

PERSPECTIVA DE GENERO - Derecho a la Salud. Atención ginecológica / PERSPECTIVA DE GENERO - Derecho a la salud. Tratar las enfermedades que atañen a las mujeres / PERSPECTIVA DE GENERO - Paciente a quien se le practicó histerectomía abdominal que produjo pérdida anatómica del órgano reproductor femenino / PERSPECTIVA DE GENERO - Vulneración de principios constitucionales de dignidad humana y de libertad. Afectación a la libertad y dignidad de la mujer. Falta de diligencia en el estudio médico para adelantar proceso gineco-obstétrico / PERSPECTIVA DE GENERO - Práctica de procedimiento histerectomía no es la solución más adecuada para garantizar el derecho a la salud de una mujer. Atención gineco-obstétrica

Con el fin de garantizar que situaciones como las del sub judice no se repitan, se exhortará al Ministerio de Salud para que, si no lo ha hecho, adopte medidas conducentes a reforzar el respeto a la dignidad de la mujer, en la atención gineco-obstétrica, así como al respeto de su integridad física, y a la consolidación de la conciencia de que la mujer es sujeto de especial protección.

NOTA DE RELATORIA: En relación con la responsabilidad extracontractual del Estado por la indebida práctica de procedimientos de extracción de órganos sexuales femeninos, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha estudiado y fallado otros casos con anterioridad, entre éstos: la sentencia de 25 de abril de 2012, exp. 21861(B) y el fallo de 28 de febrero de 2013, exp. 26303

DAÑO ANTIJURIDICO - Paciente a quien se le practicó histerectomía abdominal que generó pérdida anatómica del órgano reproductor femenino / DAÑO ANTIJURIDICO - Afectación a la mujer en procedimiento gineco-obstétrico. Acreditación, configuración

Para la Sala no existen dudas sobre la configuración de los diferentes elementos constitutivos de la responsabilidad administrativa y patrimonial del Instituto de Seguros Sociales por los hechos analizados, habrá lugar a confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto la declaró. (...) En efecto, dadas las pruebas obrantes en el expediente, la Sala considera acreditado el daño antijurídico invocado por la actora, esto es, la pérdida anatómica sufrida con ocasión de la práctica de una histerectomía abdominal total, el 3 de julio de 1990.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL O PATRIMONIAL DEL ESTADO - Falla del servicio médico. Procedimiento histerectomía abdominal que produjo pérdida anatómica del órgano reproductor femenino / ACCION DE REPARACION DIRECTA - Falla del servicio médico. Procedimiento histerectomía abdominal que produjo pérdida anatómica del órgano reproductor femenino / FALLA DEL SERVICIO MEDICO - Aplicación de procedimiento gineco-obstétrico que afectó en la dignidad humana y libertad de la mujer / FALLA DEL SERVICIO MEDICO - Procedimiento de histerectomía abdominal practicada a paciente no fue resultado de estudio diligente. Práctica de procedimiento histerectomía no es la solución más adecuada para garantizar el derecho a la salud de una mujer / FALLA DEL SERVICIO MEDICO - Falta de información a la paciente a cerca de tratamiento gineco-obstétrico

El hecho de que este daño es imputable a la entidad demandada, a título de falla del servicio (...) Sobre la existencia de esta última basta reiterar que: i) en el expediente no obra constancia de que la programación de la histerectomía abdominal practicada a la paciente haya sido el resultado de un estudio diligente sobre la patología padecida y sobre las posibilidades de tratamiento; ii) no está

probado que la paciente haya sido informada adecuadamente de las implicaciones del procedimiento para el cual se programó, pues el registro de hospitalización no consigna nada al respecto (...); iii) en el momento mismo de la hospitalización con miras a realizar el procedimiento quirúrgico no se había definido un diagnóstico (...) como ya se señaló anteriormente, los testimonios médicos hacen pensar en una falta de coordinación entre los servicios pues, mientras la médica tratante en la unidad satélite señala que la razón de la remisión fue garantizarle un mejor tratamiento (...), tanto el médico que realizó la intervención como el que debía programarla señalaron que la UPI se limitaba a practicar los procedimientos quirúrgicos (...) a pesar de que, para efectos de programar la cirugía, era necesario un control por consulta externa y la presentación de una historia clínica completa, no aparecen los registros de dichas actuaciones. (...) es posible inferir que dichas fallas fueron la causa eficiente del daño causado a la señora Cardona Guerrero (...) Así pues e independientemente de que, como lo afirman los médicos declarantes en el proceso (...), la histerectomía abdominal fuera una de las posibilidades de tratamiento de la patología padecida por la paciente, lo cierto es que en el caso bajo análisis no se demostró que esa fue la razón por la cual se realizó ni, menos aún, que dadas sus circunstancias, en particular, su condición de sujeto de especial protección constitucional y su edad, la práctica de dicho procedimiento era la solución más adecuada en aras a garantizarle su derecho fundamental a la salud, razón por la cual se compromete la responsabilidad administrativa y patrimonial de la entidad demandada.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL O PATRIMONIAL DEL ESTADO - Cláusula general de competencia

Esa afirmación resulta relevante porque de conformidad con lo previsto en el artículo 90 de la Constitución, el derecho a la reparación se fundamenta en la antijuridicidad del daño, sin que sea suficiente verificar que la víctima o sus beneficiarios no estaban en el deber jurídico de soportarlo para que surja el derecho a la indemnización, dado que se requiere que dicho daño sea imputable a la administración, y sólo lo será cuando su intervención hubiera sido la causa eficiente del mismo.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 90

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Falla del servicio médico. Responsabilidad del ISS Instituto de los Seguros Sociales por procedimiento de histerectomía abdominal practicado a mujer / FALLA DEL SERVICIO MEDICO - Régimen de responsabilidad

La responsabilidad por la prestación del servicio de salud es de naturaleza subjetiva, lo cual significa que el régimen bajo el cual debe estructurarse es el de la falla probada del servicio, con las consecuencias probatorias que, tal y como se ha reiterado, le son propias, por cuanto se ha precisado que quien alegue que existió un defecto en la prestación del servicio médico asistencial, es necesario que demuestre tal falla, así como también el daño y el nexo causal entre aquella y este.

FALLA DEL SERVICIO MEDICO - Prueba indirecta. Indicios / PRUEBAS - Falla del servicio médico. Acreditación de inobservancia de la lex artis y de la causa eficiente del daño

En relación con la carga de la prueba tanto de la falla del servicio como del nexo causal, se ha dicho que corresponde al demandante, pero dicha exigencia se

modera mediante la aceptación de la prueba indirecta de estos elementos de la responsabilidad a través de indicios. (...). La responsabilidad estatal por fallas en la prestación del servicio médico asistencial no se deriva simplemente a partir de la sola constatación de la intervención de la actuación médica, sino que debe acreditarse que en dicha actuación no se observó la *lex artis* y que esa inobservancia fue la causa eficiente del daño.

FALLA DEL SERVICIO MEDICO - Nexo de causalidad, demostración / NEXO DE CAUSALIDAD O NEXO CAUSAL - Falla del servicio médico. Nexo causal o nexo de causalidad de la intervención médica y daño sufrido / FALLA DEL SERVICIO MEDICO - Pruebas. Reglas *res ipsa loquitur* para análisis de las pruebas / FALLA DEL SERVICIO MEDICO - Reglas *res ipsa loquitur*. Verificación del daño y de la aplicación de una regla de experiencia, conforme a la cual existe nexo causal entre un evento dañoso y una prestación médica / FALLA DEL SERVICIO MEDICO - Aplicación de la teoría de la causalidad adecuada o causa normalmente generadora del resultado

La prueba de la relación causal entre la intervención médica y el daño sufrido por el paciente reviste un grado de complejidad a veces considerable, no sólo por tratarse de un dato empírico producido durante una práctica científica o técnica, comúnmente ajena a los conocimientos del propio paciente, sino porque, además, por lo regular, no queda huella de esa prestación, diferente al registro que el médico o el personal paramédico consigne en la historia clínica, la que, además, permanece bajo el control de la misma entidad que prestó el servicio. (...). Las dificultades a las que se enfrenta el afectado cuando pretende acreditar el nexo causal, no han sido soslayadas por la jurisprudencia; por el contrario, para resolver los casos concretos, en los cuales no se cuente con el dictamen serio y bien fundamentado de un experto, que establezca o niegue esa relación, se ha buscado apoyo en las reglas de prueba desarrolladas por la doctrina nacional y foránea. (...). Así, se ha acudido a reglas como *res ipsa loquitur*, desarrollada en el derecho anglosajón; o de la culpa virtual elaborada por la doctrina francesa, o la versión alemana e italiana de la prueba *prima facie* o probabilidad estadística, que tienen como referente común el deducir la relación causal y/o la culpa en la prestación del servicio médico a partir de la verificación del daño y de la aplicación de una regla de experiencia, conforme a la cual existe nexo causal entre un evento dañoso y una prestación médica cuando, según las reglas de la experiencia (científica, objetiva, estadística), dicho daño, por su anormalidad o excepcionalidad, sólo puede explicarse por la conducta negligente del médico y no cuando dicha negligencia pueda ser una entre varias posibilidades, como la reacción orgánica frente al procedimiento suministrado o, inclusive, el comportamiento culposo de la propia víctima. (...). Cabe destacar que la aplicación de esas reglas probatorias, basadas en reglas de experiencia guardan armonía con el criterio adoptado por la Sala en relación con la teoría de la causalidad adecuada o causa normalmente generadora del resultado, conforme a la cual, de todos los hechos que anteceden la producción de un daño sólo tiene relevancia aquel que, según el curso normal de los acontecimientos, ha sido su causa directa e inmediata. La elección de esa teoría se ha hecho por considerar insatisfactoria la aplicación de otras, en particular, la de la equivalencia de las condiciones, según la cual basta con que la culpa de una persona haya sido uno de los antecedentes del daño para que dicha persona sea responsable de él, sin importar que entre la conducta culposa y el daño hubieran mediado otros acontecimientos numerosos y de gran entidad. (...). En varias providencias proferidas por la Sala se consideró que cuando fuera imposible demostrar con certeza o exactitud la existencia del nexo causal, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la

carencia de los materiales y documentos que probaran dicha relación, el juez podía “contentarse con la probabilidad de su existencia”, es decir, que la relación de causalidad quedaba probada cuando los elementos de juicio que obraran en el expediente conducían a “un grado suficiente de probabilidad”, que permitían tenerla por establecida. (...). De manera más reciente se precisó que la exigencia de “un grado suficiente de probabilidad”, no implica la exoneración del deber de demostrar la existencia del vínculo causal entre el daño y la actuación médica, que haga posible imputar responsabilidad a la entidad que presta el servicio, sino que esta es una regla de prueba, con fundamento en la cual el vínculo causal puede ser acreditado de manera indirecta, mediante indicios. (...). Así la Sala ha acogido el criterio según el cual para demostrar el nexo de causalidad entre el daño y la intervención médica, los indicios se erigen en la prueba por excelencia, dada la dificultad que en la mayoría de los casos se presenta de obtener la prueba directa. Indicios para cuya construcción resulta de utilidad la aplicación de reglas de la experiencia de carácter científico, objetivo o estadístico, debidamente documentadas y controvertidas dentro del proceso.

NOTA DE RELATORIA: Ver sentencia de la Sección Tercera, del 27 de abril de 2011, Exp. 19846, C.P. Ruth Stella Correa Palacio y, de la Subsección B, sentencia de marzo 22 de 2012, Exp. 23132, con ponencia de la misma magistrada. Referente al tema de la Falla Probada del Servicio ver sentencia 29 de octubre de 2012, Exp. 25331, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

PRINCIPIO DE RESTITUTIO IN INTEGRUM O RESTITUCION INTEGRAL - Deber de reparar integralmente daño ocasionado con procedimiento de histerectomía abdominal que ocasionó pérdida de órgano genital femenino / MEDIDAS DE JUSTICIA RESTAURATIVA - Protección de la dimensión subjetiva y objetiva del derecho afectado

En el caso de la prestación del servicio de salud, la ausencia de medidas afirmativas y/o diferenciales de prevención y de protección que tengan en cuenta la especificidades de las niñas, adolescentes y/o mujeres, “así como las consecuencias que para las mismas revisten los procedimientos en los que pueden verse sensible e irreparablemente comprometidos los órganos que comprometen su identidad y sus derechos reproductivos”, puede constituir una violación de los derechos constitucionales fundamentales de la víctima, lo cual puede dar lugar, (...) a ordenar medidas no pecuniarias de reparación integral de los derechos conculcados y ello incluso si no fueron solicitadas en el petitum de la demanda. (...). En procesos en los que el daño proviene de graves violaciones a derechos humanos o la vulneración grave o significativa de derechos fundamentales, es posible decretar todo tipo de medidas de justicia restaurativa conforme al principio de restitutio in integrum y de reparación integral. (...). Así las cosas, en este tipo de procesos, siempre que se constate la violación a un derecho humano, sea fundamental o no, a causa de una grave lesión, será procedente adoptar todo tipo de medidas de justicia restaurativa para proteger no sólo la dimensión subjetiva sino objetiva del derecho afectado. (...). En los procesos en los que el daño no provenga de graves lesiones a derechos humanos, es posible que el hecho dañoso lesione o afecte un derecho fundamental tanto en su órbita subjetiva como objetiva, razón por la que se podrán adoptar las medidas resarcitorias solicitadas con la demanda o las que de oficio o a petición de parte considere el juez, pero encaminadas a salvaguardar el núcleo esencial del derecho, bien sea en su órbita subjetiva u objetiva.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el tema ver sentencia de 4 de mayo de 2011, exp. 19355

PERJUICIOS MORALES - Paciente que sufrió pérdida anatómica del órgano reproductor femenino por procedimiento de histerectomía abdominal. Cien 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes

Al respecto la Sala considera que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corporación y por aplicación de máximas de la experiencia, es posible inferir que la víctima de dolencias físicas sufre también padecimientos morales, razón por la cual le asistió razón al a quo al tener por acreditado dicho perjuicio respecto de la actora. Ahora bien, en cuanto a su tasación, (...) la condena por dicho concepto debe fijarse en salarios mínimos legales mensuales vigentes (...) teniendo en cuenta la equivalencia establecida en la decisión mencionada y el hecho de que la suma resultante corresponde a lo decidido en casos similares, la condena proferida a favor de la señora Aracely Cardona Guerrero será modificada de manera tal que la suma concedida será el equivalente a cien (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

NOTA DE RELATORIA: En relación con este tema de la aplicación de máximas de experiencia ver la sentencia de 10 de julio de 2003, exp. 14083 y 14 de abril de 2011, exp. 20587. En relación con la tasación de 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes por el concepto de perjuicios morales a una lesionada por cuenta de una histerectomía ver el fallo de 25 de abril de 2012, exp. 21861

DAÑO A LA SALUD - Paciente que sufrió pérdida anatómica del órgano reproductor femenino por procedimiento de histerectomía abdominal

Sobre el particular es importante aclarar que, desde la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 14 de septiembre de 2011, Exp. 19031 y 38222, C.P. Enrique Gil Botero, se adoptó el criterio según el cual, cuando los daños relacionados con el goce de la vida provienen de una alteración de la salud del sujeto, ya no es procedente referirse al perjuicio fisiológico, o al daño a la vida de relación, o incluso a las alteraciones graves de las condiciones de existencia, sino que es pertinente hacer referencia a una nueva tipología de perjuicio, denominada daño a la salud. (...). Ahora bien, contrario a lo considerado por el a quo, la indemnización de dicho perjuicio no procede de oficio. Es indispensable que, a partir de una interpretación armónica de la demanda, pueda establecerse que la parte actora solicita ser indemnizada por los padecimientos diferentes al daño moral derivados de su afectación a su salud. (...) En este orden de ideas y dado que la demanda es explícita al señalar que, por cuenta de la histerectomía abdominal que le fue realizada, la señora Aracely Cardona Guerrero se ha visto afectada tanto física como moralmente (...) puede inferirse que reclama la indemnización del perjuicio que, en el estado actual de la jurisprudencia, se ha denominado daño a la salud. (...) A propósito de su causación, la Sala observa que, según las pruebas obrantes en el expediente, está acreditada, pues se demostró que se trataba de una mujer joven -según la historia clínica tenía 29 años- que, a partir del momento de la intervención quirúrgica, quedó en estado de menopausia precoz –supra párr. 15-, lo cual implica afectaciones varias –supra párr. 12 y 13-. Lo anterior sin tener en cuenta que le fueron retirados órganos indispensables para la procreación. Sobre este punto la Subsección ha considerado (...) En relación con su tasación, la Sala considera que, de acuerdo con la equivalencia establecida en la antes citadas sentencias 13232 y 15646, el monto a conceder por dicho concepto, esto es, 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, no resulta superior al que se otorgaría en casos similares y, por lo tanto, no hay lugar a disminuirlo.

NOTA DE RELATORIA: En relación con el tema de indemnización de perjuicios por Daño a la Salud ver sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 14 de septiembre de 2011, exp. 19031 y 38222. Respecto de casos donde se ha concedido indemnización por Daño a la salud a pacientes mujeres por práctica de histerectomía ver sentencia de 28 de febrero de 2013, exp. 26303

REPARACION INTEGRAL - Medidas de reparación no pecuniaria. Medidas de rehabilitación, medidas de satisfacción, medidas de garantías de no repetición / CONTROL DE CONVENCIONALIDAD - Medidas de reparación no pecuniaria / MEDIDA DE REPARACION NO PECUNIARIA - A favor de paciente que sufrió pérdida anatómica del órgano reproductor femenino por procedimiento de histerectomía abdominal

En el caso concreto es evidente la vulneración al derecho a la salud de la víctima como consecuencia de las irregularidades señaladas en la prestación del servicio de salud, las cuales conllevaron a que la señora Cardona Guerrero quedara privada de forma permanente de sus órganos reproductivos a una edad temprana, en la parte resolutive del fallo se dispondrá la adopción de las siguientes medidas de justicia restaurativa, a título de rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.

NOTA DE RELATORIA: En relación con medidas de reparación no pecuniario ordenadas en casos de operaciones gineco-obstétricas ver las decisiones de: 25 de abril de 2012, exp. 21861 y 28 de febrero de 2013, exp. 26303

MEDIDA DE REPARACION NO PECUNIARIA - Medida de Rehabilitación. Atención médica, sanitaria, psicológica y hospitalaria y medicamentos con cargo al ISS / MEDIDA DE REPARACION NO PECUNIARIA - Medida de Rehabilitación. Atención médica a paciente que sufrió pérdida anatómica del órgano reproductor femenino por procedimiento de histerectomía abdominal / MEDIDA DE REHABILITACION - Atención médica a paciente que sufrió pérdida anatómica del órgano reproductor femenino por procedimiento de histerectomía abdominal

El Instituto de Seguros Sociales suministrará toda la atención médica, sanitaria, psicológica, psiquiátrica y hospitalaria que requiera la señora Aracely Cardona Guerrero y que se relacione directa o indirectamente con su patología o padecimiento, esto es, las consecuencias derivadas de la práctica de la histerectomía abdominal practicada el 3 de julio de 1990, desde el momento de esta sentencia hasta el día en que ocurra su deceso. Al tiempo, brindará y suministrará todos los medicamentos, tratamientos y procedimientos quirúrgicos u hospitalarios que requiera a lo largo de su vida, siempre que sean dispuestos por los médicos tratantes y relacionados los mismos con el procedimiento al que fue sometido la víctima.

MEDIDA DE REPARACION NO PECUNIARIA - Medida de satisfacción. El ISS ofrecerá disculpas expresas y detalladas por las fallas del servicio a la paciente / MEDIDA DE SATISFACCION - Medida de reparación no pecuniaria. Disculpas públicas por cuenta de la entidad condenada y en favor de paciente que sufrió pérdida anatómica del órgano reproductor femenino por procedimiento de histerectomía abdominal

El representante legal del Instituto de Seguros Sociales o quien haga sus veces, ofrecerá a la demandante, por escrito y dentro de los tres meses siguientes a la

ejecutoria de esta providencia, disculpas expresas y detalladas por las fallas en el servicio que conllevaron a que perdiera su aparato reproductor.

MEDIDA DE REPARACION NO PECUNIARIA - Medida de Garantía de no repetición. Exhorto al Ministerio de Salud para adoptar medidas conducentes al respeto a la dignidad de la mujer en la atención gineco-obstétrica / MEDIDA DE GARANTIA DE NO REPETICION - Medida de reparación no pecuniaria. Exhorto al Ministerio de Salud para adoptar medidas conducentes al respeto a la dignidad de la mujer en la atención gineco-obstétrica

Con el fin de garantizar que situaciones como las del sub judice no se repitan, se exhortará al Ministerio de Salud para que, si no lo ha hecho, adopte medidas conducentes a reforzar el respeto a la dignidad de la mujer, en la atención gineco-obstétrica, así como al respeto de su integridad física, y a la consolidación de la conciencia de que la mujer es sujeto de especial protección.

COSTAS - No condena

El artículo 55 de la Ley 446 de 1998 establece que se condenará en costas a la parte que hubiere actuado en forma temeraria. En el presente caso la Sala no observa comportamiento temerario en las actuaciones procesales de los intervinientes dentro del presente trámite, razón por la cual no se condenará en costas.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 171 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 55

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION B

Consejero ponente: RAMIRO DE JESUS PAZOS GUERRERO

Bogotá D. C., treinta (30) de octubre de dos mil trece (2013).

Radicación número: 08001-23-31-000-1991-06344-01(22076)

Actor: ARACELY CARDONA GUERRERO

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES - ISS

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (APELACION SENTENCIA)

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en contra de la sentencia proferida por la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo del Atlántico el quince de febrero de dos mil uno, en la cual

se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda. La providencia será modificada.

SÍNTESIS DEL CASO

La señora Aracely Cardona Guerrero estaba siendo tratada por una hipermenorrea que persistía a pesar de los tratamientos prescritos. No obstante que los exámenes ordenados con el fin de determinar la causa de la patología no revelaron resultados negativos, a la señora Cardona Guerrero se le programó una histerectomía abdominal para la cual fue hospitalizada el 2 de julio de 1990. La cirugía, en la cual también se practicó una salpingooferoectomía bilateral, fue llevada a cabo al día siguiente y el resultado del examen de patología de los órganos extraídos no reveló anomalías. A raíz de este procedimiento la paciente quedó en estado de menopausia quirúrgica precoz y ha presentado pérdida de la masa ósea.

ANTECEDENTES

I. Lo que se demanda

Mediante escrito presentado el 16 de julio de 1991, ante el Tribunal Administrativo del Atlántico (f. 34-36 c. 1), por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de reparación directa establecida en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, la señora Aracely Cardona Guerrero presentó demanda en contra del Instituto de Seguros Sociales-ISS, con el fin de que se realizaran las siguientes declaraciones y condenas:

PRIMERA: Se declare que el Instituto de Seguros Sociales es civilmente (sic) responsable por la impericia, negligencia y falta de ética médica en la prestación de los servicios quirúrgicos a la señora Aracely Cardona Guerrero, quien fue dolosamente despojada de sus órganos de reproducción: útero, trompas de Falopio y ovarios.

SEGUNDA: Se condene como consecuencia de la anterior declaración al Instituto de Seguros Sociales al pago de una indemnización correspondiente a los perjuicios morales y materiales no inferiores a diez millones de pesos m/cte (\$ 10 000 000).

La actora sostuvo que el 26 de abril de 1990 se le realizó una ecografía ginecológica en la cual se presentaba un pequeño quiste, para cuya extirpación se programó una cirugía y que, el 2 de mayo del mismo año, en la Liga de Lucha contra el Cáncer del Atlántico, le practicaron exámenes citológicos que dieron resultados negativos para cualquier patología genital. Señaló que, previo a la operación programada, no fue valorada por médico alguno, y el doctor Orlando María Retamozo, quien estaba a cargo del procedimiento, le manifestó “*que desconocía la intervención quirúrgica que iba a realizar y que realizaba ésta para no perder el puesto*” (f. 35 c.1). Afirmó que en esta última se le despojó de todo su aparato reproductivo cuando, según el punto de vista de varios médicos, consultados con posterioridad, ello no era necesario dada la patología presentada. Finalmente, adujo que, como consecuencia de lo anterior, se encontró, a la edad de 30 años, en las mismas condiciones físicas y mentales de una mujer “*menopáusica*”, en incapacidad de procrear, con anomalías en el sistema

respiratorio y en la presión arterial y, además, con problemas de frigidez que han desmejorado su vida conyugal.

II. Trámite procesal

1. Contestación de la demanda

El Instituto de Seguros Sociales propuso la excepción de ineptitud formal de la demanda, por cuanto la actora no señaló el día de la intervención quirúrgica y, por lo tanto, no es posible determinar si operó o no el fenómeno de caducidad de la acción. Sobre el fondo del asunto manifestó que: i) no es cierto que los exámenes practicados el 2 de mayo de 1990 hubieran dado resultados negativos para cualquier patología genital pues, en la hoja de remisión que se acompañó con la demanda, se señala que la paciente padecía de hipermenorrea; ii) la citología vaginal tiene como propósito detectar células malignas pero no es un examen integral del aparato reproductor de la mujer; iii) el diagnóstico con base en el cual actuó el cirujano mencionaba una adenomiosis y tumores numerosos en el útero que justificaban la intervención; iv) la intervención programada no se limitaba a la extirpación de un quiste, pues la historia clínica aportada da cuenta de una patología diferente; v) de acuerdo con el registro de hospitalización, no es cierto que, previo a la intervención, la paciente no haya sido objeto de valoración médica; vi) la afirmación según la cual el doctor Retomozo manifestó no saber cuál era la intervención que debía realizar es inverosímil dada su experiencia y trayectoria profesional; vii) no se precisa el nombre de los ginecólogos a los cuales se hace alusión en la demanda, ni se acredita que estos hubieran examinado efectivamente a la paciente; y viii) las consecuencias de la intervención quirúrgica señaladas en el libelo introductorio deben ser probadas.

2. Sentencia de primera instancia

Surtido el trámite de rigor y practicadas las pruebas decretadas¹, la Sala de descongestión del Tribunal Administrativo del Atlántico profirió sentencia el 15 de febrero de 2001 (f. 270-289 c. ppl.). En ella resolvió:

PRIMERO: Declárase que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES es directa y administrativamente responsable por los perjuicios sufridos por la parte actora, por las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, condénase a la entidad demandada a pagar por concepto de perjuicios morales a la señora ARACELI (sic) CARDONA GUERRERO la suma equivalente a 1000 gramos de oro fino que certifique el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de la presente sentencia.

TERCERO: Condénase al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES a pagar a la señora ARACELI CARDONA GUERRERO, por concepto de “daño a la vida de relación”, la suma equivalente a quinientos (500) gramos de oro fino, que certifique el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de la presente providencia.

¹ El *a quo* las decretó mediante auto de 21 de julio de 1994, f. 121-122 c.1.

CUARTO: La entidad demandada dará cumplimiento a esta decisión en los términos previstos en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

QUINTO: En el evento de no ser apelada, consúltese esta decisión con el superior, siempre que la cuantía así lo amerite, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 184 del C.C.A.

SEXTO: No hay lugar a condenar en costas a la parte vencida.

Fundó su decisión en las siguientes consideraciones:

2.1. La excepción de ineptitud formal de la demanda propuesta por la demandada no tiene vocación de prosperidad por cuanto, si bien es cierto que en el libelo introductorio no se señaló la fecha de la intervención quirúrgica, de la historia clínica aportada con la demanda se infiere claramente que se realizó el 3 de julio de 1990.

2.2. Está acreditado en el expediente que la paciente sufría sangrado genital con frecuencia, razón por la cual le ordenaron varios exámenes médicos en los cuales los resultados patológicos fueron negativos. Además, en dos de ellos se recomendó control en dos y seis meses, respectivamente.

2.3. A pesar de que obra en el plenario el registro de hospitalización y las notas de evolución de la histerectomía abdominal practicada a la paciente, no está el documento donde consta la atención en la consulta externa de la unidad programática institucional –UPI-, ni las motivaciones para practicar dicha cirugía. De hecho, hay contradicción sobre las razones por las cuales la ginecóloga Vargas de Valdés remitió a la señora Cardona Guerrero a dicha unidad pues, por una parte, esta profesional declaró que fue para “*su mejor tratamiento y manejo*”, mientras que, por otra, el médico Orlando Peinado señaló que en esa unidad no se practicaban tratamientos, sino que se limitaban a dar el visto bueno para la programación de cirugías.

2.4. Según las pruebas obrantes en el expediente, a la señora Cardona Guerrero no se le realizaron los exámenes de control que habrían sido necesarios para tratar de evitar la cirugía, lo que “*deja ver a las claras la total negligencia del equipo médico de especialistas que intervinieron en cada fase*” y terminaron practicando una histerectomía abdominal total, sin un diagnóstico ginecológico quirúrgico, lo cual constituye una falla institucional en la organización del servicio que no puede excusarse en la división interna del trabajo.

2.5. Esta falla causó un daño irreparable a la paciente pues, según el informe pericial obrante en el expediente, no sólo es claro que no podrá tener hijos, sino que puede sufrir descalcificación en los huesos, lo cual da lugar a que se acceda a la condena solicitada por perjuicios morales. Adicionalmente y aunque la actora no la hubiera solicitado expresamente, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, debe reconocérsele una indemnización por “*daño a la vida de relación*”. Comoquiera que no se acreditó la afectación del patrimonio económico de la actora, los perjuicios materiales solicitados deben ser denegados.

3. Recurso de apelación

La parte demandada solicitó oportunamente que se revoque la decisión de primera instancia y, en su lugar, se denieguen las súplicas de la demanda (f. 290-291 c. ppl.). Sustentó su recurso en las siguientes razones:

3.1. Los alegatos finales presentados por el ISS no fueron tenidos en cuenta en la decisión de primera instancia. Tampoco lo fueron los testimonios técnicos de los médicos que intervinieron en el tratamiento practicado a la señora Aracely Cardona Guerrero.

3.2. El agravamiento de la situación clínica de la demandante se debió única y exclusivamente a su negligencia a la hora de acudir a los servicios especializados, pues tardó más de tres años antes de acudir a consulta. Tal como lo dictaminó el perito, “*si la paciente hubiera acudido juiciosamente a todos los tratamientos, su mejoría hubiera sido de un 90%, tanto física como emocionalmente*”.

3.3. En la medicina moderna se extirpa el aparato reproductor para evitar riesgos y prevenir enfermedades como la sufrida por la demandante.

CONSIDERACIONES

I. Presupuestos procesales de la acción

1. De la jurisdicción y la competencia

Por ser la demandada una entidad pública el asunto es de conocimiento de esta jurisdicción (art. 82 *ibídem*) y es el Consejo de Estado el competente, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra una sentencia de la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo del Atlántico, en un proceso con vocación de segunda instancia, en los términos del Decreto 597 de 1988, dado que la cuantía estimada de la demanda, supera la exigida en la norma para el efecto².

Ahora bien, es importante recordar que la entidad demandada es apelante única y, en consecuencia, en virtud de la prohibición de la *no reformatio in pejus*, consagrada por el artículo 31 de la Constitución Política³, debe la Sala limitarse a analizar los aspectos señalados en su recurso⁴ y abstenerse de desmejorar su situación.

Al respecto, esta Corporación⁵ ha considerado que, de la premisa “*la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante*”, no se sigue una autorización al juez de segundo grado para hacer el escrutinio y determinar libremente qué es lo desfavorable al recurrente, pues a renglón seguido, la norma establece una segunda prohibición complementaria, según la cual no podrá el *ad quem* enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso.

Lo anterior no implica que si la apelación se interpuso en relación con un aspecto global de la sentencia, en este caso, la declaratoria de responsabilidad de la

² En la demanda incoada el 16 de julio de 1991, el monto de las pretensiones a favor de la señora Aracely Cardona Guerrero se estimó en \$10'000.000, monto que supera la cuantía exigida en el año 1991 - \$4'900.000- para que un proceso de reparación directa tuviera vocación de doble instancia.

³ Esta disposición estipula: “*Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley.// El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único.*”

⁴ De conformidad con lo establecido en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, “... *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...*”.

⁵ Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de 9 de febrero de 2012, exp. 20104, C.P. Ruth Stella Correa Palacio y de la Subsección “B”, sentencia de 26 de junio de 2012, exp. 21507, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

entidad demandada, la Sala no tenga competencia para pronunciarse sobre cada uno de los elementos que la constituyen, so pretexto de que el apelante no controvertió expresamente cada uno de ellos, o que no pueda modificarse, en favor de la parte que solicitó expresamente que se le exonerara de responsabilidad, la liquidación de perjuicios efectuada en la sentencia de primera instancia. Al respecto, es importante insistir en que, tal como lo afirmó explícitamente la Sala Plena de la Sección Tercera en la sentencia que viene de citarse, “es asunto de lógica elemental que “el que puede lo más, puede lo menos””.

2. De la procedencia de la acción

Considera la Sala que la acción de reparación directa instaurada (art. 86, C.C.A.) es la procedente, toda vez que por esta vía se pretende el resarcimiento patrimonial del supuesto daño inferido a la parte actora y que, en principio, se le imputa a la entidad pública demandada a título de falla del servicio, consistente en una negligente prestación del servicio médico, que habría conllevado la extracción del aparato reproductivo de la señora Aracely Cardona Guerrero.

3. De la legitimación en la causa

La demandada se encuentra legitimada en la causa como extremo pasivo de la *litis*, en tanto es la entidad prestadora de servicios médicos en la cual fue atendida la señora Cardona Guerrero. A su vez, la señora Aracely Cardona Guerrero está legitimada para actuar en razón de los referidos hechos –*infra* capítulo IV-.

4. De la caducidad de la acción

Se observa que la acción fue ejercida en tiempo (art. 136 num. 8 C.C.A.), pues, de acuerdo con lo acreditado en el expediente, el procedimiento mediante el cual se extrajo el aparato reproductivo de la señora Cardona Guerrero fue realizado el 3 de julio de 1990 y la demanda fue presentada el 16 de julio de 1991 (f. 36 c. ppl.).

II. Validez de los medios de prueba

Obran en el expediente las copias auténticas de la historia clínica de la señora Cardona Guerrero aportadas con la demanda (f. 2-32 c.1) y las remitidas por la demandada por orden del *a quo*, aunque estas últimas corresponden a la atención médica brindada con posterioridad a los hechos que aquí se analizan (f. 240-257 c.1).

También obran las declaraciones de tres médicos las cuales, en virtud del artículo 217 del Código de Procedimiento Civil⁶, pueden ser calificadas de sospechosas, en la medida en que los tres trabajan para la entidad demandada y dos de ellos intervinieron directamente en los hechos litigiosos, de manera tal que sus testimonios pueden estar orientados a defender su actuación. Sin embargo, como se ha sostenido en otras ocasiones, ello no implica que sus versiones deban ser descartadas sino, más bien, que la valoración de su credibilidad sea reforzada⁷.

⁶ “Son sospechosos para declarar las personas que en concepto del juez, se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés con relación a las partes o a sus apoderados, antecedentes personales u otras causas”.

⁷ Sobre este tema la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, en sentencia de 19 de septiembre de 2001, exp. 6424, sostuvo: “...el recelo o la severidad con que el fallador debe examinar esos testimonios, no lo habilita para desconocer a priori, su valor intrínseco, debido a que ‘la sospecha no descalifica de antemano...sino que simplemente se mira con cierta aprehensión a la hora de auscultar qué tanto crédito merece. Por suerte que bien puede ser que a pesar de la sospecha haya modo de atribuirle credibilidad a testigo semejante, si es que, primeramente, su relato carece de mayores objeciones dentro de un análisis crítico de la prueba, y,

El testimonio de la señora Aracely Cardona Guerrero, rendido ante el *a quo* el 26 de agosto de 1994, no será valorado por cuanto ella es la demandante y, como tal, en lugar de comparecer al proceso como una testigo más, debió haberse citado a un interrogatorio de parte, previa observancia del lleno de los requisitos consagrados por el artículo 207 del Código de Procedimiento Civil para este tipo de prueba⁸.

III. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si, como lo solicita la parte demandada, hay lugar a revocar la sentencia del *a quo* para, en su lugar, denegar las pretensiones de la demanda. Para ello es necesario establecer si, tal como lo considera la entidad recurrente, el *a quo* obvió considerar tanto los alegatos presentados en primera instancia como los testimonios técnicos según los cuales la agravación de la condición de la demandante se debió única y exclusivamente a su negligencia a la hora de acudir a los servicios especializados, así como el hecho de que “*en la actual medicina moderna*” el aparato reproductor puede ser extirpado con el fin de evitar riesgos y prevenir enfermedades.

IV. Hechos probados

Con base en las pruebas obrantes en el expediente, valoradas en su conjunto, se tienen como ciertas las siguientes circunstancias fácticas relevantes:

1. El 18 de septiembre de 1989, la señora Aracely Cardona Guerrero, de 29 años de edad, fue remitida del servicio de consulta externa del ISS al de ginecología. En el espacio consagrado a la anamnesis se registró:

Esta paciente fue remitida al gineco-obstetra por hipermenorrea, fue atendida con todos los exámenes del caso y luego tratada con (ilegible) por seis meses, retirándose el tratamiento; pero ahora ha vuelto a sangrar (copia auténtica del formato de remisión aportada con la demanda, f. 12 c.1).

2. El 22 de septiembre de 1989, se constató que los genitales externos, el útero y anexos eran normales, se diagnosticó H.V.D. El 12 de diciembre del mismo año se consigné que había continuado con sangrado y que se programaba para legrado

después -acaso lo más prominente- halla respaldo en el conjunto probatorio”. En este mismo sentido ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencias de 29 de agosto de 2012, exp. 20412 C.P. (E) Danilo Rojas Betancourth y de 19 de junio de 2013, exp. 24682, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

⁸ Según esta disposición: “*El interrogatorio será oral, si la parte que lo solicita concurre a la audiencia, en caso contrario, el peticionario deberá formularlo por escrito en pliego abierto o cerrado, que podrá acompañar al memorial en que pida la prueba o presentarlo antes de la fecha señalada para interrogatorio. Si el pliego está cerrado, el juez lo abrirá al iniciarse la diligencia. Cuando ésta deba practicarse por comisionado, el comitente lo abrirá, calificará las preguntas y volverá a cerrarlo antes de su remisión.//La parte que solicita la prueba podrá, antes de iniciarse el interrogatorio, sustituir el pliego que haya presentado por preguntas verbales, total o parcialmente.//El interrogatorio no podrá exceder de veinte preguntas; sin embargo, el juez podrá adicionarlo con las que estime convenientes para aclarar la exposición del interrogado, o verificar otros hechos que interesen al proceso; así mismo, el juez excluirá las preguntas que no se relacionen con la materia del litigio, las que no sean claras y precisas, las que hayan sido contestadas en la misma diligencia o en interrogatorio anterior cuya copia obre en el expediente, y las manifiestamente superfluas. Estas decisiones no tendrán recurso alguno.//Las preguntas relativas a hechos que impliquen responsabilidad penal se formularán por el juez sin juramento, con la prevención al interrogado de que no está en el deber de responderlas.//Cada pregunta deberá referirse a un solo hecho; si contiene varios, el juez la dividirá de modo que la respuesta se dé por separado en relación con cada uno de ellos, y la división se tendrá en cuenta para los efectos del límite señalado en el inciso tercero. Las preguntas podrán ser o no asertivas”.*

biopsia, en el cual el diagnóstico pre-operatorio fue HVD vs miomatosis, y el post operatorio, HVD vs miomatosos submucosa. El 12 de febrero de 1990 el resultado de patología reveló: “*endometrio secretor negativo para cambios hiperplásicos y malignos*”. El 6 de marzo de 1990 “*trae resultado de patología negativo*” (copias auténticas del formato de remisión, de la descripción quirúrgica del legrado y del resultado de patología, aportadas con la demanda, f. 12 vuelto, 30 y 32 c.1).

3. En ecografía ginecológica practicada a la señora Aracely Cardona Guerrero el 26 de abril de 1990, se constató que el anexo izquierdo “*presenta imagen quística definida sin ecos internos. Pared delgada*”. En los comentarios se consignó: “*la imagen anexial izquierda es de aspecto simple, retención folicular? Recomendando control en 1-2 meses para ver comportamiento*” (original del resultado del examen aportado con la demanda f. 3 c.1).

4. En el registro de hospitalización de la paciente, diligenciado el 2 de julio de 1990, se señaló “*M.C. programada para histerectomía abdominal. E.A. Refiere la pte que desde hace 5 años viene presentando (ilegible) hemorragias. Consultó a médico quien realizó legrado biopsia el cual fue negativo para cambios. (ilegible) ecografía no reporta datos de importancia. Se decidió realizar operación histerectomía abdominal*”. En los antecedentes personales quirúrgicos se consignó: ligadura de trompas. Se hace un examen físico general. El diagnóstico fue: “*adenomiosis?*” (copia auténtica del registro aportada con la demanda, f. 14 c.1).

5. El 3 de julio de 1990, en la historia clínica se señaló que tenía cirugía a la 1:30 pm y que recibió valoración médica a las 8:00 am. En la hoja de enfermería se consignó:

Se recibe paciente remitida del 3 piso para ser intervenida quirúrgicamente de histerectomía abdominal. (...) Anestesia: peridural (...) Intervención: histerectomía abd. (...) 2.40: se termina c/gía (copias auténticas de la historia y del formato aportadas con la demanda, f. 21 y 10 c.1).

6. En el resultado del examen de patología de 10 de julio de 1990 puede leerse:

Examen macroscópico: Se recibe útero con anexos, el útero mide 9x5x4.5 ctms, presenta cérvix rosados liso y miometrio sin tumor; el endometrio es rojizo congéstico. Los ovarios miden cada uno 3x2.5x2 ctms, presentan superficie lisa, al corte se ve tejido blanquecino y cuerpo amarillo derecho, las trompas uterinas no muestran cambios especiales (...)

Examen microscópico: 1. Histerectomía más salpingooforectomía bilateral. 2. Útero con: A) cervicitis crónica, B) endometrio secretor, C) estudio negativo para la presencia de adenomiosis o leiomiomas. 3. Trompas uterinas. 4. Ovario derecho con cuerpo amarillo y cuerpos blancos. 5. Estudio negativo para cambios malignos (copia auténtica del resultado aportada con la demanda, f. 28 c.1).

7. En declaración rendida ante el *a quo* el 25 de agosto de 1994, la médica gineco-obstetra Ligia Vargas de Valdés, quien atendió a la paciente antes y después de la histerectomía, mencionó que después de realizado el legrado biopsia se le prescribió tratamiento hormonal por seis meses, sin embargo:

La paciente regresó antes de este tiempo diciendo que seguía igual y que su sangrado no mejoraba. Como la unidad donde yo trabajo es una unidad de

atención primaria y no tenía nada más que ofrecerle a la paciente, decidí remitirla a la Unidad Programática UPI para su mejor tratamiento y manejo. Ignoro sobre el tratamiento quirúrgico de la paciente sobre el tipo de cirugía que se le practicó ya que esto es responsabilidad del cirujano y toma las decisiones en el momento quirúrgico según las condiciones de las pacientes. Yo volvía a ver la paciente en el post operatorio (...) Me explicó que le habían hecho una histerectomía más anexo y oforectomía bilateral y le pregunté por qué le habían hecho esto, que seguramente debía ser que a mí se me había pasado alguna patología y por eso su tipo de cirugía (acta de la declaración, f. 134 c.1).

8. Al ser preguntada sobre los resultados patológicos del material extraído a la señora Cardona Guerrero, la doctora Vargas señaló que concordaban con lo diagnosticado en el legrado biopsia y, a propósito de la necesidad de extraer órganos que estaban en perfectas condiciones, mencionó *“pues es difícil en este momento decirlo pues las piezas se encontraron perfectamente después de un estudio histopatológico que no se podría haber hecho sin haberse retirado antes y aunque los órganos morfológicamente estén normales, no estaban funcionando normalmente”*. Sobre las circunstancias en las cuales es necesaria una histerectomía, declaró:

...cuando la paciente tiene patología orgánica, miomatosis uterina, adenomiosis, cáncer de cuello de la matriz en estado operable, cáncer del endometrio, poliposis, e infecciones severas y en casos en los cuales los sangrados aunque no haya patología aparente son difíciles de tratar con cualquier tipo de medicamento, ya sean vitaminas, hierro, hormonales, ext., que no ceden a ningún tipo de tratamiento y están exponiendo a la paciente a anemias agudas. Preguntado: En el caso de Aracely Cardona que presentaba un sangrado se requería de qué tipo de histerectomía para lograr su tratamiento. Contestó: En el caso de la paciente creo que su tratamiento más adecuado era una histerectomía abdominal total (...) creo que [la enfermedad de la paciente era] un tipo de sangrado idiopático. (...)

9. A propósito de los síntomas luego de la histerectomía, la médica manifestó:

Algunos de estos síntomas [problemas al realizar el acto sexual, flacidez en los senos, pérdida de la configuración femenina, descalcificación y otra serie de problemas] pueden ser consecuencia de la falta hormonal, tales como la descalcificación de los huesos, resequedad vaginal, problemas al realizar el acto sexual, pero también es cierto que pueden ser tratados con terapias sustitutivas hormonales en el día de hoy en uso. (...) Con toda certeza si la paciente hubiere acudido juiciosamente a todos sus tratamientos –luego de la histerectomía- su mejoría hubiera sido de un 90%, tanto física como emocionalmente (acta de la diligencia, f. 134-136 c.1).

10. El gineco-obstetra Orlando José Retamozo Rodríguez, quien practicó la histerectomía abdominal, declaró:

Al revisar la parte de la historia que encuentro en el expediente es necesario aclarar que los médicos ginecólogos que trabajamos en este Departamento por la tarde no tenemos consulta externa, luego no tenemos acceso a la paciente que consulta como la paciente tampoco tiene acceso al médico que la va a operar, repito, en las horas de la tarde. Los médicos ginecólogos de la tarde encontramos una programación quirúrgica en el lugar determinado y en el espacio utilizado en el área de cirugía la cual estamos obligados a realizar

por nuestro compromiso laboral. Según noto en la historia no existe la hoja de hospitalización donde consta la solicitud mediante la cual se decide programar la intervención que debe realizar el médico ginecólogo programado esa tarde para el área quirúrgica (...) La paciente se recibe de la unidad de donde viene remitida, se atiende en la consulta externa de la mañana donde se revisa toda la historia y los requisitos prequirúrgicos, se motiva la intervención y se programa, dicha programación también se extiende a los médicos ginecólogos de la tarde quienes no tenemos la oportunidad de atenderla en consulta externa por no existir dicho servicio en ginecología en horas vespertinas. Preguntado. Manifieste al despacho si usted observó en la historia clínica que se le hizo ver y que reposa en el expediente si la señora Aracely Cardona fue revisada o chequeada antes de que se le realizara la intervención quirúrgica. Contestó: Esa pregunta no puedo responderla de manera precisa por razones de que todo el examen médico y paramédico pre-quirúrgico se realiza en su respectiva unidad remitiéndola a la consulta externa de la UPI donde observo en la historia que fue vista por varios médicos ginecólogos, pero en el expediente no reposa la hoja establecida para la programación respectiva. (...) En toda cirugía ginecológica o no se necesita la aceptación de la persona quien se va a intervenir. Con el procedimiento de la conducta de llegar a hospitalizarse la paciente, de ser trasladada al área quirúrgica a conciencia y a plena voluntad de la misma es un hecho objetivo, práctico e irrefutable de la voluntaria aceptación de la intervención. Ella misma se traslada o es trasladada a donde se va a realizar la cirugía programada y llega al área quirúrgica consciente y voluntariamente en casi toda cirugía electiva o programada. (...) Las causas de sangrado ginecológico son múltiples (...) y tocaría hacer un recuento pormenorizado de todos los capítulos que corresponden a la entidad hemorragia genital anormal para poder dar una respuesta total y absoluta a la pregunta pero es necesario consignar que amerita mucho estudio, análisis y determinación para poder llegar a la conclusión definitiva. (...) La patología es un resultado que procede de un estudio posterior a la intervención, lo que en la historia consta es que la paciente consulta por sangrado genital y que debió estudiársele como tal, en el momento de la intervención con una paciente que presenta este motivo de consulta no es posible microscópicamente indagar y concluir anatomopatológicamente. Cumplí con mi obligación de manifestarle a la paciente la cirugía para la cual estaba programada y, además, un síntoma que siempre debe alarmar a cualquier mujer es un sangrado vaginal y no es la primera ni la última en que la causa del sangrado genital no esté estrictamente establecido. (...) Ante la persistencia de cualquier sangrado genital la paciente puede acceder a que se extirpe el órgano uterino para poner punto final a la preocupación que es causa de su motivo de consulta. (...) Las hemorragias crónicas llevan a quien las padece a un estado anémico como consecuencia de las mismas y aun tratándose la anemia y persistiendo la causa de la misma tocaría corregir la causa sustancial que produce el sangrado que es la que verdaderamente se debe estudiar mediante un análisis racional y práctico para resolver el problema (declaración rendida ante el a quo el 25 de agosto de 1994, f. 138-143 c.1).

11. Por su parte, el gineco-obstetra Orlando Peinado Quintero, encargado de realizar la programación quirúrgica en la Unidad Programática Institucional del ISS, al ser interrogado sobre el procedimiento a seguir declaró:

Todo paciente, en especial mujer, que tenga problemas ginecológicos y obstétricos son recibidos por sus unidades satélites de inscripción, en

primera instancia son vistos por médicos generales quienes lo remiten al especialista en este caso al ginecólogo de dicha unidad, este elabora una historia ginecológica dando un diagnóstico ginecológico y solicita todos los exámenes que se requieren para el problema que se presente; en caso que sea un problema quirúrgico deben llevar su visto bueno del mismo y con aprobación de la paciente, o sea que hay una relación médico-paciente donde se le expone su problema y su solución. Ellos en un momento pueden practicar cualquier acto quirúrgico de la misma pero en caso de urgencias por acumulación de muchos pacientes o de ciertos riesgos quirúrgicos son remitidas a la UPI para que le sea practicada la intervención quirúrgica, previamente debe presentar toda su historia clínica completa al médico especialista de la consulta externa de la UPI quien ordena por último la intervención, estas pacientes pasan a la oficina de ginecología quien la programa, esta oficina elabora un programa quirúrgico todos los días para que sea intervenida por el cirujano ginecólogo de turno (...) Solamente puede programar pacientes remitidas de las unidades cuando vienen con historia completa, diagnóstico ginecológico quirúrgico y que la paciente esté consciente y dé el visto bueno de su cirugía (...) la UPI fue creada como una unidad para atención de altos riesgos o de cirugías mayores, esto quiere decir que toda paciente que llega a la UPI debe cumplir con todos los requisitos que se les pide, ya sea historia clínica, conducta y tratamiento ya que nosotros no hacemos tratamientos médicos ni elaboramos historias sino damos visto bueno previa revisión de su historia para la programación, o sea que desde la unidad viene con su conducta ya establecida o si no, no la hubieran remitido (...) Nuevamente, la UPI no está acondicionada para hacer tratamiento médico, sino para tratamientos quirúrgicos, para eso están en íntima relación con la paciente, solicitando todos los estudios que consideren necesarios (...) el cirujano de este caso desconocía la patología, las condiciones de la paciente, porque se ha perdido la relación médico-paciente. Este problema lo venimos viviendo desde hace unos 19 años (declaración rendida ante el a quo el 25 de agosto de 1994, f. 144-148 c.1).

12. Respecto de si la paciente ameritaba o no la práctica de la histerectomía abdominal, este médico manifestó:

Según la historia clínica y con el presunto diagnóstico de adenomiosis y un quiste de ovario, diagnóstico por ecografía y por el especialista de ginecología, sí ameritaba una intervención quirúrgica que consistía en histerectomía abdominal total, queda un asunto pendiente que consiste en que el cirujano tome la conducta en el mismo acto quirúrgico si se presenta otro tipo de patología (acta de la declaración, f. 147 c.1).

13. En dictamen pericial rendido ante el a quo el 25 de agosto de 1996, el médico Julio Mario Llinás Ardila señaló, como secuelas de la histerectomía abdominal total, más salpingo-oforectomía bilateral, practicada a la señora Cardona Guerrero: *“la paciente se queja de calores, inestabilidad emocional, cefalea, sofocación, sequedad vaginal, apatía sexual. Lo anterior corresponde a un cuadro de menopausia post-quirúrgica, yatrogénica”* (original del dictamen, f. 188 c.1).

14. En dictamen pericial practicado sobre la historia clínica, el médico Rafael García Pacheco conceptuó:

El motivo por el cual se llevó a sala de cirugía fue porque desde años anteriores presentaba sangrados vaginales severos al parecer sin mejoría

con tratamientos previos farmacológicos y en una oportunidad raspado de la cavidad uterina (quirúrgico).

No se consigna en la historia clínica nota alguna de haber pasado por junta de decisiones quirúrgicas, ya que el caso lo ameritaba, por la edad de la paciente.

No se consigna en la hoja quirúrgica los hallazgos intraoperatorios que ocasionalmente hacen que el cirujano tome una conducta en ese momento, pero sí se consignó que no hubo complicación del procedimiento (histerectomía más salpingo-oforectomía bilateral). El único dato paraclínico de ayuda diagnóstica encontrado en la historia es una ecografía pélvica que evidencia genitales internos anatómicamente normales.

El informe de patología muestra un útero aumentado de tamaño (9 cms lo normas es de 6 a 8 cms), pero sustancialmente normal. Igualmente se encontraron los ovarios sin alteraciones.

Considero que esta cirugía ha podido ser evitada si la paciente llega a esos momentos con un apropiado diagnóstico clínico. A pesar de que no necesariamente debe tener patología (alteración anatómica) un útero para ser extraído, porque muchas veces en orden de prevenir riesgos de anemia, cáncer, etc, se prefiere operar un órgano. Pero a la luz de los datos de esta historia clínica la paciente presenta alteraciones neuroendocrinológicas concomitantes.

Una paciente histerectomizada no podrá nunca tener más hijos y una mujer joven ooforectomizada (extirpación de los ovarios) está destinada a tomar de por vida sustitos de las hormonas que produce el ovario en orden de evitar una cantidad de alteraciones como la osteoporosis, hiperlipidemias, fenómenos vasomotores (sofocos) y disminución de la libido (dictamen rendido ante el a quo el 28 de abril de 1997, f. 210 c.1).

15. Según la parte de la historia clínica de la paciente remitida por la entidad demandada, entre 1995 y 1998 presentaba osteopenia. En examen de reumatología y ortopedia practicado en noviembre de 1998 se consignó: "existe pérdida del 9% de masa ósea" (copias auténticas de la historia clínica, f. 240-246 c.1).

16. En registros de la historia clínica de 1993 y 1996 se señala que la paciente está en menopausia quirúrgica precoz desde 1990 (copias auténticas de la historia clínica, f. 252 y 255 c.1).

17. En oficio remitido por el jefe del departamento gineco-obstétrico de la clínica Andes a la dirección jurídica de la misma, retranscrito por el Instituto de Medicina Legal en la respuesta a la solicitud del a quo de realizar un dictamen sobre la historia clínica, se consignó:

El manejo de la hipermenorrea es inicialmente médico, luego se realiza legrado biopsia. // Dependiendo del resultado de histopatología y la edad de la paciente, la conducta de manejo será médico o quirúrgica, individualizando los casos. // Programa la cirugía el médico tratante que es quien decide la cirugía, en caso de paciente hospitalizada la decisión de programar puede ser del jefe de la sala o del jefe. // Los médicos conocen de antemano a la paciente al llevarla a cirugía. // La cirugía para una paciente con HUD se

decide con los criterios de edad, resultado de histopatología del legrado biopsia y si se realiza tratamiento médico que este no haya dado resultado o sea que no mejore la sintomatología clínica (copia auténtica del oficio de Medicina Legal al cual se anexa la copia del remitido por el Jefe del Departamento de gineco-obstetricia, f. 262-264 c.1).

V. Análisis de la Sala

1. De los argumentos del recurso de apelación

1.1. En primer lugar, considera la Sala que no le asiste razón al apoderado de la entidad recurrente cuando afirma que el *a quo* no tuvo en cuenta ni los alegatos finales presentados en primera instancia, ni los testimonios técnicos obrantes en el expediente y, según los cuales, la agravación de la condición de la demandante se debió única y exclusivamente a su negligencia a la hora de acudir a los servicios especializados.

En efecto, en relación con el primer punto, se advierte que nada en el plenario permite concluir que la demandada haya hecho uso de dicha oportunidad procesal y, en consecuencia, la inconformidad consistente en que no fueron tenidas en cuenta las razones manifestadas en un escrito, de cuya presentación no obra constancia, carece de asidero fáctico.

Respecto del segundo, la Sala considera oportuno destacar que, contrario a lo afirmado en el recurso de apelación, el *a quo* sí tuvo en cuenta los diferentes testimonios técnicos obrantes en el expediente, al punto que señaló la contradicción existente entre lo afirmado por los médicos Vargas de Valdés y Peinado Quintero a propósito del procedimiento para manejar casos como el del *sub judice*.

1.2. Ahora bien, las declaraciones de la doctora Vargas de Valdés según las cuales “*con toda certeza si la paciente hubiere acudido juiciosamente a todos sus tratamientos –luego de la histerectomía- su mejoría hubiera sido de un 90%, tanto física como emocionalmente*”, no desvirtúan la responsabilidad de la entidad demandada sobre el daño acreditado, esto es, la pérdida anatómica de la señora Cardona Guerrero, dado que esta se causó independientemente de que, con posterioridad, la paciente haya podido obtener una mejoría o no.

Dichas afirmaciones tampoco alteran lo decidido en primera instancia respecto de los perjuicios que se tuvieron por acreditados, esto es, los morales y lo que, para la época de la sentencia, se indemnizaba bajo la tipología de “*daño a la vida de relación*”, por cuanto estos también se causaron al margen de la posibilidad de mejoría de la paciente.

En efecto, en lo que atañe al daño moral, este se produjo como consecuencia de las dolencias físicas y psicológicas sufridas por la pérdida de sus órganos reproductivos y que son independientes de la evolución de la paciente.

Por su parte, en lo relacionado con el “*daño a la vida de relación*”, es importante aclarar que la posibilidad de aliviar médicamente algunos de los efectos de la cirugía no desdice de la existencia de estos últimos y, precisamente, de la necesidad de someterse a los tratamientos indicados, lo cual, como quedó demostrado en el proceso, puede durar toda la vida; lo anterior sin contar que una de las principales consecuencias de la histerectomía abdominal, esto es, la pérdida de la capacidad procreadora, no puede ser revertida y, por lo tanto, resulta

claro que, independientemente de las posibilidades de recuperación que, se insiste, no son del 100%, el perjuicio reconocido por el *a quo* bajo dicha tipología sí se causó.

1.3. Finalmente, la Sala considera que, en las circunstancias específicas del caso, el argumento del recurrente según el cual la extracción del aparato reproductor puede tener por finalidad evitar riesgos y prevenir enfermedades como la de la señora Cardona Guerrero, no es de recibo. Lo anterior por cuanto, como bien lo puso de presente el *a quo* y lo había señalado uno de los expertos que rindió peritaje sobre la historia clínica –supra párr. 14⁹–, no obra en el plenario la prueba de los motivos que determinaron la práctica de la cirugía ni, menos aún, la constancia de que dicha decisión haya sido el resultado de un análisis cuidadoso en el que se concluyó que la práctica de la histerectomía abdominal era el tratamiento menos lesivo para la paciente, dadas sus condiciones específicas. Antes bien, los testimonios rendidos en el trámite del proceso dan lugar a entender que la programación de la cirugía se debió a una falta de coordinación entre la unidad satélite de atención, en la cual la paciente fue tratada por la doctora Vargas de Valdés, y la Unidad Programática Institucional, a la cual fue remitida y en donde el doctor Retamozo Rodríguez le practicó la histerectomía abdominal –supra párr. 7, 10 y 11–.

2. De los elementos de la responsabilidad

Según la jurisprudencia consolidada de la Sala, la responsabilidad por la prestación del servicio de salud es de naturaleza subjetiva, lo cual significa que el régimen bajo el cual debe estructurarse es el de la falla probada del servicio¹⁰, con las consecuencias probatorias que, tal y como se ha reiterado¹¹, le son propias, por cuanto se ha precisado que quien alegue que existió un defecto en la prestación del servicio médico asistencial, es necesario que demuestre tal falla, así como también el daño y el nexo causal entre aquella y este¹².

En relación con la carga de la prueba tanto de la falla del servicio como del nexo causal, se ha dicho que corresponde al demandante, pero dicha exigencia se modera mediante la aceptación de la prueba indirecta de estos elementos de la responsabilidad a través de indicios¹³. En palabras de la Sala¹⁴:

La responsabilidad estatal por fallas en la prestación del servicio médico asistencial no se deriva simplemente a partir de la sola constatación de la intervención de la actuación médica, sino que debe acreditarse que en dicha actuación no se observó la lex artis y que esa inobservancia fue la causa eficiente del daño. Esa afirmación resulta relevante porque de conformidad con lo previsto en el artículo 90 de la Constitución, el derecho a la reparación

⁹ Los reenvíos a números de párrafos corresponden a aquellos del acápite de hechos probados.

¹⁰ Sección Tercera, sentencias de 31 de agosto de 2006, exp. 15772, C.P. Ruth Stella Correa y, las de 3 de octubre de 2007, exp. 16402, de 28 de enero de 2009, exp. 16700 y de 9 de junio de 2010, exp. 18.683, todas con ponencia del Consejero Mauricio Fajardo Gómez. Recientemente, ver sentencia de 29 de octubre de 2012, exp. 25331, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

¹¹ Ver, entre otras: Sección Tercera, sentencia de 23 de abril de 2008, exp. 17750, C.P. Mauricio Fajardo Gómez y de la Subsección “B”, sentencia de 4 de junio de 2012, exp. 22411, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

¹² Sección Tercera, sentencia de 11 de mayo de 2006, exp. 14400, C.P. Ramiro Saavedra Becerra y subsección B, sentencia de 29 de julio de 2013.

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de: septiembre 13 de 1991, exp. 6253, C.P. Carlos Betancur Jaramillo; del 22 de marzo de 2001, exp. 13166, C.P. Ricardo Hoyos Duque; del 14 de junio de 2001, exp. 11901; de octubre 3 de 2007, exp. 12270, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; de marzo 26 de 2008, exp. 16085, C.P. Ruth Stella Correa y de junio 4 de 2008, exp. 16646, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, entre otras.

¹⁴ Sección Tercera, sentencia de 27 de abril de 2011, exp. 19846, C.P. Ruth Stella Correa Palacio y, de la Subsección B, sentencia de marzo 22 de 2012, exp. 23132, con ponencia de la misma magistrada.

se fundamenta en la antijuridicidad del daño, sin que sea suficiente verificar que la víctima o sus beneficiarios no estaban en el deber jurídico de soportarlo para que surja el derecho a la indemnización, dado que se requiere que dicho daño sea imputable a la administración, y sólo lo será cuando su intervención hubiera sido la causa eficiente del mismo (subrayado no original).

La prueba de la relación causal entre la intervención médica y el daño sufrido por el paciente reviste un grado de complejidad a veces considerable, no sólo por tratarse de un dato empírico producido durante una práctica científica o técnica, comúnmente ajena a los conocimientos del propio paciente, sino porque, además, por lo regular, no queda huella de esa prestación, diferente al registro que el médico o el personal paramédico consigne en la historia clínica, la que, además, permanece bajo el control de la misma entidad que prestó el servicio¹⁵.

Las dificultades a las que se enfrenta el afectado cuando pretende acreditar el nexo causal, no han sido soslayadas por la jurisprudencia; por el contrario, para resolver los casos concretos, en los cuales no se cuente con el dictamen serio y bien fundamentado de un experto, que establezca o niegue esa relación, se ha buscado apoyo en las reglas de prueba desarrolladas por la doctrina nacional y foránea.

Así, se ha acudido a reglas como res ipsa loquitur, desarrollada en el derecho anglosajón; o de la culpa virtual elaborada por la doctrina francesa, o la versión alemana e italiana de la prueba prima facie o probabilidad estadística¹⁶, que tienen como referente común el deducir la relación causal y/o la culpa en la prestación del servicio médico a partir de la verificación del daño y de la aplicación de una regla de experiencia, conforme a la cual existe nexo causal entre un evento dañoso y una prestación médica cuando, según las reglas de la experiencia (científica, objetiva, estadística), dicho daño, por su anormalidad o excepcionalidad, sólo puede explicarse por la conducta negligente del médico y no cuando dicha negligencia pueda ser una entre varias posibilidades, como la reacción orgánica frente al procedimiento suministrado o, inclusive, el comportamiento culposo de la propia víctima.

Cabe destacar que la aplicación de esas reglas probatorias, basadas en reglas de experiencia guardan armonía con el criterio adoptado por la Sala en relación con la teoría de la causalidad adecuada o causa normalmente generadora del resultado, conforme a la cual, de todos los hechos que anteceden la producción de un daño sólo tiene relevancia aquel que, según el curso normal de los acontecimientos, ha sido su causa directa e inmediata¹⁷. La elección de esa teoría se ha hecho por considerar insatisfactoria la aplicación de otras, en particular, la de la equivalencia de las condiciones, según la cual basta con que la culpa de una persona haya sido uno de los antecedentes del daño para que dicha persona sea responsable de él, sin importar que entre la conducta culposa y el daño hubieran mediado otros acontecimientos numerosos y de gran entidad.

¹⁵ “[3] Sobre el tema, ver por ejemplo, RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ. *Responsabilidad Civil por actos médicos. Problemas de pruebas*. Ed. Civitas S.A., Madrid, 1999, pág. 111”.

¹⁶ “[4] Sobre el tema: ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO. *Derecho sanitario y responsabilidad médica*. Valladolid, Ed. Lex Nova, 2ª.ed. 2007”.

¹⁷ “[5] Sobre el tema ver, por ejemplo, Ricardo de Ángel Yagüez. *Responsabilidad Civil por actos médicos. Problemas de pruebas*. Civitas, 1ª. ed., 1999, pág. 112”.

En varias providencias proferidas por la Sala se consideró que cuando fuera imposible demostrar con certeza o exactitud la existencia del nexo causal, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que probaran dicha relación, el juez podía “contentarse con la probabilidad de su existencia”¹⁸, es decir, que la relación de causalidad quedaba probada cuando los elementos de juicio que obraran en el expediente conducían a “un grado suficiente de probabilidad”¹⁹, que permitían tenerla por establecida.

De manera más reciente se precisó que la exigencia de “un grado suficiente de probabilidad”, no implica la exoneración del deber de demostrar la existencia del vínculo causal entre el daño y la actuación médica, que haga posible imputar responsabilidad a la entidad que presta el servicio, sino que esta es una regla de prueba, con fundamento en la cual el vínculo causal puede ser acreditado de manera indirecta, mediante indicios²⁰.

Así la Sala ha acogido el criterio según el cual para demostrar el nexo de causalidad entre el daño y la intervención médica, los indicios se erigen en la prueba por excelencia, dada la dificultad que en la mayoría de los casos se presenta de obtener la prueba directa. Indicios para cuya construcción resulta de utilidad la aplicación de reglas de la experiencia de carácter científico, objetivo o estadístico, debidamente documentadas y controvertidas dentro del proceso.

En este orden de ideas y comoquiera que, para la Sala no existen dudas sobre la configuración de los diferentes elementos constitutivos de la responsabilidad administrativa y patrimonial del Instituto de Seguros Sociales por los hechos analizados, habrá lugar a confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto la declaró.

2.1. En efecto, dadas las pruebas obrantes en el expediente, la Sala considera acreditado el daño antijurídico invocado por la actora, esto es, la pérdida anatómica sufrida con ocasión de la práctica de una histerectomía abdominal total, el 3 de julio de 1990 –supra párr. 5 y 6- y el hecho de que este daño es imputable a la entidad demandada, a título de falla del servicio.

2.2. Sobre la existencia de esta última basta reiterar que: i) en el expediente no obra constancia de que la programación de la histerectomía abdominal practicada a la paciente haya sido el resultado de un estudio diligente sobre la patología padecida y sobre las posibilidades de tratamiento²¹; ii) no está probado que la

¹⁸ “[6] Cfr. Ricardo de Ángel Yagüez. *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Ed. Civitas S.A., Madrid, 1995, p. 42”.

¹⁹ “[7] *Ibidem*, págs. 77. La Sala acogió este criterio al resolver la demanda formulada contra el Instituto Nacional de Cancerología con el objeto de obtener la reparación de los perjuicios causados con la práctica de una biopsia. 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”. Por lo cual 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 misma. Ver sentencia de 3 de mayo de 1999, exp. 11169, C.P. Ricardo Hoyos Duque”.

²⁰ “[8] Ver, por ejemplo, sentencias de 14 de julio de 2005, exps. 15276 y 15332, [C.P. Ruth Stella Correa Palacio]”.

²¹ En efecto: i) los exámenes previos no revelaban patologías que justificaran la extracción del aparato reproductor –supra párr. 2, 3 y 4- y ii) los registros inscritos en la historia clínica previamente a la realización de la histerectomía no hacen referencia alguna a la necesidad de acudir a dicho procedimiento –supra párr. 1 a 3-.

paciente haya sido informada adecuadamente de las implicaciones del procedimiento para el cual se programó²², pues el registro de hospitalización no consigna nada al respecto –supra párr. 4-; iii) en el momento mismo de la hospitalización con miras a realizar el procedimiento quirúrgico no se había definido un diagnóstico –supra párr. 5-; iv) como ya se señaló anteriormente, los testimonios médicos hacen pensar en una falta de coordinación entre los servicios pues, mientras la médica tratante en la unidad satélite señala que la razón de la remisión fue garantizarle un mejor tratamiento –supra párr. 7-, tanto el médico que realizó la intervención como el que debía programarla señalaron que la UPI se limitaba a practicar los procedimientos quirúrgicos –supra párr. 10 y 11-; y, v) a pesar de que, para efectos de programar la cirugía, era necesario un control por consulta externa y la presentación de una historia clínica completa, no aparecen los registros de dichas actuaciones.

2.3. Ahora bien, es posible inferir que dichas fallas fueron la causa eficiente del daño causado a la señora Cardona Guerrero, pues: i) aunque los médicos declarantes en el proceso afirman que la ausencia de hallazgos patológicos en los órganos extraídos no es determinante para concluir *a posteriori* que dicha extirpación carecía de justificación, las circunstancias del caso y, en particular, el que no se haya realizado un estudio completo de las posibilidades del tratamiento a seguir, autorizan a considerar que, en principio, la mencionada extirpación era innecesaria –supra párr. 6-, ii) en su testimonio, la doctora Vargas de Valdés dejó entrever la extrañeza que sintió al enterarse de que a su paciente se le había realizado una histerectomía abdominal y sugirió que dicha operación sólo se justificaba si se habían realizado hallazgos diferentes a los de los controles previos –supra párr. 7-, situación que según la misma especialista, no ocurrió –supra párr. 8-; iii) de acuerdo con lo declarado por el médico Retamozo Rodríguez, el sangrado padecido por la paciente podía tener múltiples causas “*pero es necesario consignar que amerita mucho estudio, análisis y determinación para poder llegar a la conclusión definitiva*” –supra párr. 10-; y, iv) al rendir su dictamen, el médico Rafael García Pacheco conceptuó que “*esta cirugía ha podido ser evitada si la paciente llega a esos momentos con un apropiado diagnóstico clínico*” –supra párr. 14-.

Así pues e independientemente de que, como lo afirman los médicos declarantes en el proceso –supra párr. 8, 10 y 12-, la histerectomía abdominal fuera una de las posibilidades de tratamiento de la patología padecida por la paciente, lo cierto es que en el caso bajo análisis no se demostró que esa fue la razón por la cual se realizó ni, menos aún, que dadas sus circunstancias, en particular, su condición de sujeto de especial protección constitucional y su edad, la práctica de dicho procedimiento era la solución más adecuada en aras a garantizarle su derecho fundamental a la salud, razón por la cual se compromete la responsabilidad administrativa y patrimonial de la entidad demandada.

3. De la necesidad de ordenar medidas de reparación integral

Tal como lo ha considerado esta Subsección²³, en el caso de la prestación del servicio de salud, la ausencia de medidas afirmativas y/o diferenciales de prevención y de protección que tengan en cuenta la especificidades de las niñas, adolescentes y/o mujeres, “*así como las consecuencias que para las mismas*

²² El artículo 15 de la Ley 23 de 1981 “*por la cual se dictan normas en materia de ética médica*” prescribe que el médico debe pedir el consentimiento del paciente “*para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente*”.

²³ Sentencia de 28 de febrero de 2013, exp. 26303, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

*revisten los procedimientos en los que pueden verse sensible e irreparablemente comprometidos los órganos que comprometen su identidad y sus derechos reproductivos”, puede constituir una violación de los derechos constitucionales fundamentales de la víctima, lo cual puede dar lugar, en virtud de la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera²⁴, a ordenar medidas no pecuniarias de reparación integral de los derechos conculcados y ello incluso si no fueron solicitadas en el *petitum* de la demanda. En esta última sentencia se sostuvo:*

*En procesos en los que el daño proviene de **graves** violaciones a derechos humanos o la vulneración grave o significativa de derechos fundamentales, es posible decretar todo tipo de medidas de justicia restaurativa conforme al principio de *restitutio in integrum* y de reparación integral.*

*Así las cosas, en este tipo de procesos, siempre que se constate la violación a un derecho humano, sea fundamental o no, **a causa de una grave lesión**, será procedente adoptar todo tipo de medidas de justicia restaurativa para proteger no sólo la dimensión subjetiva sino objetiva del derecho afectado.*

En los procesos en los que el daño no provenga de graves lesiones a derechos humanos, es posible que el hecho dañoso lesione o afecte un derecho fundamental –tanto en su órbita subjetiva como objetiva-, razón por la que se podrán adoptar las medidas resarcitorias solicitadas con la demanda o las que de oficio o a petición de parte considere el juez, pero encaminadas a salvaguardar el núcleo esencial del derecho, bien sea en su órbita subjetiva u objetiva.

(...)

En consecuencia, se insiste, nada impide que en la demanda se soliciten medidas de justicia restaurativas dirigidas a reparar integralmente el daño, pero ello deberá estar expresamente consignado en el respectivo libelo introductorio, salvo que el daño se derive de graves violaciones a derechos humanos o derechos fundamentales, en cuyo caso el juez administrativo debe velar porque la reparación del daño sea integral dada la magnitud de los hechos (resaltado en el original).

Ahora bien, como quedó consignado en la misma providencia, en los dos eventos señalados, estos son, los de graves violaciones a derechos humanos o a derechos fundamentales, se considera que la imposición de medidas no pecuniarias de reparación integral no afecta el principio de la *no reformatio in pejus*. Sobre el particular se transcriben las siguientes apartes de la sentencia de 19 de agosto de 2009²⁵, que fueron reiterados en la providencia de 4 de mayo de 2011 ya citada:

*En consecuencia, cuando el juez de lo contencioso administrativo aprecia la vulneración grave de la dimensión objetiva de un derecho, puede adoptar medidas de justicia restaurativa a efectos de que sea reestablecido el núcleo del derecho o interés constitucionalmente protegido, al margen de que el trámite procesal sea el del grado jurisdiccional de consulta o la resolución de un recurso de apelación único. Lo anterior, toda vez que el principio de la *no reformatio in pejus*, como expresión de la garantía del derecho al debido proceso sólo tiene restricción en la órbita indemnizatoria del principio de reparación integral.*

²⁴ Sentencia de 4 de mayo de 2011, exp. 19355, C.P. Enrique Gil Botero.

²⁵ Sección Tercera, Exp. 18364, C.P. Enrique Gil Botero.

En estos términos y comoquiera que, tal como se señaló en el acápite de los elementos de la responsabilidad, según las pruebas obrantes en el expediente, es posible concluir que, a la hora programar y realizar la cirugía mediante la cual se extirparon los órganos reproductivos de la señora Cardona Guerrero, la entidad demandada no tuvo en cuenta sus condiciones particulares, ni las consecuencias que dicho procedimiento implicaba para ella, lo cual constituye una vulneración evidente de su derecho fundamental a la salud, hay lugar a decretar las mencionadas medidas y, en consecuencia, modificar la sentencia de primera instancia.

V. Liquidación de perjuicios

Dado que la entidad demandada es apelante única y que en su recurso solicitó que se revocara en su totalidad la sentencia de primera instancia, la Sala revisará, en todo lo que pueda favorecerla, la liquidación de perjuicios realizada por el *a quo*.

1. Perjuicios inmateriales

1.1. Morales

En primera instancia se reconoció a favor de la señora Aracely Cardona Guerrero la suma equivalente a mil (1.000) gramos oro, por concepto de perjuicios morales.

Al respecto la Sala considera que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corporación²⁶ y por aplicación de máximas de la experiencia, es posible inferir que la víctima de dolencias físicas sufre también padecimientos morales, razón por la cual le asistió razón al *a quo* al tener por acreditado dicho perjuicio respecto de la actora.

Ahora bien, en cuanto a su tasación, debe recordarse que, según los criterios establecidos en la sentencia de 6 de septiembre de 2001, expedientes n.º 13232 y 15646, la condena por dicho concepto debe fijarse en salarios mínimos legales mensuales vigentes y no en gramos oro, pues allí se abandonó, por considerarlo improcedente, el criterio de aplicación extensiva de las normas que sobre la materia se habían adoptado en el Código Penal y se le dio cumplimiento a lo previsto en los artículos 16 de la Ley 446 de 1998 y 178 del Código Contencioso Administrativo, que ordenan la reparación integral y equitativa del daño y la tasación de las condenas en moneda legal colombiana, respectivamente.

En estos términos y teniendo en cuenta la equivalencia establecida en la decisión mencionada y el hecho de que la suma resultante corresponde a lo decidido en casos similares²⁷, la condena proferida a favor de la señora Aracely Cardona Guerrero será modificada de manera tal que la suma concedida será el equivalente a cien (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

1.2. Daño a la salud

²⁶ Sección Tercera, sentencia de 10 de julio de 2003, exp. 14083, C.P. María Elena Giraldo Gómez. En el mismo sentido, puede consultarse la sentencia de esta Subsección proferida el 14 de abril de 2011, exp. 20587, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

²⁷ Ver, por ejemplo, Subsección C, sentencia de 25 de abril de 2012, exp. 21861, C.P. Enrique Gil Botero, en la cual se concedió, por concepto de perjuicios morales en favor de la lesionada directa por cuenta de una anexohisterectomía, la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Por encontrarlo acreditado en el expediente, el *a quo* concedió, por concepto de “daño a la vida de relación”, la suma equivalente a 500 gramos oro.

Sobre el particular es importante aclarar que, desde la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 14 de septiembre de 2011, Exp. 19031 y 38222, C.P. Enrique Gil Botero, se adoptó el criterio según el cual, cuando los daños relacionados con el goce de la vida provienen de una alteración de la salud del sujeto, ya no es procedente referirse al perjuicio fisiológico, o al daño a la vida de relación, o incluso a las alteraciones graves de las condiciones de existencia, sino que es pertinente hacer referencia a una nueva tipología de perjuicio, denominada daño a la salud.

Ahora bien, contrario a lo considerado por el *a quo*, la indemnización de dicho perjuicio no procede de oficio. Es indispensable que, a partir de una interpretación armónica de la demanda, pueda establecerse que la parte actora solicita ser indemnizada por los padecimientos diferentes al daño moral derivados de su afectación a su salud.

En este orden de ideas y dado que la demanda es explícita al señalar que, por cuenta de la histerectomía abdominal que le fue realizada, la señora Aracely Cardona Guerrero se ha visto afectada tanto física como moralmente pues “*de apenas 30 años de edad se encuentra en las mismas condiciones físicas y mentales de una anciana menopaúsica, presentando además anormalidades en el sistema respiratorio, en la presión arterial y convertida en una persona frígida trayendo consigo el desmoramiento (sic) de la vida conyugal y sobre todo de la capacidad de procreación que como mujer joven debe mantener*” (f. 35 c.1), puede inferirse que reclama la indemnización del perjuicio que, en el estado actual de la jurisprudencia, se ha denominado daño a la salud.

A propósito de su causación, la Sala observa que, según las pruebas obrantes en el expediente, está acreditada, pues se demostró que se trataba de una mujer joven -según la historia clínica tenía 29 años- que, a partir del momento de la intervención quirúrgica, quedó en estado de menopausia precoz –supra párr. 15-, lo cual implica afectaciones varias –supra párr. 12 y 13-. Lo anterior sin tener en cuenta que le fueron retirados órganos indispensables para la procreación. Sobre este punto la Subsección ha considerado²⁸:

Al margen de que no todas las mujeres le confieran igual importancia a este hecho, para quienes sí lo hacen, supone una pérdida irreparable que afecta de múltiples maneras todos sus demás derechos y la totalidad de los aspectos de su vida.

En relación con su tasación, la Sala considera que, de acuerdo con la equivalencia establecida en la antes citadas sentencias 13232 y 15646, el monto a conceder por dicho concepto, esto es, 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, no resulta superior al que se otorgaría en casos similares y, por lo tanto, no hay lugar a disminuirlo.

2. Medidas de reparación integral

Dado que, como ya se señaló, en el caso concreto es evidente la vulneración al derecho a la salud de la víctima como consecuencia de las irregularidades señaladas en la prestación del servicio de salud, las cuales conllevaron a que la

²⁸ *Op. cit.*, sentencia de 28 de febrero de 2013, exp. 26303, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

señora Cardona Guerrero quedara privada de forma permanente de sus órganos reproductivos a una edad temprana, en la parte resolutive del fallo se dispondrá la adopción de las siguientes medidas de justicia restaurativa²⁹, a título de rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición:

2.1. Rehabilitación

El Instituto de Seguros Sociales suministrará toda la atención médica, sanitaria, psicológica, psiquiátrica y hospitalaria que requiera la señora Aracely Cardona Guerrero y que se relacione directa o indirectamente con su patología o padecimiento, esto es, las consecuencias derivadas de la práctica de la histerectomía abdominal practicada el 3 de julio de 1990, desde el momento de esta sentencia hasta el día en que ocurra su deceso. Al tiempo, brindará y suministrará todos los medicamentos, tratamientos y procedimientos quirúrgicos u hospitalarios que requiera a lo largo de su vida, siempre que sean dispuestos por los médicos tratantes y relacionados los mismos con el procedimiento al que fue sometido la víctima.

2.2. Satisfacción

El representante legal del Instituto de Seguros Sociales o quien haga sus veces, ofrecerá a la demandante, por escrito y dentro de los tres meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia, disculpas³⁰ expresas y detalladas por las fallas en el servicio que conllevaron a que perdiera su aparato reproductor.

2.3. Garantías de no repetición

Con el fin de garantizar que situaciones como las del *sub judice* no se repitan, se exhortará al Ministerio de Salud para que, si no lo ha hecho, adopte medidas conducentes a reforzar el respeto a la dignidad de la mujer, en la atención gineco-obstétrica, así como al respeto de su integridad física, y a la consolidación de la conciencia de que la mujer es sujeto de especial protección.

VII. Costas

El artículo 55 de la Ley 446 de 1998 establece que se condenará en costas a la parte que hubiere actuado en forma temeraria. En el presente caso la Sala no observa comportamiento temerario en las actuaciones procesales de los intervinientes dentro del presente trámite, razón por la cual no se condenará en costas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en 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

²⁹ Lo aquí ordenado es reiteración parcial de lo decidido en asuntos similares frente a un procedimiento de extracción de los órganos sexuales femeninos: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 25 de abril de 2012, M.P. Enrique Gil Botero y Subsección B, sentencia de 28 de febrero de 2013, exp. 26303, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

³⁰ En la primera acepción contemplada por la Real Academia de la Lengua: “*petición de perdón por haber cometido una falta*”.

MODIFICAR la sentencia de 15 de febrero de 2001, proferida por la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo del Atlántico, la cual quedará así:

PRIMERO: DECLARAR que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES es administrativa y patrimonialmente responsable por los perjuicios sufridos por la actora, por las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, **CONDENAR** al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, o a la entidad a la cual le corresponda legalmente asumir las condenas proferidas contra este último, a pagar por concepto de perjuicios morales a la señora Aracely Cardona Guerrero la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de la presente sentencia.

TERCERO: CONDENAR al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, o a la entidad a la cual le corresponda legalmente asumir las condenas proferidas contra este último, a pagar a la señora Aracely Cardona Guerrero, por concepto de daño a la salud, la suma equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de la presente providencia.

CUARTO: A título de medidas de justicia restaurativa:

a. **CONDENAR** al Instituto de Seguros Sociales, o a la entidad a la cual le corresponda legalmente asumir las condenas proferidas contra este último, a suministrar toda la atención médica, sanitaria, psicológica, psiquiátrica y hospitalaria que requiera la señora Aracely Cardona Guerrero, en los términos expuestos en la parte motiva de este fallo.

b. **CONDENAR** al Instituto de Seguros Sociales, o a la entidad a la cual le corresponda legalmente asumir las condenas proferidas contra este último, a presentar a la señora Aracely Cardona Guerrero, por escrito y dentro de los tres (3) meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia, las disculpas de las cuales se hace mención en la parte motiva. El Instituto de Seguros Sociales informará a la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo del Atlántico del cumplimiento de esta medida.

c. **EXHORTAR** al Ministerio de Salud para que, si no lo ha hecho, adopte medidas conducentes a reforzar el respeto a la dignidad de la mujer, en la atención gineco-obstétrica, así como al respeto de su integridad física, y a la consolidación de la conciencia de que la mujer es sujeto de especial protección.

QUINTO: La entidad demandada dará cumplimiento a esta decisión en los términos previstos en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

SEXTO: Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del art. 115 del Código de Procedimiento Civil y con observancia de lo preceptuado en el art. 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

SÉPTIMO: Sin condena en costas.

En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Presidente de la Subsección

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

RAMIRO DE JESÚS PAZOS GUERRERO