



Arauca, Arauca, 12 de mayo de 2020

Radicado No. : 81 001 3333 001 2019 00371 00
Convocante : Omaira Pérez Lizarazo
Convocado : Departamento de Arauca y Hospital del Sarare
Naturaleza : Conciliación Extrajudicial Administrativa

Procede el Despacho a resolver lo pertinente sobre la legalidad de la conciliación extrajudicial administrativa de la referencia, la cual fue remitida por la Procuraduría 171 Judicial 1 Administrativa de Arauca.

ANTECEDENTES

i. De la solicitud de conciliación

1.1. Sustento fáctico

1.1.1. La convocante mediante apoderado presentó solicitud de conciliación extrajudicial administrativa, convocando al Hospital del Sarare ESE y al Departamento de Arauca, para conciliar la pretensión de pago de indemnización de perjuicios materiales e inmateriales que aduce fueron causados por la ESE al realizarle un procedimiento quirúrgico el día 20 de febrero de 2016.

1.1.2. Como sustento afirma que el Hospital del Sarare, cometió una falla en el servicio médico prestado el día 20 de febrero de 2016, al realizar el procedimiento de cesárea y dejar en el interior de su cuerpo una gasa quirúrgica.

1.1.3. Expone que el cuerpo extraño dejado en su interior, le causó dolores por largo periodo, debiendo ser remitida a la Clínica el Prado de la ciudad de Baranquilla, allí se le practicó cirugía para extraer la masa que se encontraba alojada en su fosa iliaca, encontrándosele una gasa compactada con tejido blando.

1.1.4. Refiere que esta situación le generó perjuicios materiales a la convocante, tales como:

1.1.4.1. Dejar de percibir sus ingresos mensuales, cuantificados en dos millones de pesos como producto de las actividades agrícolas y comerciales.

1.1.4.2. Por la incapacidad de 18 meses contados desde el momento de la cirugía de cesárea, hasta el día que le extrajeron el cuerpo extraño.

Además, asevera que debió asumir la compra de medicamentos prescritos y los pasajes aéreos desde Baranquilla para retornar a Arauca, por cuanto la ESE Hospital del Sarare no le garantizó ninguno de estos servicios.

2. Pretensiones

En resumen se formularon las siguientes:

2.1. Que la entidad convocada en audiencia de conciliación extrajudicial, repare los perjuicios antijurídicos causados a la vida, salud e integridad

física de convocante, con ocasión del procedimiento médico que le fuera practicado por esa institución de salud el 20 de febrero de 2016.

2.2. Como consecuencia de lo anterior, por perjuicios materiales se paguen las siguientes sumas de dinero: **a)** por concepto de daño emergente, la suma de \$30.000.000, correspondiente al pago de los honorarios del abogado; **b)** por concepto de lucro cesante, la suma de \$36.000.000, correspondiente a los 18 meses que estuvo en incapacidad la convocante.

2.3. Por concepto de perjuicios extrapatrimoniales, se paguen las siguientes sumas de dinero a la convocante: **a)** perjuicio moral, la suma de dinero equivalente a 60 SMLMV, para el año 2019 se calcula en \$ 49.686.960; **b)** por perjuicio estético, la suma de dinero equivalente a 10 SMLMV, para el 2019 se calcula en \$ 8.281.160.

3. Trámite

3.1. La solicitud de conciliación fue presentada el día 29 de agosto de 2019 ante la Procuraduría General de la Nación, correspondiéndole su trámite a la Procuraduría 171 Judicial 1 Administrativa de Arauca.

3.2. La audiencia se celebró el 21 de noviembre de 2019, asistieron los apoderados de las partes.

3.2.1. El apoderado del Hospital del Sarare, ofreció como fórmula conciliatoria parcial pagar a la señora Omaira Pérez Lizarazo las siguientes sumas de dinero:

a) Por concepto de perjuicios **morales**, lo equivalente a 30 salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la expedición del auto que apruebe la conciliación. Esta suma de dinero se cancelará en dos (2) pagos iguales de la siguiente forma: **i)** el primer pago dentro de los dos meses siguientes, contados a partir de la fecha que quede ejecutoriado el auto que apruebe la conciliación; **ii)** el segundo pago dentro de los cuatro meses siguientes, contados a partir de la fecha en la que quede ejecutoriado el auto que aprueba la conciliación.

b) Por concepto de **perjuicio estético**, la suma de cinco (5) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la expedición del auto que apruebe la conciliación. Lo correspondiente a esa suma de dinero, se pagará dentro de los dos (2) meses siguientes, contados a partir de la fecha en la cual quede ejecutoriado el auto que apruebe la esta conciliación.

c) No reconoció otra suma de dinero por cuanto es inexistente el fundamento jurídico para acceder a otros pagos.

Lo anterior, quedó consignado en el acta del comité de conciliación del Hospital del Sarare de fecha 15 de noviembre de 2019.

3.2.2. El apoderado del departamento de Arauca, manifestó que el comité de conciliación de la entidad territorial, conceptúo que no era viable conciliar en el presente asunto, por configurarse la falta de legitimidad en la causa por pasiva.

3.3. El apoderado de la convocante manifestó su ánimo conciliatorio y aceptó la propuesta del Hospital del Sarare.

3.4. La Procuradora Judicial Administrativa, declaró fallido el acuerdo conciliatorio respecto al departamento de Arauca; con relación al Hospital del Sarare, se declara acuerdo parcial de las pretensiones.

3.5. El acta suscrita y sus anexos fue remitida a reparto, correspondiéndole a este Juzgado.

CONSIDERACIONES

i. Conciliación extrajudicial administrativa. Breve reseña histórica desde el punto de vista normativo.

1.1. Desde antes de regir la Constitución de 1991, el legislador había contemplado en materia contenciosa administrativa, la conciliación extrajudicial sobre pretensiones relativas a nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales (art. 59 ley 23/1991¹). Desde esta época se prohibía expresamente la conciliación en materia tributaria.

1.2. Con la ley 446 de 1998, se definió la conciliación extrajudicial como «*un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador*» (art. 64), y se permitió a las Entidades públicas conciliar los procesos ejecutivos contractuales, siempre que se hubiesen propuestos excepciones de mérito (art. 70).

1.3. Después se produce la ley 640 de 2001, la cual amplía la regulación frente a la conciliación extrajudicial, modifica algunas existentes y dispone un procedimiento sobre este mecanismo en materia contenciosa administrativa, radicando en cabeza de los agentes del Ministerio Público asignados a esta jurisdicción la competencia para tramitarlas (arts. 23², 24 y 25). Además refiere de forma expresa que para formular la acción de repetición, la conciliación no constituirá requisito (parágrafo 1, art. 37).

1.4. Con la promulgación de la ley 1285 de 2009 (art. 13), se añade el artículo «42A» a la ley 270 de 1996, estatuyendo la obligatoriedad de la conciliación prejudicial administrativa «*cuando los asuntos sean conciliables...de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo*»

1.5. Igualmente interesa traer a colación la expedición del Decreto 1716 de 2009³ -*como reglamento del art. 13 de la ley 1285 de 2009, del art. 75 de la ley 446 de 1998 y del capítulo V de la ley 640 de 2001-*, el cual además de reiterar lo consignado en la normatividad anterior, reguló el rol del comité de conciliación y prevención del daño antijurídico dentro de las entidades estatales.

1.6. Por último cabe anotar, que mediante la ley 1739 de 2014 se habilitó la conciliación en materia tributaria, cambiaria y aduanera, siempre que se adelante dentro de un proceso judicial y se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 55 de dicha ley.

¹ «Por medio de la cual se crean mecanismos para descongestionar los Despachos Judiciales, y se dictan otras disposiciones»

² El texto original del artículo 23 de la ley 640 de 2001, también confiaba a los centros de conciliación autorizados, la atribución para conocer de conciliaciones administrativas, no obstante, la Corte Constitucional mediante sentencia C-893 de 2001 declaró inexecutable esta facultad.

³ Hoy compilado dentro del Decreto único Reglamentario 1069 de 2015.

ii. La conciliación extrajudicial administrativa en la jurisprudencia del Consejo de Estado.

2.1. La institución de la conciliación extrajudicial administrativa ha sido analizada por el Consejo de Estado a lo largo de su jurisprudencia, de la cual importa destacar algunas reglas importantes.

2.2. Se ha dicho que aunque la conciliación extrajudicial constituya un mecanismo amigable de terminación o precaución de litigios, al que las partes pueden llegar de forma libre ante un tercero imparcial, lo acordado **no** conduce *per se* a su aprobación judicial, en tanto al juez le corresponde determinar la legalidad del compromiso, teniendo en cuenta la naturaleza pública de los recursos estatales⁴.

2.3. Para que la conciliación sea aprobada por el juez que controla la legalidad, el Consejo de Estado ha establecido los siguientes requisitos:

«**A. Caducidad:** que no haya operado el fenómeno de la caducidad de la acción (artículo 61 Ley 23 de 1991, modificado por el artículo 81 Ley 446 de 1998). (...)

B. Derechos económicos: que el acuerdo conciliatorio verse sobre derechos económicos disponibles por las partes (artículo 59 Ley 23 de 1991 y 70 Ley 446 de 1998). (...)

C. Representación, capacidad y legitimación: que las partes estén debidamente representadas, tengan capacidad para conciliar y que se encuentre acreditada su legitimación en la causa. (...)

D. Pruebas, legalidad y no lesividad: que el acuerdo conciliatorio cuente con las pruebas necesarias, no sea violatorio de la ley y no resulte lesivo para el patrimonio público (artículo 65 A Ley 23 de 1991 y artículo 73 Ley 446 de 1998)...⁵»

Los requisitos precitados deben obrar en su totalidad dentro del acuerdo extrajudicial, pues la sola falta de uno de ellos conllevaría necesariamente a su improbación, quedando relevado el operador judicial de estudiar la existencia de los demás, dada la naturaleza de inseparabilidad de los mismos.

2.4. Como la conciliación refleja la voluntad libre de las partes de satisfacer determinada pretensión de manera directa, el juez puede aprobarla, incluso, de modo parcial, siempre que no se afecte o fraccione la unidad material de la pretensión específica acordada, de manera que se le otorgue efectos jurídicos a la decisión amistosa, sin que se varíen aspectos medulares del arreglo:

«Aprobarlo parcialmente significa que, después del estudio respectivo, se concluye que algunos de los puntos que se acordaron se ajustan a los presupuestos prescritos para su aprobación, pero otros no. Por ejemplo, si se concilia en la totalidad de las pretensiones indemnizatorias, es posible que el daño moral se encuentre acreditado dentro del proceso, pero el perjuicio material no, por lo tanto, a pesar de que las partes hayan consentido en dicha solución, no podría el juez darle vía libre a esta manifestación, si una parte del mismo no cumple con los requisitos necesarios, entonces aprobarlo parcialmente sería permitir que el acuerdo sobre perjuicios

⁴ CE. Secc. III. Providencia del 18 de julio de 2007. MP. Ruth Stella Correa Palacios. Exp. 31838: “Y en esta tarea el juez, ante quien se somete a consideración el acta donde consta el acuerdo conciliatorio, debe realizar las valoraciones correspondientes que le permitan concluir si la conciliación se ajusta a la ley. O lo que es igual, la conciliación en el derecho administrativo -y por ende en controversias contractuales del Estado - como solución alternativa de conflictos, debe estar precedida, conforme el pensamiento uniforme y reiterado de la Sala, de un estudio jurídico comprensivo de las normas jurídicas y de la doctrina y jurisprudencia aplicables al caso, pues al comprometer recursos del erario es claro que su disposición no se puede dejar a la voluntad libérrima de los funcionarios, sino que amerita el cumplimiento de reglas y exigencias muy severas y precisas que impiden el uso de la conciliación para fines no previstos y no queridos por la ley”

⁵ CE. Secc. III. Subsecc. A. Providencia del 24 de julio de 2018. MP. Carlos Alberto Zambrano B. Exp. 46768.

morales haga tránsito a cosa juzgada, pero que el litigio respecto al daño material debe continuar el trámite judicial.

Un escenario diferente se presenta cuando el juez interviene en el acuerdo modificando su contenido, esto es, si por ejemplo se pactó un plazo de dos años para cumplir con la obligación, y el juez procede con la aprobación del mismo pero reduciendo el plazo a un año.

Ahora, si bien los tres supuestos anteriores son posibles fácticamente hablando, lo cierto es que el ordenamiento jurídico colombiano, vía jurisprudencial, ha reducido la posibilidad del juez a aprobarlo totalmente o improbarlo totalmente, basando su tesis en el hecho de que la ley, al definir dicho trámite judicial, solo dotó al juez de esas dos posibilidades, pues el artículo 24 de la Ley 640 de 2001...

(...)

En este sentido, se ha observado como la negativa a aprobar parcialmente los acuerdos, ha limitado la consecución del fin mismo de la conciliación, que es la resolución del conflicto por las mismas partes, lo que contribuye indirectamente a la descongestión judicial.

En conclusión, es evidente la necesidad de **realizar un cambio jurisprudencial**, en tanto se está desconociendo la importancia de los acuerdos válidos que logran las partes, subordinándolos al devenir de los acuerdos que no cumplieron con los requisitos para su aprobación. Entonces, como la aprobación parcial no significa una injerencia en la esfera privada de los administrados, en tanto no se está resolviendo el sentido de los temas improbados, puesto que queda abierta la posibilidad que tienen las partes de volver a conciliar sobre estos o permitir su trámite vía jurisdiccional, nada obsta para que se permita aprobar parcialmente los acuerdos conciliatorios, en aras de realizar los fines de los mecanismos alternativos de solución de conflictos y contribuir con la descongestión judicial⁶» (se resalta).

iii. Revisión de la conciliación extrajudicial.

Expuesto lo anterior, el Despacho procederá a estudiar cada uno de los requisitos enunciados en la motivación **2.3** de esta providencia, así:

1. Caducidad: Lo primero que vale manifestar es que de acuerdo a la jurisprudencia contenciosa administrativa⁷, el medio de control de reparación directa es el procedente para demandar al Estado, el reconocimiento de la responsabilidad médica, por los daños antijurídicos que le causen a las personas.

Ahora bien, conforme al artículo 164.2, literal i) del CPCA, este medio de control caduca al cabo de dos años contados «...a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia...»

Siendo así, para el Despacho la solicitud de conciliación bajo estudio se formuló en tiempo. En este caso se reclama la indemnización por el daño ocasionado a la señora OMAIRA PEREZ LIZARAZO, a quien le dejaron en el interior de su humanidad, un cuerpo extraño en el procedimiento de parto por cesárea realizado en el Hospital del Sarare. Si bien la cirugía de cesárea le fue practicada el 20 de febrero de 2016, la convocante tuvo conocimiento del elemento extraño hasta el **11 de septiembre de 2017**, cuando le fue extraído en la Clínica del Prado de Baranquilla. Por eso, tenía hasta el **12 de septiembre de 2019** para presentar la conciliación. Sin embargo, la radicó antes, esto es, el **29 de agosto de 2019**.

⁶ CE. Secc. III. Auto del 24 de noviembre de 2014. MP. Enrique Gil Botero. Exp. 37747.

⁷ C.E. Secc III. Sentencia del 13 de noviembre de 2014. M.P. Ramiro Pazos Guerrero. Exp.31182

2. Derechos económicos. Este requisito se satisface en tanto se observa que el acuerdo versó sobre derechos de contenido económico de solución disponible para las partes. En primer lugar, porque las pretensiones tienen como objeto el resarcimiento patrimonial de los daños que dice la parte convocante les causó la entidad convocada. En segundo lugar, porque la conciliación en materia de responsabilidad extracontractual del Estado por falla médica, no se encuentra expresamente prohibida, limitada o condicionada.

3. Representación, capacidad y legitimación. Este presupuesto se evidencia satisfecho, en la medida que las partes conciliantes son capaces en los términos del artículo 1503 del Código Civil para ser sujetos de derechos y obligaciones. La convocante es mayor de edad y la convocada es una Empresa Social del Estado, descentralizada, del nivel departamental, con personería jurídica propia (fls. 86 a 90 C.1)

La legitimación por activa como por pasiva salta a la vista, por cuanto se procura la indemnización de los perjuicios ocasionados a la convocante por el Hospital del Sarare, quien le practicó cirugía de cesárea y le dejó un elemento quirúrgico en su cuerpo.

Además las partes estuvieron en la audiencia de conciliación debidamente representadas mediante sendos apoderados judiciales, según lo exige el artículo 5 del Decreto 1716 de 2009, tal como se constata en el acta de conciliación (fol. 102 a 105 C.2).

4. Pruebas, legalidad y no lesividad

4.1. Ahora bien, en punto a resolver si la conciliación aquí estudiada **i)** se sustenta en pruebas, **ii)** no infringe la ley **iii)** ni lesiona el patrimonio público, previamente se debe traer a colación jurisprudencia del Consejo de Estado en casos de responsabilidad médica por *oblito quirúrgico*:

«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: “Entendemos por oblito quirúrgico aquellos casos en los cuales con motivo de una intervención quirúrgica, se dejan olvidados dentro del cuerpo del paciente instrumentos o materiales utilizados por los profesionales intervinientes. Por lo común los elementos olvidados son instrumental quirúrgico (pinzas, agujas, etc.) y, más frecuentemente, gasas o compresas. Este tipo de irregularidades quirúrgicas - a veces justificadas - por lo general ocasionan un daño al paciente, quien con seguridad deberá como mínimo someterse a una nueva intervención al solo efecto de la extracción del material olvidado... Estos supuestos, en consecuencia, se han transformado en frecuente causa de responsabilidad civil médica, por lo que han sido objeto de tratamiento por la doctrina en forma reiterada.

(...)

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*.⁸»

4.2. Precisado lo anterior, se procede a verificar el fundamento probatorio del caso. A criterio del Despacho, nos encontramos en el típico escenario de una *«falla del servicio probada a partir de la máxima res ipsa loquitur»*, por cuanto la situación fáctica presentada encaja en ese régimen de responsabilidad extracontractual subjetivo.

⁸ C.E. Secc III. Subsecc C. Sentencia del 24 de marzo de 2011. C.P. Enrique Gil Botero. Radicado 20836

4.3. En tal sentido, se verificaran las pruebas que acompañan la solicitud conciliatoria.

- ✓ Historia clínica No 1115720904, del área de urgencias de la Clínica el Prado de Baranquilla (fol. 13 al 65 C.1)
- ✓ Historia clínica No 1115720904, de ingreso por urgencias al Hospital del Sarare (fol. 23 a 62 archivo Omaira Pérez Lizarazo)

De las documentales arrimadas, se verifican varios hechos que le da el peso a la situación fáctica planteada.

- ✓ El 20 de febrero de 2016, ingresa por urgencias al Hospital del Sarare Omaira Pérez Lizarazo en estado de embarazo. Por macrosomía fetal⁹ se ordena su traslado a quirófano para practicarle cesárea de urgencias.
- ✓ Tuvo un parto normal de un bebe de sexo femenino de peso 4320gr. Sale del hospital el 22 de febrero de 2016.
- ✓ Posteriormente, el 15 de julio de 2016 consulta por motivo de dolor abdominal, el galeno al auscultar su abdomen refiere «DOLOR A LA PALPACION EN HEMIABDOMEN INFERIOR NO S IP S EPALPQ MASA SOLIDA EN FII DOLOROA A LA PALPACION» (fol. 34 HC)
- ✓ Consultó en varias ocasiones¹⁰ por su dolor abdominal, y le practicaron múltiples exámenes de imagenología. El 31 de julio de 2017, el cirujano general la remite a radiología intervencionista (fol. 48 HC).
- ✓ El 01 de septiembre de 2017, llega remitida para servicio de radiología intervencionista para estudio de masa abdominal a la **Clínica el Prado de Baranquilla** (fol. 13 cuaderno 1)
- ✓ Una vez valorada y realizado los estudios de imagenología, refieren percepción de masa en fosa iliaca izquierda, con antecedente quirúrgico de parto abdominal por cesárea 18 meses atrás en el lugar del dolor, posible oblitoma¹¹ de 10 cm de diámetro, se determina plan de manejo procedimiento de Laparotomía exploratoria para resolución quirúrgica (fol.18 cuaderno 1)
- ✓ A folio 35, se indica que practicado el procedimiento quirúrgico, se extrae compresa mayor de 12 cms de diámetro, con diagnóstico: «objeto extraño dejado accidentalmente en el cuerpo durante atención medica quirúrgica»
- ✓ El día 11 de septiembre de 2017, egresa de la Clínica que le prestó los servicios.

Conclusión: Así las cosas, efectivamente se da por cierto que a la convocante (Omaira Pérez Lizcano) le dejaron en su cuerpo una compresa quirúrgica. Al ser el elemento extraño dejado en su cuerpo, en

⁹ La expresión «macrosomía fetal» se utiliza para describir a un recién nacido significativamente más grande que el promedio.

¹⁰ 10 de agosto de 2016 (fol.39HC); 17 de abril de 2017 (fol.42 HC); 21 de abril de 2017 (fol.44 HC)

¹¹ Los oblitomas, u objetos extraños retenidos en el organismo después de un procedimiento quirúrgico, son una complicación subestimada y subregistrada, por su posible asociación con una demanda médico-legal. (Extraído de la página <http://www.scielo.org.mx/pdf/gom/v85n3/0300-9041-gom-85-03-00202.pdf>, el día 08 de mayo de 2020).

sí mismo el hecho dañoso, se configura responsabilidad por falla del servicio probada, conforme se expuso en la jurisprudencia.

Una vez probada la existencia cierta y directa del daño, y el régimen de responsabilidad acreditado, solo resta establecer el nexo causal con la entidad.

Frente a este punto, no cabe duda que el Hospital del Sarare es el responsable directo del daño, por cuanto se tiene probado mediante la historia clínica el derrotero quirúrgico, de las intervenciones practicadas a la convocante desde el momento de su parto el 20 de febrero de 2016, lo cual acredita este elemento de la imputación.

4.4. Así las cosas, el acuerdo conciliatorio suscrito no es ilegal, por cuanto de las pruebas anteriormente reseñadas, estima el Despacho que existe una alta probabilidad de condena al Estado, pues se encuentran acreditados los elementos de responsabilidad del Estado, la ocurrencia cierta del daño antijurídico y el nexo causal, tal como se explicó.

4.5. Determinados los elementos de la responsabilidad estatal de conformidad con los numerales precedentes, es decir, el daño antijurídico y su relación directa con la prestación del servicio médico por parte del Hospital del Sarare, este Despacho encuentra que el acuerdo conciliatorio puesto a consideración cuenta con el soporte probatorio suficiente que demuestra los hechos materia de investigación en lo concerniente a que no resulte lesivo para el patrimonio público.

No obstante, es relevante verificar la cuantificación de los perjuicios, y las sumas conciliadas.

Los montos reconocidos a la convocante fueron:

- ✓ **Por concepto de perjuicios morales**, lo equivalente a 30 salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la expedición del auto que apruebe la conciliación.
- ✓ **Por concepto de perjuicio estético**, la suma equivalente a cinco (5) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la expedición del auto que apruebe la conciliación.

Es decir en total se reconocieron el equivalente a **35** salarios mínimos legales mensuales vigentes.

4.6. Ahora bien, en este caso no se tiene cuantificado el porcentaje de la lesión ocasionada a la señora Omaira Pérez Lizarazo por el Hospital del Sarare, por lo cual, el Despacho procederá a aplicar la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado, Sección Tercera Sala Plena, Consejera ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo, del 28 de agosto de 2014, Radicación número: 23001-23-31-000-2001-00278-01(28804), referida a la liquidación de perjuicios inmateriales en los daños a la salud de carácter temporal, aplicando valoración cualitativa del mismo.

4.6.1. Perjuicio moral:

«... habida cuenta de que el daño moral es de suyo imposible de cuantificar por ser éste de carácter inmaterial, es necesario fijar el monto de la indemnización valiéndose de la facultad discrecional que le asiste a la Sala en estos casos y de conformidad con los parámetros establecidos jurisprudencialmente: i) la indemnización se hace a título de compensación, más no de restitución ni de reparación; ii) la tasación debe realizarse con aplicación del principio de equidad previsto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998; iii) la determinación del monto debe estar sustentada en los medios probatorios que obran en el proceso y que

están relacionados con las características del perjuicio y iv) debe estar fundamentada, cuando sea del caso, en otras providencias para garantizar el principio de igualdad»

Está probado que OMAIRA PEREZ LIZARAZO, recibió un servicio médico descuidado del Hospital del Sarare, al dejarle el oblitio quirúrgico en su abdomen. Además, la falta de diligencia, por dejarla dieciocho (18) meses, que padeciera angustias e incertidumbre y dolor por una "masa o tumor" que no tenía certeza de qué se trataba.

Así, se arriba fácilmente a la conclusión de que en efecto sufrió, por cuanto se mantuvo constantemente asistiendo a consulta y siguiendo las indicaciones médicas.

En este orden de ideas, el monto de compensación reconocida únicamente a la convocante por este concepto se considera ajustado a los parámetros jurisprudenciales.

4.6.2. Daño a la salud:

En relación con este perjuicio, la sentencia de unificación citada estableció:

«Debe tenerse en cuenta que toda intervención quirúrgica supone una serie de actos de alteración del cuerpo del paciente, como la sedación, la ruptura de membranas, entubación, punción, canalización, incisión, la sutura, etc. Después de ella, sigue necesariamente una convalecencia en la que se espera un cierto grado de dolor y malestar y en la que por definición, se limita la capacidad del paciente para realizar ciertas actividades y en algunos casos, la misma movilidad. En otras palabras, las intervenciones quirúrgicas, por su propia índole, provocan daños o afectaciones a la salud que si no se reputan antijurídicos es precisamente porque (i) son necesarios para la evitación de un mal mayor y (ii) son conocidos y aceptados por el paciente. Sin embargo, el incumplimiento de estos requisitos hace que lo que en principio es jurídico se torne antijurídico y, por ende, no tenga que ser soportado por el paciente. En este sentido, hay que considerar que el hecho de que la operación sea innecesaria o se torne necesaria por causa imputable al prestador del servicio de salud, muta la naturaleza jurídica del acto quirúrgico.

Respecto de la naturaleza de los daños propios de la intervención quirúrgica la Sala precisa que, por regla general, ésta supone la causación de una herida o cicatriz de carácter permanente, al lado de complicaciones temporales (ej. dolores, mareos, sangrado, etc), las cuales no pierden su entidad de daño por el solo hecho de su temporalidad y, por lo tanto, son tan indemnizables como el daño de carácter permanente.

En los casos de reparación del daño a la salud se reiteran los criterios contenidos en la sentencia de unificación del 14 de septiembre de 2011, exp. 19031, proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, y se complementan los términos de acuerdo con la evolución jurisprudencial de la Sección Tercera. La indemnización, en los términos del fallo referido está sujeta a lo probado en el proceso, única y exclusivamente para la víctima directa, en cuantía que no podrá exceder de 100 S.M.L.M.V, de acuerdo con la gravedad de la lesión, debidamente motivada y razonada, conforme a la siguiente tabla:

REPARACIÓN DEL DAÑO A LA SALUD REGLA GENERAL	
Gravedad de la lesión	Víctima directa s.m.l.m.v.
Igual o superior al 50%	100
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20

Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10
--	----

(...»

Por este concepto en la conciliación se le repara como perjuicio estético, el cual jurisprudencialmente se encuentra inmerso dentro del daño a la salud.

Frente a este perjuicio, se concilió reconocer la suma equivalente a **5** SMLMV, encontrándose ajustado los topes que establece la jurisprudencia. No se pierde de vista, que la señora OMAIRA debió someterse a la práctica de otra cirugía que habría podido ser evitada, procedimiento quirúrgico que en sí mismo le genera consecuencias en el cuerpo, le deja dolor, malestar y otra cicatriz. Además, la convocante pertenece a la comunidad del pueblo indígena U'wa (fol.66 C.1), para lo cual su cosmovisión, se caracteriza por un alto grado de sincretismo¹², en relación con las costumbres del hombre blanco.

Conforme a las motivaciones antes dadas, se **aprobará** el acta de la conciliación extrajudicial realizada ante la Procuraduría 171 Judicial I para asuntos administrativos de Arauca, el 21 de noviembre de 2019, entre la convocante OMAIRA PEREZ LIZARAZO y el convocado Hospital del Sarare.

En mérito de lo expuesto, se

RESUELVE

PRIMERO. Aprobar la conciliación extrajudicial administrativa de la referencia, respecto a reconocer y pagar a favor de OMAIRA PEREZ LIZARAZO, lo siguiente:

a) Por concepto de **perjuicios morales**, lo equivalente a treinta (30) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la expedición del auto que apruebe la conciliación.

Esta suma de dinero se cancelará en dos (2) pagos iguales de la siguiente forma: **i)** el primer pago dentro de los dos meses siguientes, contados a partir de la fecha que quede ejecutoriado el auto que apruebe la conciliación; **ii)** el segundo pago dentro de los cuatro meses siguientes, contados a partir de la fecha en la que quede ejecutoriado el auto que aprueba la conciliación.

b) Por concepto de **daño a la salud** (perjuicio estético), la suma de cinco (5) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la expedición del auto que apruebe la conciliación.

Lo correspondiente a esa suma de dinero, se pagará dentro de los dos (2) meses siguientes, contados a partir de la fecha en la cual quede ejecutoriado el auto que apruebe la esta conciliación.

SEGUNDO. Ordenar la notificación por estado electrónico de la presente decisión a las partes y la Procuraduría que conoció de la conciliación.

¹² Tomado de la página:

<https://www.mincultura.gov.co/prensa/noticias/Documents/Poblaciones/PUEBLO%20UWA.pdf>

El 9 de mayo de 2020.

TERCERO. Ordenar que una vez en firme la presente decisión, se expidan copias a la parte convocante conforme lo regenta el artículo 114 del CGP.

CUARTO. En firme la presente decisión, **archivar** el expediente, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


JOSÉ ELKIN ALONSO SÁNCHEZ
Juez

Juzgado Primero Administrativo de Arauca
SECRETARÍA.

El auto anterior es notificado en estado No. **044** del
13 de mayo de 2020.

La Secretaria,



Luz Stella Arenas Suárez