

FALLA DEL SERVICIO - Prestación del servicio médico. Prueba Indiciaria / ISS - Falla en la prestación del servicio médico / PRUEBA INDICIARIA - Falla en la prestación del servicio médico

Tratándose de la responsabilidad del Estado por la prestación del servicio de salud, la parte actora deberá acreditar los supuestos de hecho que estructuran los fundamentos de esa responsabilidad; es decir, la falla en la prestación del servicio, el daño, y la relación de causalidad entre estos dos elementos, para lo cual se puede echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indicaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño.

PRESTACION DEL SERVICIO MEDICO HOSPITALARIO - Principio de confianza legítima / FALLA DEL SERVICIO MEDICO HOSPITALARIO - Principio de confianza legítima / PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGITIMA - Prestación del servicio médico hospitalario / MEDICO - Diligencia y cuidado

En tratándose de la prestación del servicio público médico- hospitalario, el Estado asume una carga especialísima de protección, toda vez que las personas que se someten a la praxis médica, quirúrgica y/u hospitalaria, lo hacen con la finalidad de que un grupo de personas con un conocimiento profesional y técnico brinden soluciones efectivas a situaciones que se relacionan de manera directa o indirecta con el concepto de salud. En ese orden de ideas, el principio de confianza legítima en materia de la prestación del servicio médico - hospitalario se torna más exigente, como quiera que los parámetros científicos, profesionales y técnicos que rodean el ejercicio de la medicina se relacionan con el bien jurídico base y fundamento de los demás intereses jurídicos, esto es, la vida y, por conexidad, la salud. En esa panorámica, el daño ostenta la naturaleza de cierto, actual y determinado, motivo adicional para predicar el cumplimiento de los preceptos normativos contenidos en el artículo 90 de la Constitución Política, necesarios para sustentar el acaecimiento del mismo. La obligación de prestar asistencia médica es compleja, es una relación jurídica total, compuesta por una pluralidad de deberes de conducta (deber de ejecución, deber de diligencia en la ejecución, deber de información, deber de guardar secreto médico, etc). Ese conjunto de deberes que conforma una trama, un tejido, una urdimbre de la vida social responde a la idea de organización- más que de organismo- en punto a la susodicha relación jurídico total (...) Por tanto, aquel deber jurídico principal supone la presencia de otros deberes secundarios de conducta, como los de diagnóstico, información, recepción de la voluntad jurídica del enfermo- llamada comúnmente consentimiento del paciente-, prescripción, guarda del secreto profesional, satisfacción del plan de prestación en su integridad (actividad que supone no abandonar al enfermo y cuidar de él hasta darlo de alta). Por la compleja y dispendiosa naturaleza de su oficio, en el cual se involucra la vida y la salud de las personas, debe exigírselle al médico una especial prudencia y diligencia en su relación con el paciente. En todo caso, debe anotarse, que el comportamiento del médico y de la institución prestadora del servicio de salud, sólo pueden ser juzgados teniendo en cuenta las características especiales de quien lo ejerce, el estado de desarrollo del área profesional de la cual se trate, la complejidad del acto médico, la disponibilidad de elementos y las circunstancias específicas de cada enfermedad y de cada paciente en particular; de allí que no es dable exigir a ningún médico, como no se puede hacer con ningún otro miembro de la sociedad, el don de la infalibilidad, pues de lo contrario, todas las complicaciones posibles que surjan dentro del vínculo médico-paciente serían imputables a los profesionales de la salud, lo cual es absurdo. Lo que se juzga no

es en realidad un resultado inadecuado, sino si ese resultado es consecuencia de un acto negligente o descuidado que no se ciñó a las reglas o postulados de la profesión, teniendo en cuenta, claro está, las circunstancias específicas de cada caso en particular. En el caso de la señora, es claro que el médico ortopedista no obró con la debida diligencia y cuidados exigidos, pues debido a una equivocación imperdonable, ésta fue sometida a una intervención quirúrgica que no debió practicársele, lo cual le produjo un daño moral que no estaba en la obligación de soportar. Nota de Relatoría: Ver Sentencia de 4 de diciembre de 2007, expediente 17918

CULPA GRAVE - Médico. Error inexcusable. Intervención innecesaria / MEDICO - Responsabilidad personal. Culpa grave. Error inexcusable. Intervención innecesaria / RESPONSABILIDAD PERSONAL - Médico. Culpa grave / ERROR INEXCUSABLE - Intervención innecesaria. Rodilla / LLAMADO EN GARANTIA - Médico. Responsabilidad

Las mismas razones deben tenerse en cuenta para declarar la responsabilidad, a título de culpa grave, del médico llamado en garantía, pues éste cometió un error inexcusable. No hay duda que el citado galeno omitió revisar la historia clínica de la paciente, pues no existe otra manera de explicar el error cometido, razones suficientes éstas para tener por demostrada su responsabilidad, a título de culpa grave, por los hechos por los que fue vinculado al proceso en calidad de llamado en garantía.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de julio de dos mil ocho (2008)

Radicación número: 66001-23-15-000-1997-03632-01(16775)

Actor: MARIA ELENA PULGARIN MACHADO Y OTROS

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES-I.S.S.

Decide la Sala el recurso de apelación formulado por la demandante contra la sentencia de 7 de mayo de 1.999, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, en la cual se concluyó lo siguiente:

“Se niegan las súplicas de la demanda (folio 127, cuaderno 3).

I. ANTECEDENTES

Mediante demanda formulada el 4 de abril de 1.997, los actores, en ejercicio de la acción de reparación directa, solicitaron que se declarara responsable al Instituto de Seguros Sociales, I.S.S., por una falla en la prestación del servicio médico, debido a que la señora María Elena Pulgarín Machado fue intervenida quirúrgicamente en la rodilla izquierda, cuando la operación debió practicarse en la rodilla derecha (folios 19 a 32, cuaderno 3).

Por concepto de perjuicios morales, los actores pidieron una suma equivalente, en pesos, a 2.020 gramos de oro, para cada uno de ellos; por concepto de perjuicios fisiológicos, pidieron una suma equivalente, en pesos, a 4.000 gramos de oro, para la víctima directa del daño (folio 20, cuaderno 3).

En apoyo de sus pretensiones los demandantes señalaron que, en el mes de diciembre de 1.994, la señora Pulgarín Machado sufrió un accidente en el lugar de trabajo, que le produjo una lesión en la rodilla derecha, razón por la cual debió acudir al Instituto de Seguros Sociales, I.S.S., siendo atendida inicialmente por el doctor Mario León Ramírez, quien le practicó una infiltración para reducirle el dolor; sin embargo, como éste persistió, hubo necesidad de enyesarla desde el tobillo hasta la altura media del muslo, dictaminándosele una incapacidad de un mes.

El 18 de enero de 1.995 fue retirado el yeso de su pierna derecha, pero como no presentó ninguna mejoría, la paciente fue remitida a la Clínica Pío XII, para sesiones de terapia durante un mes, sin que su estado de salud mejorara. En consecuencia, se le recomendó que se practicara una artroscopia, pues ésta le garantizaba una recuperación total.

La señora Pulgarín fue intervenida quirúrgicamente en la Clínica de Fracturas al servicio del Instituto de Seguros Sociales, I.S.S. de Pereira, por el médico ortopedista Carlos Arturo Isaza Vallejo, el 15 de abril de 1.995, quien en vez de operarle la rodilla derecha, le operó la izquierda, la cual se encontraba en

buen estado. Cuando la paciente despertó de la cirugía, se percató que le habían operado la rodilla equivocada, procediendo a informar inmediatamente dicha circunstancia al médico cirujano, quien le ofreció disculpas por el error cometido, e inmediatamente procedió a operarle la otra rodilla.

Sostuvieron que la paciente sufre en la actualidad grandes dificultades para desplazarse, por el dolor que siente en las dos rodillas, lo cual implica que debe someterse a una nueva cirugía. Los hechos narrados constituyen una falla en la prestación del servicio, pues “como consecuencia de las dos operaciones en las rodillas el mismo día, y los sufrimientos al permanecer en una silla de ruedas, con las incomodidades que ello implica hasta para efectuar las mas simples necesidades fisiológicas, mi patrocinada nunca pudo volver a correr o caminar por largo rato, no pudo volver a subir escaleras, o bajarlas normalmente, pues las rodillas se hinchan fuertemente, de allí la determinación de volverla a operar, ya no una rodilla sino las dos”(folio 23, cuaderno 3).

2. Mediante auto de 24 de abril de 1.997, el Tribunal Administrativo de Risaralda admitió la demanda y ordenó la notificación a la entidad demandada y al Ministerio Público (folios 31, 32, cuaderno 3).

El apoderado del Instituto de Seguros Sociales, I.S.S., se opuso a las pretensiones formuladas en la demanda y solicitó la práctica de pruebas (folios 37 a 45, cuaderno 3).

Sostuvo que utilizó todos los medios disponibles que estaban a su alcance, para atender la lesión de la señora Pulgarín; además, según la historia clínica de la paciente, después del 17 de agosto de 1.995, ésta no solicitó atención médica alguna; sólo hasta el 6 de febrero de 1.997 acudió nuevamente al Instituto de Seguros Sociales, I.S.S., quejándose de un “cosquilleo” en las dos rodillas. De aceptarse el hecho de que a la señora Pulgarín se le hubiere intervenido la rodilla equivocada, lo cierto es que ello no derivó perjuicio alguno para la paciente, tal como se desprende de la historia clínica, pues los dolores de las rodillas la aquejan mucho antes de la cirugía.

En escrito separado, el Instituto de Seguros Sociales, I.S.S., llamó en garantía al doctor Carlos Arturo Isaza Vallejo, médico que intervino quirúrgicamente a la paciente, siendo admitido por el Tribunal mediante auto de 26

de septiembre de 1.997 (folios 54 a 56, 64, cuaderno 3).

3. Vencido el período probatorio y fracasada la audiencia de conciliación, el 18 de enero de 1.999 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto (folios 82, 97, cuaderno 3).

La parte actora deprecó del juez que se condenara a la entidad demandada a indemnizarle los perjuicios causados, pues la señora Pulgarín, a raíz de la intervención quirúrgica practicada en la rodilla equivocada, la cual se encontraba en buen estado antes de la operación, presenta muchos dolores y dificultad para movilizarse con normalidad (folios 98, 99, cuaderno 3).

El apoderado del Instituto de Seguros Sociales, I.S.S., solicitó que se negaran las pretensiones de la demanda, por estimar que no se encontraba acreditado el daño que habría sufrido la señora Pulgarín, pues sus quebrantos de salud "obedecen a un estado preexistente al momento de la intervención", de conformidad con la historia clínica de la paciente. Manifestó que la entidad demandada le brindó a la víctima directa del daño todas las atenciones posibles, requeridas para un cuadro clínico como el que ella presentaba, de allí que no pueda predicarse responsabilidad alguna de su parte. La simple equivocación del médico que intervino quirúrgicamente a la señora Pulgarín, no resulta suficiente para endilgarle responsabilidad alguna al ente demandado, pues no se acreditó ningún daño (folios 107 a 111, cuaderno 3).

Por su parte, el médico llamado en garantía pidió que se negaran las pretensiones de la demanda, con fundamento en que no se le causó daño alguno a la señora Pulgarín, pues los padecimientos que aquejan a la víctima datan de tiempo atrás, mucho antes de que fuera intervenida quirúrgicamente. Adicionalmente, sostuvo que la simple equivocación no es fuente de responsabilidad, si ésta no produjo daño alguno (folios 100 a 106 cuaderno 3).

El Ministerio público guardó silencio.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

Mediante sentencia de 7 de mayo de 1.999, el Tribunal Administrativo de Risaralda negó las pretensiones de la demanda, por estimar que la intervención quirúrgica que se le practicó a la paciente, en las dos rodillas, no le produjo daño alguno, pues la víctima padece una enfermedad crónica en sus dos miembros inferiores, no atribuible al acto quirúrgico.

Al respecto, señaló:

“De las cirugías que se le practicaron, y por las cuales se le endilga responsabilidad al Instituto de Seguros Sociales, son procedimientos sencillos que no dejan secuelas, ni derivan otro tipo de consecuencias permanentes. Por el contrario, en este caso concreto, según dictamen pericial, la demandante mencionada ha tenido mejoría. Si bien se le practicó cirugía adicional en su rodilla izquierda y ello configura una inexplicable equivocación del médico que demuestra la falta de cuidado, ponderación y ética del profesional, no es menos cierto que dicha cirugía no produjo ningún perjuicio cierto y real a la actora, tal como se desprende del dictamen médico legal y de las declaraciones que obran a folios 40 a 45 el cuaderno de pruebas.

“De la mano del material probatorio la Sala tiene el convencimiento que con ocasión de tales cirugías no se generó un daño; elemento que se requiere para que exista responsabilidad” (folio 126, cuaderno 3).

Recurso de apelación

Dentro del término legal, la parte actora formuló recurso de apelación contra la decisión anterior, con el fin de que se revocara la sentencia del Tribunal, por estimar que se encontraba acreditada la falla del servicio alegada en la demanda (folios 128 a 134, cuaderno 3).

A juicio del recurrente, se encuentra acreditada una falla del servicio imputable a la entidad demandada, habida consideración que la señora Pulgarín fue programada por el Instituto de Seguros Sociales, I.S.S., con el fin de practicarle una intervención quirúrgica en la rodilla derecha, la cual resultó afectada como consecuencia de un accidente en el lugar de trabajo, sin embargo, el médico que la intervino le operó la rodilla izquierda, la cual no tenía problema alguno, debiendo soportar un profundo dolor y muchas incomodidades que no

estaba en la obligación de soportar, sufriendo “una lesión que hasta la fecha no se ha podido superar y que por el contrario cada día deteriora más la salud de la persona que injustamente ha sufrido el daño” (folio 131, cuaderno 3).

Sostuvo que se pretende desconocer el daño causado, aduciendo una enfermedad crónica que nunca ha existido, pues las molestias en la rodilla izquierda empezó a sentir las luego de que se le practicara equivocadamente una intervención quirúrgica.

No hay duda, según dijo, que la sola circunstancia de que el médico ortopedista le hubiere practicado una cirugía en la rodilla equivocada, y que luego de haber advertido el error procediera a operarle la otra rodilla, constituye una falla del servicio imputable a la entidad demandada, pues la víctima debió soportar muchas dificultades e incomodidades en su recuperación; además, como consecuencia de ello sufre constantes y fuertes dolores que le impiden desplazarse con normalidad, razón por la cual la entidad demandada deberá resarcir los perjuicios causados a los actores.

III. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA:

Mediante auto de 31 de mayo de 1.999, el Tribunal Administrativo de Risaralda concedió el recurso de apelación formulado contra la sentencia anterior y, por auto de 23 de agosto siguiente, fue admitido por esta Corporación (folios 137, 141, cuaderno 3).

El 30 de septiembre de ese año, el Despacho corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto (folio 143, cuaderno 1).

Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio (folio 145, cuaderno 3).

IV. CONSIDERACIONES:

La actora pretende que se declare la responsabilidad del Instituto de Seguros Sociales, I.S.S., por una falla en la prestación del servicio médico, pues la señora Pulgarín Machado fue programada para una intervención quirúrgica en la rodilla derecha, la cual resultó afectada luego de que sufriera un accidente en el lugar del trabajo; sin embargo, debido a un error del médico ortopedista, la paciente fue intervenida en la rodilla izquierda, la cual se encontraba en buen estado, circunstancia que le produjo muchas dificultades e inconvenientes durante la etapa post operatoria, además de un intenso dolor que debe soportar en las rodillas, que le impiden caminar con normalidad.

El Instituto de Seguros Sociales, I.S.S., sostuvo que los daños que padece la víctima en las rodillas obedece a un estado preexistente a la intervención quirúrgica, y si bien el médico ortopedista le operó la rodilla equivocada, ello no le produjo daño alguno, tal como se evidencia de las pruebas obrantes en el proceso.

El Tribunal negó las pretensiones de la demanda, por estimar que la víctima padecía de una enfermedad crónica en las rodillas, no atribuible al acto quirúrgico, a más de que la operación que se le practicó en la rodilla equivocada no le produjo daño alguno.

El recurrente pidió que se revocara la sentencia del Tribunal, por estimar que, de conformidad con el material probatorio recaudado en el proceso, se encontraba acreditada la falla del servicio alegada por la actora, pues la víctima fue sometida a una intervención quirúrgica en la rodilla izquierda, cuando en realidad la que se encontraba afectada era la derecha.

Debe anotarse que, tratándose de la responsabilidad del Estado por la prestación del servicio de salud, la parte actora deberá acreditar los supuestos de hecho que estructuran los fundamentos de esa responsabilidad; es decir, la falla en la prestación del servicio, el daño, y la relación de causalidad entre estos dos elementos, para lo cual se puede echar mano de todos los medios probatorios

legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño.

Las anteriores consideraciones serán tenidas en cuenta para valorar los hechos de la demanda y el material probatorio recaudado en el proceso, a fin de establecer si está demostrada, en este caso, la responsabilidad de la entidad demandada.

EL CASO CONCRETO.

Según la demanda, la señora María Elena Pulgarín Machado, en el mes de diciembre de 1.994, sufrió un accidente en el lugar de trabajo, que le produjo una lesión en la rodilla derecha, siendo atendida inicialmente por el doctor Mario León Amaya, médico ortopedista del Instituto de Seguros Sociales, I.S.S., Seccional Pereira, quien le practicó una infiltración para reducirle el dolor, la cual no produjo efecto alguno en la paciente, pues éste persistía. En consecuencia, el citado galeno procedió a enyesarla desde el tobillo hasta la altura media del muslo, y le dictaminó una incapacidad de un mes.

Después de retirarle el yeso, fue remitida a la Clínica Pío XII, con el propósito de que se sometiera a sesiones de terapia durante un mes, pues el dolor aún persistía. Como quiera que no hubo ninguna mejoría, fue necesario intervenirla quirúrgicamente el 15 de abril de 1.995, en la Clínica de Fracturas al servicio del Instituto de Seguros Sociales, I.S.S., intervención que estuvo a cargo del doctor Carlos Arturo Isaza Vallejo, quien se equivocó de rodilla y le operó la izquierda, la cual no presentaba problema alguno. Al percatarse del error, el médico ortopedista ofreció disculpas a la paciente y procedió a operarle inmediatamente la rodilla derecha.

Según los demandantes: "como consecuencia de las dos operaciones en las rodillas el mismo día, y los sufrimientos al permanecer en una silla de ruedas,

con las incomodidades que ello implica hasta para efectuar las mas simples necesidades fisiológicas, mi patrocinada nunca pudo volver a correr o caminar por largo rato, no pudo volver a subir escaleras, o bajarlas normalmente, pues las rodillas se hinchan fuertemente, de allí la determinación de volverla a operar, ya no una rodilla sino las dos" (folio 23, cuaderno 3).

De conformidad con el material probatorio obrante en el plenario, se tiene que la señora Pulgarín Machado fue intervenida quirúrgicamente de las dos rodillas, el 15 de abril de 1.995, en la Clínica de Fracturas al servicio del Instituto de Seguro Sociales, I.S.S., por el médico ortopedista Carlos Arturo Isaza Vallejo, quien prestaba sus servicios al ente demandado, según contrato administrativo No 186 de 28 de octubre de 1.994 (folios 8, 18, cuaderno 2).

El dictamen pericial practicado en el proceso por el Instituto Nacional de Medicina Legal, Seccional Pereira, apoyado en la historia clínica de la señora Pulgarín Machado, señaló al respecto:

“1.1 EXÁMEN DE RODILLA IZQUIERDA: Se observan cicatrices puntiformes apenas visibles de artroscopia anterior. Rodillas simétricas, sin alteraciones externas. Arcos de movimiento activo y pasivo conservados. Chasquido leve de apertura en flexoextensión. Signo de menisco medial positivo. Marcha bipedestal de características normales.

“RESUMÉN DE HALLAZGOS DE HISTORIA CLÍNICA.

“FOLIO 122: Informe de artroscopia del 15-04/95 con diagnóstico clínico de lesión de menisco medial de rodilla derecha y diagnóstico artroscópico igual. Cuadro de aproximadamente 3 meses de evolución con inestabilidad, dolor, traquío y bloqueo de rodilla derecha. Al examen físico dignos de Mac (sic), Murria, Apley y Lachman positivos y estabilidad rotuliana normal. Con anestesia general se practicó artroscopia derecha e izquierda adicional.

“Se encontró ruptura-grieta medial del menisco derecho, erosión cóndilo femoral medial, osteoartritis incipiente y se practicó cirugía artroscópica del menisco derecho, y afeitado del izquierdo, sin descripción de hallazgos en la rodilla izquierda” (folio 49, cuaderno 2).

Tanto la entidad demandada, como el médico Carlos Arturo Isaza Vallejo, quien operó a la señora Pulgarín y fue llamado en garantía en este proceso, dan a entender que efectivamente hubo una equivocación, por haber intervenido

quirúrgicamente a la paciente de la rodilla izquierda, cuando en realidad la rodilla afectada era la derecha; sin embargo, a su juicio, ello no configuró daño alguno, pues dentro de los años siguientes a la cirugía, la paciente no presentó afección alguna; además, según dijeron, los dolores que ella padece en las dos rodillas la aquejan mucho antes de la citada intervención quirúrgica, tal como se desprende del dictamen pericial practicado por el Instituto Nacional de Medicina Legal, Seccional Pereira (folios 41, 101, cuaderno 3).

De acuerdo con la declaración de Victoria Eugenia Noreña Méndez, responsable de hacerle las sesiones de fisioterapia a la señora Pulgarín Machado luego de la intervención quirúrgica, la paciente fue programada por el Instituto de Seguros Sociales, I.S.S., para practicarle una cirugía en la rodilla derecha, debido a un accidente que sufrió en el lugar de trabajo, pero el médico ortopedista se equivocó y le operó la rodilla izquierda, la cual no presentaba ningún problema. Sostuvo al respecto:

“Yo lo que sabía era que ella estaba sufriendo de una rodilla, en ese entonces no sabía cuál rodilla, y que iba a ser operada. Posteriormente ella llegó a rehabilitación y allí es cuando nos damos cuenta que había sido operada en las dos rodillas. Nosotros estábamos esperándola para hacerle rehabilitación en su rodilla afectada, no recuerdo cuál era, y ahí nos dimos cuenta que eran las dos rodillas. Luego yo asumí el tratamiento de fisioterapia en ambas rodillas porque fue intervenida en ambas rodillas porque requería el tratamiento dadas las condiciones del momento (...) Posteriormente, cuando llega a rehabilitación es cuando nos enteramos que tenía intervenidas ambas rodillas y le preguntamos a María Elena que había pasado y ahí es cuando nos comenta que estaba preparada para su cirugía, pero a raíz de que el médico se había equivocado de rodilla le habían tenido que operar también la otra” (folio 40, cuaderno 2).

El médico Uriel Alberto Marulanda Echeverri, quien se desempeñaba como gerente de la I.P.S., Clínica Pío XII del Seguro Social, para la época en que fue intervenida quirúrgicamente la señora Pulgarín, manifestó que debido a un error, a la paciente se le practicó una cirugía en la rodilla izquierda, cuando en realidad la intervención debió hacerse en la rodilla derecha, pues esta era la afectada (folio 42, cuaderno 2).

El material probatorio hasta aquí revelado, da cuenta del error que cometió el médico ortopedista que operó a la señora Pulgarín Machado, pues aquella fue sometida a una intervención quirúrgica innecesaria, lo cual le produjo varios

inconvenientes.

Según la declaración de la afectada, con anterioridad al accidente ocurrido en el mes de diciembre del año 1.994, ella nunca había sufrido dolor en las rodillas. Las molestias que ahora la aquejan se originaron a raíz de la intervención quirúrgica que le fue practicada por el Instituto de Seguros Sociales, el 15 de abril de 1.995, pues el dolor que siente en las rodillas le impide desplazarse con normalidad. Manifestó que en otras oportunidades acudió al Seguro Social, pero ello se debió a molestias que nada tienen que ver con los dolores que ahora padece en las rodillas (folios 31, 32, cuaderno 2).

A pesar de las afirmaciones hechas por los actores, en el sentido de que los dolores que padece la señora Pulgarín Machado en las dos rodillas, son consecuencia de la intervención quirúrgica que le fuera practicada por el médico ortopedista Carlos Arturo Isaza Vallejo, el dictamen pericial del Instituto Nacional de Medicina Legal, Seccional Pereira, sostiene lo contrario:

“A la paciente le fue practicada artroscopia de ambas rodillas, realizando artroscopia de rodilla izquierda adicional. En el informe artroscópico no se describen los hallazgos de la rodilla izquierda y se practicó afeitado del mismo izquierdo (sic). Este procedimiento es muy sencillo desde el punto de vista de la cirugía artroscópica con un trauma quirúrgico mismo (sic) que no suele dejar ninguna secuela.

“Esta cirugía le fue practicada el 15-04/95 y la paciente sólo consulta nuevamente el 6-02/97 refiriendo dolor en ambas rodillas, encontrándose hallazgos positivos al examen físico solo en la derecha.

“Al examen radiológico practicado a la paciente el 14-03/98 se detectó una hiperpresión patelar lateral bilateral y artrosis secundaria. Esto confirma que la paciente padece de una enfermedad crónica de la rodilla izquierda, íntimamente relacionada con la padecida en la rodilla derecha y para nada relacionada con la ortroscopia practicada en la misma. En conclusión, no se puede atribuir la sintomatología referida por la paciente al acto quirúrgico (se subraya).

(...)

“El estado de salud de la paciente sigue el curso esperado dentro de la historia natural de su patología de base, que es una osteoartrosis crónica de rodillas. Sin embargo, considero que por el contrario ha mejorado, pues como refiere el ortopedista tratante en evolución de 1 12-11/97. 9 ½ posteriores (sic) a la cirugía está asintomática con movilidad completa sin dolor a la compresión patelo-femoral. Alta ortopedia. Esto indica que la paciente si ha mejorado de su cuadro inicial.

“En conclusión la paciente si ha mejorado de sus dolencias y el trauma inicial de rodilla derecha no le derivó ninguna consecuencia posterior.

“Como ya se mencionó la paciente padece una osteosíntesis de ambas rodillas y posiblemente de otras articulaciones puede inferirse a través de la historia clínica (ver folio 124). Esta enfermedad se caracteriza clínicamente por dolor, deformidad de los movimientos, y patológicamente por lesiones focales erosivas, destrucción del cartílago, esclerosis subcundral, formación de quistes y grandes osteofitos en los márgenes de las articulaciones.

“En cuanto a su etiología “Es producto de múltiples causas y por lo tanto la búsqueda de una etiología única para este proceso probablemente es inútil”. La disfunción puede comenzar en cualquiera de las estructuras alrededor de la articulación. Sin embargo, cuando se detecta la enfermedad por sus síntomas o por el examen clínico, la mayoría de las estructuras articulares ya están comprometidas. Por tal motivo, usualmente es bien difícil determinar el origen de la osteoartrosis en un caso específico y esto es especialmente cierto en los casos avanzados de la enfermedad”

(...)

“Existen múltiples factores que pueden disponer al desarrollo o empeoramiento de la enfermedad como son:

“A. Mecánicos: Aquellas alteraciones que ocasionan una alteración anormal de esfuerzos en una articulación.
“B. Hormonales.
“C. Edad.
“D. Obesidad
“E. Herencia” (folio 52, cuaderno 2).

Puede concluirse del citado dictamen pericial, que la paciente sufre una enfermedad crónica en la rodilla izquierda, íntimamente relacionada con la padecida en la rodilla derecha, denominada osteosíntesis, caracterizada por dolor, deformidad y limitación en los movimientos, cuyo origen está ligado a múltiples causas, afectando en gran medida las rodillas y, probablemente, otras articulaciones del cuerpo. Según el dictamen, existen varios factores que pueden contribuir al desarrollo o empeoramiento de la enfermedad, como por ejemplo, los hormonales, la edad, la obesidad, o factores de tipo hereditario; sin embargo, el cuadro clínico inicial que presentó la paciente ha evolucionado satisfactoriamente, pues el trauma en la rodilla derecha no derivó ninguna consecuencia posterior. A pesar de ello, concluye el experticio técnico que la sintomatología que presenta la señora Pulgarín no puede atribuirse al acto quirúrgico.

Por su parte, el médico ortopedista Rafael Antonio Amaya Rodríguez, quien

con posterioridad a la cirugía atendió a la señora Pulgarín Machado, manifestó que la sintomatología que presenta la citada señora en las dos rodillas no guarda relación alguna con la intervención quirúrgica a la cual fue sometida. Sobre este aspecto puntualizó: "No considero que esta sintomatología sea secundaria al procedimiento quirúrgico, pienso que en el caso de esta paciente es básicamente un proceso evolutivo de su enfermedad original, la cual requirió posteriormente más tratamiento" (folio 44, cuaderno 2.

A pesar de que la sintomatología que presenta la señora Pulgarín Machado en sus dos rodillas, no guarda relación alguna con la cirugía que le practicó el Instituto de Seguros Sociales, I.S.S., el 15 de abril de 1.995, tal como se evidencia del dictamen pericial y de la declaración del médico ortopedista Rafael Antonio Amaya Rodríguez, y que la enfermedad de la paciente ha evolucionado satisfactoriamente, lo cierto es que ella fue sometida innecesariamente a una intervención quirúrgica, pues la rodilla afectada, y por la cual el Instituto de Seguros Sociales le programó una cirugía, era la derecha, no la izquierda.

Y si bien ello no le dejó ninguna lesión o secuela, como acaba de anotarse, pues la sintomatología que presenta la paciente en las rodillas no está relacionada con la intervención quirúrgica aludida, no hay duda que el proceso post operatorio fue mucho más complejo y traumático para ella y su familia, pues la paciente tenía la expectativa de salir caminado en muletas, pero debió salir en silla de ruedas, además debió someterse a sesiones adicionales de fisioterapia, y lo que es peor aún, se vio compelida a depender totalmente de las demás personas para satisfacer sus mínimas necesidades, tal como lo afirmó José Omar López Lince, esposo de la señora Pulgarín:

"Nosotros somos una pareja y formamos un hogar como pocos tienen en nuestro medio social. La relación de pareja no se afectó, pero fue traumático el hecho de que a María Elena le hubieran operado y con esa operación le hubieran lesionado una pierna que llevaba sana. El sólo hecho de que el médico me entregara a María Elena, después de una larga espera desde las ocho de la mañana hasta las tres de la tarde y la recibiera yo en silla de ruedas cuando teníamos las muletas listas porque al menos ella se iba a poder desplazar por sus propios medios, fue un choque violento para quienes sentimos amor por nuestra pareja y de ahí en adelante fue el trauma permanente no sólo en mi trabajo sino en el hogar porque la teníamos que cargar para llevarla al baño y para que hiciera sus necesidades, el apartamento donde vivimos es pequeño y no podíamos tener silla de ruedas, fueron

aproximadamente cuatro meses de convalecencia" (se subraya) (folio 34, cuaderno 2).

Resulta insólita e injustificada desde todo punto de vista, por no decir menos, la equivocación en la cual incurrió el médico ortopedista Carlos Aturo Isaza Vallejo, quien al parecer intervino quirúrgicamente a la señora Pulgarín Machado, sin ni siquiera detenerse a revisar previamente la historia clínica de la paciente, pues si lo hubiera hecho, habría advertido que ella presentaba un cuadro clínico en la rodilla derecha, no en la izquierda. Al respecto, resulta pertinente traer a colación la declaración de Fanny Giraldo Vásquez, quien para la época de los hechos laboraba en el área administrativa y financiera de la Clínica de Fracturas:

"Cuando a ella la operaron yo la llamé a la casa para preguntarle como le había ido y María Elena me contestó que si iba a necesitar la silla de ruedas porque antes de la cirugía yo le había ofrecido que en caso de que necesitara algo me lo hiciera saber para conseguirle la silla en préstamo o muletas, lo que necesitara, ella me había contestado que ella iba a salir caminando de la cirugía porque era una cirugía corta y ella creía que iba a salir caminando de la cirugía, que no iba a necesitar nada de eso. Yo le pregunté por qué ella iba a necesitar la silla de ruedas, entonces ella me contestó que era porque le habían operado las dos rodillas, entonces yo le pregunté si era que le habían encontrado algo en la otra rodilla y ella me dijo que cuando había despertado de la cirugía le comentó al doctor, creo que fue al doctor Isaza, aclaro que la cirugía se la practicó en la clínica de fracturas y no en la pío XII, que por qué le estaba doliendo tanto la rodilla y él le contestó que era normal porque acababa de salir de una cirugía, ella le dijo, pero doctor es que me está doliendo la otra rodilla, entonces, me parece, que el doctor pidió la historia clínica y se dieron cuenta que le habían operado la rodilla que no era, entonces la volvieron a meter a la sala y le operaron la rodilla enferma, por eso ella necesitó la silla de ruedas" (folio 37, cuaderno 2).

Para la Sala se encuentra acreditado, sin lugar a duda, el daño que se le causó a la señora Pulgarín Machado, como consecuencia de una cirugía que no debió practicársele, pues, como se vio, dicha circunstancia le representó un sinnúmero de dificultades e incomodidades, las cuales no tenía por qué soportar.

En tratándose de la prestación del servicio público médico- hospitalario, el Estado asume una carga especialísima de protección, toda vez que las personas que se someten a la praxis médica, quirúrgica y/u hospitalaria, lo hacen con la finalidad de que un grupo de personas con un conocimiento profesional y técnico brinden soluciones efectivas a situaciones que se relacionan de manera directa o indirecta con el concepto de salud. En ese orden de ideas, el principio de

confianza legítima en materia de la prestación del servicio médico - hospitalario se torna más exigente, como quiera que los parámetros científicos, profesionales y técnicos que rodean el ejercicio de la medicina se relacionan con el bien jurídico base y fundamento de los demás intereses jurídicos, esto es, la vida y, por conexidad, la salud. En esa panorámica, el daño ostenta la naturaleza de cierto, actual y determinado, motivo adicional para predicar el cumplimiento de los preceptos normativos contenidos en el artículo 90 de la Constitución Política, necesarios para sustentar el acaecimiento del mismo¹.

La obligación de prestar asistencia médica es compleja, es una relación jurídica total, compuesta por una pluralidad de deberes de conducta (deber de ejecución, deber de diligencia en la ejecución, deber de información, deber de guardar secreto médico, etc). Ese conjunto de deberes que conforma una trama, un tejido, una urdimbre de la vida social responde a la idea de organización- más que de organismo- en punto a la susodicha relación jurídico total (...) Por tanto, aquel deber jurídico principal supone la presencia de otros deberes secundarios de conducta, como los de diagnóstico, información, recepción de la voluntad jurídica del enfermo- llamada comúnmente consentimiento del paciente-, prescripción, guarda del secreto profesional, satisfacción del plan de prestación en su integridad (actividad que supone no abandonar al enfermo y cuidar de él hasta darlo de alta)².

Por la compleja y dispendiosa naturaleza de su oficio, en el cual se involucra la vida y la salud de las personas, debe exigírsele al médico una especial prudencia y diligencia en su relación con el paciente. En todo caso, debe anotarse, que el comportamiento del médico y de la institución prestadora del servicio de salud, sólo pueden ser juzgados teniendo en cuenta las características especiales de quien lo ejerce, el estado de desarrollo del área profesional de la cual se trate, la complejidad del acto médico, la disponibilidad de elementos y las circunstancias específicas de cada enfermedad y de cada paciente en particular; de allí que no es dable exigir a ningún médico, como no se puede hacer con ningún otro miembro de la sociedad, el don de la infalibilidad, pues de lo contrario, todas las complicaciones posibles que surjan dentro del vínculo médico-paciente serían imputables a los profesionales de la salud, lo cual es absurdo. Lo que se juzga no es en realidad un resultado inadecuado, sino si ese resultado es

¹ Sentencia de 4 de diciembre de 2007, expediente 17.918

² BUERES ALBERTO, *Responsabilidad civil de los médicos*, vol I, Buenos Aires, págs. 89, 90

consecuencia de un acto negligente o descuidado que no se ciñó a las reglas o postulados de la profesión, teniendo en cuenta, claro está, las circunstancias específicas de cada caso en particular.

En el caso de la señora María Elena Pulgarín Machado, es claro que el médico ortopedista Carlos Arturo Isaza Vallejo no obró con la debida diligencia y cuidados exigidos, pues debido a una equivocación imperdonable, ésta fue sometida a una intervención quirúrgica que no debió practicársele, lo cual le produjo un daño moral que no estaba en la obligación de soportar.

Las anteriores razones resultan suficientes para declarar la responsabilidad de la entidad demandada, pues se encuentra acreditada una falla en la prestación del servicio, la cual le es imputable.

Las mismas razones deben tenerse en cuenta para declarar la responsabilidad, a título de culpa grave, del médico llamado en garantía, pues éste cometió un error inexcusable. A propósito, el tratadista Ricardo Luis Lorenzetti³ señala: "Hay errores graves, como el que extirpa el riñón derecho en lugar del izquierdo, caso fallado por el Tribunal Supremo español en sentencia de 24 de noviembre de 1984, que son inexcusables".

En efecto, en el mes de diciembre de 1.994 la paciente sufrió un accidente en el lugar de trabajo, que le afectó la rodilla derecha. Como consecuencia de ello, acudió al Instituto de Seguros Sociales, I.S.S., lugar en el cual fue atendida inicialmente por el médico ortopedista Mario León Amaya, quien le realizó una infiltración para disminuir el dolor, y como ésta no produjo ningún efecto, procedió a enyesarla, dictaminándosele una incapacidad de un mes, luego fue sometida a sesiones de fisioterapia; sin embargo, como quiera que el tratamiento que se le dispensó no arrojó ningún resultado satisfactorio, la paciente fue programada para el 15 de abril de 1.995, con el propósito de practicarle una intervención quirúrgica en la rodilla derecha. Todo esto se encontraba consignado en la historia clínica; es decir, si el doctor Isaza Vallejo hubiera revisado previamente la historia clínica de la paciente, habría advertido que la rodilla lesionada era la derecha y, por ende, que era ésta la que necesitaba una intervención quirúrgica, no la izquierda. No hay duda que el citado galeno omitió revisar la historia clínica de la paciente, pues no existe otra manera de explicar el error cometido, razones suficientes éstas para

³ LORENZETTI, RICARDO LUIS, *Responsabilidad Civil de los Médicos*, Tomo II, Rubinzel-Culzoni Editores, Buenos Aires, pag. 293.

tener por demostrada su responsabilidad, a título de culpa grave, por los hechos por los que fue vinculado al proceso en calidad de llamado en garantía.

INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS:

Perjuicios morales:

Por los hechos imputados al Instituto de Seguros Sociales, I.S.S., concurrieron al proceso, además de la víctima directa, Omar López Lince, esposo, Juan David López Pulgarín y Alba Lorena Tapasco Pulgarín, hijos, quienes pidieron, por concepto de perjuicios morales, una suma equivalente, en pesos, a 2.020 gramos de oro, para cada uno de ellos (folio 20, cuaderno 3).

Se encuentra acreditado que, del matrimonio de José Omar López Lince y María Elena Pulgarín Machado, es hijo Juan David López Pulgarín, según los registros civiles de matrimonio y nacimiento provenientes de la Notaría 5^a y 4^a de Pereira, respectivamente (folios 7, 8, cuaderno 3). De igual forma, está acreditado que Alba Lorena Tabasco Pulgarín es hija extramatrimonial de la víctima directa del daño.

De acuerdo con las versiones de las personas que declararon en el proceso, se encuentra acreditado que la señora Pulgarín Machado, así como los miembros de su familia, vivieron momentos de angustia e incertidumbre como consecuencia de la intervención quirúrgica a la que fue sometida, en especial durante la etapa post operatoria, puesto que la víctima no podía valerse por sí misma (folios 31 a 36, 41, cuaderno 3).

Acreditadas las relaciones de parentesco entre la víctima y los demandantes, así como las dificultades que éstos debieron padecer, por la intervención quirúrgica innecesaria a la cual fue sometida, de acuerdo con las versiones de las personas que declararon en el proceso, no hay duda que se encuentra demostrado el daño moral reclamado por los demandantes.

Respecto de la cuantía de la indemnización de este perjuicio inmaterial, debe recordarse que, de conformidad con lo expresado en sentencia del seis de septiembre de 2001, esta Sala ha abandonado el criterio según el cual se estimaba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980, para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicios morales; se ha considerado, en efecto, que la valoración de dicho perjuicio debe ser hecha por el juzgador, en cada caso, según su prudente juicio y se ha sugerido la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado de intensidad⁴.

Teniendo en cuenta los distintos elementos de juicio acreditados en el proceso, así como los parámetros atrás señalados, una tasación justa y acorde con la magnitud del daño moral sufrido por los demandantes, será la suma de 30 salarios mínimos legales mensuales vigentes, para la víctima directa del daño, y la suma de 15 salarios mínimos legales mensuales vigentes, para su esposo y cada uno de sus dos hijos.

Los actores también pidieron que se condenara a la demandada a pagar a la señora Pulgarín Machado, por concepto de perjuicios fisiológicos, una suma equivalente, en pesos, a 4.000 gramos de oro, pretensión que será denegada por no encontrarse acreditada (folio 20, cuaderno 3).

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

FALLA:

1. REVÓCASE la sentencia de 7 de mayo de 1.999, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda; en su lugar,

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente 13.232-15.646, actor: Belén González y otros – William Alberto González y otra.

2. DECLÁRASE responsable al Instituto de Seguros Sociales, I.S.S., por los hechos del 15 de abril de 1.995.

3. CONDÉNASE al Instituto de Seguros Sociales, I.S.S., a pagar, por concepto de perjuicios morales, la suma de 30 salarios mínimos legales mensuales vigentes, para María Elena Pulgarín Machado, y la suma de 15 salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada una de las siguientes personas: José Omar López Lince, Juan David López Pulgarín y Alba Lorena Tabasco Pulgarín.

4. CONDÉNASE al llamado en garantía Carlos Arturo Isaza Vallejo, a rembolsar las sumas de dinero que, como consecuencia de esta sentencia, el Instituto de Seguros Sociales, I.S.S, deba pagar a los demandantes.

Dése cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, para lo cual se expedirá copia de la sentencia de segunda instancia, conforme con lo dispuesto en el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil. Para tal efecto, el Tribunal Administrativo de Risaralda cumplirá los dictados del artículo 362 del C.P.C.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y PUBLÍQUESE

MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR
Presidenta de la Sala

RUTH STELLA CORREA PALACIO

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

SALVAMENTO DE VOTO DEL DR. RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

LLAMADO EN GARANTIA - Cuantificación de la condena. Grado de participación / ACCION DE REPETICION - Cuantificación de la condena. Grado de participación

Considero que el agente del Estado llamado en garantía no debe responder por el 100% de la condena impuesta a la entidad pública, en consideración a que ésta última siempre debe asumir un porcentaje por la responsabilidad que le asiste. En efecto, la Administración Pública constituye un conjunto de órganos y funciones que tiene por objeto la consecución de los fines estatales y que actúa a través de sus funcionarios. Por lo tanto, a pesar de que pueda resultar condenada por la culpa grave o dolo de alguno de sus agentes, una parte de la responsabilidad patrimonial recae sobre la Administración, dado que la actuación cualificada de su funcionario se produce precisamente en desarrollo de la finalidad estatal y con su participación como ejecutor de la actividad administrativa. Las entidades públicas son una institución administrativa que actúa mediante un cuerpo de sujetos, diferenciándose la organización institucional como tal y los funcionarios que la constituyen. Lo determinante de la Administración es la característica de la función pública que desempeña, independientemente de la condición del agente que la tenga atribuida, pues de acuerdo con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 123 de la Constitución Política, "los servidores públicos están al servicio del Estado..". Cabe precisar finalmente que los artículos 14 y 22 de la Ley 678 de 2001, que reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través de la acción de repetición y del llamamiento en garantía, preceptúan que la cuantificación de la condena se efectuará dependiendo del grado de participación del agente en la producción del daño. Con fundamento en las anteriores disposiciones, atendiendo la función pública que caracteriza a la Administración para el cumplimiento de los fines estatales y, en consideración a que actúa a través de varias personas que desempeñan tales funciones, el Estado siempre tendrá un grado de participación en la producción del daño, independientemente de aquél que corresponda al agente cuya conducta gravemente culposa o dolosa generó la condena impuesta a la entidad pública.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de julio de dos mil ocho (2008)

Radicación número: 66001-23-15-000-1997-03632-01(16775)

Actor: MARIA ELENA PULGARIN MACHADO Y OTROS

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES- I.S.S.

Aunque comarto la decisión adoptada por la Sala en el asunto de la referencia, con el acostumbrado respeto, considero necesario aclarar la motivación que se centra en la responsabilidad personal del médico llamado en garantía.

En la providencia objeto de esta aclaración, se condenó al llamado en garantía a reembolsar el 100% de la suma de dinero a la que se condenó al ISS a pagar a favor de los demandantes, porcentaje que no comarto.

Considero que el agente del Estado llamado en garantía no debe responder por el 100% de la condena impuesta a la entidad pública, en consideración a que ésta última siempre debe asumir un porcentaje por la responsabilidad que le asiste.

En efecto, la Administración Pública constituye un conjunto de órganos y funciones que tiene por objeto la consecución de los fines estatales y que actúa a través de sus funcionarios. Por lo tanto, a pesar de que pueda resultar condenada por la culpa grave o dolo de alguno de sus agentes, una parte de la responsabilidad patrimonial recae sobre la Administración, dado que la actuación cualificada de su funcionario se produce precisamente en desarrollo de la finalidad estatal y con su participación como ejecutor de la actividad administrativa.

Las entidades públicas son una institución administrativa que actúa mediante un cuerpo de sujetos, diferenciándose la organización institucional como tal y los funcionarios que la constituyen. Lo determinante de la Administración es la característica de la función pública que desempeña, independientemente de la condición del agente que la tenga atribuida, pues de acuerdo con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 123 de la Constitución Política, “los servidores públicos están al servicio del Estado ...”.

Cabe precisar finalmente que los artículos 14 y 22 de la Ley 678 de 2001, que reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través de la acción de repetición y del llamamiento en garantía, preceptúan que la cuantificación de la condena se efectuará dependiendo del grado de participación del agente en la producción del daño.

Con fundamento en las anteriores disposiciones, atendiendo la función pública que caracteriza a la Administración para el cumplimiento de los fines estatales y, en consideración a que actúa a través de varias personas que desempeñan tales funciones, el Estado siempre tendrá un grado de participación en la producción del daño, independientemente de aquél que corresponda al agente cuya conducta gravemente culposa o dolosa generó la condena impuesta a la entidad pública.

Lo anteriormente expuesto explica mi discrepancia con la motivación de la decisión adoptada en la providencia de la referencia, en el sentido en que lo he expresado.

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

Consejero de Estado