



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 6**

MAGISTRADO PONENTE: FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

Tunja, catorce (14) de mayo de dos mil veinte (2020)

MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

DEMANDANTE: DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA Y OTROS

DEMANDADO: ESE HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA

RADICADO: 15001-3333-014-2013-00100-01

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede la sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo proferido el 18 de diciembre de 2018 por el Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, en el que se accedió parcialmente las pretensiones de la demanda, dentro del medio de control de reparación directa presentado por DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA Y OTROS, previa la exposición de los siguientes

II. ANTECEDENTES

II.1. LA DEMANDA (ff. 2-14 y 161-164):

La parte actora solicitó que se declarara administrativa, extracontractual y patrimonialmente responsable a la ESE HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, como consecuencia de los daños (materiales e inmateriales) sufridos por *"la inadecuada intervención quirúrgica practicada el pasado*

dieciséis (16) de mayo de 2011 a la señora Paola del Pilar Peña Fonseca, lo cual ocasionó que (a) ésta debiera practicársele tres (3) intervenciones quirúrgicas adicionales” (f. 3).

Tratándose de los fundamentos fácticos de la demanda, se indicó que, el día 15 de mayo de 2011, en razón de un fuerte dolor abdominal, DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA (en adelante DELIA PEÑA) acudió al servicio de urgencias de la ESE HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA (en adelante HOSPITAL SAN RAFAEL). Después de estar en un periodo de observación, el equipo médico decidió su intervención quirúrgica, la cual consistió en ‘colecistectomía’¹ por severa ‘colecistitis’² por colelitiasis’³; practicada el día 16 de mayo de 2011.

Posterior a esta primera intervención, y dadas las dolencias que aún aquejaban a DELIA PEÑA, el día 20 de mayo de 2011, los médicos tratantes decidieron practicarle a la paciente un ‘CPRE’⁴; procedimiento que se llevó a cabo el día 21 de mayo de 2011 y, respecto del cual, el apoderado de la parte demandante señaló que, en la historia clínica, no obraban exámenes que justificaran su realización; razón por la cual se consideraba que dicha determinación se había basado en meras consideraciones subjetivas.

Tras una hospitalización de quince días, DELIA PEÑA fue dada de alta del HOSPITAL SAN RAFAEL. No obstante, los dolores en la zona de la cirugía siguieron y, debido a la fiebre que la aquejaba, nuevamente el día 28 de junio de 2011 se decide llevar a DELIA PEÑA al servicio de urgencias. Ese mismo día, sobre las 23:00 horas, se decide intervenir quirúrgicamente a la paciente, anotándose -por la parte actora- que aquella era la primera intervención adicional a la practicada el 16 de mayo de 2011.

¹ Operación quirúrgica que consiste en la extirpación de la vesícula biliar.

² Inflamación aguda o crónica de la vesícula biliar

³ La colelitiasis, o cálculos biliares, es una acumulación de depósitos endurecidos de fluido digestivo en la vesícula biliar.

⁴ ‘Colangiopancreatografía retrógrada endoscópica’. Es un procedimiento para examinar los conductos biliares y se realiza a través de un endoscopio.

Culminado dicho procedimiento médico, se informó a los familiares de DELIA PEÑA que la causa del mismo era que se había presentado un 'absceso⁵ biliar'. La paciente estaría hospitalizada hasta el día 4 de julio de 2011, momento en que fue -nuevamente- dada de alta.

Sin perjuicio de lo anterior, los dolores abdominales eran persistentes y, en tal sentido, fue necesario que el día 2 de julio⁶ de 2011 (sic) DELIA PEÑA acudiera de nuevo al HOSPITAL SAN RAFAEL. En aquella oportunidad, el médico tratante determinó que se estaba en presencia de una 'fístula biliar'⁷ y, en consecuencia, se ordenó practicar una nueva intervención quirúrgica que consistió en: realización de 'CPRE' y 'retiro de stent'⁸; anotándose -según la parte actora- que ésta fue la segunda intervención adicional a la practicada el 16 de mayo de 2011. En particular, respecto a dicha cirugía, se indicó lo siguiente:

"El objeto de la intervención quirúrgica referida precedentemente, consistió en el retiro de un cuerpo extraño que se albergó a la altura de la herida que contrajo la paciente (...) con ocasión de la cirugía realizada el 16 de mayo de la misma anualidad. (...).

(...) se colige que en la intervención quirúrgica realizada el 16 de mayo de 2011, debido a un descuido médico por parte de los galenos de la ESE demandada, se dejó un cuerpo extraño en el organismo de la paciente (...) circunstancia que la postre (sic) infectó la herida contraída por la cirugía, impidiendo su curación y ocasionando los continuos e intensos dolores abdominales que ésta padecía. Descuido que a la vez causó la práctica de dos (02) intervenciones quirúrgicas adicionales en la persona. (...)

⁵ Acumulación de pus, interna o externa, en un tejido orgánico.

⁶ Verificadas las afirmaciones posteriores de la apoderada de la parte demandante, desde ya se anota que dicha fecha en realidad corresponde al día 2 de agosto de 2011.

⁷ La fístula biliar es el paso anormal del contenido líquido del tracto biliar hacia un órgano o cavidad; o, cuando se tiene un drenaje artificial, hacia la superficie externa del abdomen.

⁸ Un stent (endoprótesis) es un pequeño tubo de metal o plástico que se coloca a través de la obstrucción en el conducto. Un cateterismo biliar o 'stent biliar' consiste en insertar un pequeño tubo o un catéter en el conducto biliar o en la vesícula biliar para ayudar a descargar la bilis.

Con todo, una situación médica que no tardaba más de 15 días en recuperación, se convirtió en una larga y agónica enfermedad padecida por la señora (...)” (ff. 7-8).

Finalmente, la parte demandante señaló que la demandante “*contrajo perjuicios físicos imborrables”* (refiriéndose a las cicatrices sobre su cuerpo), los cuales habían causado perjuicios morales tanto en ella, como en su núcleo familiar. Además, señaló que, “*tras superar los impases quirúrgicos anotados”*, DELIA PEÑA había quedado embarazada. No obstante, “*debido a las secuelas de las prácticas quirúrgicas inadecuadas, su embarazo fue calificado ‘de alto riesgo’, circunstancia que debió en cuidados y tratamientos especiales para que el proceso de gestación prosperara”* (f. 9).

Por último, adujo que, para pagar su tratamiento médico, los demandantes habían contraído una serie de préstamos, resaltando que DELIA PEÑA y su compañero no contaban con un trabajo estable. Además, indicó que, para poder atender en debida forma su recuperación, tanto ella como su compañero había tenido que cerrar un negocio particular que tenían (Coffe’s & Beer).

Tratándose de los fundamentos jurídicos de la demanda, la apoderada de los demandantes señaló que el presente caso se enmarcaba dentro de los fundamentos de la responsabilidad del Estado por oblito quirúrgico, señalando:

“(...) es evidente que el olvido de un cuerpo extraño (...) en la zona abdominal de la señora (...) durante el procedimiento quirúrgico realizado el pasado 16 de mayo de 2011 (...) cuya extracción implicó la práctica de dos (2) intervenciones quirúrgicas adicionales y de otros dos (2) procedimientos médicos denominados ‘CPRE’; constituyó una evidente falla en la prestación del servicio médico imputable a la entidad demandada, porque esa situación no puede obedecer sino al descuido con que se actuó en tal intervención”.

II.2. LA PROVIDENCIA IMPUGNADA (ff. 1080-1114v. y 1117-1118):

Se trata de la sentencia de 18 de diciembre de 2018, por medio de la cual el Juzgado Catorce Administrativo de Oralidad del circuito de Tunja: (i) absolvió a LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS (en adelante la ASEGURADORA) y (ii) declaró administrativa, patrimonial y extracontractualmente responsable al HOSPITAL SAN RAFAEL *"por falla del servicio probada como consecuencia del oblito quirúrgico de que fue víctima"* DELIA PEÑA, condenándolo al pago de perjuicios morales, daño a la salud y lucro cesante que había sufrido la parte actora.

Para arribar a la anterior conclusión, el *a quo* se refirió, de manera general, a la 'cláusula general de responsabilidad del Estado' y a la evolución (normativa y jurisprudencial) de la responsabilidad médica y del oblito quirúrgico, efectuando ciertas consideraciones respecto de las coberturas de las pólizas de seguro.

Con respecto al título de imputación aplicable al caso concreto, se indicó que la imputación del daño debía hacerse a título de falla probada del servicio, bajo el régimen objetivo, *"comoquiera que el daño deprecado consiste en la existencia de un cuerpo extraño en el organismo de un paciente, pues se evidencia un palmario descuido que en realidad no requiere mayor acreditación en relación precisamente con ese elemento de la responsabilidad"* (f. 1101). Además, indicó que, en lo relativo al régimen objetivo, *"no se permite la exoneración de la responsabilidad aun cuando se pruebe un comportamiento esmerado y diligente en relación con la atención brindada al paciente"* (f. 1101). Por lo expuesto, señaló que la fundamentación en el presente caso, *"no depende del actuar médico en sí, sino del riesgo al que resulta sometido el paciente con el olvido dentro de su organismo de un oblito quirúrgico"* (f. 1101v.).

Precisado lo anterior, el *a quo* refirió que, con la documental y testimonial recaudada en la *litis*, era claro que, en el cuerpo de DELIA PEÑA, se había encontrado un 'textiloma'⁹, respecto del cual "*no pudo determinarse particularmente a qué correspondía*", indicando que el mismo había sido extraído en la cirugía realizada el día 28 de junio de 2011 y detallándose "*que puede tratarse de un oblito correspondiente a la primera intervención realizada el 16 de mayo del mismo año*" (fl. 1105).

En tal contexto, tratándose del elemento dañoso en el presente caso, dijo que DELIA PEÑA había tenido que soportar una carga indebida en razón del "*oblito u olvido quirúrgico de que fue objeto y que aparece completamente demostrado (...) lo que en parte originó en la demandante un padecimiento incómodo (...) y que la llevó a ser reintervenida, es decir se sometió a una nueva cirugía que dentro de los límites normales del acto médico, se contemplaba como esperada dada la infección severa que la patología inicial reportaba pero que desafortunadamente fue incrementada por la presencia de un cuerpo extraño olvidado en su humanidad, sin desconocer que todas las intervenciones y procedimientos a que fue sometida fueron adecuadas y oportunas (sic), salvaguardando la vida de la paciente, lo que en ningún caso impide la configuración de la responsabilidad por la cosa olvidada*" (f. 1106).

Sin perjuicio de lo expuesto, también señaló que la causal para que su embarazo¹⁰ hubiere sido considerado como de 'alto riesgo', tenía que ver con un problema endocrinológico, resaltando que los diferentes galenos que había testimoniado en el caso, habían coincidido en afirmar "*que las intervenciones que se le practicaron no guardaban ninguna relación con su embarazo dado que podía llevar una vida normal*" (f. 1106).

De otro tanto, en lo inherente a la imputación del daño, consideró que el mismo era achacable al HOSPITAL SAN RAFAEL. Lo anterior, en la medida

⁹ Textiloma o gossypiboma es el término acuñado para describir una masa compuesta por una matriz de algodón que es olvidado en una cavidad, posterior a una intervención quirúrgica.

¹⁰ Que fue posterior a los hechos dañosos relatados en la demanda.

que, si bien *"se esperaba que con el padecimiento inicial se presentarían complicaciones por el proceso infeccioso severo que cursaba en su primera atención"*, no obstante *"el hallazgo del textiloma condujo a determinar que éste habría podido incrementar el riesgo de infección y la consecuente reintervención hasta en un 40%"* (f. 1106). Así, concluyó que, en la primera cirugía, el HOSPITAL SAN RAFAEL había omitido el deber de garantizar la vida y la salud de la paciente ya que *"no se realizó de manera verídica el recuento del material utilizado y ni siquiera se consignó haber requerido material hemostático como justificación al cuerpo extraño hallado"* (f. 1106v.).

En lo relativo al nexo causal, dijo que el mismo se acreditaba en la medida que el daño se había concretado en el olvido de un elemento en el cuerpo de la paciente.

Posteriormente se refirió a la responsabilidad de la aseguradora y dijo que, si bien el siniestro se había estructurado en un acto médico, lo cierto es que la póliza había sido expedida bajo la fórmula *'claims made'*¹¹. En tal contexto, dijo que, a pesar que el HOSPITAL SAN RAFAEL se había enterado del daño el 28 de junio de 2011, lo cierto era que había omitido el deber de efectuar la reclamación durante la vigencia de la póliza (hasta el 24 de octubre de 2011).

Por último, tratándose de la indemnización de los perjuicios, dijo que las lesiones sufridas revestían una gravedad leve, *"en tanto se abordó nuevamente para seguir salvaguardando (la vida de la paciente) por la infección que presentó y que era esperable"*. Además, señaló que las cicatrices eran necesarias *"porque encima de la estética se encontraba comprometida su vida misma"* (f. 1110).

De otro lado, respecto al daño emergente, señaló que no se reconocería ninguna suma por tal concepto, en la medida que las cantidades

¹¹ O modalidad de reclamación.

acreditadas en el plenario, obedecían al porcentaje que debía pagar por la atención recibida, señalando que lo demás había quedado cubierto, al ser beneficiaria del SISBEN II.

En lo inherente al lucro cesante, indicó que no se había logrado establecer cuál era el monto de ingresos que DELIA PEÑA y su compañero recibían. En tal contexto, indicó que solo se reconocería el tiempo que la paciente había estado hospitalizada durante la segunda intervención, *"puesto que la primera era necesaria para resguardar su integridad"* (f. 1111).

Ahora, respecto del daño a la vida de relación, el *a quo* precisó que, hoy día, el mismo se denominaba daño a la salud. Efectuado lo anterior, en el caso de marras, dijo que el mismo se reconocería dado que no se podía desconocer que el *"oblito quirúrgico permaneció alojado en la humanidad de la víctima durante un periodo superior a un mes"*.

Por último, en lo relativo a la afectación de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, señaló que se denegarían las pretensiones sobre el particular *"comoquiera que no se trata de un caso en el que pueda predicarse su aplicación"*, además que *"no se probó rotundamente su configuración"* (f. 1113v.).

Es de anotar que, posteriormente, a través de auto de 24 de enero de 2019 (ff. 1117-1118), el *a quo* corrigió los numerales sexto y séptimo de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, al encontrar que se habían transcrito de manera errada algunos nombres de las personas que se vieron beneficiadas con la condena. No obstante, sustancialmente hablando, ningún aspecto de dicho fallo fue modificado.

II.3. LOS RECURSOS DE APELACIÓN:

En contra de la decisión de primera instancia, tanto la parte demandante, como la parte demandada, presentaron recursos de alzada, en los siguientes términos:

II.3.2. PARTE DEMANDANTE (ff. 1124-1125v.):

Manifestó su desacuerdo únicamente con lo dispuesto por los numerales sexto y séptimo de la sentencia de primera instancia.

En relación con el numeral sexto, indicó que, para tasar el monto de la indemnización, el *a quo* había dicho que la gravedad de las lesiones era leve. No obstante, consideró que las evidencias del proceso mostraban que el daño había sido de una magnitud mucho mayor. En consecuencia, tratándose indemnización de los perjuicios morales a favor de los demandantes, adujo que era "*procedente reconocer que la gravedad de las lesiones padecidas es igual o superior al 30% reconocido, es decir, superior al 40% indemnizatorio*" (f. 1125).

Con respecto al numeral séptimo de la parte resolutive de la sentencia, manifestó que el Juez de primera instancia solo había tomado como base para liquidar el lucro cesante "*el tiempo en que la señora (...) estuvo hospitalizada con ocasión de la intervención practicada el veintiocho (28) de julio de 2011 (...) esto es, por siete (7) días comprendidos entre el 28 de junio y el 04 de julio de 2011 (sic)*", teniendo en cuenta -para el efecto- el salario mínimo para dicha anualidad.

No obstante, dijo que, si bien no se discutía el parámetro monetario que había sido tomado para liquidar dicha suma de dinero, lo cierto es que el periodo que había sido reconocido era incorrecto. Así, señaló que la liquidación del lucro cesante debió "*considerarse desde la fecha en que se alojó el oblitio (...) esto es, desde el 21 de mayo de 2011, pues desde ese mismo momento la señora (...) fue víctima de las molestias médicas*" (f. 1125v.). Además, indicó que "*el mismo periodo ha de reconocerse al señor Alexander Salamanca, compañero de la señora Peña Fonseca, en la medida que él acompañó todo el proceso médico que vivió su compañera*" (f. 1125v.). En consecuencia, manifestó que el cálculo de la indemnización

debía comprender el lapso entre el 21 de mayo al 4 de julio de 2011, es decir, 43 días.

II.3.3. ESE HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA (ff. 1119-1122):

Manifestó que la atención brindada a DELIA PEÑA se había brindado de forma eficiente y oportuna; y que, tratándose de los oblitos quirúrgicos, *"no todos los casos deben resolverse de la misma forma pues (...) cada caso es particular"* (f. 1120).

Así, debía tenerse en cuenta que la patología de la demandante requería un procedimiento quirúrgico de rescate, *"quien posteriormente presentó de manera esperable y controlada una fuga biliar, la cual fue manejada exitosamente con stent y posterior retiro de stent en una CPRE, con riesgos mínimos dado que se controló efectivamente el foco infeccioso, se resolvió la fuga biliar y se evitó una complicación mayor (...)"* (f. 1120). Aunado a lo anterior, indicó que debía tenerse en cuenta que *"el procedimiento realizado fue difícil según el grado de deterioro en el que se encontraba el órgano de la demandante"* (f. 1120v.); y que el perito había indicado que no existían consecuencias para la paciente.

En tal contexto, manifestó que en el presente caso no se encontraba probado el daño, pues los procedimientos posteriores al 16 de mayo de 2011, habían sido necesarios y eran consecuencia del tratamiento de la patología que presentaba DELIA PEÑA; demostrándose que no solo se había guardado la vida de la paciente, sino que además la misma no había presentado ninguna de las posibles complicaciones.

Señaló que los procedimientos practicados en la humanidad de la demandante estaban conforme a la *lex artis* y que, además, las decisiones de los médicos habían sido acertadas.

Reiteró que el cuadro clínico de DELIA PEÑA había recibido el manejo adecuado y, en consecuencia, a pesar de la presencia del oblitio, *"no puede*

dársele el mismo tratamiento como ha (sic) otros casos, en donde desafortunadamente, la presencia de estos cuerpos extraños causan (sic) perjuicios en la salud irremediabiles, pero que en el sub examine no operan (...)" (f. 1121).

Manifestó que la responsabilidad del Estado por la actividad médico-hospitalaria era de naturaleza subjetiva, de manera que debía probarse una falla en el servicio. No obstante, en el presente caso, la atención había sido adecuada.

Se refirió a la calificación que el *a quo* efectuó acerca de la gravedad del daño como 'leve'. En tal contexto, manifestó que, en el presente caso, no se tenía certeza del porcentaje de invalidez o incapacidad médico-legal definitiva de DELIA PEÑA. En consecuencia, considerando que dicha falta de certidumbre, solicitó que se disminuyera al mínimo la condena.

Por último, se refirió a la absolución de la ASEGURADORA de la presente controversia y manifestó estar en desacuerdo. Sobre este punto, dijo que, contrario a lo considerado por el *a quo*, la póliza se encontraba vigente para el momento de los hechos.

Así, dijo que la última fecha del procedimiento realizado a la paciente había sido el día 2 de agosto de 2011, pues solo hasta ese momento se tuvo certeza de que no se presentarían más complicaciones. Teniendo en cuenta lo anterior, y dado que la solicitud de conciliación se había presentado hasta el día 12 de julio de 2013, concluyó que la *"nos encontramos dentro del términos de dos años para vincular a la Aseguradora (...) y por ende a las luces de lo consagrado en las condiciones de la póliza, es la Aseguradora la llamada a responder"* (f. 1121v.).

II.4. EL TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA:

Una vez concedido el recurso de apelación por parte del *a quo* (ff. 1138-1141), el proceso fue repartido al interior del Tribunal Administrativo de

Boyacá, asignándosele el conocimiento del mismo al suscrito Magistrado ponente (f. 1144).

Posteriormente, al verificarse el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad del recurso de alzada, se resolvió admitir el recurso interpuesto (f. 1146); y, de forma ulterior, en los términos del artículo 247 del CPACA, se ordenó que las partes presentaran alegatos por escrito, dando la oportunidad al Ministerio Público para que conceptuara (f. 1151).

II.5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

II.5.1. PARTE DEMANDANTE (ff. 1165-1166):

Reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación e insistió en que los numeral sexto y séptimo de la sentencia de primera instancia debía ser modificados para, en su lugar, acrecentar el monto de la condena.

II.5.2. ESE HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA (ff. 1153-1156):

Reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación y, refiriéndose nuevamente a los medios de prueba que había sido recaudados en el expediente, insistió en que, en el presente caso, no se habían acreditado los elementos que hicieran procedente una condena en contra de la entidad. Además, señaló que el HOSPITAL SAN RAFAEL siempre había propendido porque sus pólizas cubrieran los riesgos inherentes a la actividad hospitalaria.

II.5.3. LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS (ff. 1158-1164):

Se refirió al recurso de apelación interpuesto por el HOSPITAL SAN RAFAEL y dijo que éste debió tener en cuenta que la póliza operaba bajo las denominadas cláusulas 'claims made'.

En consecuencia, señaló que la cobertura operaba *"no en la medida que ocurra un evento dañoso (como sí ocurre en los casos en los cuales la póliza es de ocurrencia – por eso su denominación) sino que opera en la medida en que se efectúe una reclamación, que para el caso que nos ocupa (...) es el cumplimiento del requisito de procedibilidad conforme a la Ley 640 de 2001"*.

Así, dijo que el contrato de seguro celebrado tenía una vigencia entre el 24 de octubre de 2010 y el 24 de octubre de 2011; que la modalidad de la misma era *'claims made'* o *'por reclamación'*; y que dicha reclamación había sucedido solamente hasta el día 12 de julio de 2013 (fecha en la que se celebró la diligencia de conciliación en la Procuraduría), razón por la cual *"la póliza aportada no tiene la cobertura solicitada por el Hospital (...)"* (f. 1161).

Por último, solicitó que se confirmara la decisión de primera instancia que la había absuelto de cualquier tipo de responsabilidad.

II.6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO (ff. 1168-1175):

Efectuó un recuento de los antecedentes que dan origen al presente medio de control y listó los principales puntos del fallo de primera instancia y de los recursos de apelación interpuestos.

Se refirió a los fundamentos jurídicos de la responsabilidad del Estado y resaltó que, respecto de la primera intervención quirúrgica, no se alegaba ninguna falla en la prestación del servicio. En consecuencia, resaltó que lo que se pretendía en la demanda era la declaratoria de responsabilidad *"por el oblito quirúrgico encontrado en la humanidad de la señora Delia (...) y no por la atención brindada para el procedimiento de colecistectomía subtotal por colecistitis gangrenosa más colocación de dren subhepático"* (f. 1173).

Precisado lo anterior, manifestó que el oblito quirúrgico encontrado en la humanidad de DELIA PEÑA era un daño que estaba completamente acreditado en el proceso y manifestó que la misma no estaba en la obligación de soportarlo, *"pues si bien se esperaba una infección severa por la patología inicial que presentaba la señora (...) el riesgo infeccioso se incrementó por la presencia del cuerpo extraño que fue dejado en su organismo"* (f. 1173). Aunado a lo anterior, dijo que *"si bien el procedimiento de extracción del oblito fue adecuado y diligente, ello no exonera de responsabilidad a la entidad accionada pues (...) el oblito quirúrgico incrementó el riesgo de infección"* (f. 1173).

Manifestó que los oblitos quirúrgicos eran considerados, por doctrina y jurisprudencia, como una mala ejecución de los cuidados médicos y, en consecuencia, los mismos constituían una falla probada del servicio. En particular, manifestó que *"el olvido de una textiloma en el abdomen de la paciente que obligó a una intervención quirúrgica para extraerla, y también está claro que este hecho constituye por sí mismo una falla, es procedente la indemnización respectiva por este daño conforme lo dictaminó el A quo, pues los daños morales se probaron a lo largo del proceso, como son el sometimiento a una nueva intervención quirúrgica que implicó molestias y dolencias y además otro proceso de cicatrización"* (f. 1174). Aunado a lo anterior, dijo que el principio de reparación integral había sido atendido por el Juez de primera instancia.

De otro lado, se refirió a la póliza de seguros contratada por la entidad accionada y, respecto de este punto, manifestó que en el *sub examine* estaba probado que el daño había ocurrido el día 16 de mayo de 2011.

Teniendo en cuenta lo anterior, evocó el contenido de la póliza de seguros obrante en el expediente, resaltó que la misma había sido expedida bajo la modalidad de 'claims made' o 'por reclamación', refirió el contenido del artículo 4 de la Ley 389 de 1997 y concluyó:

"(...) bajo esta modalidad del contrato de seguro la cobertura se encuentra vinculada a la reclamación formulada por el damnificado al asegurado o al asegurador dentro de la vigencia de la póliza (...) independientemente de que el hecho que las origina haya ocurrido dentro de la vigencia del contrato de seguro (...).

(...) Conforme los apartes normativos y jurisprudencia citados, no se puede acceder a la modificación del numeral primero y cuarto de la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Administrativo del Circuito de Tunja (...) por cuanto esta entidad conoció del hecho dañoso cuando se prestó la segunda atención a la señora Delia Peña Fonseca, esto es, el 28 de junio de 2011 (...) y a sabiendas de este dañoso no realizó la reclamación durante la vigencia de la póliza (...) la cual rigió entre el 24 de octubre de 2010 a 24 de octubre de 2011" (ff. 1174v.-1175).

De otro lado, se refirió a la solicitud respecto del reconocimiento del lucro cesante por 43 días que elevó la parte actora en el recurso de apelación y, sobre el particular, manifestó que no se podía acceder a dicha petición, en la medida que: (i) no obraba medio de prueba que acreditara los ingresos que la víctima y su compañero devengaban para el momento de los hechos; y (ii) no estaba acreditado que la actividad económica de los demandantes se hubiera interrumpido a raíz de la intervención quirúrgica de DELIA PEÑA. Además, manifestó que la intervención de 16 de mayo de 2011 se había llevado a cabo para salvarle la vida a la demandante y, por lo anterior, concluyó que el periodo de incapacidad no podía contarse desde dicha data *"en la medida en que allí no se presentó la falla médica"*. Por el contrario, adujo que el conteo del lapso de incapacidad debía efectuarse desde el 28 de junio de 2011 y hasta el 4 de julio de 2011, conforme lo había hecho el *a quo*.

Por último, solicitó que se confirmara el fallo de primera instancia.

III. CONSIDERACIONES

III.5. COMPETENCIA:

Según lo previsto por el artículo 153 del CPACA, este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia de la sentencia proferida por el *a quo* el pasado 18 de diciembre de 2018.

III.6. DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO:

El artículo 320 del CGP, aplicable por remisión del artículo 306 del CPACA, indica que *"el recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, **únicamente** en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión"*. Por su parte, el artículo 328 *ibídem*, señala que *"el juez de segunda instancia deberá pronunciarse **solamente** sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley"*.

En tal sentido, teniendo en cuenta las diferentes afirmaciones de las partes en sus respectivos recursos de apelación, junto con las manifestaciones efectuadas por todos los integrantes de la *litis* en el trámite de la segunda instancia, la Sala considera que es imperativo referirse al régimen de responsabilidad del Estado por la prestación del servicio médico, haciendo hincapié en los casos en los cuales la controversia gira en torno a la presencia de oblitos quirúrgicos.

Posteriormente, se abordará lo referente a la tasación de los perjuicios morales en los casos donde lo discutido es la causación de lesiones personales que encuentran su génesis en la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado por las fallas en la prestación del servicio médico.

De otro tanto, se expondrá lo relativo al seguro por reclamación o 'claims made' y se indicarán cuáles son sus efectos tratándose de la vigencia y la cobertura del contrato.

Por último, se abordará el caso en concreto y se resolverá lo que corresponda en Derecho.

III.7. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL:

III.7.1. DE LOS PRESUPUESTOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO:

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los 'daños antijurídicos' que le sean 'imputables', 'causados' por la acción o la omisión de las autoridades públicas; norma que le sirve de fundamento al artículo 140 del CPACA, que consagra al medio de control de reparación directa y que establece la posibilidad que tiene el interesado de demandar el resarcimiento del daño, cuando su causa sea una acción, una omisión o una operación administrativa, entre otras hipótesis.

III.7.1.1. DEL DAÑO ANTIJURÍDICO:

La responsabilidad extracontractual del Estado se configura con la demostración esencial del daño antijurídico y de su imputación a la administración. Sobre estos elementos es importante resaltar que el 'daño' es el menoscabo del interés jurídico tutelado; y la 'antijuridicidad' se refiere a que dicho menoscabo no encuentra justificación alguna en la Carta Política o en una norma legal, o a que se entiende irrazonable, sin depender de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración.

Respecto de la definición del 'daño', resulta ilustrativo traer a colación la definición del mismo dada por Juan Carlos Henao Pérez, quien señaló:

*"Daño es toda afrenta a los intereses lícitos de una persona, trátase de derechos pecuniarios o de no pecuniarios, de derechos individuales o de colectivos, que se presenta como lesión definitiva de un derecho o como alteración de su goce pacífico y que, gracias a la posibilidad de accionar judicialmente, es objeto de reparación si los otros requisitos de la responsabilidad civil- imputación y fundamento del deber de reparar – se encuentren reunidos"*¹².

En otras palabras, el 'daño' ha de entenderse como la lesión definitiva a un derecho o un interés jurídicamente tutelado de una persona, el cual debe ser objeto de reparación si el mismo reviste la característica de ser 'antijurídico'; en este sentido, el daño sólo adquirirá el carácter de 'antijurídico' y en consecuencia será indemnizable, si cumple una serie de requisitos como lo son, el de ser personal, cierto y directo¹³.

Por ello, los elementos constitutivos del daño son: La certeza del daño, el carácter personal del mismo y el carácter directo de éste; destacándose que el primero, es decir, el carácter 'cierto', se ha planteado como aquel perjuicio actual o futuro, a diferencia del eventual¹⁴.

Al respecto, el Consejo de Estado ha manifestado que, para que el daño pueda ser reparado debe ser cierto¹⁵ ¹⁶, esto es, no debe tratarse de un daño genérico o hipotético sino específico o, en otras palabras, el que sufre una persona determinada en su patrimonio.

¹² Tesis doctoral que sustentó J.C Henao – Paris 2 Panthèon – Assas 27 de noviembre de 2007- p133 y libro El Daño, publicado en el año 1998.

¹³ Sobre este punto, la doctrina en cabeza de Mazeaud ha indicado: *"Es un principio fundamental del derecho francés, aun cuando no esté formulado en ningún texto legal, que, para proceder judicialmente, hay que tener un interés: "Donde no hay interés, no hay acción". Una vez establecido el principio, ha surgido el esfuerzo para calificar ese interés que es necesario para dirigirse a los tribunales: debe ser cierto, debe ser personal. Pero se agrega: debe ser legítimo y jurídicamente protegido"*. MAZEAUD. Lecciones de derecho civil. Parte primera. Volumen I. Introducción al estudio del derecho privado, derecho objetivo y derechos subjetivos. Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959, p.510

¹⁴ CHAPUS. "Responsabilité Publique et responsabilité privée"., ob., cit., p.507.

¹⁵ Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 1994, expediente 8998.

¹⁶ Sección Tercera, sentencia de 19 de octubre de 1990, expediente 4333.

III.7.1.2. DE LA IMPUTACIÓN:

Tal como fue advertido en precedencia, según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado¹⁷ tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico (causado a un administrado) y la imputación del mismo a la administración pública¹⁸ (tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo), criterio que la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado acogió, al unificar¹⁹ la jurisprudencia en las sentencias de 19 de abril de 2012 y de 23 de agosto de 2012.

De conformidad con lo anterior, para determinar la imputación, se exige analizar dos esferas: De un lado, el aspecto fáctico; y de otro lado, la denominada imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación bien sea por: falla o falta en la prestación del servicio -simple, presunta y/o probada-; daño especial -desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; y riesgo excepcional).

Así las cosas, el juicio de imputación consiste en que, una vez demostrado el daño antijurídico, se debe analizar la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: Peligro, amenaza y daño. En tal sentido, sin que exista un único título de imputación en el que deba encuadrarse toda la

¹⁷ Hasta la Constitución de 1991, no existía en la Constitución ni en la ley una cláusula general expresa sobre la responsabilidad patrimonial del Estado. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, en especial, del Consejo de Estado encontraron en diversas normas de la constitución derogada –en especial en el artículo 16- los fundamentos constitucionales de esa responsabilidad estatal y plantearon, en particular en el campo extracontractual, la existencia de diversos regímenes de responsabilidad, como la falla en el servicio, el régimen de riesgo o el de daño especial. Por el contrario, la actual Constitución reconoce expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado”. Corte Constitucional, sentencia C-864 de 2004. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-037 de 2003fondefo

¹⁸ Conforme a lo establecido en el artículo 90 de la Carta Política “los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al estado son: a) el daño antijurídico y b) la imputabilidad del Estado”. Sentencia de 21 de octubre de 1999, Exps.10948-11643. Es, pues “menester, que además de constatar la antijuridicidad del [daño], el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, ‘la imputatio juris’ además de la ‘imputatio facti’”. Sentencia de 13 de julio de 1993.

¹⁹ Ver las sentencias: Sección Tercera, sentencia 19 de abril de 2012, expediente 21515. Pon. Hernán Andrade Rincón. 42 Sección Tercera y la sentencia 23 de agosto de 2012, expediente 23492. Pon. Hernán Andrade Rincón.

responsabilidad extracontractual del Estado²⁰, lo cierto es que la atribución jurídica de un daño exige una motivación razonada.

Dicho en otros términos, una vez determinada la causación de un daño con carácter antijurídico, resultará necesario examinar si éste puede imputarse a la administración en razón de una falla en el servicio²¹ o si se enmarca bajo la figura de un daño especial o, incluso, si el mismo se encuadra en el riesgo excepcional.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, se advierte que:

*"(...) en lo que se refiere al derecho de daños, **el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1.991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso en concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá que adoptar.** Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos "títulos de imputación" para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas –a manera de recetario- un específico título de imputación (...)"²² (Resaltado fuera de texto).*

Así las cosas, de conformidad con la jurisprudencia citada, no todos los casos en los que se discuta la responsabilidad del Estado por daños

²⁰ Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente 21515; de 23 de agosto de 2012, expediente 23492

²¹ Sustentada en la vulneración de deberes normativos, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho.

²² *Ibídem.*

derivados de un supuesto de hecho que guarde semejanzas tienen que resolverse de la misma forma pues, se insiste, el juez puede en cada caso concreto válidamente considerar que existen razones tanto jurídicas como fácticas que justifican la aplicación de un título o una motivación diferente.

De allí que la imputación no es otra cosa que la atribución fáctica y jurídica que del daño antijurídico se hace al Estado, de acuerdo con los criterios que se elaboren para ello, como por ejemplo la falla del servicio, el desequilibrio de las cargas públicas, la concreción de un riesgo excepcional, o cualquiera otro que permita hacer la atribución en el caso concreto.

III.7.1.3. DEL NEXO CAUSAL:

El nexo causal, se entiende como la relación necesaria y eficiente entre el hecho generador del daño y el daño probado, de allí que tanto la jurisprudencia como la doctrina han sido precisas en señalar que, para poder atribuirle responsabilidad a la Administración a través de sus agentes como consecuencia de una acción u omisión, es indispensable que se encuentre acreditado la relación causa - efecto.

Al respecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha indicado lo siguiente:

"(...) En materia del llamado nexo causal, debe precisarse una vez más que este constituye un concepto estrictamente naturalístico que sirve de soporte o elemento necesario a la configuración del daño, otra cosa diferente es que cualquier tipo de análisis de imputación, supone, prima facie, un estudio en términos de atribuibilidad material (imputatio facti u objetiva), a partir del cual se determina el origen de un específico resultado que se adjudica a un obrar - acción u omisión-, que podría interpretarse como causalidad material, pero que no lo es jurídicamente hablando porque pertenece

al concepto o posibilidad de referir un acto a la conducta humana, que es lo que se conoce como imputación (...)”²³.

III.7.2. DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO:

En reciente sentencia de 20 de febrero de 2020²⁴, el Consejo de Estado recordó que la Sala Plena de la Sección Tercera, en sentencia de 19 de abril 2012²⁵, unificó su posición en el sentido de indicar que, en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones, tanto fácticas como jurídicas, que den sustento a la decisión que habrá de adoptar.

Por lo expuesto, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos títulos de imputación para la solución de los casos sometidos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar, frente a determinadas situaciones fácticas, un específico título de imputación.

En este sentido, en aplicación del principio *iura novit curia*, la Sala puede analizar el caso bajo la óptica del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado aplicable, de cara a los hechos probados dentro del proceso, sin que esto implique una suerte de modificación o alteración de la causa *petendi*, ni que responda a la formulación de una hipótesis que se aleje de

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2009, exp. 17994, M.P. Enrique Gil Botero.

²⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN A. Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO. Bogotá D.C., veinte (20) de febrero de dos mil veinte (2020). Radicación número: 25000-23-26-000-2011-00578-01(54836). Actor: VÍCTOR HUGO RAMÍREZ CIFUENTES. Demandado: A.R.S. HUMANA VIVIR, I.P.S. HOSPITAL RAFAEL URIBE Y OTROS.

²⁵ Consejo de Estado. Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de 19 de abril de 2012. Expediente: 21515, C.P. Hernán Andrade Rincón.

la realidad material del caso o que se establezca un curso causal hipotético de manera arbitraria²⁶.

No obstante que el modelo de responsabilidad extracontractual del Estado colombiano no privilegió un título de imputación, la posición de la Corporación en esta época se orienta en el sentido de que la responsabilidad médica, en casos como el presente, debe analizarse bajo el tamiz del régimen de la falla probada, lo que impone no sólo la obligación de probar el daño del demandante, sino, adicional e inexcusablemente, la falla por el acto médico y el nexo causal entre esta y el daño, sin perjuicio de que en los casos concretos el juez pueda, de acuerdo con las circunstancias, optar por un régimen de responsabilidad objetiva.

III.7.3. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO TRATÁNDOSE DE CASOS EN LOS CUALES LA CONTROVERSIA GIRA EN TORNO A LA PRESENCIA DE OBLITOS QUIRÚRGICOS:

Al respecto, de forma reciente, el Consejo de Estado²⁷ sostuvo que el 'oblito quirúrgico' es: "*aquel consistente en una mala ejecución de los cuidados médicos o quirúrgicos que constituyen una culpa o falla probada en la prestación de servicios de salud, toda vez que los hechos hablan por sí solos*". En tal sentido, evocando una sentencia anterior, la providencia de 11 de marzo de 2019²⁸ del Órgano de cierre de la jurisdicción contencioso-administrativa recordó:

"Al respecto la Sala ha sostenido que:

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 13 de mayo de 2015, expediente 50001 23 31 000 1994 04485 01 (17037), C.P. Hernán Andrade Rincón.

²⁷ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN C. Consejero ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS. Bogotá D. C., once (11) de marzo de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 05-001-23-31-000-2004-06213-02(43179). Actor: ELIÉCER MORALES SÁNCHEZ. Demandado: HOSPITAL GENERAL DE MEDELLÍN Y OTROS. Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

²⁸ *Ibidem*.

"Entendemos por oblito quirúrgico aquellos casos en los cuales, con motivo de una intervención quirúrgica, se dejan olvidados dentro del cuerpo del paciente instrumentos o materiales utilizados por los profesionales intervinientes. Por lo común los elementos olvidados son instrumental quirúrgico (pinzas, agujas, etc.) y, más frecuentemente, gasas o compresas.

Este tipo de irregularidades quirúrgicas -a veces justificadas- por lo general ocasionan un daño al paciente, quien con seguridad deberá como mínimo someterse a una nueva intervención al solo efecto de la extracción del material olvidado.

Estos supuestos, en consecuencia, se han transformado en frecuente causa de responsabilidad civil médica, por lo que han sido objeto de tratamiento por la doctrina en forma reiterada²⁹⁻³⁰".

En tal sentido, se ha concluido que el solo hecho de olvidar un elemento en el cuerpo de un paciente, es constitutivo de falla en la prestación del servicio médico, por cuanto ello denota el descuido con el que se llevó a cabo la intervención. En tales casos, la entidad demandada solo podrá exonerarse acreditando que operó una causa extraña³¹, esto es, una fuerza mayor o el hecho determinante y exclusivo de la víctima o de un tercero.

²⁹ Adosrno - Garrido, El art. 1113 del Cód. Civil. Comentado. Anotado, cit., p. 252 y ss.; Bueres, Responsabilidad civil de los médicos, cit., p. 244; Mosset Iturraspe - Lorenzetti, Contratos médicos, cit., p. 199; Trigo Represas, Félix, Responsabilidad civil de los médicos por el empleo de las cosas inanimadas en el ejercicio de la profesión, LL, 1981-B-777 y siguientes.

³⁰ Consejo de Estado, sentencia de 12 de mayo de 2011, Exp. 19.835.

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 16 de marzo de 2000, Exp. 11.890.

En efecto, en aquellos casos en los que se han dejado olvidados objetos en los cuerpos de los pacientes luego de una intervención quirúrgica, se ha indicado que:

"Como quiera que está demostrado el olvido de una gasa en el cuello del paciente que obligó a una intervención quirúrgica para extraerla, y también está claro que este hecho constituye una falla, la Sala condenará a las entidades demandadas a pagar la indemnización respectiva por este daño"³².

Conforme a lo anterior, en los casos donde la parte actora impute a los demandados una falla consistente en el olvido del material quirúrgico en su humanidad (oblito quirúrgico), la jurisprudencia ha señalado que, en tales eventos, es claro que se ha configurado una falla en la prestación del servicio médico. En consecuencia, en tales eventos, para declarar la responsabilidad del Estado, además de verificar la existencia del daño, bastará con analizarse a quién le es imputable la falla antes mencionada.

Es de anotar que las manifestaciones efectuadas en acápites anteriores no se tratan de consideraciones aisladas al seno del Consejo de Estado sino que, por el contrario, lo descrito se inscribe en una línea que ha sido predicada desde hace varios años.

Al respecto, es de destacar la sentencia de 24 de marzo de 2011³³ en la que se afirmó, sin ambages que, en aquellos eventos, el título de imputación era objetivo ya que la falla, por el solo hecho de encontrarse un oblito quirúrgico, se consideraba probada:

³² Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 8 de julio de 2009, Exp. 16.451.

³³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION TERCERA - SUBSECCION C. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Bogotá D.C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil once (2011). Radicación número: 05001-23-24-000-1996-02181-01(20836). Actor: WILLIAM HUMBERTO MELGUIZO MARQUEZ Y OTROS. Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES. Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA.

"El criterio de la Corporación, en relación con los casos de oblitio quirúrgico, ha tenido por establecido que esos olvidos se consideran una culpa o falla probada a partir de la aplicación del sistema de aligeramiento probatorio del res ipsa loquitur³⁴, es decir, las cosas hablan por sí solas.

(...)

La jurisprudencia de esta Sección también ha sido enfática al respecto y ha razonado de la siguiente forma:

"El hecho de haber dejado una aguja quirúrgica en el cuerpo de la paciente, constituye sin lugar a dudas una evidente falla en la prestación del servicio médico, porque esa situación no puede obedecer sino al descuido con que se actuó en tal intervención y no obra en el proceso prueba que pueda exonerar a la administración de la responsabilidad que le corresponde³⁵ (...)".

(...)

No obstante lo anterior, en criterio de esta Subsección, en este tipo de escenarios resulta pertinente detenerse en el estudio de los diferentes daños asociados con el oblitio quirúrgico; lo anterior, en la medida que será posible en esta clase de asuntos invocar de manera autónoma o conjunta dos tipos de detrimentos o lesiones antijurídicas que se pueden o no presentar de forma autónoma o

³⁴ En sentencia de 19 de agosto de 2009, exp. 18364, la Sección Tercera del Consejo de Estado puntualizó: "1. La regla *res ipsa loquitur*, la cosa que habla por sí misma; es el nombre dado a una forma de evidencia circunstancial que crea una deducción de negligencia. Procede de los ordenamientos de *common law* donde cada día tiene mayor aceptación; el demandante solo tiene que probar el daño anormal o excepcional sufrido y la imputación del mismo a una entidad de derecho público; en su esencia indica que los daños producidos no se verifican normalmente si no existe una culpa, el hecho habla por sí como prueba de la culpa. A modo de ejemplo, no será necesario demostrar la negligencia del médico o del hospital en el que amputaron al enfermo la pierna equivocada o le extirparon un órgano distinto al que debían, o en el que murió un niño como consecuencia de una operación corriente."

⁹ Sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado proferidas el 3 de septiembre y 3 de noviembre de 1992, expedientes 7221 y 7336, respectivamente.

conjunta, circunstancia de la que dependerá qué tipo de régimen de responsabilidad gobierna el caso.

*En efecto, si el daño deprecado consiste en el hecho mismo de que se haya verificado la existencia de un cuerpo extraño en el organismo del paciente, sin que se presenten daños o perjuicios adicionales, la responsabilidad estará regida por el concepto de falla del servicio probada a partir de la máxima *res ipsa loquitur*, lo que generará un acercamiento o aligeramiento probatorio entre el daño y la imputación. A contrario sensu, si en la demanda se solicitan o reclaman daños irrogados por la cosa misma, en virtud de la peligrosidad que le es intrínseca, y que han desencadenado patologías como por ejemplo infecciones, gangrenas, obstrucciones, etc., la responsabilidad de la administración sanitaria bajo estas hipótesis estará presidida por un régimen objetivo en el que no es posible eximirse o exonerarse de responsabilidad con la acreditación del comportamiento diligente y cuidadoso.*

Este tipo de situaciones se rige por un régimen de responsabilidad objetivo³⁶ ya que poco interesa determinar si el comportamiento de la entidad fue diligente o cuidadoso, por cuanto es el cuerpo extraño y el riesgo asociado al mismo lo que produjo en el plano fáctico o material el daño antijurídico por el que se demanda.

(...)

³⁶ A modo de ejemplo, en la sentencia de 19 de agosto de 2009, exp. 17733, la Sección Tercera de esta Corporación disertó de la siguiente forma: "Así mismo, se hace claridad en que los daños derivados de: infecciones intrahospitalarias o nosocomiales, la aplicación de vacunas, el suministro de medicamentos, o el empleo de métodos terapéuticos nuevos y de consecuencias poco conocidas todavía, constituyen lesiones antijurídicas que se analizan dentro de los actos médicos y/o paramédicos, y que, por consiguiente, se rigen por protocolos científicos y por la *lex artis*; en consecuencia, si bien gravitan de manera cercana a la obligación de seguridad hospitalaria, no pueden vincularse con la misma, motivo por el que en su producción no resulta apropiado hacer referencia técnicamente a la generación de un evento adverso. Por el contrario, aquéllos constituyen daños antijurídicos que tienden a ser imputados o endilgados –y así ha sido aceptado por la mayoría de la doctrina y jurisprudencia extranjeras– desde una perspectiva objetiva de responsabilidad, razón por la que no tendrá relevancia jurídica la acreditación de que la entidad hospitalaria actuó de manera diligente o cuidadosa, sino que lo determinante es la atribución fáctica o material del daño en cabeza del servicio médico y sanitario brindado, asociado con el factor de riesgo que conllevan las mencionadas circunstancias."

*En efecto, el régimen objetivo se impone en este tipo de hipótesis porque en aras de exonerarse de responsabilidad no deviene relevante que la entidad pública demuestre que se comportó de manera diligente y cuidadosa. En otros términos, **el fundamento de la objetividad en el régimen de responsabilidad dimana de la peligrosidad que es inherente al oblito y de los efectos dañinos que de él se desprenden.** Por lo tanto, la entidad demandada sólo podrá exonerarse si se acredita una causa extraña, esto es, una fuerza mayor o el hecho determinante y exclusivo de la víctima o de un tercero.*

*En consecuencia, no pretende esta postura desconocer que la responsabilidad médico - hospitalaria se encuentra asentada sobre la base de un criterio culpabilista en el que mal haría la jurisprudencia administrativa en tildar a la medicina como una actividad riesgosa; no obstante, se insiste, **existen varios escenarios en los que es posible predicar la existencia de un régimen objetivo.***

(...)

*Así las cosas, en este tipo de demandas el juez tendrá que establecer la naturaleza del daño por el que se reclama, ya que **aquellos constituidos por el oblito quirúrgico en sí mismos están gobernados por la falla probada del servicio como título jurídico por excelencia,** porque evidencian y ponen de presente un yerro en la prestación del servicio médico - asistencial, toda vez que el hecho de que a un paciente se le deje en su organismo un cuerpo extraño configura un palmario descuido que no requiere mayor acreditación pues se pone de presente desde la sola constatación del daño. En consecuencia, radicar en cabeza del demandante el deber de acreditar esos elementos constitutivos de la falla del servicio es inadmisibles porque sería imponerle una carga*

en extremo difícil para la demostración de ese elemento de la responsabilidad, razón por la que, con base en criterios de equidad y justicia, se ha empleado el citado criterio de aligeramiento probatorio de la culpa basado en la contundencia de los hechos que constituyen el daño antijurídico.

De otro lado, en los casos en que la reclamación judicial se estructura sobre la existencia de patologías que han sido ocasionadas por los efectos que irroga el hecho de que el cuerpo extraño se encuentre depositado en el cuerpo humano, o cuando se reclama de manera simultánea por ambos daños –esto es, por el oblitio quirúrgico y por las patologías por él desencadenadas– la responsabilidad se torna objetiva como quiera que está directamente relacionada con el riesgo o peligrosidad de la cosa. En situaciones de esta naturaleza, no se imbrica la cosa con el actuar humano a diferencia de otros eventos (v.gr. daños causados por bisturís o por agujas) porque en los oblitos quirúrgicos el daño no se desprende del acto médico o paramédico, sino lo que se cuestiona es la afectación que se genera a partir de la cosa misma o cuerpo extraño que se encuentra depositada en el organismo. Es decir, el daño está directamente asociado a la cosa y no es el acto médico el que desencadena el mismo sino un instrumento o material que desprendido del procedimiento científico al haber quedado olvidado en el cuerpo humano representa la lesión antijurídica que debe ser reparada” (Resaltado fuera de texto).

III.7.4. LA TASACIÓN DE LOS PERJUICIOS MORALES EN LOS CASOS DE LESIONES PERSONALES COMO CONSECUENCIA DE LA DECLARATORIA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA TRATÁNDOSE DE FALLAS EN EL SERVICIO MÉDICO:

De acuerdo con la jurisprudencia contencioso administrativa, el juez debe tasar estos perjuicios con base en la facultad discrecional (*arbitrium*

judicis) que le es propia. Esa facultad está regida por los siguientes parámetros³⁷:

- La indemnización del perjuicio se hace a título de compensación, más no de restitución ni de reparación;
- La tasación debe realizarse con aplicación del principio de equidad previsto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998;
- La determinación del monto se sustenta en los medios probatorios que obran en el proceso, y relacionados con las características del perjuicio; y
- La tasación debe estar fundamentada, cuando sea del caso, en otras providencias para efectos de garantizar el principio de igualdad.

Sin perjuicio de lo expuesto, debe señalarse que, en la sentencia de 28 de agosto de 2014³⁸, la Sección Tercera del Consejo de Estado unificó su jurisprudencia sobre la tasación de perjuicios morales en casos de lesiones.

En tal sentido, la citada Corporación puntualizó que, para determinar el monto que corresponde como indemnización, se debe verificar la gravedad o levedad de la lesión causada a la víctima directa. Además, señaló que a las víctimas indirectas se les asignará un porcentaje, de acuerdo con el nivel de relación en que se hallen respecto del lesionado, así:

	Nivel 1	Nivel 2	Nivel 3	Nivel 4	Nivel 5
GRAVEDAD DE LA LESIÓN	Víctima directa y relaciones afectivas	Relaciones afectivas del segundo grado de	Relaciones afectivas del tercer grado de	Relaciones afectivas del cuarto grado de	Relaciones afectivas no familiares -

³⁷ Véanse, por ejemplo, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencias Exps. 27136 y 33504 de 2014.

³⁸ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION TERCERA - SALA PLENA. Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ. Bogotá, D.C., veintiocho (28) de agosto de dos mil catorce (2014). Radicación número: 50001-23-15-000-1999-00326-01(31172). Actor: GONZALO CUELLAR PENAGOS Y OTROS. Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA- EJERCITO NACIONAL. Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCION DE REPARACION DIRECTA.

	conyugales y paternos filiales	consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	consanguinidad o civil	consanguinidad o civil	terceros damnificados
SMLMV					
Igual o superior al 50%	100	50	35	25	15
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80	40	28	20	12
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60	30	21	15	9
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40	20	14	10	6
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20	10	7	5	3
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10	5	3,5	2,5	1,5

Asimismo, en el pronunciamiento judicial que se viene citando, se aclaró que *"la gravedad o levedad de la lesión y los correspondientes niveles se determinarán y motivarán de conformidad con lo probado en el proceso"*.

En síntesis, de conformidad con lo expuesto hasta acá, se tiene que:

- La reparación se fundamenta en el dolor o padecimiento que se causa a la víctima directa, sus familiares y demás personas allegadas;
- El referente en la liquidación del perjuicio es la valoración de la gravedad o levedad de la lesión reportada por la víctima, cuyo manejo se divide en seis rangos, de acuerdo con la tabla transcrita;
- Para las víctimas indirectas, se asignará un porcentaje de acuerdo con el nivel de relación en que se hallen respecto del lesionado, conforme dicha tabla, y

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

Ahora bien, con posterioridad a la expedición de la mentada sentencia de unificación, el Consejo de Estado tuvo la oportunidad de precisar que, para demostrar la gravedad de la lesión, existía completa libertad probatoria.

Así, en la sentencia de tutela de 8 de abril de 2019³⁹, el Órgano de cierre de la jurisdicción contencioso-administrativa se refirió a la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014 e indicó que la misma *"no exige una prueba concreta (tarifa legal) para valorar la gravedad o levedad de la lesión, en términos porcentuales, como podría ser un certificado de pérdida de capacidad laboral, lo que conduce, a que el fallador tenga discrecionalidad para llegar a esta valoración a partir de distintos medios probatorios según las condiciones del caso concreto y el material fáctico con el que cuente"*⁴⁰.

No obstante, en la citada sentencia de tutela de 8 de abril de 2019, también se indicó que *"la ausencia de tarifa legal no significa, de forma alguna, que el fallador prescinda de sustento probatorio, sino que pueda llegar a la conclusión sobre la lesión a partir de distintos medios de información"*. Así, lo cierto es que *"el juez debe fundamentar cuál es el*

³⁹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN C. Consejero ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS. Bogotá, D.C., ocho (8) de abril de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 11001-03-15-000-2018-03311-01(AC). Actor: SOCIEDAD MÉDICO QUIRÚRGICA DEL TOLIMA S.A. -CLÍNICA TOLIMA S.A.- Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA. Referencia: ACCIÓN DE TUTELA - SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

⁴⁰ En efecto, en sentencia del 9 de octubre de 2014 (Exp. 29033), la Sección Tercera del Consejo de Estado determinó que el reconocimiento y la tasación del daño no se limitan a *"constatar el porcentaje certificado de la pérdida de capacidad laboral, sino que deben tener en cuenta las consecuencias de la enfermedad, el accidente o, en general, el hecho dañino, que reflejen alteraciones en el comportamiento y desempeño de la persona dentro de su entorno social y cultural que agraven su situación, como los casos estéticos o lesiones sexuales, que difícilmente se consideran constitutivos de incapacidad"*. Asimismo, en sentencia de 10 de agosto de 2016 (Exp. 37040) se retomó lo anterior y, además, se indicó que las pruebas de la incapacidad médico legal o del porcentaje de pérdida de capacidad laboral no constituían *"tarifa legal para acreditar la magnitud de la lesión"*, razón por la cual *"ante su ausencia, deberá tenerse en cuenta cualquier otro medio probatorio que permita determinar la gravedad o levedad del daño"*.

soporte probatorio que le lleva a una determinada estimación de la gravedad o levedad de la lesión”.

Lo anterior es concordante con lo considerado por la Corte Constitucional quien, en sentencia T-671 de 2017, también se refirió a la jurisprudencia de la Sección Tercera y, respecto de la misma, aclaró que la facultad discrecional de la actividad probatoria no significaba una facultad ilimitada⁴¹.

En tal contexto, se concluye que, si bien no es necesaria una prueba específica para llegar a una medición porcentual de la lesión, lo cierto es que sí deben existir elementos que permitan llegar, de manera objetiva, a determinar cuáles fueron las consecuencias físicas de la enfermedad y el daño derivado de las mismas.

En todo caso, es preciso resaltar que, sin perjuicio de lo indicado en líneas previas, de todas formas, en la sentencia de tutela de 8 de abril de 2019 a la que se viene haciendo alusión, el Consejo de Estado reconoció que el *"certificado de pérdida de capacidad laboral (...) goza de cierta contundencia conclusiva"*.

III.7.5. DEL SEGURO POR RECLAMACIÓN O 'CLAIMS MADE' Y SU EFECTO EN LA VIGENCIA DEL CONTRATO:

Sobre el particular, el artículo 4 de la Ley 389 de 1997, dispone:

"ARTICULO 4. En el seguro de manejo y riesgos financieros y en el de responsabilidad la cobertura podrá circunscribirse al

⁴¹ En particular, en la sentencia T-671 de 2017 se lee: *"Aunque, como se explicó en el párrafo 45, la tasación de esta clase de perjuicios se hace con aplicación de la facultad discrecional del juez, esta no es ilimitada. Al acudir a ella, es necesario tener en cuenta que la indemnización se hace a título de compensación, pues la suma no se ajusta al monto exacto del perjuicio; que la tasación debe realizarse con aplicación del principio de equidad; que la determinación del monto se sustenta en las pruebas que obran en el proceso; que la indemnización debe ser proporcional al perjuicio, y que debe estar fundamentada, cuando sea del caso, en otras providencias, para garantizar el principio de igualdad. Ninguna de estas consideraciones está presente en la sentencia del Tribunal"*.

descubrimiento de pérdidas durante la vigencia, en el primero, y a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia, en el segundo, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación.

*Así mismo, **se podrá definir como cubiertos los hechos que acaezcan durante la vigencia del seguro de responsabilidad siempre que la reclamación del damnificado al asegurado o al asegurador se efectúe dentro del término estipulado en el contrato, el cual no será inferior a dos años**”.*

De conformidad con lo anterior, las cláusulas ‘claims made’ o por ‘reclamación’ constituyen una limitación temporal al cubrimiento de la póliza, toda vez que no basta que los sucesos generadores de responsabilidad civil ocurran, sino que también resulta necesario que la reclamación por parte de la víctima se materialice durante la vigencia de aquella o, en su defecto, en el período adicional que las partes estipulen en el contrato de seguro que, en todo caso, de llegar a pactarse, no puede ser inferior a dos años. Lo anterior implica que, si la reclamación no se presenta oportunamente, se excluye el referido débito a cargo del asegurador, a pesar de presentarse el hecho dañoso.

En torno a las cláusulas ‘claims made’, la Sala Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que las mismas fueron admitidas en el ordenamiento jurídico en aras de lograr un equilibrio entre las necesidades de cobertura para asegurados y una prima competitiva a través de los bajos costos para los tomadores, permitiendo pactar en el contrato de seguro, que la aseguradora únicamente pague la respectiva indemnización en los eventos en los que la reclamación es realizada durante la vigencia de la póliza. En este sentido, en sentencia del 18 de julio de 2017, expresó:

“(…) con independencia de los elementos requeridos para la configuración del siniestro – concebido en el precepto 1072 del estatuto mercantil como la realización del riesgo, lo cierto es que se

consagró una formalidad adicional, a efectos de que la aseguradora quede obligada a su pago, itérese, la radicación de la reclamación dentro del espacio temporal de cobertura.

Entonces, la ocurrencia de suceso perjudicial que consagra el artículo 1131 ejusdem es suficiente para la configuración del siniestro, empero, si se ha pactado la modalidad de reclamación hecha (claims made), también se exige el reclamo judicial o extrajudicial en el término de vigencia pactado o en el plazo ulterior convenido, hecho por la víctima al asegurado, o al asegurador en ejercicio de la acción directa, el que demarca la obligación indemnizatoria a cargo de éste, pudiendo involucrar, incluso sucesos pretéritos e ignorados por el asegurado, es decir, ocurridos con anterioridad a la iniciación de la vigencia de la póliza, -de existir acuerdo contractual⁴² ⁴³.

Por su parte, el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente tratándose de las diferentes modalidades de cobertura que la legislación colombiana dispone para los seguros de responsabilidad civil:

"Antes de la reforma introducida por la Ley 389 de 1997, la cobertura que se aplicaba para los seguros de responsabilidad civil era la de ocurrencia pura, que delimitaba el amparo a que el siniestro tuviera lugar durante la vigencia de la póliza (teoría del hecho dañoso).

*Posteriormente, el artículo 4º de la Ley 389 de 1997 introdujo en Colombia la cobertura por reclamación o con cláusulas claims made, en las que **el elemento determinante para acceder a la cobertura es que el reclamo sea formulado durante la vigencia del seguro.***

⁴² Cita del texto original: "M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. Expediente 76001-31-03-001-2001-00192-01".

⁴³ Cita tomada de CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN A. Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN. Bogotá D.C., veintiocho (28) de marzo de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 11001-03-15-000-2018-02290-01(AC). Actor: LA PREVISORA S.A. Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO, SALA TRANSITORIA, CON SEDE EN BOGOTÁ.

Adicional a lo anterior, la norma permite que se acuerde un periodo retroactivo por medio del cual el asegurador se compromete a amparar hechos dañosos ocurridos antes de la vigencia del contrato, pero reclamados durante esta y/o que se pacte una extensión a la cobertura, que no podrá ser inferior a dos años, y cubre los hechos dañosos que se materialicen durante la vigencia de la póliza, pero que sean reclamados en el periodo adicional.

Finalmente, tenemos la cobertura claims made pura que exige que tanto el hecho dañoso como reclamación ocurran en vigencia del contrato.

(...)

*La cobertura con cláusula claim made implica que la reclamación por ocurrencia del hecho dañoso se realice dentro de la vigencia de la póliza o su extensión, **si se pacta**⁴⁴.*

Así, la regla general de las cláusulas 'claims made' es que, para que el siniestro se encuentre amparado por la póliza, es necesario que tanto éste como la reclamación, ocurran durante la vigencia del contrato de seguro.

No obstante, si las partes del contrato de seguro lo pactan expresamente, es viable que la póliza ampare un periodo anterior a la misma, en cuyo caso -de todas formas-, la reclamación deberá presentarse durante la vigencia del contrato de seguro.

Asimismo, es factible que las partes acuerden una extensión de la cobertura. En este último caso, se cubrirán los siniestros que ocurran en

⁴⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN CUARTA. Consejero ponente: JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ. Bogotá, D.C., doce (12) de febrero de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 11001-03-15-000-2018-00027-01(AC). Actor: LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS. Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CAQUETÁ.

vigencia de la póliza, pero que sean reclamados con posterioridad a la misma. En este tipo de eventos, el periodo mínimo de dicha extensión será de dos años. No obstante, es imperativo que las partes lo hayan pactado así, de manera expresa.

III.8. EL CASO CONCRETO:

III.8.1. DEL DAÑO IMPUTABLE AL HOSPITAL SAN RAFAEL:

De acuerdo con lo manifestado por el HOSPITAL SAN RAFAEL en su recurso de apelación, el primer interrogante que debe absolverse versa acerca del régimen bajo el cual debe estudiarse el caso puesto en consideración de la jurisdicción. En tal sentido, ¿la presente controversia debe ser estudiada bajo la égida del régimen subjetivo u del régimen objetivo de responsabilidad extracontractual del Estado?

Al respecto, lo primero que debe indicarse es que, según la parte actora, el daño consistió en el hallazgo de un oblito quirúrgico en la humanidad de DELIA PEÑA.

Teniendo en cuenta lo anterior, observada la historia clínica de la paciente DELIA PEÑA (ff. 31-137, 223-408, 548, 794-987); y contrastada la misma junto con los testimonios practicados al interior del proceso (ff. 474-480, 505-513, 534-536, 621-622, 674-678, 1047-1050) y los dictámenes periciales allegados -y discutidos por las partes en las respectivas audiencias- (ff. 522-530, 630-639, 674-678, 743-751, 1047-1050), en lo relativo al hallazgo de un oblito quirúrgico, la Sala encuentra que los medios de prueba recaudados en el expediente dan cuenta de lo siguiente:

- A DELIA PEÑA le fueron practicadas cuatro intervenciones quirúrgicas en el HOSPITAL SAN RAFAEL de la siguiente manera:

- El día 16 de mayo de 2011, fue intervenida para efectuarle una colecistectomía subtotal más colocación de dren subhepático, al presentar una patología de colecistitis gangrenosa.
 - El día 21 de mayo de 2011, le fue practicada una colangiopancreatografía retrógrada endoscópica (CPRE) más papilotomía más inserción de stent, dado que, a pesar de la primera intervención, la gravedad de su patología devino en una fístula o fuga biliar.
 - El día 28 de junio de 2011, se le practicó una laparotomía exploratoria más liberación de adherencias más drenaje de absceso más retiro de textiloma al interior del absceso más colocación de dren.
 - El día 2 de agosto de 2011, se le intervino quirúrgicamente por última vez efectuándosele -nuevamente- una colangiopancreatografía retrógrada endoscópica (CPRE) más retiro de stent. Lo anterior, al encontrarse que la fuga biliar ya estaba resuelta.
- Las intervenciones que fueron practicadas los días 16 de mayo, 21 de mayo y 2 de agosto de 2011 eran necesarias para que DELIA PEÑA recuperara su salud, destacándose que todas ellas se encuentran justificadas. Lo anterior, teniendo en cuenta lo siguiente:
- Como ya se indicó, la colecistectomía subtotal que fue practicada el día 16 de mayo de 2011 era necesaria, ya que el diagnóstico de DELIA PEÑA era el de una colecistitis. Por su parte, de acuerdo con lo informado por los especialistas, la colocación del dren subhepático también era necesaria, ya que el mismo serviría para ir monitoreando que, posterior a la

intervención, no se presentaran fístulas biliares⁴⁵. Lo anterior, es decir, que hubiera una fístula, se consideró como un riesgo previsible, en la medida que los tejidos de dicha zona, al momento de intervenirla, ya se encontraban en estado gangrenoso.

Nótese que, previo a la práctica de la colecistectomía subtotal, a DELIA PEÑA se le informó que, en caso de no intervenirla, su pronóstico era 'desfavorable' ya que podría presentar infección y, a su vez, la misma podría desencadenar en una sepsis generalizada. No obstante, también se le indicó a la paciente que la colecistectomía no era un procedimiento 100% libre de riesgos, sino que, por el contrario, también se le informó que el procedimiento para extirparle (parcialmente) la vesícula podría llegar a causarle sangrado, infección, perforación visceral o vascular e, incluso, la muerte. A pesar de lo anterior, DELIA PEÑA dio su consentimiento para ser intervenida (f. 136-137).

- La colangiopancreatografía retrógrada endoscópica (CPRE) practicada el día 21 de mayo de 2011, era un procedimiento necesario ya que se presentó una de las complicaciones esperables de la colecistectomía subtotal. Lo anterior, toda vez que el dren subhepático que había sido inserto en el procedimiento quirúrgico inicial, mostró que, a pesar de la adecuada intervención médica, de todas formas se había presentado una fuga biliar, razón por la cual era necesaria la incorporación de un 'stent' con el fin de mantener el conducto biliar en condiciones de funcionamiento. En tal sentido, esta segunda intervención -que dependía totalmente de la primera- era completamente indispensable.

⁴⁵ Lo cual, finalmente, ocurrió; pero que era un riesgo previsible dado el complejo cuadro clínico de DELIA PEÑA.

- La colangiopancreatografía retrógrada endoscópica (CPRE), practicada el día 2 de agosto de 2011, era necesaria ya que, conforme el perito experto: *"una vez demostrada la resolución de la fuga biliar, los pacientes son llevados nuevamente al procedimiento endoscópico mínimamente invasivo de CPRE, para demostrar la resolución de la fuga biliar y para retirar el 'stent', requerido como tratamiento de la fuga biliar"* (f. 746). Dicho en otros términos, esta última intervención se justifica en la medida que la misma se llevó a cabo no solo para verificar que su patología inicial ya estuviera resuelta, sino también porque no resultaba viable dejarle inserto un 'stent' biliar a la paciente por el resto de su vida.

De hecho, se resalta que tal aspecto, además de haber sido informado a DELIA PEÑA, fue consentido por ella misma (fl. 41).

- En la intervención practicada el día 28 de junio de 2011, se encontró un oblito quirúrgico en la humanidad de DELIA PEÑA. En particular, se destaca que:
 - El procedimiento practicado en aquella ocasión fue una laparotomía exploratoria, la cual tenía como propósito *"observar procesos probables de infección"* (ff. 80-81).
 - Efectuada la intervención, en el informe quirúrgico se dejó constancia que -finalmente- había sido necesario adelantar las siguientes actividades: *"Laparoscopia + Drenaje Absceso + lavado peritoneal"* (f. 241v.).
 - Asimismo, en el citado informe quirúrgico, se dejó constancia de lo siguiente: *"Descripción de hallazgos operatorios, procedimientos y complicaciones: Síndrome adherencial severo con MCD con bridas firmes de intestino delgado y colon"*

y epiplon a esc nivel absceso de +- S con 0 pseudo encapsulado y en su interior hay textiloma #1+ pus franca (ss. cultivada)" (f. 241v.)

- En lo referente a la disección de tal procedimiento, se lee que *-entre otras acciones- fue necesaria la "Apertura pseudo capsula de absceso y drenaje de su contenido + extracción de textiloma sin dificultad" (f. 241v.)*.
- De acuerdo con el informe del perito de la Universidad Nacional de Colombia, en el presente caso, *"el hallazgo intraoperatorio de Textiloma, realizado en la cirugía (...) puede corresponderse a un Oblito Quirúrgico en relación con la cirugía realizada el 16/05/2018 (...)" (f. 745)*.
- La consecuencia de dicho hallazgo es que *"estos producen en el organismo una reacción a cuerpo extraño y favorecen la colonización bacteriana con la posterior formación de absceso", además que "de manera frecuente, los pacientes requieren una reintervención para retirar el Oblito Quirúrgico"* (f. 745).
- Más concretamente, según lo señalado en la audiencia de pruebas de 15 de agosto de 2018, el perito indicó que, si bien la patología inicial de DELIA PEÑA tenía *per se "una probabilidad hasta del 40% de desarrollar un absceso intrabdominal"* (aún sin la presencia de ningún oblito quirúrgico), lo cierto era que estaba *"demostrado científicamente que los oblitos incrementan el riesgo de infección y de formación de abscesos y que frecuentemente los pacientes requieren una reintervención para controlar la infección y retirar ese oblito quirúrgico"* (ff. 1047-1050).

De conformidad con lo expuesto, lo primero que debe decirse es que, contrario a lo afirmado por la parte demandante en el líbello, no es cierto que, en el caso de marras, el HOSPITAL SAN RAFAEL -a través de su equipo médico- haya efectuado intervenciones quirúrgicas que hubieren sido innecesarias o injustificadas. Asimismo, los medios de prueba recaudados permiten concluir que las diferentes intervenciones quirúrgicas se llevaron a cabo, en principio, de acuerdo con la *lex artis*.

No obstante, no puede pasar por alto la Sala que, en la humanidad de DELIA PEÑA fue encontrado un oblito quirúrgico, consistente en un textiloma.

Así las cosas, la Sala considera que, en consecuencia, la presente controversia debe ser estudiada bajo la égida del régimen objetivo de responsabilidad ya que, como se indicó en las consideraciones generales de la presente providencia, la jurisprudencia tiene dicho que el solo hecho de olvidar un elemento en el cuerpo de un paciente, es constitutivo de falla en la prestación del servicio médico.

En efecto, según se indicó⁴⁶, en tales eventos se considera que "esos olvidos" son "*una culpa o falla probada*" ya que "*las cosas hablan por sí solas*", en la medida que "*poco interesa determinar si el comportamiento de la entidad fue diligente o cuidadoso, por cuanto es el cuerpo extraño y el riesgo asociado al mismo lo que produjo en el plano fáctico o material el daño antijurídico por el que se demanda*", razón por la cual "*este tipo de situaciones se rige por un régimen de responsabilidad objetivo*"⁴⁷.

En tal sentido, teniendo en cuenta "*que el hecho de que a un paciente se le deje en su organismo un cuerpo extraño configura*" per se "*un palmario*

⁴⁶ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION TERCERA - SUBSECCION C. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Bogotá D.C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil once (2011). Radicación número: 05001-23-24-000-1996-02181-01(20836). Actor: WILLIAM HUMBERTO MELGUIZO MARQUEZ Y OTROS. Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES. Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA.

⁴⁷ *Ibidem*.

*descuido que no requiere mayor acreditación*⁴⁸, lo cierto es que, en la presente controversia, resulta acertado considerar que el daño antijurídico sufrido por DELIA PEÑA es completamente atribuible al HOSPITAL SAN RAFAEL; más aún, cuando esta entidad ni siquiera alegó que hubiera operado una causa extraña, como lo sería un hecho determinante y exclusivo de la víctima o de un tercero y/o una fuerza mayor.

En consecuencia, tendrá que confirmarse la decisión del *a quo* que, en razón del hallazgo de un oblitio quirúrgico en la humanidad de DELIA PEÑA, declaró administrativa, patrimonial y extracontractualmente responsable al HOSPITAL SAN RAFAEL.

III.8.2. DE LA CALIFICACIÓN DE LA GRAVEDAD DE LA LESIÓN PARA EFECTOS DE LA LIQUIDACIÓN DE PERJUICIOS INMATERIALES:

Ahora bien, dado que en el presente caso se consideró procedente la declaratoria de responsabilidad del Estado, conviene analizar el siguiente interrogante: ¿puede considerarse que la calificación que el *a quo* efectuó respecto de las lesiones sufridas por DELIA PEÑA está debidamente fundamentada y justificada o, por el contrario, la misma no está acorde con lo acreditado en el *sub examine*? Lo anterior, dado que, de un lado, la parte demandante dijo que el daño no había sido 'leve', sino que había sido mucho más grave⁴⁹; mientras que, de otro lado, el HOSPITAL SAN RAFAEL manifestó que no se tenía certeza del porcentaje de invalidez o incapacidad médico-legal definitiva de DELIA PEÑA, razón por la cual el monto de la condena debía disminuirse.

Sobre el particular, revisado el fallo del *a quo*, se observa que éste acudió a los parámetros indemnizatorios fijados por el Consejo de Estado en la

⁴⁸ *Ibídem.*

⁴⁹ Siendo "*procedente reconocer que la gravedad de las lesiones padecidas es igual o superior al 30% reconocido, es decir, superior al 40% indemnizatorio*" (f. 1125)

sentencia de 28 de agosto de 2014⁵⁰ y, al considerar que las intervenciones quirúrgicas se habían llevado a cabo para salvaguardar la vida de la paciente -más allá de la dimensión estética-, resolvió considerar que las lesiones sufridas revestían una gravedad leve, razón por la cual las situó en el rango 'igual o superior al 20% e inferior al 30%'.

Al respecto, según se vio en las consideraciones generales de la presente providencia, la demostración de los perjuicios en este tipo de eventos, no está sujeta a ningún tipo de tarifa legal para valorar la gravedad o levedad de la lesión, ya que el fallador ostenta un cierto grado discrecionalidad para valorar los distintos medios probatorios.

No obstante, también se señaló que la ausencia de tarifa legal no significaba que la tasación de los perjuicios fuera libre y completamente discrecional, ya que lo cierto es que se debía contar con elementos que, de manera objetiva, permitiera llegar a determinar cuáles habían sido las consecuencias físicas reales que se habían derivado del daño imputable a la Administración.

Dicho en otros términos, tratándose de la tasación de los perjuicios, no basta la grandilocuencia, el mero dicho o una prosa rimbombante de las partes en contienda para que tal aspecto pueda tenerse por probado; sino que, lejos de efectuar escuetas referencias sobre presunto daño moral causado, resulta indispensable que la gravedad del mismo se encuentre debidamente acreditada y soportada en medios de prueba que den cuenta de la realidad.

Por lo anterior, esta Sala es de la opinión que, en casos como el presente, en los cuales se discute y no está claro el nivel de gravedad de la lesión causada, la decisión más imparcial, transparente, objetiva, equitativa y

⁵⁰ A la cual se hizo alusión en las consideraciones generales de la presente providencia.

justa⁵¹ para las partes en contienda, es dar aplicación a lo previsto por el artículo 193 del CPACA⁵².

De hecho, así lo ha hecho el Consejo de Estado quien, por ejemplo, en sentencia de 22 de junio de 2017⁵³, consideró que, previo a definir el monto exacto de la condena, era necesario dictaminar el porcentaje de invalidez de la víctima, pues de esa manera se garantizaría que la indemnización englobara la totalidad de los perjuicios que debían ser compensados. En aquella oportunidad, se dijo:

"Así las cosas, la Sala no tiene prueba de la cuantía exacta del perjuicio, motivo por el cual se hará necesario realizar una condena en abstracto (...) para que, mediante incidente, las partes logren acreditar si las lesiones que padeció la señora Jaqueline Téllez Barrios le ocasionaron una perturbación orgánica o funcional permanente, si se disminuyó su capacidad laboral o para determinar su porcentaje de invalidez.

Para tal efecto, se dispondrá que en el trámite incidental se practique un dictamen de la Junta de Calificación Regional de Invalidez, el cual debe establecer si la extirpación del bazo a la que fue sometida la señora Jaqueline Téllez Barrios como consecuencia del accidente de tránsito que padeció el 17 de febrero de 2003, le generó algún porcentaje de pérdida de la capacidad laboral, y de

⁵¹ No debe perderse de vista aquella máxima del jurista Ulpiano conforme a la cual *'iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi'*, es decir, la justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho.

⁵² "ARTÍCULO 193. CONDENAS EN ABSTRACTO. Las condenas al pago de frutos, intereses, mejoras, perjuicios y otros semejantes, impuestas en auto o sentencia, cuando su cuantía no hubiere sido establecida en el proceso, se harán en forma genérica, señalando las bases con arreglo a las cuales se hará la liquidación incidental, en los términos previstos en este Código y en el Código de Procedimiento Civil. // Cuando la condena se haga en abstracto se liquidará por incidente que deberá promover el interesado, mediante escrito que contenga la liquidación motivada y especificada de su cuantía, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia o al de la fecha de la notificación del auto de obediencia al superior, según fuere el caso. Vencido dicho término caducará el derecho y el juez rechazará de plano la liquidación extemporánea. Dicho auto es susceptible del recurso de apelación".

⁵³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN C. Consejero ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS. Bogotá, D.C., veintidós (22) de junio de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 41001-23-31-000-2004-00435-01(38357). Actor: JAQUELINE TÉLLEZ BARRIOS Y OTROS. Demandado: DEPARTAMENTO DEL HUILA Y OTROS. Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

lograrse demostrar el perjuicio, el Tribunal de primera instancia lo liquidará bajo los parámetros precisados por la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación.

(...)

Teniendo en cuenta el fallo de unificación, y poniendo de presente que en el presente caso no hay prueba de la gravedad o levedad de las lesiones sufridas por la señora Jaqueline Téllez Barrios, **se ordenará que mediante el mismo trámite incidental se establecerá el valor en salarios mínimos a reconocer por concepto de perjuicio moral, con fundamento en el resultado de la prueba pericial que practicará la Junta de Calificación de Invalidez Regional, aunado a los demás elementos probatorios aportados al expediente de la referencia.**

(...)

Por consiguiente, se tiene que a la víctima se le alteró su integridad psicofísica, es decir, no solo fue afectada por la modificación de su unidad corporal sino por las consecuencias que la misma genera, razón por la que padeció un daño a la salud, que no solo se configura con la presencia de una enfermedad, y a lo anterior se le aúna la extirpación de su bazo, corroborada en la ecografía abdominal total realizadas el 27 de febrero de 2003 y el 21 de marzo de 2003, motivo por el que se hace necesario aún más reparar los daños ocasionados a la integridad psicofísica de la víctima.

Pese a que se encontró acreditado el daño, **la Sala echa de menos el dictamen de la Junta Regional de Invalidez que certifique el porcentaje de invalidez de la señora Jaqueline Téllez Barrios para tasar, por regla general, el monto del perjuicio a la salud, de conformidad con lo indicado en la sentencia de unificación de la Sección Tercera de esta Corporación** traída a

colación con anterioridad, razón por la que al igual que con el lucro cesante y con el perjuicio moral, se ordenará que mediante incidente de liquidación de perjuicios se realice la citada prueba pericial para efectos de establecer el porcentaje de invalidez de la víctima como consecuencia de las cirugías a las que fue sometida por el accidente de tránsito que padeció, aunado a la afectación de los aspectos o componentes funcionales, biológicos y psíquicos de la víctima, teniendo a su vez en cuenta los que ya fueron acreditados en el presente proceso y en esos términos, procederá a determinar el respectivo monto de indemnización del perjuicio a la salud ocasionado a la señora Jaqueline Téllez Barrios”.

De conformidad con lo expuesto, la Sala resalta que, en el caso de marras, no hay controversia respecto de la legitimación de todos y cada uno de los demandantes en la presente *litis*. Asimismo, analizados los diferentes testimonios rendidos (ff. 474-480, 505-513, 534-536, 621-622), la Sala considera que se encuentran reunidas las condiciones necesarias para acceder a la condena por perjuicios morales, ya que se demostró que la víctima directa y sus familiares sufrieron ciertos dolores y padecimientos morales que los llevaron a un estado desesperación, congoja, desasosiego, temor y zozobra, los cuales fueron causados por el daño que sufrió DELIA PEÑA.

No obstante, la Sala considera que en el expediente no obra ningún medio de prueba a través del cual se haya establecido el porcentaje exacto de menoscabo en la capacidad laboral que representa las secuelas dejadas por la intervención quirúrgica que, entre otras cosas, extrajo el textiloma u oblitio quirúrgico del cuerpo de DELIA PEÑA.

En consecuencia, la Sala concluye que, con el material probatorio obrante en el proceso, no es posible establecer la cuantía exacta del perjuicio reclamado; motivo por el cual se hará necesario realizar una condena en abstracto, al tenor de lo previsto por el artículo 193 del CPACA.

Para tal efecto, se dispondrá que, mediante trámite incidental, se practique un dictamen por parte de la Junta de Calificación Regional de Invalidez a DELIA PEÑA, el cual tendrá por objeto establecer si la intervención quirúrgica llevada a cabo el día 28 de junio de 2011 -para extraerle el oblitio quirúrgico- le generó algún porcentaje de pérdida de la capacidad laboral a la demandante, precisándose que el aspecto estético también tendrá que ser valorado.

Una vez efectuado lo anterior, y atendiendo al hecho de que, en el presente caso, no es aplicable el principio de *non reformatio in pejus*⁵⁴, el *a quo* deberá liquidar la condena y, con base en la información que reciba, deberá tasar el daño moral.

Además, como consecuencia obvia de lo anterior, dado que la gravedad real de las lesiones sufridas por DELIA PEÑA solamente se determinará una vez se adelante el referido dictamen por parte de la Junta de Calificación Regional de Invalidez, también deberá procederse a liquidar nuevamente el daño a la salud que fue reconocido en la sentencia⁵⁵.

⁵⁴ Ya que ambas partes apelaron la sentencia. Además, al respecto, el Consejo de Estado ha indicado: "La regla constitucional que proscribe la *reformatio in peius*, contenida en el inciso segundo del Artículo 31 de la Constitución, impone al juez el deber de abstenerse de agravar la situación definida en la sentencia primera instancia, **cuando se esté en presencia de "un único interés o múltiples intereses no confrontados"**, esto es, de **un "apelante único"**. Su finalidad, por tanto, es permitir el libre ejercicio de los recursos, sin que por el hecho de la impugnación se deriven efectos nocivos **para el apelante único**, respecto de las situaciones ventajosas reconocidas por el juez de primera instancia". Consejo de Estado, Sala Plena de Contencioso Administrativo, sentencia del 7 de octubre de 2014, M.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, proceso con radicado No. 11001-03-15-000-2010-01284-00 (REV).

⁵⁵ Sobre el particular, mediante la citada sentencia de unificación del 28 de agosto del 2014, el Consejo de Estado refirió que el perjuicio denominado en la demanda 'daño a la vida en relación' es muy abierto e indeterminado, y que realmente debe atenderse al concepto de daño a la salud y su alcance indemnizatorio se repara con base en dos componentes: Uno objetivo, determinado con base en el porcentaje de invalidez decretado; y uno subjetivo, que permitirá incrementar en una determinada proporción el primer valor, de conformidad con las consecuencias particulares y específicas de cada persona lesionada. Así las cosas, el daño a la salud permite estructurar un criterio de resarcimiento fundamentado en bases de igualdad y objetividad, de tal forma que se satisfaga la máxima 'a igual daño, igual indemnización'. Además, en el fallo de unificación ya citado, se refirió que la indemnización estaría sujeta a lo acreditado en el proceso, de forma exclusiva para la víctima directa, en cuantía que no podría exceder de los 100 salarios mínimos de acuerdo con la gravedad de la lesión, debidamente motivada y razonada, conforme con la tabla que en el citado proveído se señaló,

III.8.3. DEL PERIODO A TOMAR EN CUENTA PARA EFECTOS DE LIQUIDAR EL LUCRO CESANTE:

Al respecto, en la demanda inicial, la parte actora indicó que DELIA PEÑA y su compañero sentimental recibían, en promedio, la suma mensual de \$1.500.000, por concepto de ingresos provenientes de un negocio particular que era de su propiedad y se denominaba 'Coffe's & Beer'. No obstante, sobre el particular, el *a quo* consideró que no se había logrado establecer "*cuál era el ingreso que de ello reportaban*" de manera que ordenó "*el reconocimiento económico*" por concepto de lucro cesante, pero "*con base en el salario mínimo para el año 2011*" (f. 1111). Dicho aspecto no fue objeto de apelación.

No obstante, en el recurso de apelación, el apoderado de la parte actora propuso ciertos reparos en relación con el periodo de indemnización que fue reconocido a favor de DELIA PEÑA y su compañero sentimental. Así, señaló "*que el cálculo de la indemnización (...) ha de fundarse en el lapso comprendido entre el veintiuno (21) de mayo y el 04 de julio de 2011, es decir cuarenta (43) (sic) días de remuneración*" (ff. 1125v. y 1166).

Sobre el particular, el *a quo* consideró que el lucro cesante solamente debía ser reconocido "*para las fechas en que efectivamente la señora (...) duró hospitalizada, durante la segunda intervención puesto que la primera era necesaria para resguardar su integridad*" (f. 1111), es decir, a partir del momento en que fue extraído el oblito quirúrgico (28 de junio de 2011) y por el tiempo que duró aquella hospitalización (hasta el 4 de julio de 2011).

En lo relativo a este punto, el Ministerio Público refirió que debía confirmarse lo resuelto por el *a quo*.

Al respecto, la Sala comparte lo considerado por el *a quo* y el Ministerio Público y, en consecuencia, es de la opinión que el único tiempo a tener

en cuenta como periodo indemnizatorio, es el transcurrido en hospitalización, una vez fue intervenida para retirarle el oblito quirúrgico.

Así, dado que las intervenciones previas a la realizada el día 28 de junio de 2011 fueron necesarias y justificadas, ya que con ellas se buscaba preservar la vida y la salud de DELIA PEÑA, lo cierto es que dicho lapso no puede ser tenido en cuenta para reconocerle ningún tipo de reconocimiento económico por concepto de lucro cesante.

De hecho, tal apreciación es compartida por el Consejo de Estado quien, en un caso similar, tratado en la sentencia de 23 de junio de 2010⁵⁶, concluyó que el perjuicio indemnizable solamente era aquel proveniente de la incapacidad médica *"que debió guardarse con ocasión de la cirugía que le extrajo el cuerpo extraño"* y no aquella que le fue otorgada al momento de practicársele la cirugía en que presuntamente se dejó el oblito quirúrgico. Lo anterior, ya que el lapso previo a su extracción, se consideraba indispensable para curar la patología inicial presentada. Veamos:

"En cuanto a los perjuicios materiales solicitados por concepto de lucro cesante, esto es, la suma que dejó de percibir la afectada por la incapacidad laboral resultante de su enfermedad, está claro que el daño que se indemniza en esta oportunidad, es el relacionado con las consecuencias que produjo el olvido de una compresa en el abdomen de la demandante.

En efecto, contrariamente a lo decidido por el Tribunal A quo, la Sala considera que el perjuicio indemnizable es aquel proveniente de la incapacidad médica que debió guardar la señora Nilsa Milena Rosero Erazo con ocasión de la cirugía practicada el 22 de octubre de 1994,

⁵⁶ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION TERCERA. Consejera ponente (E): GLADYS AGUDELO ORDOÑEZ. Bogotá, D.C., veintitrés (23) de junio de dos mil diez (2010). Radicación número: 52001-23-31-000-1995-07008-01(18348). Actor: NILSA MILENA ROSERO Y OTROS. Demandado: NACION-MINISTERIO DE SALUD; DEPARTAMENTO DE NARIÑO; INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE SALUD DE NARIÑO Y HOSPITAL EDUARDO SANTOS.

cuando le fue extraído el cuerpo extraño (compresa) de su abdomen y no aquella que le fue otorgada al momento de la primera cirugía para extraerle el quiste ovárico, así que en la primera intervención quirúrgica la incapacidad prescrita fue consecuencia normal del procedimiento médico que era indispensable adelantar para curar la patología presentada por la demandante, mientras que la incapacidad laboral que le causó la cirugía del 22 de octubre de 1994, constituyó un daño que ella no tenía por qué soportar, pues está claro que dicho procedimiento quirúrgico se produjo como consecuencia exclusiva del oblitio quirúrgico que se ocasionó en la primera cirugía”.

Por lo expuesto, se confirmará el numeral séptimo de la sentencia de primera instancia.

III.8.4. DE LA ABSOLUCIÓN DE LA ASEGURADORA POR HABERSE EFECTUADO EL RECLAMO DESPUÉS DE LA VIGENCIA DE LA PÓLIZA CONTRATADA BAJO LA MODALIDAD 'CLAIMS MADE':

Sobre este punto, dadas las consideraciones efectuadas por el HOSPITAL SAN RAFAEL en su recurso de apelación; y las manifestaciones efectuadas por LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS al momento de rendir sus alegatos en la presente instancia, el interrogante a resolver es si fue correcta la decisión del *a quo* de absolver a la ASEGURADORA al considerar que, para el momento en que se efectuó la reclamación, ya no estaba vigente la póliza.

Debe advertir la Sala que se apartará del criterio fijado en sentencia proferida por esta misma Sala de fecha 26 de abril de dos mil dieciocho⁵⁷, ocasión en la cual se le negó validez a la cláusula “Claims Made” que, para efectos de reconocer la indemnización objeto de la póliza de seguro, exige

57 TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ, Sala de Decisión No. 6, sentencia de 26 de abril de dos mil dieciocho, Radicado No. 15001-33-33-005-2013-00105-01, M. P. FÉLIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS

que el riesgo asegurado se haya presentado en vigencia del seguro contratado y en la misma vigencia se haya presentado la reclamación. El cambio de criterio se fundamenta en los argumentos que se exponen a continuación.

Al respecto, como se dijo en las consideraciones generales, por regla general -y salvo estipulación en contrario-, el elemento determinante para acceder a la cobertura en las pólizas con cláusulas 'claims made', es que el reclamo sea formulado durante la vigencia del seguro.

No obstante, como también se indicó, dicha regla general de que la reclamación debe hacerse en vigencia de la póliza también admite excepciones. Así, si las partes lo acuerdan de forma expresa, se podrá convenir un periodo de extensión de la reclamación. En tales casos, el ordenamiento jurídico tiene previsto que la póliza cubra los hechos dañosos que se materialicen durante la vigencia de la póliza, pero que sean reclamados en el periodo adicional⁵⁸.

En el caso de marras, revisado el cuaderno del llamamiento en garantía, se observa lo siguiente:

- La póliza de responsabilidad civil que se allegó al proceso fue la N° 1002711 a favor del HOSPITAL SAN RAFAEL, de la cual se destaca lo siguiente (ff. 3-5 cuad. llamamiento en garantía):
 - o Fue expedida el día 26 de octubre de 2010.
 - o Su vigencia fue desde el día 24 de octubre de 2010 hasta el día 24 de octubre de 2011.
 - o Entre otros, amparaba los riesgos asociado a 'errores u omisiones profesionales'.

⁵⁸ Conforme al artículo 4 de la Ley 389 de 1997, en caso de que las partes pacten -expresamente- dicha extensión del periodo de reclamación, el mismo no podrá ser inferior a dos años.

- El objeto del seguro era *"amparar los perjuicios patrimoniales y morales, los daños materiales y las lesiones personales que la ESE HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA cause con motivo de la responsabilidad civil profesional Médica derivada de la prestación del servicio de salud (...)"* (f. 4 cuad. llamamiento en garantía).
 - Se indicó que *'no se otorga'* cobertura con respecto a *"aceptar la reclamación de hechos ocurridos dentro de la vigencia de la póliza, pero reclamados en cualquier época, teniendo en cuenta que las demandantes salen después de varios años de ocurrido el hecho"* (f. 5 cuad. llamamiento en garantía).
 - Asimismo, se indicó que *'no se otorga'* un *"periodo adicional de descubrimiento"* (f. 5 cuad. llamamiento en garantía).
- Tratándose de las condiciones generales de la póliza de responsabilidad civil profesional que la ASEGURADORA suscribió con el HOSPITAL SAN RAFAEL (ff. 63-66 cuad. llamamiento en garantía), se observa lo siguiente:
- En la cláusula primera se acordó que:

*"PREVISORA SE OBLIGA A INDEMNIZAR AL ASEGURADO POR CUALQUIER SUMA QUE ESTA DEBA PAGAR A UN TERCERO EN RAZÓN A LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN QUE INCURRA, EXCLUSIVAMENTE COMO CONSECUENCIA DE CUALQUIER 'ACTO MÉDICO' DERIVADO A LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES DE ATENCIÓN EN SALUD DE LAS PERSONAS, **DE EVENTOS QUE SEAN RECLAMADOS Y NOTIFICADOS** POR PRIMERA VEZ **DURANTE LA VIGENCIA DE LA PÓLIZA** Y HASTA EL LÍMITE DE*

COBERTURA EN LAS CONDICIONES PARTICULARES (SALVO LOS ACTOS MÉDICOS QUE QUEDEN EXPRESAMENTE EXCLUIDOS)” (f. 63 cuad. llamamiento en garantía).

- En la cláusula décima, las partes pactaron lo siguiente:

"CONDICIÓN DÉCIMA - EXTENSIÓN DEL PERIODO DE RECLAMOS

La Extensión del Periodo para Reclamos dará el derecho al asegurado a extender, hasta un período máxima de dos (2) años, la cobertura para los reclamos que se reciban o se formulen con posterioridad a la vigencia de la póliza y exclusivamente por actos médicos ocurridos durante la vigencia de la póliza.

El anexo de Extensión del Periodo para Reclamos no cambiará la fecha de vigencia de la presente póliza. Simplemente extenderá el período durante el cual, el Asegurado, podrá poner en conocimiento de PREVISORA dichos reclamos.

(...)

*Para los términos de este contrato, **el Asegurado podrá contratar un anexo para la Extensión del Periodo para Reclamos** en caso de rescisión o no renovación del contrato a su vencimiento, **por una suma adicional, y bajo los términos estipulados en esta cláusula**, salvo cuando el contrato se termine automáticamente por falta de pago de la prima por el Asegurado, hecho que generará la pérdida del derecho del Asegurado para la adquisición de tal anexo.*

A fines de obtener el anexo para la Extensión del Periodo para Reclamos, el Asegurado deberá hacer lo siguiente:

- Someter por escrito su solicitud a PREVISORA, dentro de los treinta (30) días anteriores a la finalización de la presente cobertura.

- Pagar de contado la prima correspondiente.

(...)

En caso de que el Asegurado no cumpla con todas y cada una de las condiciones necesarias para la contratación del anexo, PREVISORA quedará liberada de su obligación de otorgarlo.

Igualmente, para lo efectos de este contrato, si el Asegurado opta por no adquirir el anexo, o pierde el derecho para hacerlo, PREVISORA no será responsable y quedará liberado para atender cualquier reclamo efectuado por terceros:

- Luego del vencimiento de la vigencia de la última póliza no renovada. Sea cual fuere la fecha de ocurrencia del hecho generador del reclamo. (...)

(f. 65 cuad. llamamiento en garantía).

De conformidad con lo expuesto, lo primero que debe indicarse es que, a la luz de los medios de prueba obrantes en el expediente, la póliza de seguro que sirvió de base para el llamamiento en garantía efectuado por el HOSPITAL SAN RAFAEL a la ASEGURADORA es de la modalidad 'claims made' o 'por reclamación'.

Ahora bien, la lectura de las cláusulas arriba enunciadas, permite concluir que solo se indemnizarían los riesgos derivados de la prestación del servicio de salud, siempre que se tratara de eventos que fueran reclamados durante la vigencia de la póliza.

Dicha vigencia, como ya se dijo, culminó el día 24 de octubre de 2011, sin que, para ese momento, se hubiere efectuado ninguna reclamación por parte del HOSPITAL SAN RAFAEL. Por el contrario, como la misma entidad demandada lo afirma, la reclamación solo vino a producirse pasados casi dos años, el año 2013, cuando fue radicada la solicitud de conciliación prejudicial por parte de los hoy demandantes, ante la Procuraduría General de la Nación.

Ahora bien, la lectura literal de la cláusula décima permite concluir a la Sala que el periodo de extensión de reclamos era posible. No obstante, el mismo estaba condicionado a la contratación del anexo que así lo estipulara; y que requería que, además, se cumpliera con requisitos como la radicación de un escrito por parte del asegurado 30 días previos al vencimiento de la vigencia de la póliza y el pago de una suma adicional.

Sin perjuicio de lo anterior, en el expediente no obra ningún medio de prueba que dé cuenta de que dicho anexo de extensión fuera contratado por parte del HOSPITAL SAN RAFAEL. Por tal razón, se entiende que primaba lo dispuesto por la cláusula primera.

En consecuencia, lo cierto es que, en el caso de marras, para que surgiera para la ASEGURADORA la obligación de indemnizar, tanto el siniestro como la reclamación debían presentarse durante la vigencia de la póliza, ya que no se había contratado ningún periodo adicional. Como no se hizo así, la conclusión a la que debe llegarse es que lo resuelto por el *a quo* debe ser confirmado en el sentido de disponer la absolución de la ASEGURADORA.

III.9. COSTAS:

Actualmente, para efectos de condena en costas y agencias en derecho, es aplicable el artículo 188 del CPACA, el cual dispone que *"salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil"*.

En el presente caso, la Sala se abstendrá de condenar en costas y agencias en derecho a las partes recurrentes, ya que en el expediente no aparece probada su causación.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A:

PRIMERO.- CONFIRMAR los numerales primero a quinto, séptimo y noveno a catorce de la sentencia de primera instancia, proferida el pasado 18 de diciembre de 2018 por el Juzgado Catorce Administrativo de Oralidad de Tunja, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- MODIFICAR los numerales sexto y octavo de la sentencia de primera instancia, proferida el pasado 18 de diciembre de 2018 por el Juzgado Catorce Administrativo de Oralidad de Tunja y, en su lugar, disponer:

"SEXTO.- CONDENAR *en abstracto a la ESE HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA por concepto de perjuicio inmaterial en la modalidad de daño moral a favor de los demandantes.*

Para efectos de establecer las bases con arreglo a las cuales se hará la liquidación de dicho perjuicio, la Junta de Calificación Regional de Invalidez deberá practicarle un dictamen a DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA, el cual tendrá por objeto establecer el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral que ella sufrió, como consecuencia de la intervención quirúrgica llevada a cabo el día 28 de junio de 2011, que tuvo por objeto extraerle un oblito quirúrgico que reposaba en su humanidad. A efectos de garantizar una valoración integral de la pérdida de capacidad laboral, la Junta de Calificación Regional de Invalidez deberá valorar tanto los aspectos funcionales, como los aspectos estéticos de la demandante.

De conformidad con lo previsto por el segundo inciso del artículo 193 del CPACA, el interesado deberá promover el incidente de liquidación dentro de los sesenta (60) días siguientes a la fecha de la notificación del auto de obediencia a lo resuelto por el superior.

(...)

OCTAVO.- CONDENAR *en abstracto a la ESE HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA por concepto de perjuicio inmaterial en la modalidad de daño a la salud a favor de DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA.*

Para efectos de establecer las bases con arreglo a las cuales se hará la liquidación de dicho perjuicio, téngase en cuenta lo previsto en el numeral sexto de la presente providencia, respecto de la necesidad de practicarle un dictamen de pérdida de capacidad laboral a DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA”.

TERCERO.- En firme esta providencia, por Secretaría devuélvase el expediente al despacho judicial de origen, previas las anotaciones del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá, en sesión de la fecha.

Los Magistrados

FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA

LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA

HOJA DE FIRMAS

MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

DEMANDANTE: DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA Y OTROS

DEMANDADO: ESE HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA

RADICADO: 15001-3333-014-2013-00100-01