

OBLITO QUIRURGICO - Falla en la prestación del servicio médico / FALLA MEDICA - Oblito quirúrgico / RESPONSABILIDAD MEDICA DEL ESTADO - A la paciente le dejaron una compresa en su abdomen al practicarle una cirugía / OBLITO QUIRURGICO - Definición

De las pruebas anteriormente relacionadas, se infiere, que a la señora Nilsa Milena Rosero Erazo, en la Salpingooforectomía derecha [cirugía para extirpar el ovario y la trompa de Falopio del lado derecho del cuerpo], que le practicaron el 20 de octubre de 1993, en el Hospital Eduardo Santos, le dejaron una compresa en su cavidad abdominal, la cual fue extraída el 22 de octubre del año siguiente en el Hospital Departamental de Nariño, mediante el procedimiento quirúrgico de laparotomía. Así las cosas, es evidente que la situación descrita se enmarca entre los casos de oblito quirúrgico, los cuales han sido considerados por la doctrina y la Jurisprudencia de esta Corporación, como una mala ejecución de los cuidados médicos o quirúrgicos que constituyen una culpa o falla probada, toda vez que los hechos hablan por sí solos. De conformidad con lo anterior, es evidente que el olvido de una compresa en el abdomen de la señora Nilsa Milena Rosero Erazo, durante un procedimiento quirúrgico realizado en el Hospital Eduardo Santos el 20 de octubre de 1993, constituyó por sí mismo una falla en la prestación del servicio médico. Por lo tanto, la Sala confirmará la condena impuesta al Hospital Eduardo Santos y al llamado en garantía.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el oblito quirúrgico, VAZQUEZ FERREYRA ROBERTO, Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina, 1ª edición colombiana 1993, Editorial Dike, Pág. 199 a 201.

NOTA DE RELATORIA: Acerca de situaciones donde se han dejado objetos al interior de los pacientes cuando son sometidos a intervenciones quirúrgicas, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 3 de septiembre de 1992, exp. 7221; de 3 de noviembre de 1992, exp. 7336; de 16 de marzo de 2000, expediente 11.890.

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS - Perjuicios morales / PERJUICIOS MORALES - Determinación / PERJUICIOS MORALES DERIVADOS DEL OBLITO QUIRURGICO - Procedencia

En atención a que la señora Nilsa Milena Rosero Erazo, por el oblito quirúrgico padeció intensos dolores y debió someterse a una cirugía adicional para que le extrajeran la compresa que tenía en su abdomen, con los riesgos que estos procedimientos conllevan, la Sala considera que dicha situación le produjo a ella y a sus familiares un profundo dolor y aflicción que debe ser indemnizado. Si bien en el asunto sub lite, se presume el perjuicio moral de los señores Luis Alberto y Ever Rosero Erazo, por ser hermanos de la señora Nilsa Milena Rosero Erazo, no es posible reconocerles ninguna indemnización por este concepto, pues en primer lugar, dicho aspecto no fue apelado por ninguno de éstos y en segundo término, porque la entidad condenada es apelante único y en virtud de la garantía constitucional de la no reformatio in pejus que le asiste, no puede empeorarse su situación. De la certificación anterior se observa que el dinero pagado por los actores el 23 de octubre y 9 de noviembre de 1993, corresponden a los procedimientos quirúrgicos de Salpingooforectomía derecha y legrado uterino que le practicaron a la señora Nilsa Milena Rosero Erazo en el Hospital Eduardo Santos. En consecuencia, la Sala considera que los referidos gastos médicos y hospitalarios no tienen relación alguna con el oblito quirúrgico, pues si bien se acreditó que al adelantar el procedimiento de la Salpingooforectomía derecha fue cuando se dejó la compresa en la cavidad abdominal de la señora Nilsa Rosero,

lo cierto es que ello no implica que la entidad demandada deba reintegrar a la actora lo que pagó por esta cirugía, como quiera que a pesar del oblito quirúrgico que se produjo, el procedimiento resultó exitoso, pues en éste se extrajo el quiste que tenía la demandante en el ovario derecho. Respecto al procedimiento quirúrgico de legrado uterino, está acreditado que la señora Nilsa Milena Rosero Erazo, presentaba un aborto en curso, el cual fue atendido de manera oportuna y eficiente por el Hospital Eduardo Santos, sin que pueda relacionarse éste con la compresa que tenía la paciente en su cavidad abdominal. En ese orden de ideas, la Sala revocará en este aspecto la sentencia impugnada y por lo tanto, no reconocerá indemnización alguna por perjuicios materiales en la modalidad daño emergente, como quiera que la parte actora no acreditó que incurrió en gastos médicos y hospitalarios como consecuencia directa del oblito quirúrgico.

PERJUICIOS MATERIALES - Determinación / LUCRO CESANTE - Durante la incapacidad laboral temporal de la paciente / CESACION DE LA ACTIVIDAD LABORAL - Procedencia del lucro cesante / LUCRO CESANTE - Por incapacidad temporal

En cuanto a los perjuicios materiales solicitados por concepto de lucro cesante, esto es, la suma que dejó de percibir la afectada por la incapacidad laboral resultante de su enfermedad, está claro que el daño que se indemniza en esta oportunidad, es el relacionado con las consecuencias que produjo el olvido de una compresa en el abdomen de la demandante. En efecto, contrariamente a lo decidido por el Tribunal A quo, la Sala considera que el perjuicio indemnizable es aquel proveniente de la incapacidad médica que debió guardar la señora Nilsa Milena Rosero Erazo con ocasión de la cirugía practicada el 22 de octubre de 1994, cuando le fue extraído el cuerpo extraño (compresa) de su abdomen y no aquella que le fue otorgada al momento de la primera cirugía para extraerle el quiste ovárico, así que en la primera intervención quirúrgica la incapacidad prescrita fue consecuencia normal del procedimiento médico que era indispensable adelantar para curar la patología presentada por la demandante, mientras que la incapacidad laboral que le causó la cirugía del 22 de octubre de 1994, constituyó un daño que ella no tenía por qué soportar, pues está claro que dicho procedimiento quirúrgico se produjo como consecuencia exclusiva del oblito quirúrgico que se ocasionó en la primera cirugía. Según la certificación expedida por el Tesorero Municipal de la Unión Nariño, la señora Nilsa Milena Rosero Erazo, durante el tiempo que estuvo incapacitada con ocasión de la cirugía del 22 de octubre de 1994, recibió todos los salarios que devengaba en su calidad de promotora de salud rural. La pregunta que cabe formular es si también procede el reconocimiento de la indemnización por concepto de perjuicios materiales (lucro cesante) ocasionados por la incapacidad médica que implicó para la demandante un cese en su actividad laboral. Al respecto, cabe señalar que la Sala ha considerado que, cuando se reconocen a favor del lesionado o de sus familiares los derechos laborales de carácter patrimonial, dichas sumas emanan de una relación jurídica distinta a la que aquí se reclama y cuyo origen es la vinculación laboral, mientras que la indemnización por concepto de lucro cesante solicitada en el asunto sub lite, tiene origen en el daño ocasionado por razón del oblito quirúrgico, por lo tanto, no existe justificación alguna para ordenar el descuento del valor de las prestaciones reconocidas a la actora del monto de la indemnización que se deba reconocer por el ejercicio de la acción de reparación directa. Bajo esa perspectiva, de conformidad con el dictamen médico legal visible en el folio 371 del cuaderno 2, se reconocerá a la actora las sumas que dejó de percibir durante la incapacidad laboral temporal, correspondiente a la cirugía de 22 de octubre de 1994 (Laparatomía, extracción de cuerpo extraño), la cual fue fijada en 45 días.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente (E): GLADYS AGUDELO ORDOÑEZ

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de junio de dos mil diez (2010)

Radicación número: 52001-23-31-000-1995-07008-01(18348)

Actor: NILSA MILENA ROSERO Y OTROS

Demandado: NACION-MINISTERIO DE SALUD; DEPARTAMENTO DE NARIÑO; INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE SALUD DE NARIÑO Y HOSPITAL EDUARDO SANTOS

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

Decide la Sala el recurso de apelación formulado por la parte demandada contra la sentencia de 28 de marzo de 2000, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, en la que decidió:

“PRIMERO. – Declarar probada la excepción de falta de legitimación por pasiva respecto del Instituto Departamental de Salud de Nariño, el Departamento de Nariño y el Ministerio de Salud, por lo cual, se los absuelve de toda responsabilidad en la causación de los perjuicios demandados.

“SEGUNDO. – Declarar al Hospital Regional Eduardo Santos de la Unión Nariño. Administrativa y patrimonialmente responsable de la falla médica que se dejó descrita en los considerandos de esta sentencia.

“TERCERO. – Como consecuencia de la anterior declaración, condénase al Hospital Regional EDUARDO SANTOS de la Unión Nariño, a pagar:

“A. Por concepto de perjuicios morales a la ofendida NILSA MILENA ROSERO ERAZO, una suma equivalente en moneda nacional equivalente a quinientos gramos de oro fino y, una suma equivalente en pesos colombianos a doscientos cincuenta (250) gramos del mismo metal para cada uno de los señores JOHNATAN MAURICIO MUÑOZ ROSERO, ELDER ARMANDO LOPEZ RIVAS, EXEQUIEL ROSERO MUÑOZ y CLELIA ERAZO, o a quien sus intereses represente...

“B. Por concepto de perjuicios materiales y a favor de NILSA MILENA ROSERO ERAZO, o a quien sus derechos represente, en la modalidad de daño emergente las sumas de \$85.000 que se actualizará y devengará intereses legales desde el 23 de octubre de 1993 y \$46.800 que se actualizará y devengará intereses desde el 9 de noviembre del mismo año; y la suma de \$148.050.00 que se actualizará y devengará intereses desde el 5 de diciembre de 1993. Para la actualización de estas sumas se tendrá en cuenta lo dicho por la parte motiva de este fallo.

“CUARTO.- Deniéganse las demás súplicas de la demanda.

“QUINTO. Declárase que el Médico ORLANDO RIVAS GOMEZ (Llamado en garantía) es responsable frente al Hospital Regional Eduardo Santos de la Unión – Nariño, del daño antijurídico causado a la señora NILSA MILENA ROSERO ERAZO, por haber incurrido en culpa grave en la atención quirúrgica que le prestó a la citada demandante.

“consecuencialmente, condénasele a reintegrar al Hospital Regional Eduardo Santos de la Unión – Nariño una suma equivalente al 10% de los valores que éste tiene que satisfacer con ocasión del presente fallo.”

“(…) (fls. 513 a 554 cdno. ppal.) (Mayúsculas del texto original).

I. ANTECEDENTES:

1. La demanda.

El 20 de octubre de 1995, los señores Nilsa Milena Rosero Erazo, en nombre propio y en representación de su hijo menor Johnatan Mauricio Muñoz Rosero; Elder Armando López Rivas, Exequiel Rosero Muñoz, Clelia Erazo, Luis Alberto Rosero Erazo y Ever Rosero Erazo, a través de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de reparación directa, interpusieron demanda en contra del Hospital Eduardo Santos, Departamento de Nariño, Instituto Departamental de Salud de Nariño y la Nación – Ministerio de Salud-, para que se les declarara patrimonialmente responsables de los perjuicios a ellos irrogados, con ocasión de las lesiones causadas a la señora Nilsa Milena Rosero Erazo, el 20 de octubre de 1993, en el mencionado centro hospitalario.

Como consecuencia de la anterior declaración, solicitaron que se condenara a las demandadas a pagar por concepto de perjuicios morales, el equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro, para cada uno de los demandantes; por perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante las sumas que resulten probadas en el proceso, teniendo en cuenta los ingresos económicos de la señora Nilsa Milena Rosero Erazo y el grado de incapacidad laboral que se le determine;

por daño emergente, los gastos hospitalarios, de transportes y consultas que resulten probados en el proceso y por perjuicio fisiológico la suma de \$20'000.000 para la lesionada (fls. 3 y 4 cdno. 2).

Como fundamento de sus pretensiones, los actores narraron, en síntesis, los siguientes hechos:

1.1. El 20 de octubre de 1993, la señora Nilsa Milena Rosero Erazo fue internada en el Hospital Regional Eduardo Santos del Municipio de la Unión – Nariño, donde se le practicó ese día, una cirugía denominada salpingooforectomía derecha.

1.2. Durante el mencionado procedimiento quirúrgico, los médicos encontraron que la señora Nilsa Milena Rosero Erazo tenía un quiste torcido en el ovario derecho, por lo tanto, procedieron a extraérselo y a realizar una ligadura de pidículos con la peritonización respectiva, posteriormente suturaron la incisión, sin que se presentara aparentemente complicación alguna.

1.3. El 7 de noviembre de 1993, la señora Nilsa Milena Rosero ingresó nuevamente al hospital Eduardo Santos, refiriendo dolores abdominales agudos, vómito biliar, y distensión abdominal. Luego de realizar varios exámenes, los médicos que la atendieron, diagnosticaron que se trataba de “un aborto en curso” y descartaron cualquier complicación de origen quirúrgico.

1.4. Con base en el anterior concepto clínico, le practicaron un legrado uterino, obteniendo más o menos 50 gramos de restos embrionarios no fétidos, el cirujano que hizo la intervención, reportó: “Dx posoperatorio un aborto espontáneo de 10 semanas”. Luego del procedimiento anterior, el Hospital dio de alta a la señora Nilsa Milena Rosero, indicando que la paciente presentaba buen estado general y abdomen en condiciones normales.

1.5. El 22 de octubre de 1994, la señora Nilsa Rosero fue hospitalizada en el Hospital Departamental de Nariño, con diagnóstico de absceso pélvico derecho, como quiera que los exámenes médicos y de laboratorio indicaban que presentaba una masa anexial derecha, por lo tanto, procedieron a practicarle una laparotomía, en la que le detectaron un cuerpo extraño intra epiploico, es decir un objeto en repliegue del peritoneo que une las viseras entre sí.

1.6. Con el fin de extraerle el cuerpo extraño que tenía en el epiplón, le practicaron una cirugía y el médico que la operó reportó como hallazgos lo siguiente: “Compresa dentro del plastón, epliploico intestinal con pus y compromiso de pared sigmoide ileal”. Luego, procedió a diseccionar el epiplón para liberarlo del cuerpo extraño y posteriormente suturó el intestino, lo cual reportó como un procedimiento quirúrgico exitoso.

1.7. La falla en el servicio de las entidades demandadas está demostrada, pues es evidente que no hubo diligencia y cuidado en la cirugía que le practicaron a la señora Nilsa Milena Rosero Erazo el 20 de octubre de 1993, en el Hospital Eduardo Santos, como quiera que en ésta le dejaron dentro de su cavidad abdominal una compresa (fls. 6 a 9 cdno. 2).

2. La demanda se admitió el 27 de noviembre de 1995 y notificó en debida forma a las entidades demandadas, las cuales se pronunciaron sobre la misma, en los siguientes términos:

a. Contestación del Instituto Departamental de Salud de Nariño

Manifestó que esa entidad no tenía responsabilidad jurídica alguna frente a los usuarios del Hospital Regional Eduardo Santos, como quiera que dicho instituto no colaboraba con los servicios médicos que se prestan allí.

Formuló la excepción de falta de legitimación por pasiva, toda vez que esa entidad no prestó el servicio médico que causó el daño cuyos perjuicios reclaman los actores (fls. 84 a 87 cdno. 2).

b. Contestación del Departamento de Nariño

Se opuso a las pretensiones de la demanda y señaló que esa entidad no tenía ninguna relación con los hechos esbozados en la demanda.

Manifestó que de conformidad con el Acuerdo número 006 de 1946, proferido por el Concejo Municipal de la Unión, el Hospital Eduardo Santos tiene personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, capaz de contraer obligaciones independientes del municipio y del departamento de Nariño.

Finalmente, propuso la excepción de falta de legitimación por pasiva, toda vez que esa entidad no participó en los procedimientos médicos que se le practicaron a la demandante y porque los actos, hechos u operaciones administrativas que realice el Hospital Eduardo Santos son de su exclusiva responsabilidad (fls. 93 a 104 cdno. 2).

c. Contestación del Hospital Eduardo Santos

Se opuso a las pretensiones de la demanda y manifestó que la atención médica que le brindó a la señora Nilsa Milena Rosero Erazo, fue eficiente y oportuna, pues la intervención quirúrgica que se le practicó no tuvo complicación alguna.

Señaló que como en el Hospital Departamental de Nariño le practicaron otra cirugía a la demandante, no podía establecerse si los perjuicios se causaron en esa operación o en la intervención realizada en el 20 de octubre de 1993 en el Hospital Eduardo Santos.

Indicó que el procedimiento quirúrgico que se le practicó en ese hospital se hizo bajo responsabilidad de la paciente y que no existió ninguna falla en la prestación del servicio médico, pues de haberse quedado la compresa en la primera cirugía, sus consecuencias no se hubieran manifestado al cabo de un año.

Sostuvo que no existe nexo causal entre la operación que se le practicó a la demandante en el Hospital Eduardo Santos y los presuntos daños que se reclaman, pues la compresa que se le extrajo no tiene relación alguna con la cirugía que se le practicó en ese centro hospitalario.

Finalmente, formuló la excepción de caducidad de la acción, pues en su criterio, la demanda se presentó el 20 de octubre de 1995 y se notificó el 28 de agosto de 1996. (fls. 115 a 120 cdno. 2).

d. Contestación del Ministerio de Salud

Se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló la excepción de falta de legitimación por pasiva, pues consideró que si bien esa entidad vigilaba y

controlaba las políticas generales de salud, lo cierto es que ésta no prestaba servicios médicos.

Sostuvo, que las actuaciones de los médicos, enfermeras y auxiliares de los hospitales del orden nacional son completamente diferentes a las realizadas por el Ministerio de la Salud, por lo tanto, de declararse que existió responsabilidad por los hechos demandados, ésta debía atribuirse a las personas que causaron el daño (fls. 126 a 132 cdno 2)

3. El Agente del Ministerio Público y el Departamento de Nariño llamaron en garantía al doctor Orlando Rivas, por ser éste quien operó a la señora Nilsa Milena Rosero Erazo, el 20 de octubre de 1993 en el Hospital Eduardo Santos (fls. 64 a 66 y 90 a 92 cdno. 2)

4. En auto de 17 de noviembre de 1996, el Tribunal Administrativo de Nariño aceptó el llamamiento en garantía formulado contra el doctor Orlando Rivas, quien fue notificado de esa providencia el 4 de diciembre siguiente (fl. 154 cdn. 2) dando contestación de la demanda extemporáneamente, tal como se observa en el informe secretarial que obra en el folio 155 del cuaderno 2.

5. Vencido el período probatorio y fracasada la audiencia de conciliación, el 30 de septiembre de 1999, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio de Público para que rindiera concepto (fl. 474 cdno.2).

La parte actora manifestó que estaba demostrado que el equipo médico que practicó la cirugía de extirpación del ovario, actuó sin diligencia y cuidado, como quiera que no observó las precauciones mínimas exigidas para realizar este tipo de procedimientos, toda vez que no revisó rigurosamente el instrumental quirúrgico que se utilizó en dicha intervención.

Sostuvo que el daño padecido por la demandante durante un año le causó perjuicios físicos y morales, pues debió someterse a otra cirugía mucho más complicada y la incisión que le hicieron para extraerle el cuerpo extraño le produjo una cicatriz ostensible en la parte baja del abdomen.

Finalmente, agregó que no existe ningún eximente de responsabilidad, y que la falla del servicio estaba plenamente acreditada, pues el olvido y negligencia

que los médicos tuvieron en la cirugía, era suficiente para estructurar la responsabilidad de la Administración (fls. 482 a 487 cdno. 2).

El Ministerio de Salud, reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y agregó que de los perjuicios reclamados en la demanda, surgieron de unos servicios médico asistenciales, los cuales de acuerdo a lo demostrado en el proceso no fueron prestados por esa entidad (fls. 466 a 471 cdno. 2)

El llamado en garantía manifestó que el cuerpo médico que participó en la cirugía que se le practicó a la actora, puso toda su dedicación y capacidad científica, por lo tanto, no existió ninguna falla en la prestación del servicio médico, pues según la jurisprudencia del Consejo de Estado, las actuaciones del médico son de medio y no de resultado.

Sostuvo que la presunta compresa que se dijo haberse extraído del cuerpo de la señora Nilsa Rosero Erazo, tiene un proceso de degradación rápido y que el organismo humano, por su formación morfológica, no era capaz de retenerla por más de un año.

Indicó que la operación que se le practicó en el Hospital Eduardo Santos no tiene relación alguna con la compresa que se le extrajo a la demandante, pues ni siquiera se tiene certeza sobre el origen de ese elemento quirúrgico.

Por último, agregó que la demandante no sufrió perjuicios materiales por lucro cesante, pues fue contratada para trabajar como promotora rural de salud en el Municipio de la Unión, desde el 1º de agosto de 1994, es decir ocho meses después de ser operada (fls. 475 a 481 cdno. 2).

El Ministerio Público, en su concepto, luego de transcribir varias sentencias del Consejo de Estado, señaló que las obligaciones de los médicos son de medio y no de resultado, por lo tanto, solicitó que se negaran las pretensiones de la demanda, toda vez que si bien se acreditó que la actora sufrió un daño durante una cirugía, lo cierto es que no se demostró la participación negligente y descuidada de los médicos que adelantaron el procedimiento quirúrgico (fls. 490 a 499 cdno. 2)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

En sentencia de 28 de marzo de 2000, el Tribunal Administrativo de Nariño, declaró probada la excepción de falta de legitimación por pasiva respecto del Instituto Departamental de Salud de Nariño, el Departamento de Nariño y el Ministerio de Salud y declaró la responsabilidad patrimonial del Hospital Eduardo Santos, en los términos transcritos al inicio de esta providencia.

Entre otros aspectos, el *a quo*, puntualizó:

“El análisis probatorio anterior, muestra que el Hospital demandado incurrió en una falla del servicio al prestar la atención médica a la señora Nilsa Milena Rosero Erazo, por cuanto al intervenirla quirúrgicamente no observó la debida diligencia ocasionándole un daño antijurídico consistente en haberle dejado en su cavidad abdominal una compresa que allí permaneció por un lapso superior a un año hasta que le fue extraída en el Hospital Departamental de Nariño, ubicado en la ciudad de Pasto, el que si bien no le dejó secuelas de carácter permanente conforme al dictamen médico legal glosado a fs. 371 del expediente, si se le irrogó perjuicios de todo orden en vista que continuó padeciendo quebrantos de salud derivados de la presencia de ese elemento extraño en su cuerpo que dieron lugar a dos nuevas intervenciones quirúrgicas y la obligaron a buscar atención médica particular. Dicha falla, por consiguiente, compromete la responsabilidad patrimonial de la entidad de salud demandada y viabiliza los pedimentos de la demanda.

(...)

“De conformidad con el dictamen médico visible a fs. 371 del expediente, se reconocerán a la ofendida los valores que dejó de percibir durante la incapacidad laboral temporal, correspondiente a la primera cirugía, fijada en 45 días, con base en el salario mínimo diario vigente en el mes de octubre de 1993, esto es, \$3.290.000 (Decreto 2548 de 1993).

“Efectuada la operación matemática correspondiente arroja un valor de \$148.050, que se causaron el 5 de diciembre de 1993, o sea, 45 días después de la fecha de la primera intervención quirúrgica.

“Al momento de la cancelación de la suma anterior por parte de la entidad demandada deberá actualizarse desde la fecha señalada, con base en los índices de precios al consumidor y aplicando la fórmula antes indicada. Igualmente se cancelarán los intereses legales causados en el mismo lapso. (fls. 547 a 549 cdno. 1).

Respecto al llamado en garantía, doctor Orlando Rivas Gómez, el *a quo* señaló que éste actuó con culpa grave en el procedimiento quirúrgico que originó los perjuicios cuya reparación debía pagar la entidad demandada, por lo tanto, lo condenó a pagar al Hospital Eduardo Santos, el 10% de lo que esa entidad debía pagar a los demandantes como indemnización (fl. 389 cdno. 1).

Recurso de Apelación

Inconforme con la decisión anterior, el Hospital Eduardo Santos formuló recurso de apelación en el que reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y manifestó que según el dictamen médico, la lesión que sufrió la señora Nilsa Milena Rosero no le produjo a ésta ningún daño, como quiera que le extrajeron la compresa sin que le quedara secuela alguna.

El cuerpo extraño que se le dejó a la actora en la cavidad abdominal no fue culpa exclusiva del cirujano ni del hospital, pues en el procedimiento quirúrgico que se le practicó el 20 de octubre de 1993 intervinieron varias personas.

Manifestó que no estaba demostrado el daño, por cuanto la demandante no sufrió ningún detrimento patrimonial, por el contrario, ésta tiene una buena situación económica, toda vez que es dueña de un billar y trabajó como promotora de salud en el Municipio de La Unión desde el 1º de agosto de 1994.

Agregó que la demandante, de manera libre y voluntaria asumió los riesgos y responsabilidades que el procedimiento quirúrgico implicaba y que los supuestos daños irrogados por la compresa no fueron causados por ese centro hospitalario.

Finalmente, sostuvo que no se debían reconocer perjuicios morales a favor de los actores, toda vez que los procedimientos quirúrgicos que le practicaron a la señora Nilsa Milena Rosero Erazo no le afectaron sus órganos de reproducción, tal como lo indicó el dictamen pericial (fls. 562 a 566 cdno.1).

III. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA:

El recurso de apelación fue concedido por el a quo el 13 de abril de 2000 y se admitió en esta corporación el 30 de junio del mismo año (fls. 558 y 568 cdno. 1). En el traslado para alegar de conclusión, la partes y el Ministerio Público guardaron silencio, según el informe secretarial que obra a folio 571 del cuaderno uno.

IV. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites propios de la segunda instancia, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el

recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 28 de marzo de 2000, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño.

Para el efecto, se procederá a estudiar, de acuerdo con las pruebas obrantes en el proceso, si el Hospital Eduardo Santos y el llamado en garantía, son responsables por los perjuicios causados a los actores, con ocasión de la falla en el servicio en la atención médica que se le prestó a la señora Nilsa Milena Rosero Erazo, el 20 de octubre de 1993, en el Hospital Eduardo Santos del Municipio de la Unión – Nariño.

Con fundamento en las pruebas practicadas en el proceso, se encuentran demostrados los siguientes hechos:

1. Según la historia clínica que obra en el proceso en copia auténtica, el 20 de octubre de 1993, la señora Nilsa Milena Rosero Erazo, acudió al servicio de urgencias del Hospital Eduardo Santos de La Unión –Nariño -, porque presentaba un fuerte dolor en el flanco derecho del abdomen.

Luego de ser examinada por el Dr. Orlando Rivas, éste ordenó que se le practicaran unos exámenes de laboratorio y que se hospitalizara con diagnóstico de apendicitis.

En las notas de enfermería, se consignó:

“7:45: Recibo paciente en sala despierta consciente con LEV permeables RINGER (300) TA: 120/60 P.84 R: Normal. Realizó limpieza Dr. Rodríguez admon. Anestecia Raquídea, luego limpió área Qx y **proceden abrir planos Qx (piel, tcs, peritoneo) en cavidad inguinal derecha, ubican apéndice normal, se expone ovario derecho y se encuentra Quiste de +/- 10 x 10 se extirpa y proceden a realizar hemostasia de vasos sangrantes...** continúa el Dr. Rivas saturando diferentes planos. Pte no asimila anestesia. Terminan de suturar sin complicación... (fls. 245 cdno. 2) (Resalta la Sala)

2. En el informe de la intervención quirúrgica que se le practicó a la señora Nilsa Milena Rosero Erazo, el 20 de octubre de 1993, en el Hospital Eduardo Santos se consignó:

“Fecha: 20- X-93

“Cirujano: Dr. Rivas

“Diagnóstico Pre-Operatorio: Apendicitis Aguda

“Diagnóstico Pos- Operatorio: Quiste torcido de Ovario Derecho

“Nombre de la Intervención Quirúrgica: Salpingooforectomía derecha

“REPORTE POS- OPERATORIO

“HALLAZGOS: Quiste Torcido de ovario derecho
Apendice normal

“PROCEDIMIENTO: - Asepsia –Antisepsia
- (ilegible)
-Disección
- Identificación, aislamiento, insección, corte
ligadura de pedículo
- Extracción de quiste
- cierre por plan (ilegible) piel
- Sin complicaciones (fl. 57 cdno. 1)

3. Según la lista que allegó al proceso el Hospital Eduardo Santos, el personal médico y paramédico que participó en la cirugía que se le practicó a la señora Nilsa Milena Rosero Erazo el 20 de octubre de 1993, fue:

GLADYS MUÑOZ DE VIVIEROS	Auxiliar de Enfermería
JENNY ISABEL ERAZO R.	Auxiliar de Enfermería
DR. ORLANDO RIVAS GÓMEZ	Coordinador Técnico
DR. JOSE G. RODRIGUEZ R.	Médico Servicio Social Obligatorio
GLADIS GÓMEZ DE EREZO	Auxiliar de Enfermería
LIC. MARIA MERCEDES CABRERA	Enfermera en Servicio Social

Obligatorio 2. El

4. El quiste extraído a la señora Nilsa Milena Rosero Erazo, fue enviado a la unidad de patología del Hospital Departamental de Nariño, quien en el informe de 28 de octubre de 1993, indicó:

“Material Remitido: Quiste de ovario derecho
“Médico solicitante: Dr. Orlando Rivas

“Descripción Macroscópica: Formación Quística de 12x9x7 cms. pesa, 305 grs. Delimitado por una cápsula de color rojo vinoso y grisáceo, Al corte se observa una cavidad ocupada por material gelatinoso y grumoso con abundantes pelos (sic)

“Descripción Microscópica: Pared capsular que muestra haces fusiformes paralelos, con vasos venosos. Se observa estructuras epiteliales, escamosos y glandulares.

“Diagnostico: TERATOMA QUISTICO BENIGNO O DE OVARIO. (fl. 234 cdno.2)

5. El 7 de noviembre de 1993, la señora Nilsa Milena Rosero Erazo, ingresó al Hospital Eduardo Santos, refiriendo intensos dolores estomacales, en su historia clínica se consignó:

“M.C. Dolor de Estómago

“E. A. Desde hace 5 días viene presentando dolor abdominal tipo (ilegible) el cual se intensifica desde hace 12 horas, acompañándose de vómito biliar, distensión abdominal y ausencia y eliminación de flujos; no tiene antecedentes personales, hace 22 días se le extrajo un quiste de ovario derecho, procedimiento sin complicaciones.

“Sin más antecedentes de importancia.

“EX. Físico: “Abdomen: distensión moderada, dolor a la palpación superficial en (ilegible) FID y flanco derecho, donde también hay matidez, blumberg positivo en la misma área, movimientos intestinales aumentados que concomitan con el dolor.

“E.V. T.V. útero aumentado de forma (se dificulta su valor por el dolor de la paciente), orificios abiertos, sangrado vaginal, difícil valoración por el dolor

“iDX. 1) Dolor abdominal a estudio
2) Obstrucción intestinal
3) Absceso intrabdominal
4) Dismenorrea

“Paciente hospitalizada con DX. De abdomen agudo a estudio. SS. CH. Pde O RX simple de abdomen, se hidrata

“09:00 horas RX. Placa abdominal simple compatible con íleo reflejo, la paciente ha mejorado obstensiblemente...

“Se realiza T.V. encontrándose útero aumentado de tamaño, orificios abiertos, se hace Dx. de aborto en curso. Se descarta complicación quirúrgica.

“Nov. 8 -93 - 09:00 h: Paciente en buenas condiciones generales, afebril, hidratada, abdomen blando... se prepara para legrado uterino.

“14:00 hs. Se practica legrado uterino, obteniéndose +/- 50 gramos de restos embrionarios no fetidos, procedimiento sin complicaciones.

“conclusión: Aborto espontáneo de 10 sem.

“Nov. 9 -93: Paciente en buen estado general, abdomen C.N. G.C. escaso sangrado vaginal CX. Salida. (fls. 224 y 225 cdno. 2).

6. El 20 de octubre de 1994, la señora Nilsa Milena Rosero Erazo, acudió al Hospital Departamental de Nariño, porque padecía un intenso dolor estomacal. En la Epicrisis, se consignó:

“INGRESO: 20- X-94

“EGRESO: 28 X-94

“MOTIVO DE CONSULTA: Llenura –dolor hipogastrica – fiebre

“EXAMEN FISICO: Abdomen globulosos –blumberg (+) – masa en FID MOVIL DURA dolorosa.

“DIAGNOSTICO DE INGRESO: Absceso pélvico derecho

“HALLAZGOS EN LABORATORIO (Positivos): ECOGRAF: masa anexial derecha

PATOLOG: Infiltrados granulomatosos gigantocelulares.

“TIPO CIRUGIA: **1. Laparatomía**
2. Extracción de cuerpo extraño
3. Desbridamiento

“DX. DEFINITIVOS: **1. Cuerpo extraño – intrapélvico**

“TRATAMIENTO: Quirúrgico – Antibióticos (fl. 46 cdno. 2) (Resalta la Sala)

7. En el informe de la cirugía que le practicaron a la señora Nilsa Milena Rosero Erazo, el 22 de octubre de 1994, en el Hospital Departamental de Nariño, se consignó:

“Diagnóstico operatorio: **Cuerpo extraño intraepiploico**

“Operación practicada: **Extracción cuerpo extraño**, desbridamiento y sutura de áreas (ilegible) l. delgado.

Incisión. Mediana Infraumbilical

DESCRIPCIÓN DE LA INTERVENCIÓN. (Hallazgos – Procedimientos –Suturas)

“**Compresa dentro de plastrón epiploico intestinal con pus** - compromiso de pared sigmoide ileal.

“Resección de epiplón – **extracción de cuerpo extraño** – se sutura intestino previo desbridamiento en una (ilegible) fragmento ileal... (fl. 47 cdno. 2) (Resalta la Sala)

8. El doctor Cristian Gómez, médico que practicó la cirugía en la que se le extrajo a la señora Nilsa Milena Rosero la compresa que tenía en la cavidad abdominal, en su declaración rendida ante el Tribunal Administrativo de Nariño, señaló:

“Enterado del objeto de su declaración, respondió: “Esta situación es tan escasa de encontrar, recuerdo en forma muy clara cuando se realizan las primeras consultas de urgencias con los respectivos exámenes de laboratorio realizándose un diagnóstico de abdomen quirúrgico y llevándose a cirugía, con el antecedente de haber presentado cirugía previa en la Unión [Hospital Eduardo Santos de la Unión – Nariño], se realiza el acto quirúrgico **encontrándose en la laparotomía material extraño a su cavidad abdominal** rodeado de epiplón y de viseras intestinales delgadas y el colon. Se procede a realizar su liberación y a realizar drenaje con las respectivas reparaciones intestinales. En el procedimiento se encontró además, órganos pélvicos en donde existía recesión a nivel de ovario derecho bien saturado y con adecuada cicatrización y el resto de órganos normales. PREGUNTADO POR EL DESPACHO. Díganos cual pudo haber sido la causa para que se presente ese cuerpo extraño en la cavidad abdominal de la paciente. Contesto. Cuando no se es propiamente el cirujano que ha hecho la primera intervención se puede decir dos cosas: o lo primero olvidado, segundo, en muchas oportunidades se hace necesario dejar compresa intraabdominal para comprimir sangrado, en cuyo caso se hace necesario extraerla nuevamente. PREGUNTADO POR EL DESPACHO. En el segundo de los eventos que usted ha mencionado, debe consignarse esa circunstancia en la historia clínica. CONTESTO. Efectivamente. PREGUNTADO POR EL DESPACHO. Tuvo usted conocimiento del material de que se encontraba compuesto el cuerpo extraño que se extrajo a la paciente. CONTESTO. Si, **el mencionado cuerpo extraño era una compresa la cual está formada por hilo en su totalidad**, las dimensiones difíciles de recordarlas dado que el empastramiento o sea, cuando ese material está rodeado de intestino y de epiplón hace que se dificulte el poder estirarlo por su deterioro....

“PREGUNTADO. Manifieste al Despacho que causas o lesiones quirúrgicas pueden producir un cuerpo extraño, que en este caso al ser encontrado en la cavidad abdominal, referente al órgano de la reproducción. CONTESTO. En la cirugía no se encontró alteración en la trompa ni en el ovario izquierdo que fuese causal de alteración por ese motivo para su fertilidad, no produjo ningún efecto el hecho de dejar la compresa con la facultad de reproducción. PREGUNTADO. Manifieste al Despacho quien es la persona o las personas encargadas de realizar los recuentos de las compresas una vez se haya finalizado la intervención quirúrgica. CONTESTO. Es una obligación por parte de todo el personal que tiene la responsabilidad con el paciente de hacer que esta labor se realice. Generalmente es la circulante auxiliar de enfermería la que realiza dicho recuento. PREGUNTADO. Manifieste Al Despacho en que situaciones laborales o psicológicas se puede afectar el hecho de encontrarse una compresa en un ser humano internamente. CONTESTO. Las consecuencias pueden ser desde mayúsculas como puede ser la muerte. Así como consecuencias leves que no tengan ninguna alteración para su vida futura como en este caso PREGUNTADO. En el caso en comento manifieste al Despacho que clase de perjuicios sufrió la señora NILSA MILENA ROSERO

ERAZO, según su criterio científico. CONTESTO. En sus controles que se le han realizado a través de la consulta externa no se ha observado ninguna alteración de tipo funcional. Potencialmente cualquier laparotomía puede estar en condiciones de realizar complicaciones hacia el futuro tales como adherencias intestinales, etc, situaciones estas que no se han presentado en la mencionada paciente. Diferente a sus días de permanencia intrahospitalaria no se puede medir otra alteración desde su última intervención. (fls. 304 a 308 cdno. 2) (Resalta la Sala).

9. Los peritos médicos, Dr. Rigoberto Dávila y Germán Velásquez, en el dictamen pericial de 14 de julio de 1997, señalaron:

“Después de leer y analizar el proceso 7008 propuesto por la señora NILSA MILENA ROSERO ERAZO, en base (sic) en hechos sucedidos entre octubre de 1993 y octubre de 1994, podemos decir en forma justa y científica lo siguiente:

“1. Se trata de una cirugía de urgencia (Quiste Torcido de Ovario Derecho). A posteriori no es fácil criticar una cirugía, sin embargo sabemos por documentos escritos que están en el proceso que la señora quedó bien del acto quirúrgico como tal. Hay que anotar que un quiste de ovario torcido si no se opera es mortal.

“2. Cada vez es menos frecuente que una compresa se quede en una cavidad abdominal, sin embargo sigue siendo un problema en todos los quirófanos del mundo, hasta el punto de que en algunos han recurrido a utilizar material radio opaco, y en otros se utilizan conteo por computador; en otros utilizan tiras o pedazos de tela amarrados a la compresa para que se estén por fuera de la cavidad.

“3. La responsabilidad de dejar un cuerpo extraño, en este caso una compresa en la cavidad abdominal no es culpabilidad directa del cirujano (y menos en una cirugía de urgencia) puesto que en un acto quirúrgico intervine todo un equipo de personas.

“4. Por efectos colaterales de la cirugía la señora no queda infértil.

Hacemos esta afirmación en base (sic) al informe del cirujano que la intervino por segunda vez, (creemos en el cirujano y además es de gran experiencia) cuando se dice que el sitio de la cirugía estaba bien cicatrizado y que la trompa del ovario izquierdo estaban normales, o sea que la cirugía y su complicación no afecta su fertilidad.

“5. Es necesario, para tener un juicio claro de lo sucedido, colocarse en la circunstancia en que se desarrolla el acto médico: Una cirugía de urgencia, de que con seguridad depende la vida o muerte del paciente, efectuado en el medio rural con todos los problemas que esto implica, donde los médicos y las enfermeras deben hacer su función y además reemplazar a las máquinas de que normalmente dependen los quirófanos de los hospitales de mayor nivel: Es decir,

donde la labor médica tiene que multiplicarse; logrando, finalmente, salvar la vida de la paciente sin dejarle secuelas de ningún tipo y sin ningún perjuicio de su fertilidad (fls. 325 a 326 cdno. 2).

10. En el reconocimiento médico legal que se le hizo a la señora Nilsa Milena Rosero Erazo, el 8 de septiembre de 1997, con el fin de determinar su incapacidad laboral, el Instituto Nacional de Medicina Legal, Seccional Nariño, indicó:

“Historia Laboral: Se ha desempeñado en varios cargos como auxiliar en la Alcaldía de la Unión (Nariño). Desde hace tres años y medio trabaja como promotora de salud en la vereda de la Caldera del Municipio de la Unión.

“Examen Físico: Presenta cicatriz deprimida, norocrómica, ostensible de 7x1 cm vertical, localizada en la línea media del abdomen, infraumbilical.

“Valoración de la incapacidad Laboral: Teniendo en cuenta la labor que desarrollaba la examinada al momento de ser intervenida quirúrgicamente, y con fundamento en el Decreto 692 de 1995, Manual Único de Calificación de Invalidez, se establece que la examinada amerita para la primera cirugía, una incapacidad laboral temporal de 45 (cuarenta y cinco) días. Para la segunda cirugía, amerita una incapacidad laboral temporal de 45 (cuarenta y cinco) días. (fl. 371 cdno. 2)

De las pruebas anteriormente relacionadas, se infiere, que a la señora Nilsa Milena Rosero Erazo, en la Salpingooforectomía derecha¹, que le practicaron el 20 de octubre de 1993, en el Hospital Eduardo Santos, le dejaron una compresa en su cavidad abdominal, la cual fue extraída el 22 de octubre del año siguiente en el Hospital Departamental de Nariño, mediante el procedimiento quirúrgico de laparotomía.

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

Sobre el oblito quirúrgico, la doctrina ha señalado:

"Entendemos por oblito quirúrgico aquellos casos en los cuales con

¹ Cirugía para extirpar el ovario y la trompa de Falopio del lado derecho del cuerpo.

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 reiterada³.

“Bueres, en la primera edición de su clásica obra sobre responsabilidad de los médicos, recordaba que en Francia originariamente los tribunales admitieron, en ciertos casos, la exoneración de la responsabilidad médica, partiendo de la base de que en el estado en que se encontraba la cirugía no resultaba factible utilizar procedimientos infalibles para evitar este tipo de accidentes, pero luego la justicia se fue mostrando cada vez más severa en situaciones de esta índole, por entender que existen mecanismos adecuados a fin de evitar los olvidos⁴.

“Respecto a la frecuencia de este tipo de olvidos, en un fallo, con cita de un tratado de medicina legal se ha dicho que "... lo que acabamos de manifestar no es una exención de culpa para todos los casos de olvidos de gasas. Hay casos en que el olvido será un error, pero hay otros, y los hemos visto en nuestra práctica, que son indiscutibles casos de responsabilidad médica, por la impericia, la imprudencia o la negligencia demostrada por el médico tanto durante la intervención quirúrgica como después, durante el postoperatorio, frente a la sintomatología del paciente progresivamente agravada sin aparente causa, y en donde el todo arrancaba no sólo de la existencia de una gasa o compresa olvidada sino, y en grado más importante aún, en no haberse preocupado por esclarecer las causas de esa deficiente evolución y en no haber llevado a cabo, en última instancia, una reintervención para aclarar el porqué de esa evolución atípica..."².

Así mismo, en situaciones donde se han dejado objetos al interior de los pacientes cuando son sometidos a intervenciones quirúrgicas, la Sala, en sentencias de 3 de septiembre de 1992, expediente N° 7221³, y de 3 de noviembre de 1992, expediente N° 7336⁴, señaló:

³ Adosrno - Garrido, El art. 1113 del Cód. Civil. Comentado. Anotado, cit., p. 252 y ss.; Bueres, Responsabilidad civil de los médicos, cit., p. 244; Mosset Iturraspe - Lorenzetti, Contratos médicos, cit., p. 199; Trigo Represas, Félix, Responsabilidad civil de los médicos por el empleo de las cosas inanimadas en el ejercicio de la profesión, LL, 1981-B-777 y siguientes.

⁴ Bueres, Responsabilidad civil de los médicos, cit., p. 244 - 245.

² VAZQUEZ FERREYRA ROBERTO, Dalos y perjuicios en el ejercicio de la medicina, 1ª edición colombiana 1993, Editorial Dike, Pág. 199 a 201.

³ Consejero Ponente doctor Julio Cesar Uribe Acosta, actor: Luz Marina Ramírez Rios.

⁴ Consejero Ponente doctor Daniel Suárez Hernández, actor: Gloria Inés Cadavid de Vargas.

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

"Sobre el particular, encuentra la Sala que las entidades demandadas en ningún momento desvirtuaron la negligencia que predicen los actores, la cual tuvo lugar en la cirugía de la víctima al dejar dentro de su humanidad cuerpos extraños "*gasas y agujas*" (fl. 28 cdno. Ppal), que dieron lugar a una peritonitis abdominal, shock séptico, insuficiencia renal aguda y trombolismo pulmonar (fl. 5 cdno ppal).

"Afirmación que se corrobora con el testimonio del doctor Carlos Escobar Gónima, ginecólogo del Hospital Universitario San Vicente de Paúl de Medellín, quien atendió de urgencia a la paciente en esa institución cuando fue remitida por el hospital San Juan de Dios de Yarumal, y el cuál manifestó que aquella:

"...ingreso al servicio de urgencias de ginecología en malas condiciones y a quien se le encontró hallazgos pulmonares y una masa abdominal. El diagnóstico de quien la ingresó que fui yo, fueron tres diagnósticos: un hematoma abdominal por anticoagulación o "souvenir" que es el nombre que damos a un cuerpo extraño y una sepsis o infección generalizada. La señora ese mismo día en las horas de la noche, fue intervenida quirúrgicamente, encontrándose un cuerpo extraño en el abdomen. La cirugía fue la extracción de la gasa y una recepción intestinal y de colón izquierdo y lavado de la cavidad" (Subraya la Sala, fls. 155 y 156 cdno. ppal)."⁵

En ese mismo sentido, la Sala en pronunciamiento de 8 de julio de 2009, indicó:

"Como quiera que está demostrado el olvido de una gasa en el cuello del paciente que obligó a una intervención quirúrgica para extraerla, y también está claro que este hecho constituye una falla, la Sala condenará a las entidades demandadas a pagar la indemnización respectiva por este daño⁶.

De conformidad con lo anterior, es evidente que el olvido de una compresa en el abdomen de la señora Nilsa Milena Rosero Erazo, durante un procedimiento quirúrgico realizado en el Hospital Eduardo Santos el 20 de octubre de 1993, constituyó por sí mismo una falla en la prestación del servicio médico. Por lo tanto,

⁵ Sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado proferida el 16 de marzo de 2000, expediente 11.890.

la Sala confirmará la condena impuesta al Hospital Eduardo Santos y al llamado en garantía.

INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

Perjuicios Morales.

Con ocasión del oblitio quirúrgico que padeció la señora Nilsa Milena Rosero, concurrieron al proceso, su hijo: Johnatan Mauricio Muñoz, su compañero permanente: Elder Armando López Rivas, sus padres: Clelia Erazo y Exequiel Rosero Muñoz y sus hermanos Luís Alberto y Ever Rosero Erazo, según se desprende de la demanda y del poder debidamente conferido a su apoderado judicial (fls. 1 a 36 cdno. 2).

Los actores solicitaron, por concepto de perjuicios morales una suma equivalente en pesos, a 1.000 gramos de oro, para cada uno de ellos. Por su parte, el Tribunal condenó a la demandada a pagar, una suma equivalente, en pesos, a 500 gramos de oro en favor de Nilsa Milena Rosero Erazo, y 250 gramos de oro para Johnatan Mauricio Muñoz Rosero, Elder Armando López Rivas, Exequiel Rosero Muñoz y Clelia Erazo, respectivamente.

En cuanto a los señores Luis Alberto y Ever Rosero Erazo, el a quo no les reconoció indemnización alguna por este concepto, pues consideró que no acreditaron que entre éstos y la víctima existía una relación de cariño y afecto.

Según los registros civiles de nacimiento, expedidos por el Notario Único del Circuito de la Unión Nariño, se encuentra acreditado que Jhonatan Mauricio Muñoz Rosero es hijo de la señora Nilsa Milena Rosero Erazo, que Clelia Erazo y Exequiel Rosero Erazo son sus padres y que los señores Luis Alberto y Ever Rosero Erazo son sus hermanos (fls. 37 a 41 cdno. 2)

Así mismo, está demostrado que Elder Armando López Rivas es compañero permanente de Nilsa Milena Rosero Erazo, según las declaraciones de los señores Rubiela Muñoz Lasso, Piedad Amparo Yépez Santacruz, Floralba Narváez Erazo, Fideslinda Rosero, Gerardo Santacruz y Carmen Celina Martínez

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 8 de julio de 2009, expediente: 16.451. Actor: Héctor Fabián Flores Morales y otros.

Urbano, rendidas ante el Tribunal Administrativo de Nariño (fls. 351, 353, 356, 357, 361 y 363 cdno. 2).

Según la jurisprudencia de la Sala, en los eventos en los que una persona fallece o sufre una lesión y ésta es imputable al Estado, ello puede desencadenar la indemnización de perjuicios morales, de tal manera que las personas que se sientan perjudicadas por dicha situación y hagan parte del núcleo familiar mas cercano, pueden reclamar la indemnización de estos perjuicios acreditando el parentesco con la víctima directa del daño, pues éste permite presumir el perjuicio sufrido, siempre que no hubieren pruebas que indiquen o demuestren lo contrario.

Respecto de la cuantía de la indemnización de este perjuicio inmaterial, debe recordarse que, de conformidad con lo expresado en sentencia del 6 de septiembre de 2001, esta Sala abandonó el criterio según el cual se estimaba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980, para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicios morales; así que ha considerado, que la valoración de dicho perjuicio debe ser hecha por el juzgador, en cada caso concreto, según su prudente juicio y se ha sugerido la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado de intensidad⁷.

En atención a que la señora Nilsa Milena Rosero Erazo, por el oblitio quirúrgico padeció intensos dolores y debió someterse a una cirugía adicional para que le extrajeran la compresa que tenía en su abdomen, con los riesgos que estos procedimientos conllevan, la Sala considera que dicha situación le produjo a ella y a sus familiares un profundo dolor y aflicción que debe ser indemnizado.

Si bien en el asunto sub lite, se presume el perjuicio moral de los señores Luis Alberto y Ever Rosero Erazo, por ser hermanos de la señora Nilsa Milena Rosero Erazo, no es posible reconocerles ninguna indemnización por este concepto, pues en primer lugar, dicho aspecto no fue apelado por ninguno de éstos y en segundo término, porque la entidad condenada es apelante único y en virtud de la garantía constitucional de la no *reformatio in pejus* que le asiste, no

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente 13.232-15.646, actor: Belén González y otros

puede empeorarse su situación⁸.

Por consiguiente, la Sala confirmará la condena impuesta por el Tribunal, pero ordenará que la tasación de este perjuicio no se efectúe con base en el valor del gramo oro, sino que se liquide con base en el monto del salario mínimo mensual legal vigente para la fecha en que se dicte esta sentencia.

En ese orden de ideas, la Sala condenará a la entidad demandada, a pagar, por concepto de perjuicios morales, la suma de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, en favor de Nilsa Milena Rosero Erazo y la suma de 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes, para Jhonatan Mauricio Muñoz Rosero, Elder Armando López Rivas, Clelia Erazo y Exequiel Rosero Muñoz, respectivamente.

Perjuicios materiales

Por perjuicios materiales, en la modalidad de daño emergente, el a quo reconoció las siguientes sumas:

“PERJUICIOS MATERIALES: Se ordenará su cancelación a favor de la ofendida, así:

“1.- En la modalidad de daño emergente las sumas que canceló por concepto de Hospitalización, bloque quirúrgico, laboratorios y medicamentos, de acuerdo con lo probado mediante los documentos obrantes a fs. 264 y 265 del expediente en la siguiente forma:

“a. - La suma de \$85.000.00 pagada el 23 de octubre de 1993 y

⁸Sobre el alcance de la garantía constitucional de la *no reformatio in pejus*, la Sala en sentencia de de 18 de julio de 2002, señaló:

“En efecto, la *no reformatio in pejus*, o, prohibición de la agravación en peor, se concibe como garantía del derecho al debido proceso dentro del trámite de la segunda instancia, pues condiciona la competencia del ad quem que conoce del mismo; el alcance de dicho condicionamiento ha sido precisado por la Corte Constitucional, en los siguientes términos:

“...Por tanto, tratándose de apelante único, esto es, de un único interés (o de múltiples intereses no confrontados), no se puede empeorar la situación del apelante, pues al hacerlo se afectaría la parte favorable de la decisión impugnada, que no fue transferida para el conocimiento del superior funcional.” (Se resalta y subraya)

“La prohibición de empeorar la situación del apelante único se circunscribe entonces al contenido de la decisión que se impugna, es decir, el juez de segunda instancia sólo puede modificarla si con ello el apelante resulta favorecido o mejorado en el reconocimiento de sus pretensiones. De allí que, si el recurso de apelación no prospera y por ende se confirma la decisión que, por desfavorable, fue impugnada, no existe fundamento alguno que permita siquiera considerar el quebrantamiento del aludido principio”.

“b. - La suma de \$46.8000.00 pagada el 9 de noviembre de 1993. (fl. 35 cdno. ppal)

“Al momento que la entidad demandada realice la cancelación de las anteriores sumas a la ofendida, deberá actualizarlas a partir de las fechas en que ella realizó el pago y que se dejan indicadas, de conformidad con el índice de precios al consumidor y aplicando la siguiente formula... (fls. 35 y 36 cdno. 2)

En cuanto a los documentos que tuvo en cuenta el Tribunal para determinar los gastos médicos y hospitalarios en que incurrieron los actores, la Sala observa que éstos no coinciden con los indicados en la certificación expedida por la cajera del Hospital Eduardo Santos, la cual indicó:.

“LA SEÑORA NILSA MILENA ROSERO ERAZO ESTUVO HOSPITALIZADA EN ESTA INSTITUCIÓN DURANTE EL DÍA 20 AL 23 DE OCTUBRE DE 1993 Y DEL 7 AL 9 DE NOVIEMBRE DEL MISMO AÑO DESIGNÁNDOLE HISTORIA CLINICA No. 02- 7-59 CANCELANDO LOS SIGUIENTES VALORES ASI:

“RECIBO OFICIAL No. 20932 CON FECHA DE ELABORACIÓN OCTUBRE 23 DE 1993 LA SUMA DE CUARENTA Y CINCO MIL PESOS M.CTE. (45.000 Mcte)

POR CONCEPTO DE:	HOSPITALIZACIÓN	\$18.000.00
	BLOQUE QUIRURG.	\$15.000.00
	LABORATORIOS	\$12.000.00
	TOTAL	\$45.000.00

“HOSPITALIZACION DEL 07 AL 09 DE NOVIEMBRE DE 1993

“RECIBO OFICIAL No. 20968 CON FECHA DE ELABORACIÓN NOVIEMBRE 09 DE 1993 LA SUMA DE TREINTA Y SEIS MIL OCHOSIENTOS PESOS MCTE. (\$36.800) MCTE

POR CONCEPTO DE:	HOSPITALIZACIÓN	
\$18.000.00		
	BLOQUE QUIRURG.	\$12.000.00
	LABORATORIOS	\$ 6.800.00
	TOTAL	\$36.800.00

“SON EN TOTAL LA SUMA DE OCHENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS PESOS MCTE (\$81.800. 00) (fls. 264 y 265 cdno. 2)

Así las cosas, de la certificación anterior se observa que el dinero pagado por los actores el 23 de octubre y 9 de noviembre de 1993, corresponden a los procedimientos quirúrgicos de Salpingooforectomía derecha y legrado uterino que

le practicaron a la señora Nilsa Milena Rosero Erazo en el Hospital Eduardo Santos.

En consecuencia, la Sala considera que los referidos gastos médicos y hospitalarios no tienen relación alguna con el oblitio quirúrgico, pues si bien se acreditó que al adelantar el procedimiento de la Salpingooforectomía derecha fue cuando se dejó la compresa en la cavidad abdominal de la señora Nilsa Rosero, lo cierto es que ello no implica que la entidad demandada deba reintegrar a la actora lo que pagó por esta cirugía, como quiera que a pesar del oblitio quirúrgico que se produjo, el procedimiento resultó exitoso, pues en éste se extrajo el quiste que tenía la demandante en el ovario derecho.

Respecto al procedimiento quirúrgico de legrado uterino, está acreditado que la señora Nilsa Milena Rosero Erazo, presentaba un aborto en curso, el cual fue atendido de manera oportuna y eficiente por el Hospital Eduardo Santos, sin que pueda relacionarse éste con la compresa que tenía la paciente en su cavidad abdominal.

En ese orden de ideas, la Sala revocará en este aspecto la sentencia impugnada y por lo tanto, no reconocerá indemnización alguna por perjuicios materiales en la modalidad daño emergente, como quiera que la parte actora no acreditó que incurrió en gastos médicos y hospitalarios como consecuencia directa del oblitio quirúrgico.

Perjuicios materiales por lucro cesante

Por este concepto, el Tribunal de instancia, reconoció:

“2. En la modalidad de lucro cesante y de conformidad con el dictamen médico legal visible a fs. 371 del expediente, se reconocerán a la ofendida los valores que dejó de percibir durante la incapacidad laboral temporal correspondiente a la primera cirugía, fijada en 45 días, con base en el salario mínimo diario vigente en el mes de octubre de 1993, esto es 3.290 (Decreto 2548 de 1993)

“Efectuada la operación matemática correspondiente arroja un valor de \$148.050, que se causaron el 5 de diciembre de 1993, o sea 45 días después de la fecha de la primera intervención quirúrgica.

“Al momento de la cancelación de la suma anterior por parte de la entidad demandada deberá actualizarse desde la fecha señalada, con

base en los índices de precios al consumidor y aplicando la fórmula antes indicada.” (fls. 548 y 549 cdno. 1) (Resalta la Sala)

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

En efecto, contrariamente a lo decidido por el Tribunal A quo, la Sala considera que el perjuicio indemnizable es aquel proveniente de la incapacidad médica que debió guardar la señora Nilsa Milena Rosero Erazo con ocasión de la cirugía practicada el 22 de octubre de 1994, cuando le fue extraído el cuerpo extraño (compresa) de su abdomen y no aquella que le fue otorgada al momento de la primera cirugía para extraerle el quiste ovárico, así que en la primera intervención quirúrgica la incapacidad prescrita fue consecuencia normal del procedimiento médico que era indispensable adelantar para curar la patología presentada por la demandante, mientras que la incapacidad laboral que le causó la cirugía del 22 de octubre de 1994, constituyó un daño que ella no tenía por qué soportar, pues está claro que dicho procedimiento quirúrgico se produjo como consecuencia exclusiva del oblito quirúrgico que se ocasionó en la primera cirugía.

Según la certificación expedida por el Tesorero Municipal de la Unión Nariño (fl. 187 cdno. 2), la señora Nilsa Milena Rosero Erazo, durante el tiempo que estuvo incapacitada con ocasión de la cirugía del 22 de octubre de 1994, recibió todos los salarios que devengaba en su calidad de promotora de salud rural. La pregunta que cabe formular es si también procede el reconocimiento de la indemnización por concepto de perjuicios materiales (lucro cesante) ocasionados por la incapacidad médica que implicó para la demandante un cese en su actividad laboral.

Al respecto, cabe señalar que la Sala ha considerado que, cuando se reconocen a favor del lesionado o de sus familiares los derechos laborales de carácter patrimonial, dichas sumas emanan de una relación jurídica distinta a la que aquí se reclama y cuyo origen es la vinculación laboral, mientras que la indemnización por concepto de lucro cesante solicitada en el asunto sub lite, tiene origen en el daño ocasionado por razón del oblito quirúrgico, por lo tanto, no existe justificación alguna para ordenar el descuento del valor de las prestaciones

reconocidas a la actora del monto de la indemnización que se deba reconocer por el ejercicio de la acción de reparación directa.

En este sentido, la Sala en sentencia de 26 de mayo de 2010, señaló:

“En relación con el lucro cesante reclamado por los demandantes y que fue negado por el Tribunal de primera instancia por considerar que estos conceptos fueron reconocidos dentro de la esfera de la responsabilidad derivada del vínculo laboral con la entidad demandada, reitera la Sala que, cuando se reconocen a favor del lesionado o de sus familiares los derechos laborales de carácter patrimonial, dichas sumas de dinero emanan de una relación jurídica de la cual se deriva una responsabilidad distinta a la que aquí se reclama y cuyo origen es la vinculación laboral, razón por la cual no existe justificación alguna para ordenar el descuento del valor de las prestaciones reconocidas al actor del monto de la indemnización que se llegare a reconocer por el ejercicio de la acción de reparación directa de conformidad con las razones anteriormente expuestas.”

“Asimismo, resulta igualmente necesario precisar que lo que hace indemnizable el daño no es su magnitud y/o las consecuencias del mismo, sino que “el daño” revista las características de antijuricidad, esto es la calificación que se obtiene de constatar que el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que carezca de “causales de justificación”, adviértase como, entendido así el daño antijurídico frente al cual el estatuto superior impone la obligación reparatoria a cargo del Estado, el cual si bien puede revestir modalidades diversas (material, moral y alteración grave a las alteraciones de existencia, etc.), constituye una constante, razón por la cual, al tiempo que constituye un elemento indispensable para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, se sitúa en la base misma de la institución jurídica proveyéndola de fundamento...”⁹

Bajo esa perspectiva, de conformidad con el dictamen médico legal visible en el folio 371 del cuaderno 2, se reconocerá a la actora las sumas que dejó de percibir durante la incapacidad laboral temporal, correspondiente a la cirugía de 22 de octubre de 1994 (Laparatomía, extracción de cuerpo extraño), la cual fue fijada en 45 días.

Al multiplicar el salario mínimo diario vigente en el mes de octubre de 1994, esto es \$3.290¹⁰, por 45 días (tiempo que permaneció la demandante incapacitada) se obtiene una suma total de \$148. 050, valor que se causó desde el 6 de diciembre de 1994, es decir 45 días después de la mencionada cirugía.

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 26 de mayo de 2010, expediente. 18.950, actor: Segundo Gregorio Mosquera Forero y otros. C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁰ Decreto 2548 de 10 de diciembre de 1993. Diario Oficial No. 41.143.

Aplicando la fórmula utilizada para actualizar la renta, se tiene que la renta actualizada (Ra) es igual a la renta histórica (suma devengada por la víctima) multiplicada por el índice de precios al consumidor del mes anterior a la sentencia proferida por la Sala, dividido por el índice de precios al consumidor vigente en el mes en el cual ocurrieron los hechos.

$$Ra = R (\$148.050) \frac{\text{Índice final – mayo / 2010 (104,40)}}{\text{Índice inicial – diciembre/ 1994 (26,15)}} =$$

$$Ra = \$591.067$$

Total Lucro cesante: \$591.067

Así las cosas, es evidente que la suma que se reconocerá a favor de la demandante, por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, no desconoce la garantía constitucional de la no *reformatio in pejus* que le asiste al Hospital Eduardo Santos, pues en primer lugar, si bien el Tribunal señaló que liquidaría este perjuicio teniendo en cuenta el salario mínimo diario vigente para el año de 1993, lo cierto es que lo calculó con base en el salario mínimo diario legal vigente para el año 1994 –Decreto 2548-, lo cual dio como resultado la suma de \$148.050; y en segundo término, porque al calcular este perjuicio material con base en el índice inicial del mes de diciembre de 1994, se disminuye su valor, pues este índice es mayor que el del mes de diciembre del año anterior.

Llamado en garantía

La Sala confirmará la condena impuesta al llamado en garantía, doctor Orlando Rivas Gómez, como quiera que ésta no fue objeto de apelación¹¹ y porque no se puede desmejorar o agravar la situación del Hospital Eduardo Santos, quien tiene la calidad de apelante único.

En consideración a que no se evidenció temeridad, ni mala fe en la actuación procesal de la parte demandada, la Sala se abstendrá de condenarla en

¹¹ En cuanto a la aplicación del principio de congruencia en lo que corresponde a la resolución del recurso de apelación, la Sala en sentencia de 20 de mayo de 2009, exp. 16.925, precisó: “De conformidad con el principio de congruencia, al superior, cuando resuelve el recurso de apelación, sólo le es permitido emitir un pronunciamiento en relación con los aspectos recurridos de la providencia del inferior, razón por la cual la potestad del juez en este caso se encuentra limitada a confrontar lo decidido con lo impugnado en el respectivo recurso y en el evento en que exceda las facultades que posee en virtud del mismo, se configurará la causal de nulidad prevista en el numeral 2 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, relativa a la falta de competencia funcional”

costas, de conformidad con lo reglado en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998.

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

FALLA:

PRIMERO: MODIFÍCASE la sentencia de 28 de marzo de 2000, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño; en su lugar, se dispone:

1. DECLÁRASE patrimonialmente responsable al Hospital Eduardo Santos de la Unión -Nariño-, por las lesiones causadas a la señora Nilsa Milena Rosero Erazo, en las circunstancias relatadas en la parte motiva de esta providencia.

2. CONDÉNASE al Hospital Eduardo Santos de la Unión -Nariño- a pagar, por concepto de perjuicios morales, la suma de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes en favor de la señora Nilsa Milena Rosero Erazo y 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes para Jhonatan Mauricio Muñoz Rosero, Elder Armando López Rivas, Cleila Erazo y Exequiel Rosero Muñoz, respectivamente.

3. CONDÉNASE al Hospital Eduardo Santos de la Unión -Nariño- a pagar, a la señora Nilsa Milena Rosero Erazo, por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, la suma de \$591.067.

4. Declárase responsable al señor Orlando Rivas Gómez, quien fue llamado en garantía en el presente proceso, a responder por el 10% de la indemnización que pague el Hospital Eduardo Santos de la Unión -Nariño-, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

5. NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

6. Sin condena en costas

7. Dése cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, para lo cual se expedirá copia de la sentencia de segunda instancia, conforme con lo dispuesto en el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

8. Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

RUTH STELLA CORREA PALACIO
Presidenta de la Sala

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

GLADYS AGUDELO ORDÓÑEZ

ENRIQUE GIL BOTERO