

DAÑO ANTIJURIDICO - Existencia / RESPONSABILIDAD MEDICA ESTATAL - Ausencia / IMPUTACION - Inexistencia / FALLA EN EL SERVICIO MEDICO - Falta de prueba

De conformidad con el acervo probatorio que se acaba de enunciar, para la Sala no queda duda de que la demandante, señora ESPERANZA CASALLAS DE GARCIA, efectivamente sufrió un daño, consistente en la pérdida anatómica de sus senos y el fracaso de la cirugía reconstructiva que se le practicó en forma concomitante con la mastectomía a la que tuvo que ser sometida en virtud de la enfermedad fibroquística que la aquejaba; no obstante, de las pruebas recaudadas no se deduce la imputabilidad de tal daño a la entidad de seguridad social demandada, CAPRECOM. Efectivamente, se observa que en el presente caso se alega la existencia de una falla del servicio de la entidad demandada como causa del daño padecido por la actora, por lo cual a ésta le correspondía acreditar tanto la existencia de aquel, como también la falla del servicio propiamente dicha, esto es, que el servicio no se prestó o no funcionó, o que lo hizo en forma defectuosa o tardía, y que fue precisamente esa actuación u omisión la causante del daño, de tal manera que de no haber mediado ese obrar defectuoso, éste no se habría producido; así mismo, es claro que para poder predicar esta relación entre la falla y el daño, resulta insuficiente la prueba del contacto que el afectado hubiere tenido con el servicio, como cuando en los casos de responsabilidad médica, se acredita que la persona fue atendida en las instalaciones y por el personal de la entidad demandada o en instalaciones ajenas pero por su cuenta y riesgo, por cuanto lo que resulta relevante para deducir la responsabilidad estatal, es que la actuación u omisión de la Administración haya sido la causa eficiente del daño en cuestión. En las anteriores condiciones y volviendo al presente caso, observa la Sala que en el plenario no se probó la falla del servicio que se imputó a la entidad demandada, consistente en i) la falta de pericia del médico tratante, ii) la impertinencia del procedimiento quirúrgico -mastectomía- practicado a la paciente y iii) la defectuosa atención post-operatoria recibida por ésta. Todo lo contrario, se acreditó la permanente atención que, por causa de la enfermedad de sus senos, le fue brindada a la paciente por parte de la entidad de seguridad social a la que se hallaba vinculada, CAPRECOM, desde el momento en que empezó a padecerla en 1986, con continuos controles y exámenes diagnósticos tales como mamografías y biopsias, resultado de los cuales fueron los procedimientos quirúrgicos de extirpación de quistes a los que se vio sometida en dos ocasiones, antes de que surgiera la necesidad de practicar una cirugía definitiva como lo fue la mastectomía subcutánea bilateral que se realizó en julio de 1991. Según lo expuesto, para la Sala no queda duda alguna de que en el presente caso, el daño alegado en la demanda y que fue efectivamente probado en el sub-lite, se produjo a pesar de la correcta y oportuna atención brindada a la paciente, señora ESPERANZA CASALLAS DE GARCIA, antes y después del procedimiento quirúrgico al que fue sometida en julio de 1991, sin que el mismo resulte imputable a la entidad demandada, CAPRECOM, razón por la cual, las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar y, en consecuencia, la Sentencia de primera instancia será confirmada.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente (E): MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Bogotá D.C., catorce (14) de abril de dos mil diez (2010)

Radicación número: 25000-23-26-000-1992-08309-01(16068)

Actor: ESPERANZA CASALLAS DE GARCIA

**Demandado: CAJA DE PREVISION SOCIAL DE COMUNICACIONES
CAPRECOM-**

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 15 de octubre de 1998, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

1. La demanda.

A través de apoderado debidamente constituido y en ejercicio de la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, el 15 de octubre de 1992 la señora **ESPERANZA CASALLAS DE GARCIA** presentó demanda en contra de la **CAJA DE PREVISION SOCIAL DE COMUNICACIONES “CAPRECOM”**, cuyas pretensiones se encaminaron a obtener la declaratoria de responsabilidad de la entidad demandada por las lesiones causadas a la demandante con ocasión de la intervención quirúrgica – mastectomía subdérmica bilateral subpectoral y aplicación de prótesis bilateral subpectoral- que le fue practicada el 15 de julio de 1991; como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad, pidió que se condenara a la entidad demandada a indemnizarle los perjuicios morales en cuantía equivalente a 2.000 gramos de oro y los perjuicios materiales, estimados en la suma de \$ 20'000.000,00 o la que resulte probada en el proceso, y que el monto de los perjuicios se ajuste teniendo en cuenta el IPC señalado por el DANE, desde la fecha en que se hagan exigibles hasta cuando se haga efectivo su pago (fls. 2 a 17, cdno. ppl.).

Hechos:

En la demanda se relataron, en resumen, los siguientes:

- La señora **ESPERANZA CASALLAS DE GARCIA** es empleada del INSTITUTO NACIONAL DE RADIO Y TELEVISION –INRAVISION- desde el 11 de enero de 1971.

- En virtud de su vinculación laboral, cuenta con el servicio médico, odontológico y asistencial a través de **CAPRECOM**.

- Debido a un diagnóstico preliminar de tumor en seno izquierdo, le fue practicada una biopsia el 3 de junio de 1986, la cual dio como resultado “*ectasia canalicular de glándula mamaria*”.

- En los controles efectuados con posterioridad, se le practicaron 3 mamografías: el 17 de febrero de 1986 (sic), el 8 de enero de 1988 y el 22 de noviembre de 1990, según las cuales, presentaba signos compatibles con enfermedad fibroquística bilateral, que en “*(...) control radiológico posterior (junio 26 de 1991) se mostró estacionaria en lo que respecta al seno izquierdo, con un leve aumento en el seno derecho*”.

- De dicho seguimiento, el médico tratante consideró que era conveniente la cirugía de extirpación –mastectomía subpectoral bilateral y aplicación de prótesis bilateral subpectoral-, sin haber agotado otros procedimientos previos o medios alternativos que determinaren otros resultados distintos al que se dio finalmente y sin el concurso de la opinión de otros especialistas.

- La señora **CASALLAS** autorizó la cirugía, la cual fue practicada el 15 de julio de 1991 por cuenta y riesgo de la entidad demandada, en la Clínica El Bosque, por un médico empleado de **CAPRECOM**.

- En el postoperatorio se presentó infección que no mejoró con el tratamiento médico dado en **CAPRECOM**, por lo cual la paciente recurrió el 4 de septiembre de 1991 al doctor ANIBAL VILLATE PERALTA, especialista y cirujano plástico particular, quien ante la gravedad de la infección y las secuelas no solo a la salud sino a la vida misma de la señora **CASALLAS**, ordenó practicar intervención quirúrgica de manera inmediata, la cual se efectuó al día siguiente, 5 de

septiembre de 1991, nuevamente en la Clínica “El Bosque”, con el consiguiente retiro de las prótesis infectadas y sin que éstas hubieren sido reemplazadas.

- Los gastos de la anterior intervención fueron sufragados por la demandante, sin que su monto le hubiera sido reintegrado por **CAPRECOM**.

- A juicio de la parte actora, el tratamiento seguido por **CAPRECOM** a través del profesional de la Medicina que la atendió, así como la decisión de extirpación, el procedimiento operatorio y el post operatorio, fueron equivocados, toda vez que no era el medio adecuado para corregir la afección que padecía la demandante; además el médico tratante que practicó la cirugía carecía de la pericia necesaria; por otra parte, la paciente no recibió el manejo adecuado en el post operatorio, en el cual se practicaron controles en los que no se estimó el verdadero alcance de la infección padecida por la paciente como consecuencia de su intervención quirúrgica, que puso en riesgo su vida.

- Según los términos de la demanda, las circunstancias descritas ocasionaron a la demandante graves perjuicios de orden moral, que se fundan tanto en lo estético como en lo psicológico, “(...) *pues hasta la fecha dicha situación no se ha corregido y por el contrario tiene un carácter permanente*”; también sufrió perjuicios de orden material, consistentes en los gastos en que debió incurrir como consecuencia de la atención y cirugía particular a las que tuvo que acudir, la atención psicológica requerida y “*También hacen parte de estos una indemnización futura en razón a que la condición físico-estética de la señora CASALLAS puede cambiar y no tener un carácter irremediable como hasta ahora lo ha tenido, teniendo en cuenta los medios actuales y los que sobrevinieren en la ciencia médica (...)*”.

2. La contestación de la demanda.

El auto admisorio de la demanda fue notificado al representante legal de la **CAJA DE PREVISION SOCIAL DE COMUNICACIONES “CAPRECOM”** en la forma autorizada por el artículo 150 del CCA. (fls. 101 y 109, cdno. ppl.).

La **CAJA DE PREVISION SOCIAL DE COMUNICACIONES “CAPRECOM”**, establecimiento público del orden nacional adscrito al Ministerio de Comunicaciones, contestó la demanda (fl. 111, cdno. ppl.), aceptó algunos

hechos, negó otros y se opuso a las pretensiones, por considerar que la atención prestada a la señora **ESPERANZA CASALLAS DE GARCIA** fue oportuna y adecuada a la afección que presentaba la paciente y que implicó una permanente atención, múltiples controles a lo largo de los años a partir de marzo de 1986, cuando remitida por Ginecología, se le diagnosticó “(...) *displasia moderada con ectasia retroareolar leve. En región periareolar izquierda entre las 12 y 2 hay un quiste de 4 cms con signos inflamatorios periquísticos especialmente en su aspecto superior (...)*”, así como la práctica de varios procedimientos diagnósticos y quirúrgicos -mamografías, radiografías, punciones y biopsias- tendientes a remover quistes en sus senos, hasta noviembre del año de 1990, cuando se advirtió en el control clínico de senos que se le practicó y luego de realizar una mamografía, que su afección había aumentado y era necesario tomar medidas pues se trataba de una “*severa difusa y bilateral enfermedad macro y microquística*”, para lo cual se le propusieron a la paciente dos alternativas: extirpación parcial de los quistes, pudiendo quedar algunos, o un procedimiento más agresivo consistente en la mastectomía subdérmica con implante subpectoral de prótesis mamarias, que fue el finalmente aceptado por la paciente, a quien se le explicaron todas las incidencias de la cirugía.

El procedimiento quirúrgico -realizado el 15 de julio de 1991 con participación de un cirujano cancerólogo y un cirujano plástico- y el post operatorio transcurrieron normalmente y sin novedad alguna; se aplicaron las medidas propias de esa intervención -antibióticos, antiinflamatorios, analgésicos y cuidados locales-; la paciente salió de la clínica a los 4 días en condiciones satisfactorias y sus controles continuaron en un consultorio de **CAPRECOM** y en el consultorio particular del médico cirujano que la intervino.

El 2 de agosto de 1991, es decir 18 días después de la intervención quirúrgica, presentó signos de infección y necrosis marginal de piel en el seno izquierdo; fue formulada con antibióticos y tratada -resección de los bordes necróticos- pero no se evidenció extrusión de la prótesis; no obstante, días después, la paciente dejó de asistir a la consulta con su médico tratante y lo cambió, por lo tanto, “*lo que haya sucedido en adelante, las conductas tomadas y las cirugías posteriores ocurridas a la paciente, deben ser explicadas por el cirujano al que la paciente Esperanza Casallas decidió consultar (...)*”.

Afirmó la entidad demandada que los médicos que atendieron a la demandante tenían una obligación de medio, por lo cual no garantizaron los resultados, pero cumplieron con su obligación y mostraron verdadera diligencia en su atención, debiéndose tener en cuenta así mismo, que *“(...) todo material extraño que se aplique en el cuerpo humano, puede ser aceptado o rechazado en forma muy individual y no predecible (sic)”*, concluyendo que *“(...) los resultados traumáticos acaecidos a la demandante fueron ocasionados por razones diferentes a la imprevisión, a la imprudencia y a la falta de pericia (...)”*.

Llamamiento en garantía:

El Procurador Noveno en lo Judicial formuló llamamiento en garantía respecto del doctor **HUGO EDMUNDO ANDRADE**, por haber sido el cirujano general adscrito a **CAPRECOM** de quien se predicó en la demanda que siguió un tratamiento equivocado, tanto al impartir la orden de extirpación de los senos de la demandante, como al aplicar el tratamiento operatorio y post operatorio que le dispensó (fl. 1, cdno. 2).

El Tribunal aceptó el llamamiento en garantía formulado y ordenó la vinculación al proceso del llamado, a quien se le notificó personalmente esta decisión (fls. 6 y 13, cdno. 2).

En la contestación al llamamiento, el doctor **HUGO EDMUNDO ANDRADE**, a través de apoderado debidamente constituido, se opuso a las pretensiones de la demanda por cuanto afirmó que la decisión de efectuar la intervención quirúrgica en la forma en que se efectuó era la más acertada y se realizó con el consentimiento de la paciente, asumiendo ella las contingencias propias de toda cirugía; además, posteriormente, cuando se presentó el proceso infeccioso, fue atendida en debida forma y se le prodigó el tratamiento adecuado hasta cuando la paciente decidió, por su cuenta, cambiar de médico; se opuso al llamamiento en garantía, por cuanto en relación con su trabajo profesional, éste se realizó con diligencia y efectividad científica, siendo altamente capacitado en el área correspondiente (fl. 15, cdno. 2).

El 26 de septiembre de 1996, el Tribunal **a-quo** se constituyó en audiencia para llevar a cabo la diligencia de conciliación, en la cual se dejó constancia de que la parte demandada no compareció (fl. 212, cdno. ppl.).

La Sentencia de Primera Instancia:

El Tribunal negó las pretensiones de la demanda por considerar que el médico que practicó la intervención quirúrgica a la demandante era idóneo para ello y lo hizo del modo que lo indicaba la ciencia médica, por cuanto se trataba de un cirujano general de planta de **CAPRECOM** encargado de esa función desde hacía 14 años, a quien la paciente ya le había permitido realizar en años anteriores otras cirugías en sus glándulas mamarias; y en cuanto al procedimiento quirúrgico, el cirujano que finalmente removió las prótesis mamarias, declaró que era imposible determinar la causa de la complicación posterior y el Instituto Nacional de Medicina Legal dijo textualmente que había incongruencia entre la versión de la paciente y los hallazgos clínicos reportados, con lo cual se concluía que no había evidencias que permitieran afirmar un equivocado proceder médico (fls. 249 a 254, cdno. ppl.).

El recurso de apelación:

Inconforme con lo decidido, la parte actora interpuso recurso de apelación para que la sentencia de primera instancia sea revocada y en su lugar se acojan las pretensiones de la demanda, por considerar que el médico tratante de la paciente la expuso a riesgos injustificados, dado que las consecuencias del tratamiento eran inciertas y efectivamente le produjeron las secuelas físicas y psicológicas que ahora debe soportar; manifestó además, que la información dada a la paciente fue insuficiente, y debió tenerse en cuenta que *“(...) el diagnóstico y la información sobre el estado de salud de la actora, tema que de por sí es bastante complejo, debió partir del supuesto según el cual el paciente es un ignorante técnico, ella no conoce de aspectos técnicos de la medicina ni de las demás ciencias de la salud y que además su situación moral se encontraba afectada por el mismo diagnóstico”*; de otro lado, la parte demandada no aportó prueba alguna de causa extraña, de caso fortuito, estado de necesidad, conducta del enfermo ni identificó claramente la razón del fracaso en el tratamiento médico, lo que permite deducir su responsabilidad (fls. 264 a 268, cdno. ppl.).

Actuaciones en la segunda instancia:

El recurso de apelación fue admitido mediante auto del 18 de junio de 1999 y se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran alegatos de conclusión y concepto respectivamente (fls. 270 y 281, cdno. ppl.).

La parte actora presentó alegatos en los cuales reiteró los argumentos expuestos a lo largo del proceso, en el sentido de que la demandante no recibió las medidas terapéuticas previas a la cirugía y tampoco recibió la atención suficiente para prevenir el desarrollo anormal de la infección y la extrusión de las prótesis que le habían sido implantadas, lo que condujo a que tuviera que ser intervenida con carácter urgente por otro cirujano, luego de que tuvo que solicitar el cambio del médico; así mismo, reiteró que *“(...) si se sigue el criterio de la sentencia impugnada, la carga probatoria se convierte en diabólica para el paciente, sin que en manera alguna se pueda identificar la razón del fracaso del tratamiento médico”* (fl. 282, cdno. ppl.).

La parte demandada también presentó alegatos finales, a través de los cuales insistió en la ausencia de responsabilidad de **CAPRECOM**, puesto que la paciente recibió la atención requerida en forma adecuada y oportuna y el desenlace producido no es imputable a conducta alguna de los facultativos que la tuvieron a su cuidado, sino al álea que existe siempre en todo tratamiento médico y quirúrgico y que impide, por lo tanto, garantizar resultados concretos (fl. 286, cdno. ppl.).

Concepto del Ministerio Público:

La Procuradora Quinta Delegada ante el Consejo de Estado presentó concepto en el cual solicitó confirmar la sentencia de primera instancia, toda vez que a la luz de las pruebas aportadas al plenario, a las que se refirió en forma detallada, no se acreditó el nexo causal entre el daño sufrido por la señora **ESPERANZA CASALLAS** y la presunta falla del servicio que se le imputó a la entidad demandada, pues de ellas se desprende que las complicaciones post operatorias que se presentaron pudieron obedecer a múltiples causas, sin que se pudiera afirmar que lo fue alguna acción u omisión del médico tratante, habiéndose demostrado, por otra parte, la diligencia y cuidado con la que éste atendió a la paciente en todas las ocasiones en que fue necesario, *“(...) prescribiéndole antibiótico para contrarrestar la infección y observando su evolución, hasta cuando la misma señora decidió recurrir a otro especialista”*. (fls. 291 a 303, cdno. ppl.).

La Señora Consejera Doctora **Myriam Guerrero de Escobar** manifestó impedimento para conocer del presente asunto en virtud de lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 150 del C. de P. C., toda vez que en su calidad de Magistrada del Tribunal Administrativo de Cundinamarca participó en la discusión y aprobación de la Sentencia de primera instancia; la Sala, mediante auto del 21 de mayo de 2008, aceptó el referido impedimento (fls. 305 y 307, cdno. ppl.).

CONSIDERACIONES

La Sala confirmará la Sentencia de primera instancia, luego de estudiar **i)** la competencia para conocer del presente asunto; **ii)** las pruebas aportadas al plenario y **iii)** la responsabilidad de la entidad demandada.

I- La Competencia.

El Consejo de Estado es competente para conocer en segunda instancia del presente asunto, en virtud de lo dispuesto por el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo y en razón de la cuantía de las pretensiones, la mayor de las cuales ascendió al monto de \$ 20'000.000,00, por concepto de perjuicios materiales¹.

I- Las pruebas.

En el plenario se acreditaron los siguientes hechos:

2.1. Que la señora **ESPERANZA CASALLAS DE GARCIA** figura en los archivos de **CAPRECOM** como pensionada a partir de diciembre de 1993 y el doctor **ANDRADE LOPEZ HUGO EDMUNDO** es médico especialista (Cirujano General) e ingresó a la entidad en marzo de 1975, según informe del Jefe de la Sección de Personal enviado al Tribunal **a-quo** el 4 de noviembre de 1994 y el informe brindado por el Secretario General de la entidad el 11 de octubre de 1994, acerca de los cargos ocupados en la entidad por la señora **CASALLAS** durante su vinculación, que se inició a partir del 26 de enero de 1971 (documentos públicos auténticos, fls. 37 y 97, cdno. 3).

¹ Para la época de presentación de la demanda -15 de octubre de 1992-, la cuantía para que un asunto fuera conocido por los tribunales contencioso administrativos en primera instancia era de (\$ 6'860.000,00.).

2.2. Que la señora **ESPERANZA CASALLAS DE GARCIA** sufrió enfermedad fibroquística de sus senos a partir del año de 1986 y fue intervenida en tres ocasiones, dos para extirpar quistes y la última correspondió a una mastectomía con implante de prótesis mamarias, las cuales debieron ser posteriormente removidas al presentarse un cuadro de infección post-operatoria, todo lo cual se desprende de los siguientes medios de prueba:

Obra en el plenario fotocopia autenticada de la historia clínica de la señora **ESPERANZA CASALLAS DE GARCIA** expedida por **CAPRECOM** y de la efectuada por la Clínica El Bosque (fls. 18 a 61, y fls. 66 a 97, cdno. ppl.).

En la historia clínica de **CAPRECOM**, consta que:

- El 17 de febrero de 1986, un Radiólogo del Centro Mamográfico le informó a la señora **ESPERANZA CASALLAS DE GARCIA** el resultado del estudio practicado ese día, en el cual se concluyó: *“Se aprecia displasia mamaria moderada con ectasia ductal retroareolar leve. En región periareolar izquierda, de las doce a las dos, hay macroquiste de 4.0 centímetros, con francos cambios inflamatorios periquísticos especialmente en su aspecto superior por lo cual se sugiere biopsia (...)”*. (fl. 36, cdno. ppl.).
- El 3 de marzo de 1986, fue atendida con mamografía del 17 de febrero de 1986 y se ordenó biopsia, realizándose la valoración prequirúrgica el 10 de marzo de dicho año (fl. 55).
- El 19 de marzo de 1986, se registró en la historia clínica por el doctor **HUGO E. ANDRADE**, Cirujano General de **CAPRECOM**, que la paciente fue programada para el 3 de junio de 1986.
- La señora **CASALLAS DE GARCIA** consultó en junio de 1986 por presentar masa en seno izquierdo, razón por la cual se le practicó resección de la misma en la Clínica El Bosque, a la cual ingresó el 2 y se le dio salida el 4 de junio de ese año; en el Informe del Examen de Patología, se registró que se trataba de un tumor y como diagnóstico se consignó *“Ectasia Canalicular de Glándula Mamaria”* (fl. 34).

- El 18 de junio de 1986, se registró en la historia clínica de la señora **CASALLAS** “*AP: Estasia canalicular en glándula mamaria izda (...)*” (fl. 55, vto.).
- El 22 de diciembre de 1987, se registró “*Cirugía General: T en seno izdo. de 8 d. de evolución (...)*”. (fl. 56).
- El 29 de enero de 1988, se le realizó valoración prequirúrgica (fl. 56, vto.).
- El 1 de febrero de 1988, el médico de planta de **CAPRECOM**, doctor **HUGO E. ANDRADE**, le dio boleta de hospitalización para el 3 de febrero del mismo año, fecha en que fue operada (fl. 56, vto.).
- El 5 de mayo de 1988, fue atendida por el doctor **HUGO E. ANDRADE**, quien registró que la paciente se hallaba asintomática, no masas, no adenopatías y ordenó control en 6 meses (fl. 57).
- El 16 de noviembre de 1988 la paciente fue nuevamente atendida por el Cirujano General **HUGO E. ANDRADE**, quien registró en la historia clínica que se encontraba asintomática y ordenó control en 6 meses (fl. 57).
- La misma anotación aparece en control efectuado por el mismo especialista el 11 de julio de 1989 (fl. 58).
- En resumen de atención del Hospital de San José del 9 de septiembre de 1990, en los antecedentes se consignó, entre otros, que fue “*Intervenida en 2 ocasiones, por quiste en seno izquierdo*” (fl. 45).
- El 20 de noviembre de 1990, cuando fue nuevamente atendida por el doctor **ANDRADE**, se registró la presencia de masas en los senos y se ordenó mamografía, la cual se realizó el 22 de noviembre; revisada por el doctor **ANDRADE** el 6 de diciembre, ordenó cirugía (fl. 60).
- El 22 de noviembre de 1990, el Centro Mamográfico informó al doctor **HUGO ANDRADE** el estudio practicado a la señora **CASALLAS DE GARCIA** en los siguientes términos: “*En comparación con estudio previo de enero de 1988, presenta aumento de mastopatía micro y macroquística importante, difusa, bilateral, actualmente los nódulos mayores de 2.4 cms 1.5 cms en cuadrante supero-externo derecho y de 0.8 y 1.5 cms en*

interlínea de cuadrantes superiores del seno izquierdo, compatibles con quistes” (fl. 44).

- El 15 de enero de 1991 aparece en la historia clínica la autorización suscrita por la señora **ESPERANZA CASALLAS** en los siguientes términos: *“Autorizo al doctor H. Andrade para que me practique mastectomía subdérmica bilateral y aplicación de prótesis bilateral subpectoral”* (fl. 60, vto.).
- El 1 y 7 de febrero se le realiza valoración prequirúrgica y el 16 de mayo de 1991 se programa para mastectomía e implantación de prótesis (fl. 60, vto.).
- El 14 de julio de 1991, la señora **ESPERANZA CASALLAS DE GARCIA** ingresó a la Clínica El Bosque para realizar la mastectomía e implantación de prótesis; en el “Motivo de ingreso” se registró: *“MC: Cuadro de 7 años de evolución, consistente en Ef. Fibroquística que se inició en seno izquierdo, con calcificaciones que ha requerido de extracción de quistes en dos oportunidades. Desde octubre/90 aparece Enf. Fibroquística seno derecho. Hoy ingresa para resección glándula mamaria izq.”* (fls. 79, 81 y 82).
- En Hoja Quirúrgica de la Clínica El Bosque del 15 de julio de 1991, se anotó como diagnóstico pre y post operatorio Enfermedad fibroquística + masa dependiente de seno derecho, y en la especificación de la intervención realizada, Mastectomía subdérmica bilateral + implantación de prótesis de silicona; fueron enviadas a anatomía patológica glándulas mamarias derecha e izquierda. En los hallazgos se registró “Enf. Fibroquística en ambas glándulas mamarias”; en relación con la cirugía, luego de detallar los procedimientos se anotó que no hubo complicaciones y que el procedimiento duró hora y media (fls. 82 y 82 vto.).
- Obra, suscrito por la señora **ESPERANZA CASALLAS DE GARCIA**, un formato de *“Consentimiento de terceros para intervención quirúrgica a paciente institucional”*, conforme al cual declara que autoriza la realización de la mastectomía subdérmica con implante (fl. 87).
- El 6 de agosto de 1991, se anotó que *“Desde el viernes 2 ago - 91 se presentó gran edema de piel de seno izdo. AP: EFQ bilateral con (ilegible)”* (fl. 61).

- Anotación del 27 de agosto de 1991: *“El día: 15-07-91 se realizó Mastectomía bilateral con implante de prótesis de 300 cc a cada lado - Pos hubo infección de seno izdo. y (ilegible) del dcho. - estado actual mejorando. (...) control: c/semana”* (fl. 61).
- El 5 de septiembre de 1991, la señora **CASALLAS DE GARCIA** ingresó a la Clínica El Bosque para realizar *“Extracción de prótesis mamaria -necrosis piel torácica ant. en área de glándulas mamarias”* y en la misma fecha suscribió la autorización para practicar la “mastectomía radical modificada”. (fls. 90 y 91).

2.3. Según oficio suscrito por la Coordinadora de Clínicas de **CAPRECOM**, a la señora **ESPERANZA CASALLAS DE GARCIA** se le realizaron dos cirugías en la Clínica El Bosque: la primera el 15 de julio de 1991, con diagnóstico pre quirúrgico de enfermedad fibroquística de la mama y masa dependiente del seno derecho, se le realizó mastectomía subdérmica bilateral más implantación de prótesis de silicona; la segunda se realizó el 5 de septiembre de 1991 y correspondió a la extracción de prótesis mamaria; presentaba necrosis de la piel de áreas mamarias e infección localizada; como consta en la hoja quirúrgica, se realizó la extracción de las prótesis mamarias, debridamiento de las áreas de necrosis, resección de áreas necróticas y rotación de colgajos de vecindad; se informa también que en la historia clínica de la Clínica El Bosque aparecen dos hojas de consentimiento de la paciente para intervención quirúrgica y se anexan las fotocopias de las descripciones quirúrgicas y de las hojas de consentimiento (documento público auténtico, fl. 38, cdno. 3).

2.4. El 16 de febrero de 1996, el INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES GRUPO CLINICA FORENSE, a solicitud del Tribunal **a-quo** y por medio de un Cirujano Plástico Forense, estudió los documentos del proceso, en especial las historias clínicas de la señora **ESPERANZA CASALLAS DE GARCIA**, de las cuales hizo un resumen; le practicó valoración clínica a la señora **CASALLAS**, resultado de lo cual, consignó en el informe rendido, entre otras cosas, lo siguiente (fls. 106 a 112, cdno. 3):

“B. REVISION DE CONCEPTOS

ENFERMEDAD FIBROQUISTICA O displasia mamaria, es una **enfermedad benigna del seno, pero se le ha reconocido su**

potencial maligno, reportándose un 5 o 6% de incremento en el riesgo de carcinoma. Cuando se evidencian componentes patológicos de hiperplasia lobular, hiperplasia intraductal, **papilomatosis** o múltiples macroquistes se relacionan fuertemente con cáncer de seno. La presencia de hiperplasia intraductal, papilomatosis, hiperplasia lobular y macroquistes se consideran lesiones malignas que puedan conducir a carcinoma o cáncer intraductal o ductal. Algunos autores afirman que la mujer con displasia mamaria tiene 2-5 veces incrementado el riesgo de carcinoma de seno.

MAMOGRAFIA: Es un procedimiento radiológico para detectar cáncer de seno, en forma temprana y otras enfermedades del mismo.

MASTECTOMIA SUBCUTANEA: Es un procedimiento quirúrgico que permite remover o retirar de 80-95% del tejido mamario, mediante una incisión inframamaria o lateral, preservando al complejo areola-pezón, dejando unos colgajos dérmicos, para permitir la reconstrucción de seno con prótesis de silicón.

Cuando se decide realizar una mastectomía subcutánea se le debe informar a la paciente y motivarla por el mismo debido al riesgo de desarrollar cáncer frente a la enfermedad fibroquística. Se le debe realizar estudio de mamografía, y biopsia para evidenciar las alteraciones ductales o lobulares que le aumentan el riesgo. Se le debe informar sobre el procedimiento quirúrgico, las fallas técnicas, complicaciones y el potencial resultado inestético (sic).

INDICACIONES PARA LA MASTECTOMIA SUBCUTANEA: Se encuentra indicada en enfermedad fibroquística (especialmente macroquística), tumores benignos, evidencias histológicas de alto riesgo por biopsia, carcinoma invasivo, carcinoma 'in situ' ... algunas de estas indicaciones son controvertidas para algunos autores.

Otras indicaciones: (1) Persistencia de nódulos en ambos senos, (2) Mamografía con displasia significativa o severa densidad que podría ocultar malignidad. (3) Biopsia que revela múltiples focos de hiperplasia intraducto, papilomatosis, etc.

COMPLICACIONES DE LA MASTECTOMIA SUBCUTANEA: La complicación más común es la neurosis dérmica o del pezón. La circulación sanguínea de la piel que quede para la reconstrucción mamaria, se puede afectar por prótesis o pesadas o grandes, disección agresivas (sic).

Si ocurre necrosis y el implante se explore (sic), éste se debe remover y la piel necrótica se desbrida. Las prótesis pueden ser reemplazadas después de que la herida haya cicatrizado y madurado.

Si se presenta infección postoperatoria debe administrar antibiótico y remover el implante". (Negrillas y subrayas son de la Sala).

Y en relación con el caso concreto que fue objeto de análisis, el dictamen manifestó:

“III. DISCUSION.

Se trata de una paciente adulta joven de 41 años a quien se le realizó estudio mamográfico por presencia de masa en seno izquierdo en fe. 17/86, masa de 3 meses de evolución, la cual fue resecada y cuyo reporte de histopatología fue ectasia canalicular de glándula mamaria.

Consulta en Dic./87 por nueva masa en seno y por las características de la lesión se sospecha cáncer de seno izquierdo, se solicita nuevo estudio mamográfico haciéndose diagnóstico de enfermedad fibroquística microquística bilateral y recomienda punción y/o biopsia. Al parecer el procedimiento se realiza en Feb.3/88 (según la información suministrada por la paciente y según la respuesta a la demanda) no aparece datos en los documentos apartados como historia clínica, el resultado de patología (f. 112) reportó enfermedad fibroquística de seno.

En Nov./90 se encontró masa elástica que requirió nueva mamografía en donde reportan ‘...presenta aumento de la mastopatía micro y macroquística importante, difusa bilateralmente, actualmente con nódulos mayores de 2.4 y 1.5 cms.’ Razón por la cual se decide cirugía: mastectomía subdérmica bilateral y aplicación de prótesis, **conducta indicada por la evolución y el estado de la paciente, con estudios previos de su patología (sic) mamaria.** Mas sin embargo se le realiza nueva mamografía en Jun./91 en donde se reporta ‘... los microquistes en seno derecho han aumentado de 1.5 a 1.8 cms. y de 2.4 a 2.8 cms. ...’.

Se realiza el procedimiento quirúrgico en Julio 15/91 con reporte de patología ‘Enfermedad fibroquística de glándulas mamarias bilateral’ ‘focalmente el epitelio ductal muestra cambios (sic) de hiperplasia’.

Con los controles post operatorios consignados en Julio 16/91 la evolución es normal, en Agosto 6/91 se describe presencia: de edema en piel desde 4 días antes, se le prescribió antibiótico, para agosto 27/91 se reporta infección del seno izquierdo, estando mejorando y se le solicita control cada semana.

En septiembre 04/91 es valorada por otro especialista, distinto al médico tratante quien encuentra secuelas severas de la cirugía realizada en Julio 15/91, y se menciona la necesidad de cirugía urgente para controlar la infección y terminar de sacar prótesis extruida y con signos locales (sic) de infección y se programa para el día siguiente 05/sept/91, haciendo extracción de prótesis, desbridamiento, y rotación de calgajes (sic) de vecindad.

Las evoluciones de la paciente en el post-operatorio son pocas en Julio 16/91, y en agosto 06 y 27/91, para esta última fecha se descubren signos compatibles con infección, pero no se menciona la exposición o salida de la prótesis de silicona, lo cual no concuerda con la información suministrada por la paciente, quien afirma que la protrusión o

exposición de la prótesis ocurrió en el día 18 del post-operatorio. **Vale la pena mencionar que las complicaciones como necrosis dérmica, infección localizada y la salida de las prótesis son complicaciones inherentes al procedimiento quirúrgico, y la conducta indicada fue la que realizó el Dr. Villate: Extracción de prótesis y desbridamiento de piel necrótica.**

CONCLUSION: Paciente quien presentó enfermedad fibroquística mamaria con hiperplasia en epitelio ductal **manejada acorde a la ley artis hasta la realización del procedimiento quirúrgico de mastectomía subcutánea y colocación de prótesis de silicona, con complicaciones post-operatorias inherentes al procedimiento quirúrgico.**

Existe un vacío en cuanto a las evoluciones post-operatorias relacionadas con los signos clínicos de infección y exposición de prótesis, aunque fue manejada con antibiótico terapia, hay incongruencia en lo mencionado por la paciente sobre la exposición de la prótesis a los 18 días de post-operatorio y los hallazgos clínicos reportados a las evoluciones”. (Las subrayas y negrillas son de la Sala).

2.5. En el proceso también se obtuvo dictamen del INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGIA, en el cual el Jefe del Grupo de Seno y Cirugía General absolvió las preguntas formuladas en la demanda, en los siguientes términos (fls. 1 a 3, cdno. 4):

“a) Determinar si la intervención quirúrgica que se le practicó, llenó o no los requisitos que la técnica aconsejaba al momento que ella tuvo lugar, dando un pormenorizado detalle de los aciertos o desaciertos que la misma tuvo”.

A lo anterior, el INSTITUTO respondió: *“La cirugía realizada, mastectomía subcutánea con implantes o reconstrucción de tejidos autólogos es una técnica universalmente aceptada. Si llenó o no los requisitos técnicos no podemos dar opinión, pues no fuimos testigos presenciales del acto quirúrgico”.*

Pregunta: *“b) Qué especialista cirujano debía o está en capacidad de practicar correctamente y sin riesgo esta clase de cirugía”.*

Respuesta: *“b. Cualquier médico con título certificado por una facultad de medicina reconocida por la ley colombiana”.*

Preguntado: *“c) Si las consecuencias adversas que ha padecido la demandante a la primera operación se debieron a las deficiencias del tratamiento en sí y a la falta de pericia requerida del cirujano”.*

Contestó: *“c. Las complicaciones que se derivan de cualquier procedimiento quirúrgico están relacionadas con una serie de factores inherentes al procedimiento mismo y a la biología de la paciente. Consideramos que si la paciente es intervenida por un médico cirujano certificado, tiene el conocimiento requerido para realizar el acto operatorio descrito”.*

Dirigidas al cirujano de mama del INSTITUTO, se plantearon en la demanda las siguientes preguntas:

a) Si la cirugía es la conducta terapéutica de elección en caso de la denominada enfermedad fibroquística padecida por la paciente en sus senos. Explique en caso afirmativo la razón de esto.

b) Qué utilidad tienen las biopsias de seno en el seguimiento de esta enfermedad.

c) Se requiere entrenamiento intensivo con el fin de conocer y realizar en forma idónea las técnicas quirúrgicas utilizadas en cirugía de seno.

d) En atención a su respuesta anterior, considera que el cirujano más indicado, para practicar la mastectomía subcutánea y aplicación de prótesis sería un especialista en cirugía de seno. Explique su respuesta.

e) Debido a la ejecución de una mala técnica quirúrgica en lo que se refiere a la mastectomía subcutánea con aplicación de prótesis, se puede obtener necrosis cutánea en gran proporción e infesema (sic) en área quirúrgica.

f) Según su experiencia como médico especialista en cirugía de seno la colocación de prótesis en la denominada mastectomía subcutánea se debe realizar como conducta rutinaria en el mismo acto operatorio.

g) Según su experiencia cuál es el seguimiento que se debe adelantar para el manejo del post-operatorio en cirugía de seno, mastectomía y colocación de prótesis”.

En la respuesta del INSTITUTO, se dijo:

A. La mastectomía subcutánea es un procedimiento aceptado por muchas escuelas en el tratamiento de la Enfermedad Fibroquística, cuando presente riesgo de desarrollar patología maligna.

B. Las biopsias de seno se utilizan cuando se sospecha el desarrollo de un tumor maligno.

C. Es deseable que todo médico que realice un procedimiento en un área específica tenga conocimiento del área; sin embargo dadas las

condiciones en nuestro medio, la dedicación a un área y la experiencia son el único aval de que se dispone.

D. Consideramos que cualquier médico titulado y certificado está en condiciones de realizar el procedimiento. De hecho la cirugía de seno como Subespecialidad no era reconocida legalmente en nuestro medio hasta hace poco, y los médicos que se desempeñaban como tal en las instituciones del estado (I.S.S. o privadas), no están certificados en su mayoría.

E. Esta pregunta fue contestada en el numeral C.

F. La reconstrucción inmediata del seno después de una mastectomía subcutánea contempla varias técnicas, entre ellas la colocación de prótesis.

G. Todo procedimiento quirúrgico debe ser seguido por el médico tratante de acuerdo a su criterio y a la complejidad de cada caso”.

2.6. TESTIMONIOS:

- **Aníbal Villate Peralta**, médico de 47 años de edad (fls. 99 y 235, cdno. 3), declaró que conocía a la demandante desde el 4 de septiembre de 1991 y que la operó en la Clínica El Bosque por presentar signos de infección y efectuó la extracción de las prótesis mamarias colocadas anteriormente. Preguntado sobre si la cirugía que le había sido practicada anteriormente a la paciente **ESPERANZA CASALLAS** era necesaria, contestó: *“La mastectomía sub-cutánea, nombre que recibe el procedimiento realizado está aceptada científicamente como procedimiento para mejorar algunas enfermedades de la glándula mamaria, en el caso específico por el conocimiento que tengo de tratarse de una enfermedad fibroquística con signos y síntomas, también por antecedentes es uno de los procedimientos aceptados para tratamiento y reconstrucción de las glándulas mamarias”.*

Sostuvo que, en casos como el de la demandante, había varias formas de tratamiento de la enfermedad fibroquística y que de acuerdo entre la paciente y con la opinión de uno, dos o tres especialistas, se toma una determinación acorde con cada caso particular; el procedimiento que se adelantó en la paciente **CASALLAS** está indicado para su enfermedad fibroquística y como procedimiento quirúrgico que es, *“(…) conlleva a complicaciones de orden táctico, técnico y circunstancial que todo procedimiento que incide en la piel o un órgano especial conlleva. Ninguna cirugía está exenta de riesgos y/o complicaciones intra y post operatorios; y esto obedece a innumerables factores que puede provocar como en*

el caso de la señora Esperanza Casallas un trauma una infección una susceptibilidad al material empleado tanto de sutura como el empleado en la reconstrucción (prótesis de silicona), infección nosocomial, es decir de la institución o del ambiente que frecuenta la paciente”.

Y sobre el estado de la señora **CASALLAS** para el día en que este galeno la atendió, declaró: *“Era evidente que las prótesis de silicona implantadas se encontraban en vía de extrucción (sic) o expulsión, a través de las suturas quirúrgicas con un proceso infeccioso asociado que no puedo determinar si es por técnica por higiene por trauma ajeno a la cirugía o intolerancia ‘alergia’, a las mismas prótesis o al material de sutura empleado en la cirugía”.*

Se le preguntó al testigo si la desproporción de las prótesis pudo ser la causa de su expulsión, a lo cual respondió que *“Sí, es una de las causas de la expulsión (...). Es una de las causas en términos generales sin embargo, no es la única, y en el caso de la señora Esperanza no puedo determinar si existiendo un tejido adecuado para la colocación de las prótesis fue la causa principal de la expulsión”.*

En cuanto al manejo que se le estaba dando a la paciente antes de que él la examinara y la interviniera quirúrgicamente para extraerle las prótesis, manifestó: *“la evolución de la complicación no era aguda sino que cursaba posiblemente por varios días de evolución, el manejo dado por, o de acuerdo al testimonio de la paciente, generó dudas, motivo por el cual ante una inminente expulsión de las prótesis acudí a mis servicios y ante lo complicado del caso se programó una cirugía para interrumpir el proceso infeccioso y extraer las prótesis en cuestión”.*

Se le preguntó si el manejo dado por el doctor ANDRADE en el post-operatorio fue idóneo, a lo cual contestó: *“la infección es un proceso insidioso (lento), en este caso especial y no me consta cómo fue orientado su tratamiento inicial y finalmente, me limito a atender una urgencia independientemente de su evolución y a pedido especial de la paciente quien no quería continuar el tratamiento con su médico tratante inicial”.*

MARGARITA ISABEL LANDECKER DE GUILLOT, mayor de edad, médica general, empleada de **CAPRECOM** como Jefe de la Sección de Atención Médica, rindió testimonio (fls. 2 a 9, cdno. 3) en el cual dio cuenta de los antecedentes de

la paciente **ESPERANZA CASALLAS DE GARCIA**, relatando cómo fue llevada varias veces a cirugía por el doctor **HUGO ANDRADE** para reseca tejido mamario que presentaba micro y macroquistes, así como áreas sospechosas extensas de fibrosis; en la última cirugía realizada, se retiró el tejido mamario restante y se colocaron prótesis con fines de rehabilitación, por lo que se solicitó a **INRAVISION** -entidad a la cual estaba laboralmente vinculada la paciente- su autorización para la consecución de las mismas; la cirugía se realizó con la participación del doctor **RAFAEL GOMEZ**, médico cirujano plástico; cuando en el post-operatorio tardío presentó infección local, el doctor **ANDRADE** atendió a la paciente incluso en su consultorio particular para hacerle las curaciones, hasta cuando ésta decidió acudir a un médico particular, para lo cual solicitó autorización a **CAPRECOM**, entidad que la impartió y asumió los gastos a las tarifas aplicables, siendo intervenida quirúrgicamente por el doctor **ANIBAL VILLATE** en la Clínica El Bosque, para lo cual **CAPRECOM** expidió la respectiva orden de hospitalización.

El apoderado de la parte actora le preguntó sobre la especialidad y la experiencia que registraba el doctor **ANDRADE** en la entidad y si tenía conocimiento de que hubiera realizado cirugías de seno, a lo cual la testigo respondió que *“el doctor Andrade es cirujano formado en el Instituto Nacional de Cancerología, realiza en Caprecom cirugía general y consulta de seno, la experiencia es de mínimo 15 años desde que lo conozco, opera pacientes con patología de seno y tiene alto récord quirúrgico”*.

Declaró así mismo, que de manera regular los pacientes que van a ser intervenidos quirúrgicamente son informados sobre el procedimiento y los riesgos inherentes al mismo y se obtiene de ellos su autorización; que la relación médico - paciente entre el doctor **ANDRADE** y la paciente, debió ser buena, toda vez que fue intervenida en varias ocasiones por dicho profesional y llevaba varios años siendo su paciente; en relación con la clase de prótesis que le fue implantada a la paciente, la testigo manifestó que es el cirujano quien establece cuál es la apropiada y en el presente caso, el doctor **ANDRADE** ordenó prótesis de la mejor calidad que había en el mercado.

Preguntada por las razones que llevaron a que en el post-operatorio se presentara la grave infección que sufrió la paciente, con extrusión de las prótesis, la testigo respondió que *“Toda prótesis que se coloque dentro del organismo humano como cuerpo extraño tiene riesgo de que se infecte, en el caso de la paciente su*

enfermedad de base, sus cirugías previas contribuyeron a que esto ocurriera, tengo conocimiento que al menos en el Instituto Nacional de Cancerología han entrado en desuso por esta complicación, ahora se utilizan rotación de colgajos musculares”.

Se le preguntó si siempre que había infección era necesario extirpar la prótesis, contestando la testigo que *“No tengo experiencia en casos de complicación de pacientes como la señora Esperanza, en otras prótesis si la infección está localizada se puede dar espera, algunas veces varios meses tratando de controlar la infección, antes de que el cirujano decida intervenir y sacar las prótesis”.*

2.7. INTERROGATORIO DE PARTE:

La señora **ESPERANZA CASALLAS** absolvió interrogatorio de parte (fls. 10 a 16, cdno. 3) en el cual, en primer término, hizo un relato sobre su conocimiento del doctor **ANDRADE** y la atención que recibió de él; manifestó que la había operado en varias ocasiones de quistes en los senos, una vez en 1986 y otra a los dos años; que en 1990 le encontró un quiste en el seno derecho y le dijo que *“(…) para no estar cada rato sacando quistes lo mejor sería sacar la glándula mamaria y colocar unas prótesis (…)”* y que cuando ella le preguntó si no había otra alternativa, el médico le contestó que no, porque el quiste era grande y le iba a quedar un hueco grande en el seno; manifestó la señora **CASALLAS** que ese no era el procedimiento adecuado, porque se trataba de tumores benignos, de una enfermedad fibroquística; y que no era el profesional adecuado para realizar la cirugía, porque no era cirujano plástico; cuando salió de la cirugía que le fue practicada el 5 de julio de 1991, estuvo 3 días hospitalizada y en ese tiempo el doctor **ANDRADE** no fue a verla, sólo le recetó droga y cuando salió le dio cita en **CAPRECOM**, a la cual la paciente acudió y el doctor le dijo que era un éxito la cirugía; declaró:

“(…) a los 8 días se me presentaron los primeros síntomas de infección, lo llamé por teléfono al consultorio privado y me dijo que me esperaba allá, me miró y me dijo que ni siquiera me tocaba porque tenía una intoxicación de infección, que fuera ese martes siguiente al consultorio de Caprecom, me formuló antibiótico durante 8 días 5 inyecciones diarias por lo cual tuve que contratar enfermera, la infección persistía y duré mes 20 días infectada y me mandaba ir cada rato al consultorio de él y al consultorio de Caprecom, yo le decía que me sentía muy mal

y él me decía coma carne y rece, después de mes y 20 días de ver que ningún antibiótico me hacía, me dijo que me pusiera unas compresas de agua caliente, las cuales me ocasionaban una reacción bastante molesta, cuando le comenté que me sentía mal por esto, me dijo que las suspendiera, esto lo hacía como adivinando a ver que me hacía sentir bien, le propuse que porque (sic) no hacía una reunión de médicos y él me dijo que no porque sabía lo que estaba haciendo, se molestó, cada vez la infección era más grande, los quistes más grandes, se reventaban me producían mucha molestia (...) la última cita con el doctor Andrade (...) él me había recortado un poco de piel necrosada, yo le decía que si lo que se veía eran las prótesis y él me contestaba que eso no estaba pegado con saliva, me dio una crema de nombre Furacín, para que se las pusiera a las prótesis, pues ya en esos sitios no había piel, viéndome tan grave llamé al doctor Villate (...), me preguntó que qué médico me había hecho eso que si era un cirujano plástico (...) me dijo que las lesiones eran graves, pues lo que se me veían eran las prótesis que ya se iban a salir, que él estaba aterrado de ver que me habían sacado los músculos, la piel estaba sobre las prótesis y por eso había sido de inmediata (sic) la infección, que él no entendía por qué no me había llevado a cirugía a los 8 días de presentarse la infección, (...) me dijo que requería de una cirugía urgente (...).”

Declaró así mismo, que ella tuvo que pagarle honorarios al doctor VILLATE durante un mes y medio después de la cirugía y que “(...) la conclusión de la cirugía me dejó sin senos, las prótesis que tengo que usar para que estéticamente me vea bien las tengo que comprar de mi bolsillo, fuera del problema moral, síquico”; preguntada sobre las anteriores atenciones del doctor **ANDRADE**, dijo que fueron regulares, porque era de muy mal genio; que ella aceptó las intervenciones quirúrgicas “(...) pero en la última él nunca me aclaró que él no era especialista en esto que estaba ensayando”; admitió que el doctor **ANDRADE** le explicó en qué consistía esa última operación, pero que no le explicó las consecuencias, y que no le manifestó que fuera especialista en cirugía plástica, que a juicio de la declarante, era la especialidad que debía tener para realizar esa intervención.

“PREGUNTADO: usted tuvo 6 meses aproximadamente de tiempo desde la primera conversación de la posible conversación (sic) para consultar sobre ella con sus familiares y con otros especialistas para tomar la decisión final, consultó con alguien más la decisión que iba a tomar o la tomó sola. CONTESTO: Desafortunadamente no consulté con nadie pues tenía confianza en mi cirujano”.

La declarante manifestó que el doctor **ANDRADE** hizo todo mal, sacó el músculo y le puso unas prótesis demasiado grandes para la cavidad en la que debían ser implantadas y que por eso fue tan rápida la infección y el rompimiento de la piel; admitió que no había estudiado medicina, pero que le encantaba leer sobre el tema; así mismo, admitió que el doctor **ANDRADE** atendió los controles durante el post-operatorio inclusive en su consultorio particular cuando no tenía que asistir a **CAPRECOM**, y que estuvo siempre dispuesto a atenderla cuando ella lo solicitaba, incluso los fines de semana. Igualmente, aceptó que **CAPRECOM** pagó la intervención quirúrgica practicada por el doctor **VILLATE**, médico particular, pero que lo hizo a los 4 meses y a las tarifas de la entidad.

II- La responsabilidad de la entidad demandada.

De conformidad con el acervo probatorio que se acaba de enunciar, para la Sala no queda duda de que la demandante, señora **ESPERANZA CASALLAS DE GARCIA**, efectivamente sufrió un daño, consistente en la pérdida anatómica de sus senos y el fracaso de la cirugía reconstructiva que se le practicó en forma concomitante con la mastectomía a la que tuvo que ser sometida en virtud de la enfermedad fibroquística que la aquejaba; no obstante, de las pruebas recaudadas no se deduce la imputabilidad de tal daño a la entidad de seguridad social demandada, **CAPRECOM**.

Efectivamente, se observa que en el presente caso se alega la existencia de una falla del servicio de la entidad demandada como causa del daño padecido por la actora, por lo cual a ésta le correspondía acreditar tanto la existencia de aquel, como también la falla del servicio propiamente dicha, esto es, que el servicio no se prestó o no funcionó, o que lo hizo en forma defectuosa o tardía, y que fue precisamente esa actuación u omisión la causante del daño, de tal manera que de no haber mediado ese obrar defectuoso, éste no se habría producido; así mismo, es claro que para poder predicar esta relación entre la falla y el daño, resulta insuficiente la prueba del contacto que el afectado hubiere tenido con el servicio, como cuando en los casos de responsabilidad médica, se acredita que la persona fue atendida en las instalaciones y por el personal de la entidad demandada o en instalaciones ajenas pero por su cuenta y riesgo, por cuanto lo que resulta relevante para deducir la responsabilidad estatal, es que la actuación u omisión de la Administración haya sido la causa eficiente del daño en cuestión; al respecto, ha dicho la Sala:

“En cuanto a la prueba del vínculo causal, ha considerado la Sala que cuando resulte imposible esperar certeza o exactitud en esta materia, 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 prueben dicha relación, “el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia”², es decir, que la relación de causalidad queda probada “cuando los elementos de juicio suministrados conducen a ‘un grado suficiente de probabilidad’³”, que permita tenerlo por establecido.

De manera más reciente se precisó que la exigencia de “un grado suficiente de probabilidad”, no implicaba la exoneración del deber de demostrar la existencia del vínculo causal entre el daño y la actuación médica, que hiciera posible imputar a la entidad que prestara el servicio, sino que esta era una regla de prueba, con fundamento en la cual el vínculo causal podía ser acreditado de manera indirecta, mediante indicios⁴.

Vale señalar que en materia de responsabilidad estatal, el asunto no puede ser resuelto con la sola constatación de la intervención causal de la actuación médica, sino que esa actuación debe ser constitutiva de una falla del servicio y ser ésta su causa eficiente. Esa afirmación resulta relevante para aclarar que si bien de conformidad con lo previsto en el artículo 90 de la Constitución, el derecho a la reparación se fundamenta en la antijuridicidad del daño, no es suficiente verificar que la víctima o sus beneficiarios no estaban en el deber jurídico de soportarlo para que surja el derecho a la indemnización, sino que se requiere que dicho daño sea imputable a la Administración, y no lo será cuando su intervención aunque vinculada causalmente al daño no fue la causa eficiente del mismo sino que éste constituyó un efecto no previsible o evitable, de la misma enfermedad que sufría el paciente”⁵

En las anteriores condiciones y volviendo al presente caso, observa la Sala que en el plenario no se probó la falla del servicio que se imputó a la entidad demandada, consistente en **i)** la falta de pericia del médico tratante, **ii)** la impertinencia del

² Cfr. RICARDO DE ANGEL 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.

³ *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. Sentencia del 3 de mayo de 1999, exp: 11.169.

⁴ Ver, por ejemplo, Sentencias de 14 de julio de 2005, exps: 15.276 y 15.332.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 31 de agosto de 2006, Expediente 15772. M.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

procedimiento quirúrgico -mastectomía- practicado a la paciente y **iii)** la defectuosa atención post-operatoria recibida por ésta.

Todo lo contrario, se acreditó la permanente atención que, por causa de la enfermedad de sus senos, le fue brindada a la paciente por parte de la entidad de seguridad social a la que se hallaba vinculada, **CAPRECOM**, desde el momento en que empezó a padecerla en 1986, con continuos controles y exámenes diagnósticos tales como mamografías y biopsias, resultado de los cuales fueron los procedimientos quirúrgicos de extirpación de quistes a los que se vio sometida en dos ocasiones, antes de que surgiera la necesidad de practicar una cirugía definitiva como lo fue la mastectomía subcutánea bilateral que se realizó en julio de 1991.

Está probado así mismo, que el doctor **HUGO ANDRADE**, quien practicó la mastectomía más implantación de prótesis de silicona a la señora **CASALLAS**, es un médico cirujano adscrito a **CAPRECOM**, que por lo tanto cuenta con los conocimientos y la pericia necesarios para realizar cirugías de esta naturaleza, tal y como lo reconocieron todos los profesionales de la Medicina que declararon en el proceso y lo reafirmaron los dictámenes proferidos por Medicina Legal y el Instituto de Cancerología, por lo cual queda descartada la afirmación efectuada por la parte demandante, en el sentido de que la cirugía no fue practicada por un médico idóneo para ello.

En cuanto a la atención post-operatoria, está probado y así lo admitió la demandante en su declaración de parte, que el doctor **ANDRADE**, médico tratante y cirujano que practicó la intervención quirúrgica -mastectomía e implante de prótesis de silicona- le brindó atención permanente y continua, no sólo en los días en los que prestaba sus servicios en las instalaciones de **CAPRECOM**, sino en cualquier momento en que fue requerido por su paciente, incluso en días festivos y en su consultorio particular, es decir que estuvo pendiente de su evolución y en cuanto advirtió la presencia del proceso infeccioso, procedió a recetarle antibióticos, conducta que, según los dictámenes obrantes, era la indicada para ese preciso momento; ahora bien, si el médico tratante no continuó su atención hasta la solución definitiva de la complicación, ello obedeció a causas imputables a la misma paciente, quien autónomamente resolvió cambiar de médico tratante y acudir a un profesional externo a la entidad de seguridad social.

Por otra parte, observa la Sala que el daño por el cual se reclama, está constituido por la pérdida anatómica de sus senos sufrida por la señora **ESPERANZA CASALLAS DE GARCIA** y el fracaso del implante de las prótesis de silicona que tuvieron que ser removidas, circunstancias frente a las cuales, como quedó visto, las entidades oficiales que rindieron su experticia en el **sub-lite** sostuvieron, de un lado, que la cirugía realizada, de extirpación de los senos -mastectomía-, era un procedimiento indicado para la afección padecida por la demandante y que fue realizado por un médico cirujano capacitado para ello; y de otro lado, que el hecho del rechazo de las prótesis y su obligado retiro del organismo de la paciente, no podía imputarse a una mala praxis, podía obedecer a múltiples causas y era un riesgo inherente a esta clase de cirugías.

Al respecto, resulta necesario advertir que, en el presente caso, la cirugía de implante de prótesis de silicona, tal y como se declaró en el **sub-lite** por la Jefe de la Sección de Atención Médica de la entidad demandada, no fue una cirugía plástica estética sino **reconstructiva**, porque se consideraba necesaria para la rehabilitación de la paciente, procedimiento que, según la doctrina especializada, participa de la misma connotación de cualquier otro procedimiento médico o quirúrgico normal, en cuanto corresponde a una obligación de medio y no de resultado, en la cual no se garantiza éste, es decir la curación al final del tratamiento y los procedimientos, toda vez que la obligación que surge a cargo de los médicos tratantes es la de emplear todos los medios a su alcance y aplicar los métodos y la pericia indicados por la **lex artis** para el tratamiento de una determinada afección. Sobre el punto, ha dicho la doctrina⁶:

“(…) dependiendo del tipo de cirugía plástica practicada, se suele precisar que el régimen obligacional tiende a variar, de suerte que, *a priori*, resulta inexacto inclinarse por el surgimiento de una u otra obligación, sin que previamente, para ello, se ausculte la teleología del acto médico, contrastado, claro está, con el interés del paciente.

Es así como acudiendo a una extendida bipartición, se tiene establecido que la cirugía plástica, en rigor médico, amerita ser dividida o ramificada, con arreglo a dos específicas categorías, así: *la cirugía reparadora*, y *la meramente estética* -de aparición más reciente-.

⁶ JARAMILLO J., Carlos Ignacio; Responsabilidad Civil Médica. Pontificia Universidad Javeriana, Colección Ensayos no. 8, Bogotá, 2008; pgs. 374 a 382.

La primera de ellas, como su nombre diáfano lo denota, se caracteriza por su inequívoco y demarcado *rol* sanitario, vale decir porque persigue corregir o morigerar, según sea el caso, concretos defectos del ser humano, ora congénitos, ora adquiridos ulteriormente (malformaciones, quemaduras, amputaciones, etc.). Expresado de otra forma, esta reconocida modalidad es esencialmente curativa, rectamente entendida.

La segunda, por su parte, tiene como fin esencial -así no sea exclusivo- el embellecimiento; el mejoramiento estético de la persona, al punto que en algunos círculos especializados igualmente se le conoce a través de las llamativas expresiones: cirugía cosmética; perfectiva; retocadora; estructural; artística; de la belleza; decorativa; galante; de fantasía, y del equilibrio psíquico, toda vez que, en estrictez, no está enderezada a satisfacer necesidades apremiantes, vitales o terapéuticas -inmediatas-, o de acentuada urgencia o, en fin, de índole puramente curativa.

Muy por el contrario, lo que en el fondo se desea, *in casu*, es erradicar o atenuar un distractor de la belleza física, por subjetiva que ella resulte, o pueda resultar, sin que esté en entredicho la vida, o comprometida, bien directa, bien indirectamente, la función de un órgano o estructura, entre otras posibilidades clínicas. Por eso con frecuencia se afirma que esta es '... una cirugía reservada para sujetos sanos', por manera que '... la decisión operatoria no es el resultado ni de una enfermedad, ni de un traumatismo, ni de una malformación.

(...)

Tal binomio (cirugía plástica y cirugía estética), útil resulta memorarlo, no sólo entraña consecuencias en un plano científico, sino también en el jurídico, que es, en puridad, el que nos convoca, precisamente por nuestra formación profesional, la que explica los posibles yerros técnicos en que, de buena fe, podamos incurrir, tanto más cuanto que esta problemática acusa una acendrada especialidad.

En efecto: de conformidad con la doctrina y con la jurisprudencia mayoritarias, sin perjuicio de honrosas excepciones, se estima que la cirugía reparadora, en sí, se inscribe en la regla generalísima, es decir, en el marco de la dogmática de las obligaciones de medio -o de actividad-, habida consideración de que el médico - cirujano se compromete a dispensar la atención y cuidados indispensables de acuerdo con los cánones que, contemporáneamente, disciplinan la ciencia, con miras a que le sean corregidos o atenuados, en lo posible, los defectos físicos experimentados por su paciente. Nada más, de suerte que no median visibles y diamantinas diferencias entre el acto médico, en general, y el ejecutado por el cirujano reparador (cirugía reparadora pura), hecho que aconseja un tratamiento uniforme.

No sucede lo mismo, a su turno, con la cirugía estética, puesto que en este supuesto se afirma que la *obligatio* galénica -a juicio de muchos- es de resultado, y no de medios, únicamente, por cuanto el *facere* médico trasciende del simple cuidado y atención indispensables (expresa o tácitamente), para situarse en el ofrecimiento de la obtención de una determinada consecuencia corporal (*opus*), hecho que, sin

ambages, se traduce en el móvil que, en la *praxis*, induce a contratar al paciente (...).

No es posible, por consiguiente, afirmar categórica e irrestrictamente, esto es sin excepción de género alguno, que los cirujanos plásticos siempre asumen obligaciones de medios -o actividad-, dado que en punto tocante con la apellidada cirugía estética -cosmética, embellecedora, de fantasía, o artística-, una de sus consabidas vertientes, el galeno está llamado a ejecutar una prestación más cualificada (*plus*) que la que ejecuta, en el común de los casos, el facultativo ordinario que, como se ha dicho, se compromete a desplegar -o irradiar- todos sus conocimientos científicos, en pro del bienestar de su paciente, es cierto, pero sin avalar -o garantizar- un determinado resultado sanitario, merced al *alea* que gravita, inexorable e irremediablemente, en torno al ejercicio de la medicina, según dan cuenta las máximas de la experiencia, no empuje sus indiscutidos y saludables avances, en especial durante las últimas décadas.

Situación diferente, importa memorarlo, es la que concierne a la denominada cirugía reconstructiva, modalidad del *genus* cirugía plástica, dueña de elementos que, en la esfera teleológica, la estereotipan y que, por contera, reclaman un tratamiento harto divergente, en razón de su conocido cometido: reparar defectos congénitos o sobrevinientes (*posterius*), por lo demás propio de la medicina curativa, *stricto sensu*.

De allí que luzca imprecisa, a *fuer* que dogmática, una tesis que, *in extremis*, niegue la posibilidad de la floración de un débito de resultado en cabeza de los cirujanos plásticos, a la par que la que asevere, por vía de la generalización -y exclusión- que los cirujanos en comento invariablemente asumen obligaciones del prenombrado temperamento, ya que una y otra, prohijadas a ultranza, son ajenas a la realidad negocial (fin práctico del contrato de prestación de servicios médicos) que emerge de la supraindicada bifurcación: estética y reparadora, detonante de dos regímenes diversos.

Por tanto, en nuestro entender, puede ser aconsejable escindir los referidos tipos, en orden a asignarles un tratamiento autónomo, acorde con la finalidad intrínseca atribuida a cada uno de ellos, la que se acompaña, *recta via*, con lo pretendido por el respectivo paciente -desde una perspectiva objetiva y racional-, a quien lo mueven propósitos distintos, en una cualquiera de las señaladas hipótesis, como ya se acotó en líneas que anteceden. De esta manera, se evita propiciar una inadecuada unicidad jurídica (unidad de régimen), a sabiendas de que la cirugía plástica, reclama subdivisión”.

Y el análisis de cada caso concreto, será el que dé la pauta para determinar qué clase de cirugía fue la practicada: cosmética o reconstructiva; en el presente caso, resulta evidente que se trata de esta última, toda vez que fue resultado de una intervención quirúrgica de extirpación de los senos en una mujer -mastectomía-, indispensable desde el punto de vista médico, por el riesgo que para la salud y la

vida de la paciente representaba abstenerse de tal procedimiento quirúrgico, puesto que se incrementaban las posibilidades de que la enfermedad desembocara en la producción de tumores malignos, tal y como lo describieron las entidades especializadas que dictaminaron al respecto dentro del proceso.

Como consecuencia de la mastectomía realizada, se tomó la decisión, por parte del médico cirujano tratante, de realizar coetáneamente -y asistido por un cirujano plástico- el implante de prótesis de silicona como una medida reconstructiva, frente a la mutilación que para la mujer representa la pérdida de sus senos; es decir que la cirugía no se hizo exclusivamente por razones estéticas, en los términos expuestos por la doctrina, es decir, por motivaciones cosméticas, de embellecimiento, etc., puesto que si la paciente se sometió al procedimiento quirúrgico en su totalidad, fue por razones de salud y funcionalidad de su anatomía y con la esperanza fundada de mantener su apariencia normal, como cuando entró a la sala de cirugía.

De modo que, tal y como lo tiene establecido la doctrina, en este caso se trató de un acto médico común u ordinario, en el cual, dadas las particulares características aleatorias de esta ciencia, los profesionales de la Medicina que llevaron a cabo la atención médica y quirúrgica de la señora **CASALLAS** asumieron obligaciones que los comprometieron a poner a disposición de la paciente todo su saber, su pericia, su atención y sus cuidados, con miras a la obtención de la recuperación de la salud de la referida paciente, pero sin que les fuera exigible garantizar un resultado determinado, en razón de las múltiples variables que intervienen en cada proceso de curación y que escapan al control del profesional de la salud.

Finalmente, vale la pena resaltar el hecho de que, estando de por medio la vida y la salud de la paciente, el procedimiento quirúrgico de extirpación de sus senos - mastectomía- no podía depender de la garantía de éxito en el implante de las prótesis de silicona, que frente a aquellos, resultaba ser de una importancia secundaria; es decir que, aún en el evento en el que no fuera posible la reconstrucción de los senos de la paciente mediante el procedimiento del

implante, la mastectomía tenía que realizarse, como medio obligado para la preservación de su salud.

Conclusión:

Según lo expuesto, para la Sala no queda duda alguna de que en el presente caso, el daño alegado en la demanda y que fue efectivamente probado en el **sub-lite**, se produjo a pesar de la correcta y oportuna atención brindada a la paciente, señora **ESPERANZA CASALLAS DE GARCIA**, antes y después del procedimiento quirúrgico al que fue sometida en julio de 1991, sin que el mismo resulte imputable a la entidad demandada, **CAPRECOM**, razón por la cual, las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar y, en consecuencia, la Sentencia de primera instancia será confirmada.

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

F A L L A

PRIMERO: CONFIRMASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 15 de octubre de 1998.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría, **DEVUELVASE** el expediente al tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

RUTH STELLA CORREA PALACIO
Presidente de la Sala

MAURICIO FAJARDO GOMEZ

ENRIQUE GIL BOTERO
Con aclaración de voto

ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR ENRIQUE GIL BOTERO

PRESTACION DEL SERVICIO MEDICO SANITARIO - Responsabilidad del Estado / PRUEBA INDIRECTA - Para que sea plena prueba se requiere que los indicios sean convergentes y conducentes / PLURALIDAD DE INDICIOS - Se dirigen a un mismo punto

En el tema de la responsabilidad del Estado por la prestación del servicio médico – sanitario, del que trata la sentencia respecto de la cual aclaro voto, he señalado que no existe una línea jurisprudencial que brinde claridad a los operadores jurídicos, en relación con cuáles son los títulos de imputación aplicables en asuntos de esta naturaleza. El criterio jurisprudencial que parte del hecho de admitir la dificultad probatoria que le asiste, en determinados eventos, a los demandantes en materia médica, es digno de reconocimiento. El hecho de reconocer la existencia del indicio de falla, desde mi criterio, constituye un sistema de aligeramiento probatorio que va tan allá como el de las fronteras trazadas por la falla presunta y, por consiguiente, comparto el hecho de que se edifique un modelo a partir del cual sea el profesional médico quien deba acreditar que su actuar fue diligente y cuidadoso. Me aparto eso sí, de manera respetuosa, de entender que a partir de un único indicio de responsabilidad, se pueda derivar una plena prueba de la imputación fáctica en relación con la responsabilidad patrimonial del Estado; lo anterior, por cuanto, si bien acepto que el mal denominado nexo causal pueda ser acreditado a partir de indicios, no debe olvidarse que para que la prueba indirecta sea plena prueba se requiere que los indicios sean convergentes y conducentes, es decir que la pluralidad de indicios (hechos inferidos) se dirijan a un mismo punto. En consecuencia, la Sala debería retornar a la teoría de la falla presunta, sin tener que efectuar giros argumentativos como los que se vienen presentando, en la medida que el indicio único de falla no es otra cosa distinta a una presunción judicial de falla, que debe ser desvirtuada en los términos del artículo 1604 del C.C. En efecto, el indicio al que se ha hecho referencia, realmente envuelve una falla presunta y, por lo tanto, debería resultar aplicable a cualquier tipo de especialidad médica.

FALLA PRESUNTA - Para definir la responsabilidad del Estado en materia médico hospitalaria

En consecuencia, en mi criterio, comparto todos aquellos sistemas de aligeramiento o alivianamiento probatorio, salvo el de las cargas probatorias dinámicas porque requiere de una regulación legal expresa (audiencia especial de distribución probatoria), motivo por el cual he defendido la teoría de la falla presunta, así como el instrumento de la res ipsa loquitur, para definir la responsabilidad del Estado en materia médico – hospitalaria, y todos los esquemas que en esta materia de una u otra forma consagran o permitan esa

facilidad probatoria, con garantía de los derechos al debido proceso y de defensa, sin que el juez tenga la posibilidad de sorprender probatoriamente a las partes. Defiendo la falla presunta o el indicio de falla, como quiera que estoy convencido de que el galeno, en los términos del artículo 1604 del C.C., debe ser quien está obligado a probar que su actuar fue diligente y cuidadoso, como quiera que la prueba de la diligencia y cuidado corresponde a quien ha debido emplearlos. La teoría de la falla presunta se acomoda más a las exigencias probatorias imperantes en este tipo de procesos, como quiera que el demandante debe probar el daño antijurídico y la imputación fáctica, mientras que el demandado debe acreditar su actuar diligente y cuidadoso para romper la presunción judicial que recae en relación con el elemento falla. En los anteriores términos, dejo planteada mi posición en cuanto concierne a la forma como la Sala abordó –y, en general a como ha venido asumiendo– el aspecto de la prueba de los elementos de la responsabilidad en materia médico – sanitaria, toda vez que, a lo largo de varios años, se han producido giros y movimientos drásticos en la línea jurisprudencial que motivan a reflexionar sobre el punto, con miras que se i) fijen criterios claros para las personas que acceden a la administración de justicia y, de otro lado, que ii) reconozcan la dificultad a la que se encuentra sometida la parte demandante para acreditar la falla del servicio, esto es, el desconocimiento de la *lex artis*, máxime si se tiene en cuenta la complejidad que reviste la ciencia médica y más aún en nuestros tiempos con los recientes avances tecnológicos. Por último, sólo espero que la jurisprudencia sea abierta a la posibilidad de implementar o extender la aplicación de construcciones teóricas como el indicio de falla, a todas las especialidades médicas, sin que importe mucho la denominación que se le dé al respectivo sistema o mecanismo de aligeramiento probatorio (falla presunta o indicio de falla), puesto que lo importante es poner a tono a la jurisprudencia nacional con los más recientes postulados conceptuales trazados desde la doctrina y la jurisprudencia extranjeras que al unísono han reconocido la necesidad de establecer estándares de aligeramiento probatorio en el tópico objeto de análisis.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente (E): MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Bogotá D.C., veintisiete (27) de abril de dos mil diez (2010)

Radicación número: 25000-23-26-000-1992-08309-01(16068)

Actor: ESPERANZA CASALLAS DE GARCIA

**Demandado: CAJA DE PREVISION SOCIAL DE COMUNICACIONES
CAPRECOM-**

Referencia: REPARACION DIRECTA

Con el acostumbrado respeto por las providencias de la Corporación, procedo a señalar los motivos por los cuales, si bien comparto la decisión adoptada 14 de abril del año en curso, aclaro mi voto en relación con un aspecto de la parte motiva del proveído en cuestión.

1. Argumentos sobre los cuales recae la presente aclaración de voto

La Corporación a través de la providencia de la referencia, confirmó la sentencia de 15 octubre de 1998, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la que se negaron las pretensiones de la demanda, y en cuanto al régimen aplicable en materia médica, en la parte motiva puntualizó siguiente:

“Efectivamente se observa que en el presente caso se alega la existencia de una falla del servicio de la entidad demandada como causa del daño padecido por la actora, por lo cual a ésta le correspondía acreditar no sólo la existencia de aquel, sino también la falla del servicio propiamente dicha, esto es, que el servicio que no se prestó o no funcionó, o que lo hizo en forma defectuosa o tardía, y que fue precisamente esa actuación u omisión la causante del daño, de tal manera que de no haber mediado ese obrar defectuoso, éste no se habría producido; así mismo, es claro que para poder predicar esta relación entre la falla y el daño; resulta insuficiente la prueba del contacto que el afectado hubiere tenido con el servicio, como cuando en los casos de responsabilidad médica, se acredita que la persona fue atendida en las instalaciones y por el personal de la entidad demandada o en instalaciones ajenas pero por su cuenta y riesgo, por cuanto lo que resulta relevante para deducir la responsabilidad estatal, es que la actuación u omisión de la Administración haya sido la causa eficiente del daño en cuestión...” (folios 24 y 25 de la providencia).

2. Razones y fundamentos de la aclaración

En el tema de la responsabilidad del Estado por la prestación del servicio médico – sanitario, del que trata la sentencia respecto de la cual aclaró voto, he señalado que no existe una línea jurisprudencial que brinde claridad a los operadores jurídicos, en relación con cuáles son los títulos de imputación aplicables en asuntos de esta naturaleza; al respecto he señalado:

2.1. El criterio jurisprudencial que parte del hecho de admitir la dificultad probatoria que le asiste, en determinados eventos, a los demandantes en materia médica, es digno de reconocimiento.

2.2. El hecho de reconocer la existencia del indicio de falla, desde mi criterio, constituye un sistema de aligeramiento probatorio que va tan allá como el de las fronteras trazadas por la falla presunta y, por consiguiente, comparto el hecho de que se edifique un modelo a partir del cual sea el profesional médico quien deba acreditar que su actuar fue diligente y cuidadoso.

Me aparto eso sí, de manera respetuosa, de entender que a partir de un único indicio de responsabilidad, se pueda derivar una plena prueba de la imputación fáctica en relación con la responsabilidad patrimonial del Estado; lo anterior, por cuanto, si bien acepto que el mal denominado nexo causal pueda ser acreditado a partir de indicios, no debe olvidarse que para que la prueba indirecta sea plena prueba se requiere que los indicios sean convergentes y conducentes, es decir que la **pluralidad** de indicios (hechos inferidos) se dirijan a un mismo punto. En consecuencia, la Sala debería retornar a la teoría de la falla presunta, sin tener que efectuar giros argumentativos como los que se vienen presentando, en la medida que el indicio único de falla no es otra cosa distinta a una presunción judicial de falla, que debe ser desvirtuada en los términos del artículo 1604 del C.C.

En efecto, el indicio al que se ha hecho referencia, realmente envuelve una falla presunta y, por lo tanto, debería resultar aplicable a cualquier tipo de especialidad médica.

2.3. En consecuencia, en mi criterio, comparto todos aquellos sistemas de aligeramiento o alivianamiento probatorio, salvo el de las cargas probatorias dinámicas porque requiere de una regulación legal expresa (audiencia especial de distribución probatoria)⁷, motivo por el cual he defendido la teoría de la falla presunta, así como el instrumento de la *res ipsa loquitur*, para definir la responsabilidad del Estado en materia médico – hospitalaria, y todos los esquemas que en esta materia de una u otra forma consagran o permitan esa facilidad probatoria, con garantía de los derechos al debido proceso y de defensa, sin que el juez tenga la posibilidad de sorprender probatoriamente a las partes.

Defiendo la falla presunta o el indicio de falla, como quiera que estoy convencido de que el galeno, en los términos del artículo 1604 del C.C., debe ser quien está

⁷ Tal y como lo he sostenido en otros foros académicos y que, por cuestiones metodológicas, no paso a explicar en esta ocasión.

obligado a probar que su actuar fue diligente y cuidadoso, como quiera que la prueba de la diligencia y cuidado corresponde a quien ha debido emplearlos.

2.4. La teoría de la falla presunta se acomoda más a las exigencias probatorias imperantes en este tipo de procesos, como quiera que el demandante debe probar el daño antijurídico y la imputación fáctica, mientras que el demandado debe acreditar su actuar diligente y cuidadoso para romper la presunción judicial que recae en relación con el elemento falla.

2.5. No se comparte lo expuesto por doctrinantes como el Dr. Javier Tamayo Jaramillo, al afirmar (ver Ambito Jurídico del 8 al 21 de septiembre de 2008), que la falla presunta ha sido aplicada de manera estable y uniforme en más de 1.000 sentencias durante 16 años, como quiera que son muy pocas las veces que el Consejo de Estado lo ha hecho, en estricto sentido; máxime si a partir del año 2000, se adoptó la falla probada con el sistema de carga probatoria dinámica y, en el 2007, se estableció de forma mayoritaria el sistema estático, por regla general, de falla probada, sin posibilidades de aligeramiento probatorio.

No existen, por consiguiente, el número de sentencias a que hace referencia el tratadista Tamayo Jaramillo, razón que motiva a no compartir su artículo denominado “La falla presunta en materia médica conduce a una presunción de causalidad”, por tres razones básicamente, las cuales desechan de tajo, cualquier posibilidad de asumir con seriedad esa postura doctrinal:

i) Porque se basa en cifras que no son reales, en consecuencia, la muestra académica a la que se hace referencia, es inexistente, lo cual le resta validez a su crítica.

ii) Porque erróneamente, se afirma que la tesis aplicable en materia de responsabilidad médica es la falla del servicio presunta, cuando lo cierto es que nada ha sido más fluctuante que la aplicación del título de imputación correspondiente a este tipo de asuntos, argumento adicional para desestimar la crítica académica que se hace, y que, demuestra un desconocimiento de las últimas posturas asumidas jurisprudencialmente desde el año 2000.

iii) A diferencia de lo manifestado por el citado tratadista, la presunción de culpa o de falla, no supone, inexorablemente, la presunción del nexo causal, por cuanto

este último hace relación a la prueba de la causa del daño, mientras que la culpa se refiere a la acreditación de la negligencia, impericia, o desconocimiento de los reglamentos *lex artis*.

En los anteriores términos, dejo planteada mi posición en cuanto concierne a la forma como la Sala abordó –y, en general a como ha venido asumiendo– el aspecto de la prueba de los elementos de la responsabilidad en materia médico – sanitaria, toda vez que, a lo largo de varios años, se han producido giros y movimientos drásticos en la línea jurisprudencial que motivan a reflexionar sobre el punto, con miras que se i) fijen criterios claros para las personas que acceden a la administración de justicia y, de otro lado, que ii) reconozcan la dificultad a la que se encuentra sometida la parte demandante para acreditar la falla del servicio, esto es, el desconocimiento de la *lex artis*, máxime si se tiene en cuenta la complejidad que reviste la ciencia médica y más aún en nuestros tiempos con los recientes avances tecnológicos.

Por último, sólo espero que la jurisprudencia sea abierta a la posibilidad de implementar o extender la aplicación de construcciones teóricas como el indicio de falla, a todas las especialidades médicas, sin que importe mucho la denominación que se le dé al respectivo sistema o mecanismo de aligeramiento probatorio (falla presunta o indicio de falla), puesto que lo importante es poner a tono a la jurisprudencia nacional con los más recientes postulados conceptuales trazados desde la doctrina y la jurisprudencia extranjeras que al unísono han reconocido la necesidad de establecer estándares de aligeramiento probatorio en el tópico objeto de análisis.

Atentamente,

ENRIQUE GIL BOTERO

Fecha ut supra