

## PRESTACION DEL SERVICIO MEDICO - Derecho / DERECHO A LA PRESTACION DEL SERVICIO DE SALUD - Dimensión programática / MEDICO - Obligación / ACTO MEDICO - Naturaleza

En relación con la prestación del servicio médico en reciente oportunidad la Sala recordó que la Corte Constitucional ha dicho que a la luz del artículo 49 de la Constitución Política, el Estado tiene la obligación de garantizar a todas las personas “el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”; y en consecuencia, todos los ciudadanos están facultados para exigir del Estado el cumplimiento efectivo de dicha obligación. Ese derecho a la prestación del servicio de atención en salud ostenta una dimensión programática: su plena garantía constituye, más que una realidad actual, un objetivo político y un compromiso derivado de la estructura del Estado Social de Derecho. Es un propósito del Estado por el cual éste busca totalizar la efectiva atención de los usuarios, de acuerdo con las posibilidades técnicas, económicas, geográficas e históricas de la realidad nacional. El servicio médico debe prestarse diligentemente, con el concurso de todos los medios humanos, técnicos, farmacéuticos, científicos, etc., entre otras razones, porque la dignidad de la persona humana exige que al paciente se le preste la condigna atención. Por ello el médico tiene la obligación legal, moral y social de atender a toda persona que se encuentre enferma. La enfermedad misma coloca al paciente en una situación tal de dependencia y sumisión, que no le deja elegir ni exigir, y simplemente debe confiar en las decisiones que respecto de él tomen los médicos y las instituciones encargadas de su atención médica. El acto médico es complejo, comienza con el diagnóstico y la extensión en su cubrimiento corresponde a la situación del paciente según su estado de salud y requerimientos de la misma. Nota de Relatoría: Ver Nr: Sentencia de 1 de diciembre de 2008, exp. 15894; Sentencia T-027 de enero 25 de 1999, M.P.: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa; Sentencia de 31 de octubre de 2001, exp. N° 13008.

## HISTORIA CLINICA - Naturaleza

Según el artículo 34 de la ley 23 de 1981, mediante la cual se dictaron normas en materia de ética médica, dispone que “La historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un documento privado sometido a reserva que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la Ley”. Además, en el artículo 33 señala que “Las prescripciones médicas se harán por escrito, de conformidad con las normas vigentes sobre la materia”. Pero ese documento privado del médico (historia clínica), no fue aportado, ni tampoco le fue remitido por el mismo a la Caja Nacional de Previsión para que se hiciera la correspondiente transcripción en la historia clínica oficial o figurara como un documento anexo y explicativo de la misma. Se quedó en la sola referencia del médico.

## CONSENTIMIENTO INFORMADO - Noción / CONSENTIMIENTO INFORMADO - Naturaleza / PACIENTE - Derecho a la información / CONSENTIMIENTO INFORMADO - Prueba

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha reiterado que el consentimiento debe ser ilustrado, idóneo y concreto, previo, y que debe probarse. 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 rehúsa 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. Nota de Relatoría: Ver sentencia del 24 de enero de 2002, exp. 12.706, Actor: Luis Alfredo Sánchez

#### FALLA DEL SERVICIO MEDICO - Consentimiento informado / CONSENTIMIENTO INFORMADO - Falla del servicio médico

El señor BERMUDEZ BAUTISTA, el 4 de septiembre de 1991 fue sometido a cirugía en su ojo izquierdo, para removerle cataratas del mismo, y en ninguna parte de la historia clínica aparece que se le hubiese informado en forma clara, precisa y detallada los riesgos de esa intervención, ni la autorización del paciente o de algún familiar suyo para ese procedimiento. Según la ley 23 de 1981, en las entidades del Sistema Nacional de Salud la Historia Clínica estará ceñida a los modelos implantados por el Ministerio de Salud (artículo 35), formato que tampoco aparece anexo al expediente. Mucho menos aparece en la historia la información de los riesgos posteriores a la intervención y, como quedó explicado, tampoco se le informó sobre los cuidados mínimos que debía seguir para lograr su mejoría o, al menos, no hay prueba de nada de ello. Como lo expresó el Consejo de Estado en la sentencia que se citó, 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. Así las cosas, resulta demostrado que el daño por el cual reclaman los demandantes, debe serle imputado a CAJANAL, teniendo en cuenta que luego de la cirugía, la única referencia existente en la historia clínica se limitó a habersele dado salida al día siguiente de la intervención. Pero en dicho documento no aparece que se le hubiesen dado órdenes expresas sobre el cuidado que debía mantener en el post-operatorio, o sobre controles inmediatos en el post-operatorio. Tampoco existen anotaciones sobre la consulta que hizo el paciente, por su iniciativa, días después de la cirugía, cuando presentó molestias en el ojo intervenido, ni de los resultados de esas consultas; sólo al cuarto día de haber egresado de la clínica se le certificó infección, que por no habersele detectado ni tratado oportunamente obligó a la extracción del ojo izquierdo del señor Bermúdez. En este orden de ideas, habrá de CONDENARSE a la demandada por falla en la prestación del servicio médico.

#### INCAPACIDAD LABORAL - Invalidez / INVALIDEZ - Capacidad laboral del 60 por ciento

Aunque la merma definitiva de la capacidad laboral de Bermúdez Bautista se certificó en un 60%, dicho porcentaje permite inferir que la persona afectada está totalmente inválida. La Sala, aplicando el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, ha venido reconociendo a las víctimas con una incapacidad igual o superior al 50%, el 100% de la merma, por considerar que la persona no

queda apta para el desempeño laboral. Nota de Relatoría: Ver sobre INVALIDEZ AUN CON MENOS DEL 50% DE INCAPACIDAD LABORAL: sentencia de 30 de agosto de 2007, exp. 15724, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra

#### ALTERACION DE LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA - Noción

Aunque en la demanda se calificó este daño como perjuicio fisiológico, la Sala ha adoptado el concepto de alteración de las condiciones de existencia, que comprende no solamente la pérdida de la posibilidad de realizar otras actividades vitales, que aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia, sino que corresponde a una concepción mucho más comprensiva del daño que se indemniza, por lo cual se han abandonado otras expresiones con las que se refería a este tipo de perjuicio. Por ese concepto se solicitó a favor de la víctima directa, por considerar que la gravedad de la lesión le imposibilita la realización de ciertas actividades que le hacían más agradable su existencia y modifica de manera general su relación con el mundo exterior. Es incuestionable que a dicho demandante se le alteraron las condiciones de existencia, daño para cuyo resarcimiento la Sala, dentro de su arbitrio judicial, le otorga el equivalente a sesenta (60) salarios mínimos legales vigentes.

LUCRO CESANTE FUTURO - Supera expectativa de vida probable. Liquidación /  
LIQUIDACION DE LUCRO CESANTE FUTURO - Excede tabla de mortalidad /  
RECTIFICACION JURISPRUDENCIAL - Liquidación de lucro cesante futuro. Excede expectativa de vida probable

Se demostró que el señor Domingo Bermúdez nació el 15 de septiembre de 1915, por lo que para la fecha de la enucleación del ojo izquierdo (25 de septiembre de 1991), tenía 76 años. Según tabla de mortalidad que incluye la esperanza completa de vida adoptada por la Superintendencia Bancaria a través de resolución 0996 del 29 de marzo de 1990, un hombre de 76 años tendría una expectativa de vida de 7.94 años, es decir, hasta agosto de 1999. Sin embargo, dentro del proceso no se tiene noticia que el señor Bermúdez Bautista hubiese fallecido, razón por la que debe presumirse que dicha persona aún vive. Entonces, al sobrepasar la expectativa de vida, debe reconocérsele la indemnización pertinente, a lo cual surge la pregunta de hasta cuándo deben liquidarse dichos perjuicios a título de lucro cesante. La Sala, en otras oportunidades, en las que se enfrentó a una situación similar, en la que un demandante sobrepasó la expectativa de vida, liquidó el período consolidado hasta la fecha de la sentencia, y para liquidar el período futuro, reconoció al demandante el valor correspondiente en forma mensual, hasta la fecha de su muerte, para lo cual debía presentar mensualmente un certificado de sobrevivencia. El fundamento de dicho razonamiento es la imposibilidad de saber, con un grado de certeza, el momento en el que el beneficiario de la indemnización dejará de existir, pues habiendo sobrepasado la expectativa de vida se entiende que ese hecho puede suceder en cualquier momento. Sin embargo, en esta oportunidad la Sala considera que la respuesta a la incertidumbre planteada puede solucionarse con la misma tabla de mortalidad que adopta el gobierno nacional, pues se entiende que los resultados consignados en la misma son producto de estudios específicos y prolongados, sobre una población cierta y sobre unos eventos reales previamente monitoreados, como así se manifiesta en los actos en los que se adoptan dichas tablas. Resulta entonces más acorde con la línea jurisprudencial de la Corporación liquidar el lucro cesante futuro con base en la expectativa de vida, y más aproximado con el marco técnico de los estudios referidos, aplicar la tabla de mortalidad vigente para el momento en el que se dicta esta sentencia, obteniendo el período futuro a liquidar con base en la expectativa actual de vida que tiene el demandante beneficiario de la condena, conforme a dicha tabla. Así las cosas, habiendo nacido el señor Bermúdez

Bautista el 15 de septiembre de 1915, para este momento tiene 93 años cumplidos. De acuerdo con la resolución N° 1112 del 29 de junio de 2007 expedida por la Superintendencia Financiera de Colombia, mediante la cual adoptó la tablas de mortalidad de los asegurados, un hombre de 93 años tiene una expectativa de vida de 1.59 años (19 meses). En consecuencia, la expectativa total de la víctima sería de 209 meses, que comprende desde septiembre de 1991 hasta septiembre de 2010, que se le liquidará en los dos períodos: consolidado y futuro. Nota de Relatoría: Ver sentencias del 29 de enero de 2004, Expediente: 18.273, actores: Mery Teresa Colmenares Tovar y otros. y del 6 de julio de 2005 Expediente 13.969, actores: Lucrecia Santos Jaimes y otros.

## CONSEJO DE ESTADO

### SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

#### SECCION TERCERA

Consejera ponente: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR

Bogotá, D.C., once (11) de febrero de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 54001-23-31-000-1993-08025-01(14726)

Actor: DOMINGO ANTONIO BERMUDEZ Y OTROS

Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

Decide la Sala el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia de 23 de octubre de 1997, proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

## I. ANTECEDENTES

### 1. Demanda

Mediante demanda presentada el 3 de septiembre de 1993, los actores, en ejercicio de la acción de reparación directa, solicitaron que se declarara a la Caja Nacional de Previsión Social responsable por los daños y perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales ocasionados a Domingo Antonio Bermúdez Bautista, Elmis Vargas Vargas, Martha Elena Bermúdez Vargas y María Teresa Bermúdez Vargas, con motivo de la pérdida del ojo izquierdo que sufrió Domingo Antonio Bermúdez Bautista, a raíz de la intervención quirúrgica practicada el 4 de septiembre de 1991 y su posterior tratamiento. Se solicitaron como indemnizaciones: a) Por perjuicios morales, 1.000 gramos de oro para cada uno de los demandantes; b) Por perjuicio fisiológico \$15'000.000 a favor de Domingo Antonio Bermúdez Bautista y, c) Por perjuicios materiales ocasionados a Domingo Antonio Bermúdez Bautista, la suma de \$10'903.800,00.

Como fundamento de la falla del servicio médico imputada, señalaron que a Domingo Antonio Bermúdez Bautista, como afiliado a CAJANAL, el 9 de octubre de 1990 se le diagnosticó cataratas bilaterales en ambos ojos, lo que conllevó a que se le ordenara la extracción de las mismas y se le implantara un lente intraocular en ambos ojos. Primero se le practicó la cirugía en el ojo derecho, cuyos resultados fueron satisfactorios. La cirugía del ojo izquierdo le fue

programada para el 4 de septiembre de 1991; practicada la misma, el 5 de septiembre de 1991 se le dio salida.

Que ante la poca diligencia operatoria y post-operatoria, el paciente resultó afectado con una ‘panoftalmitis’, es decir una infección ocular, ante lo cual fue remitido a Bogotá, en donde el 12 de septiembre de 1991 se le diagnosticó ‘pérdida total del ojo izquierdo’, por lo que el 26 de septiembre siguiente se le extrajo dicho ojo (enucleación), lo cual le causó graves perjuicios a todos los demandantes (folios 1 a 15 cuaderno 1).

## 2. Admisión y trámite

a. La demanda se admitió el 8 de noviembre de 1993 (folio 22). En la contestación, la Caja Nacional de Previsión Social aseguró que la pérdida del ojo izquierdo del señor Bermúdez Bautista no se debió a negligencia o falta de atención en la intervención quirúrgica que se le practicó en la Clínica Santa Ana de Cúcuta el 4 de septiembre de 1991; que el oftalmólogo cirujano es de reconocida experiencia y capacidad profesional y actuó con todo cuidado y ciñéndose a los procedimientos indicados. Que el daño devino porque el paciente no se sometió estrictamente al tratamiento y controles que se le indicaron (folios 27 a 30 cuaderno 1).

b. Vencido el período probatorio y fracasada la audiencia de conciliación, el 22 de septiembre de 1995 se corrió traslado a las partes para alegar y al representante del Ministerio Público para conceptuar (folios 327 y 330).

El apoderado de los demandantes consideró que se demostraron los elementos de la responsabilidad, pues la lesión de Domingo Antonio Bermúdez Bautista se produjo como consecuencia de la intervención quirúrgica que le fue practicada el 4 de septiembre de 1991, causándole una merma de la capacidad laboral del 60% según dictamen médico legal. Que el paciente había sido operado meses antes del ojo derecho, sin contratiempo alguno, pero que en la cirugía del izquierdo el servicio falló; que en la historia clínica no se dejaron anotaciones de habersele advertido sobre los riesgos inherentes a la intervención quirúrgica; que la demandada no demostró que el daño se debió a culpa de la víctima o al hecho de un tercero (folios 331 a 339 cuaderno 1).

El apoderado de CAJANAL insistió en que al paciente se le prestó la debida atención médica, que el médico cirujano era una persona con más de 25 años de experiencia en el ejercicio de su profesión de oftalmología, que la Clínica donde se practicó la cirugía tiene todos los equipos necesarios, que el personal de la Clínica es suficientemente capacitado, de todo lo cual se desprende que CAJANAL no escatimó esfuerzo para brindarle a su afiliado el mejor servicio que se le podía brindar. Que según reporte de la historia clínica, el paciente salió de la Clínica el 5 de septiembre de 1991 ‘muy bien’, luego de ser operado. Que al señor Bermúdez B., luego de detectársele la infección en el ojo, se le valoró y se le remitió a Bogotá, donde le practicó la enucleación (folios 340 a 343 cuaderno 1).

El Ministerio Público solicitó que se negaran las pretensiones, porque en su criterio al paciente se le prestó el servicio médico en igualdad de condiciones en las dos oportunidades -ojo derecho y ojo izquierdo-, pero el desarrollo post-quirúrgico de la segunda intervención fue diferente, pues se presentó una Panoftalmia, que a falta de prueba del momento en el que resultó infectado, no puede serle atribuida a la demandada (folios 344 a 350 cuaderno 1).

## 3. Sentencia de primera instancia

Teniendo en cuenta el oftalmólogo que practicó la cirugía del 4 de septiembre de 1999, la demostración de que se trata de “un profesional con reconocida experiencia en su área”, la evidencia que “durante el pos operatorio el demandante debió ser previsor y no siguió el tratamiento que previamente se le había formulado, por lo menos la afirmación del galeno en ese sentido no fue desvirtuada”, el hecho de que se trataba de una persona de 76 años por lo que “este tipo de intervenciones ofrecen un riesgo considerable a quienes sufren de esa enfermedad” y el rechazo del paciente a hospitalizarse en el momento sugerido por el oftalmólogo, el Tribunal consideró que debía eximirse de cualquier responsabilidad a la Caja Nacional de Previsión Social (folios 351 a 357 cuaderno 1).

#### 4. Recurso de apelación y trámite en segunda instancia

a.- Los demandantes impugnaron la sentencia para que se revoque y en su lugar se acceda a las pretensiones. Argumentaron que no se valoró el testimonio del doctor Roberto Claro Jure, profesional sin ningún interés en el caso, declaración con la cual se prueba que CAJANAL no tuvo el debido cuidado con el señor Bermúdez Bautista. Que resulta preocupante que el a quo le de valor absoluto al testimonio del médico tratante, en cuanto el paciente desobedeció las indicaciones de cuidado posterior a la cirugía, dejándose de lado la manifestación del doctor Claro Jure, también adscrito a CAJANAL, quien expresó que durante las oportunidades que el señor Bermúdez acudió a su consultorio, fue receptivo a las indicaciones médicas (folios 366 a 378 cuaderno 1).

b.- El 27 de mayo de 1998 el Consejo de Estado admitió el recurso; en auto del 6 de agosto siguiente se ordenó la práctica de una prueba solicitada en el recurso y el 2 de agosto de 1999 se corrió traslado para alegar (folios 380, 382 y 403 cuaderno 1). Sólo alegó la demandada, para reiterar que el tratamiento médico se hizo de manera diligente y cuidadosa, por lo que no puede endilgársele falla (folios 405 y 406 cuaderno 1).

## II. CONSIDERACIONES

En relación con la prestación del servicio médico en reciente oportunidad la Sal recordó que la Corte Constitucional ha dicho que a la luz del artículo 49 de la Constitución Política, el Estado tiene la obligación de garantizar a todas las personas “el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”; y en consecuencia, todos los ciudadanos están facultados para exigir del Estado el cumplimiento efectivo de dicha obligación. Ese derecho a la prestación del servicio de atención en salud ostenta una dimensión programática: su plena garantía constituye, más que una realidad actual, un objetivo político y un compromiso derivado de la estructura del Estado Social de Derecho. Es un propósito del Estado por el cual éste busca totalizar la efectiva atención de los usuarios, de acuerdo con las posibilidades técnicas, económicas, geográficas e históricas de la realidad nacional.

El servicio médico debe prestarse diligentemente, con el concurso de todos los medios humanos, técnicos, farmacéuticos, científicos, etc., entre otras razones, porque la dignidad de la persona humana exige que al paciente se le preste la condigna atención. Por ello el médico tiene la obligación legal, moral y social de atender a toda persona que se encuentre enferma. La enfermedad misma coloca al paciente en una situación tal de dependencia y sumisión, que no le deja elegir ni exigir, y simplemente debe confiar en las decisiones que respecto de él tomen los médicos y las instituciones encargadas de su atención médica.

El acto médico es complejo, comienza con el diagnóstico y la extensión en su cubrimiento

corresponde a la situación del paciente según su estado de salud y requerimientos de la misma.

## CASO CONCRETO

### Daño por el cual se reclama

En la demanda se adujo que al señor Domingo Antonio Bermúdez Bautista se le practicó una cirugía en el ojo izquierdo, que en el post-operatorio se le infectó el ojo, lo cual derivó en la enucleación del mismo.

Dentro del proceso se ordenó dictamen médico practicado por el Instituto de Medicina legal Seccional Norte de Santander el 3 de mayo de 1993, con los siguientes resultados:

“Paciente senil que presenta prótesis en órbita izquierda por enucleación del ojo, y ptosis palpebral, con abolición de la visión por ese lado.

De acuerdo a copias de historias clínicas remitidas por ese despacho (...) ha sido operado en 3 ocasiones:

La primera el 04-03-91 en la Clínica Santa Ana de Cúcuta con diagnóstico de catarata del ojo derecho, se le practicó faquectomía con implantación de lente intraocular, evolucionando normalmente con recuperación de la visión;

La segunda el 04-09-91 en la clínica Santa Ana con diagnóstico de catarata del ojo izquierdo, se le practicó faquectomía con implantación de lente intraocular, se complicó con panoftalmítis por lo cual fue remitido a Bogotá;

La tercera el 23-09-91 en Bogotá, cuando con el diagnóstico anterior le fue efectuada enucleación del ojo izquierdo.

Como secuelas de carácter permanente le quedan deformidad física que afecta el rostro y perturbación funcional del órgano de la visión. De acuerdo a la tabla de valuación de incapacidades permanentes se clasifica así:

## OJOS

14. Pérdida total de la visión por un ojo por extracción del órgano. Al cual corresponde un porcentaje de disminución de la capacidad de 60%.

NOTA: Se devuelven copias de la historia clínica” (folio 265 cuaderno 1).

De dicho dictamen se corrió traslado a las partes en auto del 15 de mayo de 1995, sin que hubiese sido objeto de aclaración o de objeción (folio 267 cuaderno 1).

De otro lado, los demandantes demostraron tener interés y haber sufrido un daño. En el caso del señor Domingo Antonio Bermúdez Bautista, por ser la víctima directa de la disminución de la capacidad laboral.

En el caso de los demás demandantes, se tiene lo siguiente:

Elmis Vargas Vargas demostró ser la esposa del señor Bermúdez Bautista, con el registro civil de matrimonio de los mismos (folio 16 cuaderno 1).

Martha Elena Bermúdez Vargas y María Teresa Bermúdez Vargas demostraron ser hijas del

señor Bermúdez Bautista, según registros civiles de nacimiento de cada una de ellas, en las que consta que nacieron el 27 de junio de 1969 y el 26 de noviembre de 1972 respectivamente, y que son hijas de Elmis Vargas Vargas y de Domingo Antonio Bermúdez Bautista (folios 19 y 20 cuaderno 1).

La Sala ha reiterado que con la simple acreditación del matrimonio y del parentesco, se presume que el cónyuge y parientes sufren un detrimento de carácter moral por la invalidez o lesión del esposo, padre, hermano o hijo. En efecto, la simple acreditación del parentesco, para los eventos de perjuicios morales reclamados por abuelos, padres, hijos, hermanos y nietos cuando alguno de éstos haya muerto o sufrido una lesión, a partir del contenido del artículo 42 de la Constitución Política debe presumirse, de hecho, que el peticionario ha padecido y sufrido el perjuicio solicitado.

Adicionalmente, de acuerdo con la declaración de Martha Elizabeth Chacón Rodríguez, las secuelas en el ojo izquierdo del señor Domingo Antonio Bermúdez Bautista provocó en él y su familia “momentos de angustia terribles, ya nunca van a tener la tranquilidad que tenían antes, les ha creado cantidad de problemas emocionales” (folio 93 cuaderno 1).

#### Imputación del daño a la demandada

La Sala hará el estudio pertinente frente a las imputaciones de la demanda, en cuyo análisis se tomarán en cuenta los argumentos de las partes y frente a los mismos se adoptará la conclusión que se desprenda del cotejo de la prueba obrante en el proceso.

Se imputó responsabilidad a la Caja Nacional de Previsión Social por la pérdida total del ojo izquierdo del señor Bermúdez B., a raíz de la cirugía que se le practicó el 4 de septiembre de 1991 y del tratamiento médico posterior.

El demandado expresó que el tratamiento médico, quirúrgico y hospitalario suministrado al afiliado fue el correcto, en tanto que el paciente no se sometió al tratamiento y controles que se le indicaron por el médico.

Y la Sala encuentra lo siguiente:

#### Datos personales y condiciones de la víctima

Según partida de bautismo de Domingo Antonio Bermúdez Bautista, expedida por la Parroquia Mayor de las Nieves de Pamplona, aquél nació el 15 de septiembre de 1915 (folio 17 cuaderno 1), por lo que para el 4 de septiembre de 1991 iba a cumplir 76 años de edad.

#### Resumen de la historia clínica N° 032714:

- El 27 de septiembre de 1990 el servicio de oftalmología de la Caja Nacional de Previsión Social Seccional Norte de Santander, le diagnosticó al señor Domingo Antonio Bermúdez Bautista “cataratas bilaterales OD - OI” (folio 1 cuaderno 2).
- El 13 de noviembre de 1990 se diagnosticó: “biometría OD: + 19:00 OI:+19:00. Plan/ cirugía OD extracción catarata + implante l. ocular” (folio 1 vuelto cuaderno 2).
- Según datos de inscripción contenidos en la hoja de datos estadísticos, el señor Bermúdez, de 76 años, fue hospitalizado en la Clínica Santa Ana de Cúcuta, el 4 de septiembre de 1991 a las 10:25 a.m. con orden de Cirugía, con el siguiente diagnóstico: “Catarata OI” y con la orden de

“EEC Catarata OI + implante (ilegible) C.P. S. C.”. (folio 36 cuaderno 2).

- En la hoja de notas de evolución, se anotó lo siguiente:

“4. sept. 91 Bajo A. local se practicó EEC. Catarata O.I. + implante ocular I.D. en C.P. S.C.

5 sept. 91 Muy bien. Salida” (folio 38 cuaderno 2).

- En las indicaciones del médico, se dejaron las siguientes:

“4 sept. 91. (I) Garamicina + 80 1 amp I.M. c/12 h

(II) Diforospam 1amp I.M. hoy

(III) Reparil 2comp. V.O. 3/12

(IV) Dolex 500 2 tab. V.O 8/...

(V) Dieta blanda

(VI) Reposo en cama - levantarlo al baño” (folio 39 cuaderno 2)

- Con fecha 6 de septiembre de 1991 la empresa 'UNIOPTICA FLOREZ LEMUS' expidió receta a nombre de Domingo Bermúdez, con los siguientes medicamentos: 1) Garamicina amp. #6 aplicar 1 amp. I.M. c/ 8 horas; 2) Decadrón amp #3 aplicar 1 amp IM c (se evidencia que fue repisado, ilegible); 3) Voltarén fco #1; 4) (ilegible) (folio 183 cuaderno 1).

- El 9 de septiembre de 1991 se le expidió una receta similar (folio 184 cuaderno 1).

- El 11 de septiembre de 1991 la empresa 'UNIOPTICA', FÓREZ LEMUS, certificó que “el señor Domingo Bermúdez B. presentó panoftalmia O.I. post-quirúrgica. Se recomienda enucleación O.I.”. La firma del médico que certificó es ilegible (folios 157, 180, 243 y 320 cuaderno 1).

- El 11 de septiembre de 1991 el Coordinador Médico de CAJANAL Seccional Norte de Santander envió oficio a la Clínica Santa Rosa de la Caja Nacional de Previsión en Bogotá en los siguientes términos: “Estoy remitiendo al señor DOMINGO ANTONIO BERMUDEZ, con historia clínica N° 5.473.110 para que sea valorado por el servicio de oftalmología. Adjunto resumen historia clínica” (folios 156, 242, 319 cuaderno 1).

- En la anotación de urgencias de CAJANAL Bogotá, de 12 de septiembre de 1991, se registró lo siguiente:

“Paciente remitido de Cúcuta a quien le practicaron fauquectomía con lente intraocular ojo izq. quien presentó panoftalmia con pérdida total de la visión. Sugiere enucleación. (...)

Ojos: Izq purulento.

OD: Visión aceptable” (se resaltó, folio 106 cuaderno 1).

- El 16 de septiembre de 1991 CAJANAL Bogotá expidió la orden de hospitalización N° 882474 con diagnóstico probable de “Panofalmitis izquierda” (folios 109 y 273 cuaderno 1).

- Según epicrisis de CAJANAL Bogotá, el paciente ingresó el 16 de septiembre de 1991 con el

diagnóstico de “panoftalmitis O.I” y egresó el 26 de septiembre de 1991 con el siguiente diagnóstico: “IDEM + ENUCLEACIÓN O.I”. Además se anotó lo siguiente:

“Pte. remitido de Cúcuta por panoftalmitis O.I con antecedente de P. O. P. de 13 días de E.E.C.C. + LID O.I. Recibió manejo antibiótico.

CIRUGIA REALIZADA: Enucleación ojo izq.

EVOLUCION: Adecuada

COMPLICACIONES: Ninguna

MEDICO TRATANTE: Dr. Montealegre” (folio 105 cuaderno 1).

- En la historia clínica manejada por CAJANAL Bogotá, se hicieron las siguientes anotaciones y registros:

13 septiembre: Remitido por infección O.I. P.O.P.

Qx catarata OI hace 10 días con LID OI anestesia local.

(...) O.D. hace 1 año.

Se dio tto. con ... ATB, maxitrol, voltaren que suspendió hace 3 días.

(...)

C: (...) penicilina (...)

Control 3 días decidir conducta en junta quirúrgica o por urgencias según sintomatología” (folio 112 cuaderno 1).

16 septiembre: oftalmología (...)

ID) Panoftalmitis

Se hospitaliza para enucleación OI (folio 113)

Septiembre 18: (...) Abundante secreción OI, córnea necrótica hipopión total, severa (...) conjuntival (...)

Plan: - Pend. Labs.

- curación c/4 h.

- Qx. Probablemente mañana o (...).

- 19 septiembre: OI: Sin cambios (...)

- 20 septiembre: OI: Sin cambios (...)

Hoy cirugía 11:00 h.

- 20 septiembre: ANESTESIA

Se pospone el procedimiento qx hasta transfundir 2u de glóbulos rojos pte. (...) y control pos-

transfusión.

- septiembre 21: (...) OJOS: OD (sic?) necrosis córnea total, hipopión 100%, abundante secreción (...)

I: Estable solo se pasó 1u g. rojos

Plan: - SS Hto. Pos-transf.

- Qx lunes 12:00 con URGENCIA.

- 22 septiembre: (...) mañana cirugía 12:00 A.M.

- 23 septiembre: OFTALMOLOGIA

Bajo anestesia general se realizó enucleación OI.

Cirujano: Dr. Montealegre.

Complic.: ninguna.

Anest.: Dra. Buitrago.

Duración: 1 hora

- 24 septiembre: Dx P.O.P. enucleación OI.

Buen estado general.

OI: Buen estado, escaso sangrado, no dolor (...)

Nota: No ha sido posible canalizar vía venosa.

- 25 septiembre: (...) O.I: No sangrado (...) equimosis palpebral (...).

- 26 septiembre: Ojo izq.: no sangrado (...)

Ojo derecho: abundante secreción serosa, leve congestión conjuntival.

Salida: Pendiente (folios 111 a 119 y 274 a 282 cuaderno 1).

“26 septiembre 1991: (1) Salida en la tarde después de val. por Dr. Montenegro.

Igual medicación.

Antibiótico en colirio (sulfa) 1 gota c/4 hs. en O.D.” (folios 125 y 288 cuaderno 1).

### Testimonio del doctor GABRIEL FLÓREZ LEMUS

Se hace un capítulo especial en relación con esta prueba, pues en ella se basó el Tribunal para negar las pretensiones de la demanda, al otorgarle plena credibilidad. Como argumento central de la sentencia, se expresó lo siguiente:

“De otro lado, en el caso subexamine aparece acreditado que el galeno es un profesional con reconocida experiencia en su área, así como también se demostró que durante el pos operatorio el demandante debió ser permisivo y no siguió el tratamiento que previamente se le había

formulado, por lo menos la afirmación del galeno en ese sentido no fue desvirtuada, así como también aparece respaldado el hecho de que en razón de su edad avanzada -76 años-, este tipo de intervenciones ofrecen un riesgo considerable a quienes sufren de esa enfermedad, y si a lo anterior se agrega el hecho del rechazo del actor a hospitalizarse en el momento sugerido por el oftalmólogo, conllevan las anteriores circunstancias a eximir de cualquier responsabilidad a la Caja Nacional de Previsión” (folio 355 cuaderno 1).

El doctor FLÓREZ LEMUS, cirujano especialista en oftalmología, que practicó la intervención al señor Bermúdez B., en declaración rendida el 18 de julio de 1994 manifestó que en marzo de 1991 se operó al paciente de cataratas en el ojo derecho, sin ningún contratiempo; que luego en septiembre de ese mismo año se le hizo la cirugía de las cataratas del ojo izquierdo; que ambas se hicieron en la misma Clínica y que el tratamiento fue idéntico (folios 84 a 87 cuaderno 1).

Sobre la complicación posterior a la cirugía y otros aspectos del procedimiento, explicó lo siguiente:

“(…) desafortunadamente en el postoperatorio del ojo izquierdo el paciente presentó una complicación muy grave cuyo diagnóstico fue el de una endoftalmitis o panoftalmia, al paciente se le hizo el diagnóstico(\*) se le informó que era una complicación muy seria del ojo?, se le preguntó sobre la manera en que él había llevado su tratamiento en la casa, el paciente se le olvidó aplicarse un antibiótico(?), se le dijo que para su mejor manejo era indispensable hacerse una nueva hospitalización para hacerle unos estudios y tratamiento adecuado, se le informó además que por ser un hecho grave es posible o existía la posibilidad de que pudiera perder el ojo, el paciente en ese momento presentaba mucho dolor, pérdida de la visión, disminución de la vista e inflamación, rechazó la hospitalización(?), rechazó que yo continuara manejando el caso motivo por el cual lo remití nuevamente a la Caja Nacional donde el médico Director para que el paciente le asignaran otro especialista, en ese momento el paciente estaba muy molesto y desde ese mismo instante estaba agresivo para conmigo e incluso llegó a decir que alguien tenía que pagar por ese ojo, recalco que en ningún momento a ese paciente le negué la atención y siempre que fue al consultorio fue valorado y atendido solícitamente, yo soy un profesional que tengo 20 o 25 años en la profesión este tipo de cirugía la he practicado no menos de 2000 veces por decir una cifra más o menos bajita, creo tener la suficiente experiencia en el manejo de este tipo de intervenciones lo que se presentó es una complicación que figura en todos los libros de ojos que desafortunadamente produce complicaciones gravísimas para el ojo y que podemos observar en este caso como un manejo exactamente igual entre un ojo y el otro, el primero lo lleva a unos resultados exitosos y el segundo a una terminación funesta(?). PREGUNTADO: En su consideración a qué se debió la complicación. CONTESTÓ: Definitivamente eso fue una infección bacteriana, la cual pudo haber sido adquirida tanto en el intra-operatorio como en el post-operatorio lo más factible es que debido a la aplicación de la droga por parte del paciente en el post-operatorio se haya presentado la infección (...) CONTESTO: A mi personalmente no me consta, el tipo de manejo que se le dio a la infección ocular pero eso es muy probable que si la infección que se le presentó continuó progresando, uno de los últimos recursos con que uno cuenta es precisamente practicar la enucleación del ojo(?).”

A tales afirmaciones, surgen los siguientes cuestionamientos:

(\*) Cuándo se le hizo el diagnóstico de la endoftalmitis o panoftalmia?

El declarante no aclara ese aspecto, importante para determinar cuánto tiempo después de la cirugía y de la salida de la Clínica se presentó la infección y acudió el paciente al médico

tratante. En la documentación remitida por la demandada no aparece claro ese aspecto, que era obligatorio dejarlo consignado en la historia clínica, pues se trataba de una situación grave y resultado de la intervención quirúrgica. Sólo existen recetas del 6 y del 9 de septiembre de 1991 y una certificación del 11 siguiente, pero de un consultorio privado; no en forma expresa en la historia clínica.

En efecto, según el artículo 34 de la ley 23 de 1981, mediante la cual se dictaron normas en materia de ética médica, dispone que “La historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un documento privado sometido a reserva que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la Ley”.

Además, en el artículo 33 señala que “Las prescripciones médicas se harán por escrito, de conformidad con las normas vigentes sobre la materia”.

Al preguntársele al cirujano en concreto si consignó en la historia clínica esas circunstancias, no dio una respuesta clara. Veamos:

“PREGUNTADO: Dígame al Tribunal si Usted consignó en la historia clínica las conclusiones sacadas del interrogatorio que mantuvo con el paciente con posterioridad a la intervención tantas veces mencionada. CONTESTO: A todo paciente que yo veo u opero en el consultorio le llevo una historia clínica privada en donde anoto los hallazgos positivos y los hechos importantes que se llevan a cabo en una intervención esa historia clínica figura en mi consultorio, es muy probable que ahí diga que no se aplicó la droga, relata o debe relatar el manejo posterior a la hospitalización del paciente, está a disposición del Tribunal” (se resaltó, folio 87 cuaderno 1).

Pero ese documento privado del médico (historia clínica), no fue aportado, ni tampoco le fue remitido por el mismo a la Caja Nacional de Previsión para que se hiciera la correspondiente transcripción en la historia clínica oficial o figurara como un documento anexo y explicativo de la misma. Se quedó en la sola referencia del médico.

(?) Tampoco hay prueba de esta circunstancia, pues no hay constancia que por urgencias o por consulta se le hubiese hecho esa manifestación.

(?) Como no existe en la historia clínica constancia de esa consulta, nada de lo afirmado por el médico en el testimonio tiene respaldo documental, que para el caso era la prueba idónea, atendiendo a que la ley obliga a los médicos y clínicas llevar un registro de esas circunstancias.

En las recetas aportadas no se anotó que el paciente hubiere sido “negligente” con su tratamiento, y en el testimonio el oftalmólogo no está seguro de haber registrado ese posible hecho, aspecto extraño cuando estaba de por medio su responsabilidad.

Además, de ser cierto que al paciente se le olvidó aplicarse un antibiótico, era una situación perfectamente previsible, teniendo en cuenta que era un anciano de 76 años, circunstancia ésta por la que los controles post-operatorios por parte de la clínica y del médico exigían una mayor rigurosidad.

(?) CAJANAL no demostró la afirmación sobre la renuencia del paciente a ser hospitalizado, pues no existen órdenes en tal sentido, y mucho menos que el paciente las haya inadvertido; de todas maneras para entonces ya había adquirido la infección ocular post-quirúrgica. Además, si esa hospitalización era “para su mejor manejo”, debió haberse ordenado la hospitalización,

independientemente del consentimiento del paciente, pues se trataba de buscar su mejoría, que desde el punto de vista científico sólo podía hacerlo el médico.

(?) El médico parte de la errada convicción de que como la cirugía que se le practicó al paciente seis meses antes en el ojo derecho que tuvo resultados positivos, la del 4 de septiembre tendría el mismo resultado, para lo cual bastaba “un manejo igual”.

Entonces, como en la primera ocasión no se hicieron controles posteriores a la cirugía, y el paciente no presentó complicación alguna, la demandada, a través de su médico, optó por persistir en el error, contrariando las recomendaciones de la ciencia médica en tal sentido.

(?) Aunque la enucleación del ojo es el último recurso al que debe acudir médicamente, en el caso del señor Bermúdez fue la única solución encontrada, lo que permite ahondar en la tesis de la falla, teniendo en cuenta que no existe prueba documental de la que se desprenda que la demandada hizo otros esfuerzos tendientes a contrarrestar la infección sin llegar al extremo de la enucleación (extracción) del ojo.

Sobre las órdenes y el tratamiento médico posterior a la cirugía del 4 de septiembre de 1991, el testigo FLÓREZ LEMUS expresó:

“A todo paciente que se opera de este tipo de intervención se le formula un tratamiento el cual consta en la historia clínica en las órdenes médicas de la historia clínica en el cual también consta que se le aplicaron esos medicamentos hasta ese punto puedo yo certificar del uso correcto y la aplicación de los medicamentos después de que el paciente sale de la clínica queda sobre la absoluta responsabilidad del paciente o de sus familiares el uso correcto de la droga”.

Lo que se espera de un médico, quien afirmó haber realizado por lo menos 2.000 cirugías de este tipo (aunque no aclaró si con éxito o no), es que reduzca los riesgos previos, intra-hospitalarios y post-hospitalarios al mínimo; pero en el caso, al no ordenar controles posteriores a la operación, en los cuales pudiese observar la evolución del paciente, permite imputar un acto de negligencia mayor que agravó la infección en el ojo sobre el cual se practicó la cirugía.

Según la literatura médica y tratadistas de la materia, las mínimas recomendaciones para el tratamiento posterior a una cirugía de cataratas, son las siguientes:

“Qué debe hacerse después de la cirugía?”

Es importante no tocar el ojo el primer día y no poner presión sobre este durante 5 días (especialmente no frotarse). Es normal que se presente una ligera molestia en los ojos el mismo día de la cirugía (similar a tener una pestaña dentro del ojo). En general no se requiere ocluir los ojos, de manera que el paciente sale caminando por sus propios medios de la sala de cirugía aunque la visión será borrosa durante los primeros 2 o 3 días, debido a la mínima inflamación que se produce. Es de gran importancia aplicar las medicaciones que le sean indicadas, generalmente gotas oftálmicas [www.pasteur.cl](http://www.pasteur.cl) (se resaltó).

“Cuando es posible, el seguimiento postoperatorio cuidadoso con detección temprana y tratamiento de complicaciones postoperatorias, permitirá una mejoría en los resultados.

Una causa importante de mal resultado, es una prolongada inflamación post-operatoria no tratada. Si es probable que el tratamiento post-operatorio sea inadecuado, se debería considerar la administración de una inyección subconjuntival de un esteroide de depósito al concluir la cirugía

(se resaltó).

“En general, los pacientes se ven tres o cuatro veces después de la cirugía para asegurarse de que el ojo está sanando correctamente [www.howtodothings.com/es/salud](http://www.howtodothings.com/es/salud) (se resaltó y se subrayó).

“Convalecencia

Generalmente, el paciente regresa a su casa el mismo día del procedimiento y debe volver al día siguiente para una evaluación. Se coloca un parche ocular sobre el ojo operado, el cual debe usarse hasta la evaluación de control el día siguiente. Se prescriben gotas oftálmicas antibióticas y antiinflamatorias por varias semanas para ayudar con el proceso de cicatrización.

Se puede esperar la cicatrización completa en alrededor de 10 semanas. Luego, se pueden colocar anteojos o lentes de contacto si se requiere refinar la claridad de la visión. Es esencial un seguimiento estricto por parte del cirujano (se resaltó).

En el caso, no se demostró que el cirujano hubiese diligenciado en la historia clínica del paciente las indicaciones sobre los pormenores del tratamiento post-operatorio a seguir, ni lo citó a controles posteriores a la cirugía.

En fin, no se le ordenó, como algo “esencial” para estos casos, “un seguimiento estricto por parte del cirujano”, y tampoco se le informó de ello previamente a salir de la clínica, como para argumentar que el paciente fue descuidado y renuente.

Esas circunstancias atañen, a su vez, con otro tema como lo es el del consentimiento informado, que amerita ser analizado teniendo en cuenta que constituye una de las obligaciones a cargo del médico.

Consentimiento informado:

La ley 23 de 1981 ya citada, dispone sobre el tema, lo siguiente:

“Artículo 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”.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha reiterado que el consentimiento debe ser ilustrado, idóneo y concreto, previo, y que debe probarse.

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 rehúsa 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.

Para Lorenzetti desde el momento en que el paciente se somete a un tratamiento médico, celebra un contrato expresando su consentimiento y dispone de un derecho personalísimo manifestando su asentimiento. Sin embargo en los actos posteriores de ejecución cuando se requiere una intervención quirúrgica ampliatoria, no vale el consentimiento dado para la primera intervención, lo que resulta claro es que necesita una nueva declaración legitimante del paciente.

“Sin embargo es revelante señalar que el consentimiento muestra un aspecto contractual en el que la información procura mejorar la capacidad de discernimiento del paciente para decidir sobre opciones que se le presenten, y otro vinculado con la libertad, en la que se hallan implicados sus derechos personalísimos.

Esta formulación tiene importancia jurídica por sus efectos, en materia de capacidad de los menores y en la responsabilidad, ya que la mera lesión a la libertad podrá generar responsabilidad, como veremos más adelante.

Se trata de una apreciación de los bienes jurídicos implicados en cada caso.

Cuando el médico y el paciente se relacionan mediante un contacto social típico se produce un vínculo jurídico que puede ser precontractual, contractual o extracontractual. En estos casos la expresión del paciente es una declaración de voluntad, vinculada con la libertad de contratar. Siendo un acto voluntario se requiere del discernimiento y para que exista se precisa de información suficiente, como veremos más adelante.

En virtud de este consentimiento las partes pueden haberse referido a una serie de actos que importen, además, la afectación de derechos personalísimos. Por ejemplo, si en la visita al médico se acuerda una intervención mutilante, el consentimiento y el asentimiento se confunden.

En cambio, puede ser que haya consentido hacerse estudios y luego de ellos se recomiende una intervención quirúrgica, lógicamente se requiere de una nueva expresión de voluntad del paciente. Sin embargo, ello será necesario sólo si la intervención es importante y lesiona derechos personalísimos.

Se reitera que en el caso, el señor DOMINGO BERMUDEZ BAUTISTA, el 4 de septiembre de 1991 fue sometido a cirugía en su ojo izquierdo, para removerle cataratas del mismo, y en ninguna parte de la historia clínica aparece que se le hubiese informado en forma clara, precisa y detallada los riesgos de esa intervención, ni la autorización del paciente o de algún familiar suyo para ese procedimiento.

Según la ley 23 de 1981, en las entidades del Sistema Nacional de Salud la Historia Clínica estará ceñida a los modelos implantados por el Ministerio de Salud (artículo 35), formato que tampoco aparece anexo al expediente.

Mucho menos aparece en la historia la información de los riesgos posteriores a la intervención y, como quedó explicado, tampoco se le informó sobre los cuidados mínimos que debía seguir para lograr su mejoría o, al menos, no hay prueba de nada de ello.

Como lo expresó el Consejo de Estado en la sentencia 12706 que se citó, 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.

Por último, el referido testimonio del doctor FLÓREZ LEMUS finalizó de la siguiente manera:

“PREGUNTADO: Dígame al Tribunal qué medidas preventivas se deben tomar en un paciente al cual se le permite se corrige se le practica esta clase de intervención para que contraiga este tipo de infección? CONTESTÓ: Eso es una discusión de tipo médico interminable, la discusión de ese tema ha sido interminable en muchas partes del mundo, hay muchos médicos que son partidarios de la utilización de antibióticos preventivos, en mi escuela, en mi facultad es una de las escuelas de oftalmología en Colombia utilizábamos el uso de antibióticos específicamente la garamicina (gentamicina) tanto intraintraoperatoriamente como posoperatoriamente” (se resaltó, folio 87 cuaderno 1).

Dicho testimonio no sólo resulta contradicho con la historia clínica, sino con el testimonio del doctor ROBERTO CLARO JURE, médico de planta de CAJANAL que atendía a las personas de la tercera edad. Manifestó que como el señor BERMUDEZ B. pertenecía a la tercera edad, iba a controles médicos esporádicos; que precisamente él remitió al paciente al servicio de oftalmología por tener “opacidad del cristalino izquierdo (cataratas)” y en CAJANAL le practicaron “faquatomía con inclusión de lente, posteriormente hizo una panofalmitis (infección) lo que determinó la pérdida del globo ocular posteriormente” (folio cuaderno 1). Sobre la cirugía y los cuidados posteriores, explicó lo siguiente:

“PREGUNTADO: Del mismo modo dígame al Tribunal la clase de cuidados que debe tenerse en este tipo de pacientes en su hospitalización. CONTESTO: Teniendo en cuenta la edad es necesario evaluar constantemente los signos vitales (tensión arterial, pulso, etc.), explicarle al paciente sobre lo que se le va a realizar y los cambios que él va a sufrir posterior o el post-operatorio inmediato, debe estar en un sitio lo más cómodo posible por su edad la bulla y demás cosas los alteran. PREGUNTADO: Igualmente sírvase decirle al Tribunal qué clase de cuidados requieren estos pacientes durante la cirugía? CONTESTO: Fuera de los cuidados de anestesia la técnica adecuada quirúrgica, es indispensable la asepsia y antisepsia de la zona que se va a operar y todo el material instrumental que se utilizan en la cirugía. PREGUNTADO: Así mismo sírvase decirle a la Corporación los cuidados post-quirúrgicos inmediatos que necesitan los pacientes sometidos a esta clase de cirugía. CONTESTÓ: 1° tranquilidad, buena orientación del personal que lo atienda y control del médico cirujano o que lo operó constantemente. PREGUNTADO: Sírvase decirle al Tribunal los cuidados que requieren en la presalida y salida los pacientes sometidos a intervenciones quirúrgicas tales como la realizada o practicada al señor Domingo Antonio Bautista? CONTESTÓ: 1° evitar el manipuleo de la zona operada, ocluir por un tiempo determinado el ojo operado o por el contrario usar gafas protectoras, para evitar cuerpos extraños

que puedan producir infección y lo más importante indicarle al paciente los signos de alarma (lagrimeo, dolor, secreción de pus, coloración blanca, etc.). PREGUNTADO: Dígame al Tribunal si en la historia clínica del paciente debe dejarse constancia de los cuidados brindados al enfermo en las etapas antes mencionadas, igualmente de las observaciones dadas al paciente y de los exámenes de laboratorio practicados al mismo? CONTESTÓ: Sí ya que lo único que respalda la acción médica y el único documento que lo protege es la historia clínica y deben estar los documentos se corrige los laboratorios, los medicamentos prescritos, las indicaciones del caso, las fechas de los controles y el resultado de los mismos. PREGUNTADO: Como profesional de la medicina considera usted que al no brindársele al paciente los cuidados médicos necesarios durante las etapas previas y posteriores una cirugía tales circunstancias pueden traer consecuencias médicas funestas para el enfermo intervenido? CONTESTÓ: Sí y principalmente en las cirugías practicadas a los pacientes de la tercera edad donde se debe programar todo lo que se va a realizar salvo que sea una urgencia. PREGUNTADO: Dígame al Tribunal si médicamente es factible o posible que el paciente Domingo Antonio Bermúdez pudo contraer la infección de la que ya se ha hablado en esta diligencia en la sala de cirugía o dentro de las instalaciones del centro asistencial donde lo habían intervenido? CONTESTÓ: En este momento es difícil comprobarlo ya que no estuve presente durante el acto quirúrgico pero mi respuesta no anula tal posibilidad (...) PREGUNTADO: Dígame al Tribunal si el paciente Domingo Antonio Bermúdez ha sido atento y cuidadoso en el cumplimiento de los tratamientos ordenados por Usted? CONTESTÓ: En las ocasiones que fue a consulta fue receptivo a las indicaciones médicas” (se resaltó, folios 96 a 98 cuaderno 1).

No parece que los dos médicos (testigos) estuviesen hablando sobre el mismo tema, pues mientras el cirujano FLÓREZ LEMUS consideró suficiente la medicación de un antibiótico y un antiinflamatorio, y consideró que el tema de los cuidados postquirúrgicos es un asunto “interminable”; el doctor CLARO JURE explicó a detalle cada uno de los cuidados, orientaciones, informaciones y controles que debe suministrar el cirujano al paciente, en forma previa a la cirugía y en forma posterior a ella.

Así las cosas, resulta demostrado que el daño por el cual reclaman los demandantes, debe serle imputado a CAJANAL, teniendo en cuenta que luego de la cirugía, la única referencia existente en la historia clínica se limitó a habersele dado salida al día siguiente de la intervención. Pero en dicho documento no aparece que se le hubiesen dado órdenes expresas sobre el cuidado que debía mantener en el post-operatorio, o sobre controles inmediatos en el post-operatorio.

Tampoco existen anotaciones sobre la consulta que hizo el paciente, por su iniciativa, días después de la cirugía, cuando presentó molestias en el ojo intervenido, ni de los resultados de esas consultas; sólo al cuarto día de haber egresado de la clínica se le certificó infección, que por no habersele detectado ni tratado oportunamente obligó a la extracción del ojo izquierdo del señor Domingo Antonio Bermúdez.

En este orden de ideas, habrá de CONDENARSE a la demandada por falla en la prestación del servicio médico.

### Liquidación de perjuicios

En la demanda se solicitaron perjuicios de orden moral para todos los demandantes, y fisiológicos y materiales para la víctima directa de la lesión, a los cuales se hará referencia enseguida.

#### a. Perjuicios morales

Como quedó explicado atrás, no sólo se halla demostrado el daño para la víctima directa, concerniente al 60% de pérdida de la capacidad laboral desprendida de la enucleación del ojo izquierdo (dictamen pericial, folio 265 cuaderno 1), sino que además se demostró la calidad de cónyuge y de hijos de los otros demandantes, a partir de la cual la jurisprudencia infiere el dolor sufrido por la lesión grave de alguno de sus miembros.

En la demanda se solicitó por este concepto el valor equivalente a 1.000 gramos de oro para cada uno de los demandantes (folio 2 cuaderno 1).

Aunque la merma definitiva de la capacidad laboral de Domingo Antonio Bermúdez Bautista se certificó en un 60%, dicho porcentaje permite inferir que la persona afectada está totalmente inválida.

La Sala, aplicando el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, ha venido reconociendo a las víctimas con una incapacidad igual o superior al 50%, el 100% de la merma, por considerar que la persona no queda apta para el desempeño laboral. Inclusive en un caso reciente se hizo igual reconocimiento para una persona a la cual se le certificó una merma de la capacidad laboral inferior al 50%, oportunidad en la que se expresó lo siguiente:

“Ahora bien, a pesar de que en el dictamen rendido por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, se determinó que el porcentaje de incapacidad médico laboral que presenta el señor Pérez Flórez es de un 49.85%, dada la mínima diferencia existente entre esta cifra y el 50%, que es el porcentaje a partir del cual la Ley 100 de 1993 artículo 38, dispone que una persona debe ser tenida como invalida total, la Sala, en aras de la efectividad de los principios de equidad e indemnización integral del daño (Ley 446 artículo 16), entiende que Wilton Pérez Flórez para efectos de la reparación de los perjuicios por él sufridos, debe ser tomado como inválido y no como discapacitado y por tanto, la liquidación de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante se hará con base en un 100% de pérdida de su capacidad laboral” (sentencia de 30 de agosto de 2007, exp. 15724, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra).

En cuanto se refiere a la cuantía de la indemnización de este perjuicio inmaterial, debe recordarse que, de conformidad con lo expresado en sentencia del 6 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 intensidad—.

Siendo consecuente con lo dicho y teniendo como referente indemnizaciones otorgadas por la Sala en casos similares, la Sala expresará las condenas en salarios mínimos, la cual quedará así: A favor de Domingo Antonio Bermúdez Bautista, cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes; a favor de Elmis Vargas Vargas, Martha Elena Bermúdez Vargas y María Teresa Bermúdez Vargas, cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes a cada uno de ellos.

#### b. Alteración de las condiciones de existencia para Domingo Antonio Bermúdez Bautista

Aunque en la demanda se calificó este daño como perjuicio fisiológico, la Sala ha adoptado el concepto de alteración de las condiciones de existencia, que comprende no solamente la pérdida

de la posibilidad de realizar otras actividades vitales, que aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia, sino que corresponde a una concepción mucho más comprensiva del daño que se indemniza, por lo cual se han abandonado otras expresiones con las que se refería a este tipo de perjuicio.

Por ese concepto se solicitó a favor de la víctima directa la suma de quince millones de pesos (\$15'000.000), por considerar que la gravedad de la lesión le imposibilita la realización de ciertas actividades que le hacían más agradable su existencia y modifica de manera general su relación con el mundo exterior.

En el caso se probó que Domingo Antonio Bermúdez Bautista quedó en estado de invalidez total, teniendo en cuenta que se le dictaminó por perito médico del Instituto de Medicina Legal, sin objeción alguna, una merma de la capacidad laboral en un 60%, acompañada de “deformidad física que afecta el rostro y perturbación funcional del órgano de la visión” (folio 265 c. 1).

Adicionalmente, la testigo Martha Elizabeth Chacón Rodríguez, persona allegada a la víctima y su familia, puso de presente que

“... era una persona que caminaba mucho, leía mucho. (...) Don Domingo no pudo salir a caminar después del accidente que tuvo, todas las otras actividades como el de leer, ver televisión, estar al día en cuanto a la actualidad por la lesión sufrida no pudo volver a realizar eso...” (folio 94 cuaderno 1).

Es incuestionable que a dicho demandante se le alteraron las condiciones de existencia, daño para cuyo resarcimiento la Sala, dentro de su arbitrio judicial, le otorga el equivalente a sesenta (60) salarios mínimos legales vigentes.

#### c. Perjuicios materiales

En la demanda se puso de presente que no obstante que el señor Domingo Antonio Bermúdez B. tiene la condición de pensionado, era propietario de una tienda que funcionaba en su casa, actividad por la cual percibía un ingreso mensual (adicional a la pensión), de cien mil pesos (\$100.000), los que no volvió a generar ante la imposibilidad de seguir atendiendo el negocio.

Esa circunstancia fue corroborada por la testigo Martha E. Chacón Rodríguez, quien expresó lo siguiente:

“Don Domingo es pensionado de la Caja Nacional y recibía ingresos de una pequeña tienda que atendía en su casa (...) Él recibía unos ingresos aproximados entre 80 y 100 mil pesos mensuales, tengo conocimiento de esto porque es una familia con la que (he) estado con mucho contacto con ella, pasé en esa época bastante tiempo con la familia, por esa razón me enteraba cuánto eran los ingresos que producía (...) también (le) fue imposible volver a atender en la tienda precisamente por lo que él demandaba tanta atención de la familia” (folios 93 y 94 cuaderno 1).

Si bien ese testimonio permite tener por probado que el señor Bermúdez Bautista era el propietario y administrador de una tienda en su casa, no es suficiente para tener por demostrado el ingreso percibido por tal concepto, razón por la que se acudirá a la presunción de que dicha actividad le generaba como ganancia un salario mínimo legal mensual, que para el año 1991 era equivalente a \$51.724,00.

De otra parte, se demostró que el señor Domingo Bermúdez nació el 15 de septiembre de 1915, por lo que para la fecha de la enucleación del ojo izquierdo (25 de septiembre de 1991), tenía 76 años.

Según tabla de mortalidad que incluye la esperanza completa de vida adoptada por la Superintendencia Bancaria a través de resolución 0996 del 29 de marzo de 1990, un hombre de 76 años tendría una expectativa de vida de 7.94 años, es decir, hasta agosto de 1999.

Sin embargo, dentro del proceso no se tiene noticia que el señor Bermúdez Bautista hubiese fallecido, razón por la que debe presumirse que dicha persona aún vive.

Entonces, al sobrepasar la expectativa de vida, debe reconocérsele la indemnización pertinente, a lo cual surge la pregunta de hasta cuándo deben liquidarse dichos perjuicios a título de lucro cesante.

La Sala, en sentencias del 29 de enero de 200 y del 6 de julio de 200, en las que se enfrentó a una situación similar, en la que un demandante sobrepasó la expectativa de vida, liquidó el período consolidado hasta la fecha de la sentencia, y para liquidar el período futuro, reconoció al demandante el valor correspondiente en forma mensual, hasta la fecha de su muerte, para lo cual debía presentar mensualmente un certificado de sobrevivencia.

En la última de las sentencias citadas, del 6 de julio de 2005, razonó así la Corporación:

“La señora Lucrecia Santos Jaimes tenía una expectativa de vida probable de 10.44 años (125.44 meses), según la tabla colombiana de mortalidad adoptada por la Superintendencia Bancaria, por resolución 996 de 29 marzo de 1990, por lo que se debería tomar en cuenta ésta para el cálculo de la indemnización por la muerte de Luis Alberto Santos quien tenía una expectativa de vida probable de 31.94 años (383.28 meses). Adicionalmente, Rosalba Bermúdez era menor que el occiso por lo que se debe calcular con base en la vida probable de éste último.

La indemnización de la señora Lucrecia Santos Jaimes comprende dos períodos: uno vencido o consolidado, que se cuenta desde la fecha en que ocurrieron los hechos hasta el presente, para un total de 147 meses, y el otro, futuro o anticipado, que corre desde la presente fecha hasta el fin de la vida probable de la demandante. Se puede observar que, de acuerdo con la resolución citada, ya se ha cumplido el período de vida probable de la demandante (125.44 meses).

Teniendo en cuenta tal circunstancia se concederá el total del período consolidado, y, respecto del futuro la demandada deberá efectuar pagos mensuales, en períodos contados desde el día en que se profiere esta sentencia y hasta el momento de su muerte, que correspondan al ciento por ciento (100%) de la ayuda que aportaba Luis Alberto Santos para su manutención en el año de 1992, que actualizado a la fecha de este fallo, equivale a \$219.260.44, y que deberá ser reajustado, mensualmente, con fundamento en el índice de precios al consumidor, en el momento de cada desembolso. La señora Santos Jaimes deberá presentar certificado de supervivencia para hacer efectivo cada pago.

Debe anotarse que, en estos casos, cuando se trata de adultos mayores, resulta conveniente realizar un dictamen pericial en el que se determine, de manera aproximada, la vida probable del posible beneficiario, lo que asegura que al momento de dictarse sentencia se pueda determinar el monto total de la indemnización” (se resaltó).

El fundamento de dicho razonamiento es la imposibilidad de saber, con un grado de certeza, el

momento en el que el beneficiario de la indemnización dejará de existir, pues habiendo sobrepasado la expectativa de vida se entiende que ese hecho puede suceder en cualquier momento.

En el párrafo final de la jurisprudencia en cita se consideró que la duda se dispararía, en parte, con un dictamen pericial en el que se determinará “de manera aproximada, la vida probable del afectado”.

Sin embargo, en esta oportunidad la Sala considera que la respuesta a la incertidumbre planteada puede solucionarse con la misma tabla de mortalidad que adopta el gobierno nacional, pues se entiende que los resultados consignados en la misma son producto de estudios específicos y prolongados, sobre una población cierta y sobre unos eventos reales previamente monitoreados, como así se manifiesta en los actos en los que se adoptan dichas tablas.

Resulta entonces más acorde con la línea jurisprudencial de la Corporación liquidar el lucro cesante futuro con base en la expectativa de vida, y más aproximado con el marco técnico de los estudios referidos, aplicar la tabla de mortalidad vigente para el momento en el que se dicta esta sentencia, obteniendo el período futuro a liquidar con base en la expectativa actual de vida que tiene el demandante beneficiario de la condena, conforme a dicha tabla.

Así las cosas, habiendo nacido el señor Domingo Antonio Bermúdez Bautista el 15 de septiembre de 1915, para este momento tiene 93 años cumplidos.

De acuerdo con la resolución N° 1112 del 29 de junio de 2007 expedida por la Superintendencia Financiera de Colombia, mediante la cual adoptó la tablas de mortalidad de los asegurados, un hombre de 93 años tiene una expectativa de vida de 1.59 años (19 meses).

En consecuencia, la expectativa total de la víctima sería de 209 meses, que comprende desde septiembre de 1991 hasta septiembre de 2010, que se le liquidará en los dos períodos: consolidado y futuro.

Entonces, se liquidará a favor del citado demandante el perjuicio material por el ingreso adicional que dejó de percibir a raíz de la pérdida post-quirúrgica de su ojo izquierdo, de acuerdo con los siguientes datos y operaciones:

Ingreso de la víctima al momento del hecho: \$51.724,00

Expectativa de vida total de la víctima: 209 meses

Período consolidado: 190 meses

Período futuro: 19 meses

Índice final: diciembre de 2008 (último conocido): 191.62

Índice inicial: septiembre de 1991: 26.61

Actualización de la base:

ind final (191.62)

RA = VH -----

ind inicial (25.61)

RA = \$51.724 x 7.4822 = \$387.009,00, que por ser inferior al salario mínimo legal mensual que rige para el año 2009, se tomará éste como base para la liquidación, el cual fue fijado en \$497.000,00.

Consolidado: Desde la fecha del hecho (septiembre de 1991) hasta el de esta sentencia (febrero de 2009), esto es 190 meses, aplicando la siguiente fórmula:

$$S = VA \frac{(1+i)^n - 1}{i}$$
$$S = VA \frac{(1.004867)^{190} - 1}{0.004867}$$
$$S = \$497.000 \frac{1.515538}{0.004867}$$

$$S = \$497.000 \times 311.39$$
$$S = \$154'760.830,00$$

Futuro. Por el resto del período de vida probable de la víctima, esto es, 221.68 meses, aplicando la siguiente fórmula:

$$S = VA \frac{(1+0.004867)^n - 1}{i}$$
$$S = VA \frac{(1.004867)^{19} - 1}{0.096637}$$
$$S = VA \frac{0.005337}{0.096637}$$

$$S = \$497.000,00 \times 18.10$$
$$S = \$8'995.700,00.$$

Total perjuicios materiales: CIENTO SESENTA Y TRES MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS TREINTA PESOS (\$163'756.530,00).

No se accederá a la condena en costas por no configurarse los presupuestos del artículo 171 del Código Contencioso Administrativo.

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

FALLA:

PRIMERO. REVÓCASE la sentencia de 23 de octubre de 1997, proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander.

En Su lugar, SE DISPONE:

1°. Declárase a la Caja Nacional de Previsión Social responsable de los perjuicios sufridos por los demandantes DOMINGO ANTONIO BERMÚDEZ BAUTISTA, ELMIS VARGAS VARGAS, MARTHA ELENA BERMÚDEZ VARGAS y MARÍA TERESA BERMÚDEZ VARGAS a raíz de la enucleación del ojo izquierdo del señor Domingo Antonio Bermúdez Bautista, que le fue practicada por la Caja Nacional de Previsión Social el 23 de septiembre de 1991 como consecuencia de panofalmitis adquirida después de que el 4 de septiembre de 1991 se le operara de cataratas.

2°. Como consecuencia de lo anterior, condénase a la Caja Nacional de Previsión Social a pagarle a los actores las cantidades de dinero que correspondan a los siguientes salarios mínimos legales mensuales vigentes, para resarcirles el daño moral: a) A Domingo Antonio Bermúdez Bautista, cien (100); b) A Elmis Vargas Vargas, cincuenta (50); c) A Matha Elena Bermúdez Vargas, cincuenta (50) y a María Teresa Bermúdez Vargas, cincuenta (50).

3°. Condénase a la Caja Nacional de Previsión Social a pagar a Domingo Antonio Bermúdez Bautista la suma que equivalga a sesenta (60) salarios mínimos legales mensuales, por razón de la alteración a las condiciones de existencia.

4°. Condénase a la Caja Nacional de Previsión Social a pagar a Domingo Antonio Bermúdez Bautista la cantidad de CIENTO SESENTA Y TRES MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS TREINTA PESOS (\$163'756.530,00)., para indemnizarle el perjuicio material en la modalidad de lucro cesante.

5°.- Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

SEGUNDO. 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.

TERCERO. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen una vez ejecutoriada la presente sentencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y PUBLÍQUESE.

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

Presidente

RUTH STELLA CORREA PALACIO MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ ENRIQUE GIL BOTERO



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 31 de agosto de 2019

