produjo con la utilización del electrocauterio en la cirugía de colecistectomía abierta que le fue practicada a la señora Laura Mariana Sandoval Huertas el día 11 de mayo de 2014, en las instalaciones de la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y que generó como secuela una cicatriz plana con discreta hipertrofia.

Refirió que el daño antijurídico ocasionado a la señora Laura Mariana Sandoval Huertas le resulta imputable a la entidad demandada a título de riesgo excepcional, por cuanto el mismo fue generado con utilización de un instrumento quirúrgico que según lo manifestado por el médico Tamara, cumple la función de electrocoagulación, el cual puede generar un riesgo al paciente a través de las denominadas lesiones térmicas o quemaduras con electrocauterio, que implica un daño por radiación térmica que excede el actuar del médico, pero hace parte de las denominadas complicaciones intraoperatorias.

En cuanto al llamado en garantía de la compañía de seguros La Previsora S.A., adujo que de acuerdo con las condiciones generales de la póliza de seguro No. 1004102, ésta cubre la fecha de ocurrencia de los hechos, esto



Demandante: María Isabel Huertas Fonseca y Otros
Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja
Expediente: 15001-33-33-011-2015-00148-02
Reparación Directa

es, el 11 de mayo de 2014 y el daño imputado a la entidad demandada se encuentra comprendido dentro de los amparos contratados dentro del seguro de responsabilidad médica civil, clínicas y hospitales que cubre la responsabilidad médica derivada de la prestación del servicio de salud, razón por la cual ordenó a la entidad aseguradora responder por el pago de la condena a imponer.

En lo que tiene que ver con la causal eximente de responsabilidad de caso fortuito propuesta por la entidad demandada señaló que como el daño fue ocasionado por la utilización de un instrumento quirúrgico potencialmente peligroso como lo es el electrocauterio, no es factible para el presente caso exonerar de responsabilidad a la entidad bajo el argumento de que lo ocurrido fue consecuencia de un caso fortuito, toda vez que en el régimen de responsabilidad objetiva por riesgo excepcional tal circunstancia no tiene el alcance de constituirse en una causa extraña ni una fuerza mayor como eximente de responsabilidad.

En cuanto a la indemnización de los perjuicios causados particularmente en cuanto los morales, los tasó sobre el porcentaje de incapacidad médico legal, esto es, 15 salarios mínimos mensuales legales vigentes para la víctima directa y para los demás demandantes la suma de 10 salarios mínimos mensuales legales vigentes para cada uno.

En lo que tiene que ver con el daño a la salud, la juez de primera instancia negó tal reconocimiento por cuanto en el presente caso no se acreditó ninguna de las variables que la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado ha definido para la valoración de este daño inmaterial.

Finalmente en lo que tiene que ver con los perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente concluyó que no había lugar a ordenar su reconocimiento por cuanto la parte demandante no acreditó haber sufrido erogación por éste concepto, toda vez que no allegó ningún elemento de prueba que así lo demuestre.

b) Tesis argumentativa propuesta por el apelante-parte demandante

Su inconformidad radica en que se debe acceder a la totalidad de las pretensiones de la demanda particularmente en lo que tiene que ver con el daño a la vida en relación por cuanto está probado con la historia clínica y el dictamen de medicina legal, la existencia de una cicatriz plana con hipertrofia de 4 cm en el flanco derecho de abdomen de la señora Laura Mariana Sandoval Huertas, de tal forma que el único que puede determinar si se afecta o no su estética, es el mismo paciente, en éste caso una mujer de 22 años quien se ha visto afectada por la presencia de la cicatriz.



Demandante: María Isabel Huertas Fonseca y Otros

Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja

Expediente: 15001-33-33-011-2015-00148-02

Reparación Directa

c) Tesis argumentativa propuesta por el apelante- Hospital San Rafael de Tunja

Su inconformidad radica en que se pudo demostrar dentro del proceso que la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja a través del servicio de biomedicina, que el electrocauterio estaba en buenas condiciones, de tal forma que se trató de un caso fortuito la quemadura por radicación sufrida por la señora Laura Mariana Sandoval Huertas, de tal forma que el daño ocurrido no es producto de una falta de mantenimiento o falla atribuible a la E.S.E.

Adicionalmente adujo que en el presente caso no existió un daño que resulte indemnizable, toda vez que la cicatriz que realmente es notoria es aquella que tiene como consecuencia el procedimiento al que fue sometida y que permitió mediante su consentimiento previo, restaurar sus condiciones de salud; distinto a la quemadura sufrida por la demandante pues en el dictamen de medicina legal de fecha 02 de febrero de 2017, dictaminó que la afectación padecida fue sin secuelas legales.

d) Tesis argumentativa propuesta por el apelante- Llamado en garantía

Adujo que no se probó en debida forma la existencia de un daño antijurídico que pueda ser indemnizable toda vez que de acuerdo con el dictamen pericial practicado se puede concluir que no existe una lesión anormal en la demandante, distinta a la causada por la operación quirúrgica practicada.

En cuanto tiene que ver con la causal eximente de responsabilidad por caso fortuito, señaló que en el presente caso se presenta una causal de fuerza mayor toda vez que la quemadura no se debió a una falla en el servicio, sino que se produjo por una falla en la máquina, la cual se encontraba en condiciones correctas de operatividad, de tal forma que se trató de un hecho imprevisible e irresistible.

Finalmente en cuanto a la responsabilidad derivada del llamamiento en garantía indicó que en ningún momento ni el *a quo* ni el llamante en garantía hicieron alusión a la póliza por la cual termina condenándose a la aseguradora, esto es, la póliza No. 1004102, es decir, que se condenó con base en una póliza que en ningún momento entró en debate jurídico, aunado a que la reclamación se realizó por fuera de la vigencia de la póliza.

e) Tesis argumentativa propuesta por la Sala



Demandante: María Isabel Huertas Fonseca y Otros

Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja

Expediente: 15001-33-33-011-2015-00148-02

Reparación Directa

Esta Sala confirmará la sentencia de primera instancia por considerar en primer lugar que en el proceso el daño antijurídico sufrido por la señora Laura Mariana Sandoval Huertas consistente en una quemadura en el borde inferior de la herida quirúrgica, mientras se le estaba practicando el procedimiento quirúrgico denominado colecistectomía, la cual según se indicó fue producto del aumento del calor por radiación del electrocauterio, el cual resulta imputable a la entidad demandada a título de responsabilidad objetiva por riesgo excepcional.

Dirá la Sala que cuando se está en presencia del título de imputación de riesgo excepcional como en el presente caso, la entidad solo podrá exonerarse de responsabilidad si se acredita una causa extraña, esto es, una fuerza mayor o el hecho determinante y exclusivo de la víctima o de un tercero, sin que sea procedente aplicar la figura del caso fortuito, razón por la cual la entidad demandada está llamada responder patrimonialmente por los perjuicios causados, condena que puede ser subrogada a la compañía de seguros La Previsora S.A. en atención a la póliza de responsabilidad civil No. 1004102.

De igual forma señalará la Sala que no hay lugar al reconocimiento de indemnización por daño a la salud en tanto de acuerdo con el dictamen médico legal practicado, no se evidencia ninguna anomalía que afecte la integridad psicofísica de la señora Laura Mariana Sandoval Huertas.

Para efectos de absolver los interrogantes jurídicos planteados, comenzará la Sala por analizar la i) De las pruebas allegadas al plenario, ii) Cláusula General de Responsabilidad Administrativa del Estado, iii) De los elementos de la responsabilidad, iv) Caso concreto.

4. DE LAS PRUEBAS ALLEGADAS AL PLENARIO

Al plenario fueron allegados los siguientes elementos de prueba, útiles a efectos de resolver los problemas jurídicos planteados:

- Copia del Registro Civil de Nacimiento de la señora Laura Mariana Sandoval Huertas, en donde se indica que es hija de María Isabel Huertas Fonseca y Lorenzo Sandoval Ayala (FI 11).
- Copia del Registro Civil de Nacimiento de la menor Laura Gabriela Rincón Sandoval, hija de la señora Laura Mariana Sandoval Huertas (FI 12).
- Copia de la Historia Consulta Externa expedida por la Central de Especialistas de Tunja de fecha 26 de mayo de 2014, respecto a la



Demandante: María Isabel Huertas Fonseca y Otros

Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja

Expediente: 15001-33-33-011-2015-00148-02

Reparación Directa

paciente Laura Mariana Sandoval Huertas señalándose un diagnóstico “Quemadura del tronco de segundo grado” (FI 29).

- Copia de la historia de consulta externa No. 286039769 de 02 de julio de 2014 realizada a la señora Laura Mariana Sandoval Huertas en donde se indica lo siguiente: *“Recomendaciones: Paciente con secuelas de quemaduras de piel en hipocondrio derecha. Actualmente con cicatrización asociada a discromía”* (FI 28).
- Copia de la Historia Clínica de la señora Laura Mariana Sandoval Huertas expedida por el Hospital San Rafael de Tunja (FIs 98 a 116).
- Copia de las anotaciones de enfermería del Hospital San Rafael de Tunja respecto a la atención quirúrgica de la señora Laura Mariana Sandoval Huertas de fecha 10 de mayo de 2014, en donde se indicó lo siguiente (FI 118):

“(...) Nota: Dr. Tamayo comenta que al cierre de la herida quirúrgica, se observa lesión por quemadura la cual está en el borde inferior herida quirúrgica subcostal derecha secundaria, aumento el calor por radiación de electrocauterio; se avisa a jefe de salas; sitio herida quemadura cubierta con sulfaplata y gasa (...)”.

- Copia de la anotación de enfermería del Hospital San Rafael de Tunja respecto a la atención quirúrgica de la señora Laura Mariana Sandoval Huertas de fecha 11 de mayo de 2014, en donde se indicó lo siguiente (FI 119):

“(...) Acudo al llamado del Dr. Tamara donde informa que la paciente presenta lesión por quemadura en el borde inferior de la herida quirúrgica subcostal derecha secundaria al aumento de calor por radiación de electrocauterio. Se observa herida quirúrgica cubierta con gasa tfixumal, borde inferior de la herida quirúrgica subtotal derecha cubierta con sulfaplata; se pasa paciente a sala de recuperaciones. Se informa al personal de biomédica para revisión de electrocauterio”.

- Respuesta emitida por el señor José Antonio Tamara López dirigida a la señora Laura Mariana Sandoval Huertas con fecha 05 de junio de 2014, en donde respecto al procedimiento medico realizado el día 11 de mayo de 2014, indicó lo siguiente (FI 16):

“(...) Me permito señalar que para el día domingo 11 de mayo fue usted intervenida quirúrgicamente de colecistitis aguda, realizándosele colecistectomía, posterior a este procedimiento en el momento del cierre de la piel, avisé sobre una zona demarcada en su



Demandante: María Isabel Huertas Fonseca y Otros

Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja

Expediente: 15001-33-33-011-2015-00148-02

Reparación Directa

herida quirúrgica como enrojecimiento de aproximadamente 3 cm, secundaria a la radiación por el electrocauterio, aparato utilizado para las electrocoagulaciones de vasos (...).

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

- Copia de la transcripción de la Historia clínica de la señora Laura Mariana Sandoval Huertas expedida por el Hospital San Rafael de Tunja (Fls 151 a 166).
- Declaración rendida por el señor JOSÉ ANTONIO TÁMARA LÓPEZ en desarrollo de la audiencia de pruebas celebrada el 05 de diciembre de 2016, en donde señaló lo siguiente (Minuto 10:42 al minuto 18:45 de la grabación) (CD FI 239):

*"(...) Dentro de la historia clínica de la paciente en mención recuerdo que la paciente fue llevada a cirugía y se le hizo una intervención quirúrgica; se le hace una incisión subcostal derecha y **ya en la terminación de la cirugía presentó una flama el equipo de electrocauterio la cual le produjo al paciente una inflamación aguda a nivel de la herida quirúrgica de más o menos tres centímetros**; se le dio aviso inmediatamente a la jefe de salas de cirugía, la cual tomó en cuenta el número del registro del equipo; posteriormente a la paciente se le hizo la curación, se le pidió inmediatamente una interconsulta a cirugía plástica para que se hiciera cargo de la probable quemadura que había sufrido la paciente.*

Efectivamente la paciente presentó con el electrocauterio, una quemadura por radiación de grado I, o sea mínima de más o menos tres centímetros; se le colocó el tratamiento debido que era en ese momento una tintura para las quemaduras, antibiótico y medicamentos para el dolor. La paciente de su colecistectomía salió satisfactoriamente dándosele de alta no recuerdo si el segundo tercer día y se le solicitó que viniera a control posterior para continuar el seguimiento, lo cual la paciente no realizó".

Al ser preguntado respecto al procedimiento médico realizado a la señora Laura Mariana Sandoval Huertas, señaló: "El procedimiento que se le hizo a la paciente fue un procedimiento ordinario de una colecistectomía que es la extirpación de la vesícula



Demandante: María Isabel Huertas Fonseca y Otros

Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja

Expediente: 15001-33-33-011-2015-00148-02

Reparación Directa

biliar, la cual se hace por medios abiertos. La paciente solicitó que se hiciera por cirugía abierta y ya terminado la cirugía a los pacientes se les hace electrocoagulación con un sistema que se llama electrocauterio; éste tiene dos funciones que es la de corte y coagulación; entonces cuando se hace la coagulación se presenta una flama que no es lo común en estos equipos y se da aviso inmediatamente al departamento de enfermería, los cuales hicieron una solicitud a la casa matriz del equipo para que se hiciera revisión a ver si había sido una falla técnica o un proceso agudo en donde se vio si se había hecho la asepsia, es decir, la limpieza de la parte que se operaba con sustancias yodadas, las cuales pueden conducir en forma indebida el sistema de coagulación”.

Al ser preguntado respecto a las medidas de seguridad tomadas para realizar la cirugía de la demandante, el medico señaló lo siguiente: “Como en toda cirugía se hace una hoja de datos y se escribe por parte de anestesia, por parte de cirugía todos los datos, es como una hoja de vuelo en donde se anota cada ítem; cuando se colocan los aparatos por enfermería, ellos revisan si están o no sirviendo. En el caso que nos atañe, el electrocauterio estaba sirviendo, pero es probable que este haya tenido una falla técnica desde antes.

Respecto al tipo de quemadura sufrida por la señora Laura Mariana Sandoval Huertas, refirió “La quemadura de la señora fue una quemadura por radicación tipo térmica, quemadura térmica, Estos son procesos que en un momento dado pueden ser prevenibles más no son irresistibles”. En cuanto a las recomendaciones dadas a la demandante una vez ocurrida la quemadura, adujo que “A la paciente se le manejó con medicamentos para el dolor y posteriormente se le puso un parche duoderm sobre el sitio de la quemadura que es el tratamiento ideal para disminuir el dolor y disminuir la incidencia de infecciones. Posteriormente, no recuerdo si al segundo o tercer día a ella se le hizo orden de control por consulta externa para control por cirugía plástica en caso de que hubiera profundidad de la quemadura, como es quemadura grado I es superficial; se toma como una quemadura tipo solar”.

Refirió el testigo que la señora Laura Mariana Sandoval Huertas “abandonó por completo el tratamiento”.

- Copia del dictamen pericial rendido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses-Dirección Seccional Boyacá de fecha 02 de febrero de 2017, en el que respecto a las lesiones sufridas por Laura Mariana Sandoval Huertas se concluyó lo siguiente (FI 271):



Demandante: María Isabel Huertas Fonseca y Otros

Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja

Expediente: 15001-33-33-011-2015-00148-02

Reparación Directa

*"(...) Descripción de hallazgos-Abdomen: **área de quemadura severa con piel rojiza con apariencia de piel naranja en un área de 14x7cm y adyacente a esta se observa cicatriz lineal, oblicua de 4cms en proceso de reparación ubicadas en el flanco e hipocondrio derecho (...).***

*EXAMEN MÉDICO LEGAL (...) Abdomen: Cicatriz planas, con discreta hipertrofia en un área de: 15x5cm, dos lineales de 4cm y 2 cm ubicadas en el flanco derecho, **la cual es visible pero no ostensible (es decir no afecta de manera importante la estética corporal en reposo y/o movimiento.***

ANÁLISIS, INTERPRETACION Y CONCLUSIONES. Al examen presenta lesiones actuales consistentes con el relato de los hechos. Mecanismo traumático de lesión: térmico. Incapacidad médico legal definitiva quince (15) días. Sin secuelas médico legales al momento del examen".

- En desarrollo de la audiencia de pruebas celebrada el 28 de marzo de 2017, se adelantó la diligencia de contradicción al dictamen pericial rendido por el perito Argimiro Pineda Arango especialista del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses Seccional Boyacá, el cual respecto a la quemadura sufrida por la señora Laura Mariana Sandoval Huertas, señaló lo siguiente (Minuto 09:00 al minuto 16:30 de la grabación) (CD FI 282):

*"En cuanto a la descripción de las lesiones a nivel del abdomen encontramos una cicatriz plana con discreta hipertrofia, es decir que tiene un poquito más de la capa superficial de la piel y cuando nosotros aclaramos que las lesiones son visibles pero no ostensibles quiere decir que esa lesión puede ser vista por un observados no entrenado a una distancia muy corta y ostensible es aquella que es vista por una persona común y corriente a una distancia mucho más cercana. **Se le dan unos 15 días de incapacidad previstos dentro de las tablas y guías de Medicina Legal para este tipo de lesiones**".*

Al ser preguntado por las secuelas que le hayan quedado a la señora Laura Mariana Sandoval Huertas, el perito refirió que *"En la parte psicológica nosotros no intervenimos, para ello tendría que ser valorada por un especialista en psicología o psiquiatría. En cuanto a la lesión que ella tenga en la piel, de la cual estamos hablando que no es ostensible, pero **es visible pero que tampoco altera de manera importante la estética,** pienso que es como la misma cicatriz que deja el procedimiento quirúrgico que le fue practicado; **de por sí que se están describiendo las lesiones lineales que se están en el área de cobertura de parte de la***



Demandante: María Isabel Huertas Fonseca y Otros
 Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja
 Expediente: 15001-33-33-011-2015-00148-02
Reparación Directa

cirugía, entonces no veo que le vaya a alterar tanto, si tiene una cicatriz por la cirugía o que tenga una por la quemadura, no porque es en la misma parte del cuerpo”.

- Se allegó copia de la póliza de responsabilidad civil No. 1004101 expedida por la compañía de seguros La Previsora S.A., cuyo tomador es el Hospital San Rafael de Tunja, cuya vigencia se prolongaba desde el 27 de febrero al 26 de diciembre de 2014, cuyo objeto era *“Indemnizar los perjuicios o detrimentos patrimoniales causados a terceros y/o a la Entidad, provenientes de la responsabilidad de los servidores públicos, como consecuencia de acciones y decisiones de gestión incorrectas, pero no dolosas, adoptadas y/o ejecutadas o inejecutadas por actos imputables a uno o varios funcionarios que desempeñen los cargos relacionados”.* (Fl 39 a 42 C. Llamamiento en garantía).
- Se allegó copia de la póliza de responsabilidad civil No. 1004102 expedida por la compañía de seguros La Previsora S.A., cuyo tomador es el Hospital San Rafael de Tunja con vigencia desde el 27 de febrero al 26 de diciembre de 2014, la cual tenía por objeto *“Amparar los perjuicios morales, fisiológicos, a la vida de relación, lucro cesante, daño emergente y extrapatrimoniales, los daños materiales y las lesiones personales que la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja cause con motivo de la responsabilidad civil profesional médica derivada de la prestación del servicio de salud, en el desarrollo de sus actividades profesionales por personal médico, paramédico o médico auxiliar, firmas especializadas, cooperativas y uniones temporales, empresas asociativas de trabajo o terceros prestadores del servicio y personas jurídicas y naturales bajo la supervisión de la ESE Hospital San Rafael de Tunja (...)”* (Fls 43 a 46, 50 a 52 C. Llamamiento en garantía).

Con fundamento en los anteriores elementos de prueba, procede la Sala a realizar el estudio de responsabilidad en el presente asunto.

5. CLAUSULA GENERAL DE RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO

Con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, se habían establecido diversos regímenes de responsabilidad extracontractual del Estado, tales como la falla en el servicio, el régimen de riesgo, el daño especial, entre otros.

Posteriormente, con la expedición de la Constitución de 1991, la responsabilidad del Estado se define de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 90 en virtud del cual, el Estado será patrimonialmente responsable



Demandante: María Isabel Huertas Fonseca y Otros

Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja

Expediente: 15001-33-33-011-2015-00148-02

Reparación Directa

por los daños antijurídicos causados por la acción u omisión imputable a sus agentes; de tal artículo, son dos los postulados que fundamentan dicha responsabilidad, a saber: *i)* El daño antijurídico, y *ii)* la imputación del mismo a la administración; en efecto indica la norma:

“Art- 90. El estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

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

En Sentencia C-333 de 1996 la Corte Constitucional señaló el sentido y el alcance de la norma antes referida, 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 (...).”.
(Destacado por la Sala)



Demandante: María Isabel Huertas Fonseca y Otros
 Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja
 Expediente: 15001-33-33-011-2015-00148-02
Reparación Directa

Por su parte el Honorable Consejo de Estado¹ ha sostenido sobre el artículo 90: "(...) es el tronco en que se encuentra fundamentada la totalidad de la responsabilidad patrimonial del Estado, trátase de la responsabilidad contractual o de la extracontractual".

Lo anterior en palabras de la Corte Constitucional 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 será objetiva.

6. DE LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD

En primer orden dirá la Sala que a partir de la expedición de la Constitución de 1991, la responsabilidad del Estado se define de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 90 en virtud del cual, el Estado será patrimonialmente responsable por los daños antijurídicos causados por la acción u omisión imputable a sus agentes; de tal artículo, son dos los postulados que fundamentan dicha responsabilidad, a saber: i) El daño antijurídico, y ii) la imputación del mismo a la administración.

6.1 Del daño antijurídico

El primer elemento de la responsabilidad que se debe analizar es la existencia o no del daño y si el mismo puede ser considerado como antijurídico, es decir, que la víctima no estaba en la obligación de soportarlo, ya que sólo cuando se ha evidenciado la existencia de un daño antijurídico, se hace necesario analizar el segundo de los elementos de la responsabilidad, esto es, la imputación².

A propósito de noción de daño antijurídico como primer elemento de la responsabilidad del Estado, la Corte Constitucional en sentencia C-333 de 1996, precisó que es:

"(...) El perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. 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

¹ C.E, S.C.A, S 3ª. Sentencia del 13 de Julio de 1993, Exp. 8163. C.P. Juan de Dios Montes Hernández.

² Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia de 18 de febrero de 2010; Expediente No. 17885.



Demandante: María Isabel Huertas Fonseca y Otros

Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja

Expediente: 15001-33-33-011-2015-00148-02

Reparación Directa

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. (...)". (Destacado por la Sala).

En igual sentido, la Sección Tercera del Consejo de Estado³, frente al daño antijurídico, indicó que:

"(...) Sobre la noción de daño antijurídico, esta Sección ha definido que "consistirá siempre en la lesión patrimonial o extra-patrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar". En este sentido, el daño ocasionado a un bien jurídicamente tutelado, impone el deber de indemnizar el consecuente detrimento con el objetivo de garantizar el principio de igualdad ante las cargas públicas (...). (Destacado por la Sala)

Respecto de las características que debe cumplir el daño, a efectos que tenga la virtualidad de ser objeto de indemnización, se han establecido las siguientes:

*"(...) **Para que un daño sea indemnizable, es indispensable verificar** ex ante la configuración de los elementos que lo estructuran, es decir, **que sea cierto, actual, real, determinado o determinable y protegido jurídicamente**. En síntesis, estos elementos parten de la premisa según la cual, la antijuridicidad del daño no se concreta solo con la verificación de la afectación o vulneración de un derecho o de un interés legítimo, sino con los efectos antijurídicos desatados por la lesión que inciden en el ámbito patrimonial o extra patrimonial (...)"*⁵. (Destacado por la Sala)

³ Consejo de Estado; Sección Tercera del 13 de junio de 2013; Expediente No. 28062

⁴ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 13 de agosto de 2008; Expediente No. 17042

⁵ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA-SUBSECCIÓN B Consejero Ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO. Bogotá, D.C., veintinueve (29) de mayo de dos mil catorce (2014). Radicación número: 05001-23-31-000-2000-4596-01 (29882)



Demandante: María Isabel Huertas Fonseca y Otros
 Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja
 Expediente: 15001-33-33-011-2015-00148-02
Reparación Directa

En tal sentido, tal como lo ha indicado la jurisprudencia del Consejo de Estado, que por fuera de un reconocimiento indemnizatorio el daño eventual o hipotético, esto es, aquel se ubica en un plano meramente conjetural o hipotético, el cual no reviste las condiciones necesarias para ser pueda determinarse.

6.2 De la imputación de la responsabilidad

Ahora bien, respecto del segundo postulado que fundamenta la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado, esto es, la imputación, la cual de acuerdo con el Consejo de Estado, supone “(...) *el establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, y allí es donde intervienen los títulos de imputación que corresponden a los diferentes sistemas de responsabilidad que tienen cabida tal como lo ha dicho la jurisprudencia en el artículo 90 de la Constitución Política (...)*”⁶, ha sido dividida en i) imputación fáctica y ii) imputación jurídica; al respecto la Sección Tercera del Consejo de Estado, ha indicado que:

*“(...) **La imputación fáctica** supone un estudio conexo o conjunto entre la causalidad material y las herramientas normativas propias de la imputación objetiva que han sido delineadas precisamente para establecer cuándo un resultado, en el plano material, es atribuible a un sujeto. De otro lado, la concreción de la imputación fáctica no supone por sí misma, el surgimiento de la obligación de reparar, ya que se requiere un estudio de segundo nivel, denominado **imputación jurídica**, escenario en el que el juez determina si además de la atribución en el plano fáctico existe una obligación jurídica de reparar el daño antijurídico; se trata, por ende, de un estudio estrictamente jurídico en el que se establece si el demandado debe o no resarcir los perjuicios bien a partir de la verificación de **una culpa (falla)**, o por la concreción de un riesgo excepcional al que es sometido el administrado, o de un daño especial que frente a los demás asociados es anormal y que parte del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas (...).”*⁷
 (Destacado por la Sala)

El Consejo de Estado⁸ ha precisado que las actuaciones de los funcionarios sólo comprometen el patrimonio de las entidades públicas, cuando éstas tienen algún nexo con el desarrollo de la función administrativa, es decir, que la sola calidad de funcionario o servidor público que ostente el autor del

⁶ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 12 de julio de 1993; Exp. 7622

⁷ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 9 de junio de 2010; Rad. 1998-0569

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de febrero 10 de 2011, rad. 19123, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.



Demandante: María Isabel Huertas Fonseca y Otros
Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja
Expediente: 15001-33-33-011-2015-00148-02
Reparación Directa

hecho, no es suficiente para atribuir la responsabilidad del Estado; en efecto en sentencia de 10 de febrero de 2011, se indicó:

“(…) No cualquier actuación dañosa de los funcionarios o agentes administrativos conlleva imputación de responsabilidad a la administración de quien dependen o en la que están encuadrados. Se requiere en todo caso para que opere el mecanismo de atribución a la administración del deber de reparar un daño patrimonial, que la actuación lesiva de la persona autora material de éste pueda calificarse como propia del “funcionamiento de los servicios públicos”. Es decir que la conducta del agente de la administración productora del evento dañoso suponga una manifestación del desempeño o ejercicio del cargo público, presentándose externamente entonces el resultado lesivo como expresión o consecuencia del funcionamiento del servicio público. Por tanto, la Administración no responde de los daños causados por la actividad estrictamente privada de sus funcionarios y agentes, es decir, la llevada a cabo absolutamente al margen de las funciones del cargo público; en una palabra, la realizada fuera del servicio público. En definitiva, el fenómeno jurídico de la imputación de responsabilidad civil a la administración no se produce en aquellos supuestos de daños resarcibles en los que el funcionario se presenta frente al sujeto dañado en su calidad de persona privada, desprovisto, por tanto, de toda calificación jurídico pública (…).”
(Destacado por la Sala)

A propósito de la falla en el servicio como título jurídico de imputación para estudiar la responsabilidad administrativa del Estado, el Consejo de Estado⁹, ha indicado lo siguiente:

*“(…) La Sala, de tiempo atrás ha dicho que la falla del servicio ha sido en nuestro derecho, y continua siendo, el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado; **en efecto, si al Juez Administrativo le compete una labor de control de la acción administrativa del Estado y si la falla del servicio tiene el contenido final del incumplimiento de una obligación a su cargo, no hay duda de que es ella el mecanismo más idóneo para asentar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual**¹⁰.*

También ha sostenido que el mandato que impone la Carta Política en el artículo 2º inciso 2º, consistente en que las autoridades de la República tienen el deber de proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades “debe

⁹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION A. Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Bogotá, D.C., siete (7) de abril de dos mil once (2011). Radicación número: 52001-23-31-000-1999-00518-01(20750)

¹⁰ Sentencias del 13 de julio de 1993, expediente No. 8163 y del 10 de marzo del 2011, expediente 17.738, entre muchas otras.



Demandante: María Isabel Huertas Fonseca y Otros

Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja

Expediente: 15001-33-33-011-2015-00148-02

Reparación Directa

entenderse dentro de lo que normalmente se le puede exigir a la administración en el cumplimiento de sus obligaciones o dentro de lo que razonablemente se espera que hubiese sido su actuación o intervención acorde con las circunstancias tales como disposición del personal, medios a su alcance, capacidad de maniobra etc., para atender eficazmente la prestación del servicio que en un momento dado se requiera¹¹, así, las obligaciones que están a cargo del Estado –y por lo tanto **la falla del servicio que constituye su trasgresión–, han de mirarse en concreto frente al caso particular que se juzga, teniendo en consideración las circunstancias que rodearon la producción del daño que se reclama, su mayor o menor previsibilidad y los medios de que disponían las autoridades para contrarrestarlo¹².**

Se le exige al Estado la utilización adecuada de todos los medios de que está provisto, en orden a cumplir el cometido constitucional en el caso concreto; si el daño se produce por su incuria en el empleo de tales medios, surgirá su obligación resarcitoria; por el contrario, si el daño ocurre pese a su diligencia no podrá quedar comprometida su responsabilidad.

Ahora bien, **la falla del servicio** o la falta en la prestación del mismo se configura por retardo, por irregularidad, por ineficiencia, **por omisión** o por ausencia del mismo. El retardo se da cuando la Administración actúa tardíamente ante la ciudadanía en prestar el servicio; **la irregularidad, por su parte, se configura cuando se presta el servicio en forma diferente a como debe hacerse en condiciones normales, contrariando las normas, reglamentos u órdenes que lo regulan y la ineficiencia se da cuando la Administración presta el servicio pero no con diligencia y eficacia, como es su deber legal.** Y obviamente se da la omisión o ausencia del mismo cuando la Administración, teniendo el deber legal de prestar el servicio, no actúa, no lo presta y queda desamparada la ciudadanía¹³ (...). (Destacado por la Sala)

De igual forma el máximo órgano de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 16 de febrero de 2017, respecto a la falla en el servicio, precisó que: "(...) De tal manera, cabe observar la atribución jurídica del daño antijurídico, en principio, a la administración pública por **falla en el servicio consistente en el incumplimiento e inobservancia de los deberes positivos derivados de exigencias constitucionales, legales, y del bloque ampliado de constitucionalidad (artículo 93)**, esto es, del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos, que pueden ser constitutivos de una falla en el servicio (...) "¹⁴". (Destacado por la Sala)

¹¹ Sentencia del 8 de abril de 1998, expediente No. 11837.

¹² Sentencia del 3 de febrero de 2000, expediente No. 14.787

¹³ Sentencia del 30 de noviembre de 2006, expediente No. 14.880.

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION C. Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA Bogotá, D.C., dieciséis (16) de febrero de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 68001-23-15-000-1999-02330-01(34928).



Demandante: María Isabel Huertas Fonseca y Otros

Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja

Expediente: 15001-33-33-011-2015-00148-02

Reparación Directa

6.2.1 De la responsabilidad del Estado con ocasión de actividades médico asistenciales.

Al respecto ha de señalarse que en tratándose de eventos en los cuales se discute la declaratoria de responsabilidad del Estado con ocasión de actividades médico-asistenciales, según lo ha señalado el Consejo de Estado *"(...) Bien puede ser analizada **bajo el régimen de la falla probada del servicio**, a lo cual se ha agregado que, en atención al carácter técnico de la actividad médica y a la dificultad probatoria que ello implica, el nexo de causalidad puede acreditarse por diversas vías, en especial mediante la utilización de indicios, que no en pocas ocasiones constituyen el único medio probatorio que permite establecer la presencia de la falla del servicio endilgada (...)"*¹⁵.

En ese contexto, el Consejo de Estado¹⁶ ha de señalarse que si bien la actividad médica hospitalaria implica riesgos que son inherentes a su ejercicio, a manera de ejemplo intervenciones quirúrgicas o exámenes clínicos invasivos, los cuales dependen en gran medida de la complejidad de la afectación de la salud del paciente, también es cierto que para evaluar la responsabilidad de las instituciones prestadoras de salud, por regla general, debe partirse de la verificación en el caso concreto, del cumplimiento de los reglamentos y protocolos a los que se encuentre sometido cada procedimiento.

No obstante la regla general antes reseñada, según la cual la responsabilidad en la prestación del servicio médico asistencial debe estructurarse a partir del cumplimiento del contenido obligatorio previsto para cada procedimiento en particular, excepcionalmente la jurisprudencia¹⁷ ha aceptado que dentro del ejercicio de la actividad médica existen

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 20 de febrero de 2008, M.P. Ramiro Saavedra Becerra, exp 15.563. *"(...) la Sala ha recogido las reglas jurisprudenciales anteriores, es decir, las de presunción de falla médica, o de la distribución de las cargas probatorias de acuerdo con el juicio sobre la mejor posibilidad de su aporte, para acoger la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, para lo cual se puede echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño"*.

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A. Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN Bogotá, D.C., veintiséis (26) de abril de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 25000-23-26-000-2004-02010-01(41390).

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia proferida el 27 de junio de 2012, Exp. 21.661 M.P. Mauricio Fajardo Gómez. En similar sentido consultar también: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 24 de marzo de 2011, Exp. 20.836, C.P. Enrique Gil Botero.



Demandante: María Isabel Huertas Fonseca y Otros

Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja

Expediente: 15001-33-33-011-2015-00148-02

Reparación Directa

escenarios en los cuales resulta posible estructurar la responsabilidad a partir de un régimen objetivo de responsabilidad.

En efecto, a manera enunciativa el Consejo de Estado ha señalado algunos eventos susceptibles de ser estudiados para éste régimen objetivo de responsabilidad:

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

ii) Cuando un medicamento, tratamiento o procedimiento que implique o conlleve un progreso en la ciencia y, por lo tanto, se considere novedoso, se desconozcan las consecuencias o secuelas del mismo a largo plazo¹⁸;

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

iv) En supuestos de vacunas, porque se asume de manera implícita su eventual peligrosidad y reacciones adversas en los diferentes organismos y¹⁹;

v) Cuando el daño sea producto de una infección nosocomial o intrahospitalaria²⁰.

En tal sentido, en los supuestos antes referidos, se estructura el juicio de responsabilidad a partir del régimen objetivo, lo cual supone como nota característica de éste título de imputación, que no resulta relevante determinar si el comportamiento de la entidad fue diligente o cuidadoso; en

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 25 de enero de 2017, exp. 36.816, M.P. Hernán Andrade Rincón. En aquella oportunidad se declaró la responsabilidad de una institución hospitalaria por la quemadura a un paciente con un bisturí eléctrico.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencias proferidas el 28 de septiembre de 2012, Exp. 22.424 y el 30 de abril de 2014, Exp. 29.566, ambas con ponencia de la Consejera Stella Conto Díaz del Castillo.

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencias proferidas el 25 de junio de 2014, Exp. 30.583 y el 11 de junio de esa misma anualidad, Exp. 27.089, ambas con ponencia del Consejero Hernán Andrade Rincón.



Demandante: María Isabel Huertas Fonseca y Otros

Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja

Expediente: 15001-33-33-011-2015-00148-02

Reparación Directa

efecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 19 de agosto de 2009²¹, precisó:

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

De manera particular en lo que tiene que ver con los casos derivados de la utilización de elementos que resulten riesgosos para la integridad del paciente, se ha indicado lo siguiente:

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

(...) Cuando se utiliza un bisturí eléctrico por ejemplo, y éste produce una descarga dañosa para el enfermo, es notorio que la cosa ha excedido el actuar humano, interviniendo activamente en la relación causal, por lo que se tratará del supuesto de responsabilidad por riesgo contemplado en el artículo 1113 (...)”²². (Destacado por la Sala)

En suma, cuando se está ante escenarios en los que es dable dar aplicación al régimen objetivo de responsabilidad, el fundamento de la objetividad dimana de la peligrosidad que es inherente al riesgo y de los efectos dañinos que de él se desprenden, sin que tenga incidencia el comportamiento diligente o no de la entidad, de tal forma que ésta solo podrá exonerarse de responsabilidad si se acredita una causa extraña, esto es, una fuerza mayor o el hecho determinante y exclusivo de la víctima o de un tercero.

7.- CASO CONCRETO

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de agosto de 2009, Exp. 17.333, M.P. Enrique Gil Botero.

²² LORENZETTI, Ricardo Luis *“Responsabilidad Civil de los Médicos”*, Ed. Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 424 y 428. En Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 25 de enero de 2017, Exp. 36.816, M.P. Hernán Andrade Rincón.



Demandante: María Isabel Huertas Fonseca y Otros

Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja

Expediente: 15001-33-33-011-2015-00148-02

Reparación Directa

Descendiendo al caso concreto encuentra la Sala que los problemas jurídicos que se deben resolver a efectos de dar respuesta al recurso de apelación incoado tanto por el apoderado de la ESE Hospital San Rafael de Tunja, como por el apoderado del llamado en garantía Compañía de Seguros La Previsora S.A y por el apoderado de la parte demandante, en contra de la sentencia del 29 de junio de 2017 proferida por el Juzgado Once Administrativo de Oralidad de Tunja, son los siguientes:

1. En primer lugar ha de analizar la Sala si de acuerdo con los elementos de prueba allegados al proceso, se estructura la existencia de un daño antijurídico como primer elemento para estructurar la responsabilidad patrimonial extracontractual de la entidad demandada.
2. En segundo lugar, corresponde a la Sala verificar si en tratándose de la aplicación del régimen objetivo de responsabilidad bajo el título de imputación de riesgo excepcional, adoptado por el juzgado de primera instancia y frente a lo cual, los apelantes no manifestaron inconformismo alguno, resulta procedente el caso fortuito como causal eximente de responsabilidad.
3. De igual manera se deberá analizar si en el presente asunto hay lugar al reconocimiento de perjuicio inmaterial en la modalidad de daño a la salud a favor de la señora Laura Mariana Sandoval Huertas.
4. Finalmente habrá de analizar la Sala si en el presente asunto había lugar a condenar al llamado en garantía Compañía de Seguros La Previsora S.A., por la condena impuesta a la ESE Hospital San Rafael de Tunja, ello en aplicación de la póliza de responsabilidad civil No. 1004102.

En tal sentido, a continuación procede la Sala a abordar cada uno de los problemas jurídicos enunciados comenzando con el análisis a efectos de verificar si en el presente asunto se encuentra configurado y probado un daño antijurídico, esto es, aquel que la víctima no está en la obligación de soportar.

7.1 Del daño antijurídico

El daño, tal como se indicó en precedencia entendido como el primer elemento en un juicio de responsabilidad²³, corresponde al menoscabo

²³ RENÉ CHAPUS. Responsabilité publique et responsabilité privée. París, Librairie générale de droit et de jurisprudence R. Pichon et R. Durand – Auzias, 1957. p. 349.



Demandante: María Isabel Huertas Fonseca y Otros

Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja

Expediente: 15001-33-33-011-2015-00148-02

Reparación Directa

patrimonial y moral que se produjo a los demandantes, el cual para que tenga vocación indemnizatoria debe revestir las características de ser cierto, actual, real, determinado o determinable y protegido jurídicamente.

Así en el asunto bajo examen, contrario a lo sostenido por los apoderados de la entidad demandada y el llamado en garantía, los elementos del daño antijurídico se encuentran plenamente acreditados, tal como lo acreditan los siguientes hechos, que encuentran respaldo en las pruebas allegadas a plenario:

- Se encuentra probado que la señora Laura Mariana Sandoval Huertas el 11 de mayo de 2014, fue sometida a un procedimiento quirúrgico de colecistitis aguda, realizándose colecistectomía, ello en las instalaciones de la E.S.E Hospital San Rafael de Tunja, tal como se evidencia en la historia clínica allegada, así como con los informes presentados por el médico cirujano José Antonio Tamara López.
- Sin embargo, al finalizar el procedimiento quirúrgico según informó el médico cirujano José Antonio Tamara López (quien realizó la cirugía) se presentó una lesión por quemadura la cual se ubicaba al borde inferior de la herida quirúrgica subcostal derecha de la señora Laura Mariana Sandoval Huertas, la cual fue producida por el aumento repentino de calor por radiación del *electrocauterio*, aparato que era utilizado para para las electrocoagulaciones de vasos.

En efecto en las anotaciones de enfermería del Hospital San Rafael de Tunja respecto a la atención quirúrgica de la señora Laura Mariana Sandoval Huertas, con fecha 10 y 11 de mayo de 2014 (Fls 118, 119), se indicó lo siguiente: “(...) *Nota: Dr. Tamayo comenta que al cierre de la herida quirúrgica, se observa lesión por quemadura la cual está en el borde inferior herida quirúrgica subcostal derecha secundaria, aumento el calor por radicación de electrocauterio; se avisa a jefe de salas; sitio herida quemadura cubierta con sulfaplata y gasa (...).*” (Destacado por la Sala)

En igual sentido, en declaración rendida por el médico cirujano José Antonio Tamara López en desarrollo de la audiencia de pruebas celebrada el 05 de diciembre de 2016 manifestó que la señora Laura Mariana Sandoval Huertas fue intervenida quirúrgicamente y “*ya en la terminación de la cirugía presentó una flama el equipo de electrocauterio, la cual le produjo al paciente una inflamación aguda a nivel de la herida quirúrgica de más o menos tres centímetros (...)* Efectivamente la paciente *presentó con el electrocauterio una quemadura por radiación de grado I, o sea mínima de más de tres centímetros*”. (Destacado por la Sala)



Demandante: María Isabel Huertas Fonseca y Otros
 Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja
 Expediente: 15001-33-33-011-2015-00148-02
Reparación Directa

- Ahora bien, la señora Laura Mariana Sandoval Huertas fue objeto de valoración médico legal por parte del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses en donde se indicó que presentaba “**área de quemadura severa con piel rojiza con apariencia de piel naranja en un área de 14x7cm y adyacente a esta se observa cicatriz lineal**” (FI 271), señalándose una incapacidad médico legal definitiva de 15 días, advirtiendo que la referida quemadura no representó para la víctima secuelas médico legales.

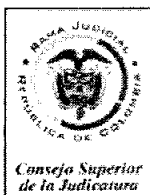
La última de las conclusiones antes referidas fue desarrollada por el especialista Argemiro Pineda Arango funcionario del Instituto Nacional de Medicina Legal quien en desarrollo de audiencia de pruebas celebrada el 28 de marzo de 2017, manifestó que *“En cuanto a la lesión que ella tenga en la piel, de la cual estamos hablando que no es ostensible, pero **es visible pero que tampoco altera de manera importante la estética**, pienso que es como la misma cicatriz que deja el procedimiento quirúrgico que le fue practicado; **de por sí que se están describiendo las lesiones lineales que están en el área de cobertura de parte de la cirugía, entonces no veo que le vaya a alterar tanto, si tiene una cicatriz por la cirugía o que tenga una por la quemadura, no, porque es en la misma parte del cuerpo**”.* (Destacado por la Sala)

Así las cosas, la Sala encuentra acreditado el daño antijurídico sufrido por la señora Laura Mariana Sandoval Huertas consistente en una quemadura en el borde inferior de la herida quirúrgica, mientras se le estaba practicando el procedimiento quirúrgico denominado *colecistectomía*, la cual según se indicó fue producto del aumento del calor por radiación del electrocauterio, de tal forma que independientemente de si este se prolongó o no en el tiempo o si le dejó secuelas permanentes, lo cierto es que se presentó una afectación a la integridad física de la demandante, el cual no estaba en la obligación de soportar.

7.2 De la imputación de responsabilidad

Establecida la configuración de un daño antijurídico, a continuación corresponde a la Sala verificar si en tratándose de la aplicación del régimen objetivo de responsabilidad bajo el título de imputación de riesgo excepcional, adoptado por el juzgado de primera instancia y frente a lo cual los apelantes no manifestaron inconformismo alguno, resulta procedente el caso fortuito como causal eximente de responsabilidad.

Lo anterior por cuanto tanto el apoderado de la entidad demandada como el apoderado de la llamada en garantía sostienen que en el presente evento hay lugar a declarar un eximente de responsabilidad por la existencia de un caso fortuito, en razón a que la quemadura se produjo por una falla en la



Demandante: María Isabel Huertas Fonseca y Otros

Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja

Expediente: 15001-33-33-011-2015-00148-02

Reparación Directa

máquina *electrocauterio*, la cual se encontraba en condiciones correctas de operatividad, de tal forma que se trató de un hecho imprevisible e irresistible.

Al respecto en primera medida ha de señalarse que tal como se indicó en precedencia por regla general la responsabilidad en la prestación del servicio médico asistencial debe estructurarse a partir del cumplimiento del contenido obligacional previsto para cada procedimiento en particular, también de manera excepcional se ha aceptado que dentro del ejercicio de la actividad médica existen escenarios en los cuales resulta posible estructurar la responsabilidad a partir de un régimen objetivo de responsabilidad por riesgo.

Uno de tales eventos tiene que ver con aquellos procedimientos quirúrgicos que implican la manipulación de cosas peligrosas, o que el procedimiento o el tratamiento empleado entrañe peligro, pero siempre y cuando la herramienta riesgosa cause el daño de manera directa o por ella misma.

En el presente caso, de acuerdo con los elementos de prueba allegados al plenario particularmente de lo manifestado por el médico cirujano José Antonio Tamara López lo cual es corroborado por las anotaciones de enfermería, se encuentra probado que la quemadura sufrida por la señora Laura Mariana Sandoval Huertas fue producida por un aparato denominado *electrocauterio*, al momento del cierre de la herida quirúrgica, debido a aumento repentino del calor por radiación del referido instrumento.

En efecto, dentro de la declaración rendida por el referido profesional de la salud en desarrollo de la audiencia de pruebas celebrada el 05 de diciembre de 2016, señaló que *“ya en la terminación de la cirugía **presentó una flama el equipo de electrocauterio** la cual le produjo al paciente una inflamación aguda a nivel de la herida quirúrgica de más o menos tres centímetros (...) Efectivamente el paciente **presentó con el electrocauterio una quemadura por radiación grado I**”.* (Destacado por la Sala)

Declaración que coincide con las anotaciones de enfermería de fecha 10 y 11 de mayo de 2014 (FI 119), en donde se indica que *“El Dr. Tamara informa que la paciente presenta lesión por quemadura en el borde inferior de la herida quirúrgica subcostal derecha secundaria al **aumento de calor por radiación de electrocauterio**”.* (Destacado por la Sala)

De igual forma no fue allegado ningún elemento de prueba que indicara la quemadura sufrida por la señora Laura Mariana Sandoval Briceño, se debió a la inobservancia por parte de los médicos de los protocolos propios del procedimiento médico denominado *colecistectomía*, sino que el mismo se debió a la utilización del *electrocauterio*, instrumento quirúrgico térmico utilizado, según lo manifestado por el médico cirujano José Antonio Tamara



Demandante: María Isabel Huertas Fonseca y Otros

Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja

Expediente: 15001-33-33-011-2015-00148-02

Reparación Directa

López para el proceso de electrocoagulación de la herida quirúrgica, el cual al aumentar repentinamente el calor ocasionó la quemadura.

Así las cosas, ha de concluir la Sala para el caso concreto que el paciente sufrió las referidas quemaduras en su abdomen mientras se le realizaba un procedimiento quirúrgico con la utilización de un electrocauterio en las instalaciones de la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja, razón por la cual, forzoso resulta concluir que, de conformidad con los elementos de convicción a los que se ha hecho referencia y atendiendo la jurisprudencia consolidada en la materia en punto a la responsabilidad objetiva por la utilización de instrumentos que supongan peligro para el paciente, resulta claro que el daño antijurídico por cuya indemnización se demandó le resulta imputable a la entidad demandada.

En este punto resulta pertinente hacer referencia a sentencia del Consejo de Estado de fecha 25 de enero de 2017²⁴, en donde en un asunto de contornos similares respecto a los efectos de la utilización de instrumentos potencialmente peligrosos en los procedimientos quirúrgicos, precisó lo siguiente:

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

Ahora bien, tal como se indicó en precedencia cuando se está ante escenarios en los que es dable dar aplicación al régimen objetivo de responsabilidad, el fundamento de la objetividad dimana de la peligrosidad que es inherente al riesgo y de los efectos dañinos que de él se desprenden, sin que tenga incidencia el comportamiento diligente o no de la entidad, de tal forma que ésta solo podrá exonerarse de responsabilidad si se acredita una causa extraña, esto es, una fuerza mayor o el hecho determinante y exclusivo de la víctima o de un tercero, demostración que en todo caso estará en cabeza de la entidad demandada.

²⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION A. Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON. Bogotá, D. C., veinticinco (25) de enero de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 25000-23-26-000-2003-02133-01(36816)A



Demandante: María Isabel Huertas Fonseca y Otros
Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja
Expediente: 15001-33-33-011-2015-00148-02
Reparación Directa

Advierte la Sala que en el recurso de apelación tanto el apoderado de la entidad demandada como el apoderado del llamado en garantía pretenden exonerarse de responsabilidad en el presente asunto, no acudiendo a una causa extraña, como lo es una fuerza mayor o el hecho determinante y exclusivo de la víctima o de un tercero, sino que sostienen la existencia de un caso *fortuito* en razón a que la quemadura se produjo por una falla en la máquina electrocauterio, la cual se encontraba en condiciones correctas de operatividad, de tal forma que se trató de un hecho imprevisible e irresistible.

Al respecto ha de señalarse que la jurisprudencia del Consejo de Estado²⁵ de manera reiterada ha señalado que cuando se adopta el régimen objetivo bajo el título de imputación de riesgo excepcional para estructurar la responsabilidad extramatrimonial en asuntos como el presente, el caso *fortuito* no opera como una causal eximente de responsabilidad, en tanto se ha entendido que éste hace parte del riesgo implícito de la aparato utilizado en el procedimiento quirúrgico, en éste caso, la utilización del *electrocauterio* y, en tal virtud, ***“proviene de la estructura de la actividad de aquél, y puede ser desconocido o permanecer oculto, y no constituye una verdadera causa extraña, con virtualidad para suprimir la imputabilidad del daño”***²⁶. (Destacado por la Sala)

Así las cosas, como quiera que el caso *fortuito* no tiene la virtualidad de ser un eximente de responsabilidad cuando se está en presencia del título de imputación de riesgo excepcional como en el presente caso, fuerza concluir que los argumentos planteados en el recurso de apelación no tienen vocación de prosperidad, razón por la cual se confirmará la sentencia de primera instancia en este punto.

7.3 Del reconocimiento del daño a la salud

En este punto encuentra la Sala que el recurso de apelación del apoderado de la parte demandante se encuentra orientado a que se modifique la sentencia de primera instancia en cuanto negó el reconocimiento del daño a la salud, por cuanto considera que la quemadura sufrida por la señora Laura Mariana Sandoval Huertas ocasionó la existencia de una cicatriz en el flanco derecho de su abdomen, de tal forma que hay lugar a ordenar su reconocimiento.

²⁵ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A. Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN Bogotá, D.C., veintiséis (26) de abril de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 25000-23-26-000-2004-02010-01(41390)

²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 25 de enero de 2017, Exp. 36.816, M.P. Hernán Andrade Rincón.



Demandante: María Isabel Huertas Fonseca y Otros

Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja

Expediente: 15001-33-33-011-2015-00148-02

Reparación Directa

En primer orden, en lo que tiene que ver con la indemnización de perjuicios por concepto de daño a la vida en relación solicitado por el apoderado de la parte demandante, dirá la Sala que desde las sentencias de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado de 14 de septiembre de 2011, Exp. 19031 y 38222, se adoptó el criterio según el cual, cuando se demanda la indemnización de daños inmateriales provenientes de la lesión a la integridad psicofísica de una persona, ya no es procedente referirse al perjuicio fisiológico o al daño a la vida de relación o incluso a las alteraciones graves de las condiciones de existencia, sino que es pertinente hacer referencia a una nueva tipología de perjuicio, denominada **daño a la salud**; en efecto, en dichas sentencias se indicó:

(...) “daño a la salud” -esto es el que se reconoce como proveniente de una afectación a la integridad psicofísica –ha permitido solucionar o aliviar la discusión, toda vez que reduce a una categoría los ámbitos físico, psicológico, sexual, etc., de tal forma que siempre que el daño consista en una lesión a la salud, será procedente determinar el grado de afectación del derecho constitucional y fundamental (artículo 49) para determinar una indemnización por este aspecto, sin que sea procedente el reconocimiento de otro tipo de daños (v.gr. la alteración de condiciones de existencia), en esta clase o naturaleza de supuestos.

(...) Lo anterior, refuerza aún más la necesidad de readoptar la noción de daño a la salud, fisiológico o biológico, como ahora lo hace la Sala, pero con su contenido y alcance primigenio, esto es, referido a la afectación o limitación a la integridad psicofísica de la persona, como quiera que haberlo subsumido en unas categorías o denominaciones que sirven para identificar perjuicios autónomos que han sido reconocidos en diversas latitudes, como por ejemplo la alteración de las condiciones de existencia (v.gr. Francia), se modificó su propósito que era delimitar un daño común (lesión a la integridad corporal) que pudiera ser tasado, en mayor o menor medida, a partir de parámetros objetivos y equitativos, con apego irrestricto a principios constitucionales de igualdad (...). (Destacado por la Sala).

En esta medida el daño a la salud “siempre está referido a la afectación de la integridad psicofísica del sujeto, y está encaminado a cubrir no sólo la modificación de la unidad corporal, sino las consecuencias que las mismas generan”, lo cual implica que no puede desagregarse en otros conceptos.

En tal sentido el Consejo de Estado²⁷ ha señalado como criterio indemnizatorio de esta categoría de daño inmaterial la naturaleza y gravedad de la lesión, la cual sería medida en términos de la pérdida de la capacidad

²⁷ Al respecto ver sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014, Exp. 31170, CP. Enrique Gil Botero; de 28 de agosto de 2014, Exp. 32988, CP. Ramiro Pazos Guerrero; de 28 de agosto de 2014, Exp. 28832, CP. Danilo Rojas Betancourth.



Demandante: María Isabel Huertas Fonseca y Otros

Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja

Expediente: 15001-33-33-011-2015-00148-02

Reparación Directa

laboral; sin embargo, también ha considerado que no era necesario e imprescindible contar con un dictamen que definiera la pérdida de capacidad laboral de la parte actora, como requisito para reconocer en favor suyo el mencionado perjuicio; en efecto, se ha precisado que:

*“(...) En primer lugar, es necesario aclarar que, a la luz de la evolución jurisprudencial actual, resulta incorrecto limitar el daño a la salud al porcentaje certificado de incapacidad, esto es, a la cifra estimada por las juntas de calificación cuando se conoce. **Más bien se debe avanzar hacia un entendimiento más amplio en términos de gravedad de la afectación corporal o psicofísica, debidamente probada dentro del proceso, por cualquiera de los medios probatorios aceptados, relativa a los aspectos o componentes funcionales, biológicos y psíquicos del ser humano. Para lo anterior el juez deberá considerar las consecuencias de la enfermedad o accidente que reflejen alteraciones al nivel del comportamiento y desempeño de la persona dentro de su entorno social y cultural que agraven la condición de la víctima (...)**”.* (Destacado por la Sala)

En asunto bajo análisis el dictamen pericial emitido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses-Dirección Seccional Boyacá con fecha 02 de febrero de 2017 (FI 217), respecto a la quemadura sufrida por la señora Laura Mariana Sandoval Huertas, otorgó una incapacidad médico legal de 15 días, sin que se haya fijado un porcentaje de pérdida de capacidad laboral, circunstancia que tal como se indicó en precedencia no es óbice para acceder al reconocimiento del daño a la salud.

Sin embargo, en el referido dictamen médico legal se indicó que la señora Laura Mariana Sandoval Huertas quedó **“sin secuelas médico legales”**, indicándose además que **“Abdomen: cicatriz planas, con discreta hipertrofia en un área de: 15x5cm, dos lineales de 4cm y 2cm ubicadas en el flanco derecho, la cual es visible pero no ostensible (es decir no afecta de manera importante la estética corporal en reposo y/o en movimiento)”**.

Adicionalmente, ha de señalarse que en diligencia de contradicción al dictamen pericial rendido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses celebrada el 28 de marzo de 2017, el perito refirió lo siguiente:

*“En cuanto a la lesión que ella tenga en la piel, de la cual estamos hablando que no es ostensible, pero **es visible pero tampoco altera de manera importante la estética**, pienso que es como la misma cicatriz que deja el procedimiento quirúrgico que le fue practicado, **de por sí que se están describiendo las lesiones lineales que están en el área de cobertura de parte de la cirugía, entonces no veo que le vaya a alterar tanto, si tiene***



Demandante: María Isabel Huertas Fonseca y Otros

Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja

Expediente: 15001-33-33-011-2015-00148-02

Reparación Directa

una cicatriz por la cirugía o que tenga una por una quemadura, porque es en la misma parte del cuerpo". (Destacado por la Sala)

En tal sentido de acuerdo con lo señalado en el dictamen médico legal, no se evidencia ninguna anomalía que afecte la integridad psicofísica de la señora Laura Mariana Sandoval Huertas, no se advierte la restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria, en fin, lesión que revista de una gravedad tal que permita acceder al reconocimiento del daño a la salud y en consecuencia no hay lugar a reconocimiento alguno en éste punto, tal como lo concluyó la *a quo*.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con el reconocimiento del daño moral a favor de los demandantes encuentra la Sala que en la sentencia de primera instancia, se reconoció a favor de la víctima directa un total de 15 SMMLV, en tanto para los demás demandantes (madre, padre e hija) se reconoció un total de 10 SMMLV, decisión que será objeto de modificación por las razones que se exponen a continuación.

En primer lugar ha de señalar la Sala que el Consejo de Estado en reciente sentencia de unificación de fecha 6 de abril de 2018²⁸, unificó su jurisprudencia en punto a la competencia del juez de segunda instancia, señalándose que si el objeto de la apelación se refiere a "*un aspecto global de la sentencia, el juez adquiere competencia para revisar todos los asuntos que hacen parte de ese aspecto más general, aunque de manera expresa no se haya referido a ellos el apelante único*".

En el presente caso, tanto la entidad demandada como el llamado en garantía, en los respectivos recursos de apelación discuten un aspecto global de la sentencia de primera instancia, como lo es la atribución de responsabilidad administrativa, de tal forma que ésta Sala es competente para pronunciarse respecto a la indemnización de los perjuicios morales, en tanto éste aspecto, forma parte del juicio de responsabilidad.

Precisado lo anterior, en primer lugar encuentra la Sala que de acuerdo con los elementos de prueba allegados al plenario, particularmente del dictamen pericial emitido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses-Dirección Seccional Boyacá con fecha 02 de febrero de 2017 (FI 217), no se advierte que como consecuencia de la quemadura sufrida por la señora Laura Mariana Sandoval Huertas, se haya fijado un porcentaje de pérdida de capacidad laboral.

²⁸ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA. Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth. San Antonio, Tolima, 6 abril de 2018. Expediente: 46005. Radicación: 05001 2331 000 2001 03068 01.



Demandante: María Isabel Huertas Fonseca y Otros

Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja

Expediente: 15001-33-33-011-2015-00148-02

Reparación Directa

Por el contrario en dicho dictamen pericial se indica de manera expresa que la señora Laura Mariana Sandoval Huertas producto de la quemadura sufrida durante el procedimiento quirúrgico quedó *“sin secuelas médico legales al momento del examen”*, indicándose además que *“Abdomen: cicatriz planas, con discreta hipertrofia en un área de: 15x5cm, dos lineales de 4cm y 2cm ubicadas en el flanco derecho, la cual es visible pero no ostensible (es decir no afecta de manera importante la estética corporal en reposo y/o en movimiento)”*. (Destacado por la Sala)

Así las cosas, tal como se indicó en precedencia, de acuerdo con lo señalado en el dictamen médico legal, no se evidencia ninguna anomalía que afecte la integridad psicofísica de la señora Laura Mariana Sandoval Huertas, no se advierte la restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria, en fin, lesión que revista de una gravedad tal que permita asemejarse a un porcentaje de pérdida de la capacidad laboral superior al 10%, como para que en aplicación de las tablas indemnizatorias fijadas por el Consejo de Estado para la liquidación del daño moral en caso de lesiones, se le reconozca un equivalente a 15 y 10 salarios mínimos mensuales legales vigentes para la víctima directa y demás demandantes, respectivamente, como lo ordenó la *a quo*.

Aunado a lo anterior no debe perderse de vista que el procedimiento médico adelantado a la señora Laura Mariana Sandoval Huertas a cargo del especialista José Antonio Támara López, fue realizado conforme a los protocolos y parámetros establecidos para el efecto, y que la quemadura sufrida por la aquí demandante obedeció a la presencia de una flama en el equipo de electrocauterio, la cual no fue producto del actuar negligente de los profesionales de la salud.

Teniendo en cuenta lo anterior, a juicio de la Sala y si bien la quemadura sufrida por la señora Laura Mariana Sandoval Huertas, no comportó un porcentaje de pérdida de capacidad laboral, lo cierto es que si hay lugar a indemnizar los perjuicios morales causados a los demandantes, pero no en la cuantía ordenada en la sentencia de primera instancia.

En efecto, la Sala no desconoce las molestias e incomodidades a nivel emocional que pudo ocasionar el simple hecho de verse inmersa la demandante en una situación en la que terminó lesionada y el tiempo que esto le implicó, pues tuvo que dirigirse a medicina legal para la obtención del dictamen aportado, lo cual le da fundamento a la Sala para reconocer a favor de cada uno de los demandantes el valor de 5 salarios mínimos mensuales legales vigentes por concepto de perjuicios morales, razón por la cual se modificará el numeral segundo de la sentencia objeto de apelación.



Demandante: María Isabel Huertas Fonseca y Otros

Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja

Expediente: 15001-33-33-011-2015-00148-02

Reparación Directa

7.4 De la responsabilidad del llamado en garantía

Finalmente encuentra la Sala que la llamada en garantía Compañía de seguros La Previsora S.A., dentro del recurso de apelación señaló en cuanto a la responsabilidad derivada del llamamiento en garantía que en ningún momento ni el *a quo* ni el llamante en garantía hicieron alusión a la póliza por la cual termina condenándose a la aseguradora, esto es, la póliza No. 1004102, es decir, que se condenó con base en una póliza que en ningún momento entró en debate jurídico, aunado a que la reclamación se realizó por fuera de la vigencia de la póliza.

Al respecto lo primero que ha de señalar la Sala es que contrario a lo afirmado por el apoderado de la compañía llamada en garantía, la póliza de responsabilidad civil No. 1004102 fue introducida al proceso a través del recurso de apelación formulado por la ESE Hospital San Rafael de Tunja en contra del auto de fecha 15 de febrero de 2016 (Fls 39 a 52 C. Llamamiento en garantía).

Precisamente mediante auto 11 de julio de 2016 proferido por ésta Corporación (Fls 61 a 65 C. Llamamiento en garantía), a través del cual se dispuso ordenar al *a quo*, la admisión del llamamiento en garantía de la compañía de seguros La Previsora S.A., se hizo referencia expresamente al contenido y vigencia de la póliza de responsabilidad civil No. 1004102, de tal forma que la vinculación al proceso de la referida compañía se fundamentó en la referida póliza.

De igual forma el apoderado del llamado en garantía sostiene que la *a quo* no tiene en cuenta que dentro de las condiciones generales de la póliza No. 1004102 se estableció que la obligación de indemnización civil por acto médico dependerá que el evento sea reclamado y notificado por primera vez durante la vigencia de la póliza, lo cual no ocurrió en el presente caso toda vez que la póliza referida tenía una vigencia desde el 27-02-2014 al 26-12-2014, en tanto la reclamación se presentó hasta el 26 de febrero de 2015, esto es con posterioridad a su vigencia.

Al respecto ha de señalar la Sala que en efecto el Hospital San Rafael de Tunja suscribió con la compañía de seguros la Previsora S.A. la póliza de responsabilidad civil No. 1004102 la cual tenía por objeto *"Amparar los perjuicios morales, fisiológicos, a la vida de relación, lucro cesante, daño emergente y extra patrimoniales, los daños materiales y las lesiones personales que la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja cause con motivo de la responsabilidad civil profesional médica derivada de la prestación del servicio de salud, en el desarrollo de sus actividades profesionales por personal médico, paramédico o médico auxiliar, firmas especializadas, cooperativas y uniones temporales, empresas asociativas de trabajo o terceros prestadores del servicio y personas jurídicas y*



Demandante: María Isabel Huertas Fonseca y Otros
Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja
Expediente: 15001-33-33-011-2015-00148-02
Reparación Directa

naturales bajo la supervisión de la ESE Hospital San Rafael de Tunja (...)" (Fls 43 a 46, 50 a 52 C. Llamamiento en garantía).

Ahora bien de la lectura de la referida póliza de responsabilidad civil No. No. 1004102, no se advierte que se haya consagrado la exigencia que plantea el apoderado de la llamada en garantía; sin embargo y si en gracia de discusión se acepta que el evento sea reclamado y notificado por primera vez durante la vigencia de la poliza, ha de señalarse que la referida poliza si bien en principio tenía una vigencia de hasta el 26-12-2014, lo cierto es que la misma fue objeto de prorroga hasta el 21-12-2015, de tal forma que la reclamacion referida por el apoderado apelante, de fecha 26 de febrero de 2015 fue presentada dentro de la vigencia de la poliza.

Teniendo en cuenta lo anterior, los argumentos del llamado en garantía no esta llamados a prosperar, razón por la cual la Sala confirmará la decision adoptada por la juez de primera instancia que condenó a la compañía de seguros La Previsora S.A. a asumir la condena impuesta a la ESE Hospital San Rafael de Tunja en virtud de la poliza de responsabilidad civil No. 1004102.

8. CONCLUSIONES

Con fundamento en los planteamientos hechos en precedencia, la Sala confirmará la sentencia proferida por el Juzgado Once Administrativo Oral de Tunja con fecha 29 de junio de 2017, arribando a las siguientes conclusiones:

- Se acreditó en el proceso el daño antijurídico sufrido por la señora Laura Mariana Sandoval Huertas consistente en una quemadura en el borde inferior de la herida quirúrgica, mientras se le estaba practicando el procedimiento quirúrgico denominado *colecistectomía*, la cual según se indicó fue producto del aumento del calor por radiación del electrocauterio, de tal forma que independientemente de si este se prolongó o no en el tiempo o si le dejó secuelas permanentes, lo cierto es que se presentó una afectación a la integridad física de la demandante, el cual no estaba en la obligación de soportar.
- Ahora bien en lo que tiene que ver con la imputación del daño en el caso concreto la paciente sufrió las referidas quemaduras en su abdomen mientras se le realizaba un procedimiento quirúrgico con la utilización de un electrocauterio en las instalaciones de la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja, razón por la cual, forzoso resulta concluir que hay lugar a la aplicación del régimen de



Demandante: María Isabel Huertas Fonseca y Otros

Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja

Expediente: 15001-33-33-011-2015-00148-02

Reparación Directa

responsabilidad objetivo por riesgo dada la utilización de un instrumento que comportaba peligro.

- En lo que tiene que ver con el caso fortuito alegado por la parte demandada y llamado en garantía, ha de precisarse que tal figura no tiene la virtualidad de ser un eximente de responsabilidad cuando se está en presencia del título de imputación de riesgo excepcional como en el presente caso, frente al cual solo podrá exonerarse de responsabilidad si se acredita una causa extraña, esto es, una fuerza mayor o el hecho determinante y exclusivo de la víctima o de un tercero.
- Así mismo, no hay lugar al reconocimiento de indemnización por daño a la salud en tanto de acuerdo con el dictamen médico legal practicado, no se evidencia ninguna anomalía que afecte la integridad psicofísica de la señora Laura Mariana Sandoval Huertas, no se advierte la restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria, o que se trate de una lesión que revista de una gravedad tal que permita acceder al reconocimiento de dicho daño.
- En cuanto tiene que ver con el reconocimiento de perjuicios morales, si bien la quemadura sufrida por la señora Laura Mariana Sandoval Huertas, no comportó un porcentaje de pérdida de capacidad laboral, lo cierto es que si hay lugar a indemnización por éste concepto a favor de los demandantes, pero no en la cuantía ordenada en la sentencia de primera instancia, reduciéndose a 5 SMMLV para cada uno.
- Finalmente en lo que tiene que ver con la responsabilidad de la entidad llamada en garantía, se pudo evidenciar que la póliza de responsabilidad civil No. 1004102, bajo la cual se condenó a la compañía de seguros La Previsora S.A., fue oportunamente introducida al debate procesal en primera instancia y además el evento amparado se presentó y reclamó dentro de la vigencia de la referida póliza.

9. DE LAS COSTAS

En cuanto a las **costas en segunda instancia**, no habrá lugar a su imposición, por cuanto se modifica el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, razón por la cual no se cumple con lo previsto en el numeral 3 del artículo 365 del CGP que establece “*En la providencia del*



Demandante: María Isabel Huertas Fonseca y Otros
Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja
Expediente: 15001-33-33-011-2015-00148-02
Reparación Directa

superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de segunda”.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala No. 5 de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia de 29 de junio de 2017 proferida por el Juzgado Once Administrativo Oral de Tunja, por las razones expuestas en ésta providencia, el cual quedará así:

“SEGUNDO.- Como consecuencia de lo anterior, condenar a la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja, a pagar, por concepto de perjuicios morales, las siguientes sumas de dinero:

Demandante	SMMLV
Laura Mariana Sandoval Huertas (víctima)	5
María Isabel Huertas Fonseca (madre)	5
Lorenzo Sandoval Ayala (padre)	5
Laura Gabriela Rincón Sandoval (hija)	5

SEGUNDO.- CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia de 29 de junio de 2017 proferida por el Juzgado Once Administrativo Oral de Tunja, por las razones expuestas en ésta providencia.

TERCERO: Sin condena en costas.

CUARTO: Una vez en firme la presente providencia, por Secretaría envíese el expediente al despacho de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA
Magistrado

FELIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
NOTIFICACION POR ESTADO

El auto anterior se notifica por estado

No. 166 de hoy 28 SEP 2018

EL SECRETARIO