

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Falla médica / FALLA MEDICA QUIRURGICA - Por extirpar varios órganos internos a paciente intervenido / EXTIRPACION DE ORGANOS INTERNOS - Originó complicación en sistema urinario / EXTIRPACION DE ORGANOS - Generó daño en aparato reproductor de paciente / DAÑO EN APARATO REPRODUCTOR - A paciente intervenido quirúrgicamente / INTERVENCION QUIRURGICA - Con diagnóstico definitivo colitis ulcerativa, ileostomía definitiva, fístula rectouretral / CUARTA INTERVENCION QUIRURGICA - Diagnóstico ileostomía, cierre de uretra y recto

Consta que en 1990 el señor XXX XXX XXX fue diagnosticado de colitis ulcerativa por la Clínica San Rafael de Bogotá (...) el día 27 de mayo de 1993 al señor XXX XXX XXX se le practicó una colectomía, en la Clínica San Rafael de Bogotá (...) Paciente conocido de esta institución con diagnóstico de colitis ulcerativa de cinco años de evolución a quien se le realizó colectomías (...) en junio de 1993 el señor XXX XXX XXX fue intervenido nuevamente en la Clínica San Rafael (...) Procedimientos quirúrgicos (...) colectomía total (...) el 4 de noviembre de 1993 el señor XXX XXX XXX fue intervenido nuevamente en la Clínica San Rafael de Bogotá, practicándosele en esta ocasión mucosectomía, ileostomía y cistostomía. Consta, además, que como consecuencia de esta intervención se produjo una fístula rectouretral (...) Diagnóstico definitivo: -Colitis ulcerativa -ileostomía definitiva -Fistula rectouretral (...) Paciente de 37 años, conocido en esta institución con diagnóstico de colitis ulcerativa en tratamiento con Salazopyrin, corticoides y (ilegible), quien consulta por rectorragia y lipotimia. Antecedentes patológicos: colitis ulcerativa. Ox: colectomía mas sigmoidectomía, bolsa ileal en J, lleoproctostomía, llostomía protectora

DAÑO ANTIJURIDICO - Deterioro de salud afectaciones psíquicas sociales y laborales de paciente de 36 años de edad intervenido quirúrgicamente en Clínica San Rafael de Bogotá en mayo de 1993 / OPERACIONES SUCESIVAS QUIRURGICAS - Originaron infecciones urinarias e impotencia por disfunción eréctil / IMPOTENCIA - Por disfunción eréctil

Consta que en enero, marzo y abril de 1996 el señor XXX XXX XXX fue intervenido quirúrgicamente en la Clínica San Pedro Claver, (...) el resumen de la historia clínica (...) se lee: "Paciente con enfermedad colitis ulcerativa idiopática a quien para manejo de su enfermedad se le realizó colectomía total dejándosele una ileostomía. Se dejó muñón del recto. Posteriormente presentó fístula rectouretral con escape de orina por el ano. Los estudios endoscópicos evidenciaron la presencia del trayecto fistuloso por lo que se programa exploración via perianeal en enero de 1996, se resecó el trayecto fistuloso, se cerró la uretra y el recto (...) Está acreditado que el 7 de junio de 2000, fecha en que se realiza el experticio de medicina forense, el estado de salud del señor XXX XXX XXX (...) Actualmente presenta: yeyunostomía y cistomía permanente en adecuado estado. Ano moderadamente hipotónico y ausencia de reflejos bulbocavernoso y cremasterino. Refiere que presenta infecciones urinarias a repetición, impotencia por disfunción eréctil para la cual ha estado en tratamiento por el servicio de urología sin éxito (...) Está comprobado que con motivo de las sucesivas operaciones quirúrgicas realizadas en la Clínica San Rafael, el señor XXX XXX XXX sufrió un notable detrimento en su calidad de vida y relaciones sociales y laborales, así como una ostensible afectación psíquica

FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA - Del Ministerio de Salud hoy Ministerio de la Protección Social / FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA - Excepción probada / INEXISTENCIA OBLIGACION

DE DEMANDADA - Del Ministerio de Salud hoy Ministerio de Protección Social por no prestar servicios médico asistenciales a paciente

Es preciso reiterar que como bien lo manifestó el a quo, se deben declarar probadas las excepciones de falta de legitimación en la causa e inexistencia de la obligación propuestas por el Ministerio de Salud (hoy de Protección Social), por cuanto no tiene dentro de sus funciones la prestación efectiva de los servicios médico-asistenciales en los centros de salud, ni en los hechos hubo intervención alguna de sus agentes.

ACTO QUIRURGICO - Naturaleza / ACTO MEDICO QUIRURGICO - Manifestación fenoménica o sensible / RELEVANCIA JURIDICA DE LA OPERACION - No es per se el procedimiento sino una formalidad propia del derecho / OPERACION - Se hace jurídicamente relevante con el consentimiento del paciente / CONSENTIMIENTO DEL PACIENTE - Solo permite el acto médico quirúrgico

El acto médico-quirúrgico es ante todo hecho empero que se sucede sobre seres vivos, con ayuda de instrumentos adecuados, ya fuere para extirpar, amputar, implantar, corregir, coser, órganos, miembros o tejidos. Es de notar que esta suerte de intervenciones necesariamente implica algún tipo de riesgo, según la índole de las mismas. (...) en su manifestación fenoménica o sensible, el acto médico quirúrgico poco difiere de otros considerados en sí mismo delictivos. Así, por ejemplo, la extirpación de un órgano con fines curativos puede tener la misma manifestación sensible e involucrar los mismos procedimientos que la que se realiza con el fin de traficar con él. (...) queda claro que lo que da su relevancia jurídica a la operación, no es per se el procedimiento, sino una formalidad propia del derecho. Concretamente, se puede decir que lo que hace jurídicamente relevante a la operación (hecho físico) radica en la finalidad del agente en concurrencia consentimiento del paciente. Únicamente, en virtud de esta conjunción se puede decir que el acto físico de la intervención en el cuerpo cuenta para el derecho como un acto médico-quirúrgico, que permite diferenciarlo del acto criminal o simplemente del abusivo o antijurídico y en virtud del cual se puede decir que el paciente, al consentir la operación, asume como suyo el riesgo, dentro de los límites de la buena fe.

RESPONSABILIDAD POR AUSENCIA DE CONSENTIMIENTO DEL PACIENTE - Se genera responsabilidad en cabeza del tratante / RIESGO CONSENTIDO - Lo asume el paciente previamente informado / FALTA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO - Responde el médico bajo el régimen de responsabilidad objetiva / RESPONSABILIDAD OBJETIVA - De médico por intervención quirúrgica a paciente sin consentimiento informado

Se puede decir que la ausencia de consentimiento es per se generadora de responsabilidad en cabeza del tratante, aun cuando los resultados negativos que de la operación se sigan no sean otra cosa que la realización de un riesgo inherente o, incluso, una consecuencia inevitable. En otras palabras, se puede decir que el paciente asume los riesgos consentidos (y previamente informados), mientras que por lo que vaya más allá de tal consentimiento responde el médico, según el régimen de la responsabilidad objetiva.

CONSENTIMIENTO DEL PACIENTE - Es siempre parcial / CONSENTIMIENTO DEL PACIENTE - Es cualificado por cuanto debe ser informado / ALCANCE DEL CONSENTIMIENTO - Se limita a los riesgos inherentes a la intervención / ALCANCE DEL CONSENTIMIENTO - No puede extenderse a lo derivado de

negligencia o impericia del médico tratante / NEGLIGENCIA O IMPERICIA MEDICA - Dan lugar a predicar la responsabilidad del personal asistencial o médico / CONSENTIMIENTO - Presupone el conocimiento. Es un acto de voluntad subsiguiente de la razón

Es menester resaltar que el consentimiento del paciente, por una parte es siempre parcial y, por otra parte, es cualificado por cuanto debe ser informado. (...) cabe decir que el alcance del consentimiento se limita exclusivamente a los riesgos inherentes a la intervención, asumiendo que ésta se realiza con pleno cumplimiento de la lex artis, pero no se puede extender de modo alguno a lo que se derive de la negligencia o impericia del médico tratante, pues ello sería legitimar la mala fe. Esto es relevante toda vez que en ocasiones los riesgos inherentes a la operación se ven incrementados por la negligencia asistencial o médica, casos que dan lugar a la predicación de responsabilidad. (...) es menester entender que el consentimiento es un acto de la voluntad subsiguiente a un acto de la razón, o lo que es lo mismo, que el consentimiento presupone el conocimiento. De ello se sigue que nadie consiente en aquello que no conoce

RESPONSABILIDAD MEDICA - No se puede asumir que el paciente conoce la naturaleza y consecuencias de un acto quirúrgico / OBLIGACION DE INFORMACION MEDICA - Corresponde al médico informar al paciente en términos claros y precisos los riesgos de los procedimientos a que se someterá

Es cierto que hay casos en los que se puede asumir que las partes conocen la naturaleza y las consecuencias de sus actos, siendo necesario probar lo contrario. Pero, en el caso de la responsabilidad médica no hay lugar para este tipo de inferencias, por cuanto los actos en cuestión dado que revisten gran complejidad técnica y científica, se ubican por fuera del alcance de lo que razonablemente se puede exigir conocer a quien es lego en la materia. Por tal motivo, es al profesional médico a quien corresponde informar, en términos claros y precisos, al paciente de la naturaleza y los riesgos de los procedimientos a los que se habrá de someter, así como de las probabilidades de ocurrencia de los mismos.

AUTORIZACION DE PACIENTE EN INTERVENCION MEDICA - Características del consentimiento que sea libre e informado / INTERVENCION MEDICA DE PACIENTE - Debe informarse al paciente los riesgos y beneficios de la intervención quirúrgica para que haga elección racional, si la acepta o no / INFORMACION ANTICIPADA A INTERVENCION QUIRURGICA - Debe el equipo informar al paciente los riesgos con la operación y posibles secuelas / AUTONOMIA DE PACIENTE - Es quien decide si acepta o no tratamiento específico y debe gozar de aptitud mental y emocional para aceptar o no la intervención

NOTA DE RELATORIA: En relación con la autorización del paciente para ser intervenido quirúrgicamente, consultar sentencia de la Corte Constitucional, SU 337 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero

CONSENTIMIENTO INFORMADO - Impone al médico el deber de informar al paciente y hacerle comprender los aspectos necesarios para que decida libremente / CONSENTIMIENTO CUANTIFICADO - Relativiza el consentimiento informado en función de variables como el carácter experimental del procedimiento que se plantee al paciente / CONSENTIMIENTO INFORMADO Y PRINCIPIO DE AUTONOMIA - Constituyen elementos de la dignidad humana

NOTA DE RELATORIA: Referente al consentimiento informado y principio de autonomía, consultar sentencia de la Corte Constitucional, T 507 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil

AUTORIZACION DE SERVICIOS - No contiene las particularidades del procedimiento quirúrgico, riesgos y secuelas que puedan sobrevenir / EXCEPCION DE INFORMACION MEDICA - Solo en casos de urgencia en paciente inconsciente o en peligro de muerte / AUTORIZACION DE PACIENTE - Médicos obligados a obtenerla para toda terapia y procedimiento

NOTA DE RELATORIA: En relación con la obligatoriedad de las autorizaciones de pacientes, consultar sentencia de 15 de octubre de 2008, Exp. 16350, M.P. Ramiro Saavedra Becerra

DERECHO A LA INFORMACION DE PACIENTE - De conocer alternativas de procedimiento terapéutico, su decisión personal e individual / CONSENTIMIENTO PARA INTERVENCION MEDICO QUIRURGICA - Debe ser expreso y consignarse en la historia clínica / CONSENTIMIENTO IDONEO - Procede cuando el paciente acepta o rehúsa el procedimiento recomendado luego de ser informado de las alternativas y riesgos

NOTA DE RELATORIA: Referente al deber de información al paciente, consultar sentencia de 24 de enero de 2002, Exp. 12706, MP. Jesús María Carrillo Ballesteros

RESPONSABILIDAD MEDICA POR FALTA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO - Por no respetar las exigencias a la dignidad humana del paciente / FALTA DE CONSENTIMIENTO DE PACIENTE - Pierde protagonismo, vulnera la ley y reglamentos médicos / REGLAMENTOS MEDICOS - Se infringen por intervención médica sin consentimiento del paciente / CONSENTIMIENTO INFORMADO - Regulación legal / FALTA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO - Conlleva a la responsabilidad médica

La razón por la que la intervención realizada sin el debido consentimiento informado genera responsabilidad no solamente deriva de exigencias en la prestación del servicio sino especialmente de profundas exigencias de respeto a la dignidad humana del paciente. En efecto, como no aceptó el riesgo –y por ende la intervención- el paciente pierde protagonismo en un procedimiento que no se le puede atribuir en absoluto, deviene en acto de otro, solo admisible si este pierde su condición de persona. Lo anterior se ve reforzado por el hecho de que la intervención aunque recae sobre su humanidad desconoce la integridad y la inviolabilidad que ésta comporta. Aparte de lo anterior, la intervención médica realizada sin el consentimiento del paciente comporta, salvo casos excepcionales, violación directa de la ley y los reglamentos tocantes a la profesión médica.

AFECCIONES A PACIENTE POR ACTO MEDICO - Alteraciones urogenitales presentadas con posterioridad a que paciente se le extirpara colon / ALTERACION EN APARATO UROGENITAL - No fueron consecuencia natural de la colitis ulcerativa lo que genera responsabilidad del tratante

Es dable concluir que las afecciones sufridas por el señor XXX XXX en su aparato urogenital no son consecuencia natural de la colitis ulcerativa. Esto es así i) porque este tipo de molestias no son propias de la enfermedad antes descrita, ii)

porque el informe de medicina legal no establece que las mismas tengan como causa la “enfermedad crónica rebelde a tratamiento médico” (como ha señalado el a quo) sino a “complicaciones que se presentaron dentro de un acto médico adecuado”, iii) porque gran parte de las alteraciones urogenitales se presentaron con posterioridad a que al paciente se le extirpara el colon por lo que, siendo la colitis justamente una alteración de esta parte del intestino, no cabe atribuir las a la enfermedad inicial; iv) porque en la misma historia clínica se consigna que la fístula rectouretral y las subsiguientes molestias urológicas fueron complicaciones de la intervención quirúrgica realizada el 4 de noviembre de 1993.

VALIDEZ DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO - No podía realizarse intervención quirúrgica por existir solo formulario para procedimiento rutinario / AUTORIZACION DE ULTIMA OPERACION - No se consignó nombre de la cirugía, firma del cirujano o anesthesiologo / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES - Por no asumir el paciente los riesgos derivados de los procedimientos

Se advierte que (...) obran sendas copias de un documento titulado “permiso para intervención quirúrgica, anestesia o procedimiento especial”. Se trata de un formato (...) referido a riesgos abstractos no puede tenerse como prueba del consentimiento informado sobre riesgos específicos ni de que el paciente tenga conocimiento claro y preciso de los mismos. Más bien, este tipo de formularios parecieran indicar que a los pacientes firman las autorizaciones como parte de un procedimiento rutinario. Pero además de la insuficiencia probatoria propia del formato obrante en el expediente, llama la atención que en el sublite las autorizaciones no fueron cumplimentadas adecuadamente. Concretamente, en la autorización de la operación realizada el día 4 de noviembre de 1993 (en la que se produjo la fístula rectouretral) no aparece consignado el nombre de la operación ni figura la firma del cirujano o del anesthesiologo, lo cual hace todavía menos claro que el paciente recibiera de éstos información precisa y suficiente para emitir una voluntad consciente y discernida.(...) para la Sala es claro que el actor no asumió los riesgos derivados de los procedimientos a los que fue sometido, razón por la cual se declarará la responsabilidad del Instituto de Seguros Sociales.

PERJUICIOS MORALES - Reconocimiento a paciente por severa aflicción / PERJUICIOS MORALES - Indemnización por dolor psíquico sufrido por paciente / PERJUICIOS MORALES - Reconocidos a esposa e hijos

A partir de la consideración de las pruebas obrantes en el expediente no cabe duda a la Sala de que el señor XXX XXX XXX ha sufrido una severa aflicción y dolor psíquico, que no tendría que soportar, dado que provienen de procedimientos quirúrgicos en los que no se consintió, hasta el punto de haber requerido tratamiento psiquiátrico. Tampoco cabe duda de que dicha situación de aflicción emocional afectó directamente a su cónyuge y a sus hijos, dado que es propio de la naturaleza humana compadecerse de las demás personas, pero, sobre todo, de quienes forman el núcleo humano más cercano, como ocurre en el caso de los familiares.

DAÑO A LA SALUD - Por las complicaciones del aparato urinario de paciente y disfunción eréctil / DAÑO A LA SALUD - Por alteraciones psíquicas / DAÑO A LA SALUD - Afectación de su autoestima masculina por la impotencia que perturbó su vida conyugal / DAÑO A LA SALUD - La alteración urinaria afectó su vida laboral

Tampoco cabe duda que el señor XXX XXX vio severamente afectada su salud tras las operaciones, puesto que es patente que hoy en día presenta complicaciones de orden urinario, así como disfunción eréctil. Además de ello y tal vez en mayor medida, el paciente sufrió alteraciones psíquicas que incidieron directamente en un notorio detrimento de sus relaciones sociales y llegaron a poner en riesgo su vida. La Sala advierte que la naturaleza de las lesiones sufridas por el señor XXX XXX tiene aptitud de alterar drásticamente la calidad de vida. Por un lado, pocas funciones son tan básicas en la vida como la urinaria o la excretora, por lo cualquier alteración en el dominio sobre la propia micción es especialmente perturbadora. Los testigos han dado cuenta de cómo esta alteración ha generado señor XXX XXX problemas de orden higiénico que han llegado a afectar por completo su vida laboral. A lo anterior se suma el problema de la impotencia, el cual no solamente afecta en gran medida la autoestima masculina, sino que afecta de modo muy especial su vida conyugal.

DAÑO A LA SALUD - Indemnización máxima reconocida por descripciones cualitativas obrantes en proceso / INDEMNIZACION MAXIMA POR DAÑO A LA SALUD - Teniendo en cuenta la edad de 36 años del paciente, estado civil de casado, profesión / INDEMNIZACION MAXIMA POR DAÑO A LA SALUD - Por tratarse de una lesión permanente incapacitante

Ha sido criterio de la Sala que el daño a la salud no solamente se mide atendiendo a la funcionalidad orgánica sino que para su tasación se ha de tener en cuenta la edad y las circunstancias personales del afectado y el grado de invalidez que lo aqueja (éste último no reductible a la incapacidad laboral). (...) Teniendo en cuenta que no se cuenta este dato la indemnización se realizará sin tener en cuenta porcentajes u otro criterio cuantitativo sino únicamente las descripciones cualitativas obrantes en el expediente y las condiciones personales del paciente, de las que importan principalmente tres: la edad (36 años al inicio del tratamiento), su estado civil y su profesión. Así pues, dado que se trata de una lesión permanente, sumamente incapacitante, que la índole de las complicaciones urinarias es incompatible con la clase de trabajo que realizaba el afectado y que la afectación del sistema reproductor impide el ejercicio de la vida conyugal, se concluye que la indemnización que ha de reconocerse es la máxima que reconoce usualmente esta jurisdicción, esto es, 100 smlmv.

DAÑO A SALUD DE ESPOSA DEL PACIENTE - Indemnización por repercutir la impotencia en su relación conyugal

Dado que la impotencia padecida por el actor necesariamente repercute en su relación conyugal es posible igualmente predicar el daño a la salud de la señora XXX XXX XXX y reconocerle una indemnización que la Sala valora en 35 smlmv.

PERJUICIOS MATERIALES - Lucro cesante / LUCRO CESANTE - Indemnización por la imposibilidad de continuar paciente vida laboral / LUCRO CESANTE - Indemnización calculada sobre la totalidad de los ingresos, equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente

De los testimonios obrantes en el proceso se tiene por cierto que el señor XXX XXX XXX no pudo seguir trabajando debido a su condición médica, por lo que es procedente el reconocimiento del lucro cesante (...) no se calculará sobre un porcentaje de los ingresos mensuales del señor XXX XXX sino sobre la totalidad de los mismos. En lo atinente a la determinación del inicio de la cesantía la Sala asumirá que es la señalada por los demandantes como la fecha de la primera intervención quirúrgica que consideran defectuosa, es decir, el 27 de mayo de 1993. Finalmente, no existiendo constancia sobre la cuantía de los ingresos

mensuales del señor XXX XXX XXX se asumirá que estos equivalían a un salario mínimo.

PERJUICIOS MATERIALES - Lucro cesante consolidado / LUCRO CESANTE CONSOLIDADO – Calculado. Reconocimiento desde la fecha de la incapacidad hasta la presente sentencia / PERJUICIOS MATERIALES - Lucro cesante futuro / LUCRO CESANTE FUTURO - Indemnización

Se procederá a calcular el lucro cesante consolidado, es decir, el causado desde la fecha de la incapacidad hasta la de la presente sentencia.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION B

Consejero ponente: STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

Bogotá, D. C., doce (12) de diciembre de dos mil trece (2013)

Radicación número: 25000-23-26-000-1996-12661-01(27493)

Actor: XXX XXX XXX

Demandado: MINISTERIO DE SALUD E INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCION DE REPARACION DIRECTA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el once de noviembre de 2004 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se negaron las pretensiones.

I. ANTECEDENTES

.

1. Pretensiones

El 24 de julio de 1996, en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, por intermedio de apoderado judicial, los señores XXX XXX XXX (víctima directa) y XXX XXX XXX de XXX (cónyuge), actuando en nombre propio y en representación de sus menores hijos XXX XXX y XXX XXX XXX XXX, así como XXX XXX XXX, presentaron demanda

contra la Nación-Ministerio de Salud y el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, por los perjuicios sufridos por el primero de los mencionados, con ocasión sucesivas intervenciones quirúrgicas que le fueron practicadas en la Clínica San Rafael de la ciudad de Bogotá desde el 27 de mayo de 1993.

La parte actora solicitó las siguientes declaraciones y condenas:

“Primera: Declarar que los demandados son solidariamente responsables de los perjuicios que se causaron a los demandantes con motivo de las lesiones causadas a XXX XXX XXX de que dan cuenta los hechos de esta demanda.

Segunda: Como consecuencia de la anterior declaración condenar a los demandados al pago, solidariamente, a favor de los esposos XXX XXX, de los salarios que él ha dejado y dejará de devengar desde el mes de junio de 1993 hasta cuando vaya a estar incapacitado para laborar o hasta cuando haya de vivir (sic), de acuerdo con el promedio de vida establecido para un varón de su edad. En caso de que no lograre establecerse el salario que devengaba, pido que la liquidación se haga con base en el salario mínimo legal.

Al hacer esta condena pido que las sumas se actualicen de acuerdo con el índice de precios al consumidor a la fecha de la ejecutoria de la sentencia y que se reconozcan intereses.

Tercera: Condenar a la Nación y al Instituto de Seguros Sociales al pago, solidariamente, a favor de XXX XXX XXX de la suma equivalente al precio de dos mil gramos oro a la fecha de ejecutoria de la sentencia, por concepto del daño fisiológico y de los dolores físicos sufridos.

Cuarta: Como consecuencia de la primera declaración, condenar a los demandados a la suma equivalente al precio de dos mil gramos de oro, a la fecha de ejecutoria de la sentencia, por perjuicios morales, a favor de cada uno de los demandantes.

Quinta: Condenar a los demandados al pago, solidariamente, de la suma equivalente al precio de mil gramos oro, a la fecha de ejecutoria de la

sentencia, a los esposos demandantes, por partes iguales, por concepto de daños conyugales.

Sexta: Disponer que las anteriores sumas devengarán intereses en la forma prevista por el art. 1777 del C.C.A.

2. Fundamentos de hecho

Como fundamento de las pretensiones, la parte demandante adujo los siguientes hechos:

“ Primero: Desde hace varios años XXX XXX XXX se halla afiliado al Instituto de los Seguros Sociales, bajo el n° 906759282, n° patronal 010096044923.

Segundo: Por orden del I.S.S el paciente XXX XXX fue sometido a una intervención quirúrgica en la Clínica San Rafael de Bogotá, el 27 de mayo de 1993 por una colitis ulcerativa que lo venía molestando desde años atrás.

Tercero: Según la historia clínica, al paciente como parte final de la intervención quirúrgica se le practica “cierre de ileostomía con viabilidad de Anastomosis.

Cuarto: Después de esta primera operación, el paciente no sólo no se mejoró de su mal sino que siguió agravándose, por lo cual ha sido necesario ser sometido a varias intervenciones y cada vez resulta más afectado en sus órganos vitales.

Quinto. Antes de practicarle la primera operación de la colitis ulcerativa, el paciente no tenía ninguna otra dolencia que le importunara su normal modo de vivir. Ahora, de resultas de varias intervenciones quirúrgicas, sin duda la mayoría mal hechas, a mi poderdante se le han extirpado varias partes de los órganos internos de su cuerpo y lo tienen con la vejiga rota, reemplazada por una bolsa, averiada la uretra, impotente, privado de muchas de sus principales funciones vitales e impedido para trabajar y aún para vivir normalmente.

Sexto: Cuando fue sometido a la primera cirugía, el paciente no fue advertido siquiera de la posibilidad de que tendría que someterse a nuevas operaciones y menos a quedar disminuido en funciones tan vitales como las correspondientes a la vejiga y al aparato reproductor.

Séptimo: Las intervenciones quirúrgicas iniciales fueron mal hechas pues en la primera le dejaron al paciente parte del recto, que le iban a extirpar, con la secuela de que ahora toca abrirlo nuevamente para sacar ese remanente rectal. La mucosectomía, que hubieran debido practicarle con la primera operación quisieron realizarla en una segunda y no la hicieron completa, con la secuela de que ahora hay que intervenirlo nuevamente para “completar la mucosectomía”.

Octavo: XXX XXX era un joven mecánico dental de promisorio porvenir que laboraba independiente y que ha visto truncado su futuro merced a la irresponsabilidad del galeno que practicó la primera operación.

Noveno: Con las malas operaciones le causaron a XXX XXX muchos perjuicios materiales y morales, lo mismo a los suyos, especialmente a su joven esposa”.

3. Oposición a la demanda

3.1. El Instituto de Seguros Sociales

En su libelo contestatorio, el Instituto de Seguros sociales puso de presente que no existe prueba alguna de que la intervención quirúrgica realizada al señor XXX XXX fuera deficiente o de que su desafortunado resultado pudiera atribuirse a la ignorancia, impericia o culpa grave de los profesionales de la salud que lo atendieron. Por lo demás, recordó que las obligaciones contraídas por quienes prestan el servicio de salud son de medio y no de resultado.

En adición a lo anterior, la defensa puntualizó que el régimen de culpa presunta, en ese entonces adoptado por la jurisprudencia contencioso-administrativa en materia de responsabilidad médica es contraria a lo dispuesto en el artículo 90 constitucional.

3.2 La Nación- Ministerio de Salud

En su escrito de contestación de la demanda el Ministerio de Salud (hoy de Protección Social) propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva e incompetencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de los asuntos en en que es parte el ISS, por ser éste último Empresa Industrial y Comercial del Estado.

En sustento de la primera excepción sostuvo:

“El Ministerio de Salud, es un organismo perteneciente a la Rama Ejecutiva del poder público, cuyas funciones se encuentran expresamente consagradas en las disposiciones legales, especialmente en las leyes 10 de 1990, 60 y 100 de 1993 y en los Decretos 1050 de 1968 y 1292 de 1994, advirtiéndose que en ninguna de las mencionadas normas se le ha asignado la de prestar servicios asistenciales, razón por la cual no existe motivo alguno para derivar en su contra responsabilidad en la falla de un servicio que no prestó; además, tal como lo expresa el demandante, en el evento de deducirse alguna responsabilidad por las presuntas fallas cometidas e la atención del paciente XXX XXX XXX, éstas pueden ser imputables a la Clínica San Pedro Claver al Instituto de Seguros Sociales de la ciudad de Santafé de Bogotá, entidad ésta a la cual fue llevado el paciente XXX XXX y que de acuerdo con las disposiciones de orden legal estaba obligada a prestar la atención de orden médico y hospitalaria”.

Respecto de la segunda recordó que para que se predique la responsabilidad estatal es necesaria la acreditación del daño, la culpa de los agentes estatales y el nexo de causalidad entre los dos extremos mencionados y puntualizó:

No siendo una obligación del Ministerio de Salud la prestación de servicios, no hay razón para que se afirme que en el caso del señor XXX XXX XXX, se den los presupuestos antes señalados como configurantes de la responsabilidad: no ha existido una conducta dañosa en contra del mencionado señor, adjudicable, directa o indirectamente del Ministerio de Salud; tampoco puede afirmarse que exista culpa o dolo por parte de la entidad que no prestó el servicio; siendo así las cosas, no puede predicarse

que exista nexo causal entre el actual de Ministerio y el resultado dañoso experimentado en el cuerpo del señor XXX XXX XXX.

Y sobre la incompetencia del juez contencioso-administrativo para asumir el conocimiento del sublite, expresó:

Por definición legal, el Instituto de los Seguros Sociales se transformó en establecimiento Público en Empresa Industrial y Comercial del Estado, motivo por el cual la jurisdicción de lo contencioso administrativo no es competente para conocer de hechos con la naturaleza de los que nacen de las actuaciones del I.S.S

4. Alegatos de conclusión del Ministerio de Salud

El Ministerio de Salud reiteró los argumentos expuestos en el libelo de contestación.

5. Sentencia recurrida

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró probadas las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva e inexistencia de la obligación propuestas por el Ministerio de Salud, al tiempo que desestimó la relativa a la incompetencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo para decidir sobre la responsabilidad del ISS y absolvió a esta última entidad de los cargos formulados en la demanda, toda vez que en el proceso se pudo establecer que la atención prestada por la entidad antedicha fue oportuna y diligente.

En lo relativo a las excepciones propuestas por el Ministerio de Salud, se pronunció como sigue:

a. Sobre la inexistencia de la obligación:

La Sala considera esta excepción con vocación de prosperar, pues tal como lo manifiesta el apoderado de esta entidad demandada, el Ministerio de Salud es un organismo perteneciente a la rama ejecutiva del poder público, cuyas funciones están expresamente designadas en la ley y respecto de las cuales no obra ninguna relativa a prestar servicios médico-asistenciales. Si

adicionalmente, se tiene en cuenta que ninguno de sus funcionarios tuvo a su cargo o bajo su responsabilidad las intervenciones quirúrgicas practicadas al señor XXX XXX XXX, que según la parte actora fueron la causa de los perjuicios, se determina que el nexo causal entre el daño y la falla de la administración no existe con relación al Ministerio de Salud, por lo tanto respecto de esta entidad no existe la obligación de indemnizar

b. Sobre la causal de falta de legitimación en la causa por pasiva, señaló:

(...) considera la Sala que esta excepción se encuentra probada dentro del proceso, pues como se manifestó anteriormente el Ministerio de Salud no tiene bajo su responsabilidad la prestación de servicios médico asistenciales, que quien prestó el servicio fue el Instituto de Seguros Sociales y que ésta última es una empresa industrial y comercial del Estado, dotada de personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, lo cual implica que en el caso de demostrarse la falla en el servicio, el ISS sería la entidad a cuyo cargo estaría la obligación de indemnizar los perjuicios.

c. Finalmente, resaltó que la discusión sobre la competencia de esta jurisdicción, para conocer los casos en los que es parte el ISS, fue zanjada por ésta Corporación en sentencia de 20 de febrero de 1996 (exp. 11312, C.P Daniel Suárez Hernández) en la que se precisa que, a pesar de su carácter de empresa industrial y comercial del Estado, el ISS puede ser demandado ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo por los perjuicios causados en desarrollo de sus funciones administrativas, por cuanto la variación en la naturaleza jurídica de la entidad, establecida en el Decreto 2148 de 1992, no tiene la virtud de convertir en actividad comercial o industrial toda actividad que, de suyo, es administrativa.

Sobre la responsabilidad del ISS por causación de los daños alegados por los demandantes, el *a quo* indicó, en primer lugar, la diligencia de la entidad demandada se encuentra debidamente acreditada y respecto del daño antijurídico estimó el Tribunal:

En el caso expuesto a la Sala, la antijuridicidad del daño no logró demostrarse, puesto que la historia clínica y el dictamen pericial arrojan resultado, diligencia, cuidado y oportunidad en el actual del ente

demandado. El tratamiento fue adecuado para este tipo de enfermedad crónica y las sucesivas cirugías correspondían a complicaciones de dicha enfermedad.

En relación con la oportuna y adecuada atención suministrada al ente demandado, se reitera que se desprende del dictamen de medicina legal que el demandante recibió el adecuado tratamiento médico, en cuanto a que los procedimientos quirúrgicos realizados eran los indicados y las complicaciones de éste eran las esperadas a su enfermedad.

Por lo demás, el juzgador de primera instancia recordó que si bien, para la época del fallo, la jurisprudencia de lo contencioso-administrativo aplicaba el régimen de la culpa presunta, tal presunción nunca se extendió al nexo de causalidad entre el servicio y el daño.

6. Recurso de apelación

La parte actora interpuso recurso de apelación. Aduce, por una parte, que el tribunal de primera instancia atribuyó incorrectamente las molestias sufridas por el señor XXX XXX a las complicaciones propias de la colitis ulcerativa, desconociendo que las mismas únicamente se explican en razón de los procedimientos quirúrgicos realizados. Además de ello, estimó que el fallo se profirió con base en una valoración parcial del acervo probatorio, pues solamente se tuvo en cuenta la historia clínica proferida por el Hospital San Rafael de Bogotá (la cual de suyo es sospechosa) y un dictamen de medicina legal emitido con base en la misma, sin tener en cuenta otros medios de prueba, entre ellos la historia clínica procedente del Hospital San Pedro Claver.

Sobre la indebida identificación de las molestias post-quirúrgicas, con complicaciones propias de la colitis ulcerativa, la parte manifestó:

Como argumento de fondo para negar las pretensiones el H. Tribunal de instancia dice: <<el ente demandado...en el acervo probatorio demuestra la diligencia, oportunidad y cuidado con el que fue dado el tratamiento que correspondía a su enfermedad crónica rebelde>>.

La prueba es al contrario: quedó establecido que como consecuencia de las varias intervenciones quirúrgicas, al paciente le rompieron la vejiga, que no

estaba afectada, y le lesionaron la uretra, que tampoco estaba afectada y lo dejaron impotente, secuela que no puede deberse a la enfermedad sino a un mal procedimiento.

Y sobre la parcialidad del dictamen de Medicina Legal, y en general de la valoración probatoria hecha por el a quo sostuvo:

Que el <<Instituto de Seguros Sociales demostró la diligencia y cuidado, pues la prueba de medicina legal es contundente>> tampoco es cierto. El a quo sólo tuvo en cuenta un dictamen de medicina legal que dice que <<en este caso valorando únicamente la historia clínica de la Clínica San Rafael ..los procedimientos quirúrgicos realizados eran los indicados..>> –subrayo-. (...)Medicina legal es clara en afirmar que su conclusión obedece únicamente al examen de la historia clínica. Naturalmente, que en ésta el médico no iba a plasmar los errores cometidos. Esa sería una confesión de su torpeza y escribir su sentencia con su propia mano. Eso es absurdo. Lo cierto es que el resultado fue desastroso para el paciente, inesperado, y que el demandado no ha probado que tales nefastas consecuencias se debieran al resultado lógico de la enfermedad.

El Tribunal no tuvo en cuenta otras pruebas. Medicina Legal se atuvo sólo a la historia clínica. Podía hacerlo ya sí lo aclara para explicar en qué se basó su dictamen. Pero el sentenciador no podía hacerlo. A él le obliga el mandato del art. 187 del C.P.C que le ordena <<las pruebas deberán ser apreciadas en su conjunto...El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que asigne a cada prueba>>. Esto no se cumplió. En el proceso hay otras pruebas: testimonios, otro peritaje, indicios, etc, que no fueron tenidas en cuenta. Luego por este aspecto flaquea el fallo impugnado.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 11 de marzo de 2004, por cuanto la pretensión mayor excede la

cuantía mínima exigida para que haya lugar a la segunda instancia en aplicación del Decreto 597 de 1988, vigente en la época de presentación de la demanda¹.

2. Problemas jurídicos

Corresponde a la Sala determinar si las complicaciones en funcionamiento del sistema urinario y el aparato reproductor del señor XXX XXX XXX constituyen un daño imputable al ISS y al Ministerio de la Protección Social.

Para lo anterior se hace necesario examinar si:

1. Existe relación causal entre las antedichas alteraciones y la intervención de las entidades demandadas.
2. Si existiendo relación causal entre el deterioro en la salud del señor XXX XXX y la actuación de las entidades referidas, tal deterioro es susceptible de ser considerado daño antijurídico imputable a las mismas.

Con el fin de responder a esta última pregunta es menester detenerse en la cuestión del alcance de la asunción del riesgo por parte del paciente en el caso de las intervenciones quirúrgicas, así como en la que versa sobre la naturaleza de las obligaciones que contraen quienes prestan servicios de salud.

3. Análisis del caso

3.1 Hechos probados

3.1.1 Está acreditado que el señor XXX XXX XXX se encontraba afiliado al ISS. Ello no solamente ha sido aceptado por las entidades demandadas en sus respectivos libelos de contestación sino que también se encuentra registrado en documentos que pertenecen a la historia clínica, como la hoja de estadística proferida por la Clínica San Rafael y el certificado expedido el 13 de agosto de 1996 por el médico José Rafael Romero Pinto, que da cuenta de la calidad de afiliado y del número de afiliación de quien alega ser víctima directa.

3.1.1 Consta que en 1990 el señor XXX XXX XXX fue diagnosticado de colitis ulcerativa por la Clínica San Rafael de Bogotá. Así por ejemplo, a folio 25 del cuaderno 5 obra un informe de radiología fechado el 28 de noviembre de 1990, que reza:

¹ En 1996, la cuantía establecida para que un proceso tuviera vocación de segunda instancia era de \$13.460.000 y en el sublite la pretensión mayor corresponde a los ingresos dejados de percibir por la víctima durante los 39.48 años siguientes al inicio de las intervenciones quirúrgicas, cifra que a todas luces sobrepasa la cuantía legal.

El estudio practicado med ante técnica de doble contraste que muestra irregularidad de los contornos del recto sigmoide y mucosa de la región cecal atribuibles a pequeñas lesiones ulceradas en dicha zona. Se advierten defectos de llenado a nivel del ángulo hepático del colon por restos de materia fecal. Los hallazgos anteriores son compatibles con el diagnóstico de colitis ulcerativa.

Y en otro informe de 15 de noviembre de 1990, reza:

“EA: Desde hace un mes, deposiciones diarréicas, líquidas, mucosas, con sangre fresca, dolor abdominal tipo cólico, no fiebre, náuseas, pérdida de pesos de 4-6 kilos con RSC, X-18-90: Colitis ulcerativa, inicialmente formulado con metronidazol y salozopirina”.

3.1.2 Consta que el día 27 de mayo de 1993 al señor XXX XXX XXX se le practicó una colectomía, en la Clínica San Rafael de Bogotá.

Así, en la hoja quirúrgica fechada mayo 27 de 1993 y obrante a folio 376 del cuaderno 5 se lee:

“Apellidos y nombres: XXX XXX XXX

Fecha: mayo 27/93

Cirujano: Dr. Espinosa- Dr- Baena

Primer ayudante: Rubio-Fortich

Segundo: Briceño

Diagnóstico pre-operatorio: Colitis ulcerativa

Nombre intervención quirúrgica (terminología aceptada): Laparotomía exploratoria, colectomía total, bolsa ileal en J (Staplers), Ileoproctostomía endorectal (pull through), ileostomía de protección (doble boca)

Y, acorde con la hoja de evolución, correspondiente al 14 de octubre de 1993 se conoce:

“antecedentes: colitis ulcerativa de 5 años de evolución con tto quirúrgico y médico. Qx Colectomía +sigmoidectomía +bolsa ileal en J+ Ileoproctoscomía endorectal +ileostomía protectora en mayo 27/93”

Igualmente el resumen de la historia clínica proferido por la antedicha institución el 6 de mayo de 1994 revela:

Paciente conocido de esta institución con diagnóstico de colitis ulcerativa de cinco años de evolución a quien se le realizó colectomías, sigmoidectomía, bolsa ileal en J, ileoproctomía endorectal, e ileostomía protectora en mayo 93. Cierre ileoproctomía en junio /93. (f. 78 c. 5)

3.1.3 Se encuentra acreditado que en junio de 1993 el señor XXX XXX XXX fue intervenido nuevamente en la Clínica San Rafael, tal como consta en la hoja de epicrisis fechada el 7 de julio de 1993, en la cual figura:

“Procedimientos quirúrgicos:

- 1. (27-VI-93) –sic- colectomía total +bolsa ileal +ileostomía de protección +(ilegible) endorectal pull through”*
- 2. (23-VI-93) Laparotomía exploratoria +cierre ileostomía +liberación de adherencias- biopsia hepática”*

Y en la hoja quirúrgica obrante a folio 379 del c. 5 se lee:

Apellidos y nombres: XXX XXX

Fecha: Junio 23 de 1993

Cirujano: Dr. Carlos Espinosa

Primer ayudante: Dr. Karol Fortich

Diagnóstico pre-operatorio: Ileostomía en doble boca. Colitis ulcerativa.

Diagnóstico post-operatorio IDEM

Nombre interención quiurúrgica (terminología aceptada): cierre ileostomía.

Laprotomía exploradora. Liberación adherencias. Biopsia hepática.

3.1.4. Consta que el 4 de noviembre de 1993 el señor XXX XXX XXX fue intervenido nuevamente en la Clínica San Rafael de Bogotá, practicándosele en esta ocasión mucosectomía, ileostomía y cistostomía. Consta, además, que como consecuencia de esta intervención se produjo una fístula rectouretral.

En efecto, en la hoja de epicrisis correspondiente al día 4 de noviembre de 1993 y obrante a folio 263 del cuaderno n° 5 figura:

*Diagnóstico definitivo: -Colitis ulcerativa
-ileostomía definitiva
-Fistula rectouretral.*

Procedimientos quirúrgicos: Mucosectomía, Ileostomía definitiva, Cistostomía.

(...)

Paciente de 37 años, conocido en esta institución con diagnóstico de colitis ulcerativa en tratamiento con Salazopyrin, corticoides y (ilegible), quien consulta por rectorragia y lipotimia. Antecedentes patológicos: colitis ulcerativa. Ox: colectomía mas sigmoidectomía, bolsa ileal en J, Ileoproctostomía, llostomía protectora.

(...)

Se hospitaliza y se estabiliza (ilegible) y se pasa a cirugía realizándose los procedimientos arriba mencionados, como complicación de la cirugía se presenta fístula rectouretral”.

3.1.5 Consta que en enero, marzo y abril de 1996 el señor XXX XXX XXX fue intervenido quirúrgicamente en la Clínica San Pedro Claver, tal como lo evidencia el resumen de la historia clínica proferida por esta institución el 23 de agosto de 1996. En él se lee:

“Paciente con enfermedad colitis ulcerativa idiopática a quien para manejo de su enfermedad se le realizó colectomía total dejándosele una ileostomía. Se dejó muñón del recto. Posteriormente presentó fístula recto-uretral con escape de orina por el ano. Los estudios endoscópicos evidenciaron la presencia del trayecto fistuloso por lo que se programa exploración via perianal en enero de 1996, se resecó el trayecto fistuloso, se cerró la uretra y el recto. Recomendándose resección del muñón del recto para disminuir la producción de moco y sintomatología de dolor fue entonces llevado a cirugía nuevamente el 22 de marzo de 1996 realizándose protectomía y revisión del trayecto de la uretra. En abril 15/96 es llevado a cirugía por proceso de obstrucción intestinal produciéndose liberación de bridas y drenaje de absceso periestomal. Se encontró la vejiga y la uretra en condiciones satisfactorias, se decidió dejar la sonda de cistomía. En el

momento se encuentra en controles por parte de medicina general y urología, donde asiste regularmente.

3.1.6 Está acreditado que el 7 de junio de 2000, fecha en que se realiza el experticio de medicina forense, el estado de salud del señor XXX XXX XXX era como se describe a continuación:

Actualmente presenta: yeyunostomía y cistomía permanente en adecuado estado. Ano moderadamente hipotónico y ausencia de reflejos bulbocavernoso y cremasterino. Refiere que presenta infecciones urinarias a repetición, impotencia por disfunción eréctil para la cual ha estado en tratamiento por el servicio de urología sin éxito.

Examen clínico forense

Antecedentes: *patológicos-toxicoalérgicos traumáticos a ETS sin importancia con respecto de la E.A.*

Revisión por sistemas:

- Hiporexia cuando hay infección urinaria*
- Disfunción eréctil por lo cual se han formulado caverjet en el servicio de urología de la CSPC.*
- Refiere que por motivo de la yeyunostomía se deshidrata rápidamente cuando toma alimentos concentrados.*

Examen físico

- Tensión Arterial 110/70, frecuencia cardíaca 72/min, frecuencia respiratoria 16/min, afebril, hidratado, orientado en las tres esferas.*
- Cicatrices deprimidas ostensibles xifobúbrica y subcostal derecha.*
- Yeyunostomía en flanco derecho drenado a bolsa material intestinal*
- Sonda cistomía en flanco izquierdo drenado a bolsa de orina de aspecto normal.*
- Depresión de 1 cm a nivel de implantación del pene que mide 4 cm y se encuentra en estado de flacidez.*
- Ano moderadamente hipotónico.*
- Ausencia de reflejos cremasterino y bulbo caremoso.*

-Manifiesta que el último control en cirugía de la CSPC fue el 18-06-99 donde le solicitaron laboratorios (sic)

-El 11-06-99 se le solicitó cistografía miccional

-Actualmente toma nitrofurantoina 100mg cada 12 horas para prevención de infección urinaria.

-Manifiesta que fue valorado por el servicio de gastroenterología de la CSPC el 18-06-99 cuando solicitó el EVDA que diagnosticó: ilestomía permanente por colitis ulcerativa con antecedentes de gastritis crónica y helicobacter pylori: positivo.

3.1.7 Está comprobado que con motivo de las sucesivas operaciones quirúrgicas realizadas en la Clínica San Rafael, el señor XXX XXX XXX sufrió un notable detrimento en su calidad de vida y relaciones sociales y laborales, así como una ostensible afectación psíquica. Lo anterior consta en los testimonios rendidos ante el *a quo* por Julia Stella Leguizamón Cárdenas y María Crisanta Pinilla de Mendoza, conocidas de la familia XXX XXXX.

En el acta correspondiente a la diligencia de interrogatorio de la señora Julia Stella Leguizamón se lee:

Preguntado: Sírvase decir al despacho si usted ha visto recientemente a XXX XXX y en caso afirmativo relate cómo se encuentra.

Contestó: Desde que nos conocimos hemos llevado esta amistad, lo he visto continuamente y sus condiciones de salud son cada vez más delicadas, inclusive ahora presenta problemas psiquiátricos. Todo esto se debe a los problemas que ha presentado después de las diferentes intervenciones que han tenido que repetirlas por errores en este tipo de intervenciones, porque la primera cirugía que le programaron era porque presentaba un quiste de amebas, después en la operación cometieron un error y le afectaron la vejiga, entonces a raíz de esto presenta problemas de infección continua y tuvieron que colocarle una bolsa para recogerle la orina.

La señora María Crisanta Pinilla manifestó, a su vez:

Preguntado: Manifieste al despacho si le consta, si XXX XXX XXX fue sometido a varias intervenciones quirúrgicas por cuenta del I.S.S y si antes de ser sometido a la primera intervención era una persona normal.

Contestó: Él era una persona completamente normal. Mi esposo era pediatra y atendía a los niños de XXX y XXX por eso supimos que en una visita que le hicimos a la casa que padecía una afección intestinal por amebas y posteriormente lo trataron en el Hospital San Rafael, le habían hecho una intervención quirúrgica bastante delicada disque a consecuencia de la amibiasis, ese día conversó con mi esposo y le manifestó que se sentía supremamente enfermo, creo que le sacaron bastante intestino y el estado de ánimo era lamentable, fue un cuadro tremendo porque estaba la señora, una hermana mía y yo, todos nos pusimos a llorar, el creo que tenía un revólver debajo de la almohada y manifestaba cada rato querer suicidarse. Más adelante volvimos a visitarlo y manifestó que nuevamente lo iban a operar, creo que eso fue el día 20 o un mes después de la primera operación, luego lo operaron y nuevamente fuimos a visitarlo y nos comentó que no había sido una sola operación sino dos que le habían hecho, en todo este transcurso el señor se volvió de una neura que no quería ver a nadie y nuevamente dijo que lo tenían que operar otra vez, en una de esas intervenciones le dañaron el sistema urinario, entonces él se quedó en un estado lamentable con sonda y frasco. Nos mostró fórmulas donde constantemente tenía que tomar antibióticos, después salió a la casa, también fuimos a visitarlo varias veces a la casa y daba tristeza ver ese cuadro tan horrible sin poder él trabajar y hacer nada, completamente inútil, cuando Sarita, la señora tenía que llevarlo al médico, a los niños los situaban en cualquier casa de familiares o amigos en un estado de pobreza infinito porque él no podía trabajar. En otra ocasión que fuimos a visitarlo nos manifestó que el Dr. Espinosa el cirujano se escondió al llamado de él, ya desesperado acudió al seguro a urología allí le practicaron nuevamente otra intervención quirúrgica pero del sistema urinario y creo que lo han intervenido como ocho o nueve veces y disque los médicos han manifestado que no tiene cura, que ya queda inútil. Es muy triste ver destruida una vida tan joven que si no es por la señora hubiera pasado algo gravísimo, afortunadamente él es un hombre católico de muy buenos principios y con ayuda de su señora ha podido seguir viviendo y también por el gran cariño que tiene a sus hijos. Él está en control médico por el

seguro social y creo que también le han hecho secciones (sic) de psiquiatría, agrego también que él estuvo estudiando en la Universidad Libre Derecho y por motivos de salud tuvo que retirarse. A él se le acabó la vida social que que el problema de la sonda es espantoso, le molesta mucho no puede agacharse y menos aún trabajar ya que el oficio de él es mecánica dental y casi todo se hace de pie, y él vive acomplexado y se incomoda muchísimo pues constantemente pide permiso de ir al baño para evitar que la sonda se le infecta y botar lo que el frasco recoge”

Los perjuicios psíquicos referidos están también acreditados en los múltiples reportes de psiquiatría que obran en la historia clínica del señor XXX XXX.

3.2 Cuestión previa: las excepciones propuestas por el Ministerio de Salud

Antes de iniciar el análisis de fondo, es preciso reiterar que como bien lo manifestó el *a quo*, se deben declarar probadas las excepciones de falta de legitimación en la causa e inexistencia de la obligación propuestas por el Ministerio de Salud (hoy de Protección Social), por cuanto no tiene dentro de sus funciones la prestación efectiva de los servicios médico-asistenciales en los centros de salud, ni en los hechos hubo intervención alguna de sus agentes.

3.3 Consideraciones generales

3.3.1 Sobre la dimensión jurídica del acto médico, y su proyección sobre la distribución y la asunción del riesgo.

Para determinar la responsabilidad que se sigue de un acto quirúrgico, como el que se analiza en el sublite, es menester analizar, en primer lugar, la naturaleza del mismo. Ahora bien, este análisis revela dos aproximaciones conceptuales diversas: hecho o acto, en ambos casos con implicaciones jurídicas relevantes.

Como acontecer, el acto médico-quirúrgico es ante todo hecho empero que se sucede sobre seres vivos, con ayuda de instrumentos adecuados, ya fuere para extirpar, amputar, implantar, corregir, coser, órganos, miembros o tejidos. Es de notar que esta suerte de intervenciones necesariamente implica algún tipo de riesgo, según la índole de las mismas.

Como hecho, esto es, en su manifestación fenoménica o sensible, el acto médico quirúrgico poco difiere de otros considerados en sí mismo delictivos. Así, por ejemplo, la extirpación de un órgano con fines curativos puede tener la misma manifestación sensible e involucrar los mismos procedimientos que la que se realiza con el fin de traficar con él.

Así las cosas, queda claro que lo que da su relevancia jurídica a la operación, no es *per se* el procedimiento, sino una formalidad propia del derecho. Concretamente, se puede decir que lo que hace jurídicamente relevante a la operación (hecho físico) radica en la finalidad del agente en concurrencia consentimiento del paciente. Únicamente, en virtud de esta conjunción se puede decir que el acto físico de la intervención en el cuerpo cuenta para el derecho como un acto médico-quirúrgico, que permite diferenciarlo del acto criminal o simplemente del abusivo o antijurídico y en virtud del cual se puede decir que el paciente, al consentir la operación, asume como suyo el riesgo, dentro de los límites de la buena fe.

Por el contrario, allí donde fallan estos dos requisitos, la intervención médico-quirúrgica se torna total o parcialmente antijurídica y no se produce asunción alguna del riesgo por parte del paciente, recayendo íntegramente en el agente que la realiza.

Por esta razón, se puede decir que la ausencia de consentimiento es *per se* generadora de responsabilidad en cabeza del tratante, aun cuando los resultados negativos que de la operación se sigan no sean otra cosa que la realización de un riesgo inherente o, incluso, una consecuencia inevitable. En otras palabras, se puede decir que el paciente asume los riesgos consentidos (y previamente informados), mientras que por lo que vaya más allá de tal consentimiento responde el médico, según el régimen de la responsabilidad objetiva.

3.3.2 Sobre las condiciones y el alcance del consentimiento del paciente

Dicho lo anterior, es menester resaltar que el consentimiento del paciente, por una parte es siempre parcial y, por otra parte, es cualificado por cuanto debe ser informado.

Sobre lo primero, cabe decir que el alcance del consentimiento se limita exclusivamente a los riesgos inherentes a la intervención, asumiendo que ésta se realiza con pleno cumplimiento de la *lex artis*, pero no se puede extender de modo alguno a lo que se derive de la negligencia o impericia del médico tratante, pues ello sería legitimar la mala fe. Esto es relevante toda vez que en ocasiones los riesgos inherentes a la operación se ven incrementados por la negligencia asistencial o médica, casos que dan lugar a la predicación de responsabilidad.

Por otra parte, es menester entender que el consentimiento es un acto de la voluntad subsiguiente a un acto de la razón, o lo que es lo mismo, que el consentimiento presupone el conocimiento. De ello se sigue que nadie consiente en aquello que no conoce.

Ahora bien, es cierto que hay casos en los que se puede asumir que las partes conocen la naturaleza y las consecuencias de sus actos, siendo necesario probar lo contrario. Pero, en el caso de la responsabilidad médica no hay lugar para este tipo de inferencias, por cuanto los actos en cuestión dado que revisten gran complejidad técnica y científica, se ubican por fuera del alcance de lo que razonablemente se puede exigir conocer a quien es lego en la materia. Por tal motivo, es al profesional médico a quien corresponde informar, en términos claros y precisos, al paciente de la naturaleza y los riesgos de los procedimientos a los que se habrá de someter, así como de las probabilidades de ocurrencia de los mismos.

Sobre este particular es copiosa la jurisprudencia en materia constitucional, de la cual vale citar la sentencia SU-337 DE 1999 de la Corte Constitucional:

Como es obvio, no cualquier autorización del paciente es suficiente para legitimar una intervención médica: es necesario que el consentimiento del paciente reúna ciertas características, y en especial que sea libre e informado. Esto significa, en primer término, que la persona debe tomar su determinación sin coacciones ni engaños. Así, no es válido, por haber sido inducido en error, el asentimiento de un paciente que es logrado gracias a una exageración, por parte del médico, de los riesgos de la dolencia y una minimización de los peligros del tratamiento.

Por ello, en segundo término, la decisión debe ser informada, esto es, debe fundarse en un conocimiento adecuado y suficiente de todos los datos que sean relevantes para que el enfermo pueda comprender los riesgos y beneficios de la intervención terapéutica, y valorar las posibilidades de las más importantes alternativas de curación, las cuales

deben incluir la ausencia de cualquier tipo de tratamiento. Esto implica, tal y como esta Corte ya lo había señalado en anteriores ocasiones que, debido a que el paciente es usualmente lego en temas médicos, el profesional de la salud tiene el deber de suministrar al enfermo, de manera comprensible, la información relevante sobre los riesgos y beneficios objetivos de la terapia y las posibilidades de otros tratamientos, incluyendo los efectos de la ausencia de cualquier tratamiento, con el fin de que la persona pueda hacer una elección racional e informada sobre si acepta o no la intervención médica. Por ello esta Corporación ha señalado que el paciente tiene derecho a que de manera anticipada, el equipo médico le indique "los riesgos que corre con la operación o tratamiento o las secuelas que quedarían, con la debida prudencia, sin minimizar los resultados pero sin alarmar al enfermo en tal forma que desalentaría el tratamiento; es un equilibrio entre la discreción y la información que solo debe apuntar a la respuesta inteligente de quien busca mejorar la salud, superar una enfermedad o mitigar el dolor..

Finalmente, el paciente que toma la decisión debe ser lo suficientemente autónomo para decidir si acepta o no el tratamiento específico, esto es, debe tratarse de una persona que en la situación concreta goce de las aptitudes mentales y emocionales para tomar una decisión que pueda ser considerada una expresión auténtica de su identidad personal².

Asimismo, resulta relevante la vinculación que reconoce el alto tribunal en lo constitucional de la relación inescindible entre el consentimiento informado y el principio de autonomía, constitutivo a su vez de la dignidad humana:

*La importancia que tiene el principio de autonomía individual del paciente respecto de su cuerpo, como principio adscrito a nuestro ordenamiento constitucional, impone la necesidad de que sus decisiones sean producto de un consentimiento **informado** y **cualificado**. Estos dos elementos, que condicionan el consentimiento del paciente, le imponen a los médicos el deber de informarle y hacerle comprender los aspectos necesarios para que pueda tomar una decisión libre. El primero de tales elementos, el del consentimiento informado, implica un deber general del médico de permitir que el paciente sea consciente de los beneficios, riesgos y demás implicaciones del procedimiento al que va a ser sometido, así como de las alternativas a dicho tratamiento y sus respectivas implicaciones. El segundo de los elementos, el del consentimiento cualificado, relativiza el del consentimiento informado en función de diversas variables, entre ellas, el carácter experimental del procedimiento que se plantee al paciente³.*

También esta Corporación se ha referido a la necesidad del consentimiento informado en la generalidad de los procedimientos médicos y ha señalado las

² Corte Constitucional, sentencia SU-337 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero. Sobre este mismo tema cfr. las sentencias T-401 de 1994. MP Eduardo Cifuentes y T-477 de 1995. MP Alejandro Martínez Caballero.

³ Corte Constitucional, Sentencia T-507 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

condiciones del mismo, desestimando el valor de ciertas autorizaciones formuladas en términos genéricos. Así en sentencia de 15 de octubre de 2008, manifestó:

Cabe agregar que no se surtió el trámite del consentimiento informado cuando se decidió intervenir quirúrgicamente al menor Rodríguez de forma apresurada. El único documento que obra dentro del expediente es la autorización de servicios suscrita por el padre del menor, en relación con todos los servicios médicos, de laboratorio y quirúrgicos que pudieran requerirse, así:

“AUTORIZACIÓN DE SERVICIOS.

1º Obedecerá los reglamentos de la Clínica en lo que concierne a disciplina, atención médica, servicios de laboratorio, farmacéutico, etc.

2º Se someterá a los procedimientos, diagnósticos terapéuticos y quirúrgicos o no quirúrgicos, incluyendo las operaciones rutilantes que sean ordenadas por los médicos responsables del caso” (fol. 56 c. 3).

Para la Sala, el anterior documento no contiene una autorización debidamente informada de los padres del paciente, pues no se les advierte sobre las particularidades del procedimiento quirúrgico, los riesgos del mismo, ni las posibles secuelas que podrían sobrevenir, máxime cuando se trataba de una cirugía que podía esperar.

Sobre la obligatoriedad de informar de manera oportuna y diligente al paciente, la Sala ha explicado que solamente se exceptúa al médico de dicho deber en los casos de urgencia o emergencia, especialmente cuando el paciente está inconsciente o en peligro de muerte. Por lo tanto, por regla general, los médicos están obligados a obtener la autorización para toda terapia, excepto cuando las particularidades del caso lo impliquen y, en esos eventos, deben probar la necesidad de esa omisión, cosa que no sucedió en este caso.

En este caso, la cirugía para tratar la fractura de la mano no era inminente y por tanto, habría podido aplazarse⁴.

Más específicamente, la Corporación ha resaltado que el mero desconocimiento del deber de informar al paciente sobre los riesgos de una determinada

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 15 de octubre de 2008, radicación : 25000-23-26-000-1994-00061-01(16350). C.P Ramiro Saavedra Becerra.

intervención quirúrgica es *per se* generador de responsabilidad, precisando, asimismo, que la aceptación *in abstracto* de las posibles consecuencias no exonera de responsabilidad al médico tratante:

“Si bien, la atención científica dispensada al demandante fue diligente y la indicada, es del caso analizar el punto relativo al consentimiento que del paciente respecto de su intervención, debe mediar, a fin de exonerar de toda responsabilidad al tratante, y en el caso a la Administración. Ya se ha dicho que el consentimiento debe ser ilustrado, idóneo y concreto, previo, y que su prueba corre a cargo del demandado, en atención a la situación de privilegio en que se encuentra fácticamente, para procurar la verdad dentro del proceso.

De otra parte, es preciso insistir en que el derecho a la información, que tiene el paciente, es un desarrollo de su propia autonomía así como de la titularidad que ostenta de su derecho a la integridad, a su salud, y ante todo a su libertad para decidir en todo cuanto compete íntimamente a la plenitud de su personalidad.

Por ello importa el conocimiento sobre las alternativas de tratamiento y de todas las posibles complicaciones que implique el procedimiento o terapéutica al cual va a ser sometido. La decisión que tome el paciente es en principio personal e individual. En ese orden de ideas, la información debe ser adecuada, clara, completa y explicada al paciente; y constituye un derecho esencial para poner en ejercicio su libertad; de lo contrario, ante una información falsa, errónea o incompleta se estará frente a una vulneración de la libertad de decisión del paciente.

Se tiene entonces que el consentimiento, para someterse a una intervención médico-quirúrgica debe ser expreso, y aconsejable que se documente, y que siempre se consigne su obtención en la historia clínica, debe provenir en principio del paciente, salvo las excepciones consagradas en la ley y atendidas las particulares circunstancias fácticas que indicarán al Juez sobre la aplicación del principio.

El consentimiento idóneo se presenta cuando el paciente acepta o rehusa el procedimiento recomendado luego de tener una información completa

acerca de todas las alternativas y los posibles riesgos que implique dicha acción y con posterioridad a este ejercicio tomar la decisión que crea más conveniente.

(...)

El consentimiento que exonera, no es el otorgado en abstracto, in genere, esto es para todo y para todo el tiempo, sino el referido a los riesgos concretos de cada procedimiento; sin que sea suficiente por otra parte la manifestación por parte del galeno en términos científicos de las terapias o procedimientos a que deberá someterse el paciente, sino que deben hacerse inteligibles a éste para que conozca ante todo los riesgos que ellos implican y así libremente exprese su voluntad de someterse, confiado a su médico.

En este orden de ideas, y conocidos los resultados, que por cierto sirven de fundamento a esta demanda, habrá de CONDENARSE a la demandada por falla en la administración del servicio, que se repite, no consiste en falencia en la atención diligente y científica, sino por la omisión en el deber de información al paciente, hecho que le impidió optar por someterse o rehusar la intervención médica y con ello perdió la oportunidad de no resultar afectado por una intervención que podía aceptar o no⁵".

3.3.3 Consideraciones adicionales sobre la aptitud generadora de responsabilidad de la falta de consentimiento informado

Se ha de añadir a lo anterior que la razón por la que la intervención realizada sin el debido consentimiento informado genera responsabilidad no solamente deriva de exigencias en la prestación del servicio sino especialmente de profundas exigencias de respeto a la dignidad humana del paciente.

En efecto, como no aceptó el riesgo –y por ende la intervención- el paciente pierde protagonismo en un procedimiento que no se le puede atribuir en absoluto,

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 24 de enero de 2002, radicación n° 25000-23-26-000-1994-9875-01(12706), M.P Jesús María Carrillo Ballesteros.

deviene en acto de otro, solo admisible si este pierde su condición de persona. Lo anterior se ve reforzado por el hecho de que la intervención aunque recae sobre su humanidad desconoce la integridad y la inviolabilidad que ésta comporta.

Aparte de lo anterior, la intervención médica realizada sin el consentimiento del paciente comporta, salvo casos excepcionales, violación directa de la ley y los reglamentos tocantes a la profesión médica. No se puede desconocer, en efecto, el dictado de la ley 23 de 1981⁶:

“ART. 15. El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente”.

“ART. 16. La responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento, no irá más allá del riesgo previsto.

El médico advertirá de él al paciente o a sus familiares o allegados”.

Y que el Decreto 3380 de noviembre 30 de 1981, señala:

“ART. 10. El médico cumple la advertencia del riesgo previsto, a que se refiere el inciso segundo del artículo 16 de la Ley 23 de 1981, con el aviso que en forma prudente, haga a su paciente o a sus familiares o allegados, con respecto a los efectos adversos que, en su concepto, dentro del campo de la práctica médica, pueden llegar a producirse como consecuencia del tratamiento o procedimiento médico”.

“ART. 11. El médico quedará exonerado de hacer la advertencia del riesgo previsto en los siguientes casos:

⁶ “Por la cual se dictan normas en materia de ética médica”.

- a) Cuando el estado mental del paciente y la ausencia de parientes o allegados se lo impidan:
- b) Cuando exista urgencia o emergencia para llevar a cabo el tratamiento o procedimiento médico”.

“ART. 12. El médico dejará constancia en la historia clínica del hecho de la advertencia del riesgo previsto o de la imposibilidad de hacerla”.

Ahora bien, dado que el principal derecho de un paciente es el de recibir atención adecuada y acorde con su dignidad, se puede decir que el incumplimiento de estas exigencias de orden constitucional y legal constituyen en sí mismas una lesión, de donde se colige que, incluso en ausencia de otros daños, tendría que ser indemnizada.

Este deber de indemnización, se reitera, hay que predicarlo de todos los casos en los que la autonomía humana es desconocida, ya sea por la simple y llana ausencia de autorización del paciente o por la sustitución del auténtico consentimiento informado por una mera formalidad, en los términos descritos ad supra. Sobre la incompatibilidad de la relativización y reducción a un requisito legal del consentimiento informado con el principio superior de respeto a la autonomía vale la pena recordar lo dicho por la profesora Adela Cortina:

En bioética, como en cualquiera de las éticas aplicadas, contamos con el marco deontológico postconvencional, según el cual cada afectado por la actividad sanitaria –sea investigación, clínica o cuidado- es un interlocutor válido, que ha de ser tenido en cuenta a la hora de decidir cuestiones que le afectan. El paciente tiene derecho a ser escuchado en la toma de decisiones que le afectan, lo cual comporta un buen número de implicaciones en el caso de tratamientos drásticos, conocimiento de la propia situación, etc.

En este orden de ideas, el consentimiento informado es la expresión del principio ético de la autonomía dialógica. Por eso conviene cuidar de que no se quede en un requisito legal, que debe cumplimentar quien desee cubrirse las espaldas ante cualquier posible denuncia, porque en tal caso la medicina defensiva viene a ocupar el lugar de la convicción moral de que el paciente es un ser autónomo, cuya autonomía desea respetar quien ha entrado con él en una relación interpersonal, en una relación comunicativa.

Un modelo semejante de consentimiento informado es fruto de una razón instrumentalizadora que ha olvidado la autonomía del paciente, si es que alguna vez supo de ella (...)⁷.

⁷ Adela Cortina, “Problemas éticos de la información disponible, desde la ética del discurso”, en Estudios de Bioética, Madrid, Dykinson, 1997, págs. 54 y 55.

3.4 Consideraciones respecto del caso concreto

Lo anteriormente dicho es relevante toda vez que en el caso concreto la parte actora no solamente alega que la afectación de la salud del señor XXX XXX es producto de la realización defectuosa de una operación, sino que también aduce que en ningún momento fue informado de los riesgos inherentes al acto médico.

Por lo anterior, se impone considerar primero si la afectación física, mental y social del señor XXX XXX deviene del tratamiento recibido y después si el paciente aceptó el riesgo de tales complicaciones en los términos antes señalados. Únicamente en este caso será procedente examinar el daño y la imputación en razón de los procedimientos médicos.

3.4.1 Sobre el daño y la relación de causalidad

Para empezar, esta Sala estima evidente que, independientemente de su calificación de antijurídico, el señor XXX XXX sufrió graves afectaciones, físicas, psíquicas, sociales y laborales que necesariamente se deben reputar como un daño. También parece claro a la Sala que dichas alteraciones tuvieron por causa eficiente las diversas intervenciones quirúrgicas a las que fue sometido el antes mencionado.

En efecto, a diferencia de lo que estima el *a quo*, lejos de toda duda es dable concluir que las afecciones sufridas por el señor XXX XXX en su aparato urogenital no son consecuencia natural de la colitis ulcerativa. Esto es así i) porque este tipo de molestias no son propias de la enfermedad antes descrita, ii) porque el informe de medicina legal no establece que las mismas tengan como causa la “enfermedad crónica rebelde a tratamiento médico” (como ha señalado el *a quo*) sino a “complicaciones que se presentaron dentro de un acto médico adecuado”, iii) porque gran parte de las alteraciones urogenitales se presentaron con posterioridad a que al paciente se le extirpara el colon por lo que, siendo la colitis justamente una alteración de esta parte del intestino, no cabe atribuir las a la enfermedad inicial; iv) porque en la misma historia clínica se consigna que la fístula rectouretral y las subsiguientes molestias urológicas fueron complicaciones de la intervención quirúrgica realizada el 4 de noviembre de 1993.

3.4.2 Sobre el alcance y la validez del consentimiento emitido por el señor XXX XXX XXX.

Habiéndose establecido que el señor XXX XXX XXX efectivamente se vio afectado por complicaciones causadas por sucesivas intervenciones quirúrgicas, es menester examinar si la posibilidad de que ellas ocurrieran fue conocida por el mismo y si están contempladas en su consentimiento informado.

Se advierte que en los folios 40 del cuaderno 4, y 260 del cuaderno 5 obran sendas copias de un documento titulado “permiso para intervención quirúrgica, anestesia o procedimiento especial”. Se trata de un formato que debe ser contestado por el paciente y en el cual se lee el siguiente texto:

Por la presente autorizo al Doctor Espinosa y a los asistentes a su elección en la Clínica San Rafael, a realizar en mí o en (la) paciente (s) las (s)

siguiente (s) intervención
quirúrgica.....(sic).....

El Doctor(sic)..... me ha explicado la naturaleza y propósitos de la intervención quirúrgica o procedimiento especial también me ha informado de las ventajas, complicaciones, molestias y riesgos que puedan producirse, así como las posibles alternativas al tratamiento. Se me ha dado la oportunidad de hacer preguntas y todas mis preguntas han sido contestadas satisfactoriamente.

Entiendo que en el curso de la intervención quirúrgica o procedimiento especial pueden presentarse situaciones imprevistas que requieran procedimientos adicionales. Por lo tanto autorizo la realización de estos procedimientos si el médico arriba mencionado o los asistentes lo juzgan necesario.

Así mismo, autorizo al médico anesthesiólogo a administrar los anestésicos que se consideren necesarios. Reconozco que siempre hay riesgos para la vida y salud asociados con la anestesia y tales riesgos me han sido explicados por el anesthesiólogo.

Reconozco que no se me han garantizado los resultados que se esperan de la intervención quirúrgica o procedimiento especial.

Certifico que he leído y comprendo perfectamente lo anterior y que todos los espacios en blanco han sido complementados con mi firma y que me encuentro en capacidad de expresar mi libre albedrío

Posteriormente, aparecen dos recuadros en los que el médico y el anesthesiólogo declaran haber explicado al paciente los riesgos del procedimiento.

Ahora bien, ateniéndose a lo dicho por la jurisprudencia antes citada, parece inconcuso que este documento, referido a riesgos abstractos no puede tenerse como prueba del consentimiento informado sobre riesgos específicos ni de que el paciente tenga conocimiento claro y preciso de los mismos. Más bien, este tipo de formularios parecieran indicar que a los pacientes firman las autorizaciones como parte de un procedimiento rutinario.

Pero además de la insuficiencia probatoria propia del formato obrante en el expediente, llama la atención que en el *sublite* las autorizaciones no fueron cumplimentadas adecuadamente. Concretamente, en la autorización de la operación realizada el día 4 de noviembre de 1993 (en la que se produjo la fístula rectouretral) no aparece consignado el nombre de la operación ni figura la firma del cirujano o del anesthesiólogo, lo cual hace todavía menos claro que el paciente recibiera de éstos información precisa y suficiente para emitir una voluntad consciente y discernida.

Por todo lo anteriormente dicho, para la Sala es claro que el actor no asumió los riesgos derivados de los procedimientos a los que fue sometido, razón por la cual se declarará la responsabilidad del Instituto de Seguros Sociales.

4. Liquidación de perjuicios

4.1. Perjuicios Morales

A partir de la consideración de las pruebas obrantes en el expediente no cabe duda a la Sala de que el señor XXX XXX XXX ha sufrido una severa aflicción y dolor psíquico, que no tendría que soportar, dado que provienen de procedimientos quirúrgicos en los que no se consintió, hasta el punto de haber requerido tratamiento psiquiátrico.

Tampoco cabe duda de que dicha situación de aflicción emocional afectó directamente a su cónyuge y a sus hijos, dado que es propio de la naturaleza humana compadecerse de las demás personas, pero, sobre todo, de quienes forman el núcleo humano más cercano, como ocurre en el caso de los familiares.

Además, por los testimonios rendidos ante el *a quo* se conoce que la enfermedad del señor XXX XXX alteró su estado de ánimo y su relación con los demás hasta el punto de que una de las deponentes afirmó que éste se volvió "*una neura que no quería ver a nadie*", circunstancia que obviamente altera la paz familiar, generando con ello dolor al directamente afectado y a sus allegados.

Por lo anterior, dada la gravedad del daño moral, al señor XXX XXX se reconocerá una indemnización equivalente a 100 smlmv, mientras que a su esposa se reconocerán 50 y a sus hijos 35.

4.2 Daño a la salud

4.2.1 Daño a la salud del directamente afectado

Tampoco cabe duda que el señor XXX XXX vio severamente afectada su salud tras las operaciones, puesto que es patente que hoy en día presenta complicaciones de orden urinario, así como disfunción eréctil. Además de ello y tal vez en mayor medida, el paciente sufrió alteraciones psíquicas que incidieron directamente en un notorio detrimento de sus relaciones sociales y llegaron a poner en riesgo su vida.

La Sala advierte que la naturaleza de las lesiones sufridas por el señor XXX XXX tiene aptitud de alterar drásticamente la calidad de vida. Por un lado, pocas funciones son tan básicas en la vida como la urinaria o la excretora, por lo

cualquier alteración en el dominio sobre la propia micción es especialmente perturbadora. Los testigos han dado cuenta de cómo esta alteración ha generado señor XXX XXX problemas de orden higiénico que han llegado a afectar por completo su vida laboral. A lo anterior se suma el problema de la impotencia, el cual no solamente afecta en gran medida la autoestima masculina, sino que afecta de modo muy especial su vida conyugal.

Ahora bien, ha sido criterio de la Sala que el daño a la salud no solamente se mide atendiendo a la funcionalidad orgánica sino que para su tasación se ha de tener en cuenta la edad y las circunstancias personales del afectado y el grado de invalidez que lo aqueja (éste último no reductible a la incapacidad laboral). El último de los criterios mencionados ordinariamente es determinado por la Junta de Certificación de Invalidez del Ministerio de Protección Social, sin embargo, aunque en el sub-lite se ofició a ésta última para que realizara la correspondiente valoración médica, la misma no pudo ser realizada por no haberse cancelado el valor correspondiente a honorarios.

Teniendo en cuenta que no se cuenta este dato la indemnización se realizará sin tener en cuenta porcentajes u otro criterio cuantitativo sino únicamente las descripciones cualitativas obrantes en el expediente y las condiciones personales del paciente, de las que importan principalmente tres: la edad (36 años al inicio del tratamiento), su estado civil y su profesión. Así pues, dado que se trata de una lesión permanente, sumamente incapacitante, que la índole de las complicaciones urinarias es incompatible con la clase de trabajo que realizaba el afectado y que la afectación del sistema reproductor impide el ejercicio de la vida conyugal, se concluye que la indemnización que ha de reconocerse es la máxima que reconoce usualmente esta jurisdicción, esto es, 100 smlmv.

4.2.2 Repercusión del daño a la salud del directamente afectado en la vida sexual de su esposa

Ahora bien, dado que la impotencia padecida por el actor necesariamente repercute en su relación conyugal es posible igualmente predicar el daño a la salud de la señora XXX XXX XXX y reconocerle una indemnización que la sala valora en 35 smlmv.

4.2 Perjuicios materiales en modalidad de lucro cesante

De los testimonios obrantes en el proceso se tiene por cierto que el señor XXX XXX no pudo seguir trabajando debido a su condición médica, por lo que es procedente el reconocimiento del lucro cesante.

Para la tasación del mismo se presentan, sin embargo, dos problemas. En primer lugar, no existiendo certificación del grado de incapacidad sufrido por el señor XXX XXX, no es posible acudir a dicha cifra para la determinación del lucro cesante, como ordinariamente se hace. En segundo lugar, aunque existe certeza sobre el hecho de la cesación del trabajo no se sabe con exactitud la fecha en que ello ocurrió.

Respecto del primer problema se considera que la falta de la certificación antedicha no es óbice para que, con base en la información cualitativa consignada en los testimonios, se concluya que la incapacidad laboral que aqueja al señor XXX XXX no es parcial sino absoluta y, más aún, teniendo en cuenta que el antedicho se desempeñaba en un oficio que le exigía estar de pie durante largos períodos y en el que las exigencias sanitarias son altísimas. Por ello, el lucro cesante no se calculará sobre un porcentaje de los ingresos mensuales del señor XXX XXX sino sobre la totalidad de los mismos.

En lo atinente a la determinación del inicio de la cesantía la Sala asumirá que es la señalada por los demandantes como la fecha de la primera intervención quirúrgica que consideran defectuosa, es decir, el 27 de mayo de 1993.

Finalmente, no existiendo constancia sobre la cuantía de los ingresos mensuales del señor XXX XXX XXX se asumirá que estos equivalían a un salario mínimo.

Lucro cesante consolidado:

Teniendo en cuenta lo dicho hasta el momento, se procederá a calcular el lucro cesante consolidado, es decir, el causado desde la fecha de la incapacidad hasta la de la presente sentencia. Para el efecto, se ha de aplicar la fórmula de matemáticas financieras adoptada jurisprudencialmente, es decir:

$$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i (1 + i)^n}$$

En donde

S = Suma a obtener.

Ra = Renta actualizada, es decir, el salario mínimo (\$ 589.500) las prestaciones sociales correspondientes.

I = Tasa mensual de interés puro o legal, es decir, 0,004867.

N = Número de meses dejados de laborar desde el inicio de la incapacidad hasta el presente.

1 = Es una constante.

De la aplicación de esta fórmula al caso concreto se obtiene

$$S = \$736.875 \frac{(1 + 0.004867)^{240} - 1}{0.004867 (1 + 0.004867)^{240}} = \$334.102.543$$

3.3.2 Lucro cesante futuro.

Para el cálculo del lucro cesante futuro se aplicará la fórmula matemática, aceptada jurisprudencialmente, es decir:

$$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i(1 + i)^n}$$

Donde:

S = Es la indemnización a obtener.

Ra = Renta actualizada, es decir, el salario y las prestaciones sociales correspondientes por el porcentaje de incapacidad laboral

i= Interés puro o técnico: 0.004867

n= Número de meses que comprende el período indemnizable

Además, se tomará en cuenta que el señor XXX XXX XXX hoy en día tiene 58 años y, por ende, tiene una expectativa de vida de 24.6 años según la tabla de supervivencia contenida en la resolución 1555 de julio 10 de 2010 proferida por la Superintendencia Financiera.

Así las cosas,

$$S = \$736.835 \frac{(1 + 0.004867)^{295,2} - 1}{0.004867} = \$115.288.065$$

III. RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida el 11 de marzo de 2004 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Segundo.- DECLARAR probadas las excepciones de falta de legitimación en la causa e inexistencia del obligación propuestas por el Ministerio de Protección Social

Tercero-DECLARAR patrimonialmente responsable al Instituto de seguros sociales, I.S.S, por los perjuicios morales y materiales sufridos por los demandantes.

Cuarto- CONDENAR al I.S.S a pagar, por concepto de daños morales, al señor XXX XXX XXX la suma equivalente a cien (100) smlmv, a XXX XXX de XXX (50) smlmv ; y XXX, XXX XXX y XXX XXX XXX XXX (35) smlmv, para cada uno.

Quinto. CONDENAR al I.S.S a pagar al señor XXX XXX XXX, la suma correspondiente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por concepto de daño a la salud.

Sexto. CONDENAR al I.S.S a pagar a la señora XXX XXX XXX de XXX la suma equivalente a 35 smlmv por concepto de daño a la salud en su modalidad de daño conyugal.

Séptimo. CONDENAR al I.S.S a pagar al señor XXX XXX XXX la suma de cuatrocientos cuarenta y nueve millones trescientos noventa mil seiscientos ocho pesos \$449.390.608 por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante.

Octavo. El I.S.S dará cumplimiento a lo dispuesto en este fallo, dentro de los términos indicados en los artículos 176 y 177 del C.C.A..

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Presidente de la Subsección

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Magistrada

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Magistrado

