



Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero

Bogotá, treinta (30) de julio de dos mil quince (2015)

Expediente: 35977
Radicación: 050012331000200304003 01
Actor: Humberto Arboleda Ocampo y otros
Demandado: Hospital San Rafael de Itagüí
Naturaleza: Reparación directa

La Sala procede a resolver el recurso de apelación presentado por la entidad demandada contra la sentencia de 15 de julio de 2008, dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda. El fallo será modificado.

SÍNTESIS DEL CASO

El 13 de septiembre de 2002, la menor Luisa María Arboleda Álvarez, de ocho años de edad, ingresó al Hospital San Rafael de Itagüí con el objeto de recibir una intervención quirúrgica ambulatoria en la cavidad oral, por una inflamación de las amígdalas. Durante el procedimiento quirúrgico la paciente resultó lesionada en la rodilla izquierda debido a un mal manejo del equipo quirúrgico. En concreto, el electrobisturí utilizado no tenía un polo a tierra que regulara la corriente eléctrica ni sus cables estaban en condiciones de óptimo funcionamiento, de modo que, al colocar la placa neutra en la pierna de la menor, esta sufrió una quemadura de tercer grado que hoy le genera una deformidad física de carácter permanente.

Expediente n.º 35977
Actores: Humberto Arboleda Ocampo y otros
Decisión que modifica la sentencia de primera instancia

ANTECEDENTES

I. Lo que se pretende

1. El 6 de noviembre de 2003, en escrito presentado ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, Humberto Arboleda Ocampo y Patricia Elena Álvarez Zapata, en nombre propio y en representación de la menor Luisa María Arboleda Álvarez, en ejercicio de la **acción de reparación directa** que establece el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, presentaron demanda contra el Hospital San Rafael de Itagüí con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas (f. 5-6, c. 1):

Primero: Que se declare que la Empresa Social del Estado Hospital San Rafael del Municipio de Itagüí, Antioquia, es responsable administrativa y extracontractualmente de los perjuicios causados a los demandantes con motivo de la intervención quirúrgica practicada el día 13 de septiembre de 2002, en la que la menor Luisa María Arboleda Álvarez resultó con una lesión que le produjo unas secuelas de carácter permanente con deformidad física.

Segundo: Que como consecuencia de la anterior declaración, la Empresa Social del Estado Hospital San Rafael del Municipio de Itagüí debe pagar a los demandantes Humberto Arboleda Ocampo y Patricia Elena Álvarez Zapata, quienes como progenitores obran en representación legal de la menor antes nombrada, las siguientes cantidades con base en los siguientes conceptos:

a) Por daño estético o corporal y fisiológico: La suma equivalente a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales para cada uno de los demandantes. Con fundamento en la sentencia del Consejo de Estado (6 de mayo de 1993, expediente 7428), este daño consiste en que son las resultantes de una lesión a la integridad funcional del individuo, que en principio sin tener repercusiones económicas (dependiendo de la actividad que en la sociedad desempeña el individuo) afectan su actividad fisiológica, que es lo que acá acontece con la menor Luisa María Arboleda Álvarez. En ese orden de ideas, el daño estético que perturba o rompe la anatomía física del cuerpo y que se hace más notorio por ejemplo cuando afecta la cara o el rostro, incluso áreas del cuerpo que generalmente deben exponerse a la vista del público, ese daño a la integridad física o anatomía de la persona debe ser indemnizado, sin consideración a la

Expediente n.º 35977
Actores: Humberto Arboleda Ocampo y otros
Decisión que modifica la sentencia de primera instancia

productividad económica o a la pérdida de oportunidades, que harían parte del lucro cesante de los perjuicios patrimoniales y en consecuencia deben ser indemnizados independientemente de los perjuicios materiales y de los perjuicios morales.

No debe olvidarse que en el punto noveno de los hechos de este escrito demandatorio hemos afirmado la necesidad de practicarle una costosa cirugía a la menor Luisa María Arboleda Álvarez, para aminorar un poco desde el punto de vista estético las secuelas producidas con la lesión, cirugía plástica, que según diagnóstico médico solo podrá realizarse cuando la menor cumpla la edad de 15 años o más, por razones de desarrollo corporal.

b) Por perjuicios morales (objetivos y subjetivos o pretium doloris) La suma equivalente a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales para cada uno de los demandantes. Este perjuicio es la angustia que ha sufrido el perjudicado directo y sus familiares más cercanos, y que a raíz de la lesión o quemadura en la pierna izquierda ha tenido que padecer el dolor, los quebrantamientos físico, el complejo social (recuérdese que su vida social, escolar y recreativa en su círculo de amigas ya no es la misma), producto del hecho dañoso; el dolor moral o psíquico debe indemnizarse, puesto que es justo pensar que una persona, como en el caso de Luisa María, que sufrió múltiples dolores debido a la quemadura con el electrobisturí, causada por la falta de previsión y cuidado durante la intervención quirúrgica en el centro hospitalario y luego en su casa, no hay lugar a duda que este hecho la colocó en situación aflictiva y en depresión sentimental tanto a ella como a sus progenitores, por lo que debe recibir una indemnización por parte de los demandados que en actitud culposa e injusta la colocaron en esa situación, hecho valorativo para cuya tasación deberá tenerse en cuenta lo estipulado en el artículo 97 del Código Penal colombiano y la interpretación jurisprudencial.

c) Condena en costas: Que se condene en costas a la entidad demandada, la Empresa Social del Estado Hospital San Rafael del Municipio de Itagüí, Antioquia, tal como lo dispone la Ley 446 de 1998.

d) Cumplimiento: Que la Empresa Social del Estado Hospital San Rafael debe dar cumplimiento a lo establecido por los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

2. Mediante memorial del 30 de junio de 2004, la parte actora reformó la demanda en el sentido de incluir como demandante a la menor Luisa María Arboleda Álvarez, representada por su madre, con las siguientes pretensiones (f. 27-28, c. 1):

Expediente n.º 35977
Actores: Humberto Arboleda Ocampo y otros
Decisión que modifica la sentencia de primera instancia

Primero: Que se declare que la Empresa Social del Estado Hospital San Rafael del Municipio de Itagüí, Antioquia, es responsable administrativa y extracontractualmente de los perjuicios causados a la menor Luisa María Arboleda Álvarez, debido a la intervención quirúrgica practicada el 13 de septiembre de 2002 y en la que por culpa de la entidad hospitalaria, le produjeron una lesión con secuelas de carácter permanente y deformidad física.

Segundo: Que como consecuencia de la anterior declaración, la Empresa Social del Estado Hospital San Rafael del Municipio de Itagüí debe pagar a la menor Luisa María Arboleda Álvarez (representada legalmente por su progenitora Patricia Elena Álvarez Zapata), las siguientes cantidades con base en los siguientes conceptos:

a) Por daño estético o corporal y fisiológico: La suma equivalente a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales. (...)

b) Por perjuicios morales (objetivos y subjetivos o pretium doloris) La suma equivalente a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales. (...)

3. Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora alegó que el 13 de septiembre de 2002, a las siete y media de la mañana, la menor Luisa María Arboleda Álvarez ingresó al Hospital San Rafael de Itagüí para recibir una intervención quirúrgica ambulatoria en la cavidad bucal, debido a complicaciones en las amígdalas. Señaló que a las once de la mañana los padres de la menor recibieron de un médico la noticia de que hubo “*un pequeño accidente con la niña*” y se enteraron de que la menor había sufrido una quemadura de tercer grado en la pierna izquierda, de cinco centímetros de largo y bastante profunda, que ameritó una sutura de ocho puntos en el proceso de curación. Manifestó que esta lesión se debió a la falta de previsión y cuidado del personal médico, así como al mal estado de la placa del electrobisturí utilizado en la operación. Afirmó que debido a este hecho se presentó denuncia penal contra el director del centro médico por el delito de lesiones personales culposas, aunque los padres de la menor no se constituyeron en parte civil en ese proceso. Agregó que la lesión le ha producido a la menor una afectación sobre el goce normal de su vida y que la deformidad física necesita ser corregida con una cirugía plástica por cuenta de la entidad demandada (f. 4-8, c. 1).

Expediente n.º 35977
Actores: Humberto Arboleda Ocampo y otros
Decisión que modifica la sentencia de primera instancia

II. Trámite procesal

4. Admitida la demanda por parte del Tribunal (f. 16-17, 176, c. 1) y notificado en debida forma el auto admisorio a la entidad (f. 24, c. 1), esta presentó escrito de **contestación** en el que propuso como excepción la falta de jurisdicción, pues las controversias entre los afiliados al sistema de seguridad social y los prestadores del servicio deben ser resueltas por la justicia ordinaria. Invocó también la indebida escogencia de la acción porque, a su juicio, la prestación del servicio de salud tiene su origen en un contrato para la atención de la población del régimen subsidiado, por lo que la fuente del daño no es extracontractual. Agregó que la solicitud de reparación del perjuicio fisiológico a favor de los padres de la menor es improcedente, pues este solo se predica del afectado directo, y alegó que la reclamación por concepto de los perjuicios morales (500 smlmv) es desmesurada. Indicó, finalmente, que el Hospital San Rafael ha sido diligente en la atención de la menor Luisa María Arboleda, la ha sometido a intervenciones quirúrgicas curativas y a cirugía plástica (f. 24, c. 1).

5. El 14 de julio de 2004, el Hospital San Rafael de Itagüí hizo un **llamamiento en garantía** a la Compañía Suramericana de Seguros S.A., debido a la póliza de amparo a favor de terceros que había suscrito el hospital con la aseguradora y al seguro de responsabilidad civil suscrito por el personal médico (f. 154-156, c. 1). El Tribunal vinculó a la sociedad como llamado en garantía (f. 189-190, c. 1) y esta, al contestar la demanda, manifestó que no está probada la falta de previsión y cuidado que alega la parte actora y que, por el contrario, el hospital cuenta con los equipos y la infraestructura adecuados. Calificó de excesivos los perjuicios que se reclaman y advirtió que los perjuicios extrapatrimoniales no pueden ser reclamados por los padres de la afectada. En cuanto al llamamiento, dijo que la aseguradora solo está obligada a indemnizar, en caso de un fallo condenatorio, en virtud del contrato de seguro celebrado con el hospital y

Expediente n.º 35977
Actores: Humberto Arboleda Ocampo y otros
Decisión que modifica la sentencia de primera instancia

solo en los términos allí establecidos, mas no en atención al seguro de responsabilidad civil suscrito con el personal médico, pues este no fue vinculado al proceso (f. 194-198, c. 1).

6. El 15 de julio de 2008, el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala de Decisión, dictó **sentencia de primera instancia** en la que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, en estos términos (f. 278, c. 2):

Primero: Se declara no probadas las excepciones propuestas.

Segundo: Declárese administrativamente responsable a la Empresa Social del Estado Hospital San Rafael de Itagüí (Ant.) por la actuación médica desplegada con motivo de la prestación del servicio de salud brindada a la menor Luisa María Arboleda Álvarez que terminó con lesión térmica en la cara interna de la pierna izquierda.

Tercero: Condénese a la Empresa Social del Estado Hospital San Rafael de Itagüí (Ant.), a indemnizar los perjuicios morales a la menor Luisa María Arboleda Álvarez y a sus padres Humberto Arboleda Ocampo y Patricia Elena Álvarez Zapata con la suma de treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno.

Cuarto: Condénase a la Compañía Suramericana de Seguros a reembolsar al Hospital San Rafael de Itagüí (Ant.) el valor total de la condena que se le impuso a dicha entidad. El reembolso no podrá superar el límite máximo de responsabilidad pactado,

Quinto: Ejecutoriada esta sentencia, se enviará copia de la misma a la entidad demandada y a la Procuraduría General de la Nación, para los efectos de la Ley 678 del 2001, referida a la responsabilidad patrimonial de los agentes estatales, con el fin de que evalúen la procedencia de incoar la correspondiente acción de repetición en contra de quien o quienes conllevaron a la condena impuesta.

Sexto: Deniéguense las demás súplicas de la demanda.

6.1. En relación con las excepciones previas, el Tribunal consideró que la jurisdicción contenciosa es la llamada a conocer de este asunto, que versa sobre la existencia de una falla en el servicio médico, sin que haya controversia alguna derivada de la afiliación de la paciente al sistema de seguridad social. Señaló además que la acción de reparación directa es

Expediente n.º 35977
Actores: Humberto Arboleda Ocampo y otros
Decisión que modifica la sentencia de primera instancia

procedente, toda vez que se cuestiona la atención médica dispensada a la menor Arboleda Álvarez, por acción u omisión del personal afiliado al Hospital San Rafael. Rechazó la excepción de la indebida representación de la menor, pues esta acudió al proceso debidamente representada por su madre, al tenor del artículo 44 del Código de Procedimiento Civil.

6.2. En cuanto al fondo del asunto, el *a quo* encontró demostrado, con base en las declaraciones del personal médico rendidas en el proceso disciplinario interno del hospital y en el proceso contencioso, así como en los informes suscritos por el personal técnico, que la menor Luisa María Arboleda Álvarez resultó lesionada en la pierna izquierda por la “*falta de condiciones adecuadas del equipo y deficiente manejo del mismo*” (f. 277, c. 2). Preciso que el electrobisturí no contaba con conexión a tierra y que la placa del aparato no fue dispuesta de manera adecuada. Agregó que el hecho de que se haya prestado un servicio médico oportuno luego del accidente no exonera a la entidad de su responsabilidad por el descuido o negligencia causante del daño.

6.3. A propósito de los perjuicios morales, condenó a la entidad a pagar la suma de 30 smlmv a favor de la menor y de cada uno de sus padres, y denegó la solicitud de reparación de los perjuicios fisiológicos, dado que no se acreditó una afectación en las condiciones de vida de la menor. Y, finalmente, en atención a las pólizas de responsabilidad civil, ordenó a la sociedad llamada en garantía indemnizar al llamante por la totalidad de la condena impuesta, sin que esta suma supere el monto asegurado.

7. Contra la decisión anterior, la Compañía Suramericana de Seguros S.A. interpuso **recurso de apelación** en el que señala, en primer lugar, que el Tribunal no debió aplicar el régimen de responsabilidad de la falla presunta, pues este fue revaluado por el Consejo de Estado, sino que debió establecer si estaba acreditado el daño, la acción u omisión que se reprocha y el nexo causal entre ambos elementos. En ese sentido, alega

Expediente n.º 35977
Actores: Humberto Arboleda Ocampo y otros
Decisión que modifica la sentencia de primera instancia

que la parte actora no logró demostrar, a través de un dictamen pericial o de inspección judicial, que el equipo utilizado en la operación presentara condiciones técnicas deficientes. En segundo lugar, manifiesta que los documentos y testimonios traídos de la investigación disciplinaria interna no pueden tenerse como pruebas en el proceso contencioso, dado que no fueron decretados ni practicados por el juez, y la aseguradora no tuvo oportunidad de controvertirlos. En relación con los perjuicios, calificó de exagerado el monto reconocido (30 smlmv a cada demandante), pues la lesión se limita a “*una pequeña cicatriz en la rodilla*” (f. 282, c. 2). Solicita, finalmente, que se revoque la decisión de ordenar a la aseguradora el reembolso de la totalidad de la condena, pues el *a quo* no tuvo en cuenta el deducible pactado en la póliza de seguro (el 10% del siniestro, con un mínimo de \$5.000.000 por pérdida), y advierte que ninguna obligación de reembolso le asiste en relación con la póliza suscrita con los médicos, en particular con Wilson Bustamante Hernández, pues este profesional no fue vinculado al proceso ni su actuación fue cuestionada (f. 280-284, c. 2).

8. Dentro del término legal para alegar de conclusión en segunda instancia, el Ministerio Público presentó **concepto** en el que apoya las pretensiones de la demanda y solicita que se confirme el fallo de primera instancia. Luego de reseñar la jurisprudencia de esta Corporación sobre responsabilidad médica, afirma que está probada la falla en el servicio en que incurrió el Hospital San Rafael de Itagüí, dado que la menor Luisa María Arboleda sufrió una quemadura en su pierna izquierda debido al mal manejo del equipo previsto para la cirugía. Aclara que si bien no se pueden valorar las pruebas de la investigación disciplinaria por haberse aportado en copia simple, la historia clínica y el testimonio de uno de los médicos tratantes, rendido el proceso contencioso, son suficientes para corroborar la responsabilidad del hospital. Solicita la confirmación de lo ordenado por concepto de compensación de perjuicios morales, y sobre la compañía aseguradora señala que debe reembolsar a la entidad el total de la condena, en los términos y valores pactados en la respectiva

Expediente n.º 35977
Actores: Humberto Arboleda Ocampo y otros
Decisión que modifica la sentencia de primera instancia

póliza (f. 298-309, c. 2). Las partes guardaron silencio (f. 310, c. 2).

CONSIDERACIONES

I. Presupuestos procesales de la acción

9. Por ser la demandada una entidad estatal (Empresa Social del Estado¹), el presente asunto es de conocimiento de esta **jurisdicción**, de acuerdo con el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo.

10. El Consejo de Estado es **competente** para conocer del presente asunto en atención al recurso de apelación presentado por la sociedad llamada en garantía, en un proceso con vocación de segunda instancia según la Ley 446 de 1998, dado que la cuantía de la demanda, fijada por el valor de la mayor de las pretensiones, supera la exigida por la norma².

11. La acción de reparación directa establecida en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo es la **procedente** en este caso, por cuanto las súplicas de la demanda van encaminadas a la declaratoria de responsabilidad del Hospital San Rafael de Itagüí (ESE) por acciones y omisiones atribuidas a dicha entidad y que, según la parte demandante, condujeron a la lesión sufrida por Luisa María Arboleda Álvarez.

¹ En el expediente obra constancia de la naturaleza jurídica del Hospital San Rafael de Itagüí como una Empresa Social del Estado, con personería jurídica, perteneciente al sector salud (f. 2, c. 1). Al respecto, el artículo 1 del Decreto 1876 de 1994 establece: *“Las Empresas Sociales del Estado constituyen una categoría especial de entidad pública, descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas o reorganizadas por ley o por las asambleas o concejos”*.

² En la demanda presentada el 6 de noviembre de 2003, la pretensión de mayor valor, correspondiente a la solicitud de indemnización de perjuicios morales, fue estimada en 500 smlmv a favor de cada demandante (f. 6, c. 1). Por estar vigente al momento de la interposición del recurso de apelación (31 de julio de 2008), se aplica el artículo 40.6 de la Ley 446 de 1998, que disponía que la cuantía necesaria para que un proceso de reparación directa fuera de doble instancia, era de 500 smlmv, esto es, la misma suma reclamada en el escrito de demanda.

Expediente n.º 35977
Actores: Humberto Arboleda Ocampo y otros
Decisión que modifica la sentencia de primera instancia

12. Interesa recordar que, de acuerdo con el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, la Sala debe limitarse a analizar los aspectos de la sentencia de primer grado que el impugnante cuestiona en el recurso de apelación³ o aquellos “*consecuenciales, accesorios o derivados del aspecto de la sentencia que fue recurrido*”⁴. Al respecto, la Corporación ha insistido en que el juez de segunda instancia no puede determinar libremente lo desfavorable al recurrente ni enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso⁵.

13. En cuanto a la **legitimación en la causa** por activa, se demostró que la menor Luisa María Arboleda Álvarez fue la persona que sufrió el daño por el cual se demanda y que sus padres son Humberto Arboleda Ocampo y Patricia Elena Álvarez Zapata⁶. Sobre la legitimación en la causa por pasiva, se comprueba que el daño invocado en la demanda proviene de actuaciones del Hospital San Rafael de Itagüí, de modo que la entidad se tiene legitimada como parte demandada en este asunto, y se advierte que esta entidad suscribió una póliza de responsabilidad civil con la Compañía Suramericana de Seguros S.A., llamada en garantía⁷.

14. Por último, en lo atinente a la **caducidad** de la acción, se constata que no opera tal fenómeno, pues el daño alegado –la lesión de la menor Arboleda Álvarez– tuvo lugar el 13 de septiembre de 2002 y la demanda fue interpuesta el 6 de noviembre de 2003, es decir, dentro del término bienal que prevé el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

II. Problema jurídico

³ El artículo 357 del Código de Procedimiento Civil consagra al respecto: “*el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella*”.

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de 9 de febrero de 2012, exp. 20104, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 26 de junio de 2012, exp. 21507, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

⁶ Así se observa en el registro civil de nacimiento de la menor (f. 3, c. 1).

⁷ Se trata de la póliza de responsabilidad civil n.º 024900-8 (f. 157-158, 201-211, c. 1).

Expediente n.º 35977
Actores: Humberto Arboleda Ocampo y otros
Decisión que modifica la sentencia de primera instancia

15. La Sala deberá determinar si la lesión de la menor Luisa María Arboleda Álvarez resulta imputable jurídicamente al Hospital San Rafael de Itagüí por haber prestado un servicio médico o quirúrgico negligente, deficiente o tardío. De comprobarse la responsabilidad de la entidad, se procederá a la liquidación de los perjuicios a indemnizar, para lo cual se tendrá en cuenta las objeciones planteadas por la parte apelante.

III. Validez de los medios de prueba

16. Según el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al procedimiento administrativo en atención al artículo 267 del Código Contencioso Administrativo⁸, las pruebas practicadas válidamente en un proceso judicial podrán trasladarse a otro en copia auténtica y serán apreciables sin más formalidades, *“siempre que en el proceso primitivo se hubieran practicado a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella”*.

16.1. En este caso, la parte actora solicitó expresamente en la demanda que se requiriera a la Fiscalía 48 Delegada ante los Jueces Penales de Itagüí para que allegara copia auténtica de algunas piezas del proceso penal n.º 65356 (f. 8, 30, c. 1). El Tribunal decretó esta prueba e instó a la autoridad requerida para que remitiera el proceso (f. 243, c. 1). Empero, la Fiscalía devolvió el exhorto sin auxiliar, dado que el proceso había salido del respectivo despacho con resolución de acusación (f. 242, c. 1).

16.2. Por su parte, la entidad demandada, en el escrito de contestación de la demanda, anexó copia de la actuación disciplinaria interna seguida por las lesiones de la menor Luisa María Arboleda Álvarez (f. 91-153, c. 1).

⁸ Código Contencioso Administrativo. *“Artículo 267. En los aspectos no contemplados en este código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la jurisdicción en lo contencioso administrativo”*.

Expediente n.º 35977
Actores: Humberto Arboleda Ocampo y otros
Decisión que modifica la sentencia de primera instancia

En el auto de apertura del periodo probatorio, el *a quo* señaló que serían valorados todos los documentos aportados con la demanda, la reforma de la misma y la respectiva contestación (f. 212-213, c. 1).

16.3. Las pruebas ordenadas y practicadas en la actuación disciplinaria serán apreciadas por la Sala, dado que fueron surtidas con audiencia de la entidad demandada en este caso, pues se trata de una investigación adelantada por el Grupo de Control Disciplinario Interno del Hospital San Rafael de Itagüí, por lo que no puede alegar su desconocimiento. Debe aclararse que las pruebas se hacen valer contra el hospital demandado, que es la entidad cuyas acciones y omisiones se juzgan en este caso, y no contra la compañía aseguradora, cuya vinculación con este proceso se limita al vínculo derivado de la póliza de responsabilidad civil.

16.4. Finalmente, si bien se trata de pruebas traídas en copia simple, es posible su valoración porque su autenticidad no fue objeto de debate en el proceso. Se aclara que en sentencia de unificación de la Sala Plena de esta Sección se decidió que las pruebas documentales traídas en copia simple al proceso serían apreciadas sin mayores formalidades, siempre que no se haya discutido su autenticidad a través de tacha de falsedad⁹.

IV. Hechos probados

17. De conformidad con las pruebas incorporadas al expediente, están acreditados en el proceso los siguientes hechos relevantes:

17.1. El 10 de enero de 2002, el Hospital San Rafael de Itagüí adquirió con la Compañía Suramericana de Seguros la póliza de responsabilidad civil n.º 0024900-8, con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2002 y un valor asegurado de \$300.000.000, que cubre la responsabilidad derivada

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de 28 de agosto de 2013, exp. 25022, C.P. Enrique Gil Botero.

Expediente n.º 35977
Actores: Humberto Arboleda Ocampo y otros
Decisión que modifica la sentencia de primera instancia

del ejercicio de la actividad profesional médica (póliza de responsabilidad civil n.º 0024900-8 –f. 201-203, c. 1–; condiciones de renovación de la póliza de seguro –f. 204-205, c. 1–; anexo a la póliza de seguro –f. 206-211, c. 1–).

17.2. El día 13 de septiembre de 2002, la menor Luisa María Arboleda Álvarez, de ocho años de edad, ingresó al Hospital San Rafael de Itagüí con el objeto de someterse a una cirugía ambulatoria en la cavidad oral, consistente en adenoamigdalectomía, debido a una amigdalitis crónica (resumen de atenciones –f. 217, c. 1–; informe quirúrgico –f. 232-233, c. 1–; hoja de evolución –f. 235, c. 1–; declaración del Dr. Álvaro Carrillo Sarmiento –f. 250, c. 1–).

17.3. Durante la intervención quirúrgica, la menor sufrió una quemadura en la cara interna del muslo izquierdo, causada con la placa del equipo de electrobisturí, que le dejó una herida de 2 a 3 cm. de largo; se realiza curación, lavado y se solicita una valoración por cirugía general (hoja de evolución –f. 235, c. 1–; declaración del Dr. Álvaro Carrillo Sarmiento –f. 251, c. 1).

17.4. El 21 de octubre de 2002, la paciente ingresó de nuevo al Hospital San Rafael de Itagüí para practicarse cirugía de lavado y desbridamiento de la herida, sin complicaciones (hoja de evolución –f. 236, c. 1–; informe del procedimiento quirúrgico –f. 230-231, c. 1–; informe de anestesia –f. 226-229, c. 1–).

17.5. El 25 de octubre de 2002, la menor ingresó al hospital para recibir un tratamiento de curación; se observa la herida limpia y una adecuada cicatrización; se dan instrucciones de salida (hoja de evolución –f. 237, c. 1–).

17.6. Con ocasión de este hecho, el 21 de noviembre de 2003, el Grupo de Control Disciplinario Interno del Hospital San Rafael de Itagüí inició una investigación preliminar para determinar si se había presentado una falta disciplinaria, y en actuaciones posteriores recibió los testimonios del personal médico y técnico del hospital (actuación disciplinaria –f. 92-153, c. 1–).

Expediente n.º 35977
Actores: Humberto Arboleda Ocampo y otros
Decisión que modifica la sentencia de primera instancia

17.7. De igual forma, la Fiscalía 275 Delegada ante los Jueces Penales de Itagüí adelantó el proceso penal n.º 7399 contra Adolfo León Moreno Gallego por el delito de lesiones personales culposas. El 12 de octubre de 2005, calificó el mérito del sumario con resolución de acusación (oficio n.º 245 de la Fiscalía 275 Delegada ante los Jueces Penales de Itagüí –f. 241, c. 1–).

V. Análisis de la Sala

18. En primer lugar, dado que la parte apelante alega que el presente asunto debe abordarse a partir del régimen de responsabilidad de “*falla probada*”, según el cual deben estar demostrados todos los elementos que componen la responsabilidad estatal –la falla, la acción u omisión irregular y el nexo de causalidad–, la Sala estima pertinente recordar la evolución de la jurisprudencia sobre responsabilidad médica y las reglas de la Corporación que en la actualidad rigen en esta materia.

18.1. El desarrollo inicial de la jurisprudencia estuvo orientado por el estudio de la responsabilidad estatal bajo un régimen subjetivo de falla probada del servicio. En este primer momento, se exigía al demandante aportar la prueba de la falla para la prosperidad de sus pretensiones, pues, al comportar la actividad médica una obligación de medio, de la sola existencia del daño no había lugar a presumir la falla del servicio¹⁰.

18.2. A partir del segundo semestre de 1992, la Sala acogió el criterio, ya esbozado en 1990¹¹, según el cual los casos de responsabilidad por la prestación del servicio médico se juzgarían de manera general bajo un régimen subjetivo pero con presunción de falla en el servicio, que es la lectura que el apelante propone en el presente caso. En ese segundo

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 13 de septiembre de 1991, exp. 6253, C.P. Carlos Betancur Jaramillo; sentencia de 14 de febrero de 1992, exp. 6477, C.P. Carlos Betancur Jaramillo; sentencia de 26 de marzo de 1992, exp. 6255, C.P. Julio César Uribe Acosta; sentencia de 26 de marzo de 1992, exp. 6654, C.P. Daniel Suárez Hernández, entre otras.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 24 de octubre de 1990, exp. 5902, C.P. Gustavo de Greiff Restrepo.

Expediente n.º 35977
Actores: Humberto Arboleda Ocampo y otros
Decisión que modifica la sentencia de primera instancia

momento jurisprudencial se consideró que el artículo 1604 del Código Civil¹² debía ser aplicado también en relación con la responsabilidad extracontractual y, en consecuencia, la prueba de la diligencia y cuidado correspondía al demandado en los casos de responsabilidad médica¹³. Esta postura se fundamentó en la capacidad en que se encuentran los profesionales de la medicina, dado su “*conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta*”, de satisfacer las inquietudes y cuestionamientos que puedan formularse contra sus procedimientos¹⁴.

18.3. Posteriormente, en una sentencia del año 2000, se cuestionó la aplicación generalizada de la presunción de la falla en el servicio y se postuló la teoría de la carga dinámica de las pruebas, según la cual el juez debe establecer en cada caso concreto cuál de las partes está en mejores condiciones de probar la falla o su ausencia, pues no todos los debates sobre la prestación del servicio médico tienen implicaciones de carácter técnico o científico. En estos términos se pronunció la Sala:

No todos los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente tienen implicaciones técnicas y científicas. Habrá que valorar en cada caso, si estas se encuentran presentes o no. Así, habrá situaciones en las que, es el paciente quien se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos relacionados con la actuación de la entidad respectiva. Allí está, precisamente, la explicación del dinamismo de las cargas, cuya aplicación se hace imposible ante el recurso obligado a la teoría de la falla del servicio presunta, donde simplemente se produce la inversión permanente del deber probatorio¹⁵.

18.4. El abandono de la presunción de falla como régimen general de

¹² Código Civil. “Artículo 1604. (...) La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega”.

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 24 de agosto de 1992, exp. 6754, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 30 de julio de 1992, exp. 6897, C.P. Daniel Suárez Hernández.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 10 de febrero de 2000, exp. 11878. C.P. Alier Hernández Enríquez. Esta línea se reiteró, entre otras, en sentencia de 7 de diciembre de 2004, exp. 14421, C.P. Alier Hernández Enríquez; sentencia de 11 de mayo de 2006, exp. 14400, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

Expediente n.º 35977
Actores: Humberto Arboleda Ocampo y otros
Decisión que modifica la sentencia de primera instancia

responsabilidad y la aceptación de la carga dinámica de la prueba, al demandar de la parte actora un esfuerzo probatorio significativo, exige la aplicación de criterios jurisprudenciales tendientes a morigerar dicha carga. Por ejemplo, frente a la relación de causalidad entre la falla y el daño antijurídico, se ha señalado que cuando resulte imposible esperar certeza o exactitud en esta materia, no solo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación, el nexo de causalidad queda acreditado “*cuando los elementos de juicio suministrados conducen a un grado suficiente de probabilidad*”¹⁶, que permita tenerlo por establecido.

18.5. En ese sentido, también se han precisado ciertos criterios sobre la carga de la prueba en los casos de responsabilidad médica: (i) por regla general, al demandante le corresponde probar la falla del servicio, salvo en los eventos en los que resulte “*excesivamente difícil o prácticamente imposible*” hacerlo; (ii) de igual manera, corresponde al actor aportar la prueba de la relación de causalidad, la cual podrá acreditarse mediante indicios en los casos en los cuales “*resulte muy difícil –si no imposible- la prueba directa de los hechos que permiten estructurar ese elemento de la obligación de indemnizar*”; (iii) en la apreciación de los indicios tendrá especial relevancia la conducta de la parte demandada, sin que haya lugar a exigirle en todos los casos que demuestre cuál fue la causa efectiva del daño; (iv) la valoración de esos indicios deberá ser muy cuidadosa, pues no puede perderse de vista que los procedimientos médicos se realizan sobre personas con alteraciones en su salud; (v) el

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 3 de mayo de 1999, exp. 11169, C.P. Ricardo Hoyos Duque. Se dijo en esa oportunidad que si bien no existía certeza “*en el sentido de que la paraplejía sufrida (...) haya tenido por causa la práctica de la biopsia*”, debía tenerse en cuenta que “*aunque la menor presentaba problemas sensitivos en sus extremidades inferiores antes de ingresar al Instituto de Cancerología, se movilizaba por sí misma y que después de dicha intervención no volvió a caminar*”, de manera que existía una alta probabilidad de que la causa de la invalidez de la menor hubiera sido la falla de la entidad demandada, probabilidad que además fue reconocida por los médicos que laboraban en la institución.

Expediente n.º 35977
Actores: Humberto Arboleda Ocampo y otros
Decisión que modifica la sentencia de primera instancia

análisis de la relación causal debe preceder el de la falla del servicio¹⁷.

18.6. Finalmente, en 2006 se abandonó definitivamente la presunción de falla en el servicio para volver al régimen general de falla probada¹⁸. Actualmente se considera que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el expediente todos los elementos que la configuran, esto es, el daño, la actividad médica y el nexo causal entre esta y aquel¹⁹, sin perjuicio de que para la demostración de este último elemento las partes puedan valerse de todos los medios de prueba legalmente aceptados, incluso de la prueba indiciaria:

De manera reciente 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.

Se acoge dicho criterio porque además de ajustarse a la normatividad vigente (art. 90 de la Constitución y 177 del Código de Procedimiento Civil), resulta más equitativa. La presunción de la falla del servicio margina del debate probatorio asuntos muy relevantes, como el de la distinción entre los hechos que pueden calificarse como omisiones, retardos o deficiencias y los que constituyen efectos de la misma enfermedad que sufre el paciente. La presunción traslada al Estado la carga de desvirtuar una presunción que falló, en una

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de abril de 2005, exp. 14786, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 31 de agosto de 2006, exp. 15772, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; sentencia de 30 de noviembre de 2006, exp. 15201-25063, C.P. Alier Hernández Enríquez; sentencia de 30 de julio de 2008, exp. 15726, C.P. Myriam Guerrero de Escobar. El consejero Enrique Gil Botero aclaró el voto en el sentido de señalar que no debe plantearse de forma definitiva el abandono de la aplicación del régimen de falla presunta del servicio.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 31 de agosto de 2006, exp. 15772, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; sentencia de 30 de julio de 2008, exp. 15726, C.P. Myriam Guerrero de Escobar; sentencia de 21 de febrero de 2011, exp. 19125, C.P. (E) Gladys Agudelo Ordóñez, entre otras.

Expediente n.º 35977
Actores: Humberto Arboleda Ocampo y otros
Decisión que modifica la sentencia de primera instancia

materia tan compleja, donde el álea constituye un factor inevitable y donde el paso del tiempo y las condiciones de masa (impersonales) en las que se presta el servicio en las instituciones públicas hacen muy compleja la demostración de todos los actos en los que éste se materializa.

En efecto, no debe perderse de vista que el sólo transcurso del tiempo entre el momento en que se presta el servicio y aquél en el que la entidad debe ejercer su defensa, aunado además a la imposibilidad de establecer una relación más estrecha entre los médicos y sus pacientes, hace a veces más difícil para la entidad que para el paciente acreditar las circunstancias en las cuales se prestó el servicio. (...)

La desigualdad que se presume del paciente o sus familiares para aportar la prueba de la falla, por la falta de conocimiento técnicos, o por las dificultades de acceso a la prueba, o su carencia de recursos para la práctica de un dictamen técnico, encuentran su solución en materia de responsabilidad estatal, gracias a una mejor valoración del juez de los medios probatorios que obran en el proceso, en particular de la prueba indiciaria, que en esta materia es sumamente relevante, con la historia clínica y los indicios que pueden construirse de la renuencia de la entidad a aportarla o de sus deficiencias y con los dictámenes que rindan las entidades oficiales que no representan costos para las partes²⁰.

18.7. Claro está que, según se ha indicado recientemente, la actividad médica capaz de comprometer la responsabilidad de la administración no es solamente aquella que se desarrolla contrariando los postulados de la *lex artis* o, dicho de otro modo, que es consecuencia del funcionamiento anormal, negligente o descuidado del servicio médico, pues también la actividad que se despliega en condiciones normales o adecuadas puede dar lugar a que ello ocurra²¹.

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 31 de agosto de 2006, exp. 15772, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; sentencia de 28 de septiembre de 2012, exp. 22424, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 29 de agosto de 2013, exp. 30283, C.P. Danilo Rojas Betancourth. En esta oportunidad, la Subsección señaló que “*la ausencia demostrada de una falla del servicio atribuible a la entidad no conduce necesariamente a afirmar la ausencia de responsabilidad, pues pueden existir otras razones tanto jurídicas como fácticas, distintas al incumplimiento o inobservancia de un deber de conducta exigible al ISS en materia de atención y prevención de enfermedades infecciosas, que pueden servir como fundamento del deber de reparar*”. Un criterio similar se utilizó en la sentencia de 28 de septiembre de 2012, exp. 22424, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo, en estos términos: “*la menor (...) estando en satisfactorio estado de salud, tan pronto como le fue aplicado el plan de inmunización,*

Expediente n.º 35977
Actores: Humberto Arboleda Ocampo y otros
Decisión que modifica la sentencia de primera instancia

19. Al asumir el juicio de responsabilidad en el presente caso, la Sala encuentra probado el **daño**, pues se acreditó que la menor Luisa María Arboleda Álvarez, en la cirugía de extirpación de amígdalas practicada el 13 de septiembre de 2002 en el Hospital San Rafael de Itagüí, sufrió una grave quemadura en la parte interna de la pierna izquierda, ocasionada con la placa del electrobisturí utilizado en dicho procedimiento.

19.1. Al respecto, el médico Álvaro Carrillo Sarmiento, especialista en cirugía general y vinculado a la entidad demandada, en la declaración que rindió ante el *a quo* manifestó que a la menor Luisa María Arboleda se le practicó un procedimiento de adenoamigdalectomía y que en esta intervención se presentó un accidente con la electricidad que le produjo a la paciente una lesión térmica en la pierna izquierda (f. 250-251, c. 1):

A mediados del mes de septiembre de 2002 fue intervenida quirúrgicamente una niña de 5 a 8 años de edad, Luisa, por el doctor Bustamante, en esa época otorrinolaringólogo de la entidad. Fue intervenida de adenoamigdalectomía por padecer de adenoamigdalitis. Durante el acto quirúrgico, se presentó un accidente en la conducción de la electricidad con el aparato denominado electrobisturí, produciendo a la niña una lesión térmica en la cara interna del muslo izquierdo. Fui llamado urgentemente como consultante al quirófano, observando una lesión de aproximadamente 2 o 3 centímetros, secundaria al paso de corriente eléctrica, es decir, una quemadura eléctrica. Le practiqué lo que se usa en estos casos, lavado y aplicación tópica de sulfaplata y aplicación de un vendaje estéril. Posteriormente seguí atendiendo a la niña en forma ambulatoria durante cerca de un mes, practicándole en definitiva una operación llamada lavado, desbridamiento, resección de granuloma y cierre por segunda intención de la herida producida en el muslo interno por la lesión antes mencionada. La niña fue atendida durante este periodo en dicha entidad por el personal médico especializado y de enfermería, recuperando su salud íntegramente, siendo dada de alta del hospital y nunca la volví a ver. (...) (Destaca la Sala).

previsto en las políticas de salud públicas, para la atención infantil falleció y aunque las pruebas técnico científicas y testimoniales no permiten relacionar la muerte de la pequeña de ocho meses con la aplicación de la vacuna, se conoce que el componente "pertusis" de la DPT (difteria, tos ferina y tétanos), en un porcentaje bajo, pero cierto, implica riesgo para quien lo reciba".

Expediente n.º 35977
Actores: Humberto Arboleda Ocampo y otros
Decisión que modifica la sentencia de primera instancia

19.2. A su vez, el médico Wilson Bustamante Hernández, encargado de la cirugía que se practicó a la menor Arboleda Álvarez, reconoció que la niña resultó lesionada en la pierna debido a una falla eléctrica que causó una quemadura con la placa del electrobisturí (f. 133, c. 1):

No recuerdo el día exacto de la cirugía, ese día tenía programadas varias cirugías, también de las amígdalas, creo que eran de cuatro a cinco cirugías. Todas se realizaron con el mismo equipo quirúrgico. Estas cirugías se realizan con electrobisturí. Es de aclarar que las cirugías realizadas, es decir, de las cuatro o cinco anteriores, ninguna tuvo complicaciones excepto la última donde la paciente presentó una quemadura en la parte externa de la pierna derecha (sic). Durante el procedimiento quirúrgico no hubo ningún signo de alarma del equipo que indicara sobre fallas, solo nos dimos cuenta de la situación por aviso de la mamá de la niña que estaba acompañándola en la sala de recuperación. Inmediatamente evalué la niña, le avisé a la Jefe del servicio de cirugía y esta a su vez dio aviso al cirujano de turno, doctor Álvaro Carrillo, que procedió a hacerle el lavado de la quemadura y evaluaciones periódicas cada ocho días aproximadamente hasta la recuperación de la paciente. (Subraya la Sala).

19.3. La historia clínica²² de la paciente permite igualmente registrar el daño. En el registro médico del 13 de septiembre de 2002 se consignó lo siguiente: “*Paciente que presenta quemadura en parte interna de rodilla izquierda, presentada por falla técnica de la placa del electrobisturí. Se realiza lavado y se solicita valoración x Cx Gral.*” (f. 235, c. 1).

19.4. Además, en el resumen de atenciones se dejó constancia de que la menor Arboleda Álvarez fue atendida el 13 de septiembre de 2002 por “*amigdalitis crónica – adenoamigdalectomía*” y el 21 de octubre de 2002 fue intervenida por “*quemadura II – III – M.I.D.*” (f. 217, c. 1). Finalmente, el 25 de octubre del mismo año la paciente regresó al hospital para recibir

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 9 de febrero de 2011, exp. 18793, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; sentencia de 10 de agosto de 2007, exp. 15178, C.P. María Elena Giraldo Gómez. “*Es de resaltarse que la historia clínica asentada en entidades públicas es un documento público, que da fe, desde el punto de vista de su contenido expreso, de la fecha y de las anotaciones que en ella hizo quien la elaboró (art. 264 del C. P. C.), y desde el punto de vista negativo, da fe de lo que no ocurrió*”.

Expediente n.º 35977
Actores: Humberto Arboleda Ocampo y otros
Decisión que modifica la sentencia de primera instancia

un tratamiento de curación; el médico observó la herida limpia y buena cicatrización, y le dio a su madre instrucciones de cuidados (f. 237, c. 1).

20. Este daño es claramente **imputable** a la entidad demandada por falla en la prestación del servicio médico. Pese a que la parte apelante ha insistido en que no se logró probar en el proceso que el equipo usado para la cirugía de la menor presentara fallas técnicas, la Sala encuentra plenamente acreditado ese hecho. No solo se advierte en los testimonios de los médicos Carrillo (f. 250-251, c. 1) y Bustamante (f. 133, c. 1) y en los registros plasmados en la historia clínica (f. 217, 235, 237, c. 1), sino en el abundante material probatorio que se relaciona a continuación.

20.1. En el acta de reunión suscrita el 18 de septiembre de 2002 por la gerencia del Hospital San Rafael de Itagüí, la oficina de control interno, la jefe de enfermería, los auxiliares y el técnico de mantenimiento se evaluó la situación que llevó a la lesión de la menor Luisa Arboleda y se decidió que existieron fallas en la manipulación del equipo técnico (f. 78-79, c. 1):

El doctor Moreno informa que el día 13 de septiembre de 2002, a las 9:00 a.m., fue sometida a procedimiento quirúrgico de adenoamigdalectomía la menor Luisa Arboleda Álvarez, del cual egresó y evolucionó satisfactoriamente. Durante el post operatorio inmediato se detectó la presencia de quemadura en cara interna del muslo izquierdo. Una vez detectada se procedió a realizar revisión por parte del Cirujano General de turno, quien realiza curación de la herida y cubrimiento con antibióticos.

El doctor Moreno invita a que se argumente lo sucedido para precisar por qué ocurrió esta situación. Las Auxiliares de Enfermería que estuvieron a cargo del paciente argumentan el procedimiento realizado, el cual se efectúa en forma permanente en los procedimientos quirúrgicos de este tipo, llevados a cabo en el Hospital.

El Técnico de Mantenimiento informa, por solicitud del Gerente, que hubo fallas en dos aspectos:

- Falta de polo a tierra de la conexión del equipo (electrobisturí), esto facilita la fuga de energía por medio del contacto del equipo con el cuerpo del usuario.

Expediente n.º 35977
Actores: Humberto Arboleda Ocampo y otros
Decisión que modifica la sentencia de primera instancia

- La colocación inadecuada de la placa del electrobisturí en la paciente, lo que generó un recorrido largo de la energía entre la fuente y el sitio de descarga.

El Gerente recomienda al Técnico de Mantenimiento solicitar el concepto técnico y de funcionamiento al proveedor del equipo electrobisturí, con el fin de aclarar lo sucedido. (Destaca la Sala).

20.2. En vista del accidente, el hospital acudió a la sociedad Gilmédica Ltda. para solicitar un concepto sobre la idoneidad técnica del equipo con se causó el daño a la menor Luisa María Arboleda. En el oficio enviado por la Jefe Administrativa del Departamento de Bioingeniería, se detalló el informe del ingeniero que realizó la inspección (f. 149-150, c. 1):

De acuerdo con la llamada telefónica reportando un inconveniente con el equipo en referencia [Electrobisturí Berthold Modelo Electrotom 530 n/s 1120029 E 10224], el pasado viernes 13 de septiembre de 2002, durante el desarrollo de una cirugía de otorrino y el uso del electrobisturí en mención, se presentó una quemadura en el paciente (niña) no deseada a la altura de la pierna izquierda cerca de la rodilla, la quemadura alcanzó el grado 3 de severidad.

En nuestra visita encontramos las siguientes irregularidades:

- El electrodo neutro del equipo no se está asegurando al paciente con correas de la forma adecuada. Esto puede causar el desplazamiento hasta hacer contacto con áreas indeseadas y por ende el funcionamiento incorrecto del bisturí. En este caso particular se ha encontrado una de las puntas del electrodo con protuberancias superficiales y es justamente ese punto donde se causó la quemadura, también se le preguntó al personal presente, enfermera Gladys Ortiz, sobre la posibilidad que esa punta entonces hubiese podido tocar la extremidad contraria (pierna izquierda) y la respuesta ha sido afirmativa, el electrodo había sido ubicado en la pierna derecha.

- El cable de control se encontró con serias deficiencias técnicas y normativas, no cuenta con el polo a tierra y no es el cable original y recomendado por el fabricante. (...)

Con los datos anteriores, puede decirse entonces que el accidente pudo producirse debido a la falta de condiciones adecuadas y de seguridad mínimas para el correcto desempeño del equipo.

Un inadecuado uso del electrodo neutro contribuye a un mal desempeño del equipo durante la cirugía.

Expediente n.º 35977
Actores: Humberto Arboleda Ocampo y otros
Decisión que modifica la sentencia de primera instancia

Se le ha explicado al área de mantenimiento y cirugía la importancia de poder contar con cables de poder en buen estado y que cumplan con la normativa hospitalaria para poder garantizar el correcto desempeño de los equipos durante su uso, así mismo, se les suministró información técnica acerca de la correcta utilización del electrodo neutro, para cada caso de cirugía, de acuerdo con lo recomendado por el fabricante. (Destaca la Sala).

20.3. Sumado a lo anterior, los testimonios del personal médico ponen en evidencia que el equipo de electrobisturí presentaba deficiencias que, sin embargo, fueron ignoradas por quienes practicaron la operación. Al respecto, la licenciada Gladys Ortiz Tobón, jefe del servicio de cirugía, afirmó en su declaración en el proceso disciplinario (f. 108-110, c. 1):

El día de la cirugía se llamó a Jairo Vallejo para que revisara el equipo de electrobisturí, este a su vez llamó a los proveedores del equipo, los cuales dijeron que estaba en buenas condiciones, pero que le faltaba la “pata de polo a tierra”, no recuerdo si tal concepto lo certificaron por escrito. Este electrobisturí se había utilizado no sé por cuanto tiempo sin la pata de polo a tierra y no se había presentado ningún problema. También aclaro que personalmente no sabía que era necesario que el equipo contara con la pata de polo a tierra. (...)

Preguntada: Dada su formación y experiencia, usted cuál señalaría como la causa de la quemadura que sufrió la menor Luisa María Arboleda. Contestó: No puedo asegurar la causa, yo podría pensar que hubo un cambio de voltaje y por la falta de la pata de polo a tierra pudo haber pasado, pero no lo puedo asegurar. (...)

En la época que ocurrió este incidente el señor Jairo Vallejo no tenía tiempo suficiente para hacerle mantenimiento preventivo a los equipos, porque no contaba con ayudante, a mi modo de ver iba a Cirugía a realizar mantenimiento correctivo. No recuerdo que en algún momento se le haya hecho mantenimiento preventivo al equipo. (Destacado propio).

20.4. Es preciso explicar el funcionamiento del equipo del electrobisturí, la forma en que se colocan las placas térmicas en los pacientes para los procedimientos quirúrgicos y, en especial, cómo sucedió en el caso de la menor Arboleda Álvarez. Así lo expone la auxiliar de enfermería María Sobeida Osorio Ríos (f. 113, c. 1):

Expediente n.º 35977
Actores: Humberto Arboleda Ocampo y otros
Decisión que modifica la sentencia de primera instancia

Con relación a la placa hay que decir que son de varios tipos, hay una placa que es metálica que requiere gel para colocársela al paciente, esa fue la placa que yo conocí cuando llegué a Cirugía; después con el tiempo fueron llegando otras placas diferentes, unas de caucho grueso y otras adhesivas a la piel. La placa de caucho grueso no requiere gel, se debe colocar al paciente en la parte más cercana al sitio de la cirugía y donde haya músculo y no haya mucho tejido óseo; igualmente la placa adhesiva se coloca en la parte más cercana al sitio de la cirugía; igual sucede con la placa metálica, con las indicaciones de no poner en codo, rodilla ni donde haya mucho tejido óseo. En relación con los cables del electro son de dos tipos, uno que tiene tres patas, que es el cable manual, y el otro cable que es de una sola pata y se maneja con un pedal. (...)

A Luisa María se le colocó en la nalga la placa de caucho grueso, el cable no estoy segura cuál era su tipo. (...) La placa se ubicó cubriéndole ambas nalgas y parte de los muslos. Yo estoy segura de eso porque si bien como instrumentadora no me corresponde ponerle la placa, sí lo detecté cuando le quité la sábana estéril de cirugía, la placa estaba puesta.

20.5. La señora Osorio Ríos, que también participó en el procedimiento como instrumentadora, expresó en su declaración: *“Después llamaron al otorrino, vino el anestesiólogo y la jefe para mirar lo sucedido, fueron al quirófano, cogimos la placa y detectamos que tenía un corto en uno de sus extremos”* (f. 113, c. 1). Y la auxiliar de enfermería Noelia Holguín de Jesús Montaña señaló a su vez: *“nos enteramos que la paciente había sufrido una quemadura a razón de la falta del polo a tierra del equipo de electrobisturí, según dijo el muchacho de Mantenimiento”* (f. 117, c. 1).

21. Este conjunto de pruebas apuntan a la existencia de una falla en la prestación del servicio médico por falta de mantenimiento y manipulación inadecuada de los equipos técnicos previstos para el proceso quirúrgico. Según se desprende del informe emitido por la firma Gilmédica Ltda., el electrobisturí del Hospital San Rafael de Itagüí, las correas del equipo no se ajustaban de manera adecuada, de manera que el electro neutro se desplazaba causando riesgos de contacto indebido con la piel, y el cable de control no era el recomendado por el fabricante y presentaba fallas

Expediente n.º 35977
Actores: Humberto Arboleda Ocampo y otros
Decisión que modifica la sentencia de primera instancia

técnicas y normativas que hacían necesaria una revisión.

22. A su vez, el técnico de mantenimiento del hospital reconoció que el equipo no contaba con un polo a tierra que permitiera regular el flujo de energía para evitar accidentes, y que la placa neutra del electrobisturí se colocó de manera inadecuada, provocando la lesión térmica a la menor. Y el personal médico tratante manifestó que el equipo se utilizó en tales condiciones en otras oportunidades sin que se hubiera presentado antes un accidente, que antes de la operación a la menor Luisa Arboleda se percataron de que la placa del aparato tenía un corto (y sin embargo la utilizaron en la cirugía) y que el auxiliar de mantenimiento no hacía una evaluación preventiva, sino correctiva, pues no tenía el tiempo ni contaba con un auxiliar para esa labor.

23. Es claro entonces que el daño causado a la menor Luisa Arboleda Álvarez resulta imputable a la entidad demandada, debido a la falta de mantenimiento y mal manejo de los equipos técnicos destinados para la atención quirúrgica. No es posible afirmar que se trata de un caso fortuito por una variación repentina de la corriente eléctrica que alteró el normal funcionamiento del electrobisturí, pues este tipo de eventos se pueden evitar y controlar precisamente mediante un regulador de energía, como el que echaron de menos los técnicos que examinaron la máquina. Debe ser esta una medida preventiva obligatoria en cabeza de los prestadores del servicio de salud, dado que la manipulación de equipos que manejan electricidad es una actividad riesgosa que, como en el presente asunto, pueden generar daños a las personas en su vida y su integridad física si no se usan adecuadamente y no se hace un mantenimiento periódico.

24. En esos términos, la Sala considera que le asiste responsabilidad al Hospital San Rafael de Itagüí por la lesión causada a la menor Luisa María Arboleda Álvarez y, en consecuencia, confirmará la sentencia de primera instancia que condenó a la entidad al pago de perjuicios a favor

Expediente n.º 35977
Actores: Humberto Arboleda Ocampo y otros
Decisión que modifica la sentencia de primera instancia

de la víctima directa y de sus padres.

VI. Liquidación de perjuicios

25. Antes de proceder a la liquidación de perjuicios se advierte que, en vista de que el llamado en garantía es el único apelante, en atención al principio constitucional de *no reformatio in pejus* no se debe desmejorar la situación que ya le fijó el Tribunal de primera instancia.

26. La inconformidad de la parte impugnante frente a la liquidación de perjuicios se contrae a los siguientes puntos: (i) el reconocimiento de 30 smlmv como compensación de los perjuicios morales para cada uno de los demandantes es exagerado, pues la lesión de la menor Luisa María Arboleda se limita a “*una pequeña cicatriz en la rodilla*”; (ii) si se ordena a la compañía aseguradora reembolsar al Hospital San Rafael de Itagüí la totalidad de la condena se debe tener en cuenta el deducible pactado en la póliza de seguro (el 10% del siniestro, con un mínimo de \$5.000.000).

27. Para fijar el valor de la compensación del **perjuicio moral**, la Sala advierte que la condena se proferirá en el valor equivalente a salarios mínimos legales mensuales vigentes (smlmv)²³.

27.1. En recientes sentencias de unificación, la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación consolidó los parámetros para la reparación de perjuicios morales en casos de lesiones personales²⁴. Para el efecto, se fijó como referente para la liquidación del perjuicio la valoración de la gravedad de la lesión reportada por la víctima, y el grado de relación de los reclamantes con respecto a esta, así:

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 6 de septiembre de 2001, exp. 13232-15646, C.P. Alier Hernández Enríquez.

²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de 28 de agosto de 2014, exp. 31172, C.P. Olga Mérida Valle de De La Hoz.

Expediente n.º 35977
Actores: Humberto Arboleda Ocampo y otros
Decisión que modifica la sentencia de primera instancia

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

27.2. Como puede observarse, la Sala fijó seis rangos de gravedad o levedad de la lesión, determinados por el porcentaje de la pérdida de la capacidad laboral del lesionado, y cinco niveles de relación afectiva con respecto a la víctima directa, como lineamientos para la compensación del perjuicio moral en estos eventos.

27.3. Sin embargo, el presente caso desborda los parámetros fijados por la Sala, toda vez que el perjuicio moral causado a Luisa María Arboleda y a sus familiares con ocasión de la lesión en su pierna no se funda en la pérdida de su capacidad laboral, sino en la afectación de otra esfera de enorme importancia: el derecho a la integridad y armonía corporal.

27.4. El juez administrativo tiene la potestad de determinar el monto a reconocer cuando se trata de perjuicios morales. Esta discrecionalidad está regida por: (i) la regla de que la indemnización del perjuicio se hace a título de compensación, dado que *“la suma establecida no se ajustará nunca al monto exacto del perjuicio, pero buscará, de alguna manera, restablecer el equilibrio roto con su ocurrencia”*, no a título de restitución ni de reparación; (ii) el principio de equidad previsto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998; (iii) el deber de estar sustentada en los medios

Expediente n.º 35977
Actores: Humberto Arboleda Ocampo y otros
Decisión que modifica la sentencia de primera instancia

probatorios que obran en el proceso respecto del daño y su intensidad; y (iv) el deber de estar fundada, cuando sea el caso, en otras providencias para efectos de garantizar el principio de igualdad²⁵.

27.5. En este caso, la quemadura de tercer grado que padeció la menor en la parte interior de la pierna izquierda le dejó una cicatriz de carácter permanente, de aproximadamente tres centímetros de largo. El médico Álvaro Carrillo explicó las características de esta secuela (f. 251, c. 1):

A nivel funcional no presentaba ninguna limitación ya que la lesión fue superficial y limitada a la piel y en ningún momento comprometió articulaciones ni tejidos profundos. A nivel estético, en ese entonces se apreciaba una cicatriz de 3 centímetros aproximadamente en evolución. (...) Es normal que las cicatrices inicialmente sean antiestéticas e hipertróficas, pero a medida que pasa el tiempo y en la fase de maduración de dichas cicatrices y con el crecimiento del organismo dichas cicatrices tienden a disminuir en tamaño o a desaparecer, ocasionalmente, y por factor individual de cada paciente algunas cicatrices permanecen hipertróficas en forma de queloide.

27.6. La Sala considera apropiado confirmar la condena de 30 smlmv a favor de cada demandante, impuesta por el Tribunal de primer grado, en atención a los precedentes de la Sala en casos de similar naturaleza: (i) a un soldado de 23 años que sufrió cicatrices en las manos luego de ser tratado por leishmaniasis, se le reconoció una reparación de 40 smlmv por este concepto²⁶; (ii) la misma suma se reconoció a un soldado que sufrió heridas en el miembro inferior izquierdo por la acción de un arma de fragmentación y quedó con cicatrices queloides como secuelas²⁷; (iii) a una niña menor de edad que en un accidente de tránsito sufrió lesiones que le dejaron una cicatriz permanente a lo largo del brazo izquierdo se

²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 8 de marzo de 2007, exp. 15459, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; sentencia de 29 de julio de 2013, exp. 24494. C.P. Danilo Rojas Betancourth, entre otras.

²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 29 de abril de 2015, exp. 32014, C.P. Hernán Andrade Rincón (E). Se debe reconocer que, además de las cicatrices, el afectado presentó un trauma acústico (hipoacusia bilateral) con ocasión de combate.

²⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 9 de marzo de 2011, exp. 15587, C.P. Gladys Agudelo Ordóñez (E). En este caso también hubo un compromiso de la capacidad auditiva.

Expediente n.º 35977
Actores: Humberto Arboleda Ocampo y otros
Decisión que modifica la sentencia de primera instancia

reconoció una indemnización de 70 smlmv en atención al deterioro de su integridad física y estética²⁸.

27.7. La Sala ha considerado, además, que el parentesco constituye un indicio suficiente de la existencia, entre miembros de una misma familia, de una relación de afecto profunda y del sufrimiento que experimentan unos con el padecimiento de otros²⁹, de modo que la reparación a favor de la menor deberá ordenarse en la misma suma a favor de sus padres.

27.8. En estos términos se confirma la decisión del *a quo* de reconocer a favor de Luisa María Arboleda Álvarez, Humberto Arboleda Ocampo y Patricia Elena Álvarez Zapata la suma de 30 smlmv, para cada uno, por concepto de indemnización de los perjuicios morales ocasionados por las fallas en el servicio médico imputables a la entidad demandada.

28. Finalmente, en relación con la solicitud de la compañía aseguradora de que se tenga en cuenta, para efectos de la condena, el deducible que se acordó con el Hospital San Rafael en la póliza de responsabilidad civil n.º 0024900-8, la Sala evidencia que en la póliza se pactó como deducible el “10% del valor de la pérdida, con un mínimo de 150 salarios mínimos diarios vigentes” (f. 201, c. 1), y que en las condiciones de renovación de la póliza, en el punto nueve, se indicó: “Deducible: 10% del valor del siniestro mínimo \$5.000.000 para toda y cada pérdida” (f. 205, c. 1). Por lo tanto, se modificará la sentencia de primera instancia en el sentido de aclarar que el reembolso de la condena que le corresponda a la Compañía de Seguros Suramericana S.A. deberá ceñirse a los términos, valores y condiciones de la póliza suscrita con la entidad demandada.

VII. Costas

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 24 de marzo de 2011, exp. 19032, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 10 de marzo de 2005, exp. 14808, C.P. Germán Rodríguez.

Expediente n.º 35977
Actores: Humberto Arboleda Ocampo y otros
Decisión que modifica la sentencia de primera instancia

29. No hay lugar a la imposición de costas, debido a que no se evidencia una actuación temeraria de ninguna de las partes, condición exigida por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 para que se proceda de esta forma.

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

FALLA

MODIFICAR la sentencia de 15 de julio de 2008, dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala de Decisión, mediante la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, y en su lugar dispone:

PRIMERO: DECLARAR responsable administrativa y patrimonialmente al Hospital San Rafael de Itagüí por la lesión sufrida por la menor Luisa María Arboleda Álvarez con ocasión de la falla en el servicio médico.

SEGUNDO: CONDENAR al Hospital San Rafael de Itagüí a pagar, por concepto de reparación de los perjuicios morales a favor de Luisa María Arboleda Álvarez, Humberto Arboleda Ocampo y Patricia Elena Álvarez Zapata, la suma de 30 smlmv para cada uno.

TERCERO: CONDENAR a la Compañía Suramericana de Seguros S.A. a reembolsar al Hospital San Rafael de Itagüí el valor de la condena, en los términos y condiciones pactados en la póliza de responsabilidad civil n.º 0024900-8, incluida la cláusula del deducible acordado.

CUARTO: DENEGAR las demás pretensiones de la demanda.

Expediente n.º 35977
Actores: Humberto Arboleda Ocampo y otros
Decisión que modifica la sentencia de primera instancia

QUINTO: Aplicar lo establecido en los artículos 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

SEXTO: Expedir por Secretaría copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, las cuales se entregarán a quien ha actuado como apoderado judicial.

En firme este fallo, devuélvase al Tribunal de origen para lo de su cargo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Presidenta

RAMIRO PAZOS GUERRERO

DANILO ROJAS BETANCOURTH