

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Condena

SINTESIS DEL CASO: Un menor de edad ingresó al Hospital Occidente Kennedy para la realización de una cirugía ambulatoria consistente en “ginecomastia derecha”, la cual no tuvo complicaciones. Sin embargo, se le causó, con un electrobisturí utilizado en el procedimiento, una quemadura accidental en la piel que le generó una incapacidad médico legal de 15 días.

COMPETENCIA FUNCIONAL DEL CONSEJO DE ESTADO EN SEGUNDA INSTANCIA - En razón a la cuantía

La Sala es competente para conocer del recurso de apelación formulado por las partes y por el llamado en garantía, contra la sentencia proferida el 18 de diciembre de 2008 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, comoquiera que la demanda se presentó el 2 de octubre de 2003 y la pretensión mayor se estimó en la suma de 700 salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de perjuicios morales a favor del principal afectado, la cual supera el monto exigido para que un proceso adelantado en ejercicio de la acción de reparación directa tuviera vocación de doble instancia ante esta Corporación para aquella época, esto es 500 SMLMV .

CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - Término. Cómputo / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA – No operó: demanda presenta en tiempo.

En cuanto a la oportunidad para formular la presente acción indemnizatoria, advierte la Sala que se interpuso dentro de los dos (2) años que establece el numeral 8 del artículo 136 del C.C.A., toda vez que el daño por cuya indemnización se demanda se produjo el 11 de junio de 2003 y la demanda se presentó el 2 de octubre de esa misma anualidad.

FUENTE FORMAL: DECRETO 01 DE 1984 - ARTICULO 136

DAÑO ANTIJURIDICO – Acreditación / FALLA EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO – Inexistencia

Se encuentra plenamente acreditado el daño sufrido por los demandantes, en tanto la quemadura en el tórax padecida por el entonces menor de edad Guillermo Alfonso Betancourt García, supone, por sí misma, una afectación a su integridad personal. (...) el menor Guillermo Betancourt García ingresó al Hospital Occidental de Kennedy el 11 de junio de 2003, con el fin de que se le practicara una cirugía ambulatoria consistente en la extracción de un tejido mamario -ginecomastia- en su tórax, pero durante el procedimiento se produjo una complicación con el electrobisturí que le produjo una quemadura. Se tiene acreditado igualmente que a partir de ese día, el referido menor recibió atención médica en la mencionada institución hospitalaria para tratar las cicatrices que le produjo el anterior procedimiento, incluso el 22 de septiembre de 2003 se le realizó una cirugía plástica para corregir sus cicatrices en el tórax, pero a pesar de que fue dicha intervención fue “satisfactoria”, no se pudieron remover completamente, pues de acuerdo con el dictamen emitido por el Instituto nacional de Medicina legal, “cuando finalice el crecimiento del menor se puede realizar cirugía que mejorará la estética”.(...) si bien la cirugía consistía en remover una masa tumoral de un tamaño similar a la cicatriz presentada, lo cierto es que, tal y como el mismo informe quirúrgico lo afirmó, en la intervención se presentó una complicación -cuyo origen no pudo ser establecido-, que produjo graves quemaduras al menor, las

cuales no están contempladas como un riesgo inherente a ese tipo de procedimiento.(...) lo cierto es que en el presente caso, a pesar de no demostrarse una falla en la prestación del servicio de salud, se produjo un daño antijurídico que afectó la integridad del demandante, el cual no estaba en la obligación de soportar. (...) atendiendo la jurisprudencia consolidada en la materia en punto a la responsabilidad objetiva por la utilización de instrumentos que supongan peligro para el paciente, resulta claro que el daño antijurídico por cuya indemnización se demandó le resulta imputable a la entidad demandada. (...) aun cuando no se acreditó irregularidad alguna o conducta negligente por parte del personal médico que brindó la atención al paciente, lo cierto es que ello no resulta suficiente para liberar a la institución médica demandada de responsabilidad en un caso como el presente, en el cual se analizan los hechos objeto del litigio -daños por la utilización de instrumentos potencialmente peligrosos-, bajo un régimen de responsabilidad objetivo, habida cuenta de que -se reitera- fue una quemadura con uno de tales instrumentos -electro bisturí-, la que le produjo el daño al menor, por manera que ese desenlace del paciente no puede resultar ajeno o externo a la prestación del servicio médico por parte de la entidad demandada.

ACTIVIDAD MEDICA HOSPITALARIA - Riesgos inherentes a su ejercicio / ACTIVIDAD MEDICA HOSPITALARIA - Cumplimiento de los reglamentos y protocolos a que haya lugar

La actividad médica hospitalaria -como resulta natural- implica riesgos inherentes a su ejercicio (vgr. intervenciones quirúrgicas o exámenes clínicos, etc.), los cuales dependen en gran medida de la complejidad de la afectación de la salud del paciente, también es cierto que para evaluar la responsabilidad de los profesionales de la salud, la jurisprudencia de esta Sección del Consejo de Estado ha precisado que su análisis debe realizarse a partir de la verificación, en cada caso concreto, del cumplimiento de los reglamentos y protocolos a los que se encuentre sometido cada procedimiento.

RÉGIMEN OBJETIVO DE RESPONSABILIDAD POR LA ACTIVIDAD MÉDICO HOSPITALARIA / RESPONSABILIDAD POR RIESGO / INSTRUMENTO PELIGROSO

[La Sala considera] a modo de excepción- que dentro del ejercicio de la actividad médica existen varios escenarios en cuales resulta posible predicar la existencia de un régimen objetivo de responsabilidad. Así, en relación con algunos eventos susceptibles de ser estudiados bajo el régimen objetivo de responsabilidad, se ha precisado que éstos pueden ser: i) Aquellos eventos que implican la manipulación de cosas peligrosas, o que el procedimiento o el tratamiento empleado entrañe peligro, pero siempre y cuando la herramienta riesgosa cause el daño de manera directa o por ella misma, pues si la lesión es producto de una ejecución irregular del acto médico, aunque medie un instrumento que represente peligro o riesgo, el caso específico estará regido por la responsabilidad subjetiva o culposa. ii) Cuando un medicamento, tratamiento o procedimiento que implique o conlleve un progreso en la ciencia y, por lo tanto, se considere novedoso, se desconozcan las consecuencias o secuelas del mismo a largo plazo iii) Cuando en el acto médico se empleen químicos o sustancias peligrosas (v.gr. eventos de medicina nuclear) iv) En supuestos de vacunas, porque se asume de manera implícita su eventual peligrosidad y reacciones adversas en los diferentes organismos y; v) Cuando el daño sea producto de una infección nosocomial o intrahospitalaria. (...). Los eventos antes señalados se rigen por un régimen de responsabilidad objetivo ya que poco interesa determinar si el comportamiento de la entidad fue diligente o cuidadoso, por cuanto es el riesgo asociado con el ejercicio de dichas actividades lo que produce en el plano fáctico o causal el daño antijurídico por el que se demanda. (...) aun cuando no se acreditó irregularidad alguna o conducta negligente por parte del personal médico que brindó la atención al paciente, lo cierto es que ello no resulta suficiente para liberar a la institución

médica demandada de responsabilidad en un caso como el presente, en el cual se analizan los hechos objeto del litigio -daños por la utilización de instrumentos potencialmente peligrosos-, bajo un régimen de responsabilidad objetivo, habida cuenta de que -se reitera- fue una quemadura con uno de tales instrumentos -electro bisturí-, la que le produjo el daño al menor, por manera que ese desenlace del paciente no puede resultar ajeno o externo a la prestación del servicio médico por parte de la entidad demandada. **NOTA DE RELATORIA:** En relación con los daños derivados de: infecciones intrahospitalarias o nosocomiales, consultar, sentencias del: 27 de junio de 2012, exp. 21661, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; 11 de junio de 2014, exp. 27089; 25 de junio de 2014, exp 30583, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, y 29 de agosto de 2013, exp. 30283, C.P. Danilo Rojas Betancourt

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS AGENTES DEL ESTADO - Regulación normativa / ACCION DE REPETICION - Noción. Definición. Concepto / LLAMAMIENTO EN GARANTIA - Niega. Carencia probatoria

El inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política señala que “en el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”. El mandato constitucional del inciso segundo del artículo 90 C. P., encuentra hoy su desarrollo en la Ley 678 de 2001, “por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición”(…) Esta ley definió la repetición como una acción de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa hubiere dado lugar al reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto. La misma acción se ejercerá contra el particular que investido de una función pública hubiere ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial. En el caso sub examine, advierte la Sala que de las pruebas allegadas al plenario no es posible advertir irregularidad alguna en la intervención quirúrgica practicada al paciente que produjo las quemaduras en su tórax. (...) reitera la Sala que del material probatorio aportado no es posible establecer que el doctor Alfonso Pallares Pérez, en su calidad de médico que atendió al entonces menor de edad Guillermo Betancourt García, hubiere actuado con dolo o culpa grave. (...) a partir de tales probanzas no se pueden establecer el grado de responsabilidad que le asiste al referido llamado en garantía, pues lo cierto es que no hay elementos determinar que fue un descuido o negligencia suya la causa de las quemaduras que sufrió el referido menor de edad. (...) se impone la necesidad de modificar en este punto la sentencia de primera instancia para, en su lugar, absolver al llamado en garantía, doctor Luis Alfonso Pallares Pérez

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 90

TASACION DE PERJUICIOS MORALES POR LESIONES PERSONALES - Procedencia. Aplicación del principio de la no reformatio in pejus

La jurisprudencia de esta Sección del Consejo de Estado ha manifestado que, en casos de lesiones personales, la simple acreditación del parentesco, para los eventos de perjuicios morales reclamados por abuelos, padres, hijos, hermanos y nietos, cuando alguno de estos ha sufrido un daño antijurídico, como el que se juzga en el presente caso, a partir del contenido del artículo 42 de la Carta Política y con base en las máximas de la experiencia, resulta suficiente para inferir que tanto el peticionario como los integrantes de su familia han padecido el perjuicio

moral por cuya reparación se demanda, comoquiera que es propio de la naturaleza humana que tanto la persona injustamente afectada en su integridad como su núcleo familiar, experimente un profundo sufrimiento, temor, impotencia e inseguridad por causa de dicha situación . (...) se impone modificar en ese aspecto la sentencia apelada para, en su lugar, acceder al reconocimiento de tales perjuicios morales a los demandantes que acudieron en calidad de hermanos del principal afectado, en la suma de 7 SMLMV a favor de cada uno de ellos. (...) comoquiera que el reconocimiento de la suma de 50 SMLMV a favor de los padres ni de la víctima directa no fue objeto de apelación por ninguna de las partes, ni por el llamado en garantía, la Sala mantendrá dicho monto de la condena en atención a la garantía de la no reformatio in pejus.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 42

AFECTACION RELEVANTE A BIENES O DERECHOS CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONALMENTE AMPARADOS - Modifica sentencia de primera instancia

Comoquiera que la sentencia de primera instancia accedió al reconocimiento de perjuicios por “daño a la vida de relación” en la suma de 50 SMLMV a favor del principal afectado y, dado que dicho reconocimiento de indemnización de perjuicios no fue objeto de cuestionamiento alguno por las partes ni el llamado en garantía en el recurso de apelación, la Sala se limitará a modificar la sentencia de primera instancia en cuanto a la denominación de tales perjuicios, puesto que la jurisprudencia de esta Sección ha distinguido esta tipología de perjuicios bajo los rótulos del daño a la salud -siempre que el daño afecte las condiciones psicofísicas de la persona- o, bajo la afectación grave a bienes e intereses constitucional y convencionalmente amparados , cuando se afecte otro tipo de derechos -v.gr. libertad, honra, buen nombre, etc.-, por esa razón se impone modificar (...) la sentencia en ese aspecto.

NO SE CONDENA EN COSTAS POR DAÑOS OCASIONADOS POR LA ACTIVIDAD MEDICA / SIN CONDENA EN COSTAS

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de enero de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 25000-23-26-000-2003-02133-01(36816)A

Actor: SOL MARINA GARCIA CRUZ Y OTRO

Demandado: HOSPITAL OCCIDENTAL DE KENNEDY E.S.E.

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

Temas: Responsabilidad estatal médico asistencial - regímenes de responsabilidad aplicables - aplicación del régimen objetivo de responsabilidad por la utilización de instrumentos quirúrgicos que implican riesgo; ausencia de responsabilidad del llamado en garantía por falta de prueba sobre la conducta dolosa o gravemente culposa; indemnización de perjuicios morales y por daño a la salud.

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por las partes y por el llamado en garantía, señor Luis Alfonso Pallares Pérez, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A el 18 de diciembre de 2008, mediante la cual se adoptaron las siguientes declaraciones y condenas:

“1°- Declarar que el Hospital Occidente de Kennedy III Nivel E.S.E. y el doctor Luis Alfonso Pallares son responsables del daño ocasionado a los demandantes en hechos ocurridos el 11 de junio de 2003.

2°- En consecuencia, condenar al Hospital Occidente de Kennedy III Nivel E.S.E., a pagar a favor de los demandantes, los siguientes valores:

2.1. El equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de la sentencia, por concepto de daño moral al señor Guillermo Betancourt García.

2.2. El equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de la sentencia, por concepto de daño moral a favor de la señora Sol Marina García Cruz.

2.3. El equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de la sentencia, por concepto de daño a la vida de relación a favor de Guillermo Betancourt García.

3°- *Condenar al médico Luis Pallares a pagar a favor del Hospital occidente de Kennedy III Nivel, todas las sumas que sean canceladas por éste a favor de los demandantes, de conformidad con los montos establecidos en el ordinal segundo de esta providencia.*

4°- Negar las demás pretensiones de la demanda.

5°- Declarar probada la excepción de exclusión del amparo del riesgo de responsabilidad por daño moral propuesta por la aseguradora Seguros del Estado S.A.

6°- Sin condena en costas.

7°- Para el cumplimiento de esta sentencia se dará cumplimiento a lo dispuesto a los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.”.

I. ANTECEDENTES

1.1.- La demanda y su trámite

En escrito presentado el 2 de octubre de 2003 por intermedio de apoderado judicial, los señores Alfonso Betancourt Rivera y Sol Marina García Cruz, quienes acuden en nombre propio y en representación de su hijo menor Guillermo Alfonso Betancourt García, Erika Mileidy Betancourt García, Ronald Mauricio Delgado García y William Armando Rocha García interpusieron demanda en ejercicio de la acción de reparación directa en contra del Hospital Occidente de Kennedy III Nivel E.S.E., con el fin de que se le declarara patrimonialmente responsable por los perjuicios sufridos como consecuencia de las quemaduras que sufrió el menor Guillermo Alfonso Betancourt García, mientras recibía atención médica en el hospital demandado.

Como consecuencia de la anterior declaración, solicitaron que se condenara a la demandada a pagar a su favor, por concepto de indemnización de perjuicios morales, la suma equivalente en pesos a 700 SMLMV para el menor afectado y 200 SMLMV para cada uno de sus padres y hermanos; por concepto de perjuicios fisiológicos se deprecó la suma de 700 SMLMV a favor del principal

afectado y, por concepto de indemnización de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, pidieron la suma de 700 SMLMV.

Como **fundamentos fácticos** de sus pretensiones se narró en la demanda que el 10 de junio de 2003 el menor Guillermo Alfonso Betancourt García -de 13 años de edad-, fue atendido en el Hospital Occidente de Kennedy III Nivel por el médico Luis Alfonso Pallares Pérez, quien le diagnosticó una masa tumoral en su tetilla derecha, por lo que programó cirugía ambulatoria para el día siguiente en esa misma institución médica.

Sostuvo la demanda que una vez fue intervenido en la fecha señalada se le dio de alta con la advertencia de que debía regresar al siguiente día para que le realizaran curaciones, pero que una vez en su residencia el menor presentaba fuertes dolencias en el lugar donde fue intervenido y que al ser revisado “supuraba agua sangre” y presentaba quemaduras de segundo y tercer grado.

Afirma la demanda que, cuando regresaron al hospital el menor fue atendido por otro médico, quien informó que *“no eran lógicas las quemaduras que presentaba el menor por esa clase de cirugías a la que fue sometido”*, razón por la cual procedió a solicitar valoración por cirugía plástica.

Agregó la demanda que como consecuencia de la anormalidad de esa lesión, los familiares del menor formularon una queja ante la Gerencia del Hospital demandado y que, en virtud de ello, el menor Guillermo Alfonso Betancourt García fue remitido al Instituto de Medicina legal y Ciencias Forenses para la correspondiente evaluación de lesiones personales, donde se le determinó una incapacidad de 15 días y que se le había indicado que se trataba de un *“posible caso de responsabilidad profesional”*. Sin embargo en la demanda no se precisó el resultado de dicha investigación.

En relación con los hechos descritos, la parte actora indicó que como consecuencia de la deficiente atención médica en el hospital demandado, el

menor sufrió quemaduras que le produjeron lesiones de carácter permanente, circunstancia que le imponía el deber de resarcir los perjuicios ocasionados a los aquí demandantes¹.

Tanto la demanda como su corrección formal fueron admitidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante proveído del 5 de febrero de 2004, el cual se notificó en legal forma a las entidades demandadas y al Ministerio Público².

1.2.- El Hospital Occidente de Kennedy contestó la demanda para oponerse a las pretensiones formuladas por los actores y, para el efecto, manifestó que, contrario a lo afirmado en la demanda, al paciente se le había brindado de forma oportuna e idónea toda la atención médica que requería y que las cicatrices que lo afectaban eran producto de la complejidad de la intervención quirúrgica que tuvo que realizársele para extraerle una masa tumoral³.

1.3.- En escrito separado al de la contestación de la demanda, la referida institución hospitalaria demandada solicitó que se citara al proceso en calidad de llamada en garantía a la Compañía Aseguradora Seguros del Estado, en virtud de un contrato de seguro⁴. De igual forma, la Procuraduría Delegada ante el Tribunal Administrativo de primera instancia solicitó el llamamiento en garantía del doctor Luis Alfonso Pallares, médico cirujano pediatra, quien prestó la atención médica al referido menor de edad. Tales solicitudes fueron aceptadas mediante proveído del 3 de junio de 2004⁵.

En la contestación, el médico Luis Alfonso Pallares, a través de su apoderado judicial, aceptó que había atendido al menor Guillermo Alfonso Betancourt García en el Hospital Occidente de Kennedy por presentar “ginecomastia” y que el tratamiento para esa afección consistió en una intervención quirúrgica para su

¹ Fls. 2 a 11 C. 1.

² Fls. 18 a 21 C. 1.

³ Fls. 205 a 227 C. 1.

⁴ Fls. 1 a 27 C. 2.

⁵ Fls. 1 a 20 C. 2.

remoción, pero que, **“con la disección realizada se presentó una quemadura peri-incisional de piel ocasionada con el electrobisturí, por lo cual se tomaron inmediatas medidas consistentes en desbordamiento de las flictenas con gasas húmedas y cubrimiento de la zona con grasa furacinada. No me consta lo que hubiera sucedido en la vivienda del menor, lo cierto es que la madre no alcanzó a ser informada en ese mismo instante de lo ocurrido durante la cirugía, pero con posterioridad se le llamó telefónicamente y se le solicitó su presencia con el menor al día siguiente con el fin de realizarle curaciones, informarle lo sucedido y programar los respectivos controles”** (se ha resaltado).

Agregó que al menor se le realizaron varios controles con posterioridad a la cirugía y que el 22 de septiembre de 2003 se le practicó una cirugía plástica con resultado *“bastante satisfactorio”*, por lo cual concluyó que no se había producido daño antijurídico alguno al menor aquí demandante⁶.

Por su parte, la Compañía Seguros del Estado S.A., manifestó que en el presente asunto no se había configurado falla alguna en el servicio médico imputable al Hospital Occidente de Kennedy, ni mucho menos daño antijurídico alguno en perjuicio del menor referido en la demanda, comoquiera que la cirugía plástica que se le practicó fue *“satisfactoria”*. Agregó, finalmente, que la póliza de responsabilidad civil extracontractual que adquirió el hospital demandado excluía expresamente los riesgos derivados de cirugías plásticas, así como tampoco contemplaba indemnización alguna por concepto de perjuicios morales⁷.

1.4.- Vencido el período probatorio dispuesto en providencia proferida el 4 de noviembre de 2004 y fracasada la etapa de conciliación, el Tribunal de primera instancia, mediante auto de 10 de noviembre de 2005, dio traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto⁸.

⁶ Fls. 30 a 34 C. 2.

⁷ Fls. 36 a 44 C. 2.

⁸ Fls. 66 a 82 C. 1.

La parte actora, luego de referirse a los hechos materia de proceso y al acervo probatorio recaudado, manifestó que concurrían los requisitos para que se diera la declaratoria de responsabilidad de la institución hospitalaria a título de falla del servicio, concretamente, porque como consecuencia de un descuido del personal médico, el menor sufrió unas graves quemaduras que le produjeron secuelas de carácter permanente⁹.

A su turno, el hospital demandado y la Compañía Seguros del Estado S.A. reiteraron los argumentos expuestos con la contestación de la demanda y del llamamiento, respecto de la oportuna e idónea atención médico hospitalaria brindada al paciente¹⁰.

El llamado en garantía Luis Alfonso Pallares guardó silencio en esta oportunidad procesal¹¹.

1.5.- La sentencia apelada

Cumplido el trámite legal correspondiente, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A profirió sentencia el 18 de diciembre de 2008, oportunidad en la cual declaró la responsabilidad del Hospital Occidente de Kennedy y del llamado en garantía Luis Alfonso Pallares, en los términos descritos al inicio de esta sentencia.

Para arribar a dicha decisión, el *a quo* concluyó que, de conformidad con lo probado en el proceso, se encontraba acreditado que el menor Guillermo Alfonso Betancourt García durante el procedimiento quirúrgico para extraerle un tejido hipertrófico en su tetilla derecha sufrió una “*quemadura peri incisional de piel producida por un electrobisturí*”, lo que obligó a practicarle una cirugía plástica para “*resección de cicatriz en tórax*”, a partir de lo cual concluyó que,

⁹ Fls. 87 a 89 C. 1.

¹⁰ Fls. 83 a 86 C. 1.

¹¹ Fl. 152 C. 1.

“... Ese nuevo acto médico indica inequívocamente que durante la ginecomastia se presentó una falla o error, probablemente médico, que descarta el caso fortuito al no encontrarse probado que el daño alegado provino -por algún defecto del aparato electrobisturí-, o cualquier otro hecho constitutivo del mismo. Este daño consistió en la necrosis o quemadura grave del sector intervenido, lo que compromete la responsabilidad del demandado y concreta para el sub examine la falla del servicio”.

En cuanto atañe con la responsabilidad patrimonial del llamado en garantía, Luis Alfonso Pallares, manifestó que se encontraba probada su responsabilidad patrimonial a título de culpa grave, por considerar que *“el daño derivó de un error en la praxis médica proveniente de la indebida manipulación del electro bisturí, como lo indica la doctrina médica”*, razón por la que lo condenó a reintegrar a la entidad demandada las sumas que ésta tuviera que pagar por la condena impuesta en este proceso.

En relación con la liquidación de perjuicios, el Tribunal de primera instancia accedió al reconocimiento de indemnización de perjuicios morales en suma equivalente a 50 SMLMV a favor del principal afectado y ese mismo monto para su madre, y denegó el reconocimiento a los demás demandantes dado que no acreditaron el parentesco con la víctima directa, pues allegaron los respectivos registros civiles en copia simple; asimismo, reconoció esa misma cantidad -50 SMLMV- por concepto de indemnización de perjuicios por *“daño a la vida de relación”* a favor del menor afectado y, finalmente, denegó el reconocimiento de indemnización de perjuicios materiales, toda vez que no fueron probados.

Finalmente, denegó las pretensiones frente a la llamada en garantía, Compañía Seguros del Estado S.A., toda vez que el rubro correspondiente a perjuicios morales se encontraba excluido de forma expresa en la póliza de responsabilidad civil extracontractual¹².

1.6.- Los recursos de apelación

¹² Fls. 103 a 116 C. Ppal.

Contra la anterior decisión, las partes y el llamado en garantía, Luis Alfonso Pallares, interpusieron oportunamente sendos recursos de apelación, los cuales fueron concedidos por el Tribunal *a quo* el 12 de marzo de 2009 y admitidos por esta Corporación el 20 de mayo de 2010¹³.

Como motivos de su inconformidad, la parte actora manifestó su desacuerdo para con la sentencia de primera instancia, únicamente, en lo que respecta al reconocimiento de perjuicios morales a favor de todos los demandantes, pues partió de afirmar que las copias de los registros civiles de nacimiento que fueron allegados al proceso tenían plenos efectos probatorios, a partir de los cuales se podía inferir su parentesco y su consiguiente aflicción moral¹⁴.

Por su parte, el Hospital Occidente de Kennedy reiteró que en el presente caso no se produjo un daño antijurídico en perjuicio del menor demandante, habida cuenta que *“la cicatriz que le produjo la quemadura con el electro bisturí puede tener las mismas proporciones que, en la humanidad del menor se detalla cómo desproporcionada, pero lo cierto es que no lo es, ya que el origen del daño, conservaba igualmente una fuente de similares magnitudes”*. En ese sentido, señaló que la masa extraída del cuerpo del menor atrás mencionado resultaba proporcional a la cicatriz que le produjo la quemadura, a lo que agregó que la labor de los profesionales de la medicina era de medio y no de resultado, por lo que ese tipo de secuelas o cicatrices eran propias de la actividad médica y los pacientes debían soportarlas¹⁵.

Finalmente, el llamado en garantía, Luis Alfonso Pallares, sostuvo que en el presente caso mal podría calificarse su intervención como afectada por una culpa grave, puesto que la quemadura al menor *“se produjo por una fuerza mayor o un caso fortuito y no por la acción negligente del hospital ni del médico que lo intervino”*. Adujo que la quemadura con electrobisturí podía obedecer a diversas razones, tales como el mal estado del equipo, los cambios en la

¹³ Fls. 207 y 213 C. Ppal.

¹⁴ Fls. 121 a 122 C. Ppal.

¹⁵ Fls. 145 a 156 C. Ppal.

corriente, entre otras circunstancias que nada tenían que ver con la supuesta negligencia del cirujano que practica esa clase de procedimientos. Bajo dicho supuesto afirmó que él no podía asumir la responsabilidad del Hospital derivada de sus equipos defectuosos y que, por esa razón, debía revocarse la condena impuesta en su contra¹⁶.

1.7.- Una vez se dio traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto, las partes reiteraron los argumentos expuestos a lo largo del trámite de la presente acción¹⁷.

En su concepto, el Ministerio Público manifestó que debía confirmarse la declaratoria de responsabilidad tanto del Hospital Occidente de Kennedy, como del llamado en garantía, dado que se había acreditado que las quemaduras del menor se produjeron por *“la falta de cuidado o pericia en la utilización del instrumental quirúrgico”*¹⁸.

La Sala, al no encontrar causal de nulidad alguna que pudiera invalidar lo actuado, procede a resolver de fondo el presente asunto sometido a su conocimiento.

II. CONSIDERACIONES

2.1.- Competencia de la Sala

2.1.1.- La Sala es competente para conocer del recurso de apelación formulado por las partes y por el llamado en garantía, contra la sentencia proferida el 18 de diciembre de 2008 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, comoquiera que la demanda se presentó el 2 de octubre de 2003 y la pretensión mayor se estimó en la suma de 700 salarios

¹⁶ Fls. 157 a 166 C. Ppal.

¹⁷ Fls. 246 y 275 C. Ppal.

¹⁸ Fls. 230 a 240 C. Ppal.

mínimos legales mensuales vigentes por concepto de perjuicios morales a favor del principal afectado, la cual supera el monto exigido para que un proceso adelantado en ejercicio de la acción de reparación directa tuviera vocación de doble instancia ante esta Corporación para aquella época, esto es 500 SMLMV¹⁹.

2.1.2.- En cuanto a la **oportunidad para formular la presente acción** indemnizatoria, advierte la Sala que se interpuso dentro de los dos (2) años que establece el numeral 8 del artículo 136 del C.C.A., toda vez que el daño por cuya indemnización se demanda se produjo el 11 de junio de 2003 y la demanda se presentó el 2 de octubre de esa misma anualidad.

2.2.- Los hechos probados

A partir del análisis de los elementos de convicción arrimados al proceso en legal forma, la Sala tiene por debidamente demostrados los siguientes hechos:

i) Que, de acuerdo con la historia clínica, el 11 de junio de 2003 el menor de edad Guillermo Alfonso Betancurth García ingresó al Hospital Occidente Kennedy para la realización de una cirugía ambulatoria consistente en “*ginecomastia derecha*”. En la epicrisis de egreso de ese mismo día se hizo constar lo siguiente:

“Condiciones al ingreso: Paciente con antecedente de ginecomastia, quien ingresa para cirugía programada.

Examen y procedimiento: buen estado general, mucosas húmedas, se encuentra crecimiento de tejido mamario derecho, abdomen no doloroso, normal, extremidades sin edemas, estado neurológico sin déficit.

¹⁹ Artículo 40, Ley 446 de 1998.

*EVOLUCIÓN: BAJO ANESTESIA GENERAL SE PRACTICA MASTECTOMÍA RADICAL, **NO COMPLICACIONES**, SE DA SALIDA²⁰* (mayúsculas del texto original, negrillas adicionales).

No obstante haberse indicado que el procedimiento se realizó sin complicaciones, en el informe quirúrgico se dijo:

“Hallazgos: Tejido hipertrófico en lado derecho.

Procedimiento: Se realiza incisión infra aeolar, disección con electrocauterio de tejido mamario hasta identificar y se extrae producto de resección que se envía a patología. (...). Drs. Pallares - Tarazona.

*Nota: **Como complicación ocurre quemadura peri incisional de piel.** Se realizó desbridamiento de las plitenas con gasas húmedas y se cubrió zona con gasa furacinada”* (negrillas adicionales).

ii) Que con ocasión de dicha quemadura quirúrgica, el referido menor fue remitido el 12 de junio de 2003 al Instituto Nacional de Medicina Legal para que se le realizara una valoración de sus lesiones. En dicho dictamen se expresó:

“Anamnesis: refiere el menor examinado: ‘El pasado 11 de junio fui intervenido en el Hospital de Kennedy por ginecomastia derecha y dado de alta en las horas de la tarde, al día siguiente cuando en la casa me hacían una curación mi mamá notó la quemadura y por eso hoy estoy acá’.

Al examen actual presenta herida de aspecto necrosado e hilo de sutura, herida con tejido de granulación, además otras heridas circulares desde borde eritematoso y costra levemente deprimida desde 0.5 cms. a 1.5 cms. en región antero derecha de tórax derecho. La herida mayor en cuyo interior está la tetilla tiene aprox. 6,5 cms. función ventilatoria conservada, afebril al tacto.

Examen de lesiones personales: herida de borde irregular de 6,5 cms. eritemas con tejido de granula, heridas costrosas de 0.5 cms. y herida

²⁰ Fls. 15 a 16 C. 2.

costrosa de 1,5 cms región toraxica anterior derecha. INVESTIGAR SI EL CASO CORRESPONDE A POSIBLE RESPONSABILIDAD PROFESIONAL.

Conclusión: mecanismo causal: Por determinar, para el próximo reconocimiento sírvase remitirlo con historia clínica actual”²¹ (se ha transcrito tal como se halla en el texto original).

El anterior dictamen fue “complementado” el 11 de agosto de 2003 por ese mismo instituto así:

“Como complicación de la cirugía ocurre quemadura peri incisional de piel. Se realizó desbridamiento de las flictenas con gasas húmedas y se cubrió, firmó el Dr. Luis Alfonso Pallares. Con base en lo anterior se concluye: 1.- Mecanismo causal: físico térmico, 2.- incapacidad médico legal provisional de 15 días, 3.- para posibles secuelas si hubiere lugar enviarlo a nuevo reconocimiento con historia clínica actualizada”²² (negrillas adicionales).

iii) Que el 17 de junio de 2003 la señora Sol Marina García Cruz formuló una queja ante el Gerente del Hospital Kennedy con ocasión de las quemaduras que sufrió su hijo Guillermo Alfonso en esa institución hospitalaria, la cual fue respondida por ese mismo funcionario el 20 de junio siguiente de la manera siguiente:

“Se acepta que la información no fue la más oportuna ni precisa por la necesidad de atender el llamado de paciente crítico de postoperatorio, se acepta como compromiso la atención del niño como se ha venido haciendo a partir del 12 de junio, en forma diaria y hasta la fecha, con el seguimiento requerido de acuerdo a necesidades del paciente como se describe en la historia clínica. Reciba nuestras disculpas por la situación presentada, como institución estamos dispuestos a continuar brindando al paciente la atención con la oportunidad requerida”²³.

²¹ Fl. 19 C. 2.

²² Fl. 20 C. 2.

²³ Fls. 22 a 23 C. 2.

iv) Que, según la historia clínica del paciente, el 22 de septiembre de 2003 se le realizó una cirugía plástica para corregir sus cicatrices en el tórax, pero tales cicatrices no fueron removidas completamente. En la epicrisis de esta nueva hospitalización se consignó:

“En región toraxica derecha presenta múltiples cicatrices post quemaduras con pérdida del 90% de la aréola. Presenta buenas condiciones generales, recuperación satisfactoria de postoperatorio de resección de cicatrices en tórax de +/- 10 x 4 cm. Sin complicaciones”²⁴.

v) Que el 15 de marzo de 2005 el Instituto Nacional de Medicina legal y Ciencias Forenses emitió un nuevo dictamen pericial respecto de las condiciones físicas del menor Guillermo Alfonso Betancourt García, en el cual se manifestó:

“Análisis: Había evidente indicación quirúrgica para resección de la ginecomastia. La explicación que se da a la complicación como ‘quemadura accidental de adentro hacia afuera con el electrobisturí’, es factible y su presentación no indica que el cirujano se haya apartado de la norma de atención. La quemadura que presentó el menor con el electrobisturí puede ser predecible, pero muchas veces no se puede evitar, esto depende de las condiciones locales de la piel, del tamaño y adherencia de la masa a la misma. Según descripción de patología la masa a extraer era grande (9x7x3 cms), que por su calificativo de fibroadiposa podría tener adherencias en piel. Esta situación pudo haber facilitado la presentación de la complicación.

Esta complicación no indica que el cirujano se haya apartado del protocolo para el manejo del paciente, también vale la pena aclarar que las cicatrices que se presentan en la región pectoral son de difícil manejo por su ubicación anatómica y la tensión muscular subyacente a la que están expuestas. Cuando finalice el crecimiento del menor se puede realizar cirugía que mejorará la estética del cuerpo.

Conclusión: Procedimiento médico quirúrgico efectuado al menor Guillermo Alfonso Betancourt García, si bien no obtuvo el resultado

²⁴ Fls. 31 a 35 C. 2.

esperado, no se aparta de la norma de atención²⁵ (negritas y subrayas adicionales).

vi) Que, en el testimonio rendido ante el Tribunal *a quo*, el médico Marcos Manuel Tarazona Lara, quien acompañó al Dr. Luis Alfonso Pallares en la cirugía practicada al menor aquí demandante, manifestó lo siguiente:

*“... Lo que yo sé, no recuerdo la fecha yo fui ayudante de cirugía del doctor Pallares ese día. Lo que ocurrió básicamente, lavamos al paciente, se colocaron los campos quirúrgicos y se procedió a realizar cirugía. **Al final del procedimiento advertimos la presencia de las lesiones por quemadura, se realizó el desbridamiento de las lesiones (retirar las vejigas que había por quemadura, puesto que es piel dañada), se procedió a cubrir la lesión con apósitos vaselinados, se terminó el procedimiento y yo fui a cubrir mis actividades rutinarias.** Yo no hablé con la familia pues no estaba a cargo del paciente, y supe que el Dr. Pallares tampoco había hablado con los familiares pues se enfermó; supe que al día siguiente se había hablado con la familia sobre la complicación. (...). **Se utilizó bisturí para abrir la piel, los separadores de la piel para abrir la herida, y el electro bisturí para realizar el acto operatorio, o sea el desprendimiento y separación de la lesión del tejido normal, la piel se cerró con sutura convencional para piel, de material no absorbible. La cobertura de la lesión que se realizó luego de advertir la lesión fue con apósitos vaselinados. (...). Las lesiones con electrobisturí son fortuitas e imposible de predecir y generalmente obedecen a cambio o fluctuaciones en la conducción de la energía eléctrica que estos aparatos utilizan para generar calor y es la forma como se trabajan.** Estas lesiones son muy infrecuentes pero no por eso los pacientes están exentos de este tipo de quemaduras. Se utiliza este aparato porque disminuye los efectos del sangrado y formación de hematomas (acumulaciones de coágulos)”*²⁶ (negritas adicionales).

vii) Que el 22 de octubre de 2008 la Oficina de Control Disciplinario del Hospital Occidental de Kennedy profirió auto de archivo definitivo por la queja presentada en contra del médico pediatra Luis Alfonso Pallares Pérez, por considerar que no se probó que el investigado hubiera incurrido en irregularidad alguna que fuera constitutiva de una falta disciplinaria²⁷.

²⁵ Fls. 27 a 28 C. 4.

²⁶ Fls. 92 a 94 C. 2.

²⁷ Fls. 171 a 187 C. Ppal.

viii) En similar sentido, la Unidad de Fiscalías Delegada ante los Jueces Penales Municipales de Bogotá decidió *“precluir la investigación en favor del señor Luis Alfonso Pallares Pérez por el delito de lesiones personales”*, toda vez que no existían pruebas que comprometieran su responsabilidad frente las lesiones por quemadura del menor Guillermo Betancourt, amén de que *“se carece de una visión clara respecto de la causa generadora de las lesiones en la humanidad del paciente”*²⁸.

2.3. Análisis de la Sala

De conformidad con el material de convicción allegado al proceso, se encuentra plenamente acreditado el daño sufrido por los demandantes, en tanto la quemadura en el tórax padecida por el entonces menor de edad Guillermo Alfonso Betancourt García, supone, por sí misma, una afectación a su integridad personal.

Ciertamente, con fundamento en los anteriores hechos probados puede concluirse que el menor Guillermo Betancourt García ingresó al Hospital Occidental de Kennedy el 11 de junio de 2003, con el fin de que se le practicara una cirugía ambulatoria consistente en la extracción de un tejido mamario -ginecomastia- en su tórax, pero durante el procedimiento se produjo una complicación con el electrobisturí que le produjo una quemadura.

Se tiene acreditado igualmente que a partir de ese día, el referido menor recibió atención médica en la mencionada institución hospitalaria para tratar las cicatrices que le produjo el anterior procedimiento, incluso el 22 de septiembre de 2003 se le realizó una cirugía plástica para corregir sus cicatrices en el tórax, pero a pesar de que fue dicha intervención fue *“satisfactoria”*, no se pudieron remover completamente, pues de acuerdo con el dictamen emitido por el Instituto nacional de Medicina legal, *“cuando finalice el crecimiento del menor se puede realizar cirugía que mejorará la estética”*.

²⁸ Fls. 188 a 190 C. Ppal.

Asimismo, resalta la Sala que si bien la cirugía consistía en remover una masa tumoral de un tamaño similar a la cicatriz presentada, lo cierto es que, tal y como el mismo informe quirúrgico lo afirmó, en la intervención se presentó una complicación -cuyo origen no pudo ser establecido-, que produjo graves quemaduras al menor, las cuales no están contempladas como un riesgo inherente a ese tipo de procedimiento y, por ello, tampoco el paciente está en la obligación de soportar.

Ahora, si bien no son claras las circunstancias en las cuales se produjo la lesión del menor, puesto que, por un lado, el dictamen del Instituto Nacional de Medicina Legal indicó que éstas quemaduras podían presentarse por las condiciones de la piel en la zona afectada y, por otro lado, el testimonio del médico que estuvo presente en la cirugía, doctor Marcos Tarazona indicó que dichas quemaduras con electrobisturí podían presentarse por cambios en la corriente eléctrica, lo cierto es que en el presente caso, **a pesar de no demostrarse una falla en la prestación del servicio de salud, se produjo un daño antijurídico que afectó la integridad del demandante, el cual no estaba en la obligación de soportar.**

Así, pues, para efectos de la imputación del aludido daño antijurídico, debe recordarse que el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, por lo que corresponde al juez definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones, tanto fácticas como jurídicas, que den sustento a la decisión que habrá de adoptar²⁹.

En efecto, en tratándose de supuestos en los cuales se discute la declaratoria de responsabilidad estatal con ocasión actividades médico-asistenciales, según jurisprudencia constante de esta Corporación, la responsabilidad patrimonial que le incumbe al Estado bien puede ser analizada bajo el régimen de la falla probada del servicio, a lo cual se ha agregado que, en atención al carácter técnico de la actividad médica y a la dificultad probatoria que ello implica, el nexo de causalidad puede acreditarse por diversas vías, en especial mediante la utilización de indicios, que no

²⁹ Consejo de Estado. Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de 19 de abril de 2012. Exp 21.515.

en pocas ocasiones constituye el único medio probatorio que permite establecer la presencia de la falla endilgada³⁰.

De otra parte, esta Sala también ha considerado que, en el marco de las actividades médico-sanitarias, **existen situaciones que pueden regirse por el esquema de la responsabilidad objetiva**, dada la peligrosidad que revisten ciertos procedimientos médico quirúrgicos, sin que con ello se hubiere pretendido desconocer que la responsabilidad médico-hospitalaria se encuentra asentada sobre la base de un criterio culpabilista, por lo que mal haría la jurisprudencia contencioso administrativa en tildar a la medicina como una actividad riesgosa.

En ese sentido, se debe precisar que si bien es cierto la actividad médica hospitalaria -como resulta natural- implica riesgos inherentes a su ejercicio (vgr. intervenciones quirúrgicas o exámenes clínicos, etc.), los cuales dependen en gran medida de la complejidad de la afectación de la salud del paciente, también es cierto que para evaluar la responsabilidad de los profesionales de la salud, la jurisprudencia de esta Sección del Consejo de Estado ha precisado que su análisis debe realizarse a partir de la verificación, en cada caso concreto, del cumplimiento de los reglamentos y protocolos a los que se encuentre sometido cada procedimiento.

No obstante, esta Corporación también ha considerado³¹ **-a modo de excepción-** que dentro del ejercicio de la actividad médica existen varios escenarios en cuales **resulta posible predicar la existencia de un régimen objetivo de responsabilidad**. Así, en relación con algunos eventos susceptibles de ser estudiados bajo el régimen objetivo de responsabilidad, se ha precisado que éstos pueden ser:

³⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 20 de febrero de 2008. M.P. Ramiro Saavedra Becerra. Exp 15.563. "(...) la Sala ha recogido las reglas jurisprudenciales anteriores, es decir, las de presunción de falla médica, o de la distribución de las cargas probatorias de acuerdo con el juicio sobre la mejor posibilidad de su aporte, para acoger la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, para lo cual se puede echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño".

³¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia proferida el 27 de junio de 2012, Exp. 21.661 M.P. Mauricio Fajardo Gómez. En similar sentido consultar también: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 24 de marzo de 2011, Exp. 20.836, C.P. Enrique Gil Botero.

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

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

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

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

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

Los eventos antes señalados se rigen por un régimen de responsabilidad objetivo³² ya que poco interesa determinar si el comportamiento de la entidad fue diligente o cuidadoso, por cuanto es el riesgo asociado con el ejercicio de dichas actividades lo que produce en el plano fáctico o causal el daño antijurídico por el

³² A modo de ejemplo, en la sentencia de 19 de agosto de 2009, Exp. 17.733, M.P. Enrique Gil Botero, la Sección Tercera de esta Corporación disertó de la siguiente forma: “Así mismo, se hace claridad en que los daños derivados de: infecciones intrahospitalarias o nosocomiales, la aplicación de vacunas, el suministro de medicamentos, o el empleo de métodos terapéuticos nuevos y de consecuencias poco conocidas todavía, constituyen lesiones antijurídicas que se analizan dentro de los actos médicos y/o paramédicos, y que, por consiguiente, se rigen por protocolos científicos y por la *lex artis*; en consecuencia, si bien gravitan de manera cercana a la obligación de seguridad hospitalaria, no pueden vincularse con la misma, motivo por el que en su producción no resulta apropiado hacer referencia técnicamente a la generación de un evento adverso. Por el contrario, aquéllos constituyen daños antijurídicos que tienden a ser imputados o endilgados –y así ha sido aceptado por la mayoría de la doctrina y jurisprudencia extranjeras– desde una perspectiva objetiva de responsabilidad, razón por la que no tendrá relevancia jurídica la acreditación de que la entidad hospitalaria actuó de manera diligente o cuidadosa, sino que lo determinante es la atribución fáctica o material del daño en cabeza del servicio médico y sanitario brindado, asociado con el factor de riesgo que conllevan las mencionadas circunstancias”.

que se demanda. Sobre el particular, en sentencia del 19 de agosto de 2009 se discurió de la siguiente forma³³:

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

Asimismo, en tratándose de infecciones intrahospitalarias o nosocomiales³⁴, la Sección Tercera ha tenido la oportunidad de pronunciarse en varias ocasiones sobre el tema, al estudiar casos en los que se ha discutido la responsabilidad de la Administración por infecciones producidas en los pacientes dentro de las instituciones de salud³⁵. Sobre el particular, en sentencia del 11 de junio de 2014, precisó que,

“... para que pueda declararse la responsabilidad patrimonial del Estado por las denominadas ‘infecciones nosocomiales’, quien alega haber sufrido un perjuicio deberá acreditar que la infección que afectó a la víctima fue adquirida en el centro hospitalario o asistencial o que se produjo como consecuencia de un procedimiento médico, sin que en tal evento resulte necesario que se pruebe que la entidad demandada actuó de manera indebida o negligente; ésta última, por su parte, podrá eximirse de responsabilidad única y exclusivamente probando que la infección, para el caso que ocupa a la Sala en esta oportunidad, ocurrió como

³³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de agosto de 2009, Exp. 17.333, M.P. Enrique Gil Botero.

³⁴ Según la Organización Mundial de la Salud: “Es una infección contraída en el hospital por un paciente internado por una razón distinta de esa infección. Una infección que se presenta en un paciente internado en un hospital o en otro establecimiento de atención de salud en quien la infección no se había manifestado ni estaba en período de incubación en el momento del internado. Comprende las infecciones contraídas en el hospital, pero manifiestas después del alta hospitalaria y también las infecciones ocupacionales del personal del establecimiento”. En Organización Mundial de la Salud, Prevención de las infecciones nosocomiales, 2003, p. 2.

³⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencias del 27 de junio de 2012, Exp. 21.661 M.P. Mauricio Fajardo Gómez, y las proferidas el 11 y el 25 de junio de 2014, Expedientes 27.089 y 30.583. ver también Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de agosto de 2013, Exp. 30.283, M.P. Danilo Rojas Betancourt.

*consecuencia de una causa extraña, esto es una fuerza mayor o el hecho determinante y exclusivo de la víctima o de un tercero*³⁶.

En ese mismo sentido, respecto de la aplicación excepcional del régimen objetivo de responsabilidad en la actividad médica hospitalaria derivada de la utilización de elementos riesgosos para la integridad del paciente, con especial claridad la doctrina extranjera ha precisado lo siguiente:

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

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

“Por último, dentro de los daños causados por la cosa, podrían caer los supuestos tan comunes de olvidos en que incurren los cirujanos (oblitos quirúrgicos), en tanto éstos sean fuente de daños”³⁷ (negrillas de la Sala).

De acuerdo con lo anterior, se tiene que en aquellos eventos susceptibles de ser analizados bajo el régimen objetivo de responsabilidad, el fundamento de la objetividad dimana de la peligrosidad que es inherente al riesgo y de los efectos dañinos que de él se desprenden. Por lo tanto, no deviene relevante que la entidad pública demuestre que se comportó de manera diligente y cuidadosa y, por ello, sólo podrá exonerarse de responsabilidad si se acredita una causa extraña, esto es, una fuerza mayor o el hecho determinante y exclusivo de la víctima o de un tercero.

³⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 11 de junio de 2014, Exp. 27.089.

³⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis *“Responsabilidad Civil de los Médicos”*, Ed. Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 424 y 428.

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

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

Bajo dicha óptica, esta Sección del Consejo de Estado ha entendido que radicar en cabeza del demandante el deber de acreditar los elementos constitutivos de la falla del servicio en este tipo de casos -utilización de instrumentos peligrosos- es inadmisibles, porque sería imponerle una carga en extremo difícil para la demostración de la responsabilidad, razón por la que, con base en criterios de equidad y justicia, se ha empleado el régimen de responsabilidad objetivo de responsabilidad³⁸.

Ese mismo marco conceptual impone entender que es a la entidad demandada a quien correspondía demostrar -en este caso concreto-, mediante pruebas legales y regularmente traídas al proceso, la existencia de una causal de exoneración,

³⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de agosto de 2009, Exp. 17.333, M.P. Enrique Gil Botero.

como fuerza mayor, el hecho exclusivo de un tercero o la culpa exclusiva y determinante de la víctima, y ocurre que ninguna de estas causales eximentes de responsabilidad ha sido acreditada en el plenario.

Con fundamento en los argumentos expuestos, la Sala confirmará la sentencia apelada, esto es la proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A el 18 de diciembre de 2008, en cuanto declaró la responsabilidad del Hospital Occidental de Kennedy en este caso, pero por las razones aquí expresadas.

2.5. Respetto de la responsabilidad del llamado en garantía

Como una manifestación del principio de la responsabilidad estatal, el inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política señala que *“en el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”*.

El mandato constitucional del inciso segundo del artículo 90 C. P., encuentra hoy su desarrollo en la Ley 678 de 2001, *“por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición”* (se destaca).

Esta ley definió la repetición como una acción de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa hubiere dado lugar al reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto. La misma acción se ejercerá contra el particular que investido de una función pública hubiere ocasionado, **en forma dolosa o gravemente culposa**, la reparación patrimonial.

En ese sentido, la Sala ha explicado que para determinar la responsabilidad personal de los agentes, ex agentes estatales o particulares investidos de funciones públicas, el análisis de sus actuaciones dolosas o gravemente culposas comporta, necesariamente, el estudio de las funciones a su cargo y si respecto de ellas se presentó un incumplimiento grave³⁹. Igualmente, se requiere establecer si dicho incumplimiento fue debido a una actuación consciente y voluntaria del agente, es decir, con conocimiento de la irregularidad de su comportamiento **y con la intención de producir las consecuencias nocivas** –actuación dolosa–, o si al actuar pudo prever la irregularidad en la cual incurriría **y el daño que podría ocasionar** y aun así no lo hizo o confió imprudentemente en poder evitarlo –actuación gravemente culposa–.

Es claro entonces que se trata de establecer una responsabilidad subjetiva cualificada, en la cual juega un papel decisivo el análisis de la conducta del agente; por ello, **no cualquier equivocación**, no cualquier error de juicio, **no cualquier actuación que desconozca el ordenamiento jurídico** permitirá deducir la responsabilidad del agente, ex agente estatal o particular en ejercicio de funciones públicas y, por ello, resulta necesario comprobar la gravedad de la falla en su conducta.

En el caso *sub examine*, advierte la Sala que de las pruebas allegadas al plenario no es posible advertir irregularidad alguna en la intervención quirúrgica practicada al paciente que produjo las quemaduras en su tórax.

Así pues, reitera la Sala que del material probatorio aportado no es posible establecer que el doctor Alfonso Pallares Pérez, en su calidad de médico que atendió al entonces menor de edad Guillermo Betancourt García, hubiere actuado con dolo o culpa grave.

³⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de noviembre 27 de 2006, Exp. 23.049.

Ciertamente, a partir de tales probanzas no se pueden establecer el grado de responsabilidad que le asiste al referido llamado en garantía, pues lo cierto es que no hay elementos para determinar que fue un descuido o negligencia suya la causa de las quemaduras que sufrió el referido menor de edad.

Por consiguiente, se impone la necesidad de modificar en este punto la sentencia de primera instancia para, en su lugar, absolver al llamado en garantía, doctor Luis Alfonso Pallares Pérez.

2.6. Sobre los perjuicios morales a favor de los demandantes

Tal y como se dejó indicado en los antecedentes de esta sentencia, el Tribunal de primera instancia accedió al reconocimiento de perjuicios morales en la suma equivalente a 50 SMLMV a favor del principal afectado y de su madre, y denegó el reconocimiento a los demás demandantes dado que no acreditaron el parentesco con la víctima directa, pues allegaron los respectivos registros civiles en copia simple. Por su parte, los actores en la apelación manifestaron que las copias de los registros civiles de nacimiento que fueron allegados al proceso tenían plenos efectos probatorios, a partir de los cuales se podía inferir su parentesco y su consiguiente aflicción moral.

Ahora bien, al proceso fueron aportadas copias simples⁴⁰ de los registros civiles de Guillermo Alfonso Betancourt García, Ronald Mauricio Delgado García, William Armando Rocha García y Erika Mileidy Betancourt García, Sol Marina García Cruz y **Alfonso Betancourt Rivera**, los cuales dan cuenta de la relación de parentesco existente entre el principal afectado y quienes acudieron al proceso en calidad de **padres y hermanos**, respectivamente.

Adicionalmente, la jurisprudencia de esta Sección del Consejo de Estado ha manifestado que, en casos de lesiones personales, la simple acreditación del

⁴⁰ Se precisa que las copias simples gozan de mérito probatorio conforme a lo decidido por el pleno de la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante sentencia de 28 de agosto de 2013, Exp. 25.022, M.P. Enrique Gil Botero.

parentesco, para los eventos de perjuicios morales reclamados por abuelos, padres, hijos, hermanos y nietos, cuando alguno de estos ha sufrido un daño antijurídico, como el que se juzga en el presente caso, a partir del contenido del artículo 42 de la Carta Política⁴¹ y con base en las máximas de la experiencia, resulta suficiente para inferir que tanto el peticionario como los integrantes de su familia han padecido el perjuicio moral por cuya reparación se demanda, comoquiera que es propio de la naturaleza humana que tanto la persona injustamente afectada en su integridad como su núcleo familiar, experimente un profundo sufrimiento, temor, impotencia e inseguridad por causa de dicha situación⁴².

Con fundamento en todo lo anterior, se impone modificar en ese aspecto la sentencia apelada para, en su lugar, acceder al reconocimiento de tales perjuicios morales a los demandantes que acudieron en calidad de hermanos del principal afectado, en la suma de 7 SMLMV a favor de cada uno de ellos.

Asimismo, comoquiera que el reconocimiento de la suma de 50 SMLMV a favor de los padres ni de la víctima directa no fue objeto de apelación por ninguna de las partes, ni por el llamado en garantía, la Sala mantendrá dicho monto de la condena en atención a la garantía de la *no reformatio in pejus*.

2.7. De otra parte, comoquiera que la sentencia de primera instancia accedió al reconocimiento de perjuicios por “*daño a la vida de relación*” en la suma de 50 SMLMV a favor del principal afectado y, dado que dicho reconocimiento de indemnización de perjuicios no fue objeto de cuestionamiento alguno por las partes ni el llamado en garantía en el recurso de apelación, la Sala se limitará a modificar la sentencia de primera instancia en cuanto a la denominación de tales perjuicios, puesto que la jurisprudencia de esta Sección ha distinguido esta

⁴¹ “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. El Estado y la sociedad garantizarán la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables”.

⁴² “Una razonable aspiración de la sociedad, es que –como retribución por su obediencia a las leyes, de su sometimiento pacífico a las decisiones jurisdiccionales, de su profundo respeto a la dignidad de quienes ejercen el apostolado de la justicia– se le garantice que sus derechos no podrán ser conculcados, ni por ignorancia, ni por negligencia, ni por arbitrariedad del poder público. Allí reposa el germen de la paz social, la suprema virtud de un auténtico ordenamiento jurídico. Y cuando estos principios se olvidan, empiezan los síntomas del despotismo y la tiranía.” LONDOÑO Jiménez, Hernando “De la captura a la excarcelación”, Ed. Temis, 1974, Pág. 196 y 197.

tipología de perjuicios bajo los rótulos del **daño a la salud**⁴³ **-siempre que el daño afecte las condiciones psicofísicas de la persona-** o, bajo la afectación grave a bienes e intereses constitucional y convencionalmente amparados⁴⁴, cuando se afecte otro tipo de derechos -v.gr. libertad, honra, buen nombre, etc.-⁴⁵, por esa razón se impone modificar el ordinal 2.2. de la sentencia en ese aspecto.

2.8. Condena en costas

Comoquiera que para el momento en que se profiere este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, debido a que ninguna procedió de esa forma en el *sub lite*, no habrá lugar a su imposición.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia apelada, esto es la proferida el 18 de diciembre de 2008 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, la cual quedará así:

1°- Declarar que el Hospital Occidente de Kennedy III Nivel E.S.E. es responsable del daño ocasionado a los demandantes en hechos ocurridos el 11 de junio de 2003.

⁴³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2014, Exp. 31.170.

⁴⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2014, Exp. 32.988.

⁴⁵ Sentencia de unificación del 14 de septiembre de 2011, Exp. 19031, proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativa. M.P. Enrique Gil Botero.

2°- En consecuencia, condenar al Hospital Occidente de Kennedy III Nivel E.S.E., a pagar a favor de los demandantes, los siguientes valores:

2.1. El equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de la sentencia, por concepto de daño moral al señor Guillermo Betancourt García.

2.2. Por concepto de daño moral a favor de los señores Sol Marina García Cruz y Alfonso Betancourt Rivera, en calidad de padres del principal afectado, el equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de la sentencia, para cada uno de ellos.

2.3. Por concepto de daño moral a favor de los señores Ronald Mauricio Delgado García, William Armando Rocha García y Erika Mileidy Betancourt García, en calidad de hermanos del principal afectado, el equivalente a siete (7) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de la sentencia para cada uno de ellos.

2.4. El equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de la sentencia, por concepto de daño a la salud a favor de Guillermo Betancourt García.

3°- Absolver de responsabilidad patrimonial al médico Luis Alfonso Pallares Pérez por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

4°- Declarar probada la excepción de exclusión del amparo del riesgo de responsabilidad por daño moral propuesta por la aseguradora Seguros del Estado S.A.

SEGUNDO: DENEGAR las demás pretensiones de la demanda.

TERCERO: CÚMPLASE lo dispuesto en esta providencia, en los términos establecidos en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

CUARTO: Sin condena en costas.

QUINTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento y expídanse a la parte actora las copias auténticas con las constancias de las que trata el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA