



**Rama Judicial del Poder Publico
Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del
Atlántico**

**JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO DE
BARRANQUILLA**

Barranquilla, treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Radicado	08001-33-31-003-2012-00071-00
Acción	Reparación Directa
Demandante	Solmeris Contreras Jiménez
Demandado	Instituto de Seguros Sociales – Nueva EPS - Raúl García Tolosa
Juez	Juan Gabriel Wilches Arrieta

1. PRETENSIONES

La señora Solmeris Contreras Jiménez, a través de apoderado, en ejercicio de la acción de reparación directa, solicitó las siguientes declaraciones y condenas:

“1° Se sirva declarar la RESPONSABILIDAD MÉDICA CONTRACTUAL y EXTRA CONTRACTUAL, con la consecuencial RESPONSABILIDAD CIVIL y ADMINISTRATIVA:

1.1.- Del DR. RAUL GARCIA TOLOSA, médico patólogo PARTICULAR, por su biopsia PARTICULAR del 8 de febrero del 2.008, por la INEXACTITUD DE LA PATOLOGÍA, diagnosticando cáncer de mama izquierda que NO padecía la demandante.

1.2.- De la E.P.S. del SEGURO SOCIAL, por los procedimientos médicos INEXACTOS, INADECUADOS, EQUIVOCADOS, DESCUIDADOS NEGLIGENTES y FALLAS en la PRESTACION DEL SERVICIO MEDICO, por FALTA DE PREVISION DE LO PREVISIBLE (CULPA), practicados a la demandante desde el 12 de marzo del 2.008, fecha de su afiliación como beneficiaria, hasta el 31 de julio del 2.008, inclusive, por la REVOCATORIA de la CERTIFICACIÓN DE FUNCIONAMIENTO de la E.P.S. del SEGURO SOCIAL, proferida por la Superintendencia Nacional de Salud, con Resolución #0028 del 15 de enero del 2.007, confirmada con Resolución # 263 del 26 de marzo del 2.007.

1.3.- De la NUEVA E.P.S.S.A., por los procedimientos médicos INEXACTOS, INADECUADOS, EQUIVOCADOS, DESCUIDADOS, NEGLIGENTES y FALLAS en la PRESTACION DEL SERVICIO MEDICO, por FALTA DE PREVISION DE LO PREVISIBLE (CULPA), practicados a la demandante desde el 1° de agosto de 2.008, por la afiliación



de la demandante a la NUEVA E.P.S.S.A., por el TRASLADO EXCEPCIONAL A PREVENCIÓN de los afiliados de la E.P.S. del Seguro Social a la Nueva E.P.S.S.A., dispuesto por el Ministerio de la Protección Social con Decreto 055 del 2.007, modificado por el Decreto 2713 del 2.007, a su vez modificado por el Decreto 781 del 2.008. Hasta la MASTECTOMIA RADICAL de MAMA IZQUIERDA del 10 de diciembre del 2.008, practicada por el DR. AGUSTIN ROLDAN, en condición de agente de las E.P.S. demandadas; y por ello, consecuentemente,

2° Se sirva DECRETAR la REPARACION DIRECTA a la demandante:

2.1.- De los PERJUICIOS MATERIALES, por la suma de CIENTO CINCUENTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$154.500.000.00) M./L., o lo que es lo mismo, el equivalente a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes en el año 2010, mencionados en la REFORMA DE LA DEMANDA del 24 de noviembre del 2.010, divididos en partes iguales entre los tres (3) demandados.

2.2.- De los PERJUICIOS MORALES, por la suma de CIENTO CINCUENTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$154.500.000.00) M./L., o lo que es lo mismo, el equivalente a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes en el año 2010, mencionados en la REFORMA DE LA DEMANDA del 24 de noviembre del 2.010, divididos en partes iguales entre los tres (3) demandados.

2.3.- De los PERJUICIOS DE LA VIDA EN RELACION, por la suma de CIENTO CINCUENTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$154. 500.000.00) M./L., o lo que es lo mismo, el equivalente a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes en el año 2010, mencionados en la REFORMA DE LA DEMANDA del 24 de noviembre del 2.010, divididos en partes iguales entre los tres(3) demandados.

O en otro evento, de los PERJUICIOS MATERIALES, MORALES y de la VIDA DE RELACION, que sean CUANTIFICADOS PERICIALMENTE por AUXILIAR DE LA JUSTICIA (PERITO AVALUADOR), causados por la intervención quirúrgica INNECESARIA SIN PATOLOGIA MALIGNA DE CÁNCER, por la pérdida de un órgano, por la deformidad física, por los daños a la vida de relación, por el sufrimiento de ella y de su familia, por la intranquilidad, por los quebrantos de salud, por la posible muerte, diversos gastos, transportes, pelucas, etc., a cargo de los demandados.

3° Se sirva CONDENAR a los demandados al PAGO de los INTERESES BANCARIOS MORATORIOS del art. 884 del C.Co., a partir de la ejecución de la condena atinente.

4° Se sirva **CONDENAR** a los demandados al **PAGO** de la **INDEXACION** de las sumas adeudadas.

5° Se sirva **CONDENAR** a los demandados al **PAGO** de las **COSTAS** del proceso.

SUBSIDIARIAS

Espero se sirva hacer las declaraciones que sean del evento”.

2. FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

2.1 De hecho:

La señora Solmeris Contreras Jiménez se realizó por cuenta propia, biopsia mamaria, con el profesional de la salud, doctor Raúl García Tolosa, quien el 8 de febrero de 2008, luego del respectivo estudio, le diagnosticó “**CANCER DE MAMA IZQUIERDA**”.

El 12 de marzo de 2008, la hoy demandante se afilió al Sistema de Seguridad Social en Salud, en calidad de beneficiaria de su compañero, señor Álvaro Amézquita Esteban.

A partir del 1° de agosto de 2008, con fundamento en lo dispuesto en el Decreto 055 del 2007, relativo al traslado excepcional a prevención de los usuarios del extinto Instituto de Seguros Sociales – ISS, fue afiliada a la Nueva EPS.

Aseveró que el 10 de diciembre de 2008, pese a que no padecía la enfermedad diagnosticada, fue sometida a la cirugía denominada “*mastectomía radical de mama izquierda*”, la cual fue realizada por el galeno, Agustín Roldan.

Luego de ese procedimiento quirúrgico, la muestra de la mama izquierda fue enviada a patología, examen que estuvo a cargo de dos (2) especialistas diferentes, quienes concluyeron “**NEGATIVA PARA MALIGNIDAD**”.

2.2 De derecho:

Como fundamentos normativos de las pretensiones, se invocaron los siguientes:

- Constitución Política: artículos 2°, 4°, 5°, 6°, 11, 13, 23 y 29.
- Código Contencioso Administrativo: artículos 3°, 6°, 7°, 9°, 86, 136, 137, 138, 139, 142 y 143.
- Código de Procedimiento Civil: artículos 75 y siguientes
- Código Civil: artículos 6°, 1494, 1738 y 2341.
- Código de Procedimiento Penal: artículos 25 y 67.

- Código de Penal: artículos 9°, 111, 112, 113, 114, 115 y 116.
- Ley 153 de 1887.

3. POSICIÓN DE LAS PARTES

3.1 Demandante

Se argumentó, en síntesis, que los demandados son patrimonialmente responsables por falla del servicio, originada por el error de diagnóstico de cáncer de mama izquierda, con fundamento en el cual se practicó a la actora de manera innecesaria la cirugía denominada *“mastectomía radical de mama izquierda”*.

3.2 Demandados

3.2.1 Organización Clínica Bonnadona Prevenir S.A.

A través de apoderada, se opuso a todas y cada una de las pretensiones. Como fundamentos de la defensa expuso, en resumen, la inexistencia de la falla del servicio alegada, toda vez que no hubo negligencia, descuido o impericia en la atención prestada a la demandante.

Indicó que, bajo ninguna circunstancia, su representada estaba llamada a asumir responsabilidad por la actuación de terceros, personas naturales y/o jurídicas, dada la ausencia de solidaridad entre los demandados y la divisibilidad de los actos en los cuales intervino cada uno de ellos.

Propuso las siguientes excepciones: i) no se agotó previamente el requisito de procedibilidad para todos los demandados; ii) caducidad; iii) hecho de la naturaleza humana que constituye fuerza mayor; iv) no hubo culpa, negligencia, ni descuido y mala fe de la Organización Clínica Bonnadona Prevenir S.A., ni del personal médico que atendió a la demandante, porque solo prestó sus instalaciones para que un profesional ajeno a ella realizara la intervención; v) Inexistencia del nexo causal entre el hecho y el daño; vi) conducta de un tercero por el cual no puede responder la Organización Clínica Bonnadona Prevenir S.A., y rompimiento del vínculo de solidaridad; vii) genérica.

3.2.2 Raúl García Tolosa

Por conducto de apoderado, negó haber incurrido en acción u omisión alguna generadora de responsabilidad, pues su actuación estuvo enmarcada en el ámbito científico de la especialidad médica de patología.

Señaló que procedió conforme a las reglas previstas para la realización de las biopsias.

Aseveró que la ausencia de evidencia sobre la presencia del tumor residual luego de la mastectomía, no desvirtuaba el diagnóstico inicial de la actora, dado que previamente fue sometida a ciclos de quimioterapia.

Formuló las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva y falta de competencia.

3.2.3 Nueva EPS

Se resistió a las pretensiones, indicando que carecían de los fundamentos factico – jurídico necesarios para imputarle responsabilidad

Aseguró que la realización de biopsia con fundamento en la cual la señora Solmeris Contreras Jiménez, fue diagnosticada con cáncer de mama, no fue ordenada, ni realizada por esa entidad.

Indicó que no realizó la biopsia con base en la cual la hoy demandante fue diagnosticada con cáncer de mama, limitándose su intervención a dar continuidad, a través de su red de prestadores de servicios, a los tratamientos y procedimientos ordenados por el extinto Instituto de Seguros Sociales – ISS.

Aseveró que la cirugía de mastectomía, fue realizada de forma preventiva, a fin de evitar metástasis y recaídas en la paciente.

Por lo anterior, solicitó denegar las súplicas del libelo genitor. Sin embargo, en evento de concluirse la existencia de responsabilidad, recaería sobre el especialista en patología, Raúl García Tolosa, por emisión de un diagnóstico errado, a partir del cual se realizaron los tratamientos y el procedimiento quirúrgico ordenados por los galenos del ISS.

Propuso las siguientes excepciones: i) ausencia de responsabilidad de la Nueva EPS, por cuanto los aducidos errores diagnósticos se dieron con antelación a su entrada en funcionamiento; ii) cumplimiento cabal de las obligaciones de la Nueva EPS; iii) eximente de responsabilidad por hecho de un tercero; iv) genérica.

3.2.4 Patrimonio Autónomo de Remanentes ISS en Liquidación

A través de apoderado, solicitó desestimar las declaraciones y condenas del libelo, pues a pesar de estar obligado a atender los procesos judiciales adelantados en contra del extinto Instituto de Seguros Sociales - ISS, no ostentaba la calidad de sucesor procesal de la desaparecida entidad.

Planteó los medios defensivos denominados i) falta de legitimación en la causa por pasiva; ii) inepta demanda; iii) cobro de lo no debido; y, iv) falta de causa para demandar.

3.2.5 Ministerio de Salud y de la Protección Social

No contestó la demanda.

4. ACTUACIÓN PROCESAL

Inicialmente, la demanda fue dirigida a los Juzgados Laborales del Circuito de esta ciudad, correspondiendo, por reparto, al Juzgado Catorce de esa especialidad; empero, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la Nueva EPS en contra del auto del 28 de junio de 2011 (fls. 253 al 254), el Tribunal Superior del Distrito Judicial – Sala de Decisión Laboral, declaró la nulidad procesal de todo lo actuado, por falta de jurisdicción, a partir del auto admisorio, inclusive. En consecuencia, ordenó remitir el expediente al Centro de Servicio de los Juzgados Administrativos para su respectivo reparto entre los despachos pertenecientes a la jurisdicción contencioso – administrativa (fls. 278 al 286).

Sometido nuevamente el expediente a las formalidades del reparto, se adscribió al Juzgado Tercero Administrativo de Barranquilla, el cual avocó el conocimiento del asunto (fl. 289).

En virtud de lo dispuesto en el Acuerdo No. PSAA 12-9437 del 22 de mayo de 2012, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico, el expediente fue remitido a la Oficina de Servicios de los Juzgados Administrativos, para su reparto entre los Juzgados Administrativos Permanentes y de Descongestión (fl. 290), asignándose al Juzgado Quinto Administrativo de Descongestión de Barranquilla, el cual mediante proveído del 3 de agosto de 2012, asumió el conocimiento de la litis (fl. 293).

Por auto del 18 de septiembre de 2012, se concedió a la demandante el término de cinco (5) días, con el objetivo de que adecuara la demanda a las exigencias previstas en el Código Contencioso Administrativo (fl. 300).

Mediante proveído del 22 de octubre de 2012, se inadmitió la demanda (fl. 302).

El 20 de mayo de 2013, se admitió la demanda (fl. 75 cdno. 2), providencia adicionada el 31 de julio de esa misma anualidad (fl. 101 cdno. 2).

El 22 de enero de 2014, se resolvió tener como litisconsortes necesarios a la IPS Clínica Bonnadona, Misión Médica Ltda. y al profesional de la salud Agustín Roldán (fl. 124 cdno. 2).

El 15 de julio de 2014, se aperturó el trámite del incidente de nulidad formulado por la Organización Clínica Bonnadona Prevenir S.A., del cual se corrió traslado a la parte actora (fl. 191).

Mediante proveído del 3 de octubre de 2014, expedido con fundamento en el Acuerdo No. 000110 del 27 de agosto de 2014, de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se ordenó la remisión del expediente a la Oficina de Servicio de los Juzgados Administrativos para su redistribución (fl. 181 cdno. 2).

El 20 de octubre de 2014, el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Barranquilla, avocó el conocimiento del litigio (fl. 182 cdno. 2). Posteriormente, se ordenó reorganizar y foliar nuevamente el expediente (fl. 183 cdno. 2).

Por auto adiado 9 de febrero de 2015, se dispuso fijar en lista del proceso (fl. 184 cdno. 2), decisión cuyo ordinal primero fue dejado sin efectos jurídicos. En su lugar, se ordenó la notificación del admisorio a la Fiduciaria la Previsora S.A., en calidad de representante legal del Instituto de Seguros Sociales - ISS en Liquidación (fl. 186 cuaderno 2).

Mediante proveído adiado 29 de abril de 2015, se resolvió tener al Patrimonio de Remanentes del Instituto de Seguro Sociales - ISS en Liquidación y al Ministerio de la Protección Social como sucesores procesales (fls. 208-209 cdno. 2).

Con apoyo en la redistribución de procesos ordenada por la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico, el proceso fue remitido al Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Barranquilla, célula judicial que avocó el conocimiento de la litis (fl. 229 cdno. 2).

El 18 de noviembre de 2015, se tuvo por notificada por conducta concluyente, a la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A., en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales - ISS en Liquidación (fl. 235 cdno. 2).

De conformidad a lo dispuesto en el Acuerdo No. 000223 del 11 de noviembre de 2015, emanado de la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura, se ordenó la remisión del proceso al Juzgado Quince Administrativo del Circuito de Barranquilla (fl. 237 cdno. 2), el cual asumió el conocimiento de la litis (fl. 240 cdno. 2).

El 26 de febrero de 2016, se fijó nuevamente en lista la demanda (fl. 242 cdno. 2).

Mediante providencia del 20 de mayo de 2016, con ocasión del escrito presentado por la parte actora, el despacho se pronunció acerca del auto admisorio y su notificación a ese sujeto procesal (fl. 245 cdno. 2).

El 23 de agosto de 2016, se decretó la apertura del ciclo probatorio (fl. 249 cdno. 2).

A través de proveído del 10 de octubre de 2016, se fijó fecha y hora para recepcionar declaración a los señores Felipe Márquez Caballero y Ana Isabel Sierra Navas (fl. 295 cdno. 2), ordenación reiterada el 16 de noviembre de esa misma anualidad.

Por auto adiado 15 de marzo de 2017, se ordenó requerir a la Nueva EPS, en punto a que aportara los documentos señalados en proveído del 23 de agosto de 2016 (fl. 354 cdno. 2).

El 15 de agosto de 2017, se corrió traslado a las partes por el término de 10 días hábiles para alegar de conclusión (fl. 370 cdno. 2).

Mediante proveído del 10 de octubre de 2017, se ordenó oficiar al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, con el propósito de que practicara dictamen pericial a la actora (fl. 413 cdno. 2), decisión aclarada el 1° de diciembre de 2017 (fls. 417 – 418 cdno. 2).

El 31 de enero de 2018, se rechazó, por improcedente, el recurso de apelación interpuesto contra el auto aclaratorio (fl. 422 cdno. 2).

Posteriormente, el 7 de febrero de 2018, se fijó en lista el recurso de reposición y en subsidio queja interpuesto contra el auto que rechazó el recurso de alzada (fl. 427 cdno. 2).

En auto del 24 de abril de 2018, se resolvió no reponer la decisión recurrida (fl. 429 cdno. 2).

El 22 de junio de 2018, se ordenó corregir la parte motiva y resolutive del proveído adiado 31 de enero de esa misma anualidad. De igual manera, se rechazó de plano el incidente de nulidad procesal formulado por la parte demandante (fl. 442 -443 cdno. 2).

A través de providencia del 4 de julio de 2018, se rechazó por improcedente el recurso de apelación interpuesto contra el auto anterior; en su lugar, se ordenó tramitar la reposición (fl. 448 cdno. 2).

El 8 de agosto de 2018, se resolvió no reponer el auto calendado 4 de julio de la misma anualidad (fls. 455 al 456 cdno. 2).

Por auto adiado 10 de septiembre de 2018, el H. Tribunal Administrativo del Atlántico - Sala “C” Mixta, confirmó la providencia del 4 de julio de 2018 (fl. 45 cdno. 2 recurso de queja).

Mediante proveído del 30 de noviembre de 2020, se ordenó relevar al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de la práctica del dictamen pericial. En su reemplazo, se designó a la Asociación Colombiana de Oncología (fl. 9 cdno. 3 digitalizado), entidad que también fue separada del encargo, con base en lo informado al despacho, acerca de la carencia de especialidad sobre la materia objeto del dictamen. Por lo anterior, se designó a la Asociación Colombiana de Mastología (fl. 15 cdno. 3 digitalizado).

El 27 de abril de 2021, se negó la solicitud de ampliación del cuestionario del dictamen pericial. Así mismo, se ordenó, por segunda vez, a la Asociación Colombiana de Mastología dictaminar sobre los puntos señalados en proveído del 10 de octubre de 2017 (fl. 24 cdno. 3 digitalizado).

Posteriormente, el apoderado de la parte demandante solicitó corrección del referido cuestionario, pedimento que fue denegado a través de proveído del 26 agosto de 2021 (fl. 33 cdno. 3 digitalizado).

Luego, por auto del 16 de septiembre de 2021, se resolvió no acceder a la solicitud de adición de la providencia del 26 de agosto de esa misma anualidad. De igual manera, se corrió traslado a los sujetos procesales del escrito remitido por la Asociación Colombiana de Mastología (fl. 46 cdno. 3 digitalizado).

El 13 de octubre de 2021, se ordenó requerir a la mentada asociación, con el objetivo de que informara el valor global de los gastos de la pericia encomendada (fl. 51 cuaderno 3. digitalizado).

En providencia del 27 de octubre de 2021, se requirió a las partes, para que acreditaran el pago del valor correspondiente a los gastos necesarios para la realización del dictamen pericial (fl. 54 cdno. 3 digitalizado).

Por auto calendado 29 de noviembre de 2021, se puso en conocimiento a las partes del memorial presentado por el Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales - ISS (fl. 65 cdno. 3 digitalizado).

Más adelante, el 29 de marzo de 2022, se requirió a la Asociación Colombiana de Mastología, a fin de que remitiera el dictamen pericial encomendado.

A través de providencia adiada 5 de abril de 2022, se corrió traslado a las partes del dictamen.

Mediante auto del 1° de junio de 2022, se resolvió no acceder a la solicitud de complementación de ese medio de prueba; sin embargo, se accedió a su aclaración.

El 14 junio de 2022, se ordenó requerir a la especialista en mastología, designada por la Asociación Colombiana de Mastología, a fin que cumpliera a lo ordenado en providencia del 1° de idénticos mes y año.

Por auto adiado 1° de julio de la cursante anualidad, se corrió traslado a las partes del escrito aclaratorio del dictamen pericial.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1 Nueva EPS

El apoderado de esa entidad se ratificó en las razones expuestas en el escrito de contestación de la demanda.

5.2 Raúl García Tolosa

Reiteró la solicitud de denegatoria de las pretensiones del libelo introductorio.

5.3 Ministerio de Salud y Protección Social

Manifestó que la demandante se abstuvo de indicar con claridad las supuestas acciones u omisiones en las que supuestamente incurrió el Instituto de Seguro Sociales – ISS durante el tratamiento realizado a la demandante, lo cual impedía analizar la relación entre el daño alegado y la actuación del extinto ISS.

6. CONSIDERACIONES

6.1 Validez procesal

El trámite procesal se adelantó con observancia de los preceptos de orden constitucional y legal, sin que se advierta causal de nulidad susceptible de invalidar lo actuado.

6.2 Excepciones

Previo a estudiar el fondo del asunto, se analizarán las excepciones propuestas, así:

6.2.1 Organización Clínica Bonnadona Prevenir

6.2.2 No se agotó previamente el requisito de procedibilidad para todos los demandados.

Se argumentó que el requisito de procedibilidad de conciliación extrajudicial, no fue agotado con antelación a la presentación de la demanda, conforme a lo dispuesto en la Ley 640 de 2001; por el contrario, la parte actora aceptó que dicha exigencia se satisfizo el 16 de enero de 2013, esto es, con posterioridad al pronunciamiento que ordenó adecuar la demanda a las exigencias previstas en el C.C.A.

Tenemos sabido que el artículo 37 de la Ley 640 de 2001, instituyó la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo; sin embargo, su exigibilidad tuvo lugar con la entrada en vigor de la Ley 1285 de 2009, cuyo artículo 13, aprobó el artículo 42A de la Ley 270 de 1996¹, el cual establece:

“Artículo 42A. Conciliación judicial y extrajudicial en materia contencioso-administrativa. A partir de la vigencia de esta ley, cuando los asuntos sean conciliables, siempre constituirá requisito de procedibilidad de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que lo sustituyan, el adelantamiento del trámite de la conciliación extrajudicial”.

¹ Sentencia Consejo de Estado. C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez, radicado 47783 de 2013. Calle 40 No. 44-39 Piso 10 Of. 10C Edificio Cámara de Comercio
Correo institucional: adm15bqlla@cendoj.ramajudicial.gov.co
Celular: 321-7715810
Barranquilla – Atlántico – Colombia

En el *sub examine*, se advierte que inicialmente la demanda fue presentada ante la jurisdicción ordinaria laboral; sin embargo, en providencia del 10 de abril de 2012, el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla - Sala de Decisión Laboral, en sede de apelación, con ocasión del recurso de alzada interpuesto en contra de la decisión adiada 13 de abril de 2011, a través de la cual el juzgado de primer grado tuvo por no contestada la demanda por parte de la Nueva EPS, se declaró la nulidad procesal de todo lo actuado, a partir del auto admisorio, por falta de jurisdicción, ordenando, en consecuencia, remitir el expediente a la especialidad contencioso administrativa.

Agotadas nuevamente las diligencias de reparto, el conocimiento del asunto correspondió al Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Barranquilla, despacho que, a su vez, en virtud de la redistribución de procesos realizada por la Oficina de Servicios de los Juzgados Administrativos de esta ciudad, lo remitió al Juzgado Quinto Administrativo de Descongestión del Circuito de Barranquilla, el cual concedió a la parte demandante el término de cinco (5) días para adecuar de la demanda a los requisitos previstos en la normatividad procesal administrativa, entre otros, el relativo a aportar la constancia de haber realizado la audiencia de conciliación extrajudicial.

A fin de satisfacer la orden impartida, la parte demandante allegó la constancia de no conciliación, calendada 16 de enero de 2013, razón por la cual, en providencia del 20 de mayo de esa anualidad, el mencionado despacho judicial admitió la demanda incoada a través de los cauces de la acción de reparación directa.

Siendo así, estima el despacho que la parte actora satisfizo el requisito de procedibilidad, pues a pesar de que su agotamiento, por regla general, en tanto presupuesto de la acción, debe verificarse con anterioridad a la presentación de la demanda, no puede perderse de vista que en este caso el litigio inicialmente estuvo a cargo de la especialidad laboral, la cual declinó su conocimiento por falta de jurisdicción, disponiendo, consecuentemente, la nulidad procesal de todo lo actuado. Por lo tanto, si a partir de ese momento se requería nuevamente trabar la relación jurídico – procesal, únicamente podía entenderse cumplido el requisito de procedibilidad, una vez el operador judicial contencioso administrativo ordenó adecuar la demanda, pues en la primigenia oportunidad en la que se ejercitó el derecho de acción, el litigio estuvo a cargo de otra jurisdicción en la cual el acatamiento de exigencia no es indispensable. De tal manera que, resultaba jurídica y materialmente imposible su agotamiento en aquella ocasión.

Acorde a lo anterior, la presente excepción no está llamada a prosperar.

6.2.3 Caducidad

Se planteó que la Clínica Bonnadona, Misión Medica Ltda., y el profesional de la salud Agustín Roldan, no fueron convocados en la solicitud de conciliación y

tampoco fueron llamados en la demanda integrar el litisconsorcio necesario por pasiva, razón por la cual operó el fenómeno de caducidad de la acción respecto de esos sujetos procesales, originando, a la postre, que la presentación inicial de la demanda ante la jurisdicción ordinaria laboral, no interrumpiera la caducidad, dado que esa especialidad carecía de jurisdicción.

De otro lado, señaló que los hechos originarios de la presentación de la demanda, ocurrieron el 8 de febrero de 2008; sin embargo, cuando el proceso fue remitido a la jurisdicción competente, habían transcurrido más de cuatro (4) años. Además, la solicitud de conciliación extrajudicial no interrumpió el término de caducidad, toda vez que la misma se realizó luego de la presentación de la demanda.

La caducidad es un fenómeno procesal, en virtud del cual, por el transcurso del tiempo, sin que se hayan ejercitado las acciones o medios de control judicial correspondientes, se pierde para el administrado la posibilidad de acudir a la vía jurisdiccional.

El artículo 136 del CCA, modificado por el Decreto No. 2304 de 1989, a su vez, modificado por el artículo 2° de la Ley 446 de 1998, establece: *“La de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquiera otra causa.”*

Sobre lo primero, esto es, la ocurrencia de la caducidad, a raíz de que los litisconsortes no fueron llamados en la demanda a integrarlo y tampoco convocados en la solicitud de conciliación formulada por la actora, el despacho no comparte dicho argumento, dado que la oportunidad para la integración de esa figura procesal puede o debe realizarse hasta antes de dictar sentencia de primera instancia, motivo por el cual mal se podría afirmar que respecto de los litisconsortes señalados en la excepción, operó la caducidad de la acción; mucho menos, que debió agotarse la conciliación extrajudicial cuando no fueron sujetos pasivos de la demanda.

En ese sentido, se ha señalado² que la caducidad se predica de la oportunidad que tiene el actor de reclamar un derecho, no sobre el plazo que se tiene respecto de cada demandado o litisconsorte necesario por pasiva, comoquiera que estos últimos pueden ser vinculados al proceso de oficio o a petición de parte, incluso, hasta el día anterior a proferirse sentencia de primera instancia. Así mismo, ni en la ley, ni jurisprudencia se establece que en relación con los litisconsortes necesarios por pasiva, deba agotarse el requisito de conciliación o se tenga determinado lapso para intentar pretensiones.

² Consejo de Estado – Sección Tercera. Auto del 14 de septiembre de 2015. Exp. No. 25000-23-36-000-2013-01437-01(52378); C.P Dr. Hernán Andrade Rincón. Calle 40 No. 44-39 Piso 10 Of. 10C Edificio Cámara de Comercio Correo institucional: adm15bqlla@cendoj.ramajudicial.gov.co Celular: 321-7715810 Barranquilla – Atlántico – Colombia

De otro lado, en cuanto a la operancia de la caducidad, porque la demanda fue remitida a la jurisdicción competente, transcurridos más de cuatro (4) años desde la ocurrencia de los hechos, aunado a que la solicitud de conciliación extrajudicial no interrumpió el término de caducidad, pertinente señalar que la jurisprudencia del Órgano de Cierre de esta jurisdicción, ha precisado, sin ambages, que *“la presentación de la primera demanda hace inoperante el término de caducidad e interrumpe la prescripción, así el libelo no se remita oportunamente a la jurisdicción que debe conocer”*³, lo cual resulta suficiente para concluir que no le asiste razón a la excepcionante al afirmar que operó el fenómeno de la caducidad de la acción, con fundamento en que desde la ocurrencia de los hechos originarios de la presentación de la demanda (8 de febrero de 2008), hasta la remisión del expediente para su reparto entre los juzgados administrativos de esta ciudad, transcurrieron más de cuatro (4) años.

Obsérvese, además, que a pesar de que el informe de patología PQ 613-08, rendido por el médico patólogo, doctor Raúl García Tolosa, con fundamento en el cual se diagnosticó a la actora cáncer mamario, fue emitido el 8 de febrero de 2008, lo cierto es que para efectos del inicio del cómputo del término de caducidad, debe tenerse en cuenta el segundo informe de patología⁴, cuya muestra fue recibida el 10 de diciembre de 2008, data en la que la actora tuvo conocimiento del daño alegado en la demanda. Por consiguiente, el término para presentar la demanda, fenecía el 10 de diciembre de 2010; empero, como ello ocurrió el 17 de septiembre de esa anualidad, fácil resulta concluir la inoperancia de la caducidad de la acción.

Las anteriores razones, resultan suficientes para desestimar la excepción analizada.

6.2.4 Respecto a los restantes medios exceptivos, dado que los argumentos en los cuales se hicieron descansar, guardan estrecha relación con el fondo de la litis, su análisis se realizará en las consideraciones de la sentencia.

6.2.5 Raúl García Tolosa

6.2.6 Falta de legitimación en la causa por pasiva

Adujo carencia de legitimación en la causa por pasiva, dado que no ordenó, ni intervino en la práctica de la mastectomía radical a la que fue sometida la actora.

Acerca de la legitimación en la causa, el H. Consejo de Estado ha señalado:

“(…)

La legitimación en la causa hace referencia a la posibilidad de que la persona formule o contradiga las pretensiones de la

³ Sentencia del 31 de mayo de 2013, Consejo de Estado. Radicado: 54001-23-31-000-2012-00236-01 (457229), C.P. Dra. Stella Conto Díaz del Castillo.

⁴ Cuyo resultado concluyó *“NEGATIVO PARA MALIGNIDAD RESIDUAL”*, Calle 40 No. 44-39 Piso 10 Of. 10C Edificio Cámara de Comercio
Correo institucional: adm15bqlla@cendoj.ramajudicial.gov.co
Celular: 321-7715810
Barranquilla – Atlántico – Colombia



demanda, por ser el sujeto activo o pasivo con interés en la relación jurídica sustancial debatida en el proceso. Como se observa, las personas con legitimación en la causa, se encuentran en relación directa con la pretensión, ya sea desde la parte activa, como demandante, o desde la parte pasiva, como demandado.

(...)

Ahora bien, según se hable de la legitimación del demandante o demandado, estamos en presencia de la falta de legitimación en la causa por activa y por pasiva, respectivamente. La legitimación en la causa por pasiva, en el proceso contenciosos administrativo, necesariamente debe entenderse a la luz del concepto de capacidad para ser parte. En otros términos, la falta de legitimación por pasiva sólo puede predicarse de las personas que tienen capacidad para ser parte en el proceso.⁵

(...)”

En el caso de marras, fluye acreditado que el médico patólogo Raúl García Tolosa, rindió el informe de patología PQ 613 – 08, con base en el cual se diagnosticó a la señora Solmeris Contreras Jiménez “*Carcinoma Ductal infiltrante grado nuclear II, Grado Histológico 2 Puntaje 6 en la escala NOTTINGHAM que modifica al sistema BLOOM RICHARDSON*”, resultado que, en su parecer, deviene incorrecto y, a la postre, originó el daño que motivó el ejercicio de la acción de reparación directa.

Así planteado el litigio, frente a la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta, el despacho estima que, sin perjuicio de que los argumentos esgrimidos por el demandado García Tolosa puedan llegar a demostrarse, el mencionado profesional de la salud sí está llamado a resistir las pretensiones, dada su conexión con los hechos; o lo que es igual, con las imputaciones fáctico – jurídicas concretas señaladas en la demanda, específicamente, en lo relacionado con la determinación de su efectiva participación o relación con el daño causado (diagnóstico errado), aspecto que únicamente podría dilucidarse al momento de examinar el fondo de la controversia, previa valoración del recaudo probatorio.

En esas condiciones, deviene impróspera la excepción formulada.

6.2.7 Falta de competencia

Se arguyó que pesar de que el señor Raúl García Tolosa ejercía sus funciones en el servicio público de salud, éstas eran ajenas al ámbito administrativo, razón por la cual, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 1° del Código

⁵ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de unificación de jurisprudencia, 25 de septiembre de 2013, exp. 20.420.
Calle 40 No. 44-39 Piso 10 Of. 10C Edificio Cámara de Comercio
Correo institucional: adm15bqlla@cendoj.ramajudicial.gov.co
Celular: 321-7715810
Barranquilla – Atlántico – Colombia

Contencioso Administrativo, esta jurisdicción no estaba llamada a conocer la controversia frente a él.

Sea lo primero señalar que, a pesar de que la excepción analizada se intituló bajo el *nomen iuris* de falta de competencia, en realidad, su basamento se direccionó a demostrar la denominada falta de jurisdicción.

El artículo 82 del C.C.A., señala que la jurisdicción de lo contencioso administrativo tiene competencia para decidir las controversias y litigios originados entre entidades estatales o entre estas y particulares, así:

“ARTICULO 82. OBJETO DE LA JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. *La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.*

Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.

La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley. Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional”.

Por su parte, el Máximo Tribunal de esta jurisdicción, de antaño, ha desarrollado la teoría del fuero de atracción, según la cual, cuando sean demandadas una o varias entidades públicas y otras de carácter privado, corresponde al contencioso – administrativo dirimir la controversia, siempre que desde la formulación de las pretensiones y su soporte probatorio, pueda inferirse que existe una probabilidad mínimamente seria de que la entidad o entidades públicas demandadas, por cuya implicación en la *litis* resultaría competente el juez administrativo, sean efectivamente condenadas.

A modo de guisa, en sentencia del 30 de agosto de 2007; Exp. No. 1995-00004-01(15635); C.P Dr. Ramiro Saavedra Becerra, se sostuvo:

“(…)

Esta es la jurisdicción a la que corresponde dirimir este litigio, conforme lo decidió la Sala en auto proferido en este proceso, con sustento en que la circunstancia de que algunos de los sujetos vinculados al proceso sean juzgados generalmente

por el juez ordinario, no excluye la competencia de esta jurisdicción por la aplicación del fuero de atracción. Basta que el demandante, con suficientes fundamentos fácticos y jurídicos como en el caso presente, impute acciones u omisiones contra varios sujetos y que uno de ellos deba ser juzgado por esta jurisdicción, para que ésta asuma la competencia, sin que resulte relevante que la sentencia finalmente absuelva al ente público.

(...)"

De manera más reciente, en decisión del 25 de julio de 2019, Exp. No. 2007-00128-01(51687); C.P Dra. Martha Nubia Velásquez Rico, se indicó:

"(...)

El fuero de atracción resulta procedente siempre que, desde la formulación de las pretensiones y su soporte probatorio, pueda inferirse que existe una probabilidad mínimamente seria de que la entidad o entidades públicas demandadas, por cuya implicación en la litis resultaría competente el juez administrativo, sean efectivamente condenadas. (...). Tal circunstancia es la que posibilita al mencionado juez administrativo adquirir y mantener la competencia para fallar el asunto en lo relativo a las pretensiones lanzadas contra aquellos sujetos no sometidos a su jurisdicción, incluso en el evento de resultar absueltas, por ejemplo, las personas de derecho público, igualmente demandadas, cuya vinculación a la litis determina que es la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo la llamada a conocer del pleito. (...). la Sección precisó que la circunstancia de que algunos de los sujetos vinculados al proceso sean juzgados generalmente por el juez ordinario, no excluye la competencia de esta jurisdicción por la aplicación del fuero de atracción. Basta que el demandante, con suficientes fundamentos fácticos y jurídicos, impute acciones u omisiones contra varios sujetos y que uno de ellos deba ser juzgado por esta jurisdicción, para que ésta asuma la competencia, sin que resulte relevante que la sentencia finalmente absuelva al ente público. (...). la Sección reiteró que, cuando se formula una demanda, de manera concurrente, contra una entidad estatal y contra un sujeto de derecho privado, por un asunto que en principio debería ser decidido ante la jurisdicción ordinaria, el proceso debe adelantarse ante esta jurisdicción, que adquiere competencia para definir la responsabilidad de todos los demandados. (...) se concluye que esta jurisdicción tiene competencia para vincular y juzgar a los particulares o personas de derecho privado en virtud del fuero de atracción, aun cuando al momento de realizar el análisis probatorio del proceso se establezca que la entidad pública, también demandada, no es responsable de los hechos y daños que se le atribuyen en el libelo. (...) el factor de conexión que da lugar a la aplicación del fuero de atracción y que permite la vinculación de personas privadas que, en principio, están sometidas al

juzgamiento de la jurisdicción ordinaria, debe tener un fundamento serio, es decir, que en la demanda se invoquen acciones u omisiones que, razonablemente, conduzcan a pensar que su responsabilidad pueda quedar comprometida.

(...)"

Bajo ese hilo conductor, se advierte que en el *sub-examine*, las pretensiones de la demanda se hicieron descansar en la supuesta falla del servicio enrostrada al Instituto de Seguros Sociales – ISS (entidad estatal), Nueva EPS y el doctor Raúl García Tolosa, a raíz de supuestas inexactitudes en el informe de patología que sirvió de soporte para emitir el diagnóstico de cáncer de mama a la demandante y, posteriormente, ordenar la realización de procedimientos médicos inadecuados y equivocados. Sobre esa faceta de la controversia, el libelo introductorio ilustra lo siguiente:

"(...)

Segundo. - El 12 de marzo del 2.008, SOLMERIS CONTRERAS JIMENEZ, es afiliada como beneficiaria a la E.P.S. del SEGURO SOCIAL, por su compañero ALVARO AMEZQUITA ESTEBAN, afiliado, cotizante, asegurado y pensionado, con el cual convivía en ese entonces, desde hacía varios años. Desde su afiliación a la E.P.S. del SEGURO SOCIAL, el 12 de marzo del 2.008, hasta el 31 de julio del 2.008, recibió de la E.S.P. del SEGURO SOCIAL, asistencia médica y farmacológica, con procedimientos médicos INEXACTOS, INADECUADOS, EQUIVOCADOS, DESCUIDADOS, NEGLIGENTES, con FALLAS EN LA PRESTACION del SERVICIO MEDICO, POR FALTA de PREVISION DE LO PREVISIBLE (CULPA), hasta el 31 de julio del 2.008, inclusive, con las consecuenciales RESPONSABILIDADES.

(...)"

Acorde a esas premisas fácticas, se advierte que en la demanda se cuestionó el proceder del Instituto Seguros Sociales – ISS en la causación del daño antijurídico alegado por la actora, adicional a que, según lo afirmado por la Nueva EPS, aquella entidad emitió la orden para llevar a cabo una mastectomía calificada de innecesaria, pues según el dicho de la actora, no padecía el cáncer de mama erróneamente diagnosticado, lo cual permite inferir de manera liminar y razonada que podría resultar comprometida la responsabilidad del mentado instituto, posibilitando, por ende, aplicar el fuero de atracción, en punto a que esta jurisdicción conozca de manera concurrente las pretensiones invocadas contra la entidad estatal y el particular demandado, señor Raúl García Tolosa.

Por lo anotado, se desestima la excepción.

6.2.8 Nueva EPS

En relación con los medios exceptivos propuestos por esa entidad, sus argumentos constituyen excepciones de mérito, cuyo estudio se abordará al desatar el fondo de la litis.

6.3 Patrimonio Autónomo de Remanentes ISS en liquidación

6.3.1 Falta de legitimación en la causa por pasiva.

El apoderado judicial arguyó que la sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A., - Fiduagraria S.A., únicamente funge como administradora y vocera del PAR ISS.

Sea lo primero señalar que, mediante Decreto 2013 de 2012, se ordenó la supresión y liquidación del Instituto de Seguros Sociales - ISS, procedimiento que culminó el 31 de marzo de 2015; empero, no se precisó cuál sería la entidad encargada de asumir las obligaciones derivadas de los procesos judiciales en los que el ISS fuere parte.

Pertinente precisar que el liquidador del ISS suscribió contrato de fiducia con la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A., con fundamento en lo dispuesto en el artículo 35 del Decreto Ley 254 de 2000, modificado por la Ley 1105 de 2006, con el propósito de crear el fideicomiso denominado Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales, **“cuyo objeto entre otros, consistía en “efectuar el pago de las obligaciones remanentes y contingentes a cargo del Instituto de Seguros Sociales en Liquidación en el momento que se hagan exigibles”.** Sin embargo, de acuerdo con los términos del contrato **la Sociedad Fiduciaria – Fiduagraria S.A.- actúa única y exclusivamente como vocera y administradora del P.A.R.I.S.S. en Liquidación”.**⁶

Luego, se resolvió tener como sucesor procesal del ISS a la Fiduciaria Fiduagraria S.A., con cargo al Patrimonio Autónomo de Remanentes del ISS en Liquidación, circunstancia que, en principio, evidenciaría su capacidad para integrar el extremo pasivo de la litis. No obstante, el Decreto 541 de 2016, **“Por medio del cual se asignan unas competencias administrativas”,** dispuso que **“Será competencia del Ministerio de Salud y Protección Social asumir el pago de las sentencias judiciales derivadas de obligaciones contractuales y extracontractuales a cargo del Instituto de Seguros Sociales Liquidado”,** constituyéndose, por lo tanto, dicha cartera ministerial en sucesor procesal del ISS, entidad demandada en el *sub - examine*.

En ese orden, le asiste razón al PAR ISS, en lo relativo a la falta de legitimación por pasiva, lo cual, por sustracción de materia, releva al despacho del estudio de las restantes excepciones.

⁶ Sentencia del 6 de julio de 2020, Rad. 2003-01541 (44215), Sección Tercera, Subsección B, Consejo de Estado.

6.4 Problema jurídico

El problema jurídico a dilucidar en el presente litigio, se contrae a determinar si el Instituto de Seguros Sociales – ISS (liquidado), Nueva EPS, Clínica Bonnadona y el médico Raúl García Tolosa son administrativamente responsables por los perjuicios ocasionados a la demandante, como consecuencia de la falla del servicio médico por error de diagnóstico de cáncer de mama, contenido en el informe de patología PQ 613-08, con base en el cual se ordenó la realización de la cirugía denominada mastectomía radical de mama izquierda.

En ese orden, se analizará:

- i) Acreditación del daño antijurídico padecido por la demandante.
- ii) Si puede imputarse a las demandas y bajo qué título.
- iii) Responsabilidad del Estado por la prestación del servicio de salud.
- iv) Caso concreto.

i) Del daño antijurídico

El concepto del daño antijurídico hunde sus raíces en la doctrina española, bajo cuya orientación la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la Contencioso Administrativo ha entendido que se trata de aquella lesión causada a un bien o un interés tutelado o tolerado por el ordenamiento jurídico que la víctima, en tanto titular, no tiene el deber jurídico de soportar; es decir, la antijuridicidad del daño no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la administración, sino de la no soportabilidad de éste por la víctima⁷.

Al respecto, el H. Consejo de Estado, ha señalado:

“[l]a cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado implica que éste responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, entendiéndose por daño antijurídico “el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo”^{8,9}.

A su turno, la H. Corte Constitucional, discurrió sobre tema, así:

“6- La doctrina española ha definido entonces el daño antijurídico no como aquel que es producto de una actividad ilícita del Estado sino como el perjuicio que es provocado a

⁷ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

⁸ [11] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencias de 8 de mayo de 1995, Exp. 8118, y 8163 de 13 de julio de 1993, C.P. Juan de Dios Montes Hernández.

⁹ Consejo de Estado, sentencia del 6 de junio de 2007, exp. 25000-23-26-000-1990-06968-01(16460), C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. Esta concepción fue la base conceptual de la propuesta que llevó a la consagración del actual artículo 90. Así, la ponencia para segundo debate en la Plenaria de la Asamblea Constituyente señaló lo siguiente sobre este tema:

(...) La noción de daño en este caso, parte de la base de que el Estado es el guardián de los derechos y garantías sociales y que debe, por lo tanto, reparar la lesión que sufre la víctima de un daño causado por su gestión, porque ella no se encuentra en el deber jurídico de soportarlo.

La responsabilidad se deriva del efecto de la acción administrativa y no de la actuación del agente de la Administración causante material del daño, es decir, se basa en la posición jurídica de la víctima y no sobre la conducta del actor del daño, que es el presupuesto de la responsabilidad entre particulares.

(...) 7- Esta concepción de daño antijurídico ha sido admitida por la jurisprudencia del Consejo de Estado en nuestro país. Así, en múltiples oportunidades ese tribunal ha definido el daño antijurídico como "la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar", por lo cual "se ha desplazado la antijuridicidad de la causa del daño al daño mismo". Por consiguiente, concluye esa Corporación, "el daño antijurídico puede ser el efecto de una causa ilícita, pero también de una causa lícita. Esta doble causa corresponde, en principio, a los regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva"^{10 11}.

ii) La imputación al Estado

La imputación se refiere a que el hecho o conducta sea efectivamente atribuible al Estado, esto es, que el daño antijurídico tenga su génesis directa, material y causalmente en una acción u omisión susceptible de atribuírsele.

En palabras del doctrinante Eduardo García de Enterría: *"la imputación es un fenómeno jurídico consistente en la atribución a un sujeto determinado del deber de reparar el daño, con base en la relación existente entre aquel y este"*.

El estudio de ese elemento de la responsabilidad, debe hacerse en dos (2) niveles, a saber: i) fáctico y; ii) jurídico. El primero, se verifica a partir el estudio de la causalidad material, con apoyo en las distintas teorías que al respecto se han elaborado para determinar cuándo un resultado, en el plano material, es atribuible a un sujeto. El segundo, impone realizar un análisis estrictamente jurídico, en punto a establecer si el demandado debe o no resarcir los perjuicios, a partir de la verificación de la culpa (falla); la concreción de un riesgo

¹⁰ [5] Consejo de Estado. Sentencia del 13 de julio de 1993. Loc-cit.

¹¹ Sobre el tema, consultar: Corte Constitucional, sentencia C-333 del 1 de agosto de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero; sentencia C-1149 del 31 de octubre de 2001, M.P. Jaime Araujo Rentería; sentencia C-918 del 29 de octubre de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; sentencia C-038 del 1 de febrero de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, entre otras.

excepcional al que se somete al administrado o el daño especial frente a los demás asociados, el cual tenga la connotación de anormal y quebrante el principio de igualdad frente a las cargas públicas.

En esa misma línea, la Sección Tercera del Órgano Vértice de esta jurisdicción¹², ha precisado:

“La imputación fáctica supone un estudio conexo o conjunto entre la causalidad material y las herramientas normativas propias de la imputación objetiva que han sido delineadas precisamente para establecer cuándo un resultado, en el plano material, es atribuible a un sujeto. De otro lado, la concreción de la imputación fáctica no supone por sí misma, el surgimiento de la obligación de reparar, ya que se requiere un estudio de segundo nivel, denominado imputación jurídica, escenario en el que el juez determina si además de la atribución en el plano fáctico existe una obligación jurídica de reparar el daño antijurídico; se trata, por ende, de un estudio estrictamente jurídico en el que se establece si el demandado debe o no resarcir los perjuicios bien a partir de la verificación de una culpa (falla), o por la concreción de un riesgo excepcional al que es sometido el administrado, o de un daño especial que frente a los demás asociados es anormal y que parte del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas”.

Idéntico criterio se trazó en decisión posterior¹³, en la cual sostuvo:

“Como se advierte, este segundo elemento tiene dos niveles, el ámbito fáctico y la órbita jurídica, con la primera se determina, identifica e individualiza quién es reputado como autor del daño, bien sea porque le es atribuible por su acción en sentido estricto (v.gr. un disparo, un atropellamiento, etc.) o por la omisión (v.gr. el desconocimiento de la posición de garante), mientras que con la segunda, se establece el deber normativo el fundamento jurídico de la responsabilidad de reparar o resarcir la lesión irrogada. Es así como desde el plano fáctico de la imputación está plenamente acreditado que el daño es atribuible a la entidad demandada”.

iii) Responsabilidad del Estado por la prestación del servicio de salud.

De acuerdo a la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, la responsabilidad del Estado por la prestación de servicios médicos, se ubica en el plano de la falla del servicio. Particularmente, tres (3) han sido las teorías manejadas en ese campo, a saber: i) falla probada del servicio y; ii) falla presunta. La primera, empleada tradicionalmente, impone al interesado el deber de demostrar la totalidad de los elementos que configuran la responsabilidad, esto es, la actuación irregular

¹² Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 9 de junio de 2010; Rad. 1998-0569

¹³ Consejo de Estado; Sección Tercera, Sentencia del 10 de septiembre de 2010; Rad. No. - 1991-06952-01(29590).

(falla), el daño y el nexo causal entre éste y aquella. La segunda, basada en criterios cuyo propósito es flexibilizar la carga de la prueba de la falla del servicio a cargo del paciente víctima por la vía de la presunción, de tal manera que el elemento probatorio queda a cargo de la institución de salud pública, y el paciente debe formalizar los otros dos elementos constitutivos de responsabilidad, esto es, el daño causado y la relación de causalidad de éste con la falla de la entidad pública. Por lo tanto, no debe el demandante comprobar la conducta omisiva o irregular de la entidad de salud pública, dado que la misma se presume.

De otro lado, una tercera postura, estableció la teoría de la carga dinámica de la prueba, intentando dar una solución más equilibrada, según la cual correspondía al juez definir para cada caso concreto cuál de las partes estaba en condiciones más favorables para probar la falla; sin embargo, en la actualidad, el régimen de responsabilidad imperante, según la pacífica y uniforme jurisprudencia, corresponde a la falla probada.

A modo ilustrativo, en sentencia del 26 de marzo de 2008; Exp. No. 15.725, C.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio, se dijo:

“(…)

Al margen de las discusiones que se presentan en la jurisprudencia y en la doctrina en relación con el régimen probatorio de los elementos de la responsabilidad patrimonial por los daños que se deriven de la actuación médica del Estado, lo cierto es que existe consenso en cuanto a que la sola intervención -actuación u omisión- de la prestación médica no es suficiente para imputar al Estado los daños que sufran quienes requieran esa prestación, sino que es necesario que se encuentre acreditado que la misma fue constitutiva de una falla del servicios y que dicha falla fue causa eficiente del daño.

(…)”

En dirección similar, se pronunció la sentencia del 13 de abril de 2011. Rad. 66001-23-31-000-1998-00626-01(20220); C.P Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Así razonó:

“(…)

Partiendo del análisis del caso en el marco de la falla probada del servicio como título de imputación¹⁴, “... en la medida en que el demandante alegue que existió una falla del servicio médico asistencial que produjo el daño antijurídico por el cual reclama indemnización... deberá en principio, acreditar los

¹⁴ Sentencias de 31 de agosto de 2006. Exp.15772; de 3 de octubre de 2007. Exp. 16402; de 23 de abril de 2008. Exp. 15750; de 1 de octubre de 2008. Exps. 16843 y 16933; de 15 de octubre de 2008. Exp.16270; de 28 de enero de 2009. Exp. 16700; de 19 de febrero de 2009. Exp. 16080; de 18 de febrero de 2010. Exp. 20536; de 9 de junio de 2010. Exp. 18683.

tres extremos de la misma: la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquella y ésta...”¹⁵.

Dicho título de imputación opera, como lo señala el precedente de la Sala no sólo respecto de los daños indemnizables derivados de la muerte o de las lesiones corporales causadas, sino que también comprende (...) los que se constituyen por la vulneración del derecho a ser informado; por la lesión del derecho a la seguridad y protección dentro del centro médico hospitalario y, como en este caso, por lesión del derecho a recibir atención oportuna y eficaz”¹⁶.

(...)”

Específicamente, respecto a la falla del servicio por error de diagnóstico, la sentencia del 31 de mayo de 2013; Exp. No. 54001-2331-000-1997-12658-01(31724), C.P. Dr. Danilo Rojas Betancourth, discurrió sobre el tema de la siguiente manera:

“(...)”

18. Ahora bien, teniendo en cuenta que el ejercicio de la medicina no puede asimilarse a una operación matemática y que a los médicos no se les puede imponer el deber de acertar en el diagnóstico¹⁷, la responsabilidad de la administración no resulta comprometida sólo porque se demuestre que el demandante sufrió un daño como consecuencia de un diagnóstico equivocado, pues es posible que pese a todos los esfuerzos del personal médico y al empleo de los recursos técnicos a su alcance, no logre establecerse la causa del mal, bien porque se trata de un caso científicamente dudoso o poco documentado, porque los síntomas no son específicos de una determinada patología o, por el contrario, son indicativos de varias afecciones.

19. En relación con la responsabilidad civil por error en el diagnóstico, la doctrina extranjera ha señalado que:

Puede afirmarse que el diagnóstico es uno de los principales momentos de la actividad médica, pues a partir de sus resultados se elabora toda la actividad posterior conocida como tratamiento propiamente dicho. De allí que el diagnóstico se termina convirtiendo en un elemento determinante del acto médico, ya que del mismo depende el correcto tratamiento o terapéutica.

Cronológicamente el diagnóstico es el primer acto que debe realizar el profesional, para con posterioridad emprender el tratamiento adecuado. Por ello bien

¹⁵ Sentencia de 23 de septiembre de 2009, Exp. 17986.

¹⁶ Sentencia de 7 de octubre de 2009. Exp. 35656.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 10 de febrero de 2000, exp. 11.878, C.P. Alier Eduardo Hernández.

podría afirmarse que la actividad médica curativa comprende dos etapas. La primera constituida por el diagnóstico y la segunda por el tratamiento.

(...)

El diagnóstico, por su parte, puede descomponerse en dos tipos de actuaciones, distinción que tiene vital importancia al momento de analizar la culpa del profesional.

En una primera etapa, o fase previa, se realiza la exploración del paciente, esto es, el examen o reconocimiento del presunto enfermo. Aquí entran todo el conjunto de tareas que realiza el profesional y que comienzan con un simple interrogatorio, tanto del paciente como de quienes lo acompañan y que van hasta las pruebas y análisis más sofisticados, tales como palpación, auscultación, tomografía, radiografías, olfatación, etc. Aquí el profesional debe agotar en la medida de lo posible el conjunto de pruebas que lo lleven a un diagnóstico acertado. Tomar esta actividad a la ligera, olvidando prácticas elementales, es lo que en más de una oportunidad ha llevado a una condena por daños y perjuicios.

En una segunda etapa, una vez recolectados todos los datos obtenidos en el proceso anterior, corresponde el análisis de los mismos y su interpretación, “coordinándolos y relacionándolos entre sí, siendo también precisa su comparación y contraste con los diversos cuadros patológicos y conocidos por la ciencia médica; es decir, se trata en suma, una vez efectuadas las correspondientes valoraciones, de emitir un juicio”¹⁸.

Esta operación valorativa de todos los antecedentes es la que presenta los mayores inconvenientes al momento de juzgar la conducta médica, pues como en definitiva se trata de un juicio incierto, la culpa profesional debe valorarse con sumo cuidado, y siempre teniendo en cuenta que no estamos frente a una operación matemática¹⁹.

20. Con fundamento en lo anterior, puede sostenerse que en los casos en los que se discute la responsabilidad de la administración por daños derivados de un error de valoración, la parte actora tiene la carga de demostrar que el servicio médico no se prestó adecuadamente porque, por ejemplo, el profesional de la salud omitió interrogar al paciente o a su acompañante sobre la evolución de los síntomas que lo aquejaban; no sometió al enfermo a una valoración física completa y seria²⁰; omitió utilizar oportunamente todos los

¹⁸ [5] Fernández Costales, *Responsabilidad civil médica y hospitalaria*, p. 116.

¹⁹ Roberto Vázquez Ferreyra, *Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina*, editorial Hammurabi, 2ª edición, Buenos Aires, 2002, pp. 106-107.

²⁰ En la sentencia de 10 de febrero de 2000, la Sección Tercera del Consejo de Estado imputó responsabilidad a la Universidad Industrial de Santander por la muerte de un joven universitario, como consecuencia de un shock séptico causado por apendicitis aguda, tras encontrar demostrado que el paciente ingresó al servicio médico de la entidad, con un diagnóstico Calle 40 No. 44-39 Piso 10 Of. 10C Edificio Cámara de Comercio
Correo institucional: adm15bqlla@cendoj.ramajudicial.gov.co
Celular: 321-7715810
Barranquilla – Atlántico – Colombia

recursos técnicos a su alcance para confirmar o descartar un determinado diagnóstico²¹; dejó de hacerle el seguimiento que corresponde a la evolución de la enfermedad, o simplemente, incurrió en un error inexcusable para un profesional de su especialidad²².

21. Por su parte, el juez deberá hacer un análisis riguroso y completo de los medios a su alcance para establecer si hubo o no falla. En especial, deberá examinar la información consignada en la historia clínica con el fin de establecer qué acciones se llevaron a cabo para orientar el diagnóstico de la enfermedad. También deberá apelar, en la medida de lo posible, al concepto de peritos o expertos para aclarar aspectos de carácter científico que escapan a su conocimiento. No obstante, dada la complejidad de los factores que inciden en la exactitud del juicio, el juez tendrá que ser en extremo cuidadoso al momento de valorar esta prueba pues resulta relativamente fácil juzgar la conducta médica ex post. Por ello, la doctrina ha señalado que “el juez y los peritos deben ubicarse en la situación en que se encontraba el médico al momento de realizar dicho diagnóstico”²³.

(...)”

La importancia del diagnóstico radica en que, a partir del mismo se plantea el tratamiento a seguir. Por lo tanto, la equivocación cometida en esa etapa, las más de las veces, tiene también como consecuencia, la presencia de yerros o falencias en el tratamiento. De tal manera que, en lo que hace a la responsabilidad estatal en estas hipótesis, su estructuración como factor de imputación obedece a negligencia en el agotamiento de los recursos científicos y técnicos al alcance de la entidad (estudios clínicos o ayudas diagnósticas), presencia de errores inexcusables por falta de conocimiento (impericia) o ligereza (no examinar suficientemente al paciente)²⁴, dado que en algunos casos la impresión inicial podría no arrojar resultados exactos; por ejemplo, cuando los síntomas encuadran

presuntivo de esta enfermedad que constaba en la historia clínica, y que el médico de turno, no solo omitió ordenar los exámenes necesarios para confirmarlo o descartarlo, sino que realizó una impresión diagnóstica distinta, sin siquiera haber examinado físicamente al paciente. Exp. 11.878, C.P. Alier Eduardo Hernández.

²¹ En la sentencia de 27 de abril de 2011, la Sala imputó responsabilidad al ISS por el daño a la salud de un menor de edad, afectado por un shock séptico en la vesícula, en el hígado y en el peritoneo, luego de constatar que éste ingresó a la unidad programática de la entidad con un fuerte dolor abdominal, y que los médicos le formularon un tratamiento desinflamatorio y analgésico, sin practicarle otros exámenes o pruebas adicionales, que confirmaran que la enfermedad que lo aquejaba en realidad no era de gravedad y que podía controlarse con tales medicamentos. Exp. 19.846, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

²² Al respecto, la doctrina ha señalado que el error inexcusable no es cualquier error, sino aquél “objetivamente injustificable para un profesional de su categoría o clase. En consecuencia, si el supuesto error es de apreciación subjetiva, por el carácter discutible del tema o materia, se juzgará que es excusable y, por tanto, no genera responsabilidad”. Alberto Bueres, citado por Vásquez Ferreyra, *Op. Cit.*, p. 121.

²³ Roberto Vásquez Ferreyra, *Op. Cit.*, p. 124.

²⁴ Duque Osorio Alberto León. Tema de Prueba en la Responsabilidad Médica. Editorial Biblioteca Jurídica Dike. Bogotá, primera edición. 2014. Pág.168.

Calle 40 No. 44-39 Piso 10 Of. 10C Edificio Cámara de Comercio

Correo institucional: adm15bqlla@cendoj.ramajudicial.gov.co

Celular: 321-7715810

Barranquilla – Atlántico – Colombia



en diversas entidades patológicas, lo cual impone, en ocasiones, practicar estudios y exámenes complementarios²⁵.

6.5 Caso concreto.

6.5.1 Pruebas

Al informativo se allegaron los siguientes medios de prueba:

- Fotocopia del informe de patología PQ 613-08, del 8 de febrero de 2008 (fl. 31 cdno. 2).
- Fotocopia simple del informe de mamografía bilateral del 23 de octubre de 2008, realizado en la institución Tamara Imágenes Diagnosticas (fl.32 cdno. 2).
- Fotocopia informe de patología 4301-2008BX (fl. 33 cuaderno 2).
- Fotocopia simple Informe de Patología No. RV 07-2009 (fl. 34 cdno 2).
- Certificado de asignación de IPS (fl. 35 cdno. 2).
- Fotocopia resultados de uroanálisis del 1° de abril de 2008 (fl. 37 cdno. 2).
- Fotocopia de citología cérvicouterina del 3 de abril de 2008 (fl. 39 cdno. 2).
- Fotocopia de informe de ecografía hepatobiliar (fls. 40 a 41 cdno. 2).
- Fotocopia de formato denominado “*DATOS BASICOS PARA LA AUTORIZACION DE ORDENES DE SERVICIOS CONTRATACION DE SERVICIOS DE SALUD*” (fl. 42 cdno. 2).
- Fotocopia de evolución médica del 29 de julio de 2008, expedida por la Clínica de la Costa (fl. 43 cdno. 2).
- Fotocopia del formulario único de afiliación e inscripción a la EPS - régimen contributivo Rad. 017476 del 12 de marzo de 2008 (fl. 45 cdno. 2).
- Fotocopia de escrito de agotamiento vía gubernativa (fls. 46 al 50 cdno. 2).
- Fotocopia carné de afiliación de la señora Solmeris Contreras Jiménez a la Nueva EPS (fl. 51 cdno. 2).
- Fotocopia de historia clínica del 8 agosto de 2008, expedida por la Unidad de Oncología Médica Oncomedic (fl. 52 cdno. 2).
- Fotocopia de consentimiento informado para quimioterapia antineoplásica, expedido por Oncomedic (fl. 53 cdno. 2).

²⁵ Consejo de Estado – Sección Tercera. Sentencia del 8 de mayo de 2013. Exp. No. 25000-23-26-000-2000-01293-01(27522). C.P Dra. Olga Mérida Valle de De la Hoz. Calle 40 No. 44-39 Piso 10 Of. 10C Edificio Cámara de Comercio
Correo institucional: adm15bqlla@cendoj.ramajudicial.gov.co
Celular: 321-7715810
Barranquilla – Atlántico – Colombia

- Fotocopia hoja de quimioterapia del 15 de agosto de 2008, de la mencionada institución de salud (fl. 54 cdno. 2).
- Fotocopia hoja de control de medicamentos Oncomedic (fl.55 cdno. 2).
- Fotocopia hoja de signos vitales Oncomedic (fl. 56 cdno. 2).
- Fotocopia hoja de notas de enfermería de Oncomedic (fl. 55 cdno. 2).
- Fotocopia hoja plan de cuidados de enfermería (fl. 56 cdno. 2).
- Fotocopia hoja de evolución del 9 de febrero de 2009, Oncomedic (fl. 59 cdno. 2)
- Fotocopia historia clínica del 20 de noviembre de 2008, expedida por la Clínica Bonnadona (fl. 60 cdno. 2).
- Fotocopia orden de reserva de sangre del 20 de noviembre de 2008 de la Clínica Bonnadona (fl. 61 cdno. 2).
- Fotocopia de orden de hospitalización y preparación para mamografía, extendida por el doctor Agustín Roldan, adscrito a la Clínica Bonnadona (fl. 62 cdno. 2)
- Fotocopia historia de admisiones y servicios programados del 9 de diciembre de 2008 Clínica Bonnadona (fl. 63 cdno. 2)
- Fotocopia hoja de órdenes médicas del 9 y 10 de diciembre de 2008 de la Clínica Bonnadona (fl. 64 cdno. 2).
- Fotocopia hoja record de anestesia del 9 de diciembre de 2008, Clínica Prevenir (fl. 65 cdno. 2).
- Fotocopia de hoja Quirúrgica fechada 9 de diciembre de 2010, Clínica Prevenir (fl. 66 cdno. 2).
- Fotocopia hoja de control de medicamentos, Clínica Prevenir (fls. 67 a 68 cdno. 2).
- Fotocopia evolución médica correspondiente a los días 9, 10 y 11 de diciembre de 2008, Clínica Prevenir (fl. 68 cdno. 2).
- Fotocopia epicrisis correspondiente a los días 9 y el 11 de diciembre de 2008, Clínica Prevenir (fl. 70 cdno. 2).
- Fotocopia de orden de cita con resultados de patología, Clínica Bonnadona (fl. 71 cdno. 2).
- Fotocopia de orden de cita oncología quirúrgica a realizarse dentro de cuarenta y cinco (45) días, Clínica Bonnadona (fl. 72 cdno. 2).
- Fotocopia de orden de valoración oncológica diaria del 22 de enero de 2009, Clínica Bonnadona (fl. 73 cdno. 2).

- Fotocopia hoja de evolución médica, Clínica Bonnadona (fl. 74 cdno. 2).
- Respuesta de la Nueva EPS, al derecho de petición del 15 de marzo de 2011 (fls. 109 al 113 cdno. 2).
- Respuesta de la Clínica Bonnadona del 7 de julio de 2011 (fl. 114 cdno. 2).
- Fotocopia de toma de muestra, adiada 7 de febrero de 2008, expedida por la Liga de Lucha contra el Cáncer del Atlántico (fl. 172 cdno. 2).
- Certificado expedido por la Coordinadora de Talento Humano de la Liga de Lucha contra el Cáncer (fl. 175 cdno. 2).
- Testimonio rendido por la doctora Marjorie Cervantes Herrera (fls. 264 – 265 cdno. 2).
- Informe de Patología 363-2008BX, suscrito por la doctora Marjorie Cervantes Herrera (fl. 267 cdno. 2).
- Testimonio rendido por el señor Álvaro Amézquita Esteban (fls. 270 a 271 cdno. 2).
- Interrogatorio de parte rendido por la señora Solmeris Contreras Jiménez (fls. 272 a 273).
- Contrato No. 000460 del 1° de julio de 2008, celebrado entre el Instituto de Seguros Sociales - ISS y Clínica de la Costa (fls. 321 al 338 cdno. 2).
- Testimonio de la señora Ana Isabel Sierra Navas (fl. 351 cdno. 2).
- Dictamen Pericial rendido por la Asociación Colombiana de Mastología – ACM (fl. digitalizado).

6.5.2 Análisis de las pruebas y hechos probados

Acreditación del daño

En el *sub examine*, a partir de las pruebas regular y oportunamente allegadas al expediente, fluye acreditado lo siguiente:

La accionante acudió a la Liga de Lucha contra el Cáncer, debido a que se percató de la presencia de una masa en su mama izquierda, razón por la cual el 1° de febrero de 2008, se extrajeron dos (2) muestras del tejido sospechoso, para realizar estudio de patología mediante el análisis de células y tejidos, con el objetivo de determinar el correspondiente diagnóstico. Una de las muestras fue remitida a la doctora Marjorie Cervantes, y la otra, al doctor Raúl García Tolosa, quienes rindieron los respectivos informes de patología, los cuales arrojaron los siguientes resultados:

“(…)

“INFORME 363-2008BX

(...)

DIAGNOSTICO

MAMA; BACAF
ALTAMENTE SOSPECHOSO DE MALIGNIDAD.”

“INFORME DE PATOLOGIA PQ 613 – 08

(...)

DIAGNOSTICO

BIOPSIA DE GLANDULA MAMARIA
+CARCINOMA DUCTAL INFILTRANTE GRADO NUCLEAR
II, GRADO HISTOLICO 2 PUNTAJE 6 EN LA ESCALA,
NOTHINGHAM QUE MODIFICA AL SISTEMA BLOOM
RICHARDSON.
COMPROMISO DE VASOS LINFATICOS.

(...)”

En virtud de lo anterior, la señora Contreras Jiménez fue sometida a varios ciclos de quimioterapia, conforme consta en la historia clínica emitida por Oncomedic, calendada 8 de agosto de 2008.

Posteriormente, el 9 de diciembre de 2008, fue admitida en la Clínica Prevenir (Bonnadona), con la finalidad de llevar a cabo el procedimiento quirúrgico denominado “Reconstrucción de mama con colgado + mastectomía radical, modificada unilateral”²⁶, según aparece en los documentos “HOJA QUIRURGICA” (fl. 66 cdno. 2) y “EVOLUCIÓN MÉDICA” (fl. 69 cdno. 2), los cuales dan cuenta de la realización de esa cirugía a la actora y su recuperación en las instalaciones de dicha institución de salud durante los días 9 al 11 de los mismos mes y año.

De acuerdo a esas probanzas, sin atisbo de duda, el daño antijurídico padecido por la demandante, representado no en la cirugía misma, sino en las afectaciones del derecho a la salud, las cuales tienen el carácter de daño cierto y personal, deviene demostrado.

Establecido lo anterior, corresponde al despacho analizar la imputación, con el fin de determinar si, en el caso concreto, dicho daño puede atribuirse a los demandados, y, por lo tanto, si es deber jurídico de éstos resarcir los perjuicios que del mismo se derivan, como a continuación se analizará.

Imputación fáctica y jurídica

Para determinar la existencia de falla en la prestación del servicio médico, es necesario acreditar que la atención médica no cumplió con los estándares de

²⁶ Folio 63 cuaderno 2.
Calle 40 No. 44-39 Piso 10 Of. 10C Edificio Cámara de Comercio
Correo institucional: adm15bqlla@cendoj.ramajudicial.gov.co
Celular: 321-7715810
Barranquilla – Atlántico – Colombia

calidad fijados por el estado del arte de la ciencia médica, vigente en el momento de la ocurrencia del hecho dañoso²⁷, o que el servicio se omitió prestar de forma diligente, esto es, no se utilizaron todos los medios humanos, científicos y técnicos disponibles.

En el *sub-judice*, la falla del servicio se edificó a partir del supuesto diagnóstico equivocado, contenido en el informe de patología PQ 613-08, rendido por el profesional de la medicina, doctor Raúl García Tolosa, con fundamento en el cual, posteriormente, se ordenó a la hoy demandante la realización de cirugía de mastectomía radical de mama izquierda.

Acerca de ese reparo, la descripción fáctica de la demanda, da cuenta de que *“El DR. RAUL GARCIA TOLOSA, médico patólogo particular, en BIOPSIA PARTICULAR, con INFORME de PATOLOGÍA PQ 613-08, le diagnostico a la demandante, CANCER DE MAMA IZQUIERDA que NO padecía, incurriendo en INEXACTITUD DE LA PATOLOGÍA, con la consecencial RESPONSABILIDAD MÉDICA (...) El DR. AGUSTIN ROLDAN, en la fecha de los hechos y omisiones, DESCUIDOS, NEGLIGENCIAS, FALENCIA de EXAMENES CONFIRMATORIOS, FALTA DE PREVISION de lo PREVISIBLE (CULPA) y FALLAS EN LA PRESTACION DEL SERVICIO MEDICO, el 10 de diciembre del 2.008, intervino quirúrgicamente a la demandante, practicándole una MASTECTOMIA RADICAL DE MAMA IZQUIERDA INNECESARIA, por un CÁNCER que NO padecía, con la consecencial RESPONSABILIDAD MEDICA”*.(negrillas fuera de texto).

A la luz de lo anterior, corresponde al despacho determinar si se configuran los elementos de responsabilidad del Estado por falla médica, concretamente por error de diagnóstico, lo cual impone establecer si realmente la señora Solmeris Contreras Jiménez padecía o no de cáncer mamario, según se concluyó en el informe de patología PQ 613-08, expedido por el doctor Raúl García Tolosa y si producto de la cirugía de mastectomía, indicada como tratamiento para combatir esa enfermedad, -que al decir de la parte actora no parecía-, se causó el daño reclamado, objetivo para el cual resulta útil el referente jurisprudencial traído a colación *ut supra*, bajo cuya orientación el error de juicio médico o diagnóstico no es sí mismo constitutivo de falla, dada complejidad y multiplicidad de factores que influyen en el estado de salud del ser humano, aunado a que la medicina no es una ciencia exacta, lo cual impide exactitud matemática en ese acto; empero, sí se exige el agotamiento de la totalidad de las gestiones necesarias para establecer y esclarecer el juicio clínico, en tanto constituye el referente o parámetro con base en el cual se determinan los restantes actos médicos, clínicos y quirúrgicos necesarios para restablecer la salud del paciente.

En el *sub lite*, está probado que en el mes de febrero de 2008, la señora Contreras Jiménez acudió a la Liga de Lucha contra el Cáncer, institución donde le tomaron dos (2) muestras de tejido mamario, con el propósito de determinar la presencia de enfermedad cancerígena, debido a la aparición de una masa en

²⁷ Sentencia del 25 de febrero de 2009, Sección Tercera, Consejo de Estado. Exp. 17149. C.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio.
Calle 40 No. 44-39 Piso 10 Of. 10C Edificio Cámara de Comercio
Correo institucional: adm15bqlla@cendoj.ramajudicial.gov.co
Celular: 321-7715810
Barranquilla – Atlántico – Colombia

su mama izquierda, concluyéndose en ambos informes de patología, realizados por dos (2) especialistas diferentes, diagnóstico de malignidad.

El 12 de marzo de 2008, la demandante se afilió al Instituto de Seguros Sociales – ISS, en calidad de beneficiaria de su compañero permanente, señor Álvaro Amézquita Esteban (folio 45 cdno. 2).

Luego, en virtud del traslado excepcional a prevención, dispuesto por el Ministerio de la Protección Social, con ocasión de la liquidación del ISS, fue afiliada a la Nueva EPS.

Ahora, pese que en el legajo no milita la histórica clínica que permita determinar el tratamiento suministrado por la Nueva EPS, con ocasión del diagnóstico de la mentada enfermedad, de los restantes elementos probatorios, en concreto, de la historia clínica de la institución Oncomedic, visible a folio 52 del cuaderno 2, fluye probado que la actora fue sometida a varios ciclos de quimioterapia, así:

“(…)

“MOTIVO DE CONSULTA

Paciente remitida para continuar tto neoadyuvante por Ca de mama.

ENFERMEDAD ACTUAL

Paciente con Dx de Ca de Mama Feb/08, sido valorada: estadificada III A, se le hicieron 3 ciclos de Q con FAC con RCompleta. Se le envió a cirugía, pero se ha demorado por lo que represa para 4° ciclo

(…)”

Posteriormente, el 23 de octubre de 2008, se realizó mamografía bilateral en Tamara Imágenes Diagnósticas, cuyo resultado arrojó “1-MAMOGRAFIA SIN HALLAZGOS PATOLOGICOS (CATEGORIA BI RADS 1)”.

Luego, el 9 de diciembre de 2008, fue admitida en la Clínica Prevenir (Bonnadona), conforme consta en el documento “HISTORIA DE ADMISIONES Y SERVICIOS PROGRAMADOS” (folio 63 cdno. 2), con la finalidad de practicarle “procedimiento de reconstrucción de mama con colgajo+ mastectomía radical, modificada unilateral”.

El 10 de diciembre de esa anualidad, la muestra extraída durante la mastectomía radical realizada a la actora, fue enviada a patología, correspondiendo su estudio a la doctora Marjorie Cervantes Herrera, quien rindió el informe 4301-2008BX, en el cual indicó el siguiente diagnóstico:

“(…)”

MAMA IZQUIERDA Y AXILA; MASTECTOMIA RADICAL MODIFICADA:

Calle 40 No. 44-39 Piso 10 Of. 10C Edificio Cámara de Comercio
Correo institucional: adm15bqlla@cendoj.ramajudicial.gov.co
Celular: 321-7715810
Barranquilla – Atlántico – Colombia



MASTITIS CRONICA
ZONA DE FIBROESCLEROSIS
NEGATIVO PARA MALIGNIDAD RESIDUAL
MARGEN PROFUNDO DE SECCION Y PIEL DE AREOLA,
LIBRES DE MALIGNIDAD
10 GANGLIOS LINFATICOS DEL NIVEL I AXILAR, 5
GANGLIOS LINFATICOS DEL NIVEL II AXILAR,
NEGATIVOS PARA ENFERMEDAD METASTASICA.
TOTAL GANGLIOS: 0/15.

(...)” (negrillas fuera de texto)

En la correspondiente evolución médica (fl. 69 cdno. 2), se plasmaron las anotaciones relativas a la evolución de la paciente, después de realizado el procedimiento quirúrgico, las cuales dan cuenta del seguimiento de su estado de salud en esa etapa. De igual manera, en la epicrisis (folio 70 del cdno. 2), se indicó lo siguiente: “(...) *Se decide salida con tto médico y recomendaciones*”, finalizando la atención prestada por la Clínica Prevenir (Bonnadona) el 11 de diciembre de 2008.

Con el propósito de hacer el respectivo seguimiento postquirúrgico, el doctor A. Roldán extendió las siguientes ordenes médicas:

- Orden cita con resultados (fl. 71 cdno. 2). Fecha: 8 de enero de 2009.
- Orden de cita oncológica quirúrgica en la Clínica Bonnadona (fl. 72. cdno.2) en 45 días. Fecha: 22 de enero de 2009.
- Orden de valoración oncológica diaria del 22 de enero de 2009, Clínica Bonnadona (fl. 73 cdno. 2). Fecha 22 de enero de 2009.

Más adelante, el doctor Álvaro Peynado Vila, rindió el informe de patología No. RV 07 – 2009, con base en la muestra obtenida el 20 de abril de 2009, indicando como diagnóstico “**ENFERMEDAD FIBROQUISTICA BENIGNA CON AREAS DE ADENOSIS ESCLEROSANTE**”.

De otro lado, el 31 de marzo de 2022, en el decurso del ciclo probatorio, la Asociación Colombiana de Mastología rindió dictamen pericial, con el objetivo de dilucidar los siguientes aspectos médico – científicos:

“1. ¿Conceptuar si las patologías realizadas a la señora Solmeris Contreras Jiménez, las cuales se relacionan a continuación: 1) Informe No. 363 – 2008 BX de 1 de febrero de 2008 elaborado por la doctora Marjorie Cervantes Herrera (Médico Patólogo) con diagnóstico, 2) Interconsulta de 07 de febrero de 2008 realizada por la Liga de Lucha Contra el Cáncer del Atlántico, 3) Informe de patología PQ 613-08 DE FEBRERO DE 2008 elaborado por el doctor Raúl García Tolosa, 4) Mamografía bilateral realizada por el doctor Douglas Támara en fecha 23 de octubre de 2008, 5) Patología con informe de 4301-2008 BX realizada el 10 de diciembre de 2008 por la Dra. Marjorie Cervantes Herrera, y 6) Informe de Patología No. RV 07-2009 realizado por el doctor Álvaro

Peinado Vila. ESTABLECEN algún índice de malignidad de Cáncer de Mama Izquierda?

2. Con base en respuesta anterior, y en caso de encontrarse índice de malignidad de Cáncer de Mama Izquierda, INDICAR cuales son las probabilidades de supervivencia de la paciente sin necesidad de realizar Mastectomía radical.

3. Determinar si la decisión de practicar Mastectomía radical de Mama Izquierda a la señora Solmeris Contreras Jiménez era lo aconsejado teniendo en cuenta los resultados de las patologías señaladas anteriormente?

4. ¿Determinar si el Instituto de Seguros Sociales debió realizar exámenes confirmatorios y/o complementarios a la señora Solmeris Jiménez antes de practicar la Mastectomía radical de Mama Izquierda?

5. ¿Determinar si la atención médica prestada por el Instituto de Seguros Sociales-NUEVA EPS a la señora Solmeris Contreras Jiménez fue adecuada respecto a los procedimientos – valoraciones realizados a la paciente, ¿y los protocolos establecidos para ese tipo de padecimiento?

6. Evaluar si existen elementos que indiquen mala praxis en las patologías –procedimientos- valoraciones médicas realizadas a la señora Solmeris Contreras Jiménez”.

Dichos interrogantes fueron resueltos, así:

“(…)

1. CONCEPTO SOBRE LOS EXAMENES E INFORME PRACTICADOS A LA PACIENTE:

*La biopsia **No. 363-2008BX**, leída por la Dra. Marjorie Cervantes Herrera, es reportada como: “ALTAMENTE SOSPECHOSO DE MALIGNIDAD”. Según la literatura científica, los hallazgos celulares de la muestra citológica por aguja fina (BACAF), que se le obtuvo a la paciente **SOLMERIS CONTRERAS JIMENEZ**, son **MUY SUGESTIVOS DE MALIGNIDAD**, con un riesgo que oscila entre el 50% y el 75%, y por lo tanto se recomienda efectuar una biopsia de tejido para confirmar el diagnóstico. En la mayoría de estos casos se confirma una lesión maligna en la biopsia de tejido (1,2). En el caso presente el riesgo de malignidad de cáncer de mama (50%-75%) fue confirmado en la interconsulta del 7 de febrero de 2008, de la Liga Contra el Cáncer del Atlántico, en donde se ratificó el diagnóstico **ALTAMENTE SOSPECHOSO**.*

*El informe de patología **PQ 613 – 08**, del 9 de febrero de 2008, expedido por el Dr. Raúl García Tolosa, que se realizó de una biopsia de tejido de glándula mamaria (muestra suficiente de*

tejido de 2.2 x 0.2 cm), establece un diagnóstico definitivo de: “CARCINOMA DUCTAL INFILTRANTE GRADO NUCLEAR II, GRADO HISTOLOGICO 2, PUNTAJE 6 DE LA ESCALA DE NOTTINGHAM, QUE MODIFICA AL SISTEMA BLOOM RICHARDSON, CON COMPROMISO DE VASOS LINFATICOS”. Según la literatura científica, este tumor sería un tumor moderadamente diferenciado, sobre la base de la formación tubular, el pleomorfismo nuclear y el conteo mitótico. El pronóstico de este cáncer de mama sería intermedio, ya que se ha demostrado que el grado histológico del tumor se correlaciona con la supervivencia libre de enfermedad y la supervivencia global, así: el alto grado histológico se asocia a una mayor frecuencia de metástasis y recurrencias tumorales, muerte por enfermedad metastásica, menor intervalo libre de enfermedad y sobrevida global más corta (3). Igualmente, la invasión linfática constituye un factor de mal pronóstico, porque se asocia a una mayor recurrencia y mortalidad tanto para las pacientes tratadas con cirugía conservadora de la mama, como para las pacientes tratadas con mastectomía (4).

La **mamografía bilateral** del 23 de octubre de 2008, leída por el Dr. Douglas Dávila, fue reportada como **BI RADS 1**. Según la clasificación BI-RADS (Breast Imaging Reporting and Data System), este estudio imagenológico sería NEGATIVO porque los hallazgos mamográficos no muestran anomalía alguna, e implica un riesgo TEORICO de malignidad del 0%, por lo tanto tampoco se requieren estudios complementarios (5). Sin embargo, es indispensable señalar que el diagnóstico definitivo del cáncer de mama lo establece la biopsia de la lesión de la glándula mamaria, en especial cuando es con aguja gruesa (trucut) o con cualquier muestra que aporte una buena muestra de tejido, porque el nivel de certeza es mayor (6,7). El sistema BI-RADS es un método para clasificar los hallazgos mamográficos, permite estandarizar la terminología y la sistemática del informe mamográfico, y categorizar las lesiones estableciendo el grado de sospecha (8), pero no establece el diagnóstico definitivo de las lesiones mamarias, que sólo se logra con la biopsia (9).

Los informes de patología **4301-2008BX**, del 10 de diciembre de 2008, de la Dra. Marjorie Cervantes Herrera, y No. **RV 07-2009**, del Dr. Álvaro Peinado Vila, no muestran malignidad residual en el producto de las MASTECTOMIA RADICAL MODIFICADA. Lo anterior es esperable en el contexto del tratamiento neoadyuvante del cáncer de mama, pues uno de sus objetivos es DISMINUIR EL VOLUMEN TUMORAL (10). De hecho, el sistema de carga residual en cáncer de mama, que evalúa la respuesta patológica a la quimioterapia neoadyuvante (Residual Cancer Burden: RCB), tiene dentro de sus categorías un RCB de 0, que significa que no hay carcinoma presente en la mama o en los ganglios linfáticos (respuesta patológica completa) (11), lo que ocurrió con la paciente **SOLMERIS CONTRERAS JIMENEZ**.

2. PROBABILIDAD DE SUPERVIVENCIA SIN LA MASTECTOMIA RADICAL

(...)

En el caso presente no es posible determinar con precisión la probabilidad que tenía la paciente **SOLMERIS CONTRERAS JIMENEZ** de sobrevivir sin la cirugía, pero se resalta que uno de los pilares del tratamiento del cáncer de mama es la cirugía, lo que ayuda al control locoregional de la enfermedad (14). Actualmente NO es estándar de tratamiento omitir la cirugía en el manejo del cáncer de mama, porque incluso en pacientes ancianas (> 70 años) con tumores de buen pronóstico, omitir la cirugía puede tener un impacto negativo en la supervivencia específica por cáncer de mama (15). (subrayado y negrilla fuera de texto).

(...)

4. NECESIDAD DE REALIZAR EXÁMENES CONFIRMATORIOS O COMPLEMENTARIOS ANTES DE PRACTICAR LA MASTECTOMIA RADICAL:

En principio, no hay necesidad de realizar exámenes confirmatorios o complementarios antes de practicar una cirugía oncológica de la mama, después de que se tiene el diagnóstico definitivo de cáncer de mama. De hecho, varios autores han advertido sobre la importancia de seleccionar cuidadosamente a las pacientes para una cirugía conservadora de la mama luego de la quimioterapia neoadyuvante, ya que los márgenes planificados al intentar alcanzar la conservación mamaria frecuentemente son emplazados sobre el tejido mamario que contiene tumor antes de la neoadyuvancia. La literatura científica señala que “ni el examen clínico ni las imágenes mamarias convencionales (mamografía/ultrasonido) son buenos predictores preoperatorios del tamaño y la multifocalidad del tumor residual luego de quimioterapia neoadyuvante. Ni siquiera el patólogo es capaz de detectar este problema antes o durante la cirugía, dado que estos focos, por su tamaño microscópico, son invisibles en el análisis macroscópico intraoperatorio del espécimen” (17). La resonancia magnética podría ser una buena herramienta preoperatoria para intentar acercarse a la respuesta patológica del tumor posneoadyuvante, que ayude a determinar el TIPO DE CIRUGIA, PERO NO LA PERTINENCIA DE LA CIRUGIA, porque de entrada la cirugía es mandatoria. No obstante, la precisión de la resonancia magnética en este escenario es todavía lejana a 100% (17, 18). (subrayado y negrilla fuera de texto).

5. CONCEPTO ACERCA DE UNA ATENCIÓN MÉDICA ADECUADA, EN EL CONTEXTO DE SU ENFERMEDAD.

Con base en los documentos allegados para la elaboración de esta experticia, en mi concepto, la atención médica que le fue

ofrecida a la paciente **SOLMERIS CONTRERAS JIMENEZ** fue adecuada, con respecto a los procedimientos-valoraciones, toda vez que se le hizo el diagnóstico certero del cáncer de mama, se confirmó el diagnóstico de la biopsia por aspiración con aguja fina (BACAF) (No. 363-2008BX) con la biopsia de tejido mamario (PQ 613-08), y se le administró el tratamiento estándar para estos casos: 1) quimioterapia, ya sea neo o adyuvante y 2) cirugía de la mama y de la axila, ya sea radical o conservadora. (Subrayado fuera de texto).

6.ELEMENTOS DE MALA PRAXIS

En mi concepto, no hay elementos de juicio para afirmar que haya habido mala praxis en la atención médica oncológica (patologías – procedimientos – valoraciones médicas) de la paciente **SOLMERIS CONTRERAS JIMENEZ.** (subrayado fuera de texto).

(...)"

Sometidos al tamiz de la sana crítica los anteriores medios de convicción y apreciados de forma conjunta, no fluye acreditada la falla médico asistencial denunciada en el introductorio, relativa a un hipotético yerro diagnóstico, pues el juicio clínico elaborado y confirmado por diferentes facultativos para la data en la cual la paciente acudió a la Liga de Lucha contra el Cáncer, a fin de practicarse con cargo a sus recursos examen de patología, estuvo acorde con la evidencia reportada por el análisis científico de las dos muestras (2) de tejido mamario extraído, cuyos resultados, se reitera, fueron unívocos, en cuanto a la alta probabilidad de presencia de cáncer mamario (50%-75%); incluso, la opinión objetiva e imparcial de la peritación da cuenta que con el propósito de emitir un diagnóstico atinado de la enfermedad, se aplicaron distintas técnicas, pues la primera muestra, fue realizada por aspiración con aguja fina (informe No. 363-2008BX), mientras que la segunda, se efectuó a partir de la biopsia de tejido mamario (informe PQ 613-08), todo lo cual lleva al convencimiento de que no se trató de un resultado inexacto o desacertado; antes bien, fue confirmado con anterioridad al inicio del tratamiento con quimioterapia y llevar a cabo la mastectomía radical del seno afectado con el tumor.

Tampoco se demostró que el protocolo adelantado con posterioridad a la determinación de la enfermedad, fue equivocado o no era el establecido para su tratamiento, al punto de considerar innecesaria la cirugía a la cual fue sometida la demandante; por el contrario, lo que se infiere razonadamente es que el diagnóstico sobre la presencia del cáncer, experimentó modificaciones obtenidas como resultado de la atención médica dispensada, concretamente, del tratamiento oncológico (quimioterapias) estándar dispuesto por la medicina para la terapéutica de esa patología, el cual cumplió los parámetros de calidad fijados por el estado del arte de la ciencia médica, pues se realizó utilizando los medios humanos, científicos y técnicos al alcance de los prestadores de servicio adscritos a la Nueva EPS, al punto que gracias a la efectividad de esa terapéutica, la enfermedad cedió.

Ahora, el hecho de que el resultado de patología de la muestra tomada durante la mastectomía radical de mama izquierda practicada en el año 2009 a la señora Solmeris Contreras Jiménez, concluyera “**NEGATIVO PARA MALIGNIDAD RESIDUAL MARGEN PROFUNDO DE SECCION Y PIEL DE AREOLA-PEZON, LIBRES DE MALIGNIDAD**”, lo cual, a su juicio, reafirmó la “*sospecha*” de que “*no tenía nada*”²⁸, de ninguna manera, origina la pretendida falla del servicio por error de diagnóstico, pues la exposición vertida en la experticia, ilustra con total claridad que la inexistencia de tumor residual posterior a la mastectomía, obedeció a la positiva respuesta de la paciente al tratamiento “*neoadyuvante*”²⁹ de quimioterapia. Adicionalmente, según el protocolo médico establecido para tratar esa enfermedad, la mastectomía radical estaba indicada, debido a la necesidad o imperatividad de reseca el lecho tumoral del cáncer de mama encontrado, circunstancia que, a su vez, reafirma la verosimilitud del diagnóstico primigenio y explica el por qué o la razón de que al practicarse nuevo examen de patología, no se evidenciaran rastros de la enfermedad, resultado exitoso al que contribuyeron, desde luego, los sucesivos ciclos de quimioterapias a que fue sometida la demandante.

Sobre ese particular, el dictamen conceptúo:

“(…)

1. A la paciente se le confiro de forma adecuada la presencia de un cáncer de mama invasor de la mama izquierda, diagnóstico que hacia mandatorio la realización de un tratamiento oncológico estándar.

2. A la paciente se le administró un esquema de quimioterapia neoadyuvante, lo que perfectamente explica porque no se le hubiese encontrado tumor residual en el producto de la mastectomía radical modificada izquierda, en virtud a que existe la opción que ocurra una respuesta patológica completa (RCB-0), como ocurrió en el caso de la paciente SOLMERIS CONTRERAS JIMENEZ, siendo esto reportado en la patología de la pieza quirúrgica como NEGATIVO PARA MALIGNIDAD RESIDUAL. Es decir, existe coherencia en las lecturas de las patologías de este caso.

3. La mamografía bilateral del 23 de octubre de 2008, leída por el Dr. Douglas Dávila y reportada como BI-RADS 1, no es diagnóstica de cáncer de mama y no puede reflejar la condición clínica de la paciente al momento del diagnóstico del cáncer de mama, porque fue tomada 8 meses después de la biopsia del tejido mamario (PQ 613-08), y, sobre todo, después del tratamiento sistémico

²⁸ Así lo afirmó en el interrogatorio de parte.

²⁹ Tratamiento que se administra como primer paso para reducir el tamaño del tumor antes del tratamiento principal que generalmente consiste en cirugía. Entre los ejemplos de terapia adyuvante están la quimioterapia, la radioterapia y la terapia hormonal. www.cancer.gov.

neoadyuvante. No existe duda sobre que después del tratamiento neoadyuvante hay que realizar algún tipo de cirugía de la mama y de la axila, y que esto lo debe definir el Mastólogo / Cirujano de Mama o Cirujano Oncólogo tratante, considerando múltiples variables como el estadio clínico al momento del diagnóstico del cáncer de mama, las posibles contraindicaciones para la cirugía conservadora de la mama, y las preferencias de la paciente entre otras cosas.

(...)” (Se destaca)

Y frente a la conveniencia o necesidad de la mastectomía radical, obsérvese la siguiente conclusión:

“(…)

3.PERTINENCIA DE LA MASTECTOMIA RADICAL:

*Todas las pacientes con cáncer de mama deben ser llevadas a cirugía de la mama y la axila, sin embargo, el tipo de cirugía (mastectomía radical vs cirugía conservadora de la mama + radioterapia, o ganglio centinela vs linfadenectomía axilar) variará dependiendo del estadio clínico. **Aunque no hay datos suficientes en la historia clínica allegada a nosotros que permita soportar con exactitud la pertinencia de la MASTECTOMIA RADICAL, es claro que la paciente requería la cirugía para el control locorregional del tumor, es decir que la CIRUGIA PER SE, sí era pertinente, porque en cualquier caso hay que reseca el lecho tumoral.** La mastectomía está indicada en aquellas pacientes donde la cirugía conservadora esté contraindicada o sea insatisfactoria, en aquellos que prefieran la mastectomía por motivos personales, o cuando su intención sea profiláctica para reducir el riesgo de cáncer de mama (16).*

(...)” (subrayas y negrillas fuera de texto)

Si bien es cierto se indica que en este caso no se allegó la historia clínica, necesaria para determinar con absoluta certidumbre médico – científica la procedencia de la mastectomía radical, sí se precisó inequívocamente la obligación de esa cirugía “*para reseca el lecho tumoral*”. Además, se precisa, sin ambages, que en el estado actual de la ciencia médica, uno los ejes centrales del tratamiento del cáncer de mama consiste en la cirugía.

Corolario de lo anterior, en el expediente no existe ninguna prueba que permita inferir que hubo mal diagnóstico, error en el tratamiento, falta de conocimiento, experiencia o impericia del personal médico. Lo que sí emerge de la valoración de los medios probatorios, en especial del dictamen pericial, es que el acto médico se cumplió atendiendo la *lex artis*, por cuanto el tratamiento era el típicamente aplicable al caso. Y pesar de que la biopsia realizada a la muestra extraída con posterioridad a la mastectomía radical practicada a la señora Solmeris Contreras Jiménez, indicó negativo para malignidad residual, ello no se

debió a falencias en el diagnóstico, sino a que previo a la intervención quirúrgica, fue sometida a cuatro (4) ciclos de quimioterapia ordenados como parte del tratamiento de la enfermedad, a los cuales respondió de manera favorable, sin olvidar que la praxis quirúrgica estaba indicada en todos los casos de cáncer mamario, pues su omisión podía tener un impacto negativo en la supervivencia de la paciente, razón por la cual era innecesaria la realización de exámenes confirmatorios o complementarios antes de la mastectomía radical.

De conformidad a las precedentes razones estrictamente jurídico – probatorias, se denegarán las súplicas de la demanda.

Costas.

En atención a que no se evidencia temeridad, ni mala fe de las partes, el despacho se abstendrá de condenar en costas, de conformidad a lo previsto en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quince Administrativo Del Circuito De Barranquilla, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Primero: Declárase probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, formulada por el Patrimonio Autónomo de Remanentes del ISS, conforme lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

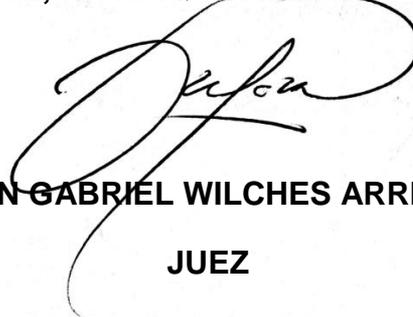
Segundo: Denegar las súplicas de la demanda, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

Tercero: Sin costas.

Cuarto: Notifíquese personalmente esta decisión al agente del Ministerio Público delegado ante este despacho.

Quinto: Ejecutoriada esta decisión, archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JUAN GABRIEL WILCHES ARRIETA

JUEZ

Radicación: 08001-33-31-003-2012-00071-00
Demandante: Solmeris Contreras Jiménez
Demandados: Instituto Seguro Social – Nueva EPS – Raúl García Tolosa
Acción: Reparación Directa

Calle 40 No. 44-39 Piso 10 Of. 10C Edificio Cámara de Comercio
Correo institucional: adm15bqlla@cendoj.ramajudicial.gov.co
Celular: 321-7715810
Barranquilla – Atlántico – Colombia

