

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Por falla médica / FALLA MEDICA - Error de diagnóstico / FALLA DEL SERVICIO MEDICO ASISTENCIAL - Al omitir protocolos en tratamiento de cáncer / DAÑO ANTIJURIDICO - Extirpación de seno derecho por error de diagnóstico / ERROR DE DIAGNOSTICO - Al practicar cirugía innecesaria de tumor no maligno / PERSPECTIVA DE GENERO - Error al diagnosticar a paciente con cáncer que no sufría

La señora Rósula Benilda Jaramillo ingresó al Hospital Militar remitida por la IPS UNIMAP, con un diagnóstico de cáncer, el cual se profirió con base en el análisis de las muestras extraídas a la paciente y que daban cuenta de la presencia de un carcinoma maligno en uno de sus senos. La paciente fue internada para tratamiento con quimioterapia y radioterapia y las muestras fueron remitidas al laboratorio de patología para confirmación del diagnóstico, sin embargo, antes de conocer los resultados, se le practicó cirugía consistente en la ablación de uno de sus senos y posteriormente los estudios clínicos concluyeron que no tenía cáncer porque las masas extraídas en la biopsia no eran malignas. (...) En el sub judice, el daño consiste en lesión causada a la señora Rósula Benilda Jaramillo Benavides, como consecuencia de la mastectomía realizada en su seno derecho, lo cual se comprobó con la historia clínica del Hospital Militar Central.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Elementos para su configuración / DAÑO ANTIJURIDICO - Daño sufrido por sujeto que lo soporta / IMPUTACION - Componente que atribuye daño a sujeto determinado / TITULO DE IMPUTACION - Falla del servicio

La responsabilidad del Estado se hace patente cuando se configura un daño, el cual deriva su calificación de antijurídico atendiendo a que el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, tal como ha sido definido por la jurisprudencia de esta Corporación. (...) Los elementos que sirven de fundamento a la responsabilidad son esencialmente el daño antijurídico y su imputación a la administración entendiendo por tal, el componente que “permite atribuir jurídicamente un daño a un sujeto determinado. En la responsabilidad del Estado, la imputación no se identifica con la causalidad material, pues la atribución de la responsabilidad puede darse también en razón de criterios normativos o jurídicos. Una vez se define que se está frente a una obligación que incumbe al Estado, se determina el título en razón del cual se atribuye el daño causado por el agente a la entidad a la cual pertenece, esto es, se define el factor de atribución (la falla del servicio, el riesgo creado, la igualdad de las personas frente a las cargas públicas). Atribuir el daño causado por un agente al servicio del Estado significa que éste se hace responsable de su reparación, pero esta atribución sólo es posible cuando el daño ha tenido vínculo con el servicio. Es decir, que las actuaciones de los funcionarios sólo comprometen el patrimonio de las entidades públicas cuando las mismas tienen algún nexo o vínculo con el servicio público”. **NOTA DE RELATORIA:** En lo referente a la imputación de la responsabilidad del Estado, consultar sentencia de 16 de septiembre de 1999, Exp. 10922 M.P. Ricardo Hojos Duque.

PRINCIPIO DE NO REFORMATIO IN PEJUS - El superior limita su estudio a la inconformidad planteada por el apelante

Es conveniente precisar que como sólo una de las partes impugnó la decisión, se dará aplicación al artículo 357 del C. de P.C. según el cual, la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante y, por lo tanto el superior limitará su estudio a dichos argumentos y no podrá enmendar la providencia en la

parte que no fue objeto de recurso, con estricta observancia del principio de no reformatio in pejus. (...) Acerca de la pretensión de indemnización por daño a la vida conyugal debe señalarse, que éste fue solicitado como un daño autónomo, pero su reconocimiento fue subsumido por el fallador de la instancia en el concepto general de daño fisiológico e indemnizado con una suma equivalente a 100 SMMLV, hecho que no puede ser modificado en esta instancia, teniendo en cuenta que no puede hacerse más gravosa la situación del apelante en virtud de la no reformatio in pejus.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTICULO 357

DERECHO A LA SALUD - Obligación del Estado de garantizar la prestación de servicios médico asistenciales / DERECHO A LA SALUD - Derecho fundamental / DERECHO A LA SALUD - Servicio público esencial a cargo del Estado

El derecho a la Salud, consagrado en la Constitución Política, implica la obligación a cargo del Estado de garantizar la prestación de servicios médico asistenciales en la cantidad oportunidad y eficiencia requeridas, mediante los cuidados, intervenciones y procedimientos necesarios para restablecer la salud, al igual que la implementación de políticas públicas en esta materia. (...) De tiempo atrás se ha establecido que el derecho a la salud no solo tiene carácter de derecho fundamental sino que además es un servicio público esencial a cargo del Estado, razón por la cual debe garantizarse su protección efectiva a todos los asociados. (...) El servicio de salud fue definido como servicio público esencial y su prestación por parte de entidades públicas o estatales constituye un ejercicio de función administrativa orientada a satisfacer el interés general.

ESTABLECIMIENTOS CLINICOS - Se clasifican según el tipo de servicios que ofrezcan como instituciones hospitalarias e instituciones ambulatorias / INSTITUCIONES HOSPITALARIAS - Públicas, privadas o mixtas

Para la prestación de estos servicios se cuenta con los establecimientos clínicos, hospitalarios y similares que pueden ser públicas, privadas o mixtas y se clasifican según el tipo de servicios que ofrezcan, como instituciones hospitalarias e instituciones ambulatorias de baja, media y alta complejidad cuya vigilancia está a cargo del Estado (Artículos 1º y 2º de la Resolución No. 4445 de 1996, Ministerio de Salud).

FALLA PROBADA DEL SERVICIO MEDICO - Omisión de protocolos para el tratamiento de pacientes con cáncer por parte del Hospital Militar Central / FALLA PROBADA DEL SERVICIO - Inobservancia de protocolos implica conducta culposa de los profesionales / OMISION DE PROTOCOLOS - Conducta culposa

Debe señalarse que la imputación, en el presente caso fue analizada bajo el régimen de la falla probada del servicio, al considerar el juez de primera instancia que se omitió la aplicación de los protocolos establecidos para el tratamiento de pacientes con cáncer, que exigen en la etapa de evaluación del paciente, la revisión de la patología como segunda opinión. Según el protocolo, el cáncer de mama se define como “una enfermedad clonal, hormonodependiente, que se sucede por proliferación desordenada e incontrolada de las células de revestimiento de los ductos o lóbulos de la glándula mamaria”. (...) Sobre la aplicación de estos protocolos debe decirse que, como lo ha afirmado la Corte Suprema de Justicia, la inobservancia de los protocolos y de los deberes allí

consignados implica la incursión en una conducta culposa de los profesionales: “Si esas son algunas de las reglas más significativas de la lex artis de los referidos profesionales, es palpable que el incumplimiento de los deberes que la práctica les impone comporta una falta de diligencia que permite calificar de culposa la conducta de aquellos; por supuesto que los deberes allí contemplados sirven de parámetro para evaluar el grado de diligencia y responsabilidad empleados por el galeno. Del mismo modo, el incumplimiento injustificado de los deberes que la ley les impone a los establecimientos clínicos o sanitarios o de las exigencias de organización y funcionamiento, compromete la responsabilidad de éstas; claro está, en la medida en que hubieren causado el perjuicio cuya indemnización se impetra”. **NOTA DE RELATORIA:** En lo referente a la conducta culposa y responsabilidad del profesional, consultar Sentencia de julio 22 de 2010, Exp. 41001. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.

FALLA DEL SERVICIO DE HOSPITAL MILITAR CENTRAL - Al no agotar los protocolos existentes para el diagnóstico y manejo del cáncer de paciente / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Por error de diagnóstico / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL HOSPITAL MILITAR CENTRAL - Por omitir verificar enfermedad sufrida por paciente antes de iniciar tratamiento

Del análisis de las pruebas obrantes en el proceso emerge con claridad que el Hospital Militar no cumplió con el protocolo establecido, en este caso, para una paciente que fue remitida desde otra entidad y aunque se envió la muestra para que en el área de patología se verificaran los resultados del primer examen practicado, no se obtuvo previamente la confirmación del resultado antes de proceder a aplicar el tratamiento con quimioterapia y a realizar la mastectomía radical del seno afectado con el tumor, tal como lo señaló el dictamen pericial practicado por el Instituto de Medicina Legal en el que se resaltó que en la historia clínica no consta que el Hospital Militar haya verificado el diagnóstico inicial. En ese orden de ideas, la falla del servicio se presenta por la omisión de utilizar los medios diagnósticos aconsejados por los protocolos médicos, tendientes a verificar la enfermedad sufrida por la paciente, antes de iniciar el tratamiento correspondiente.

FALLA DEL SERVICIO MEDICO - Se configura por no agotar los recursos científicos y técnicos para establecer diagnóstico definitivo / ERROR TRATAMIENTO - Conlleva falla del servicio del servicio médico / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL HOSPITAL MILITAR CENTRAL - Por no agotar los protocolos para diagnosticar el cáncer

La importancia del diagnóstico radica en que a partir del mismo se plantea el tratamiento a seguir, de manera que una equivocación cometida en esta etapa, la mayoría de las veces tiene como consecuencia también un error en el tratamiento, por lo tanto, se incurre en falla del servicio cuando la entidad no agota los recursos científicos y técnicos a su alcance para establecer un diagnóstico definitivo, comoquiera que en algunos casos el diagnóstico no puede arrojar resultados exactos, se hace necesario practicar estudios y exámenes complementarios, los cuales en el sub judice fueron omitidos. (...) al encontrarse probada la falla del servicio en que se incurrió en la prestación de servicios médicos a la señora Jaramillo Benavides porque no se agotaron los protocolos existentes para el diagnóstico y manejo del cáncer, la entidad demandada está llamada a responder por el daño causado, razón por la cual la sentencia apelada habrá de confirmarse.

PRINCIPIO DE REPARACION INTEGRAL - Restablecer el núcleo esencial de los derechos fundamentales lesionados / PERJUICIOS MORALES - Reconocimiento en virtud del daño a la salud / DAÑO A LA SALUD - Se confirma reconocimiento del a-quo

Al verificar la liquidación de perjuicios morales efectuada por el fallador de primera instancia se encuentra que la misma se realizó teniendo en cuenta los parámetros jurisprudenciales fijados por esta Corporación, de manera que la suma concedida es la adecuada, en aplicación del principio de reparación integral del daño, razón por la cual habrá de confirmarse la decisión apelada y respecto de los perjuicios por el daño a la vida de relación, que actualmente la Sala reconoce bajo la denominación de daño a la salud, se señala que si bien podría considerarse que la suma concedida no es suficiente para reparar el daño causado, ella no puede ser modificada teniendo en cuenta que se trata de apelante único y no se puede agravar su situación.

MEDIDAS DE REHABILITACION - Hospital Militar Central debe practicar exámenes y cirugías necesarias para reconstrucción física del seno / MEDIDAS DE REHABILITACION - Físicas y sicológica requeridos por la lesionada

Con fundamento en el principio de reparación integral (art. 16 ley 446 de 1998), la Sala decretará medidas de rehabilitación con la finalidad de restablecer el núcleo esencial de los derechos fundamentales lesionados y con el propósito de que una situación como la descrita en la sentencia no se vuelva a repetir, para lo cual ordenará que el Hospital Militar Central que a su costa, ordene la práctica de exámenes, análisis y las cirugías necesarias para la reconstrucción física del seno de la señora Rósula Jaramillo Benítez, así como los tratamientos de rehabilitación física y sicológica requeridos por la lesionada.

FUENTE FORMAL: LEY 446 DE 1998 – ARTICULO 16

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ

Bogotá, D.C., ocho (8) de mayo de dos mil trece (2013)

Radicación número: 25000-23-26-000-2000-01293-01(27522)

Actor: ROSULA BENILDA JARAMILLO BENAVIDES Y OTRO

Demandado: HOSPITAL MILITAR CENTRAL

Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCION DE REPARACION DIRECTA

Resuelve la Sub-Sección el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de descongestión el 24 de febrero de 2004, por medio de la cual accedió a las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1.1. La demanda

El día 25 de mayo de 2000, los señores Rósula Benilda Jaramillo Benavides, y Rodolfo Azarías Gómez Díaz, quienes actúan en nombre propio y en representación de los menores Judith Isabel Gómez Jaramillo y Nehira Andrea Gómez Jaramillo, mediante apoderado, demandaron a la Nación, Ministerio de Defensa – Hospital Militar Central, para que se le condenara al pago de los perjuicios sufridos por el daño causado con ocasión de la operación de mastectomía radical modificada derecha, realizada a la señora Rósula Benilda Jaramillo Benavides.

1.1.1. Pretensiones

1. Que se declare que La Nación-Ministerio de Defensa- Hospital Militar Central, son administrativamente responsables de los perjuicios causados con ocasión de la operación de mastectomía radical modificada derecha, realizada a Rósula Benilda Jaramillo Benavides, el 21 de noviembre de 1998.

2.- Que en consecuencia se condene a las citadas entidades al pago de los perjuicios morales subjetivos el equivalente a 1000 gramos de oro fino para cada uno de los demandantes.

3. Que se condene a la entidad a pagar por concepto de perjuicios fisiológicos a Rósula Benilda Jaramillo Benavides el equivalente a 4000 gramos de oro fino.

4. Que se condene a la entidad a pagar por concepto de daño a la vida conyugal, el equivalente a 1000 gramos de oro fino para Rósula Benilda Jaramillo Benavides y Rodolfo Azarías Gómez Díaz.

5. Todas las condenas serán actualizadas con el IPC y devengarán intereses en los términos del artículo 177 del C.C.A.

6. La parte demandada deberá cancelar las costas del proceso incluidas las agencias en derecho.

1.1.2. Hechos

Las pretensiones tienen fundamento en los siguientes hechos:

1. A principios de marzo de 1997 la Señora Rósula Jaramillo Benavides, al efectuarse un autoexamen, percibió una masa en su seno derecho por lo que, luego de consulta médica, se le realizó una mamografía cuyo resultado de fecha 20 de marzo de 1998 fue: FIBROADENOMA. Reporte negativo para adenopatías.

2. El día 16 de abril de 1998 se recibe de la firma Patólogos Asociados el resultado de una citología mamaria derecha (punción nódulo mamario) con diagnóstico histopatológico que expresa: *“Bacaf mama derecha. Ver descripción*

microscópica”, y ésta a la letra dice: Sobre un fondo con severa hemorragia se encuentran muy ocasionales nidos pequeños de células ductales citológicamente normales. No se encuentran otros componentes y lo anterior no permite concluir diagnóstico. Se realizan cuatro punciones las cuales son muy hemorrágicas ya que la paciente sangra con facilidad, por lo que amerita resección biopsia”.

3. Realizada la resección del quiste en mama derecha este se remite a Patólogos Asociados entidad que, bajo registro **5250-98** y con fecha 13 de agosto de 1998, emite diagnóstico histopatológico en los siguientes términos *“Carcinoma canalicular de seno morfológicamente bien diferenciado. Áreas de mastopatía fibroquística”*

4. El día 26 de agosto de 1998 se acude a consulta al servicio de oncología del Hospital Militar Central con los especialistas del área, quienes con apoyo en el informe de Patólogos Asociados señalan Diagnóstico: *“Ca. Canalicular de seno bien diferenciado T NOMO Estado 1”*, registran plan a seguir con anotación de: *“Se interconsulta a cirugía para tratamiento quirúrgico”.*

5. El 27 de agosto de 1998, Rósula Jaramillo es hospitalizada, se efectúan diversos exámenes y se aplica el primer ciclo de quimioterapia.

En la historia clínica No. 274764406 se lee: *“Se presentó el caso en Junta de Tumores de Oncología. Se consideró que dado que no se conoce con precisión el tamaño de la lesión primaria debe estadificarse como T x NOMO lo cual lo homologa a estado IIIB. Se considera candidata a tratamiento neoadyuvante con quimioterapia por tres ciclos y posteriormente mastectomía radical modificada”.* Consigna el informe el Dr. J. E. Duque G. Médico residente.

6. Los días 29 de septiembre y 27 de octubre de 1998 la paciente es hospitalizada para el segundo y tercer ciclo de quimioterapia. En la historia clínica con fecha de salida “X/03/98” se lee: *“Se da salida con orden de control por consulta en tres semanas. El plan será entonces hospitalizar para practicar tto. quirúrgico (Mastectomía radical modificada). Y agrega: “Nota: Se envió lámina de patología traída por los familiares para revisión en este centro. Pendiente Resultado.”*

7. El Servicio de Patología del Hospital Militar recibe la lámina 5250-98 la cual rotula como 8646-98 y emite el siguiente informe el día 4 de noviembre: *“Los cortes muestran glándula mamaria con una lesión proliferativa atípica, que por la*

característica del corte (grueso) no permite con claridad establecer diagnóstico de Carcinoma. Se debe remitir el bloque de parafina.” Posteriormente, sin atender la solicitud del Servicio de Patología y sin esperar los resultados de la revisión que el mismo hospital había ordenado, el día 21 de noviembre de 1998 se le realiza la mastectomía radical modificada (ablación del seno derecho).

8. Debido a una histerectomía practicada a Rósula Jaramillo en 1995, se le ordenó en forma permanente la administración de suplencia hormonal estrogénica, transdérmica, la cual fue suspendida desde el 10 de agosto de 1998 por parte de los oncólogos y luego el médico tratante ordenó el estudio de receptores hormonales en bloques de parafina, pues comentó que había necesidad de administrar un medicamento, siendo indispensable dicho estudio.

9. El Instituto Nacional de Cancerología realizó un estudio al bloque de parafina numerado 5250-98 ya antes mencionado y rindió informe Anatómico-Patológico el día 12 de marzo de 1999 en el que textualmente informa que *“En el material estudiado no hay evidencia de malignidad”*.

10. En vista de lo anterior los demandantes, por su cuenta, llevaron el mismo bloque de parafina a estudio por la Fundación Santafé de Bogotá. El día 5 de abril de 1999 se recibió el informe cuya DESCRIPCIÓN MACROSCÓPICA expresa: *“Se recibe bloque 5250-98 para receptores hormonales”* y como DIAGNÓSTICO se consigna: *“Seno, estudio de corte histológico: Enfermedad fibroquística con metaplasia apocrina y foco de adenosis esclerosante extensa. Ver nota. NOTA: Se realizaron estudios de inmunohistoquímica para proteínas S-100 y actina de músculo liso las cuales fueron positivas en las células mioepiteliales dentro del foco de adenosis esclerosante confirmando dicho diagnóstico y descartando la presencia de un carcinoma... El caso fue presentado en Junta del Departamento de Patología conformado por los Drs. Carlos F. García, Francisco J. Cavanzo, Rafael Andrade y Alfredo García.”*

11. Los demandantes decidieron someter a doble estudio la placa histológica, diferente de la del bloque de parafina, y sobre la cual ya había rendido informe el Hospital Militar Central en fecha 4 de noviembre de 1998 y fue enviada al Instituto Nacional Cancerológico que rindió el siguiente informe: *“Se recibe para estudio, una (1) placa histológica rotulada N° 8646. DESCRIPCIÓN MICROSCÓPICA: Se revisa una placa No. 5250-98, los cortes muestran: Glándula mamaria con extensa*

adenosis esclerosante, con algunos ductos dilatados, varios con metaplasia apocrinoide. No hay malignidad en el material analizado.

12. En abril 22 de 1999 se lleva la misma placa referida en el numeral anterior a REVISIÓN a la Fundación Santafé de Bogotá. En el informe de abril 26 dicha entidad precisa: *“Se recibe placa con los siguientes rótulos: 5259-08 (sic), 8646-98, M-670-99. DIAGNÓSTICO: Biopsia de seno, revisión de láminas histológicas. Adenosis esclerosante. Cambios Focales de mastopatía benigna. (Metaplasia apocria). No hay evidencia de malignidad en el material revisado.”* Según la nota consignada en el informe, el caso fue presentado a junta del Departamento de Patología.

13. De acuerdo con los informes, el tumor no era maligno, ni había presencia de un carcinoma y que por lo tanto la cirugía por la cual se le extirpó el seno fue innecesaria, lo cual constituye una falla en el servicio que le ha causado perjuicios a los demandantes.

1. 2. Trámite en primera instancia y contestación de la demanda

Mediante auto del 4 de julio de 2000, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, admitió la demanda y dispuso notificar a las partes, al Ministerio Público y fijar en lista (fl. 14).

El Ministerio de Defensa contestó la demanda el 13 de octubre de 2000, pero por error no fue allegada al expediente sino a un proceso diferente, del cual posteriormente se ordenó el desglose y se incorporó a esta foliatura (fls. 24 a 27 y 35).

Al contestar la demanda, el Hospital Militar manifestó que la paciente fue recibida en la institución con un diagnóstico previo de cáncer, y por no existir claridad en la hoja de remisión de la paciente, al valorarla se homologó su estadificación a IIIB y se le aplicó el tratamiento previsto en los protocolos médicos para esa situación consistente en quimioterapia neoadyuvante , radioterapia y procedimiento quirúrgico o mastectomía, pero no hubo negligencia, impericia o error de criterio en el manejo de la enfermedad y se le ofrecieron a la paciente todos los beneficios y servicios médico asistenciales.

Con auto del 9 de noviembre de 2000, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca decretó la práctica de pruebas en el proceso y posteriormente al corregirse el error respecto de la contestación de la demanda, con providencia de mayo 17 de 2001, adicionó el auto de pruebas para ordenar la práctica de las que fueron pedidas por la entidad demandada (fls. 22 a 23 y 37 a 40).

En providencia del 26 de noviembre de 2002, se dispuso correr traslado para alegar de conclusión, del cual hizo uso la parte demandante para reiterar los argumentos expuestos en la demanda, señalando que de acuerdo con el dictamen de medicina legal se incumplieron los protocolos médicos para casos de cáncer porque no se esperó a confirmar el diagnóstico (fl. 55 y 56 a 62).

1.3. Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión profirió sentencia el 24 de febrero de 2004, en la cual declaró la responsabilidad de la entidad, por considerar que se incurrió en una falla del servicio al no ratificar el diagnóstico histológico de carcinoma antes de realizar la operación, sino que aún sin un diagnóstico concluyente se inició la quimioterapia y fue sometida a tratamiento quirúrgico que implicó la ablación de uno de sus senos.

Se ordenó pagar por concepto de perjuicios morales 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de los demandantes. Se concedieron también a la paciente y a su esposo por concepto de perjuicio fisiológico (daño a la vida de relación) el equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, también para cada uno de ellos (fls. 66 a 86).

1.4. Recurso de apelación y trámite en segunda instancia

Mediante memorial del 8 de marzo de 2004, la parte demandada interpuso recurso de apelación el cual fue sustentado el 23 de agosto de 2004 (fls. 89 y 96 a 100).

En criterio del apelante, de acuerdo con la historia clínica, la paciente fue atendida y se le proporcionó el tratamiento médico adecuado para su enfermedad ya que venía remitida desde la ciudad de Mocoa por la IPS UNIMAP con diagnóstico confirmado de histopatología de cáncer de seno derecho estadio III con estudio anatomopatológico de la firma Patólogos Asociados, quienes señalaron que se

recibieron tres masas en formol o bloques de parafina, con biopsias tomadas a la paciente, con las que se confirmó el diagnóstico de carcinoma, pero al Hospital sólo se remitió una de las muestras, que luego también fue analizada en otras instituciones, pero de las otras dos muestras nada se conoce.

Por sus antecedentes clínicos la paciente requería tratamiento inmediato consistente en quimioterapia y radioterapia, los cuales fueron brindados oportunamente para evitar la propagación de la enfermedad, de manera que el servicio fue oportuno, racional y secuencial basado en la evidencia médica recibida de la entidad que la remitió para el tratamiento.

Para el impugnante debe advertirse que las otras dos muestras de las masas extraídas a la paciente nunca fueron analizadas y es posible que allí se encontrara presencia de la enfermedad, pero extrañamente ellas no se remitieron para estudio, por lo cual no puede afirmarse con certeza que la paciente no tuviera la patología diagnosticada.

Finalmente el apoderado judicial precisa que el manejo dado a la enfermedad se cumplió de acuerdo con los protocolos existentes y que con el tratamiento suministrado se impidió el progreso de la enfermedad y las consecuencias negativas para la paciente, quien ingresó con avanzado deterioro de su estado general de salud siendo necesario internarla para tratamiento inmediato.

Con providencia de septiembre 3 de 2004, se admitió la apelación interpuesta por la parte demandada y con auto de 24 de septiembre de 2004, se ordenó correr traslado para alegar de conclusión (fls. 102 y 104).

La parte demandada recorrió el traslado para alegar de conclusión, reiterando los argumentos expuestos en el recurso de apelación (fls. 106 a 108).

El Ministerio Público emitió concepto en el que solicitó confirmar el fallo de primera instancia por encontrar que se acreditó el actuar omisivo, negligente y ligero de la entidad demanda que no corroboró el dictamen médico previo y no cumplió los protocolos establecidos antes de llevar a cabo la mastectomía y de ordenar tratamiento con quimioterapia a la señor Rósula Jaramillo (fls. 111 a 127).

II. CONSIDERACIONES

Esta Sala es competente de conformidad con lo establecido en el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998 y el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 del Consejo de Estado para decidir el recurso de apelación formulado por la parte demandada, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de descongestión el 24 de febrero de 2004, en proceso con vocación de segunda instancia ante esta Corporación, por razón de la cuantía¹.

El artículo 90 constitucional dispone que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

La responsabilidad del Estado se hace patente cuando se configura un daño, el cual deriva su calificación de antijurídico atendiendo a que el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, tal como ha sido definido por la jurisprudencia de esta Corporación².

Verificada la ocurrencia de un daño, surge el deber de indemnizarlo plenamente, con el fin de hacer efectivo el principio de igualdad ante las cargas públicas, resarcimiento que debe ser proporcional al daño sufrido.

Los elementos que sirven de fundamento a la responsabilidad son esencialmente el daño antijurídico y su imputación a la administración entendiendo por tal, el componente que *“permite atribuir jurídicamente un daño a un sujeto determinado. En la responsabilidad del Estado, la imputación no se identifica con la causalidad material, pues la atribución de la responsabilidad puede darse también en razón de criterios normativos o jurídicos. Una vez se define que se está frente a una obligación que incumbe al Estado, se determina el título en razón del cual se atribuye el daño causado por el agente a la entidad a la cual pertenece, esto es, se define el factor de atribución (la falla del servicio, el riesgo creado, la igualdad de las personas frente a las cargas públicas). Atribuir el daño causado por un agente al servicio del Estado significa que éste se hace responsable de su reparación, pero esta atribución sólo es posible cuando el daño ha tenido vínculo*

¹¹ La pretensión mayor es de 4000 gramos oro, y para la época de presentación de la demanda el valor del gramo oro era de \$18038,53 para un total de \$72.154.120 y la mayor cuantía era de \$26.390.000.

² Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 13 de agosto de 2008; Exp. 17042; C.P. Enrique Gil Botero.

*con el servicio. Es decir, que las actuaciones de los funcionarios sólo comprometen el patrimonio de las entidades públicas cuando las mismas tienen algún nexo o vínculo con el servicio público”.*³

En primer lugar es conveniente precisar que como sólo una de las partes impugnó la decisión, se dará aplicación al artículo 357 del C. de P.C. según el cual, la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante y, por lo tanto el superior limitará su estudio a dichos argumentos y no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto de recurso, con estricta observancia del principio de no reformatio in pejus.

2.5. El caso concreto

La señora Rósula Benilda Jaramillo ingresó al Hospital Militar remitida por la IPS UNIMAP, con un diagnóstico de cáncer, el cual se profirió con base en el análisis de las muestras extraídas a la paciente y que daban cuenta de la presencia de un carcinoma maligno en uno de sus senos.

La paciente fue internada para tratamiento con quimioterapia y radioterapia y las muestras fueron remitidas al laboratorio de patología para confirmación del diagnóstico, sin embargo, antes de conocer los resultados, se le practicó cirugía consistente en la ablación de uno de sus senos y posteriormente los estudios clínicos concluyeron que no tenía cáncer porque las masas extraídas en la biopsia no eran malignas.

2.6. Pruebas obrantes en el proceso

1. Acta de Comité de Auditoría Médica del Hospital Militar Central No. 009/2000, del 10 octubre del 2000, donde se concluye que "el manejo de la paciente RÓSULA BENILDA JARAMILLO BENAVIDES, de acuerdo a los protocolos para el manejo del carcinoma de seno, no se omitieron ninguno de los pasos y por lo tanto no se considera que se haya presentado impericia, omisión, negligencia en el manejo de la paciente"(fls 28 a 30, c. ppal).

³ Consejo de Estado; Sección Tercera; sentencia del 16 de septiembre de 1999; Exp.10922 C.P. Ricardo Hoyos Duque.

2. Registro civil de matrimonio de Rodolfo Azarias Gómez Díaz y Rósula Benilda Jaramillo Benavides y registros civiles de nacimiento de Judith Isabel y Nehira Andrea Gómez Jaramillo (fls. 1 a 3, c. pruebas).

3. Copia autenticada de la Mamografía practicada a la paciente el 20 de marzo de 1998, donde se consignó: "Proceso de densidad de tejido blando de características ovals con bordes radiolucientes de seguridad y circundantes de aproximadamente 8 mm de espesor de diámetro mayor correspondiente a FRIBOADENOMA EN LA REGION INTERCUADRANTICA SUPERIOR DEL CONO GLANDULAR MAMARIO DERECHO". ... OPINION : FIBROADENOMA" (fl. 4, c. pruebas).

4. Copia autenticada del informe Anatomopatológico con registro 1819-98 y calendado el 16 de abril de 1998, practicado por la firma "Patólogos Asociados" cuyo diagnóstico dice: "*Bacaf mama derecha. Ver descripción microscópica*", y ésta a la letra dice: *Sobre un fondo con severa hemorragia se encuentran muy ocasionales nidos pequeños de células ductales citológicamente normales. No se encuentran otros componentes y lo anterior no permite concluir diagnóstico. Se realizan cuatro punciones las cuales son muy hemorrágicas ya que la paciente sangra con facilidad, por lo que amerita resección biopsia*". (fl. 5, c. pruebas).

5. Copia autenticada del informe Anatomopatológico con registro 5250-98 y calendado el 13 de agosto de 1998, practicado por la firma "Patólogos Asociados" donde consta que se recibieron tres masas y se procesó una muestra representativa, luego se hace la descripción microscópica y el diagnóstico señala: "CARCINOMA CANALICULAR DE SENO MORFOLOGICAMENTE BIEN DIFERENCIADO AREA DE MASTOPATIA FIBROQUISTICA" (fl. 6, c. pruebas).

6. Copia de la hoja de atención en el servicio de oncología del Hospital Militar Central, con fecha 26 de agosto de 1998, donde consta que la paciente se encuentra en aceptables condiciones y que viene procedente de Mocoa con diagnóstico de carcinoma canalicular de seno morfológicamente bien diferenciado, áreas de mastopatía fibroquística (fl. 7, c. pruebas).

7. Copia de la Historia Clínica No 27476406 del Hospital Militar Central, donde aparece anotación con fecha 5 de septiembre de 1998, donde se afirma que "el examen preoperatorio al parecer evidencia una masa de 2x2 cms pero este dato

no es confirmado” y luego, señala: “Se presentó caso en Junta de Tumores de Oncología. Se consideró que dado que no se conoce con precisión(sic) el tamaño de la lesión primaria debe estadificarse como TxNOMO lo cual lo homologa a estado IIIB. Se considera candidata a tratamiento Neoadyuvante con quimioterapia por tres ciclos y posteriormente mastectomía radical modificada” (fl 8 y 8 vto, c. pruebas).

8. Copia del informe de patología del Hospital Militar Central realizado sobre el producto de la mastectomía radical modificada con el siguiente diagnóstico:

“... ANTECEDENTE DE CARCINOMA CANALICULAR INFILTRANTE LESION RESIDUAL CON CAMBIOS POR QUIMIOTERAPIA CONDICIÓN FIBROQUISTICA CON COMPONENTE QUISTICO DE ADENOSIS, DUCTOS DILATADOS Y METAPLASIA APOCRINA PIEL DE AREOLA Y PEZON, BORDE PROFUNDO, GRASA SUBESAPULAR Y GRASA INTERPECTORAL. NEGATIVO PARA TUMOR. 26 GANGLIOS DISECADOS NEGATIVOS PARA TUMOR CON HIPERPLASIA FOLICULAR REACTIVA Y SINUHISTIOCITARIA...” (FL,. 24 y 24 Vto. C. pruebas).

9. Copia del informe anatómico patológico realizado por el Instituto Nacional de Cancerología sobre la muestra del bloque 5250/98, donde se consignó: “Los cortes de glándula mamaria (un bloque No. 5250) muestra adenosis, dilatación ductal y cambio apocrino. En el material estudiado no hay evidencia de malignidad” y copia del informe de fecha 19 de abril de 1999, donde se revisó la placa 5250/98 y se afirma que “los cortes muestran Glándula mamaria con extensa adenosis esclerosante, con algunos ductos dilatados, varios con metaplasia apocrinoide. No hay maligniad en el material analizado (fls. 25 y 27, c. pruebas).

10. Informe de Patología No Q-9902254 calendado el 5 de abril de 1999, realizado por la Fundación Santa Fe de Bogotá, sobre el bloque 5250/ 98, con el siguiente diagnóstico:

“ENFERMEDAD FIBROQUISTICA CON METAPLASIA APOCRINA Y FOCO DE ADENOSIS ESCLEROSANTE EXTENSA. VER NOTA.

NOTA: SE REALIZARON ESTUDIOS DE INMUNOHISTOQUIMICA PARA PROTEINA S-100 Y ACTINA DE MUSCULO LISO LAS CUALES FUERON POSITIVAS EN LAS CELULAS MIOEPITELIALES DENTRO DEL FOCO DE ADENOSIS ESCLEROSANTE CONFIRMANDO DICHO DIAGNOSTICO Y DESCARTANDO LA PRESENCIA DE UN CARCINOMA. LOS RECEPTORES HORMONALES FUERON POSITIVOS PERO NO TIENEN UTILIDAD EN EL CASO PRESENTE” (fl. 26, c, pruebas).

11. Dictamen pericial rendido por el Instituto de Medicina Legal, Dirección Regional de Bogotá, el 29 de julio de 2002, donde luego de analizar la historia clínica y los resultados de los exámenes practicados a la paciente, se indicó que en ninguna parte de la historia clínica figura que el Hospital Militar haya revisado las placas para microscopia histología de los informes rendidos por la firma “Patólogos Asociados”, pero el Instituto Nacional de Cancerología, como centro de referencia de cáncer en Colombia, contempla en su protocolo o norma de tratamiento, la revisión de las placas de anatomía patológica de los centros de remisión de los pacientes, a fin de corroborar el diagnóstico.

Añade el informe que el diagnóstico no fue ratificado por el Hospital Militar Central, razón por la cual concluye que el tratamiento médico quirúrgico practicado a la paciente no fue el adecuado (fls. 36 a 38, c. pruebas).

2.7. El daño

En el sub judice, el daño consiste en lesión causada a la señora Rósula Benilda Jaramillo Benavides, como consecuencia de la mastectomía realizada en su seno derecho, lo cual se comprobó con la historia clínica del Hospital Militar Central.

2.8. La Imputación

Ahora bien, en relación con la imputación, corresponde determinar si la lesión sufrida por la paciente, pueden ser atribuidas a la entidad demandada.

El derecho a la Salud, consagrado en la Constitución Política, implica la obligación a cargo del Estado de garantizar la prestación de servicios médico asistenciales en la cantidad oportunidad y eficiencia requeridas, mediante los cuidados, intervenciones y procedimientos necesarios para restablecer la salud, al igual que la implementación de políticas públicas en esta materia.

Así lo ha dicho esta Sala:

“Esa dilación injustificada en la prestación del servicio hospitalario, a diferencia de lo precisado por el a quo, supone un grave desconocimiento a los elementos esenciales de la obligación médica, es decir, a la integralidad, la oportunidad y la identidad, ya que, en efecto, el servicio público de salud no constituye ninguna dádiva del aparato estatal, sino que, por el contrario, representa una actividad de aquellas definidas como esenciales por el constituyente primario, razón por la que

el Estado se encuentra obligado a garantizar su prestación de manera eficiente, en aras de proteger y salvaguardar la vida e integridad de las personas”⁴.

De tiempo atrás se ha establecido que el derecho a la salud no solo tiene carácter de derecho fundamental sino que además es un servicio público esencial a cargo del Estado, razón por la cual debe garantizarse su protección efectiva a todos los asociados.

En efecto, para la Corte Constitucional:

“La jurisprudencia constitucional ha señalado, de forma reiterada, que el derecho a la salud posee una naturaleza dual^[3] pues, por una parte, es un derecho de carácter constitucional, en tanto que desde otra perspectiva, se trata de un servicio público esencial a cargo del estado. A partir de estas perspectivas que, naturalmente, se complementan, la Corte ha precisado el alcance del derecho, la viabilidad de su protección por vía de tutela bajo ciertas condiciones, y algunos de los principios que rigen la actuación del Estado y sus delegados para la prestación del servicio.

En relación con el derecho constitucional a la salud, éste consiste en “la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser”^[4], definición que debe ser complementada por lo establecido en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que lo identifica como “el derecho de toda persona al disfrute del nivel más alto posible de salud”^[5].

Así, es claro que el derecho a la salud tiene un carácter universal e indisponible, pues cobija a todas las personas; sin embargo, en la medida en que su efectividad requiere la ejecución de prestaciones positivas de carácter asistencial^[6], su efectividad debe llevarse a cabo de forma progresiva^[7], toda vez que requiere un adecuado manejo de los recursos disponibles, para que el Estado pueda cumplir la obligación de garantizar las prestaciones esenciales en salud a toda la población.

Como tales recursos son limitados, el Estado debe establecer las prestaciones que constituyen las necesidades más imperiosas en salud de la población y, a partir de esta base, ampliar la cobertura en dos sentidos: en relación con el acceso de toda la población, de acuerdo con el principio de universalidad; y, en relación con la suficiencia, adecuación permanente, y ampliación de los contenidos prestacionales de los planes de salud, de acuerdo con el principio de progresividad^[8].

Teniendo en mente las dificultades que supone la consecución de la cobertura universal y progresiva del servicio, el constituyente consideró que el diseño del sistema de seguridad social en salud, así como las relaciones entre las personas, las entidades delegadas para la prestación del servicio, y el Estado, debían ser organizadas como un servicio público a cargo del Estado. En tal sentido, el artículo 49 de la Carta establece que el Estado debe “organizar, dirigir y reglamentar la

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de febrero 18 de 2010; rad. 18524; C.P. Enrique Gil Botero.

*prestación de servicios de salud... conforme a los principios de **eficiencia, universalidad y solidaridad**" (resalta la Sala)⁵.*

El servicio de salud fue definido como servicio público esencial y su prestación por parte de entidades públicas o estatales constituye un ejercicio de función administrativa orientada a satisfacer el interés general.

Para la prestación de estos servicios se cuenta con los establecimientos clínicos, hospitalarios y similares que pueden ser públicas, privadas o mixtas y se clasifican según el tipo de servicios que ofrezcan, como instituciones hospitalarias e instituciones ambulatorias de baja, media y alta complejidad cuya vigilancia está a cargo del Estado (Artículos 1º y 2º de la Resolución No. 4445 de 1996, Ministerio de Salud).

Precisada la anterior circunstancia, debe señalarse que la imputación, en el presente caso fue analizada bajo el régimen de la falla probada del servicio, al considerar el juez de primera instancia que se omitió la aplicación de los protocolos establecidos para el tratamiento de pacientes con cáncer, que exigen en la etapa de evaluación del paciente, la revisión de la patología como segunda opinión.

Según el protocolo, el cáncer de mama se define como "una enfermedad clonal, hormonodependiente, que se sucede por proliferación desordenada e incontrolada de las células de revestimiento de los ductos o lóbulos de la glándula mamaria".

El cáncer de mama es considerado el tumor más habitual en mujeres en todo el mundo, y en especial en Colombia, su tasa de incidencia ha alcanzado altos niveles, lo cual obligó a que el Gobierno, a través del Ministerio de la Protección Social, en compañía del Instituto Nacional de Cancerología implementara protocolos médicos para el diagnóstico y tratamiento de diversas modalidades de cáncer.

Según el protocolo existente, en la etapa de evaluación- diagnóstico-clasificación por estados, se deben tener en cuenta:

*"Historia clínica y examen físico (categoría 2b) (9)
Mamografía diagnóstica bilateral (categoría 2a) (9) con o sin ultrasonido (ecografía) de la mama*

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-454 de mayo 13 de 2008. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

*Estudio histo-patológico, incluida la inmunohistoquímica
Revisión de la patología (categoría 2a) (9) como segunda opinión en casos
considerados y en centro especializado
Estudio de receptores del tumor (RE/RP) (categoría 1) (9)
Resonancia magnética nuclear cuando esté indicada (véase tabla de
indicaciones)”⁶ Subrayas fuera de texto.*

Sobre la aplicación de estos protocolos debe decirse que, como lo ha afirmado la Corte Suprema de Justicia, la inobservancia de los protocolos y de los deberes allí consignados implica la incursión en una conducta culposa de los profesionales:

“Si esas son algunas de las reglas más significativas de la lex artis de los referidos profesionales, es palpable que el incumplimiento de los deberes que la práctica les impone comporta una falta de diligencia que permite calificar de culposa la conducta de aquellos; por supuesto que los deberes allí contemplados sirven de parámetro para evaluar el grado de diligencia y responsabilidad empleados por el galeno. Del mismo modo, el incumplimiento injustificado de los deberes que la ley les impone a los establecimientos clínicos o sanitarios o de las exigencias de organización y funcionamiento, compromete la responsabilidad de éstas; claro está, en la medida en que hubieren causado el perjuicio cuya indemnización se impetra”⁷.

Ahora bien, del análisis de las pruebas obrantes en el proceso emerge con claridad que el Hospital Militar no cumplió con el protocolo establecido, en este caso, para una paciente que fue remitida desde otra entidad y aunque se envió la muestra para que en el área de patología se verificaran los resultados del primer examen practicado, no se obtuvo previamente la confirmación del resultado antes de proceder a aplicar el tratamiento con quimioterapia y a realizar la mastectomía radical del seno afectado con el tumor, tal como lo señaló el dictamen pericial practicado por el Instituto de medicina legal en el que se resaltó que en la historia clínica no consta que el Hospital Militar haya verificado el diagnóstico inicial. En ese orden de ideas, la falla del servicio se presenta por la omisión de utilizar los medios diagnósticos aconsejados por los protocolos médicos, tendientes a verificar la enfermedad sufrida por la paciente, antes de iniciar el tratamiento correspondiente.

⁶ Protocolos de manejo del paciente con Cáncer; Ministerio de la Protección Social e Instituto Nacional de Cancerología Versión año 2009.

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de julio 22 de 2010, rad. 41001 2103 004 2000 00042 01. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena

En efecto, la importancia del diagnóstico radica en que a partir del mismo se plantea el tratamiento a seguir, de manera que una equivocación cometida en esta etapa, la mayoría de las veces tiene como consecuencia también un error en el tratamiento, por lo tanto, se incurre en falla del servicio cuando la entidad no agota los recursos científicos y técnicos a su alcance para establecer un diagnóstico definitivo, comoquiera que en algunos casos el diagnóstico no puede arrojar resultados exactos, se hace necesario practicar estudios y exámenes complementarios, los cuales en el sub judice fueron omitidos.

Por otra parte, según las pruebas allegadas al proceso, la muestra referenciada con el número 5250/98 fue remitida al Instituto Nacional de Cancerología y a la Fundación Santa Fe, quienes luego de realizar las pruebas pertinentes concluyeron que no existía un carcinoma, ya que el material analizado no era maligno y ese resultado fue luego corroborado con el estudio efectuado sobre la glándula mamaria extirpada en donde el mismo Hospital Militar conceptuó que era negativo para tumor.

De esta manera se evidencia que la entidad médica cometió un error ya que aplicó un tratamiento y practicó una cirugía a una paciente en la que le extirpó uno de sus órganos, para después encontrar que no tenía la enfermedad que le había sido diagnosticada.

Sobre este punto se observa, que de acuerdo con la historia clínica, el dato obtenido en el examen preoperatorio sobre el tumor de 2x2 cms., no era confirmado y por tanto no se conocía con precisión el tamaño de la lesión primaria, pero en lugar de revisar el diagnóstico y comprobar el resultado de los exámenes, se optó por estadificarlo como "TxNOMO" (Tumor Primario que no puede ser evaluado, sin metástasis a los ganglios linfáticos regionales y sin metástasis a distancia) y fue homologado a estado IIIB, y a partir de ese momento se procedió a aplicar el tratamiento establecido en el protocolo.

Por otra parte, acerca del argumento planteado en el recurso de apelación según el cual, se tomaron dos muestras más que no fueron analizadas, porque en el informe aparece que se recibieron tres masas en formol o bloques de parafina con biopsias tomadas a la paciente y en el hospital se analizó una, con la que se descartó el diagnóstico de carcinoma, pero las otras dos no fueron entregadas por la paciente para su análisis, de manera que no existe certeza sobre el diagnóstico

definitivo porque es probable que los signos de la enfermedad estuvieran presentes en las otras dos muestras no entregadas.

Al respecto es necesario precisar que, contrario a lo afirmado por el apelante, de acuerdo con el informe anatomopatológico con registro 5250-98, practicado por la firma "Patólogos Asociados" se recibieron tres masas y se procesó una muestra representativa de las mismas, de modo que no puede hablarse de tres muestras diferentes sino que se trata de una sola muestra utilizada para emitir el diagnóstico, misma que fue posteriormente remitida al Instituto de Cancerología y a la Fundación Santa Fe para su análisis obteniendo un resultado negativo para carcinoma.

De otro lado, adujo el apoderado judicial que el manejo de la paciente fue adecuado porque se impidió el progreso de la enfermedad, teniendo en cuenta que la señora Rósula Jaramillo Benavides ingresó con avanzado deterioro de su estado general de salud siendo necesario internarla para tratamiento inmediato, pero otra situación indica la historia clínica allegada al proceso dado que en la hoja de atención en el servicio de oncología del Hospital Militar Central, con fecha 26 de agosto de 1998, se registró que la que la paciente fue remitida desde Mocoa con diagnóstico de carcinoma y se encontraba en aceptables condiciones de salud.

Así las cosas, al encontrarse probada la falla del servicio en que se incurrió en la prestación de servicios médicos a la señora Jaramillo Benavides porque no se agotaron los protocolos existentes para el diagnóstico y manejo del cáncer, la entidad demandada está llamada a responder por el daño causado, razón por la cual la sentencia apelada habrá de confirmarse.

2.9. Los perjuicios

En cuanto al reconocimiento de los perjuicios causados, ellos fueron concedidos a título de perjuicios morales y por daño a la vida de relación, teniendo en cuenta el sufrimiento causado a los demandantes y la afectación que se produjo en la señora Jaramillo de Gómez en su vida de relación y en la de su cónyuge.

Pues bien, al verificar la liquidación de perjuicios morales efectuada por el fallador de primera instancia se encuentra que la misma se realizó teniendo en cuenta los

parámetros jurisprudenciales fijados por esta Corporación, de manera que la suma concedida es la adecuada, en aplicación del principio de reparación integral del daño, razón por la cual habrá de confirmarse la decisión apelada y respecto de los perjuicios por el daño a la vida de relación, que actualmente la Sala reconoce bajo la denominación de daño a la salud, se señala que si bien podría considerarse que la suma concedida no es suficiente para reparar el daño causado, ella no puede ser modificada teniendo en cuenta que se trata de apelante único y no se puede agravar su situación.

Acerca de la pretensión de indemnización por daño a la vida conyugal debe señalarse, que éste fue solicitado como un daño autónomo, pero su reconocimiento fue subsumido por el fallador de la instancia en el concepto general de daño fisiológico e indemnizado con una suma equivalente a 100 SMMLV, hecho que no puede ser modificado en esta instancia, teniendo en cuenta que no puede hacerse más gravosa la situación del apelante en virtud de la no reformatio in pejus.

No obstante lo anterior, encuentra la Sala que en casos como el que aquí se analiza se configuró una vulneración grave del derecho a la salud de la aquí demandante, que trajo como consecuencia una afectación profunda no solo de su fisonomía, sino también de su capacidad de goce y de su misma naturaleza, teniendo en cuenta la importancia que tiene esta parte de la anatomía, para la expresión de su feminidad.

Por tal razón y frente a la perspectiva de género, teniendo en cuenta la grave afectación que sufrió la demandante, se impone la adopción de medidas restaurativas, encaminadas a resarcir el daño en la mejor forma posible, aún sabiendo que las condiciones no se restablecerán por completo, y que las secuelas estarán presentes por siempre.

Por lo tanto, con fundamento en el principio de reparación integral (art. 16 ley 446 de 1998), la Sala decretará medidas de rehabilitación⁸ con la finalidad de restablecer el núcleo esencial de los derechos fundamentales lesionados y con el

⁸ *“Rehabilitación, comprende la financiación de la atención médica y psicológica o psiquiátrica o de los servicios sociales, jurídicos o de otra índole”* Sentencia de febrero 20 de 2008, rad 16996, C.P. ENRIQUE GIL BOTERO

propósito de que una situación como la descrita en la sentencia no se vuelva a repetir, para lo cual ordenará que el Hospital Militar Central que a su costa, ordene la práctica de exámenes, análisis y las cirugías necesarias para la reconstrucción física del seno de la señora Rósula Jaramillo Benítez, así como los tratamientos de rehabilitación física y psicológica requeridos por la lesionada.

La entidad demandada deberá enviar un informe a este Despacho, acerca del cumplimiento de lo ordenado como medidas de rehabilitación, dentro de los cuarenta y cinco días siguientes a la ejecutoria de este fallo.

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

FALLA

MODIFICAR la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión, el 24 de febrero de 2004, la cual quedará así:

PRIMERO Declarar que el Hospital Militar Central es responsable por las lesiones causadas a la señora Rósula Jaramillo, de acuerdo con lo expuesto en las consideraciones.

SEGUNDO Como consecuencia de lo anterior, condenar a la entidad a pagar a los señores Rosula Benilda Jaramillo Benavidez, Rodolfo Azarias Gómez Díaz, Judith Isabel Gómez Jaramillo y Nehira Andrea Gómez Jaramillo el equivalente a 100 SMMLV para cada uno.

TERCERO Condenar a la entidad a pagar los señores Rosula Benilda Jaramillo Benavidez y Rodolfo Azarias Gómez Díaz por concepto de perjuicio fisiológico (daño a la salud) el equivalente a 100 SMMLV para cada uno.

CUARTO Condenar al Hospital Militar Central, a que se ordene la práctica de exámenes, análisis y las cirugías necesarias para la reconstrucción física del seno de la señora Rósula Jaramillo Benítez, así como los tratamientos de rehabilitación física y psicológica requeridos por la lesionada.

La entidad demandada deberá enviar un informe a este Despacho, acerca del cumplimiento de lo ordenado como medidas de rehabilitación, dentro de los cuarenta y cinco días siguientes a la ejecutoria de este fallo.

QUINTO Ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento y expídanse a la parte actora las copias auténticas con las constancias de las que trata el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente de la Sala

ENRIQUE GIL BOTERO

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ