

12/20

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

Tunja, 18 DIC 2018

| | |
|----------------------|--|
| DEMANDANTE: | DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA Y OTROS |
| DEMANDADO: | EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA |
| LLAMADO EN GARANTIA: | PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS |
| RADICACIÓN: | 150013333014-2013-00100-00 |
| ACCIÓN: | REPARACIÓN DIRECTA |

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

I. LA DEMANDA

1. PRETENSIONES DE LA DEMANDA (fls. 3-5)

Primera. Declarar administrativamente responsable a **La Empresa Social del Estado Hospital San Rafael de Tunja** de la totalidad de los daños y perjuicios morales y materiales (lucro cesante y daño emergente) que causó y continúa causándole a los demandantes, tanto individualmente considerados y como familia, 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 debieran practicársele tres (3) intervenciones quirúrgicas adicionales.

Segunda. Como consecuencia de la anterior declaración, como restablecimiento del derecho, se ordene a la **Empresa Social del Estado Hospital San Rafael de Tunja** a reconocer y pagar a los demandantes, a título de indemnización, la totalidad de los daños y perjuicios tanto morales como materiales sufridos por ellos, de la siguiente forma:

A. Como indemnización de perjuicios morales (o extrapatrimoniales), conforme a la doctrina reciente del H. Consejo de Estado, la cantidad de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la ejecutoria de sentencia, para cada uno de los demandantes o, en subsidio, la suma máxima que se reconozca por la jurisprudencia de esa Honorable Corporación, al momento de proferir la decisión, como indemnización del daño moral ocasionado a los demandantes, en las modalidades de daño moral subjetivado y daño moral objetivado, para cada uno de ellos, así:

1. El **daño moral subjetivado**, como recompensa al precio del dolor, como lo ha aceptado la doctrina jurisprudencial del H. Consejo de Estado, la cantidad de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de la sentencia, para cada uno de los demandantes o, en subsidio, la suma máxima que se reconozca por la jurisprudencia del H. Consejo de Estado para casos análogos. Para este evento se discrimina de la siguiente manera:

1.1 A la señora **DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA**, en su condición de **víctima**, la suma equivalente a CIENTO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.

1.2 A la señora **LUZ MARINA FONSECA BARÓN**, en su condición de Madre de la víctima, la suma equivalente a CIENTO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.

1.3 Al señor *PEDRO PABLO PEÑA NOCUA*, en su condición de Padre la víctima, la suma equivalente a CIEN SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.

1.4 Al Señor *ALEXANDER MANUEL SALAMANCA BERNAL*, en su condición Compañero Permanente de la víctima, la suma equivalente a CIEN SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.

2. El daño moral **objetivado**, se irroga como derivación natural del dolor que ha causado en la familia el suceso infausto ocurrido el día dieciséis (16) de mayo de 2011. Perjuicio que se sintetiza en la desmotivación para adelantar actividades productivas y de autorrealización, tal como lo ha dejado sentado la jurisprudencia del H. Consejo de Estado. Por lo que se solicita la cantidad de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de la sentencia, para cada uno de los miembros de la familia demandante, así:

2.1 A la señora *DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA*, en su condición de **víctima**, la suma equivalente a CIEN SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.

2.2 A la señora *LUZ MARINA FONSECA BARÓN*, en su condición de Madre de la víctima, la suma equivalente a CIEN SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.

2.3 Al señor *PEDRO PABLO PEÑA NOCUA*, en su condición de Padre la víctima, la suma equivalente a CIEN SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.

2.4 Al Señor *ALEXANDER MANUEL SALAMANCA BERNAL*, en su condición Compañero Permanente de la víctima, la suma equivalente a CIEN SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.

La indemnización de los perjuicios morales (subjetivados y objetivados), se decretará en salarios mínimos legales mensuales, tal como lo estableció la sentencia del 6 de septiembre del 2001, proferida por el H. Consejo de Estado. Magistrado Ponente, Doctor Allier Eduardo Hernández Enríquez.

B. Como indemnización de **perjuicios materiales** (o patrimoniales), en las modalidades de daño emergente y lucro cesante, experimentados por los demandantes, consistentes, en:

1. **Daño Emergente.** Las sumas de dinero que tuvo que sufragar la familia **PEÑA FONSECA** con motivo de la inadecuada intervención quirúrgica practicada el pasado dieciséis (16) de mayo de 2011 a la señora Paola Del Pilar Peña Fonseca, suma que asciende a Cuatro Millones de Pesos m/cte (\$ 4.000.000.), conforme a las constancias que se anexan y las que se alleguen en su oportunidad.

2. **Lucro Cesante.** Concretado en la pérdida de los ingresos derivados de la ocupación productiva de la señora *DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA* y su Compañero Permanente, el señor *ALEXANDER MANUEL SALAMANCA BERNAL*, quienes manejaban un pequeño negocio del cual proveían sus gastos familiares. El promedio de ingreso mensual de los señores *DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA* y *ALEXANDER MANUEL SALAMANCA BERNAL* era de Un Millón Quinientos Mil Pesos (\$1.500.000), producto del negocio tendero que tenían en la calle 12 No. 10 - 93 de la ciudad de Tunja.

3. La indemnización de los daños y perjuicios materiales a que se refiere el **numeral segundo**, se pagarán por el monto que se pruebe dentro del proceso, junto con los correspondientes intereses, que se demandan como parte del lucro cesante, debidamente actualizado, acorde con el índice de precios al consumidor o al por mayor, certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística - DANE -, con aplicación de las fórmulas de matemática financiera conocidas y utilizadas por la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, para la indexación de condenas como las que aquí se reclaman.



En subsidio y, para el evento que no hubiere en el expediente bases suficientes para hacer la liquidación de los perjuicios materiales y morales, en todo o en parte, esa H. Corporación, por el principio de reparación integral y justicia (art. 16 L. 446 de 1998), fijará en mil seiscientos (1600) salarios mínimos legales mensuales liquidados a la fecha de ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso, aplicando para el efecto los artículos 228 de la Constitución Política, y los artículos 4 y 8 de la ley 153 de 1887 y 16 de la ley 446 de 1998.

Tercera. Como indemnización de perjuicios “**por daño a la vida en relación**” (antes llamados perjuicios fisiológicos), consistentes, en que el suceso acaecido a la señora Delia Paola Del Pilar Peña y la lesión y afecciones derivadas de ello, dejó secuelas en su intimidad, en sus relaciones interpersonales, en su estética y, en general, en el proceso de su autorrealización, pues sus actividades que antes eran comunes y de fácil realización, ahora se le dificultan, incluso por el daño psicológico derivado de la inadecuada intervención quirúrgica; por lo cual, como indemnización por daño en la vida a la vida en relación, se demanda el monto de 100 SMLMV, pagados únicamente a la señora Delia Paola Del Pilar Peña.

Cuarta. Ordenar que la Sentencia se liquide y pague conforme lo establecen los artículos 187, 189, 192, 193, 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), éste último, de conformidad con lo establecido en las fórmulas de matemáticas financieras aceptadas por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

2. HECHOS DE LA DEMANDA (fls. 5-9)

Se exponen los siguientes:

PRIMERO: La familia Peña Fonseca, está compuesta por los esposos Pedro Pablo Peña Nocua y Luz Marina Fonseca, padres de la señora Delia Paola Del Pilar Peña Fonseca.

SEGUNDO: La señora Delia Paola Del Pilar Peña, a su vez, mantiene - desde hace 5 años - Unión Marital de Hecho con el señor Alexander Manuel Salamanca Bernal.

TERCERO: El día quince (15) de mayo de 2011, cuando transcurrían las 5:00 de la madrugada, debido a un fuerte dolor abdominal, la señora Delia Paola Del Pilar Peña Fonseca ingresó a la unidad de urgencias a la E.S.E. Hospital San Rafael. Allí fue atendida y valorada por el Doctor Mogollón, médico de turno.

CUARTO: Tras un fuerte episodio de vómito, siendo las 6:30 de la mañana, la señora Delia Paola Del Pilar Peña Fonseca fue nuevamente valorada por el Doctor Mogollón, quien le diagnostica “gastritis severa”, ordenando canalizar a la paciente; suministró de medicamentos como Ranitidina y mantener a la paciente en observación por el término de una hora, esto con el fin de evidenciar su evolución frente al tratamiento señalado.

QUINTO: No obstante lo anterior, con el paso del tiempo el dolor abdominal que afligía a la señora Delia Paola Del Pilar Peña Fonseca se agudizó, razón por la cual a ésta se le facilitó una camilla, continuando bajo observación médica. En esta situación se mantuvo hasta las 9:50 de la noche del mismo 15 de mayo, hora en la que el médico de turno, considerando el severo cólico biliar que afectaba a la paciente Delia Paola Del Pilar Peña Fonseca, ordenó que ésta fuera intervenida quirúrgicamente.

SEXTO: De los registros médicos que obran en la historia clínica – aun cuando éstos no son los más claros - se infiere que la intervención quirúrgica practicada a la paciente Delia Paola Del Pilar Peña Fonseca, consistía en el procedimiento denominado “Colecistectomía” por severa “Colecistitis por Colelitiasis”. (Folio 48 de la Historia Clínica)

SÉPTIMO: El día dieciséis (16) de mayo de 2011, siendo las 10:00 de la mañana, se intervino quirúrgicamente a la señora Delia Paola Del Pilar Peña Fonseca, la cual fue adelantada por el médico cirujano Dr. Barreto. (Folio 62 de la historia clínica).

OCTAVO: Durante la etapa pos-quirúrgica, la paciente Delia Paola Del Pilar Peña Fonseca señaló, en reiteradas ocasiones, que padecía un fuerte dolor abdominal, en el sitio de la herida quirúrgica. Dolor que se agudizó al día siguiente de la referida intervención, esto es, el 17 mayo. Hecho que se consignó en la historia clínica, de la siguiente manera *“paciente refiere dolor importante en la herida quirúrgica, náuseas y dificultad al respirar” (...)* *“paciente quien persiste en dolor abdominal principalmente en sitio de la herida quirúrgica”* (Folio 48 de la Historia Clínica).

NOVENO: Es de resaltar que frente a las afecciones y dolencias manifestadas por la paciente Delia Paola Del Pilar Peña Fonseca, el tratamiento médico consistió en la simple aplicación de medicamentos y calmantes, tales como, “morfina”. Tratamiento, que dicho sea de paso, resultó inocuo, pues el dolor abdominal persistió y con el transcurso del tiempo empeoró.

DÉCIMO: Debido al persistente dolor abdominal y al drenaje de líquido en el sitio operatorio -hecho que por sí solo deja entrever que la cirugía se practicó inadecuadamente-; el día 20 de Mayo (4º día de posoperatorio), los médicos tratantes decidieron practicarle a la paciente Delia Paola Del Pilar Peña Fonseca un “CPRE”, efectuado el día 21 de Mayo.

DÉCIMO PRIMERO: Con base en la información que obra en la historia clínica de la paciente en cuestión, es propio advertir la ausencia de exámenes médicos (ecografías, tomografías, entre otros.) que justificarán la realización del procedimiento arriba señalado. Esta circunstancia nos permite afirmar que la decisión de realizar el “CPRE” se tomó con base en consideraciones subjetivas a priori, no en dictámenes médicos y técnico científicos. Seguramente, por esta razón, ningún tratamiento médico obró en la paciente Delia Paola Del Pilar Peña Fonseca, por contrario, su evolución médica empeoró progresivamente y los procedimientos médicos jamás superaron el dolor abdominal que la aquejaba.

DÉCIMO SEGUNDO: Debido a la actitud asumida por los médicos tratantes, quienes en reiteradas ocasiones le insinuaron y reprocharon a la señora Delia Paola Del Pilar Peña Fonseca que ellos no tenían la culpa del fracaso de los procedimientos médicos hasta ese momento practicados, la paciente sufrió problemas emocionales, debiendo ser valorada y tratada por psiquiatría, donde le aplicaron sedantes sin previa autorización de la paciente o, en su defecto, de su familia.

DÉCIMO TERCERO: Aun cuando la paciente Delia Paola Del Pilar Peña Fonseca no había superado el dolor abdominal que la aquejaba, tras haber permanecido 15 días hospitalizada, ésta fue dada de alta del servicio general de la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja.

DÉCIMO CUARTO: Ya en su morada de habitación, el dolor abdominal, específicamente a la altura de la herida producida con la cirugía practicada, persistió y continuó agobiando a la señora Delia Paola



Del Pilar Peña Fonseca. Sea de paso señalar que este dolor solo se aliviaba con la aplicación de antibióticos que adquiría con el poco dinero que poseía.

DÉCIMO QUINTO: Debido a la fiebre producida por los intensos dolores abdominales que afectaban a la señora Delia Paola Del Pilar Peña Fonseca, el día 28 de junio de 2011, cuando transcurrían las 11:40 de la mañana, ésta ingresó nuevamente a la unidad de procedimientos mínimos de urgencias de la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja, donde fue evaluada por uno y otro médico, entre ellos, el Dr. Barragán, quien señaló, como causa del dolor abdominal, la extracción inicial de la vesícula, con el agravante que ésta había brotado nuevamente aún más grande, diagnostico a todas luces errado y contrario a la verdadera fuente de su dolencia, tal y como se evidenciará más adelante.

DÉCIMO SEXTO: Finalmente, siendo las 10: 00 de la noche, la señora Delia Paola Del Pilar Peña Fonseca fue valorada por el Dr. Manrique, quien a más de ordenar la hospitalización de la paciente, decidió practicarle algunos exámenes médicos. Así, cuando transcurrían las 11:00 de la noche, considerando los resultados de los exámenes practicados, el Dr. Manrique ordenó intervenir quirúrgicamente a la paciente Delia Paola Del Pilar Peña Fonseca (1ª intervención quirúrgica adicional a la practicada el 16 de mayo de 2012); la cual fue practicada por el propio Dr. Manrique.

DÉCIMO SÉPTIMO: Al culminar la intervención quirúrgica señalada, hacia la 1:30 de la madrugada del 29 de junio, el Dr. Manrique informó a los familiares de la paciente que se había presentado un absceso biliar y que esa situación había motivado la nueva intervención quirúrgica. Además, que los resultados de la cirugía habían sido exitosos.

DÉCIMO OCTAVO: El día 04 de julio de 2011, luego de un corto proceso de recuperación, la paciente Delia Paola Del Pilar Peña Fonseca fue dada de alta de la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja.

DÉCIMO NOVENO: No obstante lo anterior, el día 02 de julio de 2011, como quiera que el dolor abdominal persistía intensamente, la paciente Delia Paola Del Pilar Peña Fonseca asistió nuevamente a la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja, esta vez a la unidad de medicina general. Allí fue atendida por el Dr. Limas, quien determinó que la paciente padecía una “fistula biliar”, por lo que ordenó practicar una nueva intervención quirúrgica (2ª intervención quirúrgica adicional la practicada el 16 de mayo de 2011), consistente, en la realización de un “CPRE” y “retiro de STENT”. Circunstancias que aparecen registradas a folio 45 de la Historia Clínica de la paciente en cuestión. Dicho procedimiento se practicó el mismo 02 de julio de 2011, fungiendo como médico cirujano el propio Dr. Limas.

VIGÉSIMO: 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 Delia Paola Del Pilar Peña Fonseca, con ocasión de la cirugía realizada el 16 de mayo de la misma anualidad. Este hecho se deduce de la información que obra en la Historia Clínica así: en el formato de consentimiento informado diligenciado el 02 de Julio de 2011, previo a intervenir quirúrgica a la señora Delia Paola Del Pilar Peña Fonseca, el anestesiólogo señaló: “...**el procedimiento se realiza para: retiro de cuerpo extraño biliar...**”. Concordante con lo anterior, en el informe quirúrgico se indicó: “... **Descripción de hallazgos operatorios, procedimiento y complicaciones. Hallazgo: Stent Plástico transpapilar**” (...).

VIGÉSIMO PRIMERO: Con lo dicho hasta aquí 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 Delia Paola Del Pilar Peña Fonseca, exactamente

a la altura del abdomen, circunstancia que a la postre 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 de la señora Delia Paola Del Pilar Peña Fonseca. 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 Delia Paola Del Pilar Peña Fonseca.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Los padecimientos médicos de que fue víctima la Señora Delia Paola Del Pilar Peña Fonseca, contrajo perjuicios físicos imborrables, pues su cuerpo, exactamente a la altura abdominal, quedó marcado con una protuberante cicatriz para toda la vida. El hecho también supuso perjuicios morales difíciles de superar tanto para la directa víctima como para su familia, pues su señora madre, padre y compañero permanente vivieron y padecieron los dolores y sufrimientos resistidos por su hija y compañera.

VIGÉSIMO TERCERO: Además de los padecimientos médicos narrados, la señora Delia Paola Del Pilar Peña Fonseca, tuvo que cerrar un negocio tendero, denominado “Coffe’s & Beer” de propiedad de la pareja conformada por Delia Paola del Pilar Peña Fonseca y Alexander Manuel Salamanca, de donde provenían sus ingresos. Dicho negocio se ubicaba en la calle 12 No. 10 - 93 de la ciudad de Tunja, fue inaugurado en octubre de 2010. Negocio que montaron con préstamos y tuvieron que cerrar cuando le practicaron la segunda cirugía a la Señora Delia, ya cuando volvieron fue a recoger las pocas cosas que les quedaban.

VIGÉSIMO CUARTO: Actualmente, tanto la señora Delia Paola Del Pilar Peña Fonseca como su compañero permanente, no poseen un trabajo estable y prácticamente les toca vivir de la caridad de sus padres y amigos. Además, debido al infortunado suceso médico, se vieron avocados a contraer préstamos monetarios para costear gastos como alimentación, transportes, medicamentos, materiales de desinfección, curaciones, préstamos que actualmente, se encuentran pagando.

VIGÉSIMO QUINTO: Durante los días en que la señora Delia Paola del Pilar Peña Fonseca permaneció hospitalizada en la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja, estuvo acompañada de su compañero sentimental, el señor Alexander Manuel Salamanca. Éste debía acompañarla tanto en el día como en la noche, toda vez que la señora Delia Paola del Pilar Peña Fonseca, requería asistencia para desarrollar casi todas sus labores cotidianas, tales como, bañarse, vestirse, dirigirse al baño, alimentarse, levantarse, entre otras. En las noches para poder acompañar a su compañera en el Hospital San Rafael de Tunja, el señor Alexander Manuel Salamanca, debía permanecer sentado en una silla plástica. Se precisa que era exigencia del hospital que permaneciera una persona acompañando a la señora Delia Paola del Pilar Peña Fonseca.

VIGÉSIMO SEXTO: Sobre la deuda que se generó con ocasión de la hospitalización de la señora Delia Paola Del Pilar Peña Fonseca, cabe destacar que al momento en que ésta fue dada de alta de la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja, ni ella ni su compañero permanente (Manuel Alexander) tenían recursos económicos para asumir y satisfacer el pago de la obligación referida, pues el negocio de donde provenían los ingresos (Coffe’s & Beer), como se dijo, debió cerrarse por la permanencia de la señora Delia en el Hospital y el hecho que su compañero permaneció acompañándola. Finalmente, quien tuvo que asumir el pago de parte de la cuenta generada en el Hospital San Rafael de Tunja, fue el señor padre la señora Delia Paola Del Pilar Peña Fonseca. Así, el padre de la señora Delia sufragó, mediante



recibo de cartera No. 134819, el valor de \$ 350.000 pesos M/C, quedando una deuda por valor de \$ 177.168 pesos M/C.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Por último, cabe señalar que la señora Delia Paola Del Pilar Peña Fonseca, tras superar los impases quirúrgicos anotados, logro quedar embarazada, no obstante, debido a las secuelas de la practicas quirúrgicas inadecuadas, su embarazo fue calificado "de alto riesgo", circunstancia que derivó en cuidados y tratamientos especiales para que el proceso de gestación prosperara. La calificación del embarazo contraído por ella se demuestra con los diagnósticos médicos que al respecto se anexan.

VIGÉSIMO OCTAVO: Mediante Certificación expedida el 12 de julio de 2013 por el Procuraduría 177 Judicial para Asuntos Administrativos se acredita de agotamiento del requisito de Conciliación previo y cumplimiento del requisito de procedibilidad de que trata la ley 640 de 2001.

3. FUNDAMENTOS DE DERECHO Y DE OCURRENCIA DEL DAÑO

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

a) Constitucionales:

Preámbulo, artículos 2, 3, 6, 11, 42, 49, 90, 122 123, 228 y ss.

b) Legales:

El artículo 138 del C.P.A.C.A.; los artículos 411 y ss. 1613 y ss. 2341 y 2347 del C.C.; los artículos 4º y 8º de la ley 153 de 1887; el artículo 97 del C.P., y **el artículo 16 de la ley 446 de 1998**. Así como el artículo 164 del C. de P. C. y demás normas pertinentes y concordantes que fundamentan las pretensiones.

Por su parte para explicar el daño, señala que los hechos relacionados se enmarcan dentro del denominado oblitio quirúrgico que se ha considerado como una mala ejecución de los cuidados médicos o *quirúrgicos* que constituyen una culpa o falla probada en la prestación de servicios de salud, de manera que es evidente que el olvido de un cuerpo extraño constituyó una falla en la prestación del servicio médico imputable a la entidad demandada, debida al descuido con que se actuó en tal intervención, lo que da lugar a una indemnización a título de reparación a favor de los demandantes por los daños causados.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

- **E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA (fls. 195-213)**

Señala el apoderado que los hechos 1, 2, 23, 24, 25, 26 y 27 no le constan, el 3 es cierto, son parcialmente ciertos el 4, 5, 6, 7, 8, 16, 17, 18, 19, no son hechos el 9 y el 28 y, no son ciertos el 10, 11, 12, 13, 14, 15, 20, 21 y 22. De igual modo se opone a las pretensiones de la acción.

Fundamenta su defensa, respecto de la señora **DELIA DEL PILAR PEÑA FONSECA**, en que la atención inicial de urgencias fue oportuna y se ajustó a los estándares institucionales establecidos para la materia y a la condición crítica de la paciente, pues el procedimiento se enfocó a salvarle la vida y a un posoperatorio conforme a los protocolos del caso, garantizándosele el acceso a todos los servicios, estudios de imágenes y laboratorios que requería, encontrándose además registros de la aplicación de medicamentos y cuidados de enfermería pertinentes, así como cuidados terapéuticos.

Refiere que se cuenta con un protocolo para la realización de procedimientos quirúrgicos y uno de sus pasos es el conteo de elementos, haciéndose el recuento completo de compresas, siendo por demás una atención pertinente por parte del equipo de cirujanos y quirúrgico con apoyo de los exámenes e imágenes diagnósticas a ella practicados, garantizándose además la continuidad en el servicio.

Alega que la entidad actuó conforme a las guías y protocolos médicos, debiendo determinarse si se configuran los elementos de la responsabilidad, correspondientes al daño antijurídico y su imputabilidad, así como la conducta y el nexo causal, sin hallarse demostrado que se haya actuado con impericia, negligencia o imprudencia, sino que por el contrario, los tratamientos realizados a la paciente fueron adecuados y orientados a preservar su vida, careciendo los argumentos de la demanda de fundamentos probatorios y jurídicos.

Propuso como excepciones las que denominó *inexistencia de la falla en el servicio, inexistencia del nexo de causalidad, inexistencia de causa legal y genérica innominada*.

III. LLAMAMIENTO EN GARANTIA

El apoderado de la entidad demandada **E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA**, llamó en garantía a la **PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**, por cuanto adquirió póliza de responsabilidad civil N° **1002711** con dicha entidad para amparar la responsabilidad civil profesional médica derivada de la prestación del servicio de salud (R.C. clínicas y hospitales) y teniendo en cuenta la fecha de los hechos cuya responsabilidad se discute, la llamada a responder a nombre del Hospital, por los perjuicios generados por la prestación del servicio de salud y existir acuerdo de amparo vigente para la época, sería la aseguradora.

Así, el apoderado de la entidad se pronunció a folios 51 a 59 del cuaderno de llamamiento y señala que se opone a las pretensiones de la acción al no configurarse ninguna responsabilidad médica de la **E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA**, pues no se encuentran acreditados los elementos generadores de aquella. En relación con los hechos de la demanda que no le constan, con excepción del 9,12, 21, 22 y 28 no son hechos.

Refiere que coadyuva las excepciones propuestas en la contestación de la demanda de la **E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA** y adicionalmente propone como excepciones de la demanda las que llamó *Inexistencia de la obligación, actividad médica es de medio y no de resultado, e improcedencia de los perjuicios morales como están solicitados*.

En lo que respecta a los hechos del llamamiento manifiesta que son ciertos el 1, 2, 3 y que el 4 no es cierto, añade que la vigencia inicial del contrato consignado en la póliza de seguro de responsabilidad civil N° **1002711**, abarcaba desde el 24 de octubre de 2010 hasta el 24 de octubre de 2011, con una cobertura sobre la modalidad **CLAMIS MADE o por reclamación**, por lo que los eventos cubiertos son los que fueron reclamados y notificados por primera vez durante la vigencia de la póliza, en razón a



la responsabilidad médica en que se incurra, exclusivamente como consecuencia de cualquier acto médico derivado de la prestación de servicios profesionales de atención en salud de las personas, de eventos ocurridos durante la vigencia de la póliza y reclamados hasta dentro de un periodo de dos años después de finalizada su vigencia, de modo que si la reclamación extrajudicial se llevó a cabo el **12 de julio de 2013**, la póliza no tiene la cobertura solicitada por la entidad demandada.

Propone como excepciones al llamamiento las que denominó *Falta de cobertura de la póliza de responsabilidad civil N° 1002711, vigencia 24/10/2010 al 24/10/2011 mediante la cual se llamó en garantía a la Previsora S.A. Compañía de seguros; limitación a la cobertura de daños extrapatrimoniales, exclusivamente al daño moral en la póliza de responsabilidad civil número 1002711, límite de valor asegurado; limitación de responsabilidad de la PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS al monto de la suma asegurada, artículo 1079 del Código de Comercio; limitación de la responsabilidad de la PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS a la disponibilidad del valor asegurado por concepto de responsabilidad civil, artículo 111 del Código de Comercio, aplicación del deducible pactado en la póliza y cualquier otro medio exceptivo que resulte probado dentro del proceso y que se oponga al llamamiento.*

IV. TRASLADO DE EXCEPCIONES

El traslado de las excepciones se dio entre el 22 y hasta el 26 de mayo de dos mil quince (fl. 414), oportunidad dentro de la cual el apoderado actor se pronunció indicando a folios 415 a 419 del plenario, que:

Respecto de las planteadas por la **E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA**, *Inexistencia de falla en el servicio*, refiere que no hay lugar a ella pues se encuentra demostrado que el olvido de un cuerpo extraño en el abdomen de la demandante el 16 de mayo de 2011, durante un procedimiento quirúrgico, implicó la práctica de dos procedimientos quirúrgicos adicionales y de otros dos procedimientos médicos denominados "CPRE" y retiro de un cuerpo extraño, presentándose una falla en el servicio imputable a la entidad demandada, concluyendo que no hubo acceso, oportunidad, seguridad, pertinencia ni continuidad en el servicio a ella prestado. *Inexistencia de nexo de causalidad*, destaca que tampoco debe prosperar pues con su actuar la entidad demandada produjo consecuencias adversas en la salud de la demandante, así la conducta desplegada el 16 de mayo de 2011, en la que se dejó un cuerpo extraño en su organismo, causó un daño y una infección, debiendo ser sometida a dos cirugías adicionales el 28 de junio y el 2 de agosto de 2011, lo que evidencia el nexo de causalidad. *Inexistencia de causal legal*, destaca que tampoco debe ser declarada toda vez que las actuaciones médicas de que fue objeto la paciente revelaron una clara falta de cuidado, destreza, habilidad y pericia.

En torno a las excepciones propuestas por la **PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS** como llamada en garantía: *Inexistencia de la obligación*, indica que los argumentos planteados se desvirtúan pues se encuentran probados los hechos y consecuencias alegadas en el libelo introductorio. *Actividad médica es de medio y no de resultado*, no debe prosperar por los mismos planteamientos. *Imprudencia de los perjuicios morales como está solicitados*, manifiesta que la tasación de los referidos perjuicios corresponde al Juez pero que debe hacerse conforme a lo solicitado y probado en el proceso, comoquiera que las dificultades de salud por las que la señora **DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA** atravesó, indudablemente alteraron las condiciones de vida de cada uno de los demandantes.

No se pronunció frente a las excepciones planteadas en lo relacionado con el llamamiento en garantía.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

1. AUDIENCIA INICIAL

Admitida la demanda el día 17 de octubre de 2013 (fls. 176-178) fue notificada la **E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA**, quien contestó en fecha 09 de octubre de 2014 como se verifica a folios 195 a 213, y el llamado en garantía **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS** se pronunció el 24 de septiembre de 2014 (fls. 51-59). Se procedió a realizar audiencia inicial el 14 de diciembre de 2015 (fls. 431-436), previa convocatoria mediante auto de fecha 15 de octubre de la misma anualidad (fl. 423), desarrollándose la misma en los términos del artículo 180 del C.P.A.C.A, concluyéndose con la fijación de fecha para la audiencia de pruebas para el día 7 de marzo de 2016.

2. AUDIENCIA DE PRUEBAS

Se realizaron durante los días 7 de marzo de 2016 (fls. 474-480), 4 de mayo de 2016 (fls. 505-513), 17 de agosto de 2016 (fls. 534-536), 10 de julio de 2017 (fls. 621-622), 18 de octubre de 2017 (fls. 674-678), 15 de agosto de 2018, disponiéndose correr traslado para alegar. (fls. 1047-1050)

IV. ALEGATOS

1. PARTE DEMANDANTE (fls. 1071-1078)

Sostiene que se encuentra probada la relación filial de los demandantes con la paciente **DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA**, añade que conforme al peritaje obrante en el expediente, el 16 de mayo de 2011 se le practicó a ella un procedimiento quirúrgico de rescate llamado colecistectomía subtotal. En cuanto al realizado el 21 de mayo del mismo año consistente en una CPRE anota que por la fuga biliar, se colocó un stent. En lo que respecta al procedimiento del 28 de junio de 2011, explica que consistió en laparotomía exploratoria, liberación de adherencias, drenaje de absceso y retiro de textiloma al interior del mismo generado de la cirugía del 16 de mayo, más colocación de dren. Apunta que el 02 de agosto de 2011 tuvo un último procedimiento consistente en endoscopia mínimamente invasiva de CPRE, para demostrar la resolución de la fuga biliar y retiro del stent, procedimientos todos que en general se encaminaron a salvaguardar la vida de la paciente, excepto en el que se realizó el retiro del textiloma pues su objeto fue precisamente retirar el cuerpo extraño.

Añade que si bien no se encontró el registro de uso de hemostáticos en la intervención practicada el 16 de mayo de 2011, el textiloma se halló al interior del lecho operatorio de aquella, ocasionándole la práctica de una nueva intervención, hospitalización y antibiótico, lo que causó en sus familiares cercanos afecciones, situación que se probó con la testimonial practicada.

Agrega que en el caso examinado se materializó la falla en la prestación del servicio médico, consistente en un oblitio quirúrgico derivado del procedimiento quirúrgico practicado el 16 de mayo de 2011, imputable a la entidad demandada y atribuible a la indebida o inadecuada práctica, de manera que se encuentra probado que la intervención realizada el 28 de junio de ese mismo año obedeció única y exclusivamente a la necesidad de retirar el textiloma que se dejó olvidado y tratar la infección que causó de manera acelerada el mismo, por eso la falla médica se configura por dicho



olvido, pues conllevó a hospitalización de la paciente y a que su embarazo se calificara como de alto riesgo.

Señala que conforme a lo probado en el plenario, resulta pertinente aplicar el sistema de reparación integral para daños materiales e inmateriales a favor de los demandantes, conforme a la SU del 28 de agosto de 2014, reiterada en la sentencia del 20 de octubre de 2014 y proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado, debiendo reconocerse de oficio o a petición de parte *la afectación o vulneración relevante de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados*, pues en casos excepcionales, cuando las medidas de satisfacción no sean suficientes o posibles para consolidar la reparación integral podrá otorgarse una indemnización única y exclusivamente a favor de la víctima directa, mediante el establecimiento de una medida pecuniaria, siempre que la indemnización no hubiere sido reconocida con fundamento en el daño a la salud.

Precisa que la reparación integral debe atender a dos principios orientadores como son la dignidad humana y la igualdad, quedando demostrado que la vida y la integridad física de la señora **DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA** se vieron afectadas como consecuencia de la situación médica que enfrentó, particularmente por el oblitio quirúrgico materializado en su caso, viéndose sometida a las consecuencias físicas y psicológicas que ello produce, sufriendo menoscabo por la situación de miedo y zozobra de perder su vida y además por la protuberante cicatriz que quedó en su zona abdominal, derivando todo en conjunto en una afectación emocional y un daño moral para ella y su familia.

Indica que a lo anterior debe agregarse el hecho que la paciente perdiera su trabajo pues tuvo que abandonar la actividad con las que solventaba sus necesidades básicas, causando perjuicios materiales a título de lucro cesante y daño emergente al haber tenido que clausurar el establecimiento de comercio por la enfermedad padecida que no debió tomar más de unos pocos días de recuperación y que se extendió por más de dos meses, así como la adquisición de obligaciones pecuniarias para cubrir diferentes gastos y subsistir, generando adicionalmente toda esta situación, daños en su salud física y psicosocial, de modo que hay lugar a despachar favorablemente las pretensiones de la demanda.

2. E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA (fls. 1069-1070)

Reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, detallando que la atención que se prestó a la señora **DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA** fue eficiente, oportuna, adecuada y ajustada a los protocolos, así que no hubo negligencia frente a la paciente.

Refiere que para que se configure la responsabilidad estatal, debe existir un daño antijurídico que le sea imputable bajo cualquiera de los títulos, estableciendo el daño a partir del análisis del acto médico como una actividad compleja que no se agota en un solo momento sino que involucra la atención previa, el diagnóstico, el tratamiento y el seguimiento.

Destaca que la prestación del servicio o actividad médico-hospitalaria es de naturaleza subjetiva, siendo la falla probada en el servicio el fundamento de la imputación la que encuadra en esos casos, sin acreditarse tal situación por parte de sus galenos, requiriéndose para demostrar dicho fallo, la culpa de la Administración, lo que significa que además de acreditar la actuación, el daño y el nexo causal, se precisa evidenciar que el Estado se ha alejado de los criterios del buen servicio público.



Indica que conforme a la patología de la paciente y al peritaje que reposa en el expediente, consistente en colecistitis necrosada, se requería un procedimiento quirúrgico de rescate dado por una colecistectomía subtotal, más colocación de dren, presentando de manera estable y controlada una fuga biliar, manejada exitosamente con stent y posterior retiro del mismo en una CPRE, con riesgos mínimos pues se controló el foco infeccioso, se resolvió la fuga biliar y se evitó una complicación mayor, tratándose además de un proceso difícil por el grado de deterioro de la paciente, teniendo en cuenta que con posterioridad al procedimiento el 40% de los pacientes pueden desarrollar infección y requerir nuevos procedimientos, salvaguardando la vida de la persona como se verificó en el *sub examine*.

Refiere que desafortunadamente se encontró en la demandante un oblitio quirúrgico derivado de la primera intervención, que por su alta complejidad requería de material hemostático y por sus diminutas partes era muy difícil de controlar, siendo en todo caso requerido para ese tipo de cirugías, dándosele un manejo adecuado que no representó incidencia fatal y por el contrario se garantizó el servicio con oportunidad y eficiencia, habiendo lugar a negar las pretensiones de la acción.

3. LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS. (fls. 1061-1066)

Arguye el apoderado respecto de la señora **DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA** que desde su ingreso a la entidad hospitalaria, se le suministró la atención que requería, situación que se encuentra debidamente documentada, así que las complicaciones de salud que sufrió se debieron a sus condiciones fisiológicas, por lo que los elementos de la responsabilidad no aparecen configurados, no existiendo falla en el servicio. Reitera las excepciones que propuso en la contestación de la acción y del llamamiento en garantía.

Solicita se desestimen las pretensiones de la demanda y se libere de toda responsabilidad a la aseguradora, aclarando que en caso de ser condenada la entidad de salud, deberá limitarse la condena a los términos y condiciones de la póliza vigente para el momento en que se presentó la reclamación al Hospital.

6. MINISTERIO PÚBLICO

Guardó Silencio.

V. ANÁLISIS PROBATORIO

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



- **Documentales:**

- **De la parte demandante**

- **Las documentales arrimadas corresponden a:**

- Registro civil de nacimiento de la señora **DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA**, nacida el 4 de mayo de 1980, hija de los señores **LUZ MARINA FONSECA BARON** y **PEDRO PABLO PEÑA NOCUA**. (fl. 16)
- Fotocopia de la cédula de ciudadanía de la señora **DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA**. (fl. 17)
- Fotocopia de la cédula de ciudadanía de la señora **LUZ MARINA FONSECA BARON**. (fl. 18)
- Fotocopia de la cédula de ciudadanía del señor **PEDRO PABLO PEÑA NOCUA**. (fl. 19)
- Fotocopia de la cédula de ciudadanía del señor **ALEXANDER MANUEL SALAMANCA BERNAL**. (fl. 20)
- Fotografías sin fecha del antes y después de las intervenciones practicadas a la señora **DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA**. (fls. 146-150)
- Registro civil de matrimonio del **5 de febrero de 1973** de los señores **LUZ MARINA DE FATIMA FONSECA BARON** y **PEDRO PABLO PEÑA NOCUA**. (fl. 151)
- Copia de la Ordenanza N° 008 del **21 de abril de 1989**, por la cual se crean unos Hospitales y se dictan otras disposiciones. (fls. 144-145)
- Consulta en la BDU de la señora **DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA**, del **05 de julio de 2011** donde aparece como retirada del régimen subsidiado de la EMPRESA MUTUAL PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA SALUD ESS, EMDISALUD ESS, a la que pertenecía desde el **15 de septiembre de 2009**. (FL. 28)
- Fotocopia de letra de cambio suscrita el **1 de septiembre de 2010**, con fecha de vencimiento del 1 de septiembre de 2012, a favor del señor CAYETANO CELY PRIETO. (fl. 139)
- Certificación de la Alcaldía Municipal de Tunja, donde la señora **DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA**, figura como vinculada al SISBEN desde el **19 de octubre de 2010**. (fl. 30)
- Consulta en la BDU de la señora **DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA**, donde aparece como afiliada al régimen subsidiado desde el **29 de junio de 2011** a la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DE BOYACA. (fl. 26)
- Historia clínica de la señora **DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA**, desde el **16 de mayo de 2011** hasta el 14 de septiembre del mismo año. (fls. 31-137)
- Recibo de cartera N° 134819 del **23 de mayo de 2011**, por valor de \$350.000, con firma de pagaré por valor de \$177.168. (fl. 135)

- Carné de salud de la señora **DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA**, perteneciente a **COMFABOY EPS-S**, con fecha de afiliación del **29 de junio de 2011**. (fl. 21)
- Respuesta del **15 de julio de 2011** al derecho de petición elevado por la señora **LUZ MARINA FONSECA BARON**, donde la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA señala que en el momento de la prestación de los servicios de salud requeridos, no se evidenció que la paciente estuviera afiliada a **EMDISALUD EPS**, de modo que no procede el reembolso pedido pues la solicitante pertenece al sistema como vinculado nivel 2 de atención del SISBEN y por ello debe cancelar el 10%. (fls. 24-25)
- Estado de cuenta tarjeta de crédito COLPATRIA, con fecha de corte del **12 de noviembre de 2011** y pago mínimo por \$1.068.421. (fl. 138)
- Autorización de servicios médicos y/o suministros del **01 de junio de 2012** a favor de la señora **DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA**, con anotación de **supervisión de embarazo de alto riesgo, diagnóstico hipotiroidismo no especificado**. (fl. 140)
- Historia clínica de consulta externa de fecha **16 de agosto de 2012** de la señora **DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA**, donde se indica que la paciente desea cesarea por antecedente de cuatro cirugías el año anterior. (fl. 141)
- Registro civil de nacimiento del menor **MANUEL SANTIAGO SALAMANCA PEÑA**, del **04 de septiembre de 2012**, hijo de los señores **DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA** y **ALEXANDER MANUEL SALAMANCA BERNAL**. (fl. 143)
- Declaración extraprocésal del **19 de marzo de 2013** donde la señora **DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA** y el señor **ALEXANDER MANUEL SALAMANCA BERNAL** señalan que conviven bajo el mismo techo y tienen un hijo llamado **MANUEL SANTIAGO SALAMANCA PEÑA**. (fl. 21)

➤ **Documentales solicitadas:**

- Oficiar a la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, para que allegara con destino al proceso el certificado donde constaran todos y cada uno de los conceptos y pagos efectuados por la paciente **DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA**, identificada con la CC N° 40.048.372 de Tunja.

Lo anterior fue cumplido mediante el Oficio N° 2010 del 14 de diciembre de 2015 (fl. 437) y la respuesta se observa a folio 461, detallándose que el 23 de mayo de 2011, se generó la factura 1645198 por valor de \$527.168, de los cuales se cancelaron \$350.000 y se firmó un pagaré por el saldo de la cuenta de \$177.168, haciendo un abono de \$60.000, con un pendiente de \$117.168. Además se señala que \$135.816 se devolvieron el 06 de julio de ese mismo año a la señora **LUZ MARINA FONSECA**, madre de la paciente, por autorización de facturación.

➤ **Pericial**

Oficiar al **INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES DIRECCION REGIONAL ORIENTE**, para que una vez designado el profesional idóneo, evaluara la historia clínica de la señora **DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA** y respondiera el cuestionario visto a folio 12 del expediente.

Se cumplió con Oficio N° 2011 del 14 de diciembre de 2015 (fl. 438), se requirió con el N° 287 del 7



de marzo de 2016 (fl. 481), 582 del 12 de abril de 2016 (fl. 489). La entidad se pronunció a folios 522 a 530 y absuelve los interrogantes de la parte demandante únicamente, por lo que en audiencia del 10 de julio de 2017 se le otorgó un término para resolverlas, (fls. 621-622), siendo allegada como se verifica a folios 630 a 639, llevándose a cabo la contradicción del dictamen en audiencia del 18 de octubre de 2017 (fls. 674-677), determinándose la imposibilidad de la profesional que lo suscribió, dar respuesta a los interrogantes planteados.

Concomitante con lo anterior, se había ordenado oficiar a la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional para que agotara la prueba pericial, con Oficio N° 785 del 4 de mayo de 2016 (fls. 514-515), entidad que se pronunció a folio 521, indicando los gastos y el procedimiento para poder adelantar la pericia, concluyéndose que no estaba en capacidad de sufragar el costo.

Finalmente en la misma audiencia del 18 de octubre de 2017 (fls. 674-677), se decidió que la pericia sería absuelta por un profesional de la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional y que el costo sería asumido por la entidad demandada, de modo que finalmente el dictamen se aportó a folios 742 a 751 y la contradicción se llevó a cabo el 15 de agosto de 2018 (fls. 1047 a 1050).

El Doctor GUIHOVANY ALBERTO GARCIA CASILIMAS, en la contradicción expuso a folio 1050: *"a la señora DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA se le practicaron cuatro procedimientos quirúrgicos: El 16 de mayo de 2011, el primer procedimiento de colecistectomía subtotal por colecistitis gangrenosa más colocación de dren subhepático; el 21 de mayo de 2011 el segundo procedimiento una colangiopancreatografía retrógrada endoscópica o CPRE por sus siglas más papilotomía más inserción de stent plástico como tratamiento de una fuga biliar, este es un procedimiento que se realiza por endoscopia y es considerado mínimamente invasivo; el 28 de junio de 2011 un procedimiento de laparotomía exploratoria más liberación de adherencias más drenaje de absceso más retiro de textiloma N° 1 al interior del absceso más colocación de dren y el 2 de agosto de 2011 una colangiopancreatografía retrógrada endoscópica o CPRE más retiro de stent plástico al encontrarse ya resuelta la fuga biliar, procedimiento también considerado de mínima invasión y por vía endoscópica...respecto al primer procedimiento del 16 de mayo de 2011 de colecistectomía subtotal por colecistitis gangrenosa más colocación de dren subhepático la naturaleza y la referencia para mi dictamen son las Guías de Tokio del año 2018 de la Sociedad Japonesa de Cirugía Hepatobiliopancreática, actualmente de acuerdo a la consideración del Colegio Americano de Cirujanos, de la Sociedad Americana de Cirugía Gastrointestinal y Endoscópica y por ende de la Asociación Colombiana de Cirugía que hace parte del Colegio Americano de Cirujanos y de la Federación Latinoamericana de Cirujanos, hemos adoptado a nivel mundial dado su alto nivel de evidencia, las Guías de Tokio del año 2018 para el manejo de la colecistitis aguda de la Sociedad Japonesa de Cirugía Hepatobiliopancreática, entonces entendiendo que son estas Guías el referente a nivel mundial, la colecistectomía subtotal que se le practicó a la paciente es un procedimiento quirúrgico que consideramos de rescate a favor de la seguridad del paciente, cuando técnicamente no es posible la disección del triángulo hepatoesplénico y la visión crítica de visibilidad de Strasberg, con el objeto de prevenir una lesión de la vía biliar, es preferible un retiro parcial de la vesícula biliar o colecistectomía subtotal que fue lo que se le practicó a la paciente, es preferible realizar este tipo de procedimiento que exponer a la paciente a un riesgo de lesión de la vía biliar, dadas las graves consecuencias que la lesión de la vía biliar puede tener en el corto, mediano y largo plazo, al realizar la colecistectomía subtotal, la porción restante de la vesícula que queda en el paciente se sutura; sin embargo, como esta sutura se realiza de manera frecuente sobre un tejido que está severamente inflamado o necrosado como se evidencia en los folios de la paciente, se debe colocar un drenaje debido a que después de este procedimiento siempre existe un alto riesgo de fuga biliar a través de la sutura de la vesícula, lo cual en efecto sucedió y entonces el drenaje lo dejamos para que se pueda conducir la bilis hacia el exterior, previniendo una colección intraabdominal y asimismo a través del drenaje en caso de presentarse la fuga biliar uno la puede detectar de manera temprana y se puede tratar, como en efecto se le realizó a la paciente, asimismo existe evidencia en la historia clínica a través de la nota operatoria del alto riesgo de fuga biliar, eso quiere decir que el cirujano que le practica la intervención quirúrgica pues lleva a la paciente al procedimiento de colecistectomía y se encuentra con una severa inflamación y gangrena de la vesícula biliar, al no poder técnicamente realizar la disección adecuada del triángulo hepatoesplénico y obtener la vía de la visión crítica de visibilidad de Strasberg, entonces el cirujano procede a hacer un procedimiento de rescate que se llama la colecistectomía subtotal, la cual estuvo muy bien indicada y posteriormente sutura la vesícula biliar y le deja un drenaje, y el cirujano prevé en la nota operatoria que en la historia clínica aparece, que la paciente tiene riesgo de fuga biliar o fístula biliar...las consecuencias de este tipo de procedimiento, pues una vez descartado cualquier tipo de complicación, a un paciente que se le realiza una colecistectomía subtotal, no hay evidencia estadísticamente significativa que demuestre que los pacientes tengan consecuencias o que tengan secuelas a largo plazo, los pacientes que son llevados a colecistectomía subtotal pueden tener una vida*

absolutamente plena y normal...el riesgo, dado que el hallazgo intraoperatorio fue una colecistitis necrosada, pues entonces se trata de un procedimiento quirúrgico contaminado, teniendo esto un riesgo de infección del sitio operatorio hasta del 40%...a pesar del tratamiento quirúrgico y de antibiótico...las posibles complicaciones, dada la naturaleza del procedimiento quirúrgico y los hallazgos intraoperatorios, las posibles complicaciones que se pueden presentar son infección, sangrado, formación de abscesos, fuga biliar, lesión de la vía biliar, granuloma, ceroma, formación de cicatriz queloide, reintervención e inclusive la muerte, es decir, llevar a un paciente a cirugía por un proceso infeccioso severo intraabdominal pone en riesgo la vida del paciente, no por el procedimiento quirúrgico como tal sino por la severidad del proceso inflamatorio o infeccioso que tiene el paciente...esto en cuanto al primer procedimiento, el segundo procedimiento que se le realizó a la paciente del 21 de mayo de 2011 fue una CPRE o colangiopancreatografía retrógrada endoscópica más papilotomía más colocación de stent plástico como tratamiento de una fuga biliar, la naturaleza del procedimiento es un procedimiento endoscópico mínimamente invasivo, el cual fue requerido al presentarse una de las complicaciones esperables al procedimiento quirúrgico inicial de colecistectomía subtotal, es decir, la paciente tenía la vesícula biliar severamente inflamada y necrosada, por eso el cirujano le realiza una colecistectomía subtotal, el pequeño segmento que queda de la vesícula se sutura y se le deja un dren y el cirujano prevé que pueda existir una fuga biliar, lo cual está documentado en la literatura y es esperable a la naturaleza del procedimiento quirúrgico, en efecto se presenta la fuga biliar, por lo cual la paciente es llevada al procedimiento de CPRE y la indicación fue porque a través del dren se evidenció la salida de líquido de aspecto biliar, adicionalmente como consta en la descripción del procedimiento, durante la CPRE se descartó la lesión de la vía biliar, cuando uno opera a un paciente de colecistectomía, la complicación más grave que puede tener es que se le lesione, dañe o rompa la vía biliar. En el primer procedimiento quirúrgico a la paciente se le hace una colecistectomía subtotal para prevenir una lesión de la vía biliar, y se le deja el dren, el dren nos muestra que hay fuga biliar, entonces por ello se le hace la CPRE que es hacer una endoscopia, la manguerita a través de la boca del paciente, llega hasta el intestino delgado, hasta el sitio donde desembocan los tubos que conectan el hígado con el intestino y por ahí se hace un procedimiento de fluoroscopia con inyección de medio de contraste y por vía endoscópica bajo visión directa y se obtienen imágenes o se obtiene un mapa de cómo está la vía biliar. En esta CPRE, de acuerdo a lo que se muestra en la historia clínica, se descarta una lesión de la vía biliar, eso quiere decir que el procedimiento que se le practica a la paciente la primera vez, en efecto se le previno o se salvó de que no fuera a presentar una lesión de la vía biliar, pero como queda con una fuga biliar, de todas maneras por el sitio de la sutura de la colecistectomía, el manejo estándar a nivel mundial, la mejor opción terapéutica que hay en el mundo para este tipo de fugas biliares es la colocación de un stent que es un tubito plástico que se coloca por dentro para que la bilis vaya directamente desde el hígado hacia el intestino y no se salga por afuera a través del sitio de la sutura, eso es como si fuera una especie de pitillo plástico, más o menos, haciendo una analogía, lo cual permite que la bilis siga drenando al interior del intestino y no por fuera y no a través de la sutura, mientras los tejidos sanan...las consecuencias, una vez descartada cualquier complicación de la CPRE, no se ha demostrado que la colangiopancreatografía retrógrada endoscópica tenga consecuencias estadísticamente significativas en el largo plazo para la seguridad o la vida del paciente, después de descartada cualquier consecuencia que se detecta de manera inmediata, las consecuencias principales son perforación del duodeno o de la vía biliar, sangrado, colangitis o pancreatitis, la paciente en ningún momento desarrolló ninguna de estas cuatro complicaciones, después de ello a largo plazo una secuela por la realización de la CPRE es mínima, en cuanto al riesgo van a depender del estado médico general del paciente y de la patología de base y el motivo por el cual el paciente requiera la CPRE, para este caso se trataba de una paciente que tenía un foco infeccioso inicial que era la colecistitis gangrenosa que fue tratada quirúrgicamente y lo que se requirió con la CPRE no es entendido como un segundo procedimiento sino es como la continuación del primer procedimiento quirúrgico que ella requirió y esto adicional al requerimiento de tratamiento antibiótico...el tercer procedimiento quirúrgico se le practica el 16 de junio de 2018 que es una laparotomía exploratoria, más liberación de adherencias más drenaje de absceso más retiro de textiloma número 1 al interior del absceso más colocación de stent, la naturaleza del procedimiento, una vez realizada la colecistectomía subtotal y posteriormente la CPRE para el tratamiento de la fuga biliar, la paciente fue dada de alta; sin embargo, regresa por dolor abdominal, no abdomen quirúrgico por lo que fue llevada a laparotomía exploratoria...encuentran un síndrome adherencial secundario al proceso de cicatrización del procedimiento quirúrgico inicial y documentan en el sitio de la cirugía un absceso y al interior de este, de acuerdo con las notas de la historia clínica un textiloma, del cual no se evidencia en la historia clínica suministrada su naturaleza, no se evidencia si es una compresa, gasa, agente hemostático...de la cirugía del 16 de mayo de 2011...no hay evidencia del uso de hemostáticos, como tampoco evidencia en la nota operatoria ni en las notas de enfermería a pesar que se describe un recuento de 7 compresas y 2 rollos completos, el hallazgo intraoperatorio de textiloma realizado en la cirugía del 28 de junio de 2011 puede corresponder con un oblito quirúrgico en relación con la cirugía realizada el 16 de mayo de 2011...cuando uno tiene un paciente que tiene una colecistitis necrosada...eso quiere decir que las paredes de la vesícula biliar literalmente están podridas, eso es una carne que está en un severo proceso inflamatorio y los tejidos están muy desvitalizados y eso denota que el grado de enfermedad de la paciente es muy severo, cuando uno lleva a un paciente a este tipo de procedimientos quirúrgicos y uno le hace una colecistectomía subtotal normalmente es un procedimiento quirúrgico técnicamente muy difícil, es una cirugía que es prolongada, el paciente sangra, el paciente requiere antibióticos, se descompensa en la cirugía porque el paciente está severamente enfermo, tiene un proceso infeccioso muy grave y adicionalmente uno para salvar al



paciente lo está llevando a un trauma quirúrgico, lo está sometiendo a una anestesia, le está incidiendo la piel y esto hace que todo su organismo se descompense, en este tipo de procedimientos en los que le toca a uno desprender la vesícula biliar del hígado...es decir esto no se trata solo de localizar la vesícula y sacarla porque la vesícula anatómicamente está pegada al hígado y a uno le corresponde con un electrocauterio quemar o cauterizar esa pared de la vesícula que está pegada hacia el hígado para retirarla, pero en los casos en los que la vesícula biliar se encuentra necrosada o cuando hay abscesos resulta que el riesgo de sangrado del lecho operatorio es muchísimo mayor, el hígado queda sangrando, normalmente en ese tipo de procedimientos, a uno para controlar el sangrado le toca colocar compresas calientes, gasas, incrementar la intensidad del electrocauterio y todo esto para salvarle la vida al paciente porque en ese procedimiento quirúrgico el paciente está sangrando...frecuentemente los cirujanos para este tipo de cirugías, utilizamos materiales hemostáticos...es un producto puede ser una especie de esponja o una especie de tela, existen varias referencias comerciales...existen varios agentes hemostáticos que cuando ya el sangrado definitivamente no se puede controlar...uno pide uno de estos agentes hemostáticos, cualquiera de los que uno tenga y uno se coloca en el lecho hepático y eso se queda ahí adentro del paciente, estos agentes hemostáticos con el tiempo se absorben, el tejido los diluye, los disuelve y los absorbe pero sí tiene un riesgo relativo incrementado de infección del sitio operatorio porque para controlar el sangrado uno le está dejando un cuerpo extraño al interior del paciente, es decir, le salvo la vida al paciente que no se desangre en la cirugía, utilizo un hemostático...pero eso le incrementa al paciente el riesgo de infección porque dentro de esas telas se pueden anidar bacterias y formar abscesos...normalmente cuando uno tiene colecistitis gangrenosas y uno hace colecistectomía subtotal, es muy frecuente el uso de hemostáticos, desafortunadamente en la historia clínica no encontré evidencia que se hubiera utilizado algún tipo de hemostático, no hay ningún indicio, no hay ninguna nota de enfermería...la instrumentadora no anota...la descripción quirúrgica de mayo no dice que requirieron el uso de hemostáticos, no existe evidencia acerca de la naturaleza de ese textiloma que le sacaron en la reintervención...las consecuencias de este segundo procedimiento, de acuerdo con el hallazgo intraoperatorio de textiloma u oblitio quirúrgico, estos producen en el organismo una reacción a cuerpo extraño y favorecen la colonización bacteriana, con la posterior formación de absceso y de manera frecuente los pacientes requieren una reintervención para retirar este textiloma o este oblitio quirúrgico...el riesgo, dados los hallazgos de síndrome adherencial durante el procedimiento quirúrgico de laparotomía exploratoria durante la disección, existe riesgo de lesiones intestinales, enterotomía, o que se rompa el intestino con la posterior formación de fistula biliar...en la historia clínica no hay evidencia que la paciente tenga una consecuencia de esta naturaleza posterior a este procedimiento...las posibles complicaciones para una laparotomía con hallazgo intraoperatorio de absceso se puede presentar una infección del sitio operatorio o una evisceración que es la formación de una hernia en el sitio de la cirugía, situación que tampoco se ha evidenciado en la paciente. El cuarto procedimiento quirúrgico que fue del 2 de agosto de 2011, es la culminación del procedimiento quirúrgico inicial que fue una segunda CPRE en la cual le retiran el stent, le retiran el tubito que le dejaron en la primera endoscopia para que no siguiera ocurriendo más fuga biliar...la naturaleza es que luego de la primera cirugía a la paciente le realizan una CPRE en esa segunda CPRE evidencian que ya no hay fugas biliares y al ya no haber más fugas biliares ya el tubito que le colocaron la primera vez ya no tiene ninguna función y por eso se lo retiran, las consecuencias al igual que la primera CPRE, una vez descartada cualquier tipo de lesión inicial de infección, ruptura biliar, sangrado o pancreatitis, no existe evidencia que el paciente quede con secuelas o consecuencias al largo plazo, al contrario con esta segunda CPRE lo que se le hace es retirarle el stent y ya con eso culmina la secuencia de tratamiento que recibió por su colecistitis necrosada...el procedimiento del 16 de mayo fue un procedimiento correcto y adecuado en el sentido que se trata...de un procedimiento quirúrgico de rescate, la paciente cuando es operada de una colecistitis gangrenosa está severamente enferma y el procedimiento quirúrgico que se le practica es para controlar el foco infeccioso y al tiempo prevenirle una lesión de la vía biliar...no se evidencia el uso de hemostáticos por lo que el hallazgo de textiloma N° 1 en la laparotomía, es decir en la cirugía del 28 de junio podría corresponder con un oblitio quirúrgico de la cirugía del 16 de mayo...la del 21 de mayo de 2011 fue un procedimiento endoscópico mínimamente invasivo, el cual también fue correcto y adecuado para el tratamiento de la fuga biliar, está demostrado que la primera y mejor opción terapéutica en el mundo para este tipo de lesiones es la CPRE con colocación de stent...la cirugía del 28 de junio de 2011 de laparotomía exploratoria más liberación de adherencias más drenaje de absceso más retiro del textiloma al interior del absceso más colocación del dren también fue un procedimiento correcto y adecuado, el cirujano está de turno ese día, le llega una paciente que había estado anteriormente hospitalizada y la encuentra con un abdomen quirúrgico y la mete a cirugía porque la paciente está con dolor abdominal, tiene signos de irritación peritoneal, los tiempos y la oportunidad del tratamiento fueron adecuados, se le encuentra el absceso, se le drena, se le encuentra el textiloma, se le quita y se le pone un dren y después se hospitaliza para la continuación de su tratamiento antibiótico. El 2 de agosto de 2011, se le realiza la segunda CPRE con el retiro del stent, este fue un procedimiento endoscópico mínimamente invasivo, fue correcto y adecuado y fue la culminación de la secuencia del tratamiento que se le dio a la colecistectomía inicial, CPRE para control de la fuga biliar y una vez se controla la fuga biliar, nueva CPRE y le quitan el stent...respecto a la lesión, la consideración debe hacerse en torno al textiloma que derivó en la cirugía del 28 de junio de 2011...existen dos procedimientos endoscópicos de CPRE el del 21 de mayo y el del 2 de agosto, esos procedimientos fueron correctos, indicados, a la paciente se le manejó su fuga biliar, se le colocó el stent y después se le retiró y estuvo bien manejada la enfermedad y después hubo dos cirugías una del 16 de mayo y una reintervención del 28 de junio, en la cirugía en cuanto a la valoración de la clase de lesión, la consideración debe hacerse en torno al hallazgo del textiloma del 28

de junio de 2011 que a la luz de los hallazgos en la historia clínica, sugieren que ese textiloma fue colocado u olvidado en la primera cirugía del 16 de mayo de 2011, si en la historia clínica hubiese evidencia de que en la cirugía del 16 de mayo hubieran dejado registro de que se necesitó un hemostático...cualquier cosa para controlar el sangrado, estaría contemplado dentro de las posibilidades que la paciente requiriera esa reintervención del 28 de junio pero desafortunadamente en la historia no hay ningún registro...que se haya requerido un agente hemostático en la primera cirugía...la segunda CPRE es un procedimiento estándar de bajo riesgo y requerido dentro del protocolo de manejo de la fuga biliar...las intervenciones quirúrgicas adicionales fueron la CPRE del 21 de mayo de 2011 y la del 2 de agosto de 2011, la causa es el manejo estándar de la fuga biliar, el motivo fue que esa CPRE del 21 de mayo y del 2 de agosto se necesitaron por el hallazgo intraoperatorio de colecistitis necrosada, la paciente requirió un procedimiento de rescate que fue una colecistectomía subtotal con colocación de dren para evitar una complicación mayor como una lesión de la vía biliar, a sabiendas que con un alto riesgo el paciente puede quedar después de una colecistitistomía subtotal con un riesgo aumentado de una fuga biliar y eso quedó registrado en la historia clínica...el manejo de la fuga de vía biliar posoperatoria de manera estándar de acuerdo a las Guías de manejo práctica clínica basadas en la práctica a nivel mundial que son las Guías de Tokio 2018 se realiza en dos tiempos como se le hizo a la paciente, el primer tiempo una primera CPRE con colocación de stent y un segundo tiempo cuando la paciente ya resuelve su cuadro clínico, se le hace una nueva CPRE y se le quita el tubo o el stent...El segundo procedimiento quirúrgico o la reintervención que fue del 28 de junio de 2011 que es una laparotomía exploratoria, más liberación de adherencias más drenaje de absceso más retiro de textiloma N° 1 al interior del absceso más colocación de dren, la causa el manejo estándar de dolor abdominal más signos clínicos de abdomen quirúrgico, el motivo, de acuerdo con los hallazgos de la historia clínica, el motivo fue el textiloma u oblitio quirúrgico posiblemente secundario al procedimiento quirúrgico inicial del 16 de mayo, las circunstancias del hallazgo intraoperatorio de una colecistitis necrosada, constituye un estado avanzado y complicado de la colecistitis aguda que generalmente presenta un reto quirúrgico...es probable que se requieran procedimientos quirúrgicos de rescate o alternativos con el objeto de prevenir una lesión mayor como una lesión de la vía biliar...por la colecistitis necrosada es frecuente que se encuentre un campo operatorio difícil, de fácil sangrado, con requerimiento de compresas, gasas, apósitos y hemostáticos para el control del sangrado, asimismo, los pacientes con colecistitis necrosada, tienen mayor probabilidad de complicaciones que el resto de la población general, porque la vesícula está necrosada, entonces tiene mayor riesgo de infección, de sangrado, absceso, granulomas, queloides, ceroma, lesión intestinal, lesiones de la vía biliar, fuga biliar, que se requieran drenes, que se requiera reintervenir y que inclusive por la gravedad del proceso infeccioso de la paciente pueda llegar a fallecer...cuidados posquirúrgicos de cada una de las intervenciones, en la del 16 de mayo de 2011...los cuidados posquirúrgicos son darle analgésicos, antibióticos generalmente endovenosos por 72 horas, antibiótico oral según la evolución hasta completar 10 a 14 días u los cuidados del dren abdominal...del 21 de mayo de 2011...normalmente después de la CPRE sólo se les da analgésico y según como siga el paciente al otro día se les da dieta y ya, no requieren ningún otro tipo de tratamiento, ni cuidado especial, del 28 de junio de 2011...una vez retirado el foco séptico o infeccioso que fue retirar el textiloma y el absceso, el tratamiento y cuidados posoperatorios consisten en darle analgésico al paciente, antibióticos, ajustarlos una vez se tengan los resultados de los cultivos, sabiendo qué bacterias han crecido, después se le da al paciente tratamiento antibiótico oral hasta que complete 10 a 14 días de tratamiento antibiótico y los cuidados del dren abdominal y el último procedimiento, segunda CPRE del 2 de agosto de 2011, el cuidado es el mismo que de la primera...el grado de incapacidad laboral debe ser determinado por un especialista en medicina legal, es la persona idónea para determinar cuáles son los tiempos de incapacidad que se requieren para este tipo de situaciones...en cuanto al protocolo de manejo de una posible fuga biliar...se realiza de manera inicial por técnicas mínimamente invasivas, siendo la CPRE la primera opción ya que se trata de un procedimiento tanto diagnóstico como terapéutico, una vez diagnosticada la fuga biliar en la CPRE, el tratamiento en la mayoría de los casos consiste en la colocación de un tubo llamado stent, el cual permite el paso de la bilis hacia el intestino a la vez que tapa el sitio de la fuga, permitiendo que ésta se cicatrice y se resuelva de manera espontánea, una vez el paciente se encuentra sin signos de fuga biliar y han transcurrido de seis a ocho semanas, dando espera al proceso de cicatrización, el paciente es llevado a una segunda CPRE donde se corrobora que no existe fuga biliar y se retira el stent dado que ya ha cumplido su función...De acuerdo a la información suministrada en la historia clínica, para todos los procedimientos quirúrgicos realizados a la paciente, las decisiones tomadas por los especialistas y galenos fueron acertadas y basadas en la seguridad del paciente y se realizaron todos los exámenes, estudios y procedimientos correspondientes a cada uno de los hallazgos, es decir...no tenía conocimiento que desde el año 2011 ya la E.S.E. SAN RAFAEL DE TUNJA ya contara con CPRE eso es contar con dispositivos avanzados de alta tecnología...y por lo tanto a la paciente se le ofreció todo el tratamiento quirúrgico y mínimamente invasivo disponible y la paciente contó con todos los recursos...de acuerdo con la información suministrada en la historia clínica, la atención se prestó de manera oportuna, se le suministró analgesia, se le dio antibióticos cuando fue necesario y se realizaron los procedimientos quirúrgicos de acuerdo con los protocolos establecidos, infortunadamente en la cirugía del 28 de junio que es la reintervención, allí se encontró un textiloma y este probablemente fue derivado de la primera cirugía del 16 de mayo...la paciente presentó de manera esperada una fuga biliar porque a la paciente le dejan el drenaje, en el dren el especialista advierte que puede existir una fuga biliar y en efecto en la hospitalización la documentan y la tratan, la cual fue manejada exitosamente con un stent y posteriormente se le retira el stent con una segunda CPRE, los riesgos en este contexto son mínimos dado que se controló efectivamente el foco



infeccioso, se resolvió la fuga biliar y se evitó con la cirugía de colecistectomía subtotal más colocación de dren una complicación mayor que hubiera sido una lesión de la vía biliar, por lo tanto, en la gran mayoría de los casos, cuando se manejan de esta manera, los pacientes quedan sin secuelas, es decir, no hacen cirrosis, no hacen colangitis, no hacen estenosis de la vía biliar y pueden llevar una vida absolutamente normal...los estudios demuestran que las principales causas para el oblitio quirúrgico son compresas o gasas olvidadas al interior de la cavidad intervenida...el textiloma se encuentra en el interior de un absceso el cual se encuentra en el lecho operatorio...de acuerdo con la evidencia de la historia clínica, la única posibilidad demostrable es la primera cirugía del 16...cuando se encuentran oblitos quirúrgicos, éstos incrementan el riesgo de reintervenciones, es decir, inicialmente la paciente tenía una enfermedad infecciosa o inflamatoria muy severa que era una colecistitis gangrenosa y por ello, a pesar de todo el tratamiento puede tener una posibilidad de infección superficial o profunda del sitio operatorio hasta del 40% a pesar de cualquier tipo de tratamiento, esto podría estar dentro de la posibilidad de que ella a pesar de haber sido intervenida y así no se le hubiera dejado el textiloma, o no se hubiera encontrado, la paciente en efecto tenía una probabilidad hasta del 40% de desarrollar un absceso intraabdominal como en efecto lo hizo y requirió la reintervención del 28 de junio; sin embargo, está 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 oblitio quirúrgico...a largo plazo no tiene ninguna consecuencia, puede subir y bajar escaleras, tomar el transporte público, comer lo que quiera, la única recomendación es que debe tener una alimentación baja en grasa, porque muy seguramente fueron sus hábitos alimentarios como está demostrado en la literatura que son los que contribuyen a la formación de cálculos biliares, entonces uno recomienda al paciente...le recomiendo una dieta baja en grasa, comer mucha fruta, verduras, pero el término de incapacidad laboral eso lo determina el especialista en medicina legal...el diagnóstico de abdomen quirúrgico se hace a través de la conjunción de una serie de síntomas y signos clínicos, el paciente cursa con un dolor abdominal muy severo que no cede con la ingesta de analgésicos y que se acompaña de unas manifestaciones clínicas, el paciente tiene la frecuencia cardíaca aumentada, la frecuencia respiratoria aumentada, puede presentar escalofríos, puede o no tener fiebre y al examen físico abdominal el cirujano encuentra signos de irritación peritoneal, son unos signos clásicos...cuando el cirujano hace la afirmación que se encuentra frente a un abdomen quirúrgico, la mejor opción terapéutica posible es llevar al paciente a cirugía y eso fue lo que se le hizo a la paciente...la vesícula biliar es una bolsita, es una bolsa que está pegada al hígado, esa bolsita almacena la bilis, la bilis la produce el hígado para poder digerir las grasas, cuando uno come mucha grasa, muchas harinas, no come fruta o pocas verduras, la bilis se vuelve espesa y al interior de la vesícula se forman piedras que es lo que llamamos cálculos, esos cálculos pueden impactarse o se compactan u obstruyen el conducto de salida de esa vesícula y producen dolor e inflamación y cuando es muy severa esa inflamación, se puede producir pus al interior de la vesícula y las paredes de la vesícula se pueden necrosar o se pueden gangrenar como una carne descompuesta y eso es un estado severo de la enfermedad...el detalle especial de esta cirugía es que esa bolsita está muy pegada, muy relacionada con los tubos que conectan el hígado con los intestinos y es lo que llamamos la vía biliar y es muy delicada, cuando se rompe o se lesiona por estas cirugías, literalmente es una tragedia para el paciente, puede terminar muerto o terminar en trasplante hepático, cuando hay procesos inflamatorios de la vesícula como en este caso muy severos, esa vesícula se pega a la vía biliar y uno de cirujano por querer ir a quitar la vesícula completa, termina dañando, lesionando o rompiendo la vía biliar, es por eso que todos los estudios que se han hecho...ellos recomiendan que cuando se encuentra frente a esta situación, uno no debe intentar sacar la vesícula completa porque daña la vía biliar, para eso entonces, salió el concepto técnico de colecistectomía de rescate, no se quita toda la vesícula sino se hace un procedimiento abreviado que es igualmente seguro y efectivo y le previene al paciente una lesión de la vía biliar, lo que ocurre es que al hacer eso, uno está operando en un campo minado porque eso está inflamado, hay absceso, hay pus, no se ven los tejidos fácilmente, uno no sabe qué es qué...porque todo eso está pegado e inflamado, realmente hacer una colecistectomía de este tipo requiere que sea en manos de un cirujano experimentado...y asimismo existe riesgo que exista fuga biliar porque el pedacito que queda de vesícula uno lo sutura pero uno hace una sutura no sobre un tejido bonito o sano sino sobre un tejido que está gangrenoso y necrótico, eso quiere decir que esos puntos fácilmente se pueden soltar y fuga bilis, por eso uno le deja un drensito, una manguerita y si uno ve que a través de la manguerita le sale bilis al paciente pues uno sabe que hay fuga biliar y manda al paciente a CPRE, le hacen su endoscopia y en esa endoscopia de la CPRE hacen un mapeo de la vía biliar y uno ya tiene plena garantía que la vía biliar quedó bien... se le pone un stent, eso sana y al cabo de seis a ocho semanas se hace una nueva CPRE, se le quita el stent y eso fue todo...en el primer procedimiento quirúrgico, fue una cirugía muy difícil, técnicamente muy compleja y en el segundo procedimiento...desafortunadamente la paciente llega con abdomen quirúrgico y lo que le encuentran es que en el sitio de la cirugía había un absceso y al interior de ese absceso había un textiloma...frente al procedimiento quirúrgico estoy absolutamente convencido que en esa primera cirugía no hubo situación de dolor porque es una cirugía muy difícil, es una cirugía muy compleja, pueden ocurrir muchas cosas...se puede romper el duodeno, el colon, puede haber sangrado mayor, puede romperse la vía biliar, a la paciente le logran quitar la vesícula biliar y le dejan un dren pero desafortunadamente requiere la reintervención y ahí le encuentran un textiloma, estoy absolutamente seguro que el cirujano se encontró con un campo quirúrgico muy minado y para poder controlar el sangrado y poder hacer la cirugía, uno normalmente debe meter compresas, gasas, compresas calientes, aspira, irriga, cambia la intensidad del electro, pide una cosa...porque sacar una vesícula de esas no es nada fácil...las tres intervenciones adicionales son necesarias para esa vesícula que estaba gangrenosa...era necesario

hacerle la primera CPRE, la segunda CPRE, la paciente después hizo un absceso, requirió reintervenirse, antes la paciente está viva, tuvo una enfermedad muy grave...la del 16 de mayo era una intervención quirúrgica necesaria, donde no le hubieran hecho ese procedimiento, no estaría viva, contando la historia...la paciente tenía una colecistitis gangrenosa y eso le incrementa el riesgo de infección y ella pudo haber hecho en efecto esa colección intraabdominal así no existiera el textiloma, pero desafortunadamente está demostrado científicamente que los textilomas incrementan aún más el riesgo de infección y que los pacientes frecuentemente requieren ser reintervenidos para drenar esas infecciones y retirar esos textilomas...la primera CPRE y la segunda CPRE no tienen nada que ver con el textiloma, eso hace parte de la naturaleza de la severa enfermedad que tenía la paciente, pero la segunda cirugía que es la reintervención que es la del 28 de junio de 2011, ese procedimiento es resultado de en parte de la severidad de la inflamación de la primera cirugía, pero también parte del hallazgo del textiloma...hagamos la suposición que a la paciente la hubieran reintenido y no le encontrarán el textiloma, sólo le encontraron un absceso, estaría la segunda cirugía absolutamente justificada porque a pesar del tratamiento quirúrgico y antibiótico, 40 de cada 100 pacientes van a requerir reintervención porque hacen abscesos o colecciones intraabdominales, lo que ocurre es que adicionalmente se le encontró el textiloma y la literatura nos dice que los textilomas incrementan aún más el riesgo de infección y que los pacientes frecuentemente requieren reintervenciones para quitárselos."

➤ Testimonial

Se recibieron los testimonios de los señores ROSA CECILIA CARDENAS RODRIGUEZ, ANDREA INES GOMEZ MILLAN y YENY CAROLINA SUAREZ, el día 7 de marzo de 2016 (fls. 474-480)

1. ROSA CECILIA CARDENAS RODRIGUEZ

"Me enteré por la mamita de Paolita pues que ella se enfermó y le hicieron su cirugía de la vesícula pero entonces ella no mejoraba sino seguía empeorando...Paolita convivía con el muchacho que está viviendo y ellos tenían un café bar y por su enfermedad a él le tocó abandonar el trabajo para cuidarla a ella porque tenía que estar con una compañía permanente ahí y a él le tocó vivir allá prácticamente cuidándola porque la mamita pues ella bajaba pero no se podía quedar allá porque tenía que hacer muchas cosas...le dieron salida pero ella seguía enferma...después tuvo que volverla otra vez a internar, le hicieron la ecografía y le detectaron que le habían dejado una compresa por dentro y a razón de eso ella seguía mala...no tenía alientos, todo lo que comía lo vomitaba...la mamita sufría, el muchacho sufría, la familia sufría por ser impotente, ver que la hija sigue mal y mal y uno sin poder hacer nada y ya le hicieron a ella la nueva cirugía, le sacaron esa compresa, pero entonces ella se le hizo una fisura en la misma herida que le cerraron, le salía un líquido como café, ella siguió así, ella duró mucho tiempo enferma...su barrigita le quedó como un mapa porque cada rato cirugías y cirugías...y la mamita, por la enfermedad de ella, por cuidarla a ella se descuidó también y hoy en día ella falleció...en ese momento ellos vivían en una casa allá en La Florida, aparte de los papás...ellos vivían solos los dos...ambos sin empleo...el café bar, ellos sacaron un préstamo para montarlo, era propio de ellos, pero cuando se enfermó Paola tuvieron que cerrar eso y lo abandonaron...la deuda no la pudieron pagar...la mamá de ella me contó que le habían hecho eso...la angustia es terrible...porque cuando está en un quirófano uno no sabe si van a salir con la razón se murió o le fue bien...la mamita lloraba mucho...el muchacho todo angustiado, el que vivía con ella pero quien sí sufría más era la mamá y que no que tenían que operar de nuevo a Paola, yo decía pero por qué otra vez...el esposo y la mamita la cuidaban...ellos dos eran los que atendían allá, el uno hospitalizado y el otro pendiente del hospitalizado, por eso tuvieron que acabar con eso porque no tenían ni como pagar arriendo ni nada de eso...la mamita me contó que ellos tenían el bar y ellos lo atendían...ellos no vivían ni con la mamá ni con el papá, ellos vivían los dos y del bar era que ellos sacaban para pagar lo del bar y lo de la residencia donde ellos vivían porque ellos vivían en una pieza...yo no fui allá al negocio yo nunca estuve...ellos se fueron para Sogamoso...ellos viven allá los dos y el bebé..."

2. ANDREA INES GOMEZ MILLAN

"conozco hace 16 años a Paola, que tiene su esposo, que tenían un negocio, un café internet...yo frecuentaba el negocio que ella tenía y me entero que ella empezó a empeorar en su salud...su enfermedad de la vesícula...tengo entendido que Paola estaba trabajando en su café, fue operada, después de la operación le quedó una compresa dentro de su estómago...yo la fui a visitar varias veces a su casa, después de unos días, tenía mucha fiebre, vómito, estaba muy mal, entonces tocó volver a llevarla al Hospital después de un mes más o menos...cuando resultaron que ella tenía una compresa,



había quedado mal la cirugía, los médicos le habían dejado algo que no deberían haberle dejado en su cuerpo, a ella se le fue infectando eso, le dio fiebre, vómito, la vimos muy mal y me enteré que tocaba volverla a operar para sacarle la compresa, estuvo muy delicada...después de todas esas cosas que le han pasado, ha estado muy mal de salud, muy deprimida, la he visto, no es la misma persona que uno veía antes con fuerza, con dinamismo, sino es una persona que se ha deteriorado mucho en su salud y tuvo su niño pero con muchas complicaciones y es la hora que en la parte del lenguaje, porque me imagino yo que eso repercutió, la salud de ella en el embarazo, ella no comía muy bien...no le habían puesto nombre porque ese café bar estuvo cinco meses no más ...quedaba volteando de la Juan de Castellanos, era un local pequeño, no era muy grande la verdad...a ella la operaron de la vesícula y Alex el esposo se dedicó a cuidarla, les tocó quitar el negocio, ellos quedaron endeudados porque sacaron unas letras por \$5.000.000 de pesos y quedaron muy endeudados, pues el cuidándola no podían trabajar...quedó muy delicada de salud y quedaron endeudados...ella me contó que le habían dejado una compresa en el cuerpo...en ese tiempo era el compañero pero ellos se casaron hace tres años...ellos llevan 13 años aproximadamente...yo creo que llevaban por ahí ocho años...no les iba mal, la gente iba y los visitaba en su negocio y ella me dijo que le estaba yendo bien, pero entonces después se vio delicada de la vesícula y fue cuando la tuvieron que operar y después con lo de la compresa y eso pues ellos desistieron porque más estaban en el Hospital todo el tiempo, mientras un arriendo iba corriendo...tenía entendido que el arriendo no era tan alto porque les habían dejado el local económico, como \$250.000 me parece que me comentaron alguna vez...ella no comía bien, estaba muy deprimida, estaba bajita de peso...ella pensaba que el niño se iba a morir...han sido muchas cosas que ha tenido que vivir...ella quedó muy débil, moralmente su cuerpo le quedó muy marcado por las cirugías...el niño nació por cesárea, entonces ella fue maltratada por muchas cosas, por sus cirugías, por la cesárea, por lo débil que estaba, entonces todo eso repercutió en el niño obviamente...sobre todo la mamá **LUZ MARINA FONSECA Q.E.P.D.** ella murió hace más o menos dos años, ella siempre le tocó ayudarla a ella cuando estaba en el Hospital, ellos no tenían con qué mantenerla a ella, Alex no tenía con qué, no tenía trabajo porque estaba al pendiente de ella todo el tiempo, no podía salir a trabajar, entonces a Luz Marina le tocaba suplirles muchas necesidades a ellos, no solamente a ella sino a él también, ella no tenía trabajo y se endeudaba también...ellos vendieron todo, las mesas, los insumos que tenían...el bar lo abrieron en octubre de 2011...duró abierto cinco meses más o menos...en estos momentos ellos no están devengando nada, no han podido conseguir trabajo...viven en Sogamoso, ellos están a cargo de la familia de él porque Luz Marina murió y ella era prácticamente la que más le ayudaba y les tocó irse para Sogamoso a vivir allá...ellos viven con los abuelos y los tíos de él...lo último que supe es que están con la familia, precisamente porque no tienen buenos ingresos...el papá Pedro Pablo canceló...él pagó una cuenta creo que fueron \$500.000, ella tenía SISBEN II en ese tiempo..."

3. YENY CAROLINA SUAREZ

"En esa época yo estaba viviendo en La Florida, allá conocí a la familia de Paola, una vez me encontré con los hermanos, me comentaron que ella estaba enferma, que la iban a intervenir, le iban a hacer una cirugía...que estaba muy enferma, le hicieron su cirugía...fui a visitarla...después de esa cirugía...ella no presentaba mejoría porque ella se sentía muy mal, presentaba muchos inconvenientes como vómito y todo, se requirió que le hicieran otra vez valoración, después de eso, más o menos como en junio julio tuvieron que hacerle otra cirugía porque ella estaba supremamente mal y cuando le hicieron esa cirugía le encontraron una gasa ahí adentro, osea le dio una peritonitis...después de eso ella psicológicamente y emocionalmente se afectó mucho, económicamente porque en ese tiempo ellos tenían un negocio, entonces a raíz de la cirugía, de la enfermedad de Paola no pudieron seguir con su negocio porque enferma y la persona que estaba al lado de ella en ese momento, tenía que estar pendiente de ella...ellos tenían un café bar y yo también fui a visitarla porque ella me dijo que fuera a hacerle el gasto...ella muy mal y la familia angustiados, sorprendidos...ella sufrió mucho físicamente, emocionalmente, psicológicamente porque estar enfermo no es muy bueno y la familia preocupada por la salud de ella, porque le pasó fue muy grave...después de la cirugía ella me comentaba que el médico le dijo que ella no podía tener hijos...ella quedó embarazada pero en ese momento que se enteró ella lo tomó de manera preocupante porque la situación de enfermedades que ella tuvo, era un embarazo de alto riesgo de su bebé...todo salió bien, pero se afectó psicológicamente Paola no pudo tener un embarazo como todas las mujeres, tranquilo, ella estuvo muy deprimida, lloraba mucho y obviamente eso le afectó al bebé...como ellos tenían el café...prácticamente se les fue al piso y para poner un negocio como uno no tiene la plata, uno tiene que valerse...en estos momentos ella está en deuda y no ha podido conseguir un trabajo y está mal económicamente...ella tiene varias cicatrices en el abdomen al lado derecho y del ombligo hacia arriba y eso afecta mucho a una mujer, psicológicamente y emocionalmente...pusieron ese negocio en el 2010, más o menos en el mes de octubre...estuvo abierto, bueno le hicieron la cirugía como en mayo de 2011 y en esos meses de mayo, junio, julio tuvieron que desaparecer el negocio porque no tuvieron la disponibilidad de estar pendientes allá...a ella le hicieron mucho daño en su salud, emocionalmente y eso tiene una compensación porque de todos los daños que le hicieron en su salud, nunca va a ser la misma, lo que sufrió ella y la familia no es justo, por errores de médicos, gracias a Dios Paola está viva."

➤ **De la parte demandada**

2.1 E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA

➤ **Documentales aportadas**

- Copia de la historia clínica de la señora **DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA**. (fls. 249-407.)
- Transcripción de la historia clínica y sus anexos. (fls. 223-248, 408), destacándose lo siguiente:

EPICRISIS

Nombre: *Delia Peña Fonseca*

No. Historia clínica: *078531*

Edad: *21 año*

Sexo: *M*

Fecha: *30/05/01*

Servicio: *Cirugía General*

Diagnostico principal: *Tumor Submaxilar izquierdo*

Procedimientos quirúrgicos u obstétricos: *Resección Tumor submaxilar izquierdo.*

Tratamiento: *L E V.*

1. Consulta por aparición de masa en región submaxilar izquierda de 9 meses de evolución al examen físico se palpa masa de 2x3 cm no adherido a planos profundos, móvil, no doloroso. 2. Se realiza bajo anestesia general resección tumor submaxilar izquierdo. Pos operatorio satisfactorio. 3. Ninguna. 4. Adecuadas. 5. Según reporte de patología. 6. Recomendaciones generales y signos de alarma
7. Ninguna. Firma *****.

Fecha: 22 /08/2012

Endocrinología

Dx.: 1. *Ca parótida x HC*

2. *embarazo +o - 36sem.*

S/ refiere *** valoración x medicina general ***** Md interna,

4-VI-12, TSH: 3.4, T4 libre: 0.9.

11-VIII-12 TSH: 3.3, T4 libre: 08 (0.8-2-2)

Ef.: peso 66 kg, TA: 120/80 FC: 76, *** *** no *** *** útero grávido FCF (+)

EXT: normal.

Plan: *ecografía de tiroides*

TSH, **, T4 libre en 2 meses *****.

Dra. Olga V. Gómez. Medicina Interna endocrinóloga.

Lo anterior refiere un antecedente endocrinológico, que pudo dar origen al diagnóstico hipotiroidismo no especificado, a la que hacía referencia la anotación de supervisión de embarazo de alto riesgo, visto a fl. 140 del expediente, es decir el Despacho descarta su relación con los procedimientos que se le practicaron a la señora **DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA** durante su estadía en la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, que pasan a relacionarse, acentuando algunos apartes:

Fecha: 15/05/2011 Hora: 5:00

Motivo de consulta: *Dolor de estomago*

Enfermedad actual: *paciente con cuadro clínico de 3 horas de evolución consistente con dolor abdominal de ***** en epigastrio irradiado a región dorsal tipo picada ***** no émesis niega sintomatología asociada.*

Fecha: 15/05/2011

Ecografía abdominal. Barro biliar, cálculos de 5 mm vía biliar normal.

Opinión: colelitiasis en Murphy ecográfico * signo de colecistitis en la actualidad.**

Fecha: 15/05/2011 Hora: 12+00

Valoración *Cirugía general.*

Mc: *dolor abdominal.*

Diagnostico Definitivo: Colelitiasis. Código CEI 100:K808



Fecha: 15/05/2011 Hora. 9+50

Sale paciente para sala de cirugía acompañado de familiar, vena periférica permeable, consentimiento informado sin carpeta antigua. Firma ***.

Fecha: 16/05/2011

EVOLUCIÓN CIRUGÍA GENERAL

Paciente con Dx.: 1. Colelitiasis x colecistitis.

S/ paciente refiere persistencia sintomatología con dolor marcado constante tipo punzada en hipocondrio derecho, sensación febril, nauseas, no refiere vomito, diarrea, ni otras complicaciones asociadas.

Fecha: 16/05/2011 Hora: 11+00

Nota operatoria

Se practica BAG. Colecistectomía sub total +colecistitis aguda a cálculos necrosada se deja dren sub hepático alto riesgo de fistula biliar.Fecha:15/05/2011 Barreto- Novoa- Montejo.

INFORME QUIRÚRGICO

Nombre: Delia Paola Peña Fonseca. N CAMA 712B

Edad: 31 Sexo: F Servicio: S.SP. Documento: 40.048.372

Cirujano: Barreto 1 ayudante: Montero.

Anestesiólogo: Novoa

Diagnostico pre - operatorio: colecistitis aguda litiasis

Post- operatorio: colecistitis aguda Necrosada *.**

Fecha: 16/05/2011

Intervención práctica: colecistectomía k870.

Tipo de cirugía: limpia contaminada

Tipo de anestesia: General

Descripción de hallazgos operatorios, procedimiento y complicaciones.

Inciisión * hasta cavidad dirección ***** liquida a y c. ***** , colecistectomía subtotal *** , ***** con ***** . Dren de sum ***** ***** piel. Firma **** Barreto.**

Fecha: 18/05/2011 Hora: 09+00.

EVOLUCIÓN: CX GENERAL.

Paciente con Dx.: 1. Paciente POP2 colecistectomía por colecistitis a calculosa.

S/ paciente refiere mejoría estado general, niega nuevos episodios de dolor abdominal, niega émesis, sensación febril, y otros síntomas asociados, Deposiciones (-). Diuresis (+). Sangrado vaginal menstrual.

A/ Paciente mejores condiciones generales, sin presentar nuevos episodios de dolor, al día ayer presento salida líquidos bilioso en dren se estará en continua vigilancia.

Fecha: 19/05/2011 Hora: 7+00

CIRUGÍA GENERAL

Paciente de 31 años con Dx.

1. Colecistectomía por colecistitis a calculosa.

2. POP día 2.

S/s paciente refiere mejoría de dolor abdominal, no episodios eméticos, no pico febriles, diuresis (+), no otra sintomatología asociada,

A/ y P/ paciente con adecuada evolución clínica, mejoría de dolor abdominal, no pico febriles, con persistencia de abundante drenaje bilioso en dren, continua igual manejo. SS/ CEPRE

Se continuara vigilancia clínica y emocional.

Fecha: 19/05/2011

SERVICIO CONSULTANTE: CIRUGÍA GENERAL

SERVICIO CONSULTADO: GASTROENTEROLOGÍA

Motivo de interconsulta y resumen clínico: Paciente en Pop colecistectomía

En quien se interroga, **permeabilidad conducto lutschkan vs fistula del cístico como complicación luego de la intervención quirúrgica, realizada hace 3 días (16 mayo 2011) en la que se encuentra como POP colecistitis aguda necrosada alitiasica.**

Se requiere según concepto quirúrgico realización de CPRE para diagnóstico y tratamiento oportuno de posibles complicaciones pos- operatorio.

Agradecemos su colaboración.

Fecha: 19/05/2011 Hora: 11+00

SERVICIO CONSULTANTE: CIRUGÍA GENERAL

SERVICIO CONSULTADO: ANESTESIOLOGÍA

Paciente conocida y ya valorada por su servicio previo a realización de colecistectomía el día 16/05/2011, en la cual se encontró como hallazgo colecistitis aguda, calculosa necrosada en manejo con dren dado el riesgo de fistula biliar, con evolución clínica tórpida, persistencia de dolor y de salida de abundante líquido bilioso por dren, dado el cuadro clínico se contempla la posibilidad de realizar CPRE, por lo cual se solicita nueva valoración por su servicio, adicionalmente la paciente presenta pobre tolerancia a la anestesia general en el POP, gracias Dr. A. Tamara López cirujano General

Fecha: 19/05/2011

GASTROENTEROLOGIA

Paciente, con Dx: fistula biliar pos operatorio (colecistectomía subtotal) amerita CPRE terapéutica, se le explica a la usuaria y la familiar riesgos y beneficios en el momento sin ayuno.

Plan: completar protocolo para CPRE firma limas.

Refiere entonces la historia clínica que la señora DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA presentó una complicación, requiriéndose la práctica de una colangiopancreatografía retrógrada endoscópica CPRE, que no resulta ser una intervención quirúrgica sino un procedimiento, con el objeto de realizar una exploración y ampliar la visión de las vías biliares y hepáticas, la cual obedecía al malestar que presentaba la paciente.

Fecha: 20/05/2011

SERVICIO CONSULTANTE: QX (copia al carbón)

SERVICIO CONSULTADO: PSIQUIATRÍA.

Paciente quien fue llevada a Colecistectomía encontrando colecistitis necrosada quien posteriormente hace fisura biliar. Durante la hospitalización la familia y la paciente han sido demandantes la paciente reacciona agresivamente en el momento de infórmale por nuevas intervenciones y al parecer presenta ideas sobre *** " quieren experimentar conmigo." Hoy la paciente ha tenido animo ansioso se niega a intervenciones terapéuticas, persiste con ideas sobre ****, *** conciencia de enfermedad y poco colaboradora por lo cual solicitamos vacunación por sus servicio.

Dr. A. Tamara López cirujano General R.M. 886 de Boyacá.T.P2052 de Bogotá.}

Angelica Parra Int Psiquiatría

Paciente Delia Peña, se niega ser valorada por el servicio de psiquiatría.fecha:20/05/2011.
Hora: 9+52.

PSIQUIATRÍA 20/05/2011 Hora: 10+00 am.

Edad: 31 años. Informante: paciente y compañero.

E.C: *** **

Ocupa: psicopedagoga.

Vive: compañero, *** a *** **.

Mcm a" paciente 31 años, con Dr. Anotando, quien se encuentra hospitalizada desde hace 5 días, la paciente inicialmente se niega a la valoración, por no creerla pertinente posterior a **** con la paciente se toma ***** informa que en su POP inmediato la reacción de la anestesia genera marcada ansiedad. Secreción de angina de pecho, de ahogo, y movimientos en el cuerpo, que ella no puedo ****, situación que le genera marcada angustia el día de ayer informan que requieren una nueva intervención lo que ***** la sintomatología ansiosa y afectiva. *** ** a repetir dicho cuadro de ansiedad y quien toma a ***, situación que genera rechazo a los procedimientos indicados por parte del servicio tratante y evaluado *** y *** ** además ** marcada preocupación por su condición medica, ** a **, además que no le informaron que le iban ** nueva situación que estos cambios por no ***** ** además ansiedad, llanto fácil. Al ** el patrón de sueño. ***** de ** negativos niega cuadros ***** o cuadros de agitación, no antecedentes de enfermedades afectivas o ansiosas. Antecedentes de ***** ** resto negativo, se define como persona tranquila.

EM: paciente, alerta, colaboradora al inicio de la entrevista algo *** y demandante. *** ** ** Pensamiento lógico *** ** ** con su condición medica actual. ***** no ***/p. *** ** de fondo triste, llanto fácil, ***** ** juicio conservado. No ** ** su familia y su compañero *** ** de acompañamiento durante su estancia hospitalaria.

ID trastorno adaptativo *** ** y ansioso con su ***.

Plan: realizo intervención psicoterapéutica individual y familiar de apoyo. VOM. Avisar cambios se continuara seguimiento durante su estancia hospitalaria.

Dr. Omar H. Muñoz. Médico psiquiatra

Fecha: 23/05/2011 Hora: 9:00

VALORACIÓN POR FISIOTERAPIA



Paciente alerta, orientada, hoy en su día #8 de estancia hospitalaria con DxS de:

1. POP colecistectomía
2. POP implantación dren biliar.
3. CPRE.

Paciente alerta, con signos vitales dados por: FC: 90, FR:20x´TA:80/60, T:36.5c, FIO2:del 21 % Hx. QXs cubiertas con apósitos, dolor para vertebral dorsal lumbar derecho y espasmo muscular se realiza valoración de fuerza en extremidades 4+15 no déficit sensitiva ROT++/++++.

Plan: terapia selectiva de electro *** ***** a nivel para vertebral lumbar con aplicación de calor seco 20´ y frío 20´ en área álgida.

Fecha: 23/05/2011 Hora: 9+30

FISIOTERAPIA. Terapia paciente alerta - orientada, Fio2: del 21%, signos Vitales estables, se realiza terapia sedativa de electro*** ***** a niveles de áreas álgidas dorsal lumbares y se dan instrucciones sobre higiene, postura de columna vertebral.

Firma Dra. Mercedes Vargas Fisioterapeuta

Fecha: 23/05/2011

Cama. N. 519A

Servicio consultado: psiquiatría.

Evolución psiquiatría (23/05/2011)

Paciente de 31 años d edad con Dx de:

Eje 1.transtorno adaptativo reacción depresiva y ansiosa con sistemas conductuales.

Eje 2. Diferido

Eje 3.POP Colecistectomía

Eje 4. Adecuada red de apoyo.

S// paciente difiere no tolerancia al medicamento, refiere pesadillas y angustia.

S//paciente en adecuado estado general, a febril. Hidratada, SV: TA: 80/70, FC: 72x´, FR: 20x´T:36c. c/c escleras anictericas, conjuntivas, normo crómicas, mucosa oral

No alteración de memoria paciente con adecuada evolución de su cuadro adaptativo, se decide salida por parte del servicio tratado sedan recomendaciones y signos de alarma a la salida.

Dr. OMAR MUÑOZ M. Médico Psiquiatra

Fecha: 29/06/2011 Hora: 18+00

EVOLUCIÓN DE TERAPIA RESPIRATORIA:

Paciente de 31 años, Con diagnostico de:

- POP inmediato de drenaje de absceso peritoneal + lavado peritoneal.

Paciente en REG con dolor torácico, conciente, alerta, sin O2 con satO2:90%, SDDR al momento, a febril al tacto, ansiosa, mucosa, palidez. *** : sin agregados *****. TTO: MNB

(SSN+B2+kinesioterapia de tórax + higiene bronquial + incentivo respiratorio. RTA *** 400 ccx2seg, paciente tolera TTO y queda estable con mejoría de su cuadro.

Dra. Liliana Garavito. Terapeuta Respiratoria

Fecha: 2/07/2011 Hora: 10+40am

TERAPIA RESPIRATORIA

Paciente en AEG SDDR, sin O2 al momento, alerta, consiente, a febril, al tacto, C/P sin agregados en AsCsPs. TTO: MNB, (SSN+B2+kimesioterapia de Tórax + Higiene Bronquial Incentivo respiratorio.RTA: ***** 109 *****. Paciente queda estable.

Firma Dra. Liliana Gravito .Terapeuta Respiratoria. Reg. 2264/01 Uniboyaca.

Fecha: 02/07/2011 Hora: 15+00

TERAPIA RESPIRATORIA

Paciente en regular estado general a febril al tacto y sin signos de dificultad respiratoria en el momento. C/P: sin agregados *** MNB medicada + kinesioterapia de tórax y higiene Bronquial tolera tratamiento queda estable. Firma Dra. Liliana Gravito .Terapeuta Respiratoria

Fecha: 3/07/2011 Hora: 11+00am

TERAPIA RESPIRATORIA

Paciente en AEG SDDR al momento alerta, a febril, al tacto, consiente, sin O2 C/P= sin agregados ***** TTO: MNB / (SSN+ B2+ kinesioterapia de tórax + higiene bronquial + inactivo respiratorio,

RTA: ***** 1095*** 2 seg. Paciente queda estable al momento.

Dra. Liliana Garavito terapia respiratoria Reg. 2264/01 Uniboyaca.

FECHA: 3/07/2011 HORA: 18+18

TERAPIA RESPIRATORIA

Paciente en AEG, SDDR, sin O2 al momento, alerta, consiente, a febril, al tacto C /P= sin agregados ***. TTO, MNB, (SSN+ B2)+kinesioterapia de tórax + higiene bronquial +inactivo respiratorio. RTA: ***** 1200 cc x seg. Queda estable al momento.

Dr. Liliana Garavito terapia respiratoria



La señora DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA, fue atendida por la especialidad de psiquiatría, terapia física y respiratoria, conforme a sus requerimientos médicos.

Fecha: 21/05/2011 Hora: 10+00

NOTA OPERATORIA

Malla: 390: fistula biliar cutánea (muñón vesicular) se realiza CPRE+ Papilotomía+ inserción de stent plástico biliar. Firma. Limas

Fecha: 21/05/2011 Hora: 7h.

Paciente muy ansiosa algica refiere mucho dolor de espalda que según ella a pesar de administrársele analgésicos. "Tramal y Dipirona" el dolor no le alivia. Hemodinamicamente estable con rangos vitales, normales, a febril. Firma ***.

Fecha: 21/05/2011 Hora: 8h.

Acepta y tolera el desayuno paciente en compañía permanente del esposo.

Fecha: 21/05/2011 Hora: 11h.

Valorada por el Dr. Barreto quien ordena salida. Firma

INFORME QUIRÚRGICO

Nombre: Delia Paola Peña Fonseca.

Edad: 31 años

N. documento: 40.048.372.

Cirujano: Dr. Luis M. limas

Anestesiólogo: Dr. Garzón

Diagnostico: Fistula biliar POP

Fistula biliar. Intervención practicada y tipo de anestesia.

Fecha: 21/05/2011 Hora que comenzó: 09+30 Hora que termino: 10+00

Intervención practicada: PRE + Papilotomía + Inserción stent biliar general.

Descripción de hallazgos operatorios, procedimientos y complicaciones:

Hallazgo: fistula biliar cutánea (muñón, vesicular?) se realiza duodendoscopia, se aprecia papila de aspecto usual, se intenta canular por el poro sin éxito se realiza pre corte con Papilótomo de aguja y se cánula en la vía biliar se toma colangiograma y se aprecia vía biliar intra y extra hepática de calibre normal con escape del medio de contraste en el tercio medio y canalización al exterior. Se amplía Papilotomía con Papilótomo de arco y se coloca stent plástico 7 f. de 7 cm en el conducto biliar no complicación fluoroscopio 0.* min.

Firma ***** Dr. Luis Manuel Limas, gastroenterólogo. Cirujano.RM. 17509

El procedimiento consistente en papilotomía e inserción de stent biliar obedeció precisamente al hallazgo de una fistula biliar como complicación de la intervención practicada el 16 de mayo de 2011, para abrir y engrosar las vías y drenarlas.

Fecha: 22/05/2011 Hora: 15+45

Notas Cx. General

Se revalora paciente quien refiere malestar general, con dolor lumbar, sin émesis, tolerando la vía oral, se decide suspender salida, se suspende tramadol y se inicia Diclofenaco 75 mgr IM ahora. 22/05/2011. Hora: 23:30h. Firma

Fecha: 23/05/2011

EVOLUCIÓN CX GENERAL.

Paciente con Dx.1. POP colecistectomía

2. POP implantación Dren Biliar (CPRE)

S/paciente refiere mejoría dolor abdominal, refiere persistencia dolor lumbar. Niega émesis, náuseas y demás síntomas asociados. O/ SV: FC: 90 FR: 20, TA: 80/60, T: 36.5 °C, C/C mucosa oral húmeda, conjuntiva, normo crómicas. C/P sin alteración abdomen: blando, depresible, leve dolor palpación profunda en fosa iliaca derecho escasa salida líquidos en dren. Puño percusión (-) extremidades sin edema.

Firma. Dr. A. Tamara López cirujano General R.M. 886 de Boyacá.T.P2052. 23/05/2011 hora: 11+05 h.

DATOS DE LA ATENCION DE URGENCIAS

Identificación del usuario: Primer apellido: Peña. Nombre: Delia.

Tipo de Documento: c.c. 40.048.372. Historial ingreso: 78531-9

Edad: 31 año Sexo: femenino Residencia: 15001 Dirección: Cra.9AN.216

Tipi de usuario: c población podre con sisben Tipo de atención: especial.



Causa externa: 13 enfermedad General Tipo de afiliación A Adicional

Fecha de atención: 2011/06/28 Hora: 10:44

Vía de ingreso: 1 urgencias. Afiliación: subsidiado.

Entidad: Secretaria de Salud de Boyacá. Municipio: Tunja.

Tipo de atención: Hospitalaria.

Fecha: 18/06/2011 Hora: 10+59.

Enfermedad actual: Paciente con cuadro de 3 días de evolución consistente en dolor en epigastrio mediado a espalda, la paciente refiere fiebre malestar, general la paciente tiene antecedentes de colecistectomía hace 1 mes con implantación de tubo en conducto biliar por fisura, pos- operatoria

La paciente niega émesis u otra sintomatología

EVOLUCIÓN URGENCIAS: 11+00h *: TGO: 25 TGP: 21 FA: 98, amilasas: 88**

16+25 se observó en ecografía de abdomen, vesícula biliar presente, en páncreas presente masa y región quístico que no permite, valoración por lo que se solicita.

-SSN 60 cc h.

-Tac de abdomen simple (p)

- Bun - Creatinina

- Tramadol 50 mg IV ahora.

Firma: Guelmis Capella Niebles

10+40. Nota Bun 8.8 Creatinina 0.68 Urea 18.

S/ paciente refiere persistir con dolor, eco sugiere tac con constante por lo que s/s valoración por cirugía para mejor ***** de tac de abdomen

Dr. Alexis R. Manrique especialista en cirugía general laparoscopia

Diagnósticos definitivos: peritonitis biliar. Código: k658.

Fecha: 28/06/2011

Hora: 21+50

Valoración de cirugía general.

Mc: Dolor abdominal.

EA paciente de 31 años con cuadro clínico de 3 días de evolución consistente en dolor, epigástrico irradiado a espalda refiere fiebre, malestar general, no otros

Síntomas, refiere antecedentes de colecistectomía hace 1 mes con implantación de stent y tubo en conducto biliar por fistula POP.

Informe Quirúrgico

Nombre: Delia Peña Fonseca. Edad: 31 años Documento: 40.048.372

Cirujano: Manrique Ayudante: Fredy D

Anestesiólogo Torres

Diagnostico: peritonitis Biliar?. Código CIE-10 A 650.

Post-operatorio: Absceso en HCD

Fecha: 28/06/2011 Hora que comenzó: 23+15 Hora que termino: 24+15

Intervención practicada: Laparoscopia + Drenaje Absceso + lavado peritoneal, 7:44,7:25,7:40

Tipo de cirugía: sucia. Tipo de anestesia General.

Descripción de hallazgos operatorios, procedimientos y complicaciones: Síndrome adherencial severo con MCD con bridas firmes de intestino delgado y colon y epiplón a esc nivel absceso de +- S con ó pseudo encapsulado y en su interior hay textiloma #1+ pus franca (ss. cultivada).

Procedimiento:

1. Asepsia+ antisepsia

2. incisión mediana supra umbilical

3. Disección x planos hasta cavidad

4. intensifico hallazgo

5. liberación de adherencias en MCD con disección Roma y cortante

6. Apertura pseudo capsula de absceso y drenaje de su contenido + extracción de textiloma sin dificultad.

7. Lavado HCD SSN 1500 cc

8. Revisión hemostasia.

9. compresas complejas.

10. paso dren sum en cavidad de Absceso, sale x otra Incisión en FD fija a piel seca 2/ 0.

10. Cierre fascia vicril ó

11. afronto piel prolene 3/0 separados.

Firma. Dr. Alexis R. Manrique

Fecha: 28/06/2011

↓ Sala de recuperación



Nombre: Delia Paola Fonseca Peña
Diagnostico: peritonitis biliar
Intervención: laparotomía exploratoria
Cirujano: Dr. Manrique Anestesiólogo: Dr. Torres

Procedimiento: laparotomía exploratoria- drenaje absceso peritoneal. Lavado peritoneal

Fecha: 4/07/2011 Hora: 21h

Sale paciente del servicio en compañía de familiar, con faja abdominal en herida Qx, alerta, órdenes médicas de control y de medicamentos, se retira adapter..... Firma.

Fecha: 13/07/2011

CX GENERAL

Peso: 57 kg; TA: 110/70, FR: 84.

Mc: CONTROL

EA: paciente de 31 años con antecedentes POP drenaje absceso peritoneal + lavado peritoneal. Refiere leve dolor en herida quirúrgica, niega fiebre vomito nauseas. Antecedentes: ya descritos.

Ex. fis.

Abdomen blando depresible herida en buen estado sin signos de infección, no salida de secreciones, se retiran suturas se cita a controles 1 mes posterior a retiro de stent.

Plan: control en 1 mes, resultado de patología.

Dr. Alexis r. Manrique especialista en cirugía general laparoscopia

Al presentar la paciente peritonitis biliar, asociada a la primera intervención, requirió de una segunda cirugía necesaria para salvaguardar su vida y durante la misma, se halló el textiloma que ha sido calificado como el olvido u oblitio quirúrgico que se discute.

Fecha: 02/08/2011 Hora: 14+40.

Ingresa paciente a salas de Cx. # 5 para procedimientos CPRE, estable, alerta, y orientada con LEV permeables, anestesiólogo DR. Arias, gastroenterólogo DR. Limas, Ayudante: Sandra, circulante: Janneth. Inicia procedimiento

Fecha: 02/08/2011

Gastroenterología

Mc: paciente con antecedentes de colecistectomía por colecistitis gangrenosa en mayo 2011 presenta fistula biliar-cutánea por lo cual se realiza CPRE+ Papilotomía + inserción de stent plástico vía biliar, re consulta a urgencias donde se diagnostica y realiza laparotomía y extracción de textiloma.

S: dolores hipogástricos no producción percutánea de bilis.

EF: sin ictericia,

IDX: fistula biliar tratada.

Plan: CPRE+ retiro de stent.

Dr. Luis Manuel Limas Medico gastroenterólogo médico quirúrgico

Fecha: 02/08/2011

INFORME QUIRÚRGICO

Nombre: Delia Paola Peña Fonseca. Edad: 31 años Sexo: F

Servicio: gastro N. identificación: 40.048.372

Cirujano: Luis Limas Ayudante 1: Molina

Anestesiólogo: Dr. Arias

Diagnóstico: pre operatorio: Fistula biliar tratada estado post CPRE +Stent biliar.

Post operatorio: IDEM

Intervención practicada y tipo de anestesia

Fecha: 02/08/2011 Hora que comenzó: 14+30 Hora que termino: 15

Intervención practicada: CPRE + Retiro Stent biliar.

Tipo de Cx. limpia Anestesia general.

Hallazgo: stent plástico tras papilar, papila con Papilotomía previa procedimiento: se realiza duodenos copia se extrae stent, se toma colangiograma, sin encontrar escape del medio de contraste. Se explora vía biliar con *****, no hay salida de cálculos. Al final drena bien el medio de contraste fluoroscopia: 0, 2 min. Antibiótico: cipro.

Dr. Luis Manuel Limas Medico gastroenterólogo médico quirúrgico



Fecha: 14/09/2011 Hora: 15h

Cx. general

Peso, 55 Kg. TA: 115/65, FC: 70 FR: 18.

Mc: cita control.

EA: paciente en POP de colecistectomía en mayo de 2011, POP en junio por absceso en hipocondrio derecho + peritoneal, POP de CPRE paciente refiere dolor intercapsular, heridas quirúrgicas en buen estado, trae patología: vesícula biliar: colecistitis crónica ulcerada.

Al examen físico alerta, hidratada, abdomen blando, depresible, no doloroso, no signos de irritación peritoneal, heridas quirúrgicas en proceso de cicatrización, no signos de inflamación.

A/ paciente con adecuada evolución, se solicita radiografía dorso lumbar, se remite a otorrino y medicina general patología biliar y complicaciones resueltas se da de alta por cirugía.

Dr. Alexis r. Manrique especialista en cirugía general laparoscopia

El segundo procedimiento de CPRE fue para retirar el stent colocado en la anterior CPRE y se repite, no se trata de una intervención quirúrgica sino de un procedimiento de rescate.

- Póliza de responsabilidad civil N° 1002711 del 26 de octubre de 2010, categoría responsabilidad civil clínicas y hospitales, con vigencia del 24 de octubre de 2010 al 24 de octubre de 2011, que cubre entre otros, **errores u omisiones profesionales**, con un deducible del 25% y sus anexos, que detallan como objeto del seguro el cubrimiento de los **perjuicios patrimoniales y morales, los daños materiales y las lesiones personales que la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA cause con motivo de la responsabilidad civil profesional médica, derivada de la prestación del servicio de salud, en el desarrollo de sus actividades profesionales por personal médico, paramédico o médico, auxiliar...**Adicionalmente señala que cubre daños y pérdidas ante terceros por responsabilidad civil profesional médica derivada de la prestación de todos los servicios del Hospital, acciones u omisiones de sus empleados y/o profesionales, y/o auxiliares intervinientes derivadas de su ejercicio profesional, responsabilidad civil acto médico como profesional; entre otras. (fls. 3-5)

- Certificado de existencia y representación legal de LA PREVISORA S.A. SUCURSAL TUNJA. (fls. 6-8)

- RUT de LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS. (fl. 9)

- Certificado de existencia y representación legal de LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS. (fls. 19-28)

➤ Testimoniales

Se recibieron los de los señores **ALEXIS RENE MANRIQUE MENDOZA**, el día 7 de marzo de 2016 (fls. 474-480) y **LUIS MANUEL LIMAS** el 04 de mayo de 2016 (fls. 505-513)

1. ALEXIS RENE MANRIQUE MENDOZA- Médico especialista en laparoscopia

“En cuanto a mi participación, yo la recibí un día en el servicio de urgencias, la señora había sido operada hacía unos días hacía unos 8 o 10 días de una colecistitis que es la inflamación de la vesícula por otro colega...y yo la ingresé con signos de infección abdominal, consideré necesario pasarla a cirugía, la pasé a cirugía, tenía un absceso abdominal, le drené el absceso por una incisión diferente a la que se había abordado inicialmente y después de eso presentó una fístula biliar, es decir, escape de bilis, que fue tratado mediante métodos endoscópicos por el Doctor Limas...operé a la paciente por una incisión diferente a la inicial que es lo indicado en estos casos, porque yo sospechaba una peritonitis generalizada...no se puede acceder al abdomen por una misma incisión localizada, porque hay que evacuar completamente, limpiar completamente la cavidad abdominal, lo cual no se puede hacer por la misma incisión, lo tuve que hacer por otra incisión diferente, por la línea media, se le colocó el antibiótico terapéutico, se le realizó el procedimiento bajo los cánones de anestesia y la técnica de cirugía y no hubo aparentemente ninguna complicación, ni infra ni posoperatoria, diferente a lo

esperado en estos casos...la sospecha preoperatoria era una peritonitis, por lo cual abordé la incisión por la línea media, diferente a la que ella tenía que era subcostal derecha, encontré que había unas adherencias que son cicatrices internas, el colon y el intestino delgado estaban pegados por esas adherencias, había un absceso que es una colección de pus y en su interior había unos restos que no sabría decir qué era, aparentemente era algo textil, por eso le coloqué textiloma y pus y esa pus la mandé a cultivar, hubo una perforación de intestino que no pasó a mayores...realicé la disección de las adherencias, retiré el absceso, retiré los restos que había, hice un lavado y dejé un dren en la cavidad donde estaba el absceso y cerré toda la herida...ella fue operada inicialmente el 16 de mayo de 2011 por el Doctor **MANUEL BARRETO**...tenía una colecistitis gangrenada, necrosada por lo que el Dr. **BARRETO** le hace una colecistectomía subtotal y le deja un dren, la colecistitis necrosada es una inflamación de la vesícula y necrosada quiere decir que está muerto el tejido, no le está llegando sangre...cuando suceden esos casos existe alto riesgo de complicaciones infecciosas, cuando hay tejido muerto se llena, se coloniza de bacterias y es de difícil cicatrización precisamente por lo mismo, porque está muerto...incluso en alguno de los apartes el Doctor **BARRETO** había escrito que tenía un riesgo importante de presentar fistulas...yo creo que eso fue la causa que llevó a las complicaciones de la señora, es decir una colecistitis, inflamación de la vesícula, con tejido muerto, a pesar que se retiró la vesícula, aparentemente por seguridad el Doctor no la retiró toda, él mismo escribe ahí colecistectomía subtotal, es decir, nos e retiró toda...probablemente lo hizo por seguridad, para que no hubiera lesiones más graves, sólo retiró una parte, dejó otra; sin embargo aclaró que deja un dren por el riesgo de presentar fistulas y complicaciones infecciosas...cuando un órgano abdominal está muerto, necrosado, fácilmente se coloniza y crecen bacterias...la gravedad de la situación de la paciente era colecistitis de moderada a severa...cada paciente es diferente, puede demorar muy pocas horas o varios días; sin embargo, para que la vesícula llegue a estar necrosada deben haber pasado de 48 a 72 horas después de haber iniciado los síntomas, por lo menos, es variable pero eso es un promedio...una fistula quiere decir una comunicación anormal entre dos epitelios, en este caso, entre los conductos biliares y la piel...el riesgo existe por la condición local de la enfermedad el día que se presentó, la vesícula necrosada tiene alto riesgo de presentar a corto o mediano plazo una fistula biliar como complicación...cuando hay una vesícula necrótica hay bacterias y favorece las complicaciones infecciosas, es decir, los abscesos, las peritonitis, e incluso las bacterias pueden llegar a circular por la sangre y producir lo que se llama una septicemia o una sepsis grave como consecuencia de la infección originada en la vesícula, se puede diseminar por todo el cuerpo...el stent es un dispositivo artificial que está hecho en este caso de plástico...se le colocó cuando se hizo el diagnóstico de fistula biliar, el tratamiento para las fistulas biliares consiste en la colocación de un stent el cual se coloca por vía endoscópica que fue lo que hizo el Dr. **LUIS MANUEL LIMAS**, el stent se colocó para tratar esa complicación que se llama fistula biliar...el stent se coloca con la intención de tratar una complicación que es la fistula...normalmente el cuerpo no tiene este tipo de dispositivos, de manera que es un cuerpo extraño que si no se retira también puede producir complicaciones, más o menos se debe dejar tres meses, si se deja más de tres meses también empieza a producir complicaciones, por eso es indicado retirarlo...el stent se puso entre la primera y la segunda cirugía...inicialmente ella se operó con una incisión subcostal al lado derecho que es la vía de abordaje para hacer las colecistitis de urgencias, eso estuvo bien, no le veo ninguna objeción a eso...después tuve que reintervenirla por una incisión diferente que fue por la línea media por la sospecha de una peritonitis, las peritonitis no es fácil evacuarlas por una incisión subcostal porque por ahí no podría tener acceso al resto del abdomen para poderlo limpiar y lavar adecuadamente, por eso tuve la necesidad de hacer una incisión por la línea media, era la mejor forma para drenar la peritonitis que era la sospecha preoperatoria... tenía infección activa en el primer ingreso...lo usual es que si no hay riesgo o no existe complicación con una cirugía es suficiente; sin embargo cuando existen complicaciones, determinar el número exacto no se lo puedo decir...cuando hay necrosis de la vesícula hay riesgo de abscesos y de fistulas, ese riesgo existe y está dentro de las complicaciones esperadas y descritas en los textos de cirugía...en cuanto a las cicatrices son los abordajes que fueron necesarios o que requirió la paciente para tratar su enfermedad inicial y las complicaciones que se derivaron de la enfermedad inicial...siempre que se hace cirugía abierta del abdomen quedan cicatrices, por supuesto, algunas más gruesas que otras, pero siempre quedan cicatrices...fuera de lo estético, no creo que la afecte...no soy el especialista adecuado para determinar qué embarazo es de alto riesgo o no...ella no estaba embarazada cuando se presentó eso, si ella se embarazó después y la infección ya estaba resuelta. El único riesgo o variante que hubiera podido tener ese embarazo es que apareciera una hernia incisional en alguna de las heridas por el aumento del volumen del abdomen por el embarazo, pudiera haber aumentado o hecho que hubiera aparecido algún tipo de hernia en alguna de las dos cicatrices, esos ería lo único que hubiera podido afectar el embarazo como consecuencia de las cirugías, cosa diferente si las cirugías se hubieran hecho estando en embarazo hubiera podido correr más riesgo el embarazo pero si eso sucedió después, el único problema sería la posibilidad de una hernia...el stent no fue el que produjo las complicaciones, se puso para resolverlas...en cuanto a la primera cirugía ella tenía una colecistitis necrosada, si no se hubiera realizado, con una altísima probabilidad la vesícula se hubiera perforado y hubiera llevado a la paciente a una peritonitis biliar y a una muerte por sepsis abdominal, entonces, estaba indicado hacerlo, en cuanto a la segunda cirugía, desafortunadamente tuvo dos complicaciones que fue el absceso y la fistula y también fue necesario intervenirla, si no se hubiera intervenido, si se hubiera dejado el absceso y la fistula, hubiera presentado una peritonitis grave y una muerte secundaria a una sepsis abdominal, en cuanto a la intervención de colocación y retiro de stent, lo mismo, se hicieron para tratar esta complicación, si no se trata, esta señora estaría escapando bilis a través de la bilis durante un periodo bastante largo...estos riesgos están descritos, pueden suceder y entre más grave la



enfermedad inicial y entre más tiempo suceda entre el inicio de los síntomas y el inicio del tratamiento, más alta la posibilidad de las complicaciones...si ella hubiera presentado una hernia estaría contraindicado el parto vaginal porque se le contraindicaría el pujo durante el parto porque esto le haría aumentar y de pronto encarcelar la hernia, tendría que ser operada por cesarea para evitar ese riesgo...no existe una contraindicación para embarazarse después de haber tenido este tipo de cirugías..."

2. LUIS MANUEL LIMAS - Médico gastroenterólogo

"llevo más de 25 años de experiencia como cirujano y específicamente en el procedimiento CPRE...tengo una experiencia de más de 5000 de estos procedimientos, en Colombia estoy entre las 5 o 7 personas que más hace estos procedimientos...aquí en Tunja somos un punto de referencia en la patología de la vía biliar...ella consultó el día 15 de mayo por un dolor abdominal de varios días de evolución, el día 16 de mayo se le practicó una colecistectomía, esto quiere decir, el retiro de la vesícula biliar como hallazgo importante intraoperatorio, la descripción decía que esa vesícula estaba necrosada, en otras palabras es decir podrida, por eso el cirujano le dejó un dren por la posibilidad que presentara fistulas biliares, esto es frecuente cuando la vesícula ya está podrida...efectivamente presenta un escape de bilis, eso se llama una fistula biliar, por lo cual el día 21 de mayo realizo una CPRE con la colocación de un stent en el conducto biliar...todas las personas producimos aproximadamente de 2 a 3 litros de bilis al día...depende de la alimentación...la bilis va por unos conductos al intestino a una parte que se llama el duodeno, pero también se acumula en la vesícula biliar que es una bolsa que está pegada al hígado y cuando llega la comida al estómago, esta bolsa se contrae y produce la bilis y esa se revuelve con la alimentación para que la absorba el organismo, nosotros sin bilis no podríamos vivir...en mujeres especialmente se produce lo que se llama la colecistitis, la inflamación de esa vesícula...se producen los ataques de vesícula que muchas veces pueden ser por cálculos o no cálculos, cuando los ataques son severos se puede necrosar la vesícula o gangrenar, se pudre...cuando se pudre produce unos abscesos que pueden llevar a la muerte a la persona...absceso se llena de pus...en este caso a la paciente se le hace una colecistitis que según la descripción quirúrgica estaba necrosada esa vesícula, entonces se le deja un dren que es un fragmento especialmente de material plástico que sale al exterior a través de la piel para que en caso de que se produzca pus o que haya salida de bilis, por ese dren llegue al exterior y no esté infectando el interior de la paciente, una peritonitis, en este caso se dejó, por el dren efectivamente como se preveía porque la vesícula estaba necrosada ya, estaba infectada, salió bilis por el dren, por lo cual pidieron el concurso mío para hacer lo que se llama una CPRE...consiste en llegar con un endoscopio a través de la boca, a través del estómago, al punto donde desemboca la bilis al intestino, a través de ese endoscopio hacer una cirugía interna y como había una fistula de bilis, colocar lo que se llama un stent...el cual se deja en el conducto biliar para que las fugas que puedan salir al exterior como en este caso, lleguen hacia el interior y posteriormente una vez se mejore el estado de la persona, entrar otra vez con ese endoscopio y retirar ese stent...esa es la manera de tratarlo...a ella posteriormente, generalmente cuando ya se resuelve la fistula, hace una nueva intervención, una nueva CPRE y retira el stent que fue lo que se le hizo a ella el día 2 de agosto; sin embargo el día 28 se le presentó un absceso y esa fue la segunda cirugía que tuvieron que intervenirla, la laparotomía para el drenaje de ese absceso...la vesícula está necrosada y puede tener hasta un 30% de probabilidad de fugas de bilis, eso se llaman fistulas y por eso se deja el dren para que si escapa la bilis, se logre canalizar esta fuga de bilis hacia el exterior...el manejo moderno se estas fistulas es a través de CPRE que fue lo que se le hizo a esta usuaria pero se puede dejar el dren y puede perfectamente esta fistula cerrar en dos años, en un año o en año y medio, las CPRE precisamente hacen que cierren estas fistulas más rápidamente...las complicaciones esperadas son las fistulas, los abscesos, que puede ser una o varias veces requerir múltiples cirugías, en mi opinión en ella le fue muy bien, porque ha podido requerir otras 5, 6 o 7 cirugías si llega a formar más abscesos allá...puede ocurrir que la fistula no le cierre y durar 6 meses, un año y requerir intervención por vía abierta para la corrección de esta fistula, muchas veces no se logra, por eso el procedimiento de elección es la CPRE con la colocación del stent...el stent se debe dejar para el cierre más pronto de la fistula, si no se retira es un cuerpo extraño en la vía biliar que puede formar cálculos una y otra vez, infectarse y producir infecciones dentro del hígado que son muy peligrosas para la vida de la paciente, de cualquier persona, abscesos también, por eso se debe retirar cuando cierra la fistula que debe ser en un tiempo prudencial de 4 a 8 semanas como en este caso se hizo...se debe abordar varias veces por la patología misma de la usuaria, esta vesícula necrosada y sus complicaciones que presentó, un absceso que fue drenado, una fistula biliar que se resolvió por vía endoscópica y el absceso, tuvieron que abrirla nuevamente una laparotomía para el drenaje del absceso...en otros casos, si el absceso no resuelve inicial como en este caso que resuelve con una sola cirugía, puede requerir, 5, 10 yo he visto en mi experiencia pacientes que requieren 10 12 lavados, 12 cirugías, abordajes a través de radiología o por diferentes métodos hasta que se resuelve la infección, en este caso, solo requirió uno...una cicatriz en normal en una cirugía y más en este caso de cirugías abiertas que requirió dos por el sitio donde salen los drenes es una herida más pequeña, por el lado del sitio donde se opera la vesícula es otra cicatriz y por el lado donde se le hizo el drenaje del absceso pues es otra cicatriz y la cicatriz depende intrínsecamente de la

persona, porque hay personas que pueden tener una cicatriz que es una línea y no se nota, usted la puede ver de lejos y no se nota pero eso es intrínseco de la persona que puede hacer queloides, entonces la cicatriz se puede ver más fea, más grande...no hay un déficit funcional por una cicatriz en un abdomen...el Hospital San Rafael es la Institución de Tercer Nivel del Departamento, es centro de referencia departamental y de otros Departamentos...por todos los protocolos tanto en cirugías como en otras áreas y allí hay los mejores equipos que puede encontrar, más que en otras partes del país...esta patología es más frecuente en mujeres que en hombres, es más frecuente en mujeres que han tenido hijos, es más frecuente en mujeres por encima de los 30 años...que sean no tan flacas, esto predispone a tener estas patologías...cuando la vesícula está así de necrosada, la cirugía puede ser de dos tipos, abierta o laparoscópica, pero cuando está ya necrosada la vesícula, mejor por vía abierta porque se inflama demasiado allí por la misma infección...y entonces se requiere cirugía abierta y a veces hay que ampliar el campo para poder ver mejor, entonces las cicatrices son más grandes...las fistulas y abscesos son un riesgo inherente del estado de inflamación de la vesícula en este caso, es una complicación absolutamente esperable dentro de los rangos, se puede presentar hasta un 30 un 40% de las veces...quien practicó la cirugía es una persona expertísima, es un cirujano de más de 30 años de experiencia...hay diferentes tipos de embarazo de alto riesgo...no veo una relación directa porque no hay absceso intrabdominal ni nada, una relación directa de un embarazo de alto riesgo con la patología de la usuaria...la CPRE es un estudio diagnóstico y al mismo tiempo terapéutico...uno va a través del intestino y no puedo ver por fuera del intestino...el procedimiento fue adecuado, una fistula biliar se puede diagnosticar hasta tardíamente, puede tardar 10 días 15 días hay pacientes que llegan a los 15 días y en muchas peores condiciones, eso sí es más grave, afortunadamente en este caso el diagnóstico se hizo temprano y el manejo se hizo de manera temprana y si no estaríamos hablando de un muerto...no es cierto el hecho décimo primero porque el solo hecho de ver uno una producción de bilis a través de un dren hace el diagnóstico de una fistula biliar, no se necesita ningún otro examen, si veo bilis hay una fistula biliocutánea de bilis que llega que sale del árbol biliar, del hígado al exterior, por eso uno solamente necesita ver que a través de un dren hay bilis para hacer el diagnóstico con absoluta certeza que diga que hay una fistula biliar, no necesita ningún otro examen, el paso siguiente es la CPRE que es diagnóstico y terapéutico al mismo tiempo...es una respuesta a una interconsulta donde se dice hay fuga de bilis, se ve bilis y con eso se hace el diagnóstico...si no se hace un CPRE con inserción de stent, la fistula puede durarle seis meses un año...mi acción es solamente en el manejo de la fistula, no va para nada más...en mi opinión la usuaria está viva, por estas mismas patologías he visto usuarios muertos manejados a tiempo por estas mismas patologías, es un riesgo inherente a la condición médica a la colecistitis necrosada esta serie de adversidades que presentó, pero son esperables por la misma condición clínica que presentaba la usuaria en el momento de la cirugía...en mi experiencia que es ya de más de 12 años haciendo CPRE he visto personas que requieren más de 10, 15 intervenciones porque no se controla la infección, en este caso le fue bien a la usuaria, está viva, por esta patología he visto muchos pacientes muertos...”

➤ **Pericial**

Se determinó que el perito designado para agotar la prueba de la parte demandante, debía absolver también el cuestionario visto a folio 212 del expediente.

➤ **Del llamado en garantía LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**

➤ **Documentales aportadas**

- Condiciones generales de la póliza de seguro de responsabilidad civil profesional para instituciones médicas, destacando que **en cuanto a responsabilidad civil profesional médica, la aseguradora se obliga a indemnizar al asegurado por cualquier suma de dinero que éste deba pagar a un tercero en razón a la responsabilidad civil en que incurra, exclusivamente como consecuencia de cualquier “acto médico” derivado de la prestación de servicios profesionales de atención en la 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 especificado en las condiciones particulares...** (fls. 63-66)



➤ Documentales solicitadas

- Oficiar a la entidad para que certifique: Si se presentaron reclamaciones con cargo a la póliza N° 1002711, con vigencia del 24/10/2010 al 24/10/2011, en caso afirmativo remitir una relación de los valores cancelados por siniestros y certificar en qué proporción se encontraba disminuido el valor asegurado en el pago del siniestro o si ya estaba agotado.

Se cumplió con Oficio N° 2012 del 14 de diciembre de 2015 (fl. 439) y la respuesta se aprecia a folios 455 a 459 del plenario, donde se señala que **se habían presentado 7 siniestros entre los años 2013 a 215 con un pago por CIENTO CINCUENTA Y TRES MILLONES DE PESOS M/CTE (\$153.000.000), para el N° 24561 del año 2014, de modo que había una disponibilidad del valor asegurado de SETECIENTOS CUARENTA Y SIETE MILLONES DE PESOS M/CTE (\$747.000.000), suma a la que se le había aplicado el deducible pactado.** Aclara que al haberse expedido la póliza bajo la modalidad *Claims Made*, los eventos deben ser reclamados y notificados por primera vez durante la vigencia de la póliza y que la reclamación refiere a la convocatoria a audiencia de conciliación prejudicial.

VI. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. PROBLEMA JURÍDICO

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

¿Es o no administrativamente responsable la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, por los daños y perjuicios morales y materiales que presuntamente le causó y le causa a los demandantes DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA, LUZ MARINA FONSECA BARON, PEDRO PABLO PEÑA NOCUA y ALEXANDER MANUEL SALAMANCA BERNAL, con ocasión de la cirugía practicada el 16 de mayo de 2011, a la señora DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA ?

Asimismo, se debe establecer si las compañías de seguros LA PREVISORA S.A, debe o no indemnizar el perjuicio causado.

2. TESIS

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

- **Tesis de la parte Demandante:**

Manifiesta la apoderada que los procedimientos que se practicaron a la señora DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA se encaminaron a salvaguardar su vida, a excepción de la del 28 de junio de 2011 cuyo objeto fue retirar el cuerpo extraño que se albergaba en el lecho operatorio de la primera intervención, requiriendo de una nueva intervención y hospitalización, ocasionando en ella y sus familiares aflicción, de modo que se encuentra materializada una falla en el servicio médico consistente en el oblitio u olvido derivado del primer procedimiento quirúrgico del 16 de mayo de 2011, imputable a la entidad demandada y atribuible a una indebida e inadecuada práctica, que además generó que su embarazo fuera calificado como de alto riesgo, debiéndose aplicar a favor de los demandantes el

sistema de reparación integral para daños materiales e inmateriales, conforme a la SU del 28 de agosto de 2014 e incluyendo lo referente a la afectación o vulneración relevante de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, establecida para casos excepcionales y cuando las medidas de satisfacción resultan insuficientes, tomando como base los principios de dignidad humana e igualdad, pues la vida y la integridad física de la señora **DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA** se vieron afectadas por la situación médica que enfrentó, causándole consecuencias adversas en el aspecto físico y psicológicas, perdiendo además su trabajo y sustento.

- **Tesis de la parte Demandada E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA**

Considera el apoderado que la atención que se prestó a la señora **DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA** fue eficiente, oportuna, adecuada y ajustada a los protocolos, así que no hubo negligencia frente a ella, pues para que se configure la responsabilidad estatal, debe existir un daño antijurídico que le sea imputable bajo cualquiera de los títulos, requiriéndose acreditar la culpa de la Administración, estableciendo el daño a partir del análisis del acto médico como una actividad compleja que no se agota en un solo momento sino que involucra la atención previa, el diagnóstico, el tratamiento y el seguimiento, sin haberse probado que el Estado se haya alejado de los criterios del buen servicio público al momento de atenderla, brindándosele un procedimiento quirúrgico de rescate necesario por la condición misma de la paciente, salvaguardando su vida y aun cuando se encontró en su humanidad un oblito quirúrgico, dicha situación también se resolvió de manera adecuada.

- **Tesis del llamado en garantía LA PREVISORA S.A COMPAÑÍA DE SEGUROS**

Enseña el apoderado que desde el ingreso de la señora **DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA**, a la entidad hospitalaria, se le suministró la atención que requería y las complicaciones de salud que sufrió se debieron a sus condiciones fisiológicas, lo que no permite la configuración de la responsabilidad estatal por falla en el servicio médico.

- **Tesis del Ministerio Público:**

Guardó silencio.

- **Tesis Argumentativa del Despacho**

El Despacho declarará administrativa, patrimonial, extracontractualmente responsable a la **E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA** como consecuencia del oblito quirúrgico que fuera dejado en la humanidad de la señora **DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA**, el 16 de mayo de 2011 y extraído el 28 de junio de la misma anualidad, por lo que se ordenará reconocer **perjuicios morales** en cantidad de **40 S.M.L.M.V.** a favor de la víctima directa., **20 S.M.L.M.V.** a favor de sus padres y compañero permanente. En el mismo sentido se reconocerá por concepto de lucro cesante la suma de **\$125.000** a favor de la señora **DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA** y de **\$125.000** a favor de su compañero permanente **ALEXANDER MANUEL SALAMANCA BERNAL** y el reconocimiento y pago de **20 S.M.L.M.V.** a favor de la señora **DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA** por concepto de **daño a la salud**, negando las demás pretensiones de la demanda. Igualmente se declararán **PROBADAS** las excepciones denominadas **improcedencia de los perjuicios morales como están solicitados, falta de cobertura de la póliza de responsabilidad civil N° 1002711, vigencia 24/10/2010 al 24/10/2011**



*mediante la cual se llamó en garantía a la Previsora S.A. Compañía de seguros y no probada la denominada **inexistencia de la obligación**; propuestas por el apoderado de LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS. Asimismo se **DECLARARA NO PROBADAS** las propuestas por el apoderado de la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA referidas a **inexistencia de la falla en el servicio, inexistencia del nexo de causalidad, inexistencia de causa legal.***

*Asimismo se **ABSOLVERA** a la PREVISORA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. de las pretensiones formuladas.*

3. DE LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS

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

- E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA

Propuso como excepciones las que denominó: ***inexistencia de la falla en el servicio, inexistencia del nexo de causalidad, inexistencia de causa legal y genérica innominada.***

- LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS

Manifestó que coadyuva las excepciones propuestas en la contestación de la demanda de la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA y adicionalmente propone como excepciones de la demanda las que llamó ***Inexistencia de la obligación, actividad médica es de medio y no de resultado, e improcedencia de los perjuicios morales como están solicitados.***

Propone como excepciones al llamamiento las que denominó ***Falta de cobertura de la póliza de responsabilidad civil N° 1002711, vigencia 24/10/2010 al 24/10/2011 mediante la cual se llamó en garantía a la Previsora S.A. Compañía de seguros; limitación a la cobertura de daños extrapatrimoniales, exclusivamente al daño moral en la póliza de responsabilidad civil número 1002711, límite de valor asegurado; limitación de responsabilidad de la PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS al monto de la suma asegurada, artículo 1079 del Código de Comercio; limitación de la responsabilidad de la PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS a la disponibilidad del valor asegurado por concepto de responsabilidad civil, artículo 111 del Código de Comercio, aplicación del deducible pactado en la póliza y cualquier otro medio exceptivo que resulte probado dentro del proceso y que se oponga al llamamiento.***

Así las cosas, En la audiencia inicial (fls. 431 a 436) se estimó que en su totalidad se resolverían al momento de tomar la decisión de fondo, pues en conjunto con el material probatorio allegado y su estudio, se debía permitir establecer la responsabilidad y participación de las entidades.

Bajo estos parámetros, tenemos que las excepciones son medios de defensa de la parte demandada y como en este caso, también del llamado en garantía y que pueden atacar la acción o la pretensión.

Las primeras impiden un examen de fondo, es decir, de resultar demostradas imponen una inhibición.

Las segundas, es decir, las que atacan la pretensión, de prosperar conllevan la negativa de las súplicas de la demanda.

Habiendo llegado a este punto, ha de recurrirse a la doctrina que ha hecho una diferenciación respecto de las **excepciones perentorias** y las **previas**, definiendo las primeras como “(...) las que se oponen a las pretensiones del demandante, bien porque el derecho alegado en que se basan, nunca ha existido, o porque habiendo existido en algún momento se presentó una causal que determinó su extinción o, también cuando no obstante que sigue vigente el derecho, se pretenda su exigibilidad en forma prematura por estar pendiente un plazo o una condición”; mientras que las **excepciones previas** “no se dirige (n) contra las pretensiones del demandante, sino que tienen por objeto mejorar el procedimiento para que se adelante sobre las bases que aseguren la ausencia de causales de nulidad y llegando incluso a ponerle fin a la actuación si no se corrigieron las irregularidades procesales advertidas o si estas no admiten saneamiento”¹ Así, las excepciones perentorias plantean situaciones fácticas nuevas con el objeto de enervar las pretensiones de la demanda, mientras que las previas atacan los aspectos procedimentales a fin de evitar sentencias inhibitorias, de manera que cuando se propone una excepción, quien la alega debe probarla, lo que no sucede cuando el demandado se limita a esgrimir argumentos de defensa aun cuando los titule como “**excepciones**”.

Así las cosas y comoquiera que se han planteado múltiples manifestaciones bajo el título de “**excepciones**” por parte del demandado y el llamado en garantía, se dirigen a atacar el fondo del asunto bajo la figura de excepciones perentorias que sólo se enunciaron, pero en manera alguna se probaron.

En este sentido, encontramos que la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, resumió la atención que se le brindó a la señora DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA, destacando que la misma se dirigió a contrarrestar la patología presentada y salvaguardar su vida y su integridad, habiéndosele garantizado el acceso, la oportunidad seguridad, pertinencia y continuidad al tratamiento ofrecido; correspondiéndose con las guías y protocolos médicos, cumpliendo así con los deberes constitucionales y legales frente a la paciente.

Por su parte LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, funda su defensa en el hecho que desde el ingreso de la señora DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA al Hospital, se le suministró la atención que requería conforme a su patología, además alega que la actividad médica no es de resultado sino de medio, buscando aliviar el dolor, recuperar la salud y brindar el tratamiento adecuado para sanar y recuperar al paciente, utilizando todos los conocimientos y elementos a su favor, así que los perjuicios reclamados escapan a la responsabilidad de la Administración pues son atribuibles a la condición médica y fisiológica de la demandante.

Despejado este aspecto, se procede a abordar el marco jurídico que resulta aplicable para el caso estudiado, de la siguiente manera;

¹ Garzón Martínez, J. El nuevo proceso contencioso administrativo. Ediciones Doctrina y Ley LTDA. Bogotá, 2014. P. 472



4. MARCO JURIDICO Y JURISPRUDENCIAL

Con el fin de resolver lo pertinente frente a las posturas adoptadas por las partes y esclarecer el problema jurídico, se abordará la siguiente temática, que fue abordada por esta instancia judicial en un caso similar radicado bajo el N° 2013-00307, siendo demandantes la señora **MAIRA CRISTINA GAMEZ MARTIN Y OTROS**.

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

Finalmente, se abordará el caso concreto.

a. CLÁUSULA GENERAL DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

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

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

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

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

(...).

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

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

Lo anterior obviamente no significa que los títulos y regímenes de responsabilidad patrimonial del Estado sean idénticos en todos los campos y en todas las situaciones, puesto que en la actual práctica

jurisprudencial siguen existiendo regímenes diferenciados. Así en determinados casos se exige la prueba de la culpa de la autoridad, en otros ésta se presume, mientras que en algunos eventos de ruptura de la igualdad ante las cargas públicas la responsabilidad es objetiva”².

Se tiene entonces claridad en que *la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria al derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, razón por la cual se reputa indemnizable*” de manera tal que los elementos centrales del régimen de responsabilidad consagrado constitucionalmente son la noción de **daño antijurídico y su imputación al Estado**; entendiéndose en primer lugar el **daño antijurídico** como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo y, segundo que para imponer al Estado la obligación de reparar un daño *“es menester, que además de constatar la antijuricidad del mismo, el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un ‘título jurídico’ distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión”*³

Corolario, el artículo 90 constitucional, establece una cláusula general de responsabilidad del Estado cuando determina que éste responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, de lo cual se desprende que para declarar responsabilidad estatal se requiere la concurrencia de estos dos presupuestos: (i) *la existencia de un daño antijurídico y (ii) que ese daño antijurídico le sea imputable a la entidad pública, bajo cualquiera de los títulos de atribución de responsabilidad, V. gr. la falla del servicio, el daño especial, el riesgo excepcional, etc.*⁴

b. DE LA RESPONSABILIDAD MEDICA

El Consejo de Estado ha venido variando a través de la historia jurisprudencial, el criterio de atribución de la responsabilidad médica estatal, el cual adoptó inicialmente como falla del servicio, pero luego vino variándolo respecto de la manera de probarla, oscilando desde el criterio de la falta probada, hasta morigerarlo con la denominada falla del servicio presunta, llegando posteriormente a la aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba y retornando nuevamente a la falla probada, pero en esta oportunidad, utilizando mecanismos de facilitación probatoria, entre ellos, i) *La regla res ipsa loquitur*, ii) *La prueba prima facie o de primera impresión*, iii) *La teoría francesa de la falta virtual*, iv) *La doctrina del daño desproporcionado*, y v) *La teoría de la pérdida de oportunidad*.⁵

Para el caso que ocupa la atención de esta sede judicial, dentro de los mecanismos de facilitación probatoria mencionados en precedencia, el que nos permite entrar a resolver como criterio de atribución de responsabilidad médica estatal, dentro de falla probada encontramos la regla *res ipsa loquitur*, *“la cosa que habla por sí misma”*, *“las cosas hablan por sí solas”* *“la culpa surge cantada de*

² Consejo de Estado, Sentencia. 13 de Julio de 1993, Exp. 8163. C.P. Juan de Dios Montes Hernández

³ C 038 de 2006.

⁴ Consejo de Estado, Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON, doce (12) de mayo de dos mil once (2011), Radicación número: 19001-23-31-000-1997-01042(19835)

⁵ Serrano, E. L. (2012) *El régimen probatorio en la responsabilidad médica*. Edición Doctrina y Ley (pp. 107-144, 152)



los hechos probados”. En su almendra, nos indica que los daños producidos frente a una intervención quirúrgica, no se suceden comúnmente si no existe una culpa, el hecho habla por sí como prueba de la culpa, es decir, que se refiere a situaciones donde el hecho generador o desencadenante es suficiente por sí mismo para justificar la conclusión en el sentido que lo más probable es que el demandado fue negligente y que éste hecho causó el daño.

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

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

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

c. Por último que el daño no sea imputable a un comportamiento culposo de la misma víctima.”⁶

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

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

“El criterio de la Corporación, en relación con los casos de oblito 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 loquitur, es decir, las cosas hablan por sí solas. Así lo ha señalado la doctrina...”

“(...) En efecto, si el daño deprecado consiste en el hecho mismo de que se haya verificado la existencia de un cuerpo extraño en el organismo del paciente, sin que se presenten daños o perjuicios adicionales, la responsabilidad estará regida por el concepto de falla del servicio probada, a partir de la máxima res ipsa loquitur, lo que generará un acercamiento o aligeramiento probatorio entre el daño y la imputación.”⁷

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

⁶ *Ibíd.* (pp.110)

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, 24 de marzo de 2011, C.P. ENRIQUE GIL BOTERO, rad. 05001-23-24000-1996-02181-01 N:i (20836)

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

A su turno, la Ley 1438 de 2011, *Por la cual se regula el sistema de seguridad social en salud y se dictan otras disposiciones*, en su artículo 104, al referirse a la autorregulación profesional, enseña que las obligaciones generadas como consecuencia de un acto médico, son de medio, al siguiente tenor:

Modifícase el artículo 26 de la ley 1164 de 2007, el cual quedará así: "Artículo 26. ACTO PROPIO DE LOS PROFESIONALES DE LA SALUD. Es el conjunto de acciones orientadas a la atención integral de salud, aplicadas por el profesional autorizado legalmente para ejercerlas. El acto profesional se caracteriza por la autonomía profesional y la relación entre el profesional de la salud y el usuario. Esta relación de asistencia en salud genera una obligación de medio, basada en la competencia profesional.

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

Así las cosas, se precisa que el acto médico no es de resultado, pues existen circunstancias adversas esperadas y otras imprevistas, de modo que para poder establecer una posible responsabilidad atribuible a malas prácticas, debe analizarse en conjunto la situación específica para cada caso hasta encontrar el origen del daño reclamado, pero en este caso como pasa a analizarse, la mera presencia de un cuerpo extraño obliga a concluir que se trató de un descuido que no permite que prospere la excepción propuesta por el apoderado del llamado en garantía y denominada *actividad médica es de medio y no de resultado* pues el resultado que se esperaba obtener con la intervención aun cuando en principio puede considerarse concorde con el foco infeccioso presentado por la paciente, el hallazgo del textiloma incrementaba adversamente la concreción del riesgo.

c. DEL OBLITO QUIRURGICO

Adicionalmente a lo ya enunciado en el acápite anterior, corresponde ahora que hagamos un análisis para mayor comprensión, sobre el tema del oblito quirúrgico, en torno al mismo, se destaca que la Sección Tercera del Consejo de Estado⁹, ha precisado el concepto de oblito quirúrgico como una *mala*

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

⁹ Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON, Bogotá, D. C, doce (12) de mayo de dos mil once (2011), Radicación número: 19001-23-31-000-1997-01042(19835)



ejecución de los cuidados médicos o quirúrgicos que constituyen una culpa o falla probada en la prestación de servicios de salud.

Prosigue la decisión, destacando que doctrinalmente en relación con este tipo de falla en la prestación del servicio médico, se ha puntualizado:¹⁰

"Entendemos por oblitio 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 reiterada".

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

A su turno, la Real Academia de la Lengua, ha definido el término *oblitio*, como el *Cuerpo extraño olvidado en el interior de un paciente durante una intervención quirúrgica*, determinándose que *"Se acepta y todo indica ser cierto que se está más expuesto al oblitio en aquellas cirugías de grandes cavidades (abdomen, tórax, por ejemplo); en las más sangrantes, especialmente cuando son cirugías de urgencia o emergencia con riesgo inminente de muerte; en las más complejas y largas; en aquellas en las que cambia el personal del equipo quirúrgico y de la sala de operaciones en el transcurso de la misma."*¹²

d. DE LAS POLIZAS DE SEGUROS

Abordando esta figura, encontramos que el Decreto 410 de 1981, *Por el cual se expide el Código de Comercio*, con sus modificaciones, establece las particularidades del contrato de seguros¹³, atribuyéndole las características de consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva, identificándose el asegurador y el tomador como partes del mismo, siendo sus elementos esenciales los correspondientes a: *interés asegurable, riesgo asegurable, prima o precio del seguro y obligación condicional del asegurador.*

¹⁰ Sentencia del 23 de junio de 2010. C. P. Dra. Gladys Agudelo Ordoñez. Radicación No: 18348

¹¹ Adorno - Garrido, *El art. 1113 del Cód. Civil. Comentado. Anotado, cit., p. 252 y ss.; Bueres, Responsabilidad civil de los médicos, cit., p. 244; Mosset Iturraspe - Lorenzetti, Contratos médicos, cit., p. 199; Trigo Represas, Félix, Responsabilidad civil de los médicos por el empleo de las cosas inanimadas en el ejercicio de la profesión, LL, 1981-B-777 y siguientes.*

¹² OBLITOS, ¿RESPONSABILIDAD COLECTIVA O INDIVIDUAL? Aspectos médico-legales. Dr. Guido Berro Rovira.

¹³ Artículos 1036 y ss.

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

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

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

En igual medida, se prevé que hace parte de la póliza tanto la solicitud de seguro firmada por el tomador como los anexos que se emitan para adicionar, modificar, suspender, renovar o revocar la póliza, **definiendo el riesgo como el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador**, de modo que el asegurador puede, con las restricciones legales, asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado, precisando que **el siniestro es la realización del riesgo asegurable**, y, correspondiendo al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, la cuantía de la pérdida, los hechos y circunstancias excluyentes de su responsabilidad, estando obligado a responder hasta la concurrencia de la suma asegurada.

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



e. DEL TÍTULO DE IMPUTACIÓN APLICABLE AL CASO EN CONCRETO

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

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

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

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

Muestra lo anterior que bajo cualquier clase o régimen de responsabilidad patrimonial del Estado o de las personas jurídicas de derecho público es menester que estén presentes estos elementos: la acción o la omisión de la entidad estatal; el daño antijurídico; el nexo de causalidad material y el título jurídico de imputación¹⁴.” (...) Negrilla fuera del texto original.

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

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

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Consejero ponente: JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ, Santa Fe de Bogotá, D.C., ocho (8) de mayo de mil novecientos noventa y cinco(1995), radicación número: 8118

x

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

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

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

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

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

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

vi) cuando el daño se irroga por la cosa misma sin que medie el acto humano, circunstancias en las que, al margen del riesgo del elemento la responsabilidad es de tipo objetiva.”⁵ Destacado fuera del texto.

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

En este orden de ideas, para la prosperidad de la acción de reparación directa impetrada por la accionante en contra de la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, y representada en el hallazgo de un cuerpo extraño al interior de sus órganos, luego de la cirugía requerida para salvaguardar su vida, resulta **necesario e imprescindible que hagan presencia los elementos señalados por la jurisprudencia, a saber i) el daño antijurídico, ii) la imputación del daño a los demandados y, iii) el nexo de causalidad**, esto es, comprobar el hecho dañoso y la relación de causalidad que permita entrever que uno causó el otro; de modo que una vez se produce la verificación y análisis del daño, se debe desprender una evidencia circunstancial que hace que aparezca demostrada plenamente la **imputación fáctica (nexo causal) y la jurídica o régimen de responsabilidad (objetivo)**.

5. DEL CASO CONCRETO

De forma ilustrativa se recaba en que como regla general, para establecer la responsabilidad el Estado, deben demostrarse los elementos de la misma, a saber: *i) el daño antijurídico, ii) la imputación del*

⁵ Consejo de Estado, C.P. DR. ENRIQUE GIL BOTERO, veinticuatro (24) de marzo de dos mil once (2011), Radicación número: 05001-23-24-000-1996-02181-01(20836)



daño a los demandados y, iii) el nexo de causalidad, de manera que en el *sub examine* el daño se precisa en el hallazgo de un cuerpo extraño en el organismo de la señora **DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA** como se anotó en precedencia, de igual modo, se tiene que la imputación resulta ser de tipo objetivo por falla probada del servicio, dado que el mero encuentro del cuerpo extraño permite endilgar la responsabilidad en cabeza del centro médico que atendió el padecimiento sufrido por la demandante, esto es, la **E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA**. Así las cosas, recuerda el Despacho que las pretensiones se encaminan en efecto a declarar esa responsabilidad y a que se achaque adicional al hallazgo, las consecuencias en los campos físicos, psicológicos, emocionales y económicos que tal situación provocó en la vida de la demandante y de su núcleo familiar, aunado al hecho que su embarazo posterior a las intervenciones, fuera catalogado como de alto riesgo, por lo que se reclaman perjuicios morales en el campo objetivado y subjetivado, daño a la vida de relación (antes perjuicios fisiológicos), daño emergente, lucro cesante, por afectación o vulneración relevante de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, a favor de la señora **DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA**, sus padres y su compañero permanente, en la forma detallada en el libelo introductorio, así como el reconocimiento de indexación e intereses, como lo establece el estatuto procesal administrativo.

En tales circunstancias, de las pruebas arrojadas al plenario, se encuentran acreditadas las siguientes situaciones respecto de la señora **DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA** y en relación con la atención que le prestara la **E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA**:

➤ **Documentales:**

- Se le practicaron cuatro procedimientos quirúrgicos: El 16 de mayo de 2011, el primer procedimiento de colecistectomía subtotal por colecistitis gangrenosa más colocación de dren subhepático; el 21 de mayo de 2011 el segundo procedimiento una colangiopancreatografía retrógrada endoscópica o CPRE por sus siglas más papilotomía más inserción de stent plástico como tratamiento de una fuga biliar; el 28 de junio de 2011 un procedimiento de laparotomía exploratoria más liberación de adherencias más drenaje de absceso más retiro de textiloma N° 1 al interior del absceso más colocación de dren y el 2 de agosto de 2011 una colangiopancreatografía retrógrada endoscópica o CPRE más retiro de stent plástico al encontrarse ya resuelta la fuga biliar.

- Para el momento de la primera intervención y la primera CPRE, es decir las realizadas el 16 y 21 de mayo de 2011, figuraba como vinculada al SISBEN II (fls. 24, 25 y 30), por esa razón le fue facturada su estadía en la proporción que establecía la norma y se generó el recibo de cartera N° 134819 del **23 de mayo de 2011**, por valor de \$350.000, con firma de pagaré por valor de \$177.168. (fl. 135)

- El embarazo de la demandante estaba calificado como de alto riesgo **por la causal hipotiroidismo no especificado**, con deseo de cesárea. (fl.s 140-141)

- la señora **DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA** y el señor **ALEXANDER MANUEL SALAMANCA BERNAL** son compañeros permanentes y tienen un hijo llamado **MANUEL SANTIAGO SALAMANCA PEÑA**, nacido el **04 de septiembre de 2012**, esto es un año y un mes después de la segunda CPRE. (fls. 21 y 143)

Adicionalmente a fl 139 se allegó fotocopia de una letra de cambio suscrita por la señora **DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA** en fecha **1 de septiembre de 2010**, con fecha de vencimiento del **1 de septiembre de 2012**, a favor del señor **CAYETANO CELY PRIETO**, por valor de **DIEZ MILLONES**

DE PESOS M/CTE (\$10.000.000), dinero que se afirma fue invertido en la adecuación del café bar que atendía junto con su esposo.

➤ **Testimoniales:**

Los decretados a favor de la **parte demandante**, recibidos el 7 de marzo de 2016 (fls. 474-480), permiten a esta judicatura apreciar que la parte interesada sufrió diferentes aflicciones a consecuencia de la enfermedad de la señora **DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA**, encontrándose además acreditada la relación de ella con su pareja, no así que las deudas contraídas fueran en efecto para instalar el negocio que se vieron avocados a clausurar, tampoco se establecieron los ingresos que la pareja devengaba al laborar en el mismo, en todo caso, se destaca lo dicho por la señora **ROSA CECILIA CARDENAS RODRIGUEZ**, quien refiere que como la señora **DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA** se enfermó y requirió varias intervenciones, necesitaba de una compañía permanente y era la de su pareja sentimental, además que a raíz de ello tuvieron que cerrar el café bar que atendían, también que la salud física de ella se vio afectada y en general que estaba muy enferma a pesar de la atención médica que recibió y que quien más sufrió fue su señora madre.

La señora **ANDREA INES GOMEZ MILLAN** señala que la demandante y su esposo tenían un café bar en un local arrendado, que duró cinco meses abierto al público y tuvieron que cerrar por la enfermedad de ella porque no había quién lo atendiera, generándoseles muchas deudas y quien les colaboraba era la señora madre de **DELIA**, que fue intervenida por su enfermedad de la vesícula y que requirió reintervención, estando muy delicada de salud, lo que conllevó a un estado de cambio de ánimo y depresión, además de afectar su embarazo pues no comía bien y estaba baja de peso, naciendo el niño por cesárea.

La señora **YENY CAROLINA SUAREZ**, por su parte, indica que luego de la primera intervención ella no presentaba mejoría y tuvieron que hacerle una nueva cirugía, lo que la puso muy mal a nivel físico, psicológico y emocional; asimismo que económicamente quedaron endeudados porque no pudieron seguir con el negocio que tenían, que la familia también estuvo afectada e incluso el médico le había dicho que no podía tener hijos y sin embargo cuando quedó en embarazo se preocupó y fue de alto riesgo, no fue muy tranquilo y ella estaba muy deprimida, causándole incomodidades las cicatrices que le quedaron, que actualmente están endeudados y no tienen trabajo.

Los de la **parte demandada** recibidos en fecha 7 de marzo y 4 de mayo de 2016, estos testimonios permiten al Juez llegar al convencimiento que la patología de la usuaria fue tratada de manera oportuna en su primer ingreso y en la realización de las CPRE pues todo ello se encaminó a brindar el tratamiento adecuado para salvaguardar su vida, también resulta claro que existía entre un 30 o 40% de probabilidad que al tratarse de una vesícula necrosada, se presentarían fistulas o infecciones como en efecto ocurrió y también fue resuelto de manera adecuada en el procedimiento adelantado el 28 de junio de 2011, ahora sobre las complicaciones en un embarazo, estas no guardarían relación con la patología de la paciente pues ya estaba resuelta la infección y no existe contraindicación para quedar en gestación luego de este tipo de intervenciones.

Así, la **testimonioal del Doctor ALEXIS RENE MANRIQUE MENDOZA- Médico especialista en laparoscopia**, permite llegar a las siguientes conclusiones respecto de la atención brindada a la señora **DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA**:

- La primera cirugía obedeció a una colecistitis gangrenada necrosada, por lo que en casos como estos



existe un alto riesgo de complicaciones infecciosas por la presencia de tejido muerto.

- Al practicarse una colecistectomía subtotal, es decir donde no se retira toda la vesícula, ello se hace por seguridad, para que no se presenten complicaciones mayores.

- Por la patología inicial, había un importante riesgo que la paciente presentara fistulas y complicaciones infecciosas, como abscesos, peritonitis, e incluso las bacterias podrían llegar a circular por la sangre y producir una septicemia o una sepsis grave como consecuencia de la infección originada en la vesícula, pudiéndose diseminar por todo el cuerpo, por ello se dejó en ella un dren para detectarlas más fácilmente, además son complicaciones esperadas.

- Cuando se diagnosticó con fistula biliar, se le colocó un stent plástico por vía endoscópica como tratamiento para la fistula que presentó, elemento que debe ser retirado con posterioridad porque puede igualmente puede conducir a complicaciones.

- El stent no le produjo complicaciones, por el contrario, se puso para resolverlas.

- Al no existir complicaciones, con una cirugía es suficiente, si hay complicaciones el número de cirugías a realizar no se puede determinar.

- Cuando la recibió se detectó una posible infección abdominal, se intervino para drenarle el absceso por una incisión diferente a la inicial al sospecharse de una peritonitis generalizada que no se puede tratar por una incisión subcostal y con el objeto de evacuar completamente el foco infeccioso, se encontraron adicionalmente adherencias, el colon y el intestino estaban pegados, por lo que requirió una disección.

- Al interior del lecho operatorio anterior había pus y unos restos a los que identificó como un textiloma.

- Las cicatrices dan cuenta de los abordajes necesarios para tratar a la paciente en su enfermedad inicial y en las complicaciones que se presentaron con posterioridad y derivadas precisamente de dicho pronóstico, pues siempre que se hacen cirugías de abdomen quedan cicatrices que fuera de lo estético no afectan situaciones como por ejemplo un embarazo pues como la infección ya estaba resuelta, el único riesgo de ese embarazo podía ser una hernia incisional en alguna de las heridas por el aumento del volumen del abdomen y estarle contraindicado un parto vaginal.

- No existe contraindicación alguna para quedar en embarazo luego de la realización de este tipo de cirugías.

- Si la primera cirugía por la colecistitis necrosada no se hubiera realizado, con muy alta probabilidad la vesícula se habría perforado y causado peritonitis biliar y muerte por sepsis abdominal.

- La segunda cirugía también era necesario realizarla por presentar dos complicaciones consistentes en absceso y fistula, si no se hubiera adelantado también hubiera conducido a una peritonitis grave y muerte secundaria a sepsis abdominal.

- La colocación y retiro del stent se hicieron para tratar la complicación de la fístula y si no se hubieran hecho, la paciente se le presentaría fuga de bilis por un largo periodo

El del Doctor LUIS MANUEL LIMAS – Médico gastroenterólogo, indica en resumen sobre el caso examinado, que:

- Cuando la vesícula se necrosada o gangrenada, produce unos abscesos que pueden llevar a la muerte a una persona.
- Al encontrarse la vesícula biliar necrosada, el cirujano deja un dren ante la posibilidad que presentara una fistula, lo cual es muy frecuente en este tipo de patologías y en efecto se presentó escape de bilis, por lo que precisó CPRE con colocación de stent.
- las complicaciones esperadas de la cirugía inicial son las fistulas, los abscesos, que puede ser una o varias veces y requerir múltiples cirugías, de manera que si el absceso no resuelve inicial como en este caso que resuelve con una sola cirugía, puede requerir más intervenciones, radiología o diferentes métodos hasta resolver la infección, siendo complicaciones esperables en un 30 a 40% de las veces.
- La CPRE es un procedimiento diagnóstico y terapéutico, que consiste en llegar con un endoscopio a través de la boca y del estómago, al punto donde desemboca la bilis al intestino, es hacer una cirugía interna de colocación de un stent que se deja en el conducto biliar para que las fugas puedan salir al exterior y posteriormente una vez se mejore el estado de la persona, entrar otra vez con ese endoscopio y retirarlo porque si no se hace puede generar infecciones dentro del hígado que son muy peligrosas y poner en riesgo la vida de la paciente.
- El diagnóstico de la fistula biliar fue oportuno y para ello no se requiere de ningún otro examen, se hace por el solo hecho de ver escape de bilis y lo que procede es la realización de una CPRE como en efecto se hizo.
- Las cicatrices son normales al pasar por una intervención quirúrgica y dependen de la persona porque puede o no hacer queloides, sin que exista un déficit funcional por una cicatriz en el abdomen.
- Cuando la vesícula está necrosada, por la misma infección se requiere de cirugía abierta y a veces hay que ampliar el campo para poder ver mejor, por eso las cicatrices pueden ser más grandes.
- Hay diferentes tipos de embarazo de alto riesgo y no existe una relación directa entre éste y la patología de la usuaria.

➤ **Pericial:**

Esta prueba permite al Juez determinar una vez más que la atención brindada a la señora **DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA** en la **E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA** fue adecuada, con la desafortunada situación que luego de la primera intervención se desarrolló un proceso infeccioso esperable que provocó que fuera reintervenida, pero con el agravante que al hallarse en el interior del lecho operatorio inicial un textiloma, ello aceleraría de alguna manera esa infección pues como lo afirma el perito, se incrementa tal posibilidad por la presencia de oblitos.

Entonces la pericial evacuada por el Dr. **GUIHOVANY ALBERTO GARCIA CASILIMAS**, permite extractar las siguientes precisiones en torno a la atención que se le prestó a la señora **DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA**:

- La colecistectomía subtotal que se le practicó es un procedimiento quirúrgico considerado de rescate a favor de la seguridad del paciente y con el objeto de prevenir una lesión de la vía biliar, es preferible un retiro parcial de la vesícula biliar que exponerla a un riesgo de lesión por las graves consecuencias que ello puede tener en el corto, mediano y largo plazo.



- Con la colecistectomía subtotal, la porción restante de la vesícula que queda en el paciente se sutura y se hace sobre un tejido necrosado e inflamado, por lo que se debe colocar un drenaje debido a que después de este procedimiento siempre existe un alto riesgo de fuga biliar a través de la sutura de la vesícula, que permita conducir la bilis hacia el exterior, teniendo esto un riesgo de infección del sitio operatorio hasta del 40% a pesar del tratamiento quirúrgico y de antibiótico.
- Luego de este tipo de intervenciones, el paciente no tendrá consecuencias o secuelas a largo plazo, pudiendo tener una vida absolutamente plena y normal.
- Las consecuencias esperadas de estas cirugías son infección, sangrado, formación de abscesos, fuga biliar, lesión de la vía biliar, granuloma, ceroma, formación de cicatriz queloide, reintervención e inclusive la muerte, es decir, llevar a un paciente a cirugía por un proceso infeccioso severo intraabdominal pone en riesgo la vida del paciente, no por el procedimiento quirúrgico como tal sino por la severidad del proceso inflamatorio o infeccioso que tiene.
- Los pacientes con colecistitis necrosada, tienen mayor probabilidad de complicaciones que el resto de la población general, porque la vesícula está necrosada, entonces tiene mayor riesgo de infección, sangrado, absceso, granulomas, queloide, ceroma, lesión intestinal, lesiones de la vía biliar, fuga biliar, que se requieran drenes, que se requiera reintervenir y que inclusive por la gravedad del proceso infeccioso de la paciente pueda llegar a fallecer.
- La mejor opción terapéutica cuando se rompe o se lesiona la vía biliar, es este tipo de intervenciones ya que el paciente puede morir o requerir con el tiempo un trasplante hepático.
- La primera CPRE más papilotomía más colocación de stent plástico como tratamiento de una fuga biliar, fue un procedimiento endoscópico mínimamente invasivo, que no es nuevo sino que representa la continuación de la primera intervención, el cual fue requerido al presentarse una de las complicaciones esperables al procedimiento quirúrgico inicial de colecistectomía subtotal, es la mejor opción terapéutica para este tipo de complicaciones y su realización no provocó efectos adversos en la paciente.
- El tercer procedimiento quirúrgico se le practica el 16 de junio de 2018 que es una laparotomía exploratoria, más liberación de adherencias más drenaje de absceso más retiro de textiloma número 1 al interior del absceso más colocación de stent, en ella se encontró un síndrome adherencial secundario al proceso de cicatrización del procedimiento quirúrgico inicial.
- El hallazgo del textiloma puede corresponder a un oblitio quirúrgico aun cuando no se documentó el uso de hemostáticos en aquella intervención; sin embargo en este tipo de procedimientos se debe controlar el sangrado de diferentes maneras con el único fin de salvaguardar la vida del paciente, esos hemostáticos se usan cuando ya el sangrado está fuera de control, colocándose en el lecho hepático y se quedan al interior porque se absorben con el tiempo pero aumentan el riesgo de infección en el sitio operatorio porque se trata de un cuerpo extraño; en todo caso, si no se le hubiera dejado el textiloma, existiría hasta un 40% de probabilidad que la paciente desarrollara infección y se tendría que reintervenir.
- Los oblitos quirúrgicos o textilomas, producen en el organismo una reacción a cuerpo extraño y favorecen la colonización bacteriana, con la posterior formación de absceso y de manera frecuente los pacientes requieren una reintervención para retirar este textiloma o este oblitio quirúrgico, de esta intervención tampoco se evidenciaron consecuencias adversas para la paciente.

- El cuarto procedimiento quirúrgico que fue del 2 de agosto de 2011, es la culminación del procedimiento quirúrgico inicial que fue una segunda CPRE en la cual le retiran el stent, pues se verifica que ya no hay fugas biliares, con eso termina la secuencia de tratamiento que recibió por su colecistitis necrosada, cuando se manejan de esta manera, los pacientes quedan sin secuelas, es decir, no hacen cirrosis, no hacen colangitis, no hacen estenosis de la vía biliar y pueden llevar una vida normal.
- Los tiempos y los tratamientos brindados a la paciente fueron correctos y adecuados para su padecimiento, para todos los procedimientos quirúrgicos realizados a la paciente, las decisiones tomadas por los especialistas y galenos fueron acertadas y basadas en la seguridad del paciente, realizándose todos los exámenes, estudios y procedimientos correspondientes a cada uno de los hallazgos.
- Los cuidados posquirúrgicos requeridos para las intervenciones son: Para la del 16 de mayo es darle analgésicos, antibióticos generalmente endovenosos por 72 horas, antibiótico oral según la evolución hasta completar 10 a 14 días u los cuidados del dren abdominal; la del 21 de mayo de 2011 CPRE consiste en darle analgésico y según como siga el paciente al otro día se le da dieta; la del 28 de junio de 2011, los cuidados posoperatorios consisten en darle analgésico y antibióticos, ajustarlos una vez se tengan los resultados de los cultivos, sabiendo qué bacterias han crecido, después se le da al paciente tratamiento antibiótico oral hasta que complete 10 a 14 días de tratamiento antibiótico y los cuidados del dren abdominal y el último procedimiento, segunda CPRE del 2 de agosto de 2011, el cuidado es el mismo que de la primera.
- Los procedimientos e intervenciones practicadas eran absolutamente necesarios para la patología y para la salvaguarda de la vida de la paciente, además no generan ninguna consecuencia en el largo plazo, la única recomendación es cuidar la alimentación que sea baja en grasas y muy saludable.
- El grado de incapacidad laboral debe ser determinado por un especialista en medicina legal.

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

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

No cabe duda que en *sub judice* la pretensión indemnizatoria se edifica sobre los daños ocasionados por el oblitio quirúrgico de que fuera víctima la señora **DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA** y los mismos se imputan a **la falla probada del servicio** en cabeza de la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, dado que en este centro hospitalario y a raíz de la enfermedad que la aquejaba, se la practicó una ***colecistectomía subtotal por colecistitis gangrenosa más colocación de dren subhepático***; y el 28 de junio del mismo, fue atendida nuevamente en dicha institución por presentar complicaciones, realizándosele una ***laparotomía exploratoria más liberación de adherencias más drenaje de absceso más retiro de textiloma N° 1 al interior del absceso más colocación de dren***, ahora, deja claro el Despacho que conforme a las pruebas contenidas en las dos testimoniales médicas y en la pericial, se determinó que los procedimientos del 21 de mayo y ***del 2 de agosto de 2011, referidos a dos CPRE, se hicieron con el fin diagnóstico y terapéutico encaminado a el 21 de mayo de 2011 más papilotomía más inserción de stent plástico como tratamiento de una fuga biliar y para retiro de stent plástico al encontrarse ya resuelta la fuga biliar***, respectivamente, eran



necesarios y fueron la continuación del tratamiento de la patología de la paciente, por lo que sobre las mismas no habrá pronunciamiento del Despacho.

Entonces, en cuanto al hallazgo del textiloma que no pudo determinarse particularmente a qué correspondía, este fue extraído por el Doctor **ALEXIS RENE MANRIQUE MENDOZA**, especialista en cirugía general laparoscópica en la intervención realizada el 28 de junio de 2011, detallándose que puede tratarse de un oblito correspondiente a la primera intervención realizada el 16 de mayo de ese mismo año.

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

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

Así, la responsabilidad resulta atribuible a la entidad que debía prestar el servicio médico asistencial en forma diligente, esto es a la **E.S.E. I HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA**, quien tenía contratado un equipo quirúrgico que debió coordinar sus acciones acertadamente para evitar el daño irrogado y representado en la aparición de un cuerpo extraño en los órganos internos de la señora **DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA**, situación que no se evidenció, razón por la que en efecto debe repararse, en atención a que desde la perspectiva del artículo 90 superior, surge evidente la responsabilidad de los entes estatales que se genera por la prestación del servicio médico.

- **Del daño**

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

reconocimiento de indemnización en cualquiera de sus modalidades, **el daño debe ser cierto, directo y personal.**

La existencia del daño antijurídico es el primer elemento que debe acreditarse para que pueda predicarse la responsabilidad, así, al tenor de lo dispuesto en el artículo 90 Superior al que antes se hizo referencia, el Estado debe responder por todo daño antijurídico que le sea imputable, causado por la acción u omisión de las autoridades públicas, de manera que lo exigido en la norma no es solo la existencia de un daño, entendido éste como un menoscabo, afectación o lesión de un bien, sino que además se requiere que éste sea antijurídico, es decir, aquel que no se tiene la obligación de padecer y que es contrario a derecho, que vulnera el ordenamiento jurídico y con ello lesiona los bienes e intereses jurídicamente protegidos¹⁶.

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

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

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

Esta concepción de daño antijurídico ha sido admitida por la jurisprudencia del Consejo de Estado en nuestro país. Así, en múltiples oportunidades ese tribunal ha definido el daño antijurídico como “la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar”, por lo cual “se ha desplazado la antijuricidad de la causa del daño al daño mismo”. Por consiguiente, concluye esa Corporación, “el daño antijurídico puede ser el efecto de una causa ilícita, pero también de una causa lícita. Esta doble causa corresponde, en principio, a los regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva”¹⁷.

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

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

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

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION TERCERA - SUBSECCION C - Consejera ponente: OIGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ - Bogotá, D.C., trece (13) de febrero de dos mil quince (2015). Radicación número: 25000-23-26-000-1999-02755-01(32422) Actor: JOSE RAMIRO GERENA VILLAMIL Y OTROS - Demandado: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD Y OTROS



debía por el olvido u olvido quirúrgico de que fue objeto y que aparece completamente demostrado tomando como base no sólo la historia clínica que da cuenta de la existencia y extracción del mismo, sino el testimonio del cirujano que la tuvo en sus manos, esto es el Dr. **ALEXIS RENE MANRIQUE MENDOZA**, lo que en parte originó en la demandante un padecimiento incómodo por espacio aproximado de un mes 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, salvaguardando la vida de la paciente, lo que en ningún caso impide la configuración de la responsabilidad por la cosa olvidada.

Corolario, no hay que olvidar que para que el daño antijurídico pueda ser indemnizado debe ser cierto, personal y estar plenamente probado; en el caso en concreto, de acuerdo con las pretensiones y los hechos de la demanda, la actora lo hace consistir en una reparación generada no sólo en la reintervención quirúrgica para la extracción del cuerpo extraño, sino en que presuntamente se la practicaron procedimientos innecesarios y que ello le ocasionó afectaciones de tipo físico, emocional, psicológico y económico, además de provocar que su embarazo fuera catalogado de alto riesgo.

En este sentido, se reitera que la causal para que su embarazo fuera calificado de alto riesgo tuvo relación con un problema endocrinológico, particularmente con un diagnóstico de hipotiroidismo, además los galenos que en sus diferentes especialidades fueron consultados, coincidieron en afirmar que las intervenciones que se le practicaron no guardaban ninguna relación con su embarazo dado que podía llevar una vida normal. De igual modo, no se logró acreditar que los recursos obtenidos de las deudas que se dice se adquirieron hubieran sido destinados a la adecuación del café bar que atendía en compañía de su pareja ni el tope de ingresos mensuales que percibían del mismo, ni que con posterioridad a la primera cirugía practicada el 16 de mayo de 2011 y la primer CPRE del 21 del mismo mes y año se hayan efectuado cobros por la prestación del servicio de salud, con la tarifa establecida para el nivel II del SISBEN pues esta primera atención significó salvar la vida de la paciente y con posterioridad no aparecieron acreditados los gastos que en sede judicial se reclaman, de modo que por estos conceptos en concreto, se desestimará lo pretendido.

- **La imputación del daño**

Esta es achacable a la E.S.E. HOPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA como consecuencia de la falla del servicio probada en la modalidad objetiva, por prestación del servicio médico dado el olvido de un cuerpo extraño - textiloma - en el organismo de la señora **DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA**, durante la intervención quirúrgica llevada a cabo el 16 de mayo de 2011 consistente en **colecistectomía subtotal por colecistitis gangrenosa más colocación de dren subhepático**; y el 28 de junio del mismo, fue atendida nuevamente en dicha institución por presentar complicaciones, realizándosele una **laparotomía exploratoria más liberación de adherencias más drenaje de absceso más retiro de textiloma N° 1 al interior del absceso más colocación de dren**, lo anterior traduce en que 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%, situación que se resolvió favorablemente a la paciente pues se drenó

el absceso y se retiró el textiloma, pero no se descarta que aun sin el hallazgo del textiloma podría también presentarse un absceso en el mismo lecho operatorio, en todo caso no cabe duda que aunque se trataba de un riesgo esperable, se evidencia de igual forma la presencia de una carga injustificada que no debió soportar la señora **DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA**, cuestión que no puede pasar por alto el Despacho pues es evidente que el daño se causó y que éste es imputable a la entidad de salud, ya que durante la primera cirugía se omitió el deber de garantizar que la vida y la salud de la paciente se restableciera en la medida de lo posible, atendiendo a su grave diagnóstico y en cambio de ello, no se realizó de manera verídica el recuento del material utilizado y ni siquiera se consignó haber requerido material hemostático como justificación al cuerpo extraño hallado.

- ***El nexa causal***

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

Así, se trata de otro de los elementos de responsabilidad del Estado y, particularmente por falla probada en el servicio, no requiere mayor prueba el hecho de encontrarse establecido que en el organismo, más concretamente en el lecho quirúrgico de la intervención realizada el 16 de mayo de 2011 a la señora **DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA** se encontró alojada una compresa luego de la intervención quirúrgica realizada en la **E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA**, situación que no merece análisis exhaustivo pues el daño se concreta en el olvido, la imputación en las actuaciones desplegadas en la intervención y es el nexa causal entre estos dos genera el deber de reparar. *(la culpa surge cantada de los hechos probados. Las cosas hablan por sí solas)*

Con todo, tampoco no resultan de recibo los argumentos esgrimidos por los apoderados de la **E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA** y de **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS** consideradas como excepciones y referidos a ***inexistencia de la falla en el servicio, inexistencia del nexa de causalidad, inexistencia de causa legal e inexistencia de la obligación***, respectivamente.

- ***De la responsabilidad de las aseguradoras***

Al presente asunto fue convocado en calidad de llamado en garantía **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**, entidad que propone excepciones por lo que es preciso entrar a estudiar si la póliza en que se fundamenta dicho llamamiento puede llegar a ser afectada como consecuencia del proceso promovido por la señora **DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA** conforme a los hechos ya conocidos.

De un lado, se tiene que el llamamiento en garantía respecto de **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS** se hizo con fundamento en la póliza de responsabilidad civil N° 1002711, vigente entre el **24 de octubre de 2010 y el 24 de octubre de 2011** que ampara errores u omisiones profesionales



con un valor asegurado de \$1.200.000.000, afectada en el año 2014 con el siniestro 24561 por valor de \$153.000.000.

Así las cosas, el siniestro se estructura en el *acto médico* que causó el daño, esto es la intervención quirúrgica llevada a cabo el **16 de mayo de 2011** a la señora **DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA**, al interior de la **E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA**, durante la cual le fue dejado olvidado en su humanidad un textiloma, evento que es susceptible de reparación.

No obstante lo anterior, nótese que conforme al clausulado anexo a la misma, y visible a folio 63 y ss del cuaderno de llamamiento en garantía, en cuanto a la responsabilidad civil profesional médica, expone:

“Amparos cubiertos:

...Responsabilidad civil profesional médica:

- a) **PREVISORA** se obliga a indemnizar al asegurado por cualquier suma de dinero que éste deba pagar a un tercero en razón a la responsabilidad civil en que incurra, exclusivamente como consecuencia de cualquier “acto médico” derivado de la prestación de servicios profesionales de atención en la salud a las personas, de eventos que sean reclamados y notificados por primera vez durante la vigencia de la póliza y hasta el límite de cobertura especificado en las condiciones particulares (salvo los actos médicos que queden expresamente excluidos...”

De igual manera, se anexa a folios 458 y 459 certificación en la que se indica la vigencia de la póliza y se advierte que la misma fue expedida bajo la fórmula de seguro **Claims made** o por reclamación, conforme a las condiciones generales y a las precisiones transcritas con anterioridad.

Sobre este aspecto, la Ley 389 de 1997 *Por la cual se modifican los artículos 1036 y 1046 del Código de Comercio*, en su artículo 4º contempló esta posibilidad, al siguiente tenor:

“ARTICULO 4o. En el seguro de manejo y riesgos financieros y en el de responsabilidad la cobertura podrá circunscribirse al 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. (...)”

Asimismo, en un tema donde se debatió en torno a los contratos bajo la modalidad de reclamación o claims made, la Corte Suprema de Justicia en decisión de la Sala de Casación Civil¹⁷, determinó:

“Así las cosas, la modalidad aseguradora pactada correspondió a la prevista en el supracitado canon 4º de la ley 389 de 1997, a cuyo tenor:

En el seguro de manejo y riesgos financieros y en el de responsabilidad la cobertura podrá circunscribirse al 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

¹⁷ SC10300-2017, Radicación n° 76001-31-03-001-2001-00192-01, M.P. Dr. AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

asegurado o al asegurador se efectúe dentro del término estipulado en el contrato, el cual no será inferior a dos años.

Con antelación a esta última reforma, el artículo 1131 del Código de Comercio era claro en señalar que, en materia de seguro de responsabilidad, el siniestro se entendía ocurrido en el momento de acaecimiento del hecho externo imputable al asegurado, quedando cubierto por la póliza vigente para dicho momento.

Sin embargo, a partir de la citada ley, se consagró la posibilidad de que, por un pacto expreso entre los contratantes, se limite temporalmente la cobertura, o incluso, se extienda a hechos anteriores a su vigencia, siempre que ambos casos se cumpla con la exigencia de que la reclamación se haga dentro del lapso de vigencia de la convención.

Se permitió, entonces, no sólo los seguros basados en la ocurrencia del daño (losses occurrence), que constituyen la regla general en el derecho continental, sino también los que se fundamentan en la reclamación (claims made), caracterizados porque el amparo únicamente se activa si, durante la vigencia del seguro, se hace el reclamo, de suerte que cesa el deber indemnizatorio después de extinguido¹⁸.

Esto no significa que el requerimiento sea requisito para que se configure el siniestro, como lo aduce la recurrente, sino que, por el acuerdo de las partes -prevalido de la legislación sobre la materia-, la aseguradora únicamente pagará aquellos cuya reclamación sea realizada en el decurso de la póliza, siempre y cuando se haya configurado la situación originadora de la responsabilidad cubierta.

En efecto, la adopción de las cláusulas «claims made» en nuestro ordenamiento, fue justificada de la siguiente manera en la «ponencia para segundo debate al proyecto de ley número 65 de 1995» surtido en el Senado de la República:

«6. Modernización de las normas para ciertas coberturas de riesgos.

Se propone una nueva norma en el artículo 4º con el propósito de actualizar la legislación colombiana y acoger las nuevas tendencias del mercado mundial de reaseguros para la cobertura de los seguros de manejo y de responsabilidad civil.

Este artículo posibilita que las compañías cubran en este tipo de ramos hechos ocurridos antes del contrato, que produzcan pérdidas que se descubran o reclamaciones que se formulen en la vigencia de la póliza. Igualmente, se permite precisar la cobertura de responsabilidad civil frente a reclamaciones tardías.

Con lo anterior, el sector asegurador colombiano podrá contar con un adecuado apoyo internacional de reaseguros para el otorgamiento de mejores coberturas a precios mucho más atractivos en favor de los asegurados, atendiendo necesidades sentidas en el país, tales como las coberturas en materia ambiental y de contaminación, en cuanto a la elaboración de productos defectuosos, en relación con actividades profesionales, etc.

Se contempla, por último, la posibilidad para que el gobierno nacional haga aplicable estas disposiciones a otros ramos que, de acuerdo con la evolución de los mercados, requieran este tratamiento específico¹⁹. (Resaltado ajeno).

Así las cosas, la intención de dicha modificación obedeció a que estaban tornándose inviables las pólizas de responsabilidad así como las de manejo y riesgos financieros, con el consecuente retraso en el desarrollo del ramo.

La solución adoptada, que buscó un equilibrio entre la necesidad de cobertura para los asegurados -integrados por los administradores de una persona jurídica, por esta misma, por sus socios e incluso terceros que pueden verse afectados- y la imposibilidad de alcanzar un pacto con una prima competitiva, fue la de permitir las denominadas cláusulas Claims made o Reclamación hecha, a través de las cuales, a bajos costos para los tomadores, es viable amparar la responsabilidad de administradores, incluso por el manejo y riesgos financieros, siempre

¹⁸ Sara Landini, «The Worthiness of Claims Made Clauses in Liability Insurance Contracts». En Italian L.J., 509, 2016, consultada en HeinOnline.

¹⁹ Gaceta del Congreso N° 593, Senado de la República, jueves 12 de diciembre de 1996, pág. 2.



condicionado a que dentro de la vigencia del contrato o, en su defecto, en un lapso convenido, se haga la reclamación por parte de la víctima.

En esa medida ha de entenderse, acorde con el artículo 4º de la ley 389 de 1997, que como efecto de la incorporación al ordenamiento jurídico patrio de estos pactos, la ausencia de un requerimiento tempestivo, hace inane el daño originado en la actuación de los administradores o equivalentes, pues impide el surgimiento de la obligación indemnizatoria a cargo de la empresa aseguradora.

Luego, con independencia de los elementos requeridos para la configuración del siniestro -concebido en el precepto 1072 del estatuto mercantil como la realización del riesgo asegurado-, 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 del 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 contractual.

Esta doble exigencia consagrada en la ley 389 de 1997 (siniestro y reclamación dentro del término específico), no admitida en el sistema tradicional de suceso dañoso imputable al asegurado, a que se refiere el precepto 1131 de la codificación mercantil, deberá agotarse en todos los casos para el nacimiento de la obligación resarcitoria del asegurador.

En efecto, en el esquema basado en la ocurrencia, el débito surge de la configuración del hecho dañoso en vigencia del contrato de seguro, sin consideración a que la reclamación se surta luego de la expiración del respectivo pacto.

Por su parte, las cláusulas «claims made» o «reclamo hecho» constituyen una limitación temporal al cubrimiento, porque no basta que los sucesos generadores de responsabilidad civil ocurran, sino que también es menester que la reclamación por parte del damnificado se materialice durante la vigencia de la póliza o en el periodo adicional y específico estipulado, de tal suerte que si esta no se presenta oportunamente, se excluye el referido débito a cargo del asegurador, a pesar de presentarse el hecho dañoso.”

Concluye el pronunciamiento referido que una interpretación finalista del artículo 4 de la Ley 389 de 1997, impone que una reclamación tendiente a afectar este tipo de pólizas debe hacerse dentro de la vigencia de la misma y que aun cuando el siniestro ocurrió, se incumple la estipulación contractual referida al tiempo o término en que debe realizarse dicha reclamación, entendiéndose que no existe modificación en lo que respecta al siniestro, sino que lo que ocurre es que hay una limitación temporal al cubrimiento de los riesgos, es decir, no basta que ocurra el hecho dañoso a un tercero sino que también es necesario que se presente la reclamación durante la vigencia del seguro so pena de no ser declarada responsable la aseguradora de la falla médica que se endilga al asegurado, en este caso a la **E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA**.

La otra situación que no puede pasar por alto el Despacho, es que la entidad demandada **E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA**, conoció el hecho dañoso que ocurrió a la señora **DELIPA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA** en la segunda atención que se le prestó, esto es, la del 28 de junio de 2011 cuando además de drenarle un absceso se le retiró un textiloma y sabiendo perfectamente que la póliza de responsabilidad civil tenía una vigencia del **24 de octubre de 2010 al 24 de octubre de 2011**, omitió el deber contractual de efectuar la reclamación durante dicha vigencia, de manera que prospera la excepción propuesta por el apoderado de **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS** referida a la **falta de cobertura de la póliza de responsabilidad civil N° 1002711, vigencia del 24/10/2010 al 24/10/2011 mediante la cual se llamó en garantía a la Previsora S.A. Compañía de seguros**, basada en el argumento que la póliza tiene cobertura para la responsabilidad civil en la modalidad claims made o por reclamación y al declararse dicha prosperidad, no hay lugar a entrar a

estudiar las denominadas *limitación a la cobertura de daños extrapatrimoniales, exclusivamente al daño moral en la póliza de responsabilidad civil número 1002711, límite de valor asegurado; limitación de responsabilidad de la PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS al monto de la suma asegurada, artículo 1079 del Código de Comercio; limitación de la responsabilidad de la PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS a la disponibilidad del valor asegurado por concepto de responsabilidad civil, artículo 111 del Código de Comercio, aplicación del deducible pactado en la póliza, por cuanto lo propio es ABSOLVER a LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, de las pretensiones formuladas.*

En este sentido, el Despacho llama la atención a las entidades en relación con la toma y suscripción de este tipo de pólizas que en realidad no cubren los daños que puedan causarse con ocasión de los actos médicos, pues como ocurrió en el caso bajo estudio, los amparos son muy limitados y exigen que la primera reclamación se haga durante la vigencia de dicha póliza, lo que difícilmente llega a concretarse, en detrimento de los recursos estatales.

6. LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

En la demanda se solicitó el reconocimiento de 1). Perjuicios morales: subjetivado y objetivado, 2). Materiales: Daño emergente y lucro cesante 3). Daño a la vida de relación 4). Afectación o vulneración relevante de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados.

6.1 Perjuicios morales

Este aspecto, es estimado por la apoderada demandante, así:

- **Subjetivados:** Como recompensa por el dolor causado, en suma de 100 SMILM para cada uno de los demandantes.
- **Objetivados:** Consistente en la desmotivación para adelantar actividades productivos y de autorrealización, en la suma de 100 S.M.L.M.V. para la víctima directa, y 50 S.M.L.M.V. para su hijo, madre y hermanos.

En este sentido, encontramos que para ahondar sobre este aspecto, debemos acudir por resultar pertinente en el caso de autos, a lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia, cuando ultima:

“(…) 3.1 El daño moral comporta el menoscabo a la dimensión afectiva, los sentimientos, el amor en la familia, la parte social, los atentados contra el honor, la reputación, las consideraciones sociales; por lo mismo, no puede establecerse a partir de métodos matemáticos como acontece con los perjuicios materiales. Varios criterios ha desarrollado la jurisprudencia para calcularlos:

«Dada la inasible naturaleza del daño no patrimonial, debe buscarse, “con ayuda del buen sentido (...) y con apoyo en hechos probados que den cuenta de las circunstancias personales de los damnificados reclamantes, una relativa satisfacción para estos últimos proporcionándoles de ordinario una suma de dinero que no deje incólume la agresión, pero que tampoco represente un lucro injustificado que acabe por desvirtuar la función institucional que prestaciones de ese linaje están llamadas a cumplir” (sentencia de 25 de noviembre de 1992. Exp. 3382); consideraciones éstas que aun cuando se expresaron con relación al daño moral, resultan perfectamente aplicables a toda clase de perjuicio extrapatrimonial, incluido el daño a la vida de relación.

A diferencia de la estimación de los perjuicios patrimoniales, para los que existen en la mayoría de las ocasiones datos objetivos que sirven de apoyo para su cuantificación, el perjuicio extrapatrimonial ha estado y seguirá estando confiado al discreto arbitrio de



los funcionarios judiciales, lo que no “equivale a abrirle paso a antojadizas intuiciones pergeñadas a la carrera para sustentar condenas excesivas, sino que a dichos funcionarios les impone el deber de actuar con prudencia, evitando en primer lugar servirse de pautas apriorísticas...”. (Resaltado fuera de texto)

No pueden, por tanto, fijarse o establecerse parámetros generales que en forma mecánica se apliquen a la valoración de tal clase de perjuicio, pues cada caso concreto ofrece particularidades que deberán ser apreciadas por el juez al momento de hacer la correspondiente tasación»²⁰.

Igualmente, se ha diferenciado entre el daño moral subjetivo y el objetivado:

"Hay en torno al daño moral dos géneros de perjuicios: los que emanan de él en forma concreta, determinada y determinable, que pudieran llamarse perjuicios morales objetivados; y otros que son indeterminados e indeterminables, inasibles y abstractos, perjuicios morales no susceptibles de objetivación. (...)

La injuria al sentimiento del amor filial o al del honor puede ocasionar perjuicios morales inestimables por su naturaleza, y perjuicios morales objetivados. El hijo de un hombre que muere en un accidente experimenta el dolor o la pena natural a la privación del afecto de su progenitor, pena subjetiva, síquica, no objetivable; pero además puede sufrir, como consecuencia de su estado aflictivo o depresivo, una merma o disminución en sus facultades o aptitudes para el trabajo que reduzcan su esfuerzo y afecten consecuentemente su patrimonio material. El comerciante que pierde su reputación sufre una pena síquica por la misma causa, daño inestimable pecuniariamente, y puede también recibir un daño moral que se manifiesta objetivamente en los menores rendimientos de su negocio, debidos a su inhibición para el trabajo, que lo hace menos productivo, y en la baja de sus entradas, porque la pérdida del crédito le trastorna el negocio.

"(...) El daño moral objetivado puede fácilmente repararse. Tal cosa ocurre con el perjuicio inferido a una persona en su patrimonio, por la pérdida de su crédito, causada por la difamación; dicho daño es tangible, estimable con relativa facilidad, concretable en cifras numéricas. Pero no puede decir lo propio del daño moral no objetivado". (G.J. LVI, 672; LXXX, 657; CLIII, 142, entre otras).²¹

En lo que respecta al cálculo de los perjuicios de esta naturaleza opera el principio de arbitrio judicium, esto es, que el juez puede tasarlos teniendo en cuenta criterios como la experiencia, la calidad del reclamante y en general las particularidades de cada caso, con la claridad de que tales criterios aplican únicamente en tratándose del daño moral subjetivo. Así lo ha precisado la Sala de Casación Civil en el pronunciamiento que viene de citarse:

Con mayor precisión y distinguiendo los perjuicios morales de los materiales, la jurisprudencia ha dicho que si bien el fallador puede, para determinar la condena por perjuicios morales subjetivados, acudir al arbitrio judicium, **tal criterio no puede extenderse y aplicarse a los perjuicios materiales y morales objetivados.** (Resaltado fuera de texto)

Precisamente, la Corte en sentencia de 5 de marzo de 1993, sobre el punto que se viene analizando, afirmó lo siguiente: "Ahora bien, el arbitrio judicium que ha desarrollado la jurisprudencia de esta Corporación, si bien se ha fundado en la potestad del Juzgador para decidir en equidad la condena por perjuicios morales, de un lado, no lo ha hecho por fuera de las normas positivas sino con fundamento en ellas (art. 2341 del C.C. y 80 Ley 153 de 1887), y, de otro, sólo se ha aplicado a falta de norma legal expresa que precise la fijación cuantitativa. Es decir, se trata de una potestad especial que supone, de una parte, la prueba del daño moral, que, cuando proviene del daño material a la corporeidad humana, va ínsito en este último, y, de otra, la aplicación supletoria de las reglas directas de la equidad con fundamento en las características propias del daño, repercusiones intrínsecas, probabilidad de satisfacciones indirectas, etc.

²⁰ CSJ SC, 12 Sep. 2016, rad. 4792. Sentencia N. 064.

²¹ *Ibid.*

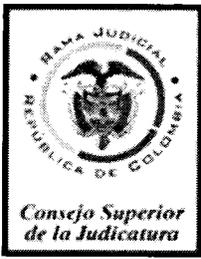
Pero ello no ocurre con el daño material, ni con el daño moral objetivado, que, precisamente por su exteriorización en la vida individual y social, no solamente es posible de apreciarse y establecerse por los medios legales, sino que también puede cuantificarse conforme con las reglas ordinarias. Luego, se repite, es absolutamente improcedente el arbitrio judicial para la determinación libre o limitada del resarcimiento del daño material y el daño moral objetivado. Porque se trata de un asunto que física y jurídicamente necesita de prueba y cuya carga corresponde al actor, sin que pueda el Juzgador sustraerse a ella, ni dejarla de aplicar". (Resaltado propio)(...)"²²

Así las cosas, encontramos que los **daños objetivados** resultan ser concretos, determinados o determinables y por tanto fácilmente reparables; de modo que corresponde al demandante probar su ocurrencia, situación que no aparece sustentada en el expediente examinado; por el contrario, los **subjetivados** son indeterminados, indeterminables o abstractos y en ese sentido corresponde al Juez tasarlos bajo la modalidad del **daño moral**, así que, puntualiza el Despacho que el daño moral se entiende este como el dolor y aflicción que una situación nociva genera y se presume en relación los sus familiares cercanos de quien ha sufrido una grave afectación en sus condiciones de salud o ha perdido la vida. En tal sentido, se encuentran probadas las consecuencias que el hecho dañoso del olvido u oblitio quirúrgico produjo en la humanidad de la señora **DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA**, y este se presume respecto de los ascendientes, descendientes y colaterales, así para efectos de liquidación se tiene, que se trata de una persona que al momento de la intervención contaba con 31 años de edad y que aun cuando duró convaleciente en un término, se acreditó que quien le proveyó cuidados durante su tratamiento y recuperación fue su compañero permanente **ALEXANDER MANUEL SALAMANCA BERNAL**, y que los más afectados por los acontecimientos fueron él y la señora madre de la señora **DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA**, por lo que en base a dichas consideraciones, se reconocerán perjuicios morales, como sigue.

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

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

²² *FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO, Magistrado Ponente, SP6029-2017, Radicación: 36784, Bogotá, D. C., tres (03) de mayo de dos mil diecisiete (2017).*



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

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

Ahora bien, descendiendo al caso concreto, se encuentra que la intervención quirúrgica originaria del oblitio quirúrgico se practicó con el fin de salvaguardar la vida de la paciente **DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA** quien reportaba colecistitis necrosada gangrenosa, es decir como consecuencia del procedimiento en primera instancia se logró la recuperación de su salud de manera oportuna, cosa diferente que se hubiese dejado olvidado en su humanidad un cuerpo extraño, cuerpo que le provocó situaciones adversas adicionales pues incrementó la posibilidad de desarrollar infecciones al interior del lecho operatorio, pero ello en ningún caso le generó consecuencias adicionales a las que una recuperación exige para que el paciente se sienta bien, esto es, que además de los días que estuvo interna en el Hospital, no significó consecuencias a largo plazo en su desempeño pues podría realizar sus actividades con normalidad dado que las intervenciones practicadas no limitaban su desarrollo en otros campos y mucho menos implicó que su embarazo fuera catalogado de alto riesgo pues esto se debió a un padecimiento endocrinológico que reportaba desde antes y como quedó clarificado por los testigos médicos en sus diferentes especialidades, podría llevar un embarazo normal, sólo estándole contraindicado el parto vaginal al desarrollar hernias en el sitio intervenido, situación que tampoco se probó.

Así, considera el Despacho que las lesiones sufridas revisten una gravedad leve en tanto se abordó nuevamente para seguir salvaguardando su vida por la infección que presentó y que era esperable como consecuencia de la primera intervención, ahora en cuanto a las cicatrices, estas eran necesarias en cada una de las intervenciones porque por encima de la estética se encontraba comprometida su vida misma, así su tamaño obedeció a la gravedad del padecimiento de la demandante y para poder evitar complicaciones posteriores como nuevas infecciones, situación que no ocurrió pues como se dijo hay pacientes que conforme al padecimiento podrían requerir más intervenciones pero finalmente se resolvió de manera favorable y en beneficio de su salud, de modo que en consecuencia, se ordenará

el pago de 40 S.M.L.M.V. para DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA y a favor de su compañero sentimental ALEXANDER MANUEL SALAMANCA BERNAL, su señora madre LUZ MARINA FONSECA BARON, su padre PEDRO PABLO PEÑA NOCUA, la suma de 20 S.M.L.M.V. para cada uno de ellos, por estar en el primer nivel de parentesco con relación a la víctima directa, conforme a las probanzas del proceso y además teniendo en cuenta que no se tiene certeza en este caso del porcentaje de invalidez o de la incapacidad médico legal definitiva consecuencia del daño, daño que salvaguardó la vida de la paciente, prosperando de esta manera la excepción propuesta por el apoderado de LA PREVISORA S.A COMPAÑÍA DE SEGUROS denominada *improcedencia de los perjuicios morales como están solicitados*.

Lo anterior se resume en el siguiente cuadro:

| Nombre | Nivel | Parentesco | Monto |
|-----------------------------------|-------|-----------------|----------------|
| MAIRA CRISTINA GAMEZ MARTIN | 1 | Víctima directa | 40 S.M.L.M.V. |
| ALEXANDER MANUEL SALAMANCA BERNAL | 1 | Compañero | 20 S.M.L.M.V. |
| LUZ MARINA FONSECA BARON | 1 | Madre | 20 S.M.L.M.V. |
| PEDRO PABLO PEÑA NOCUA | 1 | Padre | 20 S.M.L.M.V. |
| TOTAL DAÑOS MORALES | | | 100 S.M.L.M.V. |

6.2 Daño emergente

La apoderada los hace consistir en la suma de \$4.000.000 por los gastos que tuvo que sufragar la familia PEÑA FONSECA por motivo de los acontecimientos conocidos, conforme a las constancias que anexó.

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

En este sentido encontramos que lo único que sufragó el padre de la señora DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA, se encuentra respaldado en la factura 1645198 por valor de \$527.168, de los cuales se cancelaron \$350.000 y se firmó un pagaré por el saldo de la cuenta de \$177.168, haciendo un abono de \$60.000, con un pendiente de \$117.168. Además se acreditó que \$135.816 se devolvieron el 06 de julio de ese mismo año a la señora LUZ MARINA FONSECA, madre de la paciente, por autorización de facturación. No obstante debe hacerse la precisión que los cobros efectuados obedecen únicamente a la primer estadía de la señora DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA donde se le trató con éxito por su padecimiento de colecistitis necrosada gangrenada, tiempo para el cual estaba cubierta por SISBEN II, debiendo pagar un porcentaje por la atención recibida, de manera que sobre este aspecto habrá de negarse el reconocimiento de dicho perjuicio.



6.3 Lucro cesante

Se reclaman los referidos a la pérdida de los ingresos derivados de la ocupación productiva de la señora DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA y su compañero permanente ALEXANDER MANUEL SALAMANCA BERNAL, provenientes del negocio del que proveían sus gastos, representando una entrada mensual en promedio de \$1.500.000.

En este sentido, las testimoniales recaudadas refieren que en efecto la señora DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA y su compañero permanente ALEXANDER MANUEL SALAMANCA BERNAL, atendían un café bar y que de ello derivaban su sustento, pero no se logró establecer cuál era el ingreso que de ello reportaban, de manera que el Despacho ordenará reconocimiento económico por este concepto, para las fecha en que efectivamente la señora DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA duró hospitalizada, durante la segunda intervención puesto que la primera era necesaria para resguardar s integridad, esto es, entre el **28 de junio y el 04 de julio de 2011** con base en el salario mínimo para el año 2011 $\$535.600/30 * 7 \text{ días} = \125.000 suma a pagar a favor de la señora DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA y de su compañero permanente ALEXANDER MANUEL SALAMANCA BERNAL, para un total de DOSCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS M/CTE (\$250.000.00), así:

| Nombre | Monto |
|-----------------------------------|-----------|
| MAIRA CRISTINA GAMEZ MARTIN | \$125.000 |
| ALEXANDER MANUEL SALAMANCA BERNAL | \$125.000 |
| TOTAL DAÑOS MORALES | \$250.000 |

6.4 Daño a la vida de relación

Los estima la apoderada en la suma de 100 S.M.L.M.V. sólo para la señora DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA.

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

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

“En otras palabras, para que sea jurídicamente relevante en materia de responsabilidad estatal, el impacto respecto de las condiciones de existencia previas ha de ser grave, drástico, evidentemente extraordinario”²³

Así mismo, debe clarificarse que esta tipología del daño refiere a la *“pérdida o deterioro de la capacidad lúdica o placentera que puede brindar la integridad corporal y la afectación que en el mundo*

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de agosto de 2007, exp. AG 2003-385, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

exterior produce el daño, lo cual constituye un perjuicio autónomo e independiente²⁴ lo que le imprime una connotación inmaterial, debiéndose acreditar las características esenciales del daño (directo, personal y cierto)²⁵, de manera que se pueda determinar indefectiblemente una responsabilidad patrimonial achacable a la entidad estatal en virtud no de la misma lesión sino de las consecuencias que ella produce en quien lo sufre.

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

- La pérdida o anormalidad de la estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica (temporal o permanente).
- La anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura corporal o mental.
- La exteriorización de un estado patológico que refleje perturbaciones al nivel de un órgano.
- La reversibilidad o irreversibilidad de la patología.
- **La restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria.**
- Excesos en el desempeño y comportamiento dentro de una actividad normal o rutinaria.
- Las limitaciones o impedimentos para el desempeño de un rol determinado.
- Los factores sociales, culturales u ocupacionales.
- La edad.
- El sexo.
- Las demás que se acrediten dentro del proceso²⁶.

De igual modo, en materia indemnizatoria por concepto de daño a la salud, se han establecido topes que oscilan entre 10 y 100 S.M.L.M.V., sin embargo en casos de extrema gravedad y excepcionales se podrá aumentar hasta 400 SMMLV, siempre que esté debidamente motivado²⁷, los cuales proceden únicamente frente a la víctima directa, tasados conforme a la gravedad de la lesión y a lo probado en el proceso, así:

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

²⁴ Gil B. E. (2010). *Responsabilidad extracontractual del Estado*. Cuarta Edición. Ibáñez.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Referentes para la reparación de perjuicios inmateriales que fueron discutidos y aprobados por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, según consta en acta del 28 de julio de 2014.

²⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, exp. 31172, M.P. Olga Mélida Valle de De la Hoz.



Puntualmente, en el *sub examine*, no se cuenta con el porcentaje exacto de la pérdida de capacidad laboral de la señora DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA, determinándose también que para la época de los hechos se desempeñaba como trabajadora independiente, por lo que sólo se atenderá a la magnitud de la lesión sufrida, que le ocasionó dificultad en algunos de los procesos que rutinariamente una persona realiza pues en todo caso padeció una incapacidad, de manera que el daño se sufrió y provocó en su humanidad como consecuencia de la segunda intervención quirúrgica, no revistió gravedad suficiente que pudiera conllevar a determinar que se puso en peligro su vida, sino que por el contrario era necesaria para salvaguardarla; no obstante no se puede pasar por alto que oblitio quirúrgico permaneció alojado en la humanidad de la víctima durante un periodo superior a un mes, lo que provocó indudablemente que se encontrara limitada conforme a los criterios trascritos, particularmente el referido a **La restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria**, de modo que por concepto de daño a la salud se reconocerá la suma de 20 S.M.L.M.V. a favor de la señora DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA.

6.5 Afectación o vulneración relevante de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados

En punto al tema, la jurisprudencia ha señalado que la **afectación de bienes o derechos convencionales constitucionalmente protegidos** hace referencia a lo que anteriormente se conocía como daño a la vida de relación²⁸; y del cual se unificó el criterio en la **Sección Tercera del Consejo de Estado mediante sentencia del 28 de agosto de 2014**, considerándola como procedente siempre que se encuentre acreditada tal situación en el proceso y se requiera de una reparación integral.

Este pronunciamiento entonces, privilegia la compensación a través de medidas no indemnizatorias a favor de la víctima y su núcleo familiar más cercano, las cuales operan **teniendo en cuenta la importancia del caso y la gravedad de los hechos** “con el propósito de reconocer la dignidad de las víctimas, reprobando las violaciones a los derechos humanos y concretar la garantía de verdad, justicia, reparación, no repetición y las demás definidas por el derecho internacional”. También se afirma que “En casos excepcionales, cuando las medidas de satisfacción no sean suficientes o posibles para consolidar la reparación integral podrá otorgarse una indemnización, única y exclusivamente a la víctima directa, mediante el establecimiento de una medida pecuniaria de hasta 100 SMLMV, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocida con fundamento en el daño a la salud. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño y la naturaleza del bien o derecho afectado.”

Sobre el mismo aspecto, la misma Sección Tercera de la citada Corporación ha puntualizado que el **daño a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, debe tener las siguientes características:**

i) Es un daño inmaterial que proviene de la vulneración o afectación a derechos contenidos en fuentes normativas diversas: sus causas emanan de vulneraciones o afectaciones a bienes o derechos constitucionales y convencionales. Por lo tanto, es una nueva categoría de daño inmaterial.

²⁸ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A
Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO Bogotá D.C., treinta (30) de marzo de dos mil dieciséis (2016).
Radicación número: 73001-23-31-000-2009-00542-01(41054) Actor: SILVERIO GÓNGORA MARTÍNEZ Y OTROS

ii) Se trata de vulneraciones o afectaciones relevantes, las cuales producen un efecto dañoso, negativo y antijurídico a bienes o derechos constitucionales y convencionales.

iii) Es un daño autónomo: no depende de otras categorías de daños, porque no está condicionado a la configuración de otros tradicionalmente reconocidos, como los perjuicios materiales, el daño a la salud y el daño moral, ni depende del agotamiento previo de otros requisitos, ya que su concreción se realiza mediante presupuestos de configuración propios, que se comprueban o acreditan en cada situación fáctica particular.

iv) La vulneración o afectación relevante puede ser temporal o definitiva: los efectos del daño se manifiestan en el tiempo, de acuerdo al grado de intensidad de la afectación, esto es, el impedimento para la víctima directa e indirecta de gozar y disfrutar plena y legítimamente de sus derechos constitucionales y convencionales.²⁹

Con todo, en efecto la **afectación de bienes o derechos convencionales constitucionalmente protegidos**, es una nueva categoría de daño inmaterial procedente sólo en casos excepcionales que comprende preferiblemente medidas de carácter no pecuniario y sujeta a prueba por parte de quien la alega, de lo cual se deduce que cualquiera de las modalidades que pretendan obtener el reconocimiento indemnizable o compensable por la afectación moral, requieren de certeza y demostración, lo que lleva implícita la existencia de pruebas que permitan a la autoridad judicial determinar su monto a pesar de ser considerados como sentimientos de carácter netamente subjetivos.

Así, en lo que respecta a la pretensión de ordenar el reconocimiento de los daños morales, inmaterial por afectación de bienes o derechos convencionales constitucionalmente protegidos, ello se negará comoquiera que no se trata de un caso en el que pueda predicarse su aplicación como se anotó en precedencia y no se probó contundentemente su configuración, así las cosas la carga procesal que le correspondía a la parte demandante no se observó en el *sub lite*, limitándose a la mera enunciación de la pretensión, sin ser dable el reconocimiento de los perjuicios en esta modalidad, aunado a que ya se ha hecho la liquidación por concepto de daño a la vida de relación.

VII. CONCLUSIÓN

Con todo, el Despacho encuentra que en el presente asunto se configuró la falla en el servicio probada en cabeza de la **E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA**, como consecuencia del acto médico quirúrgico practicado a la señora **DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA** el 16 de mayo de 2011, donde se dejó olvidado un cuerpo extraño que condujo en parte a una reintervención por el desarrollo de un proceso infeccioso el 28 de junio del mismo año, razón por la que declarará administrativa, patrimonial, extracontractualmente responsable de dichos hechos y se reconocerán **perjuicios morales** en cantidad de **40 S.M.L.M.V.** a favor de la víctima directa., **20 S.M.L.M.V.** a favor de sus padres y compañero permanente. En el mismo sentido se reconocerá por concepto de lucro cesante la suma de **\$125.000** a favor de la señora **DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA** y de **\$125.000** a favor de su compañero permanente **ALEXANDER MANUEL SALAMANCA BERNAL** y finalmente también se ordenará el reconocimiento y pago de **20 S.M.L.M.V.** a favor de la señora **DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA** por concepto de **daño a la salud**.

Igualmente y en razón a que la póliza de responsabilidad civil con la que se llamó a **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS** se suscribió bajo la modalidad claims made o por reclamación y la

²⁹ CE Sección Tercera, Sentencia 25000232600020050245301 (34554), Mar. 09/16, C.P. Marta Nubia Velásquez



entidad demandada no efectuó la misma durante su término de vigencia, se absolverá a la aseguradora de las pretensiones formuladas.

• **COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO:**

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

VIII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- DECLARAR PROBADAS las excepciones denominadas *improcedencia de los perjuicios morales como están solicitados, falta de cobertura de la póliza de responsabilidad civil N° 1002711, vigencia 24/10/2010 al 24/10/2011 mediante la cual se llamó en garantía a la Previsora S.A. Compañía de seguros*; propuestas por el apoderado de LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, de acuerdo a la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO.- DECLARAR NO PROBADA la excepción denominada *inexistencia de la obligación*, propuesta por el apoderado de LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, conforme se adujo en la motivación de la decisión.

TERCERO.- DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por el apoderado de la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, denominadas *inexistencia de la falla en el servicio, inexistencia del nexo de causalidad, inexistencia de causa legal*, por las consideraciones expuestas en la motivación de la decisión.

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

QUINTO. DECLARAR administrativa, patrimonial, extracontractualmente responsable a la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA por falla del servicio probada como consecuencia del oblitto quirúrgico de que fue víctima la señora DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA, en hechos ocurridos el 16 de mayo de 2011, conforme a la motivación del presente proveído.

SEXTO. Como consecuencia de la declaración anterior **CONDENASE** a la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA a pagar por concepto de **daño moral**, las siguientes sumas:

| Nombre | Nivel | Parentesco | Monto |
|-------------------------------|-------|-----------------|---------------|
| MAIRA CRISTINA GAMEZ MARTIN | 1 | Víctima directa | 40 S.M.L.M.V. |
| ALEXANDER SALAMANCA BERNAL | 1 | Compañero | 20 S.M.L.M.V. |

| | | | |
|--------------------------|---|-------|----------------|
| LUZ MARINA FONSECA BARON | 1 | Madre | 20 S.M.L.M.V. |
| PEDRO PABLO PEÑA NOCUA | 1 | Padre | 20 S.M.L.M.V. |
| TOTAL DAÑOS MORALES | | | 100 S.LM.LM.V. |

SEPTIMO.- CONDENASE a la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, a pagar por concepto de **lucro cesante**, a favor de los señores **DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA** y **ALEXANDER MANUEL SALAMANCA BERNAL**, las siguientes sumas:

| Nombre | Monto |
|-----------------------------------|-----------|
| MAIRA CRISTINA GAMEZ MARTIN | \$125.000 |
| ALEXANDER MANUEL SALAMANCA BERNAL | \$125.000 |
| TOTAL DAÑOS MORALES | \$250.000 |

OCTAVO.- CONDENASE a la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, a pagar por concepto de **daño a la salud**, a favor de la señora **DELIA PAOLA DEL PILAR PEÑA FONSECA**, la suma de 20 S.M.L.M.V. atendiendo a las consideraciones de la decisión.

NOVENO. CONDENASE a la entidad demandada E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA a pagar la indexación de las sumas adeudadas, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 187 del C.P.A.C.A.

DECIMO. La E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, deberá dar cumplimiento a la presente sentencia dentro del término previsto en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

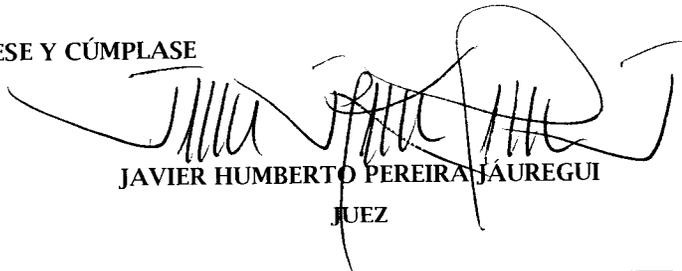
ONCE.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

DOCE.- SIN CONDENAS en costas en esta instancia.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JAVIER HUMBERTO PEREIRA JAUREGUI
JUEZ

| | |
|--|--|
| JUZGADO CATORCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA | |
| El fallo anterior se notificó por Estado N° <u>53</u> de HOY siendo las 8:00 A.M. | |
| 9 DIC 2018 |  |
| SECRETARIA | |