Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

JUZGADO TREINTA Y OCHO ADMINISTRATIVO ORAL
CIRCUITO JUDICIAL BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN TERCERA

Juez: *ASDRÚBAL CORREDOR VILLATE*

Bogotá D.C., veintiséis (26) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

Medio de Control:	**Reparación Directa**
Radicación:	**11001333603820130017900**
Demandantes:	**Jhon Jairo Osorio Muñoz y otra**
Demandados:	**Hospital Militar Central y Otro**
Asunto:	**Fallo primera instancia**

El Despacho pronuncia sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia, dado que el trámite se agotó en su integridad y no se aprecia ningún vicio que invalide lo actuado.

I.- DEMANDA

1.- Pretensiones

Con la demanda se piden las siguientes declaraciones y condenas:

1.1.- Se declare que la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA– EJÉRCITO NACIONAL y el HOSPITAL MILITAR CENTRAL son administrativamente responsables de los perjuicios causados por la presunta falla del servicio en el procedimiento quirúrgico de apendicetomía practicado a **JHON JAIRO OSORIO MUÑOZ**.

1.2.- Se condene a las entidades demandadas, a pagar al señor **JHON JAIRO OSORIO MUÑOZ** lo siguiente: Por concepto de perjuicios materiales: (i) $10.000.000.oo por daño emergente; (ii) $852.163.322.oo por lucro cesante consolidado; (iii) $1.174.968.126.oo por lucro cesante futuro. Por concepto de daño fisiológico 100 SMLMV. Por concepto de perjuicios morales: (i) 100 SMLMV. Asimismo, para su hija menor de edad **NICOLE VIVIANA OSORIO CASTILLO**, lo siguiente: Por concepto de perjuicios materiales:

$1.174.967.953.oo por lucro cesante futuro. Por concepto de perjuicios inmateriales: 100 SMLMV en la modalidad de perjuicios morales.

1.3.- Se condene al pago de la suma actualizada e indexada a que haya lugar.

2.- Fundamentos de hecho

Según lo reseñado en el escrito de la demanda, el Despacho los sintetiza así:

2.1.- El 27 de agosto de 2002, el señor JHON JAIRO OSORIO MUÑOZ, ingresó al HOSPITAL MILITAR CENTRAL con un cuadro clínico de dolor abdominal, frente al cual los galenos diagnosticaron apendicitis aguda.

2.2.- Ese día, el paciente fue intervenido quirúrgicamente por el doctor CARLOS ALFREDO GARCÍA NEIRA, galeno del HOSPITAL MILITAR CENTRAL, quien practicó apendicetomía y reportó que no se presentaron complicaciones sin compresas en su interior.

2.3.- El personal de anestesiología, instrumentación y enfermería del ente hospitalario advirtió en el conteo de los elementos quirúrgicos la falta de una compresa que fue utilizada durante la cirugía de apendicetomía.

2.4.- El demandante se afilió a la EPS CRUZ BLANCA, entidad que le prestó en varias ocasiones servicios de salud por dolor abdominal, nauseas, sensación de pesadez abdominal y sangrado.

2.5.- En el mes de marzo de 2011, le fue practicada una ecografía de abdomen total a JHON JAIRO OSORIO MUÑOZ que evidenció una *"Hidronetrosis leve derecha y una Masa Abdominal"*, luego reportada en un TAC como *"quiste mesentérico hemorrágico"*, por lo que los galenos de la EPS CRUZ BLANCA ordenaron una laparotomía prioritaria a fin de identificar el tipo de masa o tumor abdominal.

2.6.- El 4 de agosto de 2011, el demandante fue intervenido quirúrgicamente y se le extirpó la masa abdominal que luego de ser analizada por laboratorio el 16 de agosto de ese año, fue identificada como compresa encapsulada tipo cuerpo extraño compresoma.

3.- Fundamentos de derecho

El apoderado de la parte demandante señaló como fundamentos jurídicos, los artículos 1613 a 1616, 2341 a 2344 y 2347 del Código Civil, el artículo 140 del CPACA, artículo 75 del Código Procesal Civil.

II.- CONTESTACIÓN

1.- Hospital Militar Central

Con la contestación de la demanda de 29 de julio de 2015[1], se opuso a cada una de las pretensiones invocadas por los demandantes bajo el supuesto de que el médico cirujano obró con la debida prudencia haciendo la parada de seguridad, orientada a revisar la cavidad en búsqueda de la compresa sin encontrarla, constancia de ello son las notas en la hoja quirúrgica en la que tanto el galeno como la instrumentadora plasmaron la revisión en la cavidad abdominal.

La entidad demandada, con la contestación de la demanda llamó en garantía a la aseguradora LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, solicitud admitida mediante auto de 15 de diciembre de 2015[2].

2.- Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional

La apoderada judicial de esta entidad presentó escrito de contestación a la demanda el 3 de agosto de 2015[3], esto es en forma extemporánea, razón por la cual se excluye del análisis en el presente asunto.

3.- Llamada en garantía – La Previsora S.A. Compañía de Seguros

El apoderado judicial de la compañía de seguros presentó escrito de contestación al llamamiento en garantía el 3 de mayo de 2016[4], esto es en forma extemporánea. Así se determinó por este Despacho judicial mediante auto de 28 de junio de esa anualidad, el cual fue analizado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección A, en fallo de tutela de fecha 14 de febrero de 2017, que negó el amparo solicitado por la

[1] Folio 92 a 95 C. principal 1
[2] Folios 23 y 24 C. Llamamiento en garantía
[3] Folios 136 a 143 C. principal 1
[4] Folios 66 a 143 C. Llamamiento en garantía

aseguradora dentro de la acción constitucional No. 25000263600020170014900[5].

Por lo anterior, los argumentos contenidos en el escrito extemporáneo no serán analizados en la presente sentencia.

III.- TRÁMITE DE INSTANCIA

La demanda fue presentada ante la Oficina de Apoyo de los Juzgados Administrativos el 15 de agosto de 2013[6], correspondiéndole a este Despacho judicial su conocimiento, quien inadmitió la demanda en auto de 23 de agosto[7] y luego se remitió por competencia al Tribunal Administrativo de Cundinamarca con providencia de fecha 30 de septiembre de la misma anualidad[8]. La corporación judicial mediante proveído de 6 de marzo de 2014 devolvió el proceso a los Juzgados Administrativos del Circuito de Bogotá D.C.[9]

Mediante auto de fecha 12 de agosto de 2014[10], este Despacho judicial admitió la demanda presentada por **JHON JAIRO OSORIO MUÑOZ,** en nombre propio y en representación de su hija menor **NICOLE VIVIANA OSORIO CASTILLO** contra el **HOSPITAL MILITAR CENTRAL** y la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL**, ordenó la notificación del proveído a las demandadas, al igual que al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Las entidades demandadas allegaron escritos de contestación de demanda[11] y a su turno, el ente hospitalario formuló llamamiento en garantía[12]. Con auto de 15 de diciembre de 2015[13] se admitió la solicitud presentada por el **HOSPITAL MILITAR CENTRAL** contra **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**.

El 28 de junio de 2016[14] se profirió auto por medio del cual se fijó fecha para llevar a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA,

---

[5] Folio 213 C. principal 2
[6] Folio 14 C. principal 1
[7] Folios 16 y 17 C. principal 1
[8] Folios 21 y 22 C. principal 1
[9] Folios 46 a 49 C. principal 1
[10] Folio 63 C. principal 1
[11] Folios 92 a 95, 136 a 143 C. principal 1
[12] Folios 34 a 36 C. Llamamiento en garantía
[13] Folios 23 y 24 C. Llamamiento en garantía
[14] Folio 146 C. principal 1

posteriormente reprogramada mediante proveídos de 5 de mayo y 7 de julio de 2017. Dicha diligencia se practicó el 26 de octubre de 2017[15].

El 24 de abril de 2018[16] se llevó a cabo la audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 del CPACA, se incorporaron unas pruebas documentales y se tuvieron por desistidos los testimonios de José Iván Correa Peralta, Mary Y. Castillo y Carlos García Neira; se impuso sanción pecuniaria al doctor Leonardo de Jesús Álvarez Pérez. Se declaró finalizada la etapa probatoria y se concedió a las partes el término de diez (10) días para que alegaran de conclusión por escrito.

IV.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1.- Llamada en garantía –La Previsora S.A. Compañía de Seguros

El apoderado judicial de esta sociedad aseguradora, con documento radicado el 26 de abril de 2018[17], presentó sus alegatos de conclusión en el que se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y afirmó la ausencia del daño argüido. Asimismo, manifestó su inconformidad frente a los perjuicios materiales e inmateriales al considerar la deficiencia probatoria para su reconocimiento.

En cuanto a las pretensiones del llamamiento en garantía, se opuso enfáticamente para lo cual planteó de manera contundente la ausencia de cobertura de la póliza No. 1005564 celebrada entre el Hospital Militar Central y esta aseguradora, debido a que (i) el acto médico practicado en el año 2002, no ocurrió dentro de la vigencia pactada, (ii) prescribió la acción conforme los artículos 1081 y 1131 del Código de Comercio, toda vez que la compañía de seguros debió ser vinculada antes de que feneciera el 1° de marzo de 2014 y tal actuación ocurrió solo en julio de 2015, (iii) no se reclamó dentro de la vigencia de la misma, como quedó estipulado en las condiciones generales, (iv) los sublímites fijados solo incluyen perjuicios morales con un tope máximo de $50.000.000.oo, al cual deberá aplicársele el deducible del 15% del valor de la pérdida siendo en todo caso el mínimo 10 SMLMV y (v) ausencia de solidaridad entre la Previsora S.A. y la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.

---

[15] Folios 211 a 216 C. principal 2
[16] Folio 262 a 265 C. principal 2
[17] Folios 266 a 278 C. principal 2

2.- Parte demandada – Hospital Militar Central

El apoderado de esta entidad, con documento radicado el 4 de mayo de 2018[18], recalcó los argumentos presentados en el escrito de contestación de la demanda con relación a los hechos materia de controversia.

Luego de hacer alusión a las pruebas documentales dedujo que en ellas se encuentra soportadas la diligencia y prudencia del tratamiento médico y terapéutico suministrado al demandante, en el que se siguió los protocolos y la *lex artis*.

Seguidamente, planteó la configuración del caso fortuito o fuerza mayor como eximente de responsabilidad en el presente asunto por tratarse de una situación totalmente imprevista e irresistible para los galenos tratantes y no de un olvido intencional ni práctica inadecuada.

Además, aseguró que la parte actora no probó la efectiva causación de un daño real y cierto frente a los dolores y malestares aducidos entre el 2001 y 2011, así como tampoco de la afectación en su sistema renal, en su vida laboral, familiar y afectiva. Contrario a ello, quedó acreditado que el demandante sufrió accidente de tránsito que requirió de la intervención quirúrgica de laparotomía por lo que sus secuelas no tienen relación con el acto médico realizado en el año 2002 por el hospital demandado.

3.- Parte demandante

El mandatario judicial de los demandantes, con documento radicado el 4 de mayo de 2018[19], ratificó lo expuesto en el escrito de demanda y enfatizó que la existencia del compresoma en el cuerpo de Jhon Jairo Osorio Muñoz ocurrió por una falla en el servicio médico asistencial debido a que: (i) no se realizó una búsqueda exhaustiva de la compresa y (ii) no se solicitaron exámenes que estaban al alcance para determinar si el elemento quirúrgico se había quedado dentro de la cavidad abdominal del paciente.

Por tanto, solicitó la declaratoria de responsabilidad administrativa y patrimonial a cargo de las demandadas.

[18] Folios 282 a 287 C. principal 2
[19] Folios 288 a 296 C. principal 2

4.- Parte demandada – Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional

Con escrito del 10 de mayo de 2018[20], el apoderado judicial de esta entidad presentó sus alegatos de conclusión en el que se opuso a la prosperidad de las pretensiones y afirmó falta de legitimación de la causa por pasiva del Ejército Nacional en la presunta mala praxis de los funcionarios del Hospital Militar Central por cuanto aunque se trata de una entidad adscrita al Ministerio de Defensa Nacional, es una persona jurídica independientes y no guarda relación respecto a su personería jurídica y autonomía administrativa.

V. CONSIDERACIONES

1.- Competencia

Este Juzgado tiene competencia para conocer esta acción porque así lo determinan los artículos 140, 155 numeral 6, 156 numeral 6° y 164 numeral 2 letra i), del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.- Problema Jurídico

Al Juzgado le corresponde establecer si el **HOSPITAL MILITAR CENTRAL** y la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL** son administrativamente responsables por los perjuicios reclamados por los demandantes con ocasión de la presunta falla en el servicio médico prestado a JHON JAIRO OSORIO MUÑOZ, que se concreta en el hecho de haber dejado abandonada una compresa dentro de su cavidad abdominal luego de un procedimiento quirúrgico.

En caso de acreditarse la responsabilidad del **HOSPITAL MILITAR CENTRAL**, determinar si la llamada en garantía **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**, debe asumir el pago de la eventual condena con base en la Póliza de Responsabilidad Civil Profesional No. 1005564 pactada entre estas.

[20] Folios 303 a 306 C. principal 2

3.- Presupuestos de la responsabilidad

Con relación a la responsabilidad del Estado, la Carta Política de 1991 produjo su *"constitucionalización"* al erigirla como garantía de los derechos e intereses de los administrados y de su patrimonio, sin distinguir su condición, situación o interés.

De lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución, cláusula general de responsabilidad extracontractual del Estado, se desprende que ésta tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado y la imputación del mismo a la administración pública, tanto por su acción como por su omisión, ya sea atendiendo a los criterios de falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional o cualquier otro.

En síntesis, la responsabilidad extracontractual del Estado se configura con la demostración del daño antijurídico y de su imputabilidad a la Administración.

El daño consiste en el menoscabo del interés jurídico tutelado y la antijuridicidad del mismo en que ese daño no debe ser soportado por el administrado, ya sea porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o, porque es *"irrazonable"* sin depender *"de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración."*[21].

La imputación no es otra cosa que la atribución fáctica y jurídica que del daño antijurídico se hace al Estado, de acuerdo con los criterios que se elaboren para ello, como por ejemplo la falla del servicio, el desequilibrio de las cargas públicas – daño especial, la concreción de un riesgo excepcional, o cualquiera otro que permita hacer la atribución en el caso concreto, tal como lo ha determinado el precedente del Consejo de Estado:

> "(...) La circunstancia de que los hechos relatados en la demanda sean constitutivos de una falla del servicio, o conformen un evento de riesgo excepcional o puedan ser subsumidos en cualquier otro régimen de responsabilidad patrimonial de los entes públicos, es una valoración teórica que incumbe efectuar autónomamente al juzgador, como dispensador del derecho ante la realidad histórica que las partes demuestren (...)"[22].

Finalmente, debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede ser concebida simplemente como una herramienta destinada a la

[21] Consejo de Estado- Sentencia de 23 de septiembre de 2009, Exp. 17.986.
[22] Consejo de Estado- Sentencia de 7 de octubre de 2009. Exp. 35656.

reparación, sino que debe contribuir con un efecto preventivo que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada.

4.- Régimen de imputación derivado de la actividad médica

Ahora bien, en cuanto al régimen de responsabilidad derivado de la actividad médica, en casos como el presente, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha establecido que el régimen aplicable es el de falla del servicio, realizando una transición entre los conceptos de falla presunta a falla probada, en la actualidad la posición consolidada de esa Alta Corte en esta materia la constituye aquella según la cual es la falla probada del servicio el fundamento bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria.[23]

Dicho título de imputación opera, como lo señala la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, no sólo respecto de los daños indemnizables derivados de la muerte o de las lesiones corporales causadas, sino que también comprende:

> "...los que se constituyen por la vulneración del derecho a ser informado; por la lesión del derecho a la seguridad y protección dentro del centro médico hospitalario y, (...), por lesión del derecho a recibir atención oportuna y eficaz."[24]

Cuando la falla probada en la prestación del servicio médico y hospitalario se funda en la *"lesión al derecho a recibir atención oportuna y eficaz"*, se debe observar que ésta produce como efecto la vulneración de la garantía constitucional que recubre el derecho a la salud, especialmente en lo que hace referencia al respeto del principio de integridad en la prestación de dicho servicio, el cual según el precedente jurisprudencial constitucional indica que:

> "La protección al derecho fundamental a la salud no se limita simplemente al reconocimiento de los servicios que se requieren con necesidad; sino que comprende también su acceso de manera oportuna, eficiente y de calidad. La prestación del servicio de salud es oportuna cuando la persona lo recibe en el momento que corresponde para recuperar su salud sin sufrir mayores dolores y deterioros. En forma similar, el servicio de salud se considera eficiente cuando los trámites administrativos a los que se somete al

[23] Consejo de Estado – Sección Tercera, sentencia de 12 de mayo de 2011, Exp. 19.835.
[24] Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Tercera- Subsección C, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Bogotá, D.C., 2 de mayo de 2018. Rad. 68001-23-31-000-2000-02504-01(39038) Actor: José Antonio Hernández Camacho Y Otro Demandado: Caja Nacional De Previsión Social – Cajanal Y Otros Referencia: Acción De Reparación Directa- Apelación Sentencia.

> paciente para acceder a una prestación requerida son razonables, no demoran excesivamente el acceso y no imponen al interesado una carga que no le corresponde asumir. Por otro lado, el servicio de salud es de calidad cuando las entidades obligadas a prestarlo actúan de manera tal "que los usuarios del servicio no resulten víctimas de imponderables o de hechos que los conduzcan a la desgracia y que, aplicando con razonabilidad los recursos estatales disponibles, pueden ser evitados, o su impacto negativo reducido de manera significativa para la persona eventualmente afectada."[25]

Dicho principio de integralidad del servicio exige considerar, según el precedente jurisprudencial constitucional, que corresponde a:

> "todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud"[26]

A lo que se agrega, según el precedente jurisprudencial constitucional:

> "Se considera por tanto que hay un daño, cuando se produce un dolor intenso, cuando se padece la incertidumbre y cuando se vive una larga e injustificada espera, en relación con la prestación de servicios médicos, la aplicación de medicamentos o la ejecución de procedimientos que no llegan o que se realizan de manera tardía o incomoda.
>
> "Al respecto cabe destacar que el derecho a la salud de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional:
>
> -Debe ser integral:
>
> "(...) la atención y el tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento[27], así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente[28] o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe

---

[25] Corte Constitucional, sentencia T-104 de 2010.
[26] Corte Constitucional, sentencia T-1059 de 2006
[27] "*Que comprende, a su vez, diversas obligaciones: a) de habilidad y diligencia, referida la primera a aquellos supuestos en los que produzca un daño antijurídico como consecuencia de un diagnóstico, intervención o atención médica en un campo para el que el profesional, o la institución médica no tenga la aptitud o el personal idóneo en la especialidad necesaria, o de no consultar con un especialista, o de incumplirse el deber de aconsejar la remisión del paciente; b) obligación de medio técnicos, consistente en la existencia del material adecuado "para que el trabajo a realizar pueda efectuarse en condiciones normales de diagnóstico y tratamiento"; así como en el "mantenimiento en correcto estado de funcionamiento de los aparatos", ámbito en el que cabe incluir la profilaxis necesaria, y; c) obligación de continuidad en el tratamiento*". FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. Sistema de responsabilidad médica., ob., cit., pp.257 a 269.
[28] En este sentido se ha pronunciado la Corporación, entre otras, en la sentencia T- 136 de 2004.

> ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud."[29]

En ese sentido, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha manifestado en decisiones precedentes que dicha falla se circunscribe a una consideración básica:

> "La obligación de prestar asistencia médica es compleja, es una relación jurídica total, compuesta por una pluralidad de deberes de conducta (deber de ejecución, deber de diligencia en la ejecución, deber de información, deber de guardar secreto médico, etc.). Ese conjunto de deberes conforma una trama, un tejido, una urdimbre de la vida social responde a la idea de organización – más que de organismos- en punto a la susodicha relación jurídico total (...). Por tanto, aquel deber jurídico principal supone la presencia de otros deberes secundarios de conducta, como los de diagnóstico, información, recepción de la voluntad jurídica del enfermo – llamada comúnmente consentimiento del paciente-, prescripción, guarda del secreto profesional, satisfacción del plan de prestación en su integridad (actividad que supone no abandonar al enfermo y cuidar de él hasta darlo de alta)"[30]

Así entonces, siendo la responsabilidad del Estado por la prestación del servicio de salud de naturaleza subjetiva, es carga de la parte demandante probar la falla del servicio, al igual que el nexo de causalidad entre la acción u omisión de la Administración y el daño antijurídico[31].

5.- Oblito quirúrgico

Las situaciones en que se ha dejado algún elemento extraño en el cuerpo del paciente al realizar una cirugía, han sido denominadas como oblito quirúrgico, consideradas por la doctrina y la Jurisprudencia del Consejo de Estado como una mala ejecución de los cuidados médicos o quirúrgicos que constituyen una culpa o falla probada, toda vez que los hechos hablan por sí solos.

En el año 2016, el Consejo de Estado[32] al estudiar un caso en el que a un paciente durante el procedimiento quirúrgico practicado le dejaron una compresa en su cavidad abdominal, posteriormente extraída en cirugía de laparotomía, analizó la atribución de responsabilidad médico asistencial bajo el

---

[29] Corte Constitucional, sentencias T- 1059 de 2006; T- 062 de 2006; T- 730 de 2007; T- 536 de 2007; T-421 de 2007

[30] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 18 de febrero de 2010. Exp. 17655.

[31] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias de: 19 de febrero de 2009, exp. 16080, C.P. Mauricio Fajardo Gómez: del 18 de febrero de 2010, exp. 20536, C.P. Mauricio Fajardo Gómez y del 9 de junio de 2010, exp. 18683, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, entre otras.

[32] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 8 de noviembre de 2016 Radicado: 73001230000020010264501(36369). C.P.: Marta Nubia Velásquez Rico.

régimen de falla probada del servicio por oblito quirúrgico. En efecto, estimó:

> "(...) el señor José Nereo Chávez Beltrán fue herido por un compañero, mientras prestaba su servicio militar obligatorio, razón por la cual el 7 de abril de 2000 se le practicó una laparotomía exploradora con hallazgos de hematoma retroperitoneal y fractura comunitaria sacro iliaca por lo que fue necesario realizar empaquetamiento con gealfoan en la Clínica Minerva de Ibagué. Durante el procedimiento quirúrgico le dejaron una compresa en su cavidad abdominal, la cual fue extraída el 14 de marzo del 2001 en el Hospital Central Militar, mediante el procedimiento quirúrgico de laparotomía.
>
> Así las cosas, es evidente que la situación descrita se enmarca entre los casos de **oblito quirúrgico**, los cuales han sido considerados por la doctrina y la Jurisprudencia de esta Corporación como una mala ejecución de los cuidados médicos o quirúrgicos que constituyen una culpa o falla probada, toda vez que los hechos hablan por sí solos.
>
> Así lo ha señalado la doctrina:"
>
> *"Entendemos por oblito quirúrgico aquellos casos en los cuales con motivo de una intervención quirúrgica, se dejan olvidados dentro del cuerpo del paciente instrumentos o materiales utilizados por los profesionales intervinientes. Por lo común los elementos olvidados son instrumental quirúrgico (pinzas, agujas, etc.) y, más frecuentemente, gasas o compresas.*
>
> *"Este tipo de irregularidades quirúrgicas -a veces justificadas- por lo general ocasionan un daño al paciente, quien con seguridad deberá como mínimo someterse a una nueva intervención al solo efecto de la extracción del material olvidado* (...).
>
> *"Estos supuestos, como 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*[33].
>
> "(...).
>
> *"Respecto a la frecuencia de este tipo de olvidos, en un fallo, con cita de un tratado de medicina legal se ha dicho que '...lo que acabamos de manifestar no es una exención de culpa para todos los casos de olvidos de gasas. Hay casos en que el olvido será un error, pero hay otros, y los hemos visto en nuestra práctica, que son indiscutibles casos de responsabilidad médica, por la impericia, la imprudencia o la negligencia demostrada por el médico tanto durante la intervención quirúrgica como después, durante el postoperatorio, frente a la sintomatología del paciente progresivamente agravada sin aparente causa, y en donde el todo arrancaba no sólo de la existencia de una gasa o compresa olvidada sino, y en grado más importante aún, en no haberse preocupado por esclarecer las causas de esa deficiente evolución y en no haber llevado a cabo, en última instancia, una reintervención para aclarar el porqué de esa evolución atípica'"*[34].

Asimismo, el anterior pronunciamiento judicial hizo referencia a la sentencia proferida el 8 de julio de 2009 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, por medio de la cual se indicó:

> *"Como quiera que está demostrado el olvido de una gasa en el cuello del paciente que obligó a una intervención quirúrgica para extraerla, y también está claro que este*

---

[33] Original de la cita: *"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".*

[34] Vázquez Ferreyra, Roberto. Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina. 1ª edición colombiana 1993. Editorial Dike. Pág. 199 a 201.

hecho constituye una falla, la Sala condenará a las entidades demandadas a pagar la indemnización respectiva por este daño"[35].

Por tanto, en estos casos la jurisprudencia ha encontrado demostrado que el olvido de una compresa en el abdomen del paciente que obligó a una intervención quirúrgica para extraerla, constituye por sí mismo una falla, razón por la cual hay lugar a condenar a la entidad clínica u hospitalaria causante del oblito quirúrgico al pago de la indemnización respectiva por este daño.

6.- Asunto de fondo

El señor JHON JAIRO OSORIO MUÑOZ, en nombre propio y en representación de su hija menor de edad NICOLE BIBIANA OSORIO CASTILLO presentó demanda en ejercicio del medio de control de reparación directa contra el HOSPITAL MILITAR CENTRAL y la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL, para que sean declarados administrativamente responsables de los daños causados con ocasión de la presunta falla en el servicio médico en el procedimiento quirúrgico de apendicetomía practicado a JHON JAIRO OSORIO MUÑOZ, cuando dejaron en su interior una compresa.

Conforme la Historia Clínica del demandante elaborada por el Hospital Militar Central[36], se evidencia:

El 27 de agosto de 2002, a las 3:21 p.m., Jhon Jairo Osorio Muñoz ingresó al servicio de urgencias del Hospital Militar Central con *"dolor abdominal intenso"*[37]. A la revisión por el galeno Carlos Alfredo García Neira diagnosticó apendicitis y ordenó su hospitalización[38].

A las 7:30 p.m., el paciente había sido valorado por los médicos Oviedo, Rivera y Meneses quienes diagnosticaron apendicitis aguda e indicaron su preparación para someterlo a cirugía de apendicetomía.[39]

---

[35] Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 8 de julio de 2009, expediente: 16.451. M.P. Dr. Enrique Gil Botero.
[36] Folios 96 a 122, 120 a 162 C. principal 1
[37] Folio 108 C. principal 1
[38] Folio 98 C. principal 1
[39] Folios 99 y 100 ambas caras C. principal 1

Subsiguientemente, Jhon Jairo Osorio Muñoz fue intervenido por los doctores Carlos A. García Neira (cirujano), Rivera y Martin Andrés Oviedo (primer y segundo ayudantes, respectivamente), dentro de la hoja quirúrgica el galeno Oviedo dejó constancia que la *"apendicectomia"* (sic) duró 25 minutos, tiempo del cual se reportó como hallazgo operatorio una apéndice cecal retrocecal en fase supurativa. Asimismo, que el procedimiento se realizó con pinzamiento y ligadura del apéndice, sección por técnica cerrada, envío a patología, secado de la cavidad abdominal, cierre y lavado de la herida quirúrgica. Seguidamente, se dejaron dos últimas anotaciones *"sin complicaciones. Se revisa cavidad sin compresas en su interior."*[40]. No se describieron accidentes operatorios.

En el reporte de la evolución de enfermería de la Sala de Cirugías, se plasmó que el paciente: (i) a las 7:40 p.m., ingresó a la sala en camilla y pasó a la mesa de cirugía, (ii) a los cinco minutos, fue inducido por anestesia, (iii) siendo las 7:50 p.m., el cirujano inició procedimiento quirúrgico (iv) luego, a las 8:00 p.m., se hizo recuento de compresas y se informó al equipo cirujano, (v) pasados diez minutos se recibió la apéndice y se envió a laboratorio, (vi) se terminó intervención y se llevó a recuperación a las 8:30 p.m.[41]

Ahora bien, según el registro anestésico de 27 de agosto de 2002, el paciente estuvo bajo monitoría de este servicio entre las 7:30 y las 8:15p.m.[42]

En la hoja de control de compresas y gasas del ente hospitalario, se registró claramente que a las 8:00 p.m., fueron entregadas 13 compresas para ser utilizadas en la apendicetomía realizada por el doctor García. Más tarde, fueron devueltas 12 compresas, inexactitud informada al galeno Oviedo y a la instrumentadora Mary Castillo, quien indicó haber dado aviso al cirujano del faltante y revisado pero sin obtener resultado satisfactorio[43].

Ante la evolución satisfactoria, Jhon Jairo Osorio Muñoz fue dado de alta el 29 de agosto de esa anualidad[44].

El 15 de marzo de 2011, el demandante sufrió trauma abdominal y en miembro inferior izquierdo producto de un accidente de tránsito, por lo que fue llevado al Hospital San Rafael en Girardot donde, luego de practicados dos

[40] Folio 101 reverso C. principal 1
[41] Folio 109 reverso C. principal 1
[42] Folio 102 reverso C. principal 1
[43] Folio 102 C. principal 1
[44] Folios 98 reverso, 99 y 101 C. principal 1

exámenes de imagenología de abdomen total, le encontraron una masa abdominal.[45]

El 28 de marzo de ese año, Jhon Jairo Osorio Muñoz, asistió a consulta externa a través de la EPS CRUZ BLANCA, entidad que le ordenó ecografía de vías urinarias y valoración por cirugía general donde se confirmó la presencia de la masa abdominal.[46]

El 4 de agosto de 2011, con diagnóstico de tumefacción, masa o prominencia intraabdominal y pélvica el demandante fue sometido a laparotomía exploratoria, resección de masa abdominal y rafia del íleo[47], en donde realizaron *"incsion median* (sic) *supra infraumbilical... apertura de retor (*sic*) peritoneo liberación y reparo de urétere dereco* (sic). *Liberación de meso de sigmoide y de pared anterior de recto. Liberación de adherencias a yeyuno hasta completar exéresis de pieza quirúrgica. Remisión de hemostasia. Se practican dos yeyunorrafias en dos planos por sendas perforaciones de borde antimesentérico. Lavado revisión de hemostasia. Se peritonisa* (sic) *piso pélvico dejando fibrilar hemostático. Cierre de laparotomía"*[48].

El 7 de agosto de esa anualidad, el paciente fue dado de alta por evolución satisfactoria posoperatoria.[49]

El 16 de agosto de 2011, el laboratorio de patología especializada de alta tecnología le entregó resultado de anatomía de la masa abdominal extraída en la laparotomía la cual fue identificada como granulomatosa tipo cuerpo extraño compresoma (según la literatura médica y la jurisprudencia hace alusión al olvido de una compresa dentro de una cavidad)[50].

Por su parte, la EPS CRUZ BLANCA certificó que el usuario JHON JAIRO OSIRIO MUÑOZ estuvo afiliado en calidad de cotizante a esa entidad promotora de salud entre el 18 de diciembre de 2002 y el 31 de diciembre de 2013 periodo en el cual tan solo le fue realizado el procedimiento quirúrgico de laparotomía exploratoria más resección de masa abdominal y rafia del íleo el 8 de abril de 2011 sin que se le hubiese autorizado otro procedimiento en la cavidad abdominal[51].

---

[45] Folio 16 C. anexos demanda
[46] Folios 11, 22 y 16 C. anexos demanda
[47] Folio 234 C. principal 1, 22 C. anexos demanda
[48] Folio 14 C. anexos demanda
[49] Folio 239 C. principal 2
[50] Folio 15 C. anexos demanda
[51] Folios 232 y 245 C. principal 2

Con lo expuesto hasta el momento, el Despacho puede evidenciar que JHON JAIRO OSORIO MUÑOZ fue intervenido quirúrgicamente por el HOSPITAL MILITAR CENTRAL, el 27 de agosto de 2002, fecha en la que el equipo cirujano utilizó 13 compresas y el personal de enfermería comunicó que realizado el recuento tan solo se contabilizaron 12 y que revisado no se encontró la faltante.

Aunado a ello, de la lectura de las dos historias clínicas allegadas al expediente judicial y de lo informado por la EPS CRUZ BLANCA, se infiere, que el compresoma extraído del abdomen del señor JHON JAIRO OSORIO MUÑOZ corresponde a la compresa faltante de las empleadas por el HOSPITAL MILITAR CENTRAL para la apendicetomía realizada el 27 de agosto de 2002, por cuanto en los once años subsiguientes a la primera intervención (entre diciembre de 2002 y diciembre de 2013), el demandante no fue sometido a procedimiento quirúrgico diferente a la laparotomía exploratoria en la que precisamente le hicieron resección de la masa cuya composición resultó ser de la compresa olvidada en su cavidad abdominal.

Así las cosas, es evidente que la situación descrita se enmarca entre los casos de **oblito quirúrgico**, los cuales han sido considerados por la doctrina y la jurisprudencia antes reseñada, como una mala ejecución de los cuidados médicos o quirúrgicos que constituyen una culpa o falla probada, toda vez que los hechos hablan por sí solos.

Pese a que el apoderado judicial del Hospital demandado planteó la configuración del caso fortuito o fuerza mayor como eximente de responsabilidad en el presente asunto soportada en que los galenos obraron con la debida prudencia haciendo la parada de seguridad orientada a revisar la cavidad en búsqueda de la compresa sin encontrarla como consta en la hoja quirúrgica, *contrario sensu* se denota en esa probanza que el Doctor Oviedo tan solo detalló los hallazgos evidenciados en la cirugía practicada al paciente y el procedimiento practicado, reporte finalizado con las anotaciones *"sin complicaciones. Se revisa cavidad sin compresas en su interior."*[52], no dejó registro alguno de un accidente operatorio o reporte sobre la compresa faltante ni de su eventual búsqueda oportuna.

[52] Folio 101 reverso C. principal 1

Además en esta hoja quirúrgica salta a la vista la ausencia de la fecha de inicio de la cirugía y finalización de la misma, datos elementales para determinar si la información advertida por el personal de enfermería les fue comunicada en oportunidad o tardíamente, esto es, si los galenos conocían la posibilidad de un compresoma durante el procedimiento quirúrgico o que este dato haya sido proporcionado luego de cerrada la herida quirúrgica. Así mismo, tampoco se plasmó que los profesionales de salud, informados de la compresa aparentemente perdida, hayan ejecutado maniobras a su alcance para determinar el paradero de la misma, entre las cuales, se encuentra haber auscultado el cuerpo del paciente a fin de verificar sin lugar a dudas que tal elemento quirúrgico no se hubiere quedado olvidado dentro de la cavidad abdominal, pues no reposan datos de las actividades, tiempo empleado y resultados obtenidos en tal búsqueda.

En el resumen de la historia clínica, se dejó constancia de que el 27 de agosto de 2002, se le intervino quirúrgicamente la cual se llevó a cabo sin complicaciones, se trasladó a piso para observación y se le dio salida por haber evolucionado satisfactoriamente[53], tampoco se evidencia reporte alguno sobre la anomalía observada relacionada con los elementos quirúrgicos empleados durante su cirugía.

Tan solo reposa anotación del recuento de las compresas devueltas de la sala de cirugía respecto de las entregadas inicialmente tanto en la Hoja de Control de Compresas y Gasas así como en el reporte de la Evolución de Enfermería de la Sala de Cirugías, ambos del ente hospitalario, los cuales presentan inconsistencias: (i) en la hora en la que fueron entregadas las compresas para el procedimiento quirúrgico de apendicetomía, (ii) el momento en que se hizo el recuento de las mismas y (iii) la duración de la intervención quirúrgica, por lo que, el Despacho les resta credibilidad a las mismas para demostrar la prudencia y diligencia alegada o siquiera la ocurrencia de un caso fortuito.

De igual manera, no es de recibo la inexistencia de un olvido y menos que haya sido intencional por cuanto, el cirujano hizo parada de seguridad para buscar la compresa reportada como faltante, para lo cual refirió la sentencia de 10 de julio de 2012 proferida por la Sala de Decisión Civil y de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia dentro del proceso con radicación número 63001310300220070004003, alegado por la demandada, toda vez que

[53] Folio 98 reverso C. principal 1

la corporación judicial llegó a tal conclusión con fundamento en las pruebas testimoniales rendidas por los galenos que intervinieron a la paciente y demás material probatorio denso que permitió colegir que no hubo oblito.

Se observa que el Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria se apartó del principio *"res ipsa loquitur"*, las cosas hablan por sí mismas, por cuanto se acreditó que: (i) evidenció la faltante de una compresa utilizada, (ii) medió la búsqueda del material extraviado, según registro expreso de que los médicos escudriñaron si ese elemento quirúrgico estaba en la cavidad, (iii) se supo a ciencia cierta que éste fue utilizado y no recuperado antes del cierre de la abertura quirúrgica, (iv) la recuperación de la misma se suspendió para no poner en riesgo la vida de la mencionada, habida cuenta de la prolongación de la cirugía, que superaba las tres horas, (v) se le brindó a la paciente atención médica y se agotaron variados exámenes corporales después de la cirugía, sin que se pudiera advertir del compresoma.

Además, acotó que el cuerpo médico siguió las precauciones recomendadas para el cirujano, atinentes a un oblito, entre otras: *a)* esperar a que la instrumentista le comunique el resultado y número de conteos realizados antes de proceder a cerrar el campo operatorio, *b)* tener en cuenta lo que le informa la instrumentista y proceder a la búsqueda del material faltante aunque *"le parezca estar seguro"* de que no haya nada dentro del paciente, *c)* dejar constancia en la descripción operatoria de la historia clínica del resultado del conteo final, *d)* explicitar la inexactitud del conteo, señalar además todas las maniobras realizadas para la búsqueda del material faltante y los resultados y *e)* la búsqueda debe hacerse sin exponer al paciente a nuevos riesgos y teniendo en cuenta su situación clínica en ese momento, de acuerdo a la valoración del anestesiólogo.

Sin embargo, la situación antes descrita no se compara con la del presente asunto, por cuanto en el expediente de reparación directa tan solo se cuenta con las historias clínicas del HOSPITAL MILITAR CENTRAL y la de CRUZ BLANCA EPS como únicas pruebas documentales que reflejan cómo ingresó la compresa al paciente y luego su resección sin que se haya probado que el cuerpo médico del ente hospitalario haya seguido las recomendaciones una vez advertida la anomalía en el recuento de las compresas utilizadas el 27 de agosto de 2002.

Por tanto, no es viable admitir en este caso la configuración de una fuerza mayor o un caso fortuito, puesto que no se dan los elementos de imprevisibilidad e irresistibilidad requeridos para ello. El Despacho señala que conforme a los medios de prueba regular y oportunamente incorporados al plenario, se logró establecer que el material quirúrgico destinado a la cirugía que se le practicó al actor en el Hospital Militar Central contó con previo inventario, claramente con la finalidad de que los galenos y demás personal que participó en la cirugía pudieran tener un control total sobre cada pieza empleada en ese acto médico.

Por lo mismo, el olvido de una compresa en el interior de la cavidad abdominal del paciente no puede denominarse como un hecho imprevisible e irresistible, dado que si se hace inventario de esos elementos es precisamente para evitar que el oblito quirúrgico se presente, lo que por sí solo hace previsible tal tipo de insucesos. Y tampoco puede considerarse como un hecho irresistible puesto que para ello está el conteo posterior a la cirugía, que permite a los galenos determinar el faltante y buscar con detenimiento dentro de la humanidad del paciente para constatar que la pieza echada de menos no haya sido olvidada allí.

Ahora, hay que tomar en cuenta que según la hoja quirúrgica el galeno Oviedo dejó constancia que la apendicectomía duró aproximadamente 25 minutos, sin ninguna complicación. Esto, por sí solo, es indicativo de que el acto quirúrgico transcurrió con normalidad, de suerte que una vez advertido el faltante de una compresa adelantar su búsqueda no comprometía la vida o salud del paciente, lo que descarta la calificación del oblito quirúrgico como una fuerza mayor o caso fortuito.

En este orden de ideas, en el *sub lite* se encuentra probado que en la apendicetomía practicada en el HOSPITAL MILITAR CENTRAL a JHON JAIRO OSORIO MUÑOZ el 27 de agosto de 2002 se le dejó una compresa en su cavidad abdominal, la cual permaneció dentro de su cuerpo por aproximadamente nueve años y que conllevó la realización de laparotomía exploratoria más resección de masa abdominal y rafias del íleo a fin de extraer esa tumefacción diagnosticada, intervención que le dejó como secuela una cicatriz media supra e infraumbilical.

Así, acreditado el daño antijurídico padecido en la integridad física del señor JHON JAIRO OSORIO MUÑOZ al haberle dejado en su cavidad abdominal una

compresa y verse sometido a un procedimiento quirúrgico que le ocasionó una cicatriz en su abdomen, producto de la falla probada del servicio prestado por el HOSPITAL CENTRAL MILITAR el 27 de agosto de 2002, por tanto se declarará su responsabilidad patrimonial y viabiliza los pedimentos de la demanda.

6.1.- De la responsabilidad de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional

Establecido lo anterior, se eximirá de toda responsabilidad a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL, toda vez que de conformidad con las pruebas obrantes en el expediente la cirugía de apendicetomía fue realizada el 27 de agosto de 2002 por un establecimiento hospitalario independiente a esta fuerza militar, sin que haya tenido participación en los hechos por los cuales se demandó, lo que impide que se le pueda endilgar responsabilidad alguna.

Además, no hay que olvidar que conforme al artículo 40 de la Ley 352 de 1997 *"Por la cual se reestructura el Sistema de Salud y se dictan otras disposiciones en materia de Seguridad Social para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional."*, la Unidad Prestadora de Servicios Hospital Militar Central se organizó como un establecimiento público del orden nacional adscrito al Ministerio de Defensa Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, denominado Hospital Militar Central.

Es decir, que la responsabilidad patrimonial y extracontractual en la que pueda incurrir el personal médico del Hospital Militar Central no se traslada, *per se*, al Ministerio de Defensa Nacional, ya que al contar con personería jurídica debe asumir con su patrimonio la responsabilidad que surja por los daños antijurídicos ocasionados por los actos médicos o por los servicios médicos que allí se brindan.

Por lo anterior, se declarará probada de oficio la excepción de *"Falta de legitimación en la causa por pasiva"*, en lo que respecta a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL.

6.2.- De la responsabilidad de la llamada en garantía.

En el *sub lite* el **HOSPITAL MILITAR CENTRAL**, llamó en garantía a **LA**

PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, con fundamento en la póliza de Responsabilidad Civil N° 1005564 del 28 de noviembre de 2011, la cual fue expedida para amparar los riesgos derivados de la actividad médico asistencial, en los cuales se encuentra comprendido el denominado *"COBERTURA R.C. CLINICAS Y HOSPITALES – ERRORES U OMISIONES PROFESIONALES"*.

Respecto a ello el apoderado judicial de **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS** se opuso a la prosperidad del llamamiento en garantía, con fundamento en las excepciones de mérito denominadas *"ausencia de cobertura por el acto médico ocurrido en el año 2002"*, *"prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro"*, *"ausencia de cobertura de la póliza 1005564, por no haberse reclamado dentro de la vigencia de la póliza"*, *"aplicación de los sublímites pactados en la póliza 1005564 para la cobertura únicamente de perjuicios morales"*, *"ausencia de cobertura de otros perjuicios inmateriales distintos al perjuicio moral en la póliza 1005564"*, *"deducible pactado en la póliza 1005564"*, *"compensación y nulidad relativa"* y *"genérica"*.

Sin embargo, esta Judicatura advierte sobre la extemporaneidad de las excepciones de mérito propuestas por la aseguradora, por tal motivo no se estudiará de fondo las defensas.

En consecuencia, tras efectuar la revisión del clausulado del contrato de seguro allegado en oportunidad[54], se observa que la vigencia de la póliza comprende del 24 de noviembre de 2011 al 12 de mayo de 2012 el riesgo denominado *"errores u omisiones profesionales"*.

Basado en lo anterior, se tiene que los hechos que originaron este proceso judicial se presentaron antes de la entrada en vigencia de la póliza ya referida, respecto de los cuales no se logra establecer su cobertura dentro del contrato pactado, en tanto no se evidencia estipulación conforme lo prevé el artículo 4 de la Ley 389 de 1997[55] en la copia autenticada del seguro de responsabilidad allegada al proceso y en tal sentido, no se podrá afectar el mismo ni condenar a la llamada en garantía a realizar pago en favor del HOSPITAL MILITAR CENTRAL con ocasión de la presente sentencia.

---

[54] Folio 1 C. llamamiento en garantía

[55] Artículo 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.

7.- Indemnización de perjuicios

Teniendo en cuenta que se declarará la responsabilidad extracontractual en cabeza del HOSPITAL MILITAR CENTRAL, procede el Despacho a fijar los montos indemnizatorios, de conformidad con lo demandado y teniendo como base lo establecido por la jurisprudencia del Consejo de Estado.

7.1.- Legitimación en la causa[56]

De la revisión del material probatorio obrante en el expediente, se percata el Despacho que el demandante se encuentra legitimado en la causa por activa, ya que se trata de JHON JAIRO OSORIO MUÑOZ, víctima directa del oblito quirúrgico acaecido el 27 de agosto de 2002 y que conllevó a que fuera sometido el 4 de agosto de 2011 a laparotomía exploratoria más resección de masa abdominal y rafias del íleo que le dejó como secuela una cicatriz media supra e infraumbilical.

Asimismo, la menor de edad NICOLE BIBIANA OSORIO CASTILLO, en calidad de hija de la víctima directa, se encuentra legitimada conforme el registro civil de nacimiento que reposa en el expediente[57].

Por su parte, el HOSPITAL MILITAR CENTRAL, se encuentra legitimado en la causa por pasiva, toda vez que es la entidad responsable de la producción del daño antijurídico padecido por los accionantes.

Dicho lo anterior, el Despacho entrará a pronunciarse sobre la condena en cuestión.

7.2.- Perjuicios morales

La parte actora en el líbelo introductorio, solicita el reconocimiento de daños morales en cuantía de 100 SMLMV para cada uno de los demandantes.

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

---

[56] Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Subsección C Sentencia del 12 de noviembre de 2014, CP: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
[57] Folio 6 C. anexos demanda

perjuicio moral, en los eventos de lesiones, la valoración de la gravedad o levedad de la lesión reportada por la víctima. Su manejo se ha dividido en seis (6) rangos según la jurisprudencia patria[58]:

REPARACION DEL DAÑO MORAL EN CASO DE LESIONES					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
GRAVEDAD DE LA LESIÓN	Víctima directa y relaciones afectivas conyugales y paterno-filiales	Relación afectiva del 2° de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3° de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4° de consanguinidad o civil.	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.
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

La tabla anterior contempla unos topes en salarios mínimos para rangos de disminución de la capacidad laboral y teniendo en cuenta que en el presente caso se encuentra demostrado que el JHON JAIRO OSORIO MUÑOZ por el oblito quirúrgico padeció dolores, estuvo bajo incertidumbre respecto a la masa abdominal catalogada como tumefacción quística y finalmente debió someterse a una cirugía adicional para que le extrajeran la compresa que tenía en su abdomen, con los riesgos que estos procedimientos conllevan, se estima que dicha situación le produjo a él y a sus familiares un profundo dolor y aflicción que debe ser indemnizado, aplicando los parámetros fijados por el Consejo de Estado en casos similares[59], de la siguiente manera:

Respecto del señor **JHON JAIRO OSORIO MUÑOZ**, en calidad de víctima directa, el Despacho le reconocerá por concepto de perjuicios morales, el equivalente a 50 SMLMV[60] y a **NICOLE BIBIANA OSORIO CASTILLO** en calidad de hija la suma de 25 SMLMV.

[58] Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 2 de agosto de 2014, Exp. 31172, M.P. Olga Mélida Valle de la Hoz.
[59] El Consejo de Estado ha proferido condenas entre 25 y 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes por oblito quirúrgico, por ejemplo ver Sentencia de 23 de junio de 2010 en la que se condenó al pago de 50 smlmv en favor de la demandante que fue sometida a una intervención quirúrgica adicional para extraerla la compresa dejada en su abdomen y 25 smlmv en favor de sus familiares. Exp.: 52001-23-31-000-1995-07008-01(18348). C.P. Gladys Agudelo Ordoñez.
[60] Salarios mínimos legales mensuales vigentes.

7.3.- Daño a la Salud o a la vida de relación

Teniendo en cuenta que dentro del escrito de demanda se solicitó a favor del señor **JHON JAIRO OSORIO MUÑOZ** los perjuicios por daño fisiológico en cuantía de 100 SMLMV, los cuales mediante sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado de 14 de septiembre de 2011 fueron incluidos dentro del daño a la salud, entendido como la denominación correcta del perjuicio a indemnizar por tratarse de una afectación a la integridad psicofísica de la persona y deberá ser resarcido siempre que se encuentre acreditada su concreción y sea preciso su resarcimiento.

A propósito, el Consejo de Estado ha unificado su jurisprudencia sobre su liquidación así:

> "Frente a la liquidación del daño a la salud, la Sala reitera los lineamientos planteados en sentencia del 28 de agosto del año en curso, Rad. 31.170, MP. Enrique Gil Botero, en la que se unificó la jurisprudencia en relación a la tasación, en los siguientes términos:
>
> "De modo que, una vez desarrollado el panorama conceptual del daño a la salud, la Sala Plena de la Sección Tercera unifica su jurisprudencia en torno al contenido y alcance de este tipo de perjuicio inmaterial, en los términos que se desarrollan a continuación:
>
> Para la reparación del daño a la salud se reiteran los criterios contenidos en las sentencias de unificación del 14 de septiembre de 2011, exps. 19031 y 38222, proferidas por esta misma Sala, en el sentido de que la regla en materia indemnizatoria, es de 10 a 100 SMMLV, sin embargo en casos de extrema gravedad y excepcionales se podrá aumentar hasta 400 SMMLV, siempre que esté debidamente motivado.
>
> Lo anterior, con empleo del *arbitrio iudice*, para lo cual se tendrá en cuenta la gravedad y naturaleza de la lesión padecida, para lo que se emplearán –a modo de parangón– los siguientes parámetros o baremos:

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

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

En el *sub judice* se tiene que el señor **JHON JAIRO OSORIO MUÑOZ**, a sus 21 años de edad, padeció del oblito quirúrgico que le generó además incertidumbre sobre su cuadro clínico, una secuela física de tipo cicatriz media

supra e infraumbilical, en consecuencia le será reconocida, por daño a la salud, la suma equivalente a 50 SMLMV.

7.4.- Perjuicios materiales

Pone de presente el Despacho que se persigue el reconocimiento de la suma de $10.000.000.oo por concepto de daño emergente y de $3.212.099.401.oo en la modalidad de lucro cesante; sin embargo, la parte demandante no probó, como era su deber legal, la causación de tal detrimento patrimonial, puesto que no allegó soporte de los desplazamientos y medicamentos que debió adquirir por restablecer su salud y tampoco demostró que la actividad económica que el demandante estuviera ejerciendo entre el periodo comprendido entre el 27 de agosto de 2002 y el 4 de agosto de 2011 se hubiese visto afectada.

De igual modo, tampoco se acreditó que la capacidad laboral del señor JHON JAIRO OSORIO MUÑOZ haya sufrido un detrimento o merma con posterioridad a la cirugía que se le practicó el 4 de agosto de 2011 para extraerle el compresoma que se desarrolló a raíz de habérsele dejado en su cavidad abdominal una compresa en la cirugía que se le hizo el 27 de agosto de 2002 en las instalaciones del Hospital Militar Central.

Por tanto, al no haberse probado una disminución en su capacidad laboral, no es factible hacerle ningún reconocimiento por lucro cesante, ya que este se define como el ingreso que se deja de recibir a raíz del daño antijurídico, lo que en este caso no ocurre ni respecto de aquél, ni mucho menos de su menor hija NICOLE BIBIANA OSORIO CASTILLO, frente a quien no se entiende por qué razón se hace tal reclamo, si ni siquiera forma parte del mercado laboral dada su minoridad. Así, el Despacho denegará estas pretensiones formuladas por la parte actora.

8.- Costas

Si bien el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo prescribe que *"la sentencia dispondrá sobre la condena en costas"*, de ello no se sigue necesariamente que ante un pronunciamiento adverso la parte vencida deba ser condenada en costas. Por tanto, como la parte demandada ejerció su derecho de contradicción sin acudir a maniobras reprochables, el Juzgado no la condenará en costas.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Treinta y Ocho Administrativo Oral – Sección Tercera del Circuito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

PRIMERO: DECLARAR PROBADA de oficio la excepción de *"Falta de legitimación en la causa por pasiva"*, en lo que respecta a la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. En consecuencia, **DENEGAR** las pretensiones de la demanda formulada en contra de esta entidad.

SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de *"Caso fortuito o fuerza mayor"* propuesta por el **HOSPITAL MILITAR CENTRAL.**

TERCERO: DECLARAR administrativa y extracontractualmente responsable al **HOSPITAL MILITAR CENTRAL**, por los perjuicios derivados de la falla en la prestación del servicio médico brindado el 27 de agosto de 2002 en el que se configuró el oblito quirúrgico.

CUARTO: CONDENAR al **HOSPITAL MILITAR CENTRAL,** a pagar a los demandantes las siguientes sumas de dinero:

Al señor **JHON JAIRO OSORIO MUÑOZ**, en calidad de víctima directa: (i) 50 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes – SMLMV por perjuicios morales y (ii) 50 SMLMV por daño a la salud.

A la menor **NICOLE BIBIANA OSORIO CASTILLO** en calidad de hija de la víctima directa, la suma de dinero equivalente a 25 SMLMV, pòr concepto de perjuicios morales.

QUINTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: Sin condena en costas.

SÉPTIMO: ORDENAR la liquidación de los gastos procesales, si hay lugar a ello. Una vez cumplido lo anterior **ARCHÍVESE** el expediente dejando las anotaciones del caso.

OCTAVO: TENER POR ACEPTADA la renuncia al poder presentada por la Dra. **MARIA FERNANDA PINEDA BARRERA**, quien venía actuando como apoderada judicial de la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL**, visible a folios 299 a 303 del cuaderno principal 2.

NOVENO: RECONOCER personería al Dr. **CARLOS ANDRÉS MUÑOZ BOLAÑOS**, identificado con C.C. No. 1.082.772.760 de San Agustín y T.P. No. 251.351 del C. S. de la J., para que actúe en representación de la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL**, conforme al poder obrante a folio 304 del cuaderno principal 2.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ASDRÚBAL CORREDOR VILLATE
Juez 38 Administrativo Bogotá D.C.