

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO
ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y
SANTA CATALINA**

SIGCMA

San Andrés Isla, veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Sentencia No. 099

Medio de Control	Reparación Directa
Radicado	41-001-33-31-703-2013-00007-02
Demandante	Hayber Penagos Cortés y otros
Demandado	Nueva EPS y otros
Magistrada Ponente	Noemí Carreño Corpus

RECURSO DE APELACIÓN

Procedente del Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, en desarrollo de lo dispuesto en materia de descongestión en el Acuerdo No. PCSJA21-11814 del 16 de julio de 2021, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, se encuentra el proceso de la referencia en estado de resolver el recurso de apelación, a lo cual procede la Sala de Decisión de esta Corporación.

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, y debidamente integrada la Sala, procede la Corporación a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia del veinticuatro (24) de julio de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Neiva dentro del proceso instaurado en ejercicio de la acción de reparación directa por los señores Hayber Penagos Cortés, quien actúa en nombre propio y en representación de la menor Laura Daniela Penagos Pérez, Patricia de Jesús Pérez Suárez, María Paz Penagos Suárez y María Fernanda Penagos Pérez, por conducto de apoderado judicial, en contra del señor Rolando Medina Rojas, la Nueva EPS y FIDUAGRARIA S.A., que resolvió:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de caducidad de la acción y falta o no agotamiento del requisito de procedibilidad, propuestas por los demandados Rolando Medina Rojas y la ESE Policarpa Salavarrieta.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción de falta de legitimación en la causa material o sustancial de la Nueva EPS, propuesta por dicha entidad, conforme las razones motivadas de la providencia.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

CUARTO: *NO condenar en costas.*

QUINTO: *ACEPTAR la renuncia al poder presentada por la doctora Ana Carolina Vargas Polanía, apoderada del demandado ROALNDO MEDINA ROJAS (f. 1848 c. ppal. 10).*

SEXTO: *En firme esta decisión, devuélvase a la parte actora el remanente del depósito para gastos ordinarios del proceso, si lo hubiere y archívese el proceso, previos los registros de rigor.”¹*

II. ANTECEDENTES

- DEMANDA

Los señores Hayber Penagos Cortés, quien actúa en nombre propio y en representación de la menor Laura Daniela Penagos Pérez, Patricia de Jesús Pérez Suárez, María Paz Penagos Suárez y María Fernanda Penagos Pérez, por conducto de apoderado judicial, instauraron demanda de reparación directa en contra del señor Rolando Medina Rojas, la Nueva EPS y la sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S. A., FIDUAGRARIA S.A., en calidad de liquidador de la Empresa Social del Estado Policarpa Salavarrieta en Liquidación, con el objeto de que se acceda a las siguientes declaraciones:² (se transcribe literal, con posibles errores)

- PRETENSIONES

“Primera: DECLARAR que el señor HAYBER PENAGOS CORTÉS, para el mes de octubre de 2006, se encontraba afiliado al sistema general de seguridad social en salud en el Régimen Contributivo como cotizante a la EPS del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy representada por la NUEVA EPS.

Segundo: DECLARAR que la EPS del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy representada por la NUEVA EPS, para el mes de octubre de 2006 tenía una relación de orden contractual con la ESE POLICARPA SALAVARRIETA EN LIQUIDACIÓN, representada hoy por la FIDUAGRARIA S.A., para atender los servicios de salud que demanden sus afiliados.

Tercero: DECLARAR que la ESE POLICARPA SALAVARRIETA EN LIQUIDACIÓN, representada hoy por la FIDUAGRARIA S.A., tiene o tuvo una relación contractual y/o laboral con el médico ROLANDO MEDINA R., cuando atendió el servicio médico que demandó en octubre de 2006 el demandante Hayber Penagos Cortés.

¹ Archivo 02SentenciaPrimeraInstancia.pdf obrante a folios 8 al 48 del Juzgado Octavo Administrativo de Neiva del expediente digital.

² Folios 118 a 1139 del expediente cdno ppal. 6

Cuarto: DECLARAR que la EPS del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy representada por la NUEVA EPS como administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud, garante de los servicios médicos que demandó el señor Hayber Penagos Cortés, la Empresa Social del Estado POLICARPA SALAVARRIETA EN LIQUIDACIÓN, representada por la FIDUAGRARIA S.A., por su relación contractual como IPS con la EPS para prestar los servicios médicos que demanden sus afiliados y, el médico especialista ROLANDO MEDINA ROJAS, como médico tratante, son administrativa y solidariamente responsables por la falla en la prestación del servicio médico – lex artis durante la intervención quirúrgica y post operatoria de que fue objeto el señor HAYBER PENAGOS CORTÉS a partir del mes de octubre de 2006.

Cuarto: DECLARAR que la EPS del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy representada por la NUEVA EPS como administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud, garante de los servicios médicos que demandó el señor Hayber Penagos Cortés, la Empresa Social del Estado POLICARPA SALAVARRIETA EN LIQUIDACIÓN, representada por la FIDUAGRARIA S.A., por su relación contractual como IPS con la EPS para prestar los servicios médicos que demanden sus afiliados y, el médico especialista ROLANDO MEDINA ROJAS, como médico tratante, son administrativa y solidariamente responsables de los daños y perjuicios materiales e inmateriales, actuales y futuros, sufridos por el señor HAYBER PENAGOS CORTÉS y su grupo familiar, por causa de la falla en la prestación de los servicios médicos prestados al señor Penagos Cortés a partir del mes de octubre de 2006.

Con fundamento en las anteriores declaraciones, respetuosamente solicito hacer las siguientes....,

II. CONDENAS

Condenar solidaria y administrativamente en la EPS INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy NUEVA EPS., la Empresa Social del Estado POLICARPA SALAVARRIETA EN LIQUIDACIÓN, **representada por la FIDUAGRARIA S.A.**, y el médico especialista ROLANDO MEDINA ROJAS, a pagar, a título de Indemnización Integral de Daños y Perjuicios, actuales y futuros, a favor de los demandantes, los siguientes factores:

I. PERJUICIOS INMATERIALES

a) Morales:

- Perjuicios morales subjetivados, para HAYBER PENAGOS CORTÉS, víctima y directo perjudicado, la suma de dinero necesaria para adquirir en la época de la sentencia, o en su lugar en la de la liquidación de perjuicios, el equivalente en pesos a CIEN (100) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes como mínimo.
- Perjuicios morales subjetivados, para MARÍA PAZ PENAGOS PÉREZ, hija de Hayber, la suma de dinero necesaria para adquirir en la época de la sentencia, o en su lugar en la de la liquidación de perjuicios el equivalente en pesos a setenta (70) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes como mínimo.
- Perjuicios morales subjetivados, para MARÍA FERNANDA PENAGOS PÉREZ, hija de Hayber, la suma de dinero necesaria para adquirir en la época de la sentencia, o en su lugar en la de la liquidación de

perjuicios el equivalente en pesos a setenta (70) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes como mínimo.

- Perjuicios morales subjetivados, para LAURA DANIELA PENAGOS PÉREZ, hija menor de Hayber, representada por él, la suma de dinero necesaria para adquirir en la época de la sentencia, o en su lugar en la de la liquidación de perjuicios el equivalente en pesos a setenta (70) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes como mínimo.
 - Perjuicios morales subjetivados, para PATRICIA DE JESUS PÉREZ SUÁREZ, compañera permanente de Hayber, la suma de dinero necesaria para adquirir en la época de la sentencia, o en su lugar en la de la liquidación de perjuicios el equivalente en pesos a cien (100) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes como mínimo.
- b) Daño Fisiológico o Perjuicios a la Vida de Relación
- Para HAYBER PENAGOS CORTÉS, se pagará por concepto de **perjuicio de vida de relación**, la suma de dinero necesaria para adquirir en la época de la sentencia, o en su lugar en la de la liquidación de perjuicios, el equivalente en pesos a cien (100) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes como mínimo.
 - Para MARÍA PAZ PENAGOS PÉREZ, hija de Hayber, se pagará por concepto de **perjuicio de vida de relación**, la suma de dinero necesaria para adquirir en la época de la sentencia, o en su lugar en la de la liquidación de perjuicios el equivalente en pesos a setenta (70) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes como mínimo.
 - Para MARÍA FERNANDA PENAGOS PÉREZ, hija de Hayber, se pagará por concepto de **perjuicio de vida de relación** la suma de dinero necesaria para adquirir en la época de la sentencia, o en su lugar en la de la liquidación de perjuicios el equivalente en pesos a setenta (70) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes como mínimo.
 - Para LAURA DANIELA PENAGOS PÉREZ, hija menor de Hayber, representada por él, se pagará por concepto de **perjuicio de vida de relación**, la suma de dinero necesaria para adquirir en la época de la sentencia, o en su lugar en la de la liquidación de perjuicios el equivalente en pesos a setenta (70) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes como mínimo.
 - Para PATRICIA DE JESUS PÉREZ SUÁREZ, compañera permanente de Hayber, se pagará por concepto de **perjuicio de vida de relación**, la suma de dinero necesaria para adquirir en la época de la sentencia, o en su lugar en la de la liquidación de perjuicios el equivalente en pesos a cien (100) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes como mínimo.

II. PERJUICIOS MATERIALES

a) Daño Emergente:

- Se pagará al demandante HAYBER PENAGOS CORTÉS, como perjuicio objetivado y objetivable, la suma de quince millos e pesos (\$15.000.000) m/cte., representados en todos los costos y gastos en los que ha tenido que incurrir con posterioridad al procedimiento médico quirúrgico prestado, relacionados con transporte para recibir tratamientos, medicamentos en otras regiones del País, gastos por alimentación y alojamiento, entre otros gastos que se llegaren a probar en el proceso, como consecuencia de la falla médica.

b) Lucro Cesante

Expediente: 41-001-33-31-703-2013-00007-02
Demandante: Hayber Penagos Cortés y Otros
Demandado: Nueva EPS y otros
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

En primer lugar, este perjuicio debe tasarse teniendo en cuenta los siguientes aspectos:

FECHA NACIMIENTO	Agosto 23 de 1966
EDAD:	45 Años, al 23 de agosto de 2011.
PENSIÓN JUBILACIÓN VEJEZ:	Agosto 23 de 2028 (62 años de edad)
PERIODO DEL DETRIMENTO:	Julio de 2011 al 23 de agosto de 2008.
FECHA RECONOCE PENSIÓN:	Julio de 2011
IBL:	\$1.382.667
PORCENTAJE PENSIÓN:	60% = \$829.600.20
DIFERENCIA:	\$553.066.80

En segundo lugar, esa cifra debe actualizarse con el índice de precios al consumidor -IPC- hasta agosto del presente año, según datos disponibles del Departamento Administrativo Nacional de Estadística -Dane, y el cálculo se hará con la fórmula siguiente:

Renta actualizada:

VP. \$582.960

Se pagará al señor HAYBER PENAGOS CORTÉS, a título de Lucro Cesante Consolidado, atendiendo los principios de indemnización integral y de equidad, como detrimento causado entre el mes de JULIO DE 2011, fecha en que se le reconoce la pensión de invalidez en un 60% y AGOSTO DE 2013, fecha de radicación de la demanda, por concepto de diferencia entre el Ingreso Base de Liquidación tomado en cuenta para liquidar su pensión de invalidez, y la reducción de su IBL al 60% por causa del derecho pensional reconocido.

...

S = \$16'116.001.00

SON: Dieciséis millones ciento dieciséis mil un pesos (\$16.116.001.00)M/Cte.

Y como Lucro Cesante Futuro, que corresponde a la diferencia entre los ingresos salariales que conforme al IBL devengaba (\$1.382.667) y la pensión de jubilación por invalidez reconocida con el 60% (\$829.600.20), los que se liquidan desde la presentación de la demanda (septiembre de 2013) y hasta cuando cumpliera su status de pensionado (23 de agosto de 2028): son **180 meses**.

...

S = \$69.793.955.74

SON: sesenta y nueve millones setecientos noventa y tres mil novecientos cincuenta y cinco pesos con setenta y cuatro centavos (\$69.793.955.74) M/Cte

TOTAL LIQUIDACIÓN PERJUICIOS MATERIALES:

1) Lucro Cesante Consolidado	\$16'116.001
2) Lucro Cesante Futuro	\$69'793.955.74
TOTAL	\$85.909.956.74

Tercero: Por la indemnización debida se reconocerá intereses a la tasa máxima legal (comercial) de acuerdo a la certificación que para el efecto expida la superintendencia financiera o los que resultaren de aplicar la fórmula de las matemáticas financieras y/o corrección monetaria o indexación, siempre que resulte más favorable a los intereses de los Actores.

Cuarto: Se distinguirán dos periodos de indemnización, a saber: *el primero*, lo que se deba a la sentencia o del auto aprobatorio de la liquidación y, *el*

segundo, desde dicha fecha hasta los límites máximos en el tiempo a que tienen derecho los integrantes de la parte Demandante.

Quinto: Si no fuere posible establecer el monto de los perjuicios durante el plenario, la condena deberá hacerse en abstracto o *in genere*, caso éste en el cual se dispondrá la tramitación del respectivo incidente, fijando las pautas o bases a que hubiere lugar tal como lo prevé el artículo 193 y s.s. del C.P.A.C.A.

Sexto: La condena impuesta deberá cumplirse en las condiciones y términos fijados en el art. 192 y s.s. del C.P.A.C.A.

Séptimo: Se condene a la demandada al pago de las costas y agencias en derecho, conforme a las prescripciones del art. 188 del C.P.A.C.A. y las normas establecidas en el C. de P. Civil.”

HECHOS

Los fundamentos fácticos presentados por la parte actora, se resumen de la siguiente manera:

1. El señor Hayber Penagos Cortés se encontraba afiliado a la EPS Instituto de Seguros Sociales, hoy NUEVA EPS. En virtud de lo cual le fue asignado la ESE POLICARPA SALAVARRIETA EN LIQUIDACIÓN, hoy representada por la Fiduagraria S.A., como centro de atención médico.
2. Que el señor Penagos acudió a la ESE Policarpa Salavarrieta por presentar un grave dolor abdominal y le fue diagnosticado una “colecistitis-colelitiasis” que amenazaba con derivar en una “peritonitis”. En la misma clínica le programaron una cirugía en octubre de 2006, a cargo del cirujano general Rolando Medina Rojas.
3. Antes de la cirugía el señor Hayber Penagos, salvo las molestias por la colelitiasis, maneja buenas condiciones en su salud.
4. Que previo a la cirugía al paciente suscribió el consentimiento informado, que en realidad fue una proforma, pues, no se le explicó de manera detallada y personalizada las posibles complicaciones, alternativas de tratamiento y posibilidades de éxito de la colecistectomía que se le iba a practicar. La fecha del documento fue 13 de julio de 2006, la cirugía se realizó el 26 de octubre de 2006.

5. Que en la cirugía celebrada el 26 de octubre de 2006, en la IPS – ESE Policarpa Salavarrieta en Liquidación, el médico Rolando Medina Rojas, de manera imprudente, desgarró la arteria hepática y la arteria cística, lo que provocó un intenso sangrado de 4500 c.c., siendo que una persona cuenta solamente con 6000 c.c. de sangre en su organismo.
6. Afirma que, por la lesión de la vía biliar, siendo aproximadamente las 18:00 horas el médico cirujano recurrió a llamar al doctor Francisco Ruiz, médico de mayor experiencia que transcurrida más de una hora logró conjurar la situación creando una fístula de por vida para drenar la bilis producida por el hígado.
7. Asevera que, el desgarro de las arterias hepáticas y cística durante la colecistectomía de un paciente que padecía sobrepeso dificultaba el acceso para la extirpación de la vesícula, lo cual era un riesgo previsible, por tanto, la no ser una urgencia médica previo a la cirugía se le debió tratar para bajar de peso para reducir los riesgos, sin embargo, el médico tratante no lo hizo y sometió al demandante al riesgo que se materializó.
8. Que además de lo narrado, en la sala de cirugía no se contó con el instrumental quirúrgico necesario para el procedimiento, dado que, según los testigos, se debió solicitar al Hospital Universitario de Neiva lo requerido para lograr solventar la emergencia.
9. Relatan que, luego de la cirugía el paciente fue internado en la unidad de cuidados intensivos por su delicado estado de salud dado el daño causado a la vía biliar. Posteriormente, ha sido necesario reintervenir quirúrgicamente en múltiples ocasiones por las complicaciones derivadas de las lesiones padecidas durante el mal procedimiento realizado en octubre de 2006.
10. Que por el error médico el paciente Penagos posteriormente fue diagnosticado con ictericia obstructiva, asociado a dolor y distensión abdominal constante, con restricción en la ingesta de alimentos constantemente.

11. Que producto del daño causado al sistema hepático del señor Penagos, la administradora de pensiones el Instituto de Seguros Sociales, le determinó una pérdida de capacidad laboral del 51.23%, por lo que le otorgaron una pensión de invalidez de origen común consecuencia de su disminución económica. La pensión fue liquidada con un IBL del 65% de sus ingresos.

12. Sostienen que la condición clínica y patológica del señor Hayber Penagos Cortés, le ha producido perjuicios morales y materiales que deben ser reparados por la parte demandada; al igual que los perjuicios inmateriales causados a su familia constituida por su esposa e hijas.

- FUNDAMENTOS DE DERECHO

La parte actora señala como fundamentos de derecho de sus pretensiones el artículo 90 de la Constitución Nacional.

La parte demandante alega que, el procedimiento al que fue sometido Hayber Penagos Cortés fue programado, no debe ser considerado el argumento según el cual el sobrepeso del paciente dificultó la cirugía, en tanto, era responsabilidad del médico haber pospuesto la realización de la misma para minimizar los riesgos hasta lograr un mejor estado metabólico del señor Penagos.

En ese sentido agrega que, si la lesión arterial hepática y conducto colédoco es un riesgo inherente a la colecistectomía practicada a un paciente con sobrepeso por la dificultad de acceso para extirpar el apéndice, reitera se debió hacer bajar de peso al paciente previo a la cirugía. De lo contrario, debió extremar los cuidados para no causar lesión a la vía hepática biliar, pues, actualmente el señor Penagos maneja una fístula y es candidato a trasplante hepático.

Manifiesta la parte actora que, la vida del señor Hayber Penagos y la de sus familiares ha sufrido un cambio dramático derivado de las múltiples intervenciones quirúrgicas que le han practico por el error médico del que fue sujeto en octubre del año 2006.

- CONTESTACIONES

Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. FIDUAGRARIA S.A.³

El apoderado judicial la Sociedad, previo recuerdo normativo, manifiesta que no existe fundamento jurídico para que la Fiduagraria S.A. asuma responsabilidades por la Empresa Social del Estado Policarpa Salavarrieta en Liquidación, pues, el proceso liquidatorio culminó el 15 de septiembre de 2009, según acta suscrita entre el Ministerio de la Protección Social, hoy Ministerio de Salud y la Fiduciara en calidad de agente liquidador.

Agrega que, durante el término que se desempeñó como liquidador de la ESE Policarpa Salavarrieta, esto es, desde el 27 de julio de 2007 hasta el 15 de septiembre de 2009, tampoco asumió el papel de sucesor, cesionario o subrogatario de las obligaciones de la extinta entidad.

Con fundamento en lo anterior, el apoderado se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda y propuso como excepciones la falta de legitimación en la causa por pasiva, la falta de agotamiento del requisito de procedibilidad respecto de la Fiduagraria S.A., inexistencia de relación contractual y/o legal entre la parte demandante y demandada, en calidad de liquidadora de la ESE Policarpa Salavarrieta hoy liquidada. Buena fe y la caducidad de la acción, al considerar que los hechos objeto de litis ocurrieron en el año 2006 y la demanda se inició cuatro años después.

Rolando Medina Rojas⁴

La apoderada judicial manifiesta que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por no haberse presentado negligencia, impericia o imprudencia en la atención brindada al paciente Hayber Penagos, como se consta en la historia clínica. Por el contrario, la atención y plan de manejo quirúrgico fue el indicado conforme las condiciones clínicas del paciente.

³ Folios 1226 a 1267 del cuaderno ppal No. 7 y 1591 a 1611 de los cuadernos ppales No. 8 y 9 . Por auto del 12 de marzo de 2019, el Juzgado Administrativo de conocimiento tuvo como sucesor procesal al Ministerio de Salud y la Protección Social, obrante a folios 1686 a 1688 del cdno. 9

⁴ Folios 1277 a 1297 cdno. Ppal. No. 7

Refiere que, el doctor Medina es cirujano general, que el día 29 de junio de 2006, valoró en consulta por primera vez al señor Hayber Penagos, el cual le presentó una endoscopia digestiva con resultado de reflujo gastroesofágico y ecografía con colelitiasis (antiguas), por presentar una distensión post prandial, agriera en la noche con un año de evolución. Al indagar al paciente, refirió antecedentes quirúrgicos en 1995 por una urolitiasis, por cálculos en la vía urinaria.

Luego del examen físico se le diagnosticó al señor Penagos colelitiasis, es decir, presencia de cálculos a nivel de la vesícula biliar, y reflujo gastroesofágico, por lo que se le ordenó practicarse una nueva endoscopia, ecografía hepatobiliar y paraclínicos.

El 13 de julio de 2006, el señor Hayber Penagos regresa a consulta con el resultado de los exámenes paraclínicos. La endoscopia reportó una gastritis folicular más hernia hiatal; el informe anatómico-patológico que consignó gastritis crónica de actividad ligera; la ecografía hepatobiliar reportó la presencia de urolitiasis y conformó el diagnóstico de colelitiasis; el resto de los exámenes mostraron resultados normales.

Que en atención a los diagnósticos de gastritis se prescribió triconjugando (tres medicamentos para la gastritis) y ordenó valoración por urología por el reporte de urolitiasis y valoración por anestesia para proceder con la colelitiasis.

Relata que, en la misma consulta del 13 de julio de 2006, el galeno ante la necesidad de practicarle una colecistectomía por la presencia de colelitiasis, ilustró amplia, concreta y suficientemente al señor Hayber Penagos y su esposa Patricia, sobre los riesgos quirúrgicos, las posibles complicaciones, el tipo de incisión de la cirugía y de las recomendaciones higiénico – dietéticas previas al procedimiento, tales como comer bajos en grasa y fraccionar las comidas. Verbalmente el paciente y su familiar manifestaron su entendimiento y se registró con el consentimiento informado de manera voluntaria por el paciente, como se observa en su historia clínica.

Se indica que, toda colelitiasis que no es tratada oportunamente amenaza con derivar en una peritonitis, con la cual se compromete la vida del paciente de manera

severa, razón por la cual se recomendó practicar la cirugía de colecistectomía, aunado al hecho de que el paciente había manifestado molestias en su salud un año atrás.

Manifiesta que, contrario al dicho de la parte actora, el consentimiento informado siempre debe ser firmado previo a la práctica de un procedimiento.

Indica que, en el caso concreto intraoperatoriamente se presentó una complicación consistente en el desgarro de las arterias císticas y hepáticas, pero no por imprudencia del cirujano, sino que se trató de una complicación inherente al procedimiento por las condiciones del paciente, tal como lo corroboró el dictamen pericial practicado en el proceso y la literatura científica. “Durante el procedimiento se presentó el desgarro de la arteria cística por que ésta se escurre de la pinza, lo que generó un sangrado profuso que al momento de pinzarse nuevamente la arteria cística generó un desgarro de la arteria hepática debido a la inflamación severa que presentaban estas estructuras”, razón por la cual se solicitó la ayudantía del doctor Francisco Ruiz. Ambos galenos propendieron por dar un manejo célere a la resolución de las complicaciones presentadas intraoperatorias.

A partir de los anteriores argumentos, la parte demandada propuso como excepciones de mérito la conducta adecuada del doctor Rolando Medina Rojas y por tanto, la ausencia de culpa. El rompimiento del nexo causal por el álea médica (caso fortuito) como eximente de responsabilidad, dado que, la realización de la colecistectomía tiene como riesgo inherente la lesión vascular y lesión de vías biliares. Estima que el doctor Medina no está en la obligación de indemnizar los daños que no ha causado al no haber incurrido en una mala praxis.

En la contestación a la demanda se presentó una objeción a la cuantía de las pretensiones, conforme el artículo 206 del Código General del Proceso. Esgrime que en el proceso no se acredita que la pérdida de capacidad laboral de señor Penagos fue causada por la cirugía, por consiguiente, considera que debe estudiarse el acta de la junta de calificación de invalidez en la que se estableció el origen de la merma laboral del aquí demandante.

Nueva Empresa Promotora de Salud Nueva EPS S.A. ⁵

Por conducto de apoderada judicial, se opuso a las pretensiones de la demanda dado que, la Nueva EPS no participó en los hechos objeto de litis pues, sus funciones como prestadora del servicio de salud de la demandada inició el 1º de agosto de 2008; siendo así, las pretensiones carecen de fundamento fáctico y jurídico.

Explica que, el señor Hayber Penagos Cortés en la época de los hechos estuvo afiliado a la EPS del Instituto de los Seguros Sociales, pero dicha entidad no es hoy la Nueva EPS S.A., sino el patrimonio autónomo de remanentes del ISS la Fiduagraria S.A. Bajo ese criterio formuló como excepciones de fondo la falta de legitimación en la causa por pasiva de la EPS, al explicar que los afiliados del Instituto de Seguros Sociales en la fecha indicada fueron trasladados a prevención para garantizar la continuidad en el acceso a los servicios médicos y demás prestaciones contenidas en el plan obligatorio de salud, sin que eso significase la fusión, transformación, absorción, privatización entre el ISS y la Nueva EPS.

MINISTERIO PÚBLICO

Dentro de la oportunidad procesal para rendir concepto, guardó silencio.

- SENTENCIA RECURRIDA ⁶

Sobre el problema jurídico a resolver, la A quo manifestó que se encontraba centrado en determinar si las entidades demandadas eran responsables de las lesiones y/o secuelas sufridas por el actor Hayber Penagos Cortés, derivadas del procedimiento médico de colecistectomía practicado el 26 de octubre de 2006 y, por consiguiente, si debían indemnizar a los demandantes por los eventuales perjuicios que tal hecho les haya ocasionado.

Al desatar las excepciones propuestas en las contestaciones de la demanda, consideró que, le asistía razón la Nueva EPS S.A. en torno a su falta de legitimación

⁵ Folios 1298 a 1510 de los cuadernos principales 7 y 8

⁶ Archivo 02SentenciaPrimeraInstancia.pdf obrante a folios 8 al 48 del Juzgado Octavo Administrativo de Neiva del expediente digital.

en la causa por pasiva al acoger el criterio esbozado por el Consejo de Estado sobre el tema, según el cual, "... no puede ser indiferente ante el hecho de que el I.S.S. fue liquidado definitivamente el 31 de marzo de 2015. Ahora bien, en lo que respecta a las obligaciones de carácter pecuniario, para la Sala es claro que estas deben imputarse al patrimonio autónomo de remanentes para atender los procesos judiciales y administrativos, constituido en virtud del Contrato de Fiducia Mercantil número 012 de 2015 celebrado entre el I.S.S. en liquidación y Fiduagraria S.A., de acuerdo con lo previsto en el Decreto-ley 254 de 2000, modificado por el artículo 19 de la Ley 1105 de 2006 y en el Decreto número 2555 de 2001. Empero, las obligaciones de carácter no pecuniario, por naturaleza, no pueden recaer sobre ese patrimonio autónomo. Por esta razón, las obligaciones de carácter extrapatrimonial que tienen que ver con la reparación integral y las medidas de no repetición se dirigirán, a modo de exhortación, al ministerio de Salud y Protección Social, entidad a la que corresponde la dirección, orientación, coordinación y evaluación del Sistema General de Seguridad Social en salud y el Sistema General de Riesgos Profesionales y a la que se encontraba vinculado el I.S.S., según lo dispuso el Art. 4, numeral 2.4.1 del Decreto-Ley 4107 de 2011".

Señaló que, tampoco habría lugar a vincular como litisconsorte necesario al patrimonio autónomo de remanentes del ISS que se destinó para atender los procesos judiciales, arbitrales y administrativos en los que sea parte, tercero interviniente o litisconsorte, comoquiera que la parte actora no la vinculó, sino que la demanda se impetró contra la Nueva EPS.

Precisó que, el Juzgado Administrativo a través de auto fechado 12 de marzo de 2019, dispuso la desvinculación del proceso de la Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario –Fiduagraria- S.A. y la Fiduciaria La Previsora – Fiduprevisora- S.A., quienes en su momento ejercieron la representación de la extinta ESE Policarpa Salavarrieta, ya que el Ministerio de la Protección Social asumió las obligaciones a cargo de la E.S.E. luego del cierre del proceso liquidatario.

Previo recuento probatorio, la Juez de Primera Instancia halló el daño en el caso concreto consiste en la afectación a la integridad física del demandante Hayber Penagos Cortés. El origen del daño lo encontró en la colecistectomía realizada al señor Hayber Penagos el 26 de octubre de 2006, en la extinta ESE Policarpa Salavarrieta por parte del doctor Rolando Medina Rojas. En la cirugía al señor Penagos Cortés le sobrevino un daño a su salud, concretamente por el desgarró

de la arteria hepática y de la arteria cística, así como, la pérdida de alrededor de 4.200 cc de sangre que lo obligaron a permanecer por un tiempo en la Unidad de Cuidados Intensivos e ingresar nuevamente a varios centros médicos por urgencias para ser sometido a múltiples intervenciones quirúrgicas y manejo médico para controlar sus dolencias y padecimientos abdominales, tales como, apendicentomía y una laparotomía, una colangiopancreatografía retrógrada endoscópica; así como, un sin número de veces más para valoración por cirugía general, medicina interna, urología y psicología, según se desprende de toda la historia clínica del paciente.

De igual manera, encontró probado que por medio de la Resolución No. 101853 del 14 de julio de 2011, el Instituto de Seguro Social –ISS-, a través del Jefe del Departamento de Atención al Ciudadano, le reconoció la pensión de invalidez al actor Hayber Penagos Cortés a partir del mes de julio de 2011. Conforme el dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez el 8 de marzo de 2011, el actor presenta una pérdida de capacidad laboral del 53.2%, estructurada a partir del 16 de junio de 2010.

Para determinar la existencia de la falla del servicio médico alegado en la demanda, la Juez analizó las pruebas válidamente recaudadas en la jurisdicción ordinaria en donde se inició la controversia, junto con las recabadas en su despacho. Las historias clínicas del señor Hayber Penagos allegadas al proceso y examinadas por el A quo fueron las siguientes: En la ESE Policarpa Salavarriera desde el mes de enero de 2006 hasta el 13 de junio de 2007; en la Clínica Medilaser de Neiva desde el 19 de febrero de 2008 hasta el 07 de septiembre de 2011; la historia clínica del paciente en la Fundación Cardioinfantil del 12 de octubre de 2011. El dictamen pericial de la Asociación Colombiana de Cirugía, emitido por el Coordinador del Comité de Educación y Bioética del Centro Javeriano de Oncología del Hospital Universitario San Ignacio -Universidad Javeriana-. Se valoraron los testimonios de los médicos especialistas Francisco Ruiz López, Pedro Antonio Martínez, Reinaldo Arce Casanova, Hugo Mauricio Rojas Charri y Fermín Alonso Canal Daza, junto con el interrogatorio de parte del señor Hayber Penagos.

Se encontró demostrado en el proceso que el señor Hayber Penagos Cortés acudió a la ESE Policarpa Salavarrieta tras presentar una serie de molestias abdominales, razón por la cual, el 6 de abril de 2006, se le ordenó una endoscopia

digestiva que arrojó gastritis folicular y una hernia hiatal, diagnosticándosele gastritis crónica con actividad ligera y colelitiasis (cálculos en la vesícula biliar). En razón a ello, el 13 de julio de 2006, se le prescribió la realización de una colecistectomía, suscribiéndose el respectivo consentimiento informado por parte del galeno, el paciente y un familiar, efectuándose dicho procedimiento el 26 de octubre de 2006.

Igualmente, está probado que durante la mencionada cirugía al paciente se le ocasionó el desgarro de la arteria hepática y de la arteria cística, produciéndose un sangrado de alrededor 4.200 cc; situación que fue controlada a través del proceso hemostático con ligadura de dichas arterias y posteriormente con una laparotomía con hepaticoyeyunostomía en y de roux y un stent, a efectos de mantener su conducto biliar abierto. Por un shock hipovolémico, producto de la pérdida de sangre, el actor debió ser trasladado a unidad de cuidados intensivos. Superada la crisis, el paciente fue dado de alta con recomendaciones e incapacidad.

Posteriormente, el actor debió ingresar nuevamente tanto a la ESE Policarpa Salavarrieta como a la Clínica Medilaser, dada la extinción de la primera, con el fin de que le fueran tratadas las patologías que le sucedieron, tales como apendicitis, fístula biliar, dolor abdominal, dolor en hipocondrio derecho, hernia umbilical, colangitis recurrente, ictericia, entre otros, para cuyo control básicamente se procedió con una apendicetomía, una colangiopancreatografía retrógrada endoscópica (para examinar los conductos biliares) en diciembre de 2006. En enero de 2007 se le practicó un tac abdominal y drenaje de absceso biliar a bolso de colostomía. En mayo de 2007, una artroplastia. En febrero de 2008, una ecografía hepatobiliar. En junio de 2009 una cirugía hepatobiliar; (dilatación endoscópica de anastomosis bilioentérica con balón y acceso quirúrgico a través de asa de chen) en septiembre de 2009. En octubre de 2009, mayo y julio de 2011 una colangiografía en octubre de 2009. Entre octubre de 2010 y enero de 2011 se le realizó al paciente una eventorrafia y cierre subcutáneo de ASA y dilatación por endoscopia; y en septiembre de 2011 dilatación de la vía biliar. De igual manera, al señor Hayber Penagos se le suministraron los medicamentos necesarios y valoraciones por las especialidades requeridas, otorgándose salida una vez superaba cada crisis y presentaba notable mejoría, con las recomendaciones y órdenes para los controles respectivos. Las circunstancias en la salud del actor

Hayber Penagos Cortés, le originaron múltiples incapacidades y a la postre la pensión por invalidez dada la pérdida de capacidad laboral.

Para el Juez de Primera Instancia, la colecistectomía si era el tratamiento indicado para el manejo de la colelitiasis de señor Penagos en la medida en que la extirpación de la vesícula biliar alivia el dolor abdominal, trata la infección, en la mayoría de los casos impide que se vuelvan a formar cálculos biliares e previene que se presenten mayores complicaciones por inflamación de la misma. Argumentó que dicha cirugía no se realiza de urgencia, sino de manera programada en un término de dos a cuatro meses, en especial en pacientes con cálculos en la vesícula sintomáticos, e incluso en pacientes con obesidad y con apoyo de ayudas diagnósticas, así como ocurrió en el sub lite.

Encontró que, la patología padecida por el señor Hayber Penagos requería una intervención quirúrgica oportuna y el riesgo de postergarla, hasta obtener el peso ideal, implicaba la posibilidad de que se presente una inflamación severa con graves riesgos para el paciente. Para el Juez, si bien no existía la contraindicación por la obesidad del paciente para practicar la cirugía, dicha condición implicaba la posibilidad de que se presentase una inflamación severa con graves riesgos para el mismo.

Bajo esa línea argumentativa, concluyó que “la decisión de realizar la colecistectomía tras el diagnóstico de colelitiasis del actor está acorde con la *lex artis*, pues tanto la literatura médica como el dictamen pericial y la prueba testimonial médica recaudada, coinciden en que es procedimiento adecuado y oportuno para el manejo de dicha patología a efectos de impedir que se produzcan serias consecuencia adversas (*“posibilidad de que el dolor continúe, síntomas de empeoramiento, infección o estallido de la vesícula biliar, enfermedad grave y posible muerte”*)”. Para el Despacho no resultó acreditado dentro del presente proceso que las complicaciones surgidas al momento de realizar la cirugía hubieran sido consecuencia de la referida obesidad.

Estimó que, las lesiones producidas durante la intervención realizada al actor, están concebidas como riesgos propios de la operación, sin que haya resultado acreditado que las mismas fueron productos de errores en la técnica quirúrgica por parte del galeno tratante. Con fundamento en las guías para el manejo de urgencias del Ministerio de la Protección Social, encontró que el manejo de las complicaciones

presentadas en la cirugía del paciente se trató adecuadamente con el procedimiento e hepaticoyunostomía en Y de Roux.

A su juicio, “las complicaciones intraoperatorias y postoperatorias del paciente tuvieron relación directa con la materialización de los riesgos inherentes a la cirugía, a las cuales se les dio el manejo adecuado por parte no solo del demandado Rolando Medina Rojas al momento inicial, esto es, durante la realización del procedimiento, sino por la totalidad de los galenos que conocieron de su caso durante las múltiples oportunidades en que requirió atención y nuevas intervenciones quirúrgicas, al punto en que fue protegida su vida, sin que con ello se desconozca que en efecto el paciente se vio sometido a múltiples procedimientos y afectaciones en su salud, no obstante, no existe evidencia que demuestre que ello se deba a un desconocimiento de la lex artis, pues toda la evidencia probatoria dio cuenta que el diagnóstico fue el correcto, la cirugía de colecistectomía confirmó la coleditiasis, la que se efectuó por parte de un cirujano preparado y experimentado, según lo demuestra su hoja de vida.”

Del consentimiento informado argumentó “que si bien en los documentos suscritos no se explica concretamente el procedimiento, los riesgos y consecuencias, el mismo da cuenta de que ello sí se efectuó por parte del cirujano y del anestesiólogo, quienes además advirtieron sobre los antecedentes del paciente, máxime si se tiene en cuenta que el procedimiento fue programado con antelación encontrándose el paciente consciente y en pleno goce de sus facultades mentales, máxime si se tiene en cuenta que los testigos coincidieron en señalar que los citados aspectos normalmente se ponían en conocimiento tanto de los pacientes como de un familiar de manera verbal, pues los establecimientos médicos disponían únicamente de un formato en que se dejaba constancia de que ello así había ocurrido, para lo cual se suscribía con todos los participantes, como ocurrió en este caso, en el que el médico, el paciente y su cónyuge procedieron a firmar el documento.”

Por último, señaló que no se acreditó la ausencia del instrumental quirúrgico que se refiere en la demanda, por lo que no pueda predicarse una falla del servicio en esos aspectos.

- ACTUACIÓN PROCESAL

El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Neiva, el veinticuatro (24) de julio de dos mil veinte (2020) profirió sentencia accediendo a las pretensiones de la demanda.⁷

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación contra el fallo proferido, dentro de la oportunidad establecida para ello.⁸

Mediante auto de fecha once (11) de septiembre de 2020, el Juzgado concedió el recurso de apelación.⁹

El Tribunal Administrativo del Huila admitió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 18 de noviembre de 2020¹⁰; luego, por auto de fecha once (11) de julio de 2021, se corrió traslado a las partes para presentar sus alegaciones y al Ministerio Público por el término de 10 días para emitir su concepto¹¹, oportunidad procesal de la cual las partes no hicieron uso. El Ministerio Público guardó silencio.

El Tribunal Contencioso Administrativo del Huila remitió el proceso al Tribunal Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina en cumplimiento de la medida de descongestión dispuesta en el Acuerdo PCSJA21-11814 del 16 de julio de 2021.

Mediante auto de fecha dieciocho (18) de agosto de 2021, el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, avocó conocimiento del proceso.¹²

- RECURSO DE APELACIÓN

⁷ Archivo 02SentenciaPrimeraInstancia.pdf obrante a folios 8 al 48 del Juzgado Octavo Administrativo de Neiva del expediente digital.

⁸ Archivo 07RecursoApelación.pdf obrante a folios 53 al 70 del Juzgado Octavo Administrativo de Neiva del expediente digital.

⁹ Archivo 09Autoconcederecurso.pdf obrante a folio 72 del Juzgado Octavo Administrativo de Neiva del expediente digital.

¹⁰ Archivo 007AutoAdmiterecurso.pdf obrante a folio 85 del Tribunal Administrativo del expediente digital.

¹¹ Archivo 010AutoTraslado.pdf obrante a folio 85 del Tribunal Administrativo del expediente digital.

¹² Archivo 012AutoAvoca.pdf obrante a folio 85 del Tribunal Administrativo del expediente digital.

La parte actora, por conducto de apoderado judicial, en la oportunidad legal expuso su inconformidad con respecto de la sentencia y las razones que lo distancian de la decisión.¹³

A ese respecto, manifiesta que, son dos los interrogantes que no fueron resueltos en la sentencia recurrida, a saber: i. “¿son responsables las entidades demandadas, al someter al procedimiento quirúrgico de colecistectomía al señor Hayber Penagos, conociendo que dicho procedimiento quirúrgico no revertía el carácter de urgente y en consecuencia se podía proveer un tiempo prudencial para tratar el factor de riesgo OBESIDAD, el cual hacía que el abordaje quirúrgico fuera más dificultoso predisponiendo de esta manera a un evento adverso durante el procedimiento quirúrgico, tal como ocurrió?.
ii. “¿Son responsables los demandados cuando sometieron al señor Hayber Penagos al procedimiento quirúrgico sin que previamente se le hubiese advertido de los riesgos y posibles complicaciones, siniestralizándose durante el procedimiento quirúrgico estos riesgos no advertidos?.”

La parte actora manifiesta que el fallo está soportado principalmente en los testimonios rendidos dentro del proceso que rindieron los médicos que intervinieron en el procedimiento quirúrgico y, por tanto, deben ser considerados con reserva al tener interés en los resultados por estar demandado un colega.

El apoderado recurrente afirma que no se controvierte la pertinencia de que la colecistectomía fuese el tratamiento indicado para el manejo de la colelitiasis del señor Penagos. El reproche se centra en la oportunidad en la que se practicó la cirugía por las condiciones metabólicas del paciente, esto es, por la obesidad que presentada. En ese sentido argumenta que, por tratarse de un procedimiento de ambulatorio o programado, debió postergarse hasta que se le tratase la obesidad, pues, el señor Hayber no presentaba un compromiso en su estado general de salud que impidiese, previo a la colecistectomía, tratarle la circunstancia de la obesidad que acarreaba un mayor riesgo quirúrgico.

Respecto de la obesidad como factor de riesgo de complicaciones en la práctica de la colecistectomía, indica que era previsible por ser un riesgo conocido. Por tanto, era obligación del personal médico intervenir previamente el riesgo. En el proceso

¹³ Archivo 07RecursoApelación.pdf obrante a folios 53 al 70 del Juzgado Octavo Administrativo de Neiva del expediente digital.

no se acreditó un actuar diligente del galeno en la reducción de la probabilidad de la ocurrencia del riesgo por la obesidad del señor Penagos, previo al procedimiento quirúrgico. Sobre el punto, refiere que la parte demandada no desplegó ningún tipo de actividad para controlar la obesidad del paciente, ni siquiera una remisión al servicio de nutrición o recomendación para reducir su peso.

Al parecer de la parte recurrente, los demandados decidieron intervenir al paciente sin tratar de reducir o eliminar el factor de riesgo presente, que en el sub lite se materializó con el daño en la arteria cística y la hepática, por lo tanto, son responsables por las consecuencias derivadas del mayor riesgo creado por ellos.

Alega que, tampoco se le advirtió al paciente los riesgos propios del procedimiento, menos aún que estaban sustancialmente aumentados por la presencia del riesgo de la obesidad, esto es, su condición metabólica. Sostiene que el consentimiento informado que se suscribió se trata de una proforma que en nada advertía de las particularidades del riesgo, como lo exige la Ley 23 de 1981, por consiguiente, se le privó al paciente de la oportunidad de haber conocido el riesgo al que se exponía.

Manifiesta que, antes de la colecistectomía realizada al señor Hayber Penagos el 26 de octubre de 2006, era una persona que no presentaba ningún tipo de impedimentos para desarrollar su vida personal, social y cultural. Afirma que, la colelitiasis del paciente era asintomática, sólo reflejaba un reflujo gastroesofágico y por ello la cirugía fue programada.

Concluye que, en el caso concreto el señor Hayber no consintió la realización del procedimiento quirúrgico sobre la base de haber obtenido una información clara y precisa acerca de las implicaciones de la cirugía, luego entonces, las demandadas vulneraron el derecho fundamental de autonomía y de libertad de elección del entonces paciente.

Aduce que, la parte actora actuó de manera negligente al no haber tratado previamente el factor de riesgo del paciente y por no haberlo informado del mismo, dado que, "si le hubiesen informado al señor HAYBER PENAGOS los riesgos, este habría podido rehusarse a la realización del procedimiento quirúrgico en las condiciones en las cuales se realizó y contrario a ello podía haber aplazado su realización hasta tanto no

mejorara su estado de OBESIDAD o esta estuviera contralada, toda vez que no había necesidad alguna de asumir un mayor riesgo pues no existía la urgencia médica para ello. De otro lado el nexo de causalidad está demostrado, pues es claro y ha quedado demostrado en el proceso que la complicación o evento adverso ocurrió según lo afirmó el mismo demandado por la dificultad generada por la obesidad que presentaba el señor HAYBER PENAGOS al momento de practicarse la cirugía.” En virtud de lo anterior, la parte demandante solicita revocar la sentencia de primera instancia.

- ALEGACIONES

Parte demandante ¹⁴

Dentro de la oportunidad procesal el apoderado de la parte actora reitera cada uno de los argumentos esgrimidos en la sustanciación del recurso de alzada, en el sentido de revocar la decisión del A quo para acceder a las pretensiones de la demanda.

Parte demandada

Ministerio de Salud y Protección Social y la E.S.E. Policarpa Salavarrieta ¹⁵

La apoderada de la Entidad, solicita se confirme de manera integral la sentencia de primera instancia en el sentido de negar las pretensiones de la demanda, al considerar que el Ministerio como sucesor procesal de la extinta ESE no le corresponde ejercer la inspección, vigilancia y control respecto del cumplimiento de las normas constitucionales y legales que reglamentan el Sistema General de Seguridad Social en Salud, como tampoco la prestación del servicio de salud, razón por la cual considera que no puede imputarse al Ministerio responsabilidad alguna. Aunado a que la Juez de Instancia, consideró que no se acreditó ninguna clase de irregularidad o negligencia en la prestación del servicio de salud por parte del Ministerio como sucesor procesal de la E.S.E. al señor Penagos.

¹⁴ Archivo 16AlegatosConclusionDemandante.pdf obrante a folios 94 al 101 del Juzgado Octavo Administrativo de Neiva del expediente digital.

¹⁵ Archivo 13AlegatosConclusiónMinProtecciónSocialyESEPolicarpaSalavarriera.pdf obrante a folios 94 al 101 del Juzgado Octavo Administrativo de Neiva del expediente digital.

En caso de considerar la procedencia de la revocatoria de la sentencia recurrida, solicita se declare la falta de legitimación en la causa por pasiva del Ministerio en representación de la ESE Policarpa Salavarrieta, por consiguiente, se le exonere de responsabilidad.

Rolando Medina Rojas ¹⁶

El médico demandado, a través de su apoderada judicial, esgrime que los cuestionamientos planteados por la parte demandante en la sustentación del recurso de alzada se alejan de la fijación del litigio realizada en el proceso y, por tanto, constituye un acto de deslealtad procesal.

Seguidamente aduce que la sentencia de primera instancia debe ser confirmada en tanto que, la parte actora sin fundamento y apartado del material probatorio, estima que en el caso concreto la falla del servicio falla en la prestación del servicio médico por el momento en que fue llevado el paciente a Colectomía sin que se le diera tratamiento previo para disminuir de peso y sin que se hubiesen advertido los riesgos y posibles complicaciones.

Sobre la oportunidad en que se realizó la colectomía en el paciente Hayber Peñagos, explicó, luego de citar apartes del dictamen pericial elaborado por la Sociedad Colombiana de Cirugía General y los testimonios de los médicos cirujanos doctores Hugo Mauricio Charry Rojas y Fermín Alonso Canal Daza, que no existe protocolo o guía clínica que oriente al profesional de la cirugía general a postergar la realización de la colectomía de un paciente como el señor Hayber Penagos.

Asevera que, la intervención quirúrgica del paciente a pesar de la obesidad, sí hubiese desconocido la Lex Artis, pues, en el proceso se acreditó que la condición de señor Penagos no era una contraindicación para la colectomía. Quiere decir lo anterior que, el demandante procuró actuar el mandato constitucional de cuidar la vida e integridad del paciente.

¹⁶ Archivo 14AlegatosConclusiónMedicoRolandoMedina.pdf obrante a folios 102 al 125 del Juzgado Octavo Administrativo de Neiva del expediente digital.

Indica que, contrario a lo dicho en el recurso de alzada, la historia clínica y testigos que declararon en el proceso constataron que el paciente si era sintomático de coleditiasis, pues, manejaba una inflamación de la vesícula de 30 centímetros, lo que ratifica que la cirugía se practicó oportunamente al señor Penagos para preservarle la humanidad. La colecistitis es una enfermedad que no tratada conlleva serios riesgos para la vida de quien la padece.

Destaca que en el testimonio del cirujano Francisco Ruiz, que participó en el procedimiento, este señaló que el sangrado de la cística es una eventualidad quirúrgica que se puede presentar en cualquier colecistectomía y la obesidad es un factor de riesgo que varía según el índice de masa corporal.

Respecto de la advertencia del riesgo y el consentimiento informado firmado por el paciente el 13 de julio de 2006, la parte demandada cita apartes de la ley 23 de 1981 y concluye que en la historia clínica se constata que el médico solicitó el consentimiento y le advirtió las complicaciones previstas. Destaca que, en el segundo hecho de la demanda la parte actora confiesa que el señor Hayber padecía colecistitis y asistió a la ESE liquidada por un grave dolor abdominal que amenazaba con derivar en una peritonitis.

Resalta que, la parte actora no tachó el documento que contiene el consentimiento informado y en el mismo se consignó que el médico tratante le comunicó al paciente lo correspondiente. Tal documento se encuentra revestido de presunción de autenticidad, la cual no fue desvirtuada probatoriamente en el caso concreto por la parte actora.

Ahora bien, refiere que el deber de información ha sido catalogado por el Consejo de Estado como un daño autónomo, por tanto, en el evento en que se condene no podrá accederse al monto de las pretensiones indemnizatorias de la demanda.

Nueva Empresa Promotora de Salud – Nueva EPS S.A. ¹⁷

¹⁷ Archivo 15AlegatosConclusiónNuevaEPS.pdf obrante a folios 102 al 125 del Juzgado Octavo Administrativo de Neiva del expediente digital.

Solicita se confirme la sentencia de primera instancia y se absuelva a la Empresa promotora del servicio de salud, dada la falta de legitimación en la causa por pasiva, aunada a la inexistencia de acción u omisión imputable la entidad que apodero, ya que las desafortunadas consecuencias del daño alegado no ocurrieron en vigencia del funcionamiento de NUEVA EPS.

III. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público en esta etapa procesal no emitió concepto.

IV. CONSIDERACIONES

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia de fecha 24 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo de Neiva, de conformidad con la competencia del superior según lo establecido en el artículo 328 del Código General del Proceso.¹⁸

- COMPETENCIA

El Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos, de conformidad con el numeral 1º del artículo 133 del C.C.A., modificado por la Ley 446 de 1998 art. 41.

Ahora bien, el Tribunal Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina es competente, en atención a lo dispuesto en materia de descongestión en el artículo 2º del Acuerdo No. PCSJA21-11814 del 16 de julio de 2021, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura.

¹⁸ ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia.

- CADUCIDAD Y PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN

Según el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, aplicable para la época de los hechos¹⁹, la acción de reparación directa caduca al cabo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al 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 cualquier otra causa.

En el *sub examine*, se demanda por una falla en la prestación del servicio de salud que habría provocado la colecistectomía practicada el 26 de octubre de 2006. La demanda fue instaurada ante los Juzgados Laborales del Circuito de Neiva, en donde fue admitida el 17 de febrero de 2009 y se dictó sentencia de primera instancia el 12 de marzo de 2013.

La anterior providencia fue recurrida y el Tribunal Superior de Neiva – Sala Civil Familia Laboral mediante auto del 02 de agosto de 2013, declaró la falta de competencia para conocer del asunto, remitiendo las diligencias a los Juzgados Administrativos por reparto.

Respecto de la caducidad de la acción, el Tribunal Administrativo del Huila mediante auto del 8 de marzo de 2017²⁰ al desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra del auto que rechazó la demanda por caducidad, revocó la decisión en virtud del principio *pro actione* y *pro damnato*, aduciendo lo siguiente:

“... el tratamiento médico que recibió el señor HAYBER PENAGOS CORTÉS, se prolongó varios meses después de realizada la colecistectomía, generándose una expectativa de recuperación con la realización de la reconstrucción de la vía biliar-hepático-yeyuno anastomosis en Y de Roux-, de donde concluye la Sala que en el caso *sub examine* no ha operado el fenómeno de la caducidad, en la medida en que fue con posterioridad a la realización de la referida reconstrucción, que la parte actora pudo dimensionar la magnitud del daño y las consecuencias del procedimiento inicialmente efectuado, momento a partir del cual debe contarse el término para interponer la demanda y como la

¹⁹ Ley 446 de 1998.

²⁰ Folios 7 a 10 del cdno. De apelación

misma se radicó ante la jurisdicción ordinaria laboral el 10 de febrero de 2009, ha de entender que transcurrieron más de dos años,”

- LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA

La legitimación en la causa tiene dos dimensiones, la de hecho y la material. La primera surge de la formulación de los hechos y de las pretensiones de la demanda, de modo que quien presenta el escrito inicial se encuentra legitimado por activa, mientras que el sujeto a quien se le imputa el daño se encuentra legitimado en la causa por pasiva. A su vez, la legitimación material es condición necesaria para, según corresponda, obtener decisión favorable a las pretensiones y/o a las excepciones, punto que se define al momento de estudiar el fondo del asunto, con fundamento en el material probatorio debidamente incorporado a la actuación.

Así, en relación con el extremo pasivo, la legitimación en la causa de hecho se vislumbra a partir de la imputación que la demandante hace al extremo demandado, mientras que la legitimación material únicamente puede verificarse como consecuencia del estudio probatorio, dirigido a establecer si se configuró la responsabilidad endilgada desde el libelo inicial.

Legitimación en la causa de los demandantes

El señor Hayber Penagos Cortés, quien actúa en nombre propio y en representación de la menor Laura Daniela Penagos Pérez,²¹ Patricia de Jesús Pérez²² Suárez, María Paz Penagos Suárez²³ y María Fernanda Penagos Pérez,²⁴ por conducto de apoderado judicial, comparecieron a este proceso como demandantes, de modo que se encuentra acreditada su legitimación de hecho en la causa²⁵.

Legitimación en la causa de la demandada

La demandante formuló la imputación contra del médico cirujano Rolando Medina Rojas, la Nueva EPS y Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario –Fiduagraria- S.A.

²¹ Folios 10 del cdno. 1 y folio 1073 del cdno. 6

²² Folio 1073 del cdno. 6

²³ Folios 8 del cdno. 1 y 1137 del cdno. 6

²⁴ Folios 9 del cdno. 1 y 1136 del cdno. 6

²⁵ Folio 14-16 del cuaderno principal.

Tal como se reseñó anteriormente, la Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario – Fiduagraria- S.A. y la Fiduciaria La Previsora – Fiduprevisora- S.A., fueron desvinculados del proceso por auto del 12 de marzo de 2019. La decisión no fue impugnada por las partes.

En la sentencia de primera instancia se declaró probada la falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nueva EPS, sin que las partes hubiesen formulado reproche alguno sobre este punto de la decisión, por consiguiente, la Sala se abstendrá de revisar este aspecto y de conformidad con la competencia del superior según lo establecido en el artículo 328 del Código General del Proceso²⁶, se procederá a la confirmación del numeral segundo de la sentencia del 24 de julio de 2020.

- PROBLEMA JURIDICO

Teniendo en cuenta el objeto del recurso de apelación, corresponde a la Sala determinar si de un lado, previo a la práctica de la colecistectomía al señor Hayber Penagos, se le debió tratar su condición de obesidad para reducir los riesgos inherentes de la cirugía que se materializaron el procedimiento quirúrgico. De otro lado, se analizará si el consentimiento informado firmado por el paciente Penagos y su cónyuge reúne los fines propios de la figura, atendiendo su condición metabólica.

- TESIS

²⁶ ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia.

La Sala de Decisión de esta Corporación confirmará la sentencia de primera instancia, luego del análisis probatorio, en especial del dictamen pericial y los testimonios técnicos, de donde se concluye que la obesidad no es una contraindicación para realizar una colecistectomía a un paciente sintomático, como lo fue el señor Hayber Penagos Cortés. Posponer la cirugía hasta que se le tratase esa condición metabólica, elevaba el riesgo de complicaciones en la humanidad del paciente.

De otra parte, encontró la Sala que, el consentimiento informado que obra en la historia clínica si cumple con los requisitos legales.

- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Elementos de Responsabilidad Extracontractual del Estado

La responsabilidad del Estado encuentra sustento jurídico en el artículo 90 constitucional, cláusula general de responsabilidad extracontractual del Estado, que al efecto es perentorio en afirmar que *“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”*.

Según el precitado artículo de la Constitución Política, todo daño antijurídico que pueda ser imputado a una autoridad pública por acción u omisión compromete su responsabilidad patrimonial, así pues, para que la responsabilidad de la administración surja, se requiere que exista un daño antijurídico, esto es, una lesión de bienes jurídicos que el sujeto determinado no está en la obligación de soportar, daño este que debe ser cierto, presente o futuro, determinado o determinable, anormal y que se trate de una situación jurídicamente protegida; aunado a ello, se requiere que ese daño antijurídico sea imputable al Estado, lo que es lo mismo, que haya un nexo o vínculo de causalidad entre la acción u omisión de la autoridad pública y el daño antijurídico.

En cuanto al daño antijurídico, el H. Consejo de Estado²⁷ ha señalado que éste se define como *“La lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho”, en otros términos, aquel que se produce a pesar de que “el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de causales de justificación.”*

A su vez en relación con la naturaleza del daño antijurídico, dicha Corporación²⁸ ha sostenido reiteradamente que *“ha de corresponder al juez determinar si el daño va más allá de lo que, normalmente y sin compensación alguna, debe soportar una persona por el hecho de vivir en una comunidad jurídicamente organizada y comportarse como un sujeto solidario. En este sentido se ha señalado que: “en cada caso concreto deberá establecerse si el daño sufrido es de tal entidad que el afectado no está en la obligación de soportarlo, y resulta, en consecuencia, antijurídico.”*

Así las cosas, cuando resulte probado el daño antijurídico por parte de quien lo alega, se hace necesario determinar el criterio de imputabilidad del daño a la administración, por lo que, en este sentido, el H. Consejo de Estado²⁹, señaló:

(...)

“En lo relativo a la imputación, se entiende que se trata de la “atribución de la respectiva lesión” en consecuencia, “la denominada imputación jurídica (imputatio iure o subjetiva) supone el establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, y allí es donde intervienen los títulos de imputación que corresponden a los diferentes sistemas de responsabilidad que tienen cabida tal como lo ha dicho la jurisprudencia en el artículo 90 de la Constitución Política”(...

De conformidad con lo planteado en precedencia, para endilgar responsabilidad al Estado, debe acreditarse la existencia de un daño antijurídico, y que dicho daño

²⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias de 11 de noviembre de 1999. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 11499 y del 27 de enero de 2000. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 10867, entre otras. *Cfr.* Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Aclaración de voto de Enrique Gil Botero de 30 de julio de 2008. Exp. 15726.

²⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 27 de septiembre de 2000. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 11601.

²⁹ Consejo De Estado - Sala de Lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - SUBSECCION C - Consejera ponente: OLGA MÉLIDA VALLE DE LA HOZ - Bogotá D. C., veintidós (22) de octubre de dos mil doce (2012) - Radicación número: 52001-23-31-000-1997-08790-01(24776) Actor: JOEL MACÍAS CATUCHE Y OTROS; Ddo: CAJANAL Y OTRO, Referencia: APELACION DE SENTENCIA. ACCION DE REPARACION DIRECTA.

pueda ser imputable al Estado, bajo cualquiera de los títulos de atribución de responsabilidad, la falla del servicio, el daño especial, el riesgo excepcional, entre otros, los cuales deben analizarse de acuerdo a las circunstancias de cada caso concreto.

- Régimen de imputación derivado de la actividad médica

Respecto del régimen de imputación por daños causados como consecuencia de las actividades médico-sanitarias, el Consejo de Estado ha afirmado respecto del régimen de responsabilidad aplicable en casos en los cuales se ventila la acción imperfecta de la Administración o su omisión, es el título de imputación de la falla del servicio, por consiguiente es indispensable que la parte actora demuestre la existencia del daño, ocasionado por el hecho de no prestarse la atención médica con los estándares de calidad exigidos por la *lex artis médica*³⁰ y, el nexo causal entre el daño y la falla por el acto médico. Sobre el particular ha dicho la jurisprudencia:

“47. Así, en materia de responsabilidad por el acto médico propiamente dicho, esto es el diagnóstico, tratamientos, procedimientos y, en general, las conductas del profesional médico orientadas al restablecimiento o recuperación de la salud del paciente, la imputación del daño se hace, por regla general, desde la perspectiva de una prestación de medios y no de resultados, en cuanto su deber radica en la aplicación de sus conocimientos, entrenamiento, experiencia y todos los medios disponibles orientados a la curación y rehabilitación, sin que le sea exigible el resultado exitoso.

48. Esto significa que para que la administración pueda ser declarada responsable de los daños ocasionados por el ejercicio de la actividad médica hospitalaria, el demandante tiene la carga de demostrar que el servicio no se prestó adecuadamente, bien porque no fue oportuno, o porque no cumplió con los protocolos y estándares de calidad fijados por la ciencia médica al momento de la ocurrencia del hecho dañoso, salvo en lo relativo a los deberes que tienen que ver directamente con el servicio y cuyo cumplimiento depende enteramente del prestador, al margen de la condición y evolución de la salud del paciente, como los relativos al acto médico documental y, en especial, al consentimiento informado y al suministro de la información necesaria para que el paciente propenda por su propio cuidado, caso en el que corresponde al servicio médico demandado demostrar su cumplimiento.

49. En relación con el nexo de causalidad que debe existir entre la atención médica y el daño en la jurisprudencia de la Sección Tercera se ha admitido que, en circunstancias en las que no sea posible esperar certeza o exactitud sobre

³⁰ Ver Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 11 de mayo de 2006, exp. 14400.

la existencia del mismo, puede tenerse por acreditado si se observaba un “convencimiento acerca de la existencia del nexo de causalidad”³¹.

50. Sin embargo, dicha postura fue precisada en el sentido de indicar que se trata de una regla de prueba en virtud de la cual el nexo puede demostrarse por vía indirecta, es decir, a través de indicios, sin que se trate de una excepción al deber que le asiste a la parte demandante de acreditar lo que tradicionalmente se ha denominado como el lazo de causalidad que debe existir entre la atención médica y el daño para que se estructure la responsabilidad de la administración³².³³

Del consentimiento informado

Sobre el consentimiento informado es pertinente citar el análisis realizado por el Consejo de Estado, que se ha pronunciado de esta manera:³⁴

“(…)

De otro lado, el Consejo de Estado señala que el consentimiento del paciente debe ser expreso, éste debe haber sido debidamente informado de las consecuencias del tratamiento que se le va a realizar y la carga de la prueba del mismo corresponde al demandado, en sentencia del 26 de enero del 2002, se dijo:

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

“De otra parte, es preciso insistir en que el derecho a la información, que tiene el paciente, es un desarrollo de su propia autonomía, así como de la titularidad que ostenta de su derecho a la integridad, a su salud, y ante todo a su libertad

³¹ Por ejemplo: Sección Tercera, sentencia del 10 de julio de 2013, exp. 52001-23-31-000-1999-00981-02(27000), C.P. Mauricio Fajardo Gómez. “En este orden de ideas, si bien el régimen aplicable a los eventos en los cuales se discute la responsabilidad patrimonial del Estado por las actividades médicosanitarias es, de manera general, el de la falla probada del servicio, la especial naturaleza de la actividad en estudio le permite al Juez de la causa acudir a diversos medios probatorios (v. gr. la prueba indiciaria) para formar su convencimiento acerca de la existencia del nexo de causalidad, sin que por ello se pueda afirmar que dicha relación causal se presume”.

³² Sección Tercera, sentencia de 31 de agosto de 2006, *ibidem.*, en la cual se sostuvo: “En cuanto a la prueba del vínculo causal, ha considerado la Sala que cuando resulte imposible esperar certeza o exactitud en esta materia, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación, ‘el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia’, es decir, que la relación de causalidad queda probada ‘cuando los elementos de juicio suministrados conducen a ‘un grado suficiente de probabilidad’”, que permita tenerlo por establecido. // De manera más reciente se precisó que la exigencia de “un grado suficiente de probabilidad”, no implicaba la exoneración del deber de demostrar la existencia del vínculo causal entre el daño y la actuación médica, que hiciera posible imputar a la entidad que prestara el servicio, sino que esta era una regla de prueba, con fundamento en la cual el vínculo causal podía ser acreditado de manera indirecta, mediante indicios”.

³³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Consejero Ponente: Alberto Montaña Plata. Abril 10 de 2019. Rad. No.: 25000-23-26-000-2006-01800-01(41890)

³⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P. Enrique Gil Botero. Radicación número: 70001-23-31-000-1996-05556-01(16098).

para decidir en todo cuanto compete íntimamente a la plenitud de su personalidad.

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

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

“El consentimiento idóneo se presenta cuando el paciente acepta o rehúsa el procedimiento recomendado luego de tener una información completa acerca de todas las alternativas y los posibles riesgos que implique dicha acción y con posterioridad a este ejercicio tomar la decisión que crea más conveniente.

(...)

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

...

El artículo 11 del decreto 3380 1981, que reglamente la ley 23 de 1981³⁵, establece que las dos únicas excepciones al deber de informar, por parte del médico, acerca del riesgo previsto en un procedimiento médico son: **“a) Cuando el estado mental del paciente y la ausencia de parientes o allegados se lo impidan; b) Cuando exista urgencia o emergencia para llevar a cabo el tratamiento o procedimiento médico”**

En el mismo sentido, se ha pronunciado la Corte Constitucional, en sentencia T-850/02, del diez de octubre de 2002, sobre un procedimiento de esterilización de una persona con síndrome de Down:

³⁵ La Ley 23 de febrero 18 de 1981, “Por la cual se dictan normas en materia de ética médica”, prescribe:

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

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

Así mismo el decreto 3380 de 1981, que reglamenta la ley, determina:

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

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

“Con todo, el consentimiento informado tiene dos características que lo hacen particular. Por un lado, se trata de un principio constitucional,³⁶ lo cual significa que la información que el médico le suministra al paciente no siempre resulta exigible en igual grado, y aun cuando en tal sentido no se pueden formular reglas generales *a priori*,³⁷ dependiendo de la ponderación conjunta de una serie de variables, el médico debe darle información más o menos cualificada al sujeto afectado.³⁸ Entre las variables que deben ser tenidas en cuenta en estas situaciones, la Corte ha puesto de relieve las siguientes:

- “a) El carácter más o menos invasivo del tratamiento. Si todas las demás variables permanecen constantes, entre mayor sea el grado de invasión en el cuerpo humano, también debe ser mayor la información necesaria para formar el consentimiento del paciente.³⁹
- “b) El grado de aceptación u homologación clínica del tratamiento o su carácter experimental. A su vez, el grado de aceptación clínica del procedimiento determina la cualificación del consentimiento. Cuando existan dudas acerca de la aceptación clínica de un procedimiento o tratamiento, debe efectuarse una junta médica con la participación de un epidemiólogo clínico, quien debe informar al paciente acerca de las características del mismo.⁴⁰
- “c) La dificultad en la realización del tratamiento y las probabilidades de éxito. De tal forma, cuando existan condiciones que dificulten la realización de un procedimiento, o que disminuyan significativamente las probabilidades de éxito, el médico debe informar al paciente de dicha circunstancia.⁴¹
- “d) La urgencia del tratamiento. Cuando la demora en la realización de un procedimiento ponga en riesgo la salud o la vida, el médico debe sopesar este

³⁶ En Sentencia SU-337/99 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), F.J. 14, la Corte reiteró el carácter de principio del consentimiento informado y cualificado, el cual ya había establecido en la Sentencia T-401/94 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). Al respecto sostuvo: “15- El anterior análisis ha mostrado que, tal y como esta Corte ya lo había señalado, **la ‘información que el médico está obligado a transmitir a su paciente tiene la naturaleza normativa de un principio’, por lo cual es ‘un mandato que ordena que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes’.** Por consiguiente, **‘la obligación de informar al paciente, considerada como principio adscrito constitucionalmente al principio de la protección de la autonomía (C.P. arts. 16 y 28) no debe ser apreciada con independencia de otros valores que participan en la relación médica, tales como la finalidad curativa de la medicina (Ley 23 de 1991 art. 1), la dignidad y autonomía de la profesión médica (C.P. arts. 16, 25 y 26)’**” (resaltado fuera de texto).

³⁷ La Sentencia T-401/94 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) dijo al respecto: “... resulta temerario formular una pauta de conducta objetiva que pueda ser seguida en todos los casos” F.J. 3.2.3. Por su parte, en la Sentencia SU-337/99 F.J. 17, expresó: “17- No es pues posible, dada la complejidad de los casos concretos, formular unas reglas rígidas sobre el alcance de la información que debe ser suministrada por los médicos. Tan sólo se puede establecer una pauta, como la señalada en el fundamento jurídico 14 de esta sentencia, la cual permite evaluar, dadas las particularidades de las distintas situaciones, si los profesionales de la salud han cumplido o no con su obligación de información. **Sin embargo, tal y como esta Corte ya lo ha indicado en anteriores ocasiones, algunas características de los tratamientos inciden profundamente en el deber de revelación de parte de los médicos y en la importancia de la obtención explícita del consentimiento.**” (resaltado fuera de texto).

³⁸ La Corte ha dicho al respecto que: “16. La importancia que tiene el principio de autonomía individual del paciente respecto de su cuerpo, como principio adscrito a nuestro ordenamiento constitucional, impone la necesidad de que sus decisiones sean producto de un consentimiento **informado y cualificado.** Estos dos elementos, que condicionan el consentimiento del paciente, le imponen a los médicos el deber de informarle y hacerle comprender los aspectos necesarios para que pueda tomar una decisión libre. El primero de tales elementos, el del consentimiento informado, implica un deber general del médico de permitir que el paciente sea consciente de los beneficios, riesgos y demás implicaciones del procedimiento al que va a ser sometido, así como de las alternativas a dicho tratamiento y sus respectivas implicaciones. El segundo de los elementos, el del consentimiento cualificado, relativiza el del consentimiento informado en función de diversas variables...” Sentencia T-597/01 (M.P. Rodrigo Escobar Gil)

³⁹ Ver Sentencia T-477/95 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

⁴⁰ Ver Sentencia T-597/01 (M.P. Rodrigo Escobar Gil). En un sentido general, ver también SU-337/99 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) F.J. No. 12.

⁴¹ *Ibíd.*

factor y, si es del caso, entrar a protegerlos, aun sin el consentimiento expreso del paciente.⁴²

- “e) El grado de afectación de derechos e intereses personales del sujeto al efectuarse el tratamiento. Cuando un tratamiento o procedimiento signifique un riesgo para ciertos derechos o intereses del paciente, en principio, la información necesaria para que se pueda prestar válidamente el consentimiento es mayor.⁴³
- “f) La afectación de derechos de terceros de no realizarse la intervención médica. Así, en algunos casos resulta aceptable que se practiquen determinados procedimientos sin necesidad de informar detalladamente al paciente para obtener su consentimiento, cuando están de por medio los derechos de terceras personas, como sería el caso de la aplicación de una vacuna para evitar que se propague una epidemia.⁴⁴
- “g) La existencia de otros tratamientos que produzcan resultados iguales o comparables, y las características de estos. Cuando existan otros tratamientos o procedimientos que produzcan resultados similares o comparables, el médico debe informar de esta situación al paciente, si observa que hacerlo redundaría en interés del paciente.⁴⁵
- “h) La capacidad de comprensión del sujeto acerca de los efectos directos y colaterales del tratamiento sobre su persona. Cuando existan circunstancias subjetivas del paciente que afecten su capacidad de comprensión, el médico debe velar por que éste tenga la mayor comprensión posible acerca de sus repercusiones, sin afectar otros intereses que puedan estar en juego. Esto último supone que, si bien en la mayoría de los casos resulta conveniente que el paciente conozca las consecuencias de cada opción, en otros, cierta información puede terminar alterando su juicio, impidiéndole tomar una decisión autónoma. Por lo tanto, es responsabilidad del médico juzgar cuál es el nivel adecuado de información que debe suministrar al paciente, a partir de una evaluación de su situación particular.⁴⁶

“De tal modo, sólo a partir de una ponderada combinación de los anteriores elementos puede calificarse, en cada caso concreto, el nivel de información que requiere el paciente para adoptar la decisión autónoma de someterse a una intervención médica sobre su cuerpo.

...

La doctrina extranjera señala que el consentimiento informado es un proceso de ilustración continuada al paciente, que implica la posibilidad de aquél de no someterse al tratamiento propuesto por su médico y que, además, en el proceso de información siempre debe partirse del supuesto de su ignorancia, o mejor, de su desconocimiento en la materia:

⁴² T-477/95.

⁴³ Sentencia SU-337/99 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); T-1390/00 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); T-411/94 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), T-474/96 (M.P. Fabio Morón Díaz).

⁴⁴ SU-337/99 F.J. No. 13.

⁴⁵ SU-480/97 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), SU-337/99 F.J. No. 14, T-597/01 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

⁴⁶ T-477/95 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); T-1390/00 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); T-411/94 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa); T-474/96 (M.P. Fabio Morón Díaz); SU-337/99 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) F.J. No. 15. Con todo, en esta última sentencia, la Corte resaltó el carácter excepcional de la situación en la cual el exceso de información resulta perjudicial al paciente. Al respecto destacó: “Con todo, esta Corte precisa que este privilegio terapéutico es excepcional, por lo cual los riesgos de daño al paciente o de afectación de su autonomía deben ser evidentes o muy probables, para que se justifique la retención de información por el médico, no sólo debido a la prevalencia *prima facie* del principio de autonomía sino también porque diversas investigaciones han concluido que son muy raros los casos en donde se pueda sostener que informar adecuadamente al paciente, con discreción y sensibilidad, es más peligroso para su salud que ocultarle información”

“Galán Cortes enseña que “dentro del marco de autodeterminación y libre desarrollo de la personalidad, el consentimiento informado es el proceso gradual que tiene lugar en el seno de la relación sanitario-usuario, en virtud del cual el sujeto competente o capaz, recibe del sanatorio información bastante, en términos comprensibles, que le capacita para participar voluntaria, conciente y activamente en la adopción de las decisiones respecto al diagnóstico y tratamiento de su enfermedad”⁴⁷.

“Lo más significativo del concepto transcrito es que pone de resalto que lo referido al consentimiento informado se trata de un actividad informativa de tracto sucesivo o ejecución continuada que no se agota por lo general en un acto único.

(...)

“... Obviamente que la exigencia del consentimiento informado supone que alguien pueda negarse a ser sometido a un tratamiento médico, tal como quedó visto con anterioridad. La exigencia del consentimiento informado y la validez o la negativa del paciente a someterse a una práctica médica son cara y contracara de un mismo fenómeno.

(...)

A su turno, el profesor y tratadista argentino, Bueres, hace énfasis en que siempre debe tomarse en cuenta la voluntad del paciente:

“Estimamos que si el paciente se encuentra en pleno uso de sus facultades mentales, es decir, absolutamente lúcido, y se opone a someterse a la actividad médica, el facultativo no podrá desconocer la voluntad de aquél (ni ella podrá ser suplida por una autoridad judicial).

“No interesa concluir de tal modo que el enfermo no esté grave o que su estado sea angustiante. Tampoco cuadre distinguir entre un tratamiento médico -de técnica y resultados seguros, en apariencia- y una operación de cirugía que supone peligro para la salud del sujeto. En el campo de la medicina todo tipo de asistencia es incierta, por más simple que sea, y muy frecuentemente acontece que una terapia común se torna más riesgosa, - en cuanto a los resultados dañosos- que una operación complicada.

“Esto motivos y el primordial respeto del derecho subjetivo personalísimo a la integridad corporal, valida la solución propugnada, al menos en todo Estado que se precie de respetar las libertades individuales”⁴⁸.

La anterior óptica debe ser tenida en cuenta por el Juez de lo Contencioso Administrativo al momento de verificar si se configura o no la responsabilidad de la Administración en cada caso concreto, sea cual fuere el título de imputación que se emplee.

- CASO CONCRETO

⁴⁷ Galán Cortés, *El consentimiento informado de usuarios de los servicios sanitarios*, p.19.

⁴⁸ Alberto J. Bueres, *Responsabilidad civil de los médicos*, Buenos Aires, Ábaco, Tomo I, p. 108 y 109.

De acuerdo con lo manifestado en el libelo introductorio, los demandantes manifiestan que el señor Hayber Penagos acudió a la ESE Policarpa Salavarrieta con un grave dolor abdominal. Luego de exámenes de médicos, le fue diagnosticado una colelitiasis por lo cual el día 13 de julio de 2006, el médico cirujano Rolando Medina Rojas le programó una colecistectomía que se practicó el 26 de octubre de 2006, sin que se le hubiese sido informado integralmente de los riesgos del procedimiento y se le hubiese tratado previamente su condición de sobrepeso para disminuir los riesgos de la cirugía.

Se aseveró que, por complicaciones originadas en la imprudencia médica al paciente se le desgarró la arteria hepática y la arteria cística, lo cual le ha provocado un daño en su estado de salud y condiciones de vida. En ese sentido, indica que, en el año 2011 al señor Penagos le fue reconocida pensión vitalicia por invalidez derivada en la pérdida de su capacidad laboral como consecuencia de la intervención mencionada.

La Juez de Primera instancia encontró que, el señor Hayber Penagos padecía una colelitiasis sintomática que fue tratada de manera acertada y oportuna con la práctica de una colecistectomía el día 6 de octubre de 2006. La condición de obesidad que manejaba el paciente no era una contraindicación médica o científica para no realizar la cirugía, como tampoco se requería tratar previamente al paciente por esa situación. Consideró que, postergar el procedimiento quirúrgico hasta que el paciente redujera su peso, contrario a lo alegado por la parte actora, implicaba la posibilidad de que se presentase una inflamación severa con graves riesgos para la vida del paciente.

La A quo no halló probado que la complicación surgida en la cirugía fuese consecuencia de la condición médica de obesidad del señor Penagos Cortés, ni que el desgarró de la arteria hepática y de la arteria cística, fuesen errores en la técnica quirúrgica o ausencia de instrumentos requeridos en el procedimiento, es decir, desconocimiento o violación de la lex artis, sino que se trató de la materialización de un riesgo inherente de la operación, el cual fue manejado adecuadamente de manera oportuna por los galenos.

En la sentencia de primera instancia se consideró que, el consentimiento informado que reposa en el expediente da cuenta que el cirujano y el anesthesiólogo le explicaron con suficiencia al paciente y su familiar de manera verbal los detalles y riesgos del procedimiento, por cuanto en la época las instituciones médicas contaban con un formato en el que se dejaba constancia de la explicación.

La parte actora en su recurso de alzada centra sus argumentos en dos puntos específicos, a saber: i. Previo a la práctica de la colecistectomía al señor Hayber Penagos se le debió tratar su condición de obesidad para reducir los riesgos inherentes de la cirugía que se materializaron el procedimiento quirúrgico. ii. Alega que el consentimiento informado firmado por el paciente Penagos y su cónyuge no reúne los fines propios de la figura, pues, al paciente no le fueron explicados suficientemente los riesgos de la cirugía, menos aún, el incremento de los mismo por su condición metabólica.

A partir de lo anterior, debe precisarse que por tratarse de apelante único la Sala limitará su pronunciamiento a los argumentos esgrimidos en el recurso de alzada, según lo establece el artículo 328 del Código General del Proceso.

Sea lo primero indicar que, frente a la sentencia de primera instancia la parte actora no reprocha los siguientes elementos contenidos en la decisión, a saber: el daño, lo acertado del diagnóstico de colelitiasis y el procedimiento de colecistectomía realizado al paciente Hayber Penagos Cortés el 26 de octubre de 2006, como tampoco los tratamientos médicos posteriores a esa fecha que le fueron practicados. La parte demandante coincide con el criterio esbozado por el A quo, en el sentido de que el desgarro de las arterias hepática y de la arteria cística fueron hechos ocurridos en el procedimiento quirúrgico por tratarse de riesgos inherentes a esa clase de cirugías y no por un error o negligencia médica en el procedimiento.

El argumento central en contra de la decisión del A quo radica en que, al parecer de la parte actora, al paciente Penagos Cortés se le debió tratar previamente su condición metabólica de sobrepeso para reducir los riesgos de la cirugía y el hecho de que, el consentimiento informado de ese procedimiento no fue suficiente.

Respecto del primer reproche, relativo a la oportunidad en la práctica de la cirugía colecistectomía, esto es, sin habersele tratado la obesidad al paciente, en el expediente se encuentra que el 06 de abril de 2006, al señor Hayber Penagos se le practicó una endoscopia digestivas alta por un diagnóstico de reflujo GE. El diagnóstico endoscópico fue gastritis folicular y hernia hiatal.⁴⁹ En la muestra de tejido tomada en la endoscopia fue examinado por patología, en donde se le diagnosticó gastritis crónica con actividad ligera.⁵⁰

El diagnóstico preoperatorio del señor Hayber Penagos Cortés fue colelitiasis con colecistitis, esto es, cálculos en la vesícula biliar, sintomático el 13 de julio de 2006.

El 25 de octubre de 2006, el señor Hayber Penagos ingresó a piso en el hospital demandado para la preparación de la cirugía y fue valorado mentalmente por psicología hallando al paciente de manera “consciente, orientado, alerta sin presencia de alteraciones sensorio-perceptivas ni del (ilegible). Hoy un poco de ansiedad, en especial lo (ilegible) de la (ilegible) y lo que implique el ayuno, se explica al pcte y su fiar, como debe ser la preparación, especialmente la emocional buena respuesta por parte del pcte.”⁵¹

El 26 de octubre de 2006, el doctor Rolando Medina Rojas le practicó al señor Penagos una colecistectomía. Durante el procedimiento se produjo un desgarramiento de la arteria hepática y de la arteria cística, lo cual fue corregido por el galeno en asociación con el doctor Francisco Ruiz López.

En el proceso figura el dictamen pericial elaborado por el doctor Francisco Henao P, coordinador del comité de educación y ética médica de la Asociación Colombiana de Cirugía, en el cual indicó con claridad que, contrario al dicho de la parte actora en el recurso, la obesidad no es una contraindicación de la cirugía colecistectomía.⁵² “Lo recomendable si el paciente tiene síntomas es la realización de la colecistectomía electiva, dado que la posibilidad de tener complicaciones por la misma es alta. Si el paciente es obeso y no hay urgencia se debe intentar la disminución de peso, siempre y cuando no se ponga en riesgo su salud, por las posibles complicaciones derivadas de la litiasis biliar.”⁵³

⁴⁹ Folios 205 cdno. Ppal. 2

⁵⁰ folios 206 cdno. Ppal. 2

⁵¹ Folio 199 cdno. 1 .

⁵² Folios 853 a 857 del cdno .ppal. 5

⁵³ Folios 897 a 901 cdno. Ppal. 5

Acerca de la oportunidad para optar por la cirugía de colecistectomía, el especialista indicó que “cuando la colelitiasis es sintomática especialmente si ha tenido dos o más episodios de dolor, está indicada la colecistectomía en forma electiva, esto quiere decir que debe realizarse en un tiempo prudencial que puede ser entre 2 y 4 meses, pero que no es de una cirugía de urgencia, salvo que existan manifestaciones de colecistitis aguda en que habría que realizar una cirugía de urgencia.”

De la posibilidad de postergar realización de una cirugía de esa clase por obesidad, en el mismo dictamen pericial se clarificó lo siguiente, sin que la parte actora lo objetara: “Aun si el paciente se encuentra en sobrepeso, la corrección de esta patología requiere la intervención quirúrgica oportuna, y el riesgo de postergarla implica la posibilidad de que se presenta una inflamación severa (colecistitis) con importantes riesgos para el enfermo. Debido a lo anterior, en lo posible la cirugía debe ser programada (electiva), antes de que ocurra una complicación que obligue a realizar un procedimiento de urgencia.”⁵⁴

El médico especialista en cirugía general e intensivista, doctor Hugo Mauricio Rojas Charry,⁵⁵ trató al paciente Hayber Penagos Cortes luego de la cirugía colecistectomía practicada el 26 de octubre de 2006, esto fue, en diciembre de 2006 cuando le realizó una apendicectomía, sin observar evidenciar hallazgos derivados de la colecistectomía. En médico Rojas en su declaración precisó que, la apendicectomía no fue consecuencia de la colecistectomía, sino derivada de la apendicitis no relacionada con la colelitiasis.

Manifestó que la colelitiasis sintomática es tratada de manera efectiva con procedimiento quirúrgico para sacar la vesícula y prevenir la aparición de cálculos. El principal síntoma es un fuerte dolor abdominal, especialmente luego de comer alimentos altos en grasa, por la contracción de la piedrita-cálculo en la vesícula. Indicó que, la cirugía debe practicarse una vez sea diagnosticado el paciente, o de lo contrario se ve expuesto a padecer complicaciones como lo son una eventual infección de la vesícula que derive en una peritonitis, obstrucción de la vía biliar, aumento de la bilirrubina, o una infección en la vía biliar, todo lo cual desencadena en la muerte del paciente. Respecto de la obesidad señaló que no se trata de una contraindicación para realizar la colecistectomía en pacientes sintomáticos. Si el

⁵⁴ Folios 922 -924 cdno .ppal. 5

⁵⁵ Folio 1697 hasta el minuto del cdno ppal. 9

paciente es asintomático podría dar espera la colecistectomía, pero si es sintomático debe intervenir con prontitud.

En la declaración del médico Francisco Ruiz López, se destaca para resolver el punto que nos convoca:⁵⁶

Preguntado: “si es recomendable que un paciente obeso que va a ser sometido a una colecistectomía se le someta a un tratamiento para controlar este factor de riesgo y luego si proceder a programar la cirugía”. Contestó: “Depende del grado de obesidad y de la clínica presentada por el paciente. Normalmente los pacientes que sufren de cálculos en la vesícula tienen sobrepeso. Si el grado de obesidad contraindica el procedimiento (esta contraindicación es dada por el servicio de anestesiología), cabría la posibilidad, si el paciente no está muy sintomático por sus cálculos en la vesícula y la espera no significa un riesgo para el paciente, realizar algún tipo de intervención antes de llevarlo a cirugía , pero repito, depende del grado de obesidad y de la clínica presentada por el paciente.”

Preguntado:” De conformidad con la historia clínica señale si la valoración dada por el anestesiólogo permitía o no la práctica de la colecistectomía.” Contestó: “Si el anestesiólogo inició el proceso en el caso del señor PENAGOS se puede deducir que la valoración previa hecha por el no encontró patología o estado mórbido alguno que fuera factor de riesgo importante para realizar el procedimiento anestésico.”

En la declaración del médico anestesiólogo que valoró al señor Hayber Penagos, doctor Pedro Antonio Martínez, manifestó que, si bien la obesidad es un factor de riesgo, no es una contraindicación para intervenir quirúrgicamente. ⁵⁷

Ahora bien, examinados en conjuntos los elementos probatorios del proceso, considera la Sala que, en el caso concreto el diagnóstico de colelitiasis con colecistitis dado al paciente, hoy demandante, Hayber Penagos, ocurrió luego de varios meses de evolución y práctica de exámenes de diagnóstico. Contrario a lo dicho en el recurso de alzada, en la historia clínica aportada al proceso se observa con claridad que el señor Penagos sí era sintomático de colelitiasis, tal como fue confesado desde el líbello introductorio en el que consignó que el paciente acudió a la extinta E.S.E. Policarpa Salavarrieta por “grave dolor que padecía en el abdomen.”⁵⁸

⁵⁶ Folios 860 a 864 cdno. 5

⁵⁷ Folios 873 a 876 cdno. Ppa. 5.

⁵⁸ Folios 217 y 218 del cdno. 2 . Folios 1124 cdno. Ppal 6

Aunado a lo anterior, las declaraciones de los médicos rendidas en el expediente, que de manera extemporánea en sede de apelación la parte actora cuestiona, son sistemáticamente coincidentes en señalar que la obesidad no es una contraindicación para realizar una colecistectomía a un paciente sintomático. Explicaron que el paciente sintomático es aquél que ha presentado al menos un episodio de dolor por la presencia de cálculos en la vesícula y que, la obesidad es un factor de riesgo inherente al paciente mismo y no por la naturaleza de la cirugía.

Asimismo, se acreditó que, diagnosticado el paciente sintomático de colecistitis lo procedente para salvaguardar su vida es proceder con la colecistectomía en un plazo prudencial de seis semanas siguientes, aproximadamente, en aras de evitar complicaciones que comprometiesen la humanidad, tales como peritonitis. En el plenario se acreditó que, al padecer colelitiasis sintomáticas, al menos con un episodio, el porcentaje de riesgo de muerte se incrementa en un 10% y que, no existe un tratamiento alternativo a la colecistectomía en pacientes sintomáticos jóvenes, salvo aquellos que padezcan patologías cardíacas o renales, que no fue el caso del señor Penagos.

Bajo ese razonamiento, se concluye sin mayor esfuerzo que, al ser el señor Hayber Penagos Cortés un paciente sintomático de colelitiasis, la cirugía de colecistectomía no debía ser postergada hasta que al paciente se le tratase la obesidad. Es menester indicar que, en el expediente no obran elementos suficientes para constatar que el señor Penagos padecía alguna otra patología que impidiese la práctica de la colecistectomía el 26 de octubre de 2006, lo que si se acreditó con suficiencia es que la intervención quirúrgica al paciente fue conforme la *lex artis*.

En ese orden de ideas, el primer cargo propuesto por apelante único no tiene vocación de prosperar por cuanto, se itera, la obesidad no es una contraindicación para la realización de una colecistectomía a un paciente sintomático, ni tampoco existe otro tratamiento alternativo la colelitiasis, y por tanto, previo a dicha cirugía realizada el 26 de octubre de 2006, el médico tratante no se encontraba en el deber de atender la condición de obesidad del paciente.

Sobre el segundo cargo, la parte recurrente alega que el consentimiento informado firmado por el paciente Penagos y su cónyuge no reúne los fines propios de la figura, pues, al paciente no le fueron explicados suficientemente los riesgos de la cirugía, menos aún, el incremento de los mismo por su condición metabólica.

Para la Sala, contrario a lo asegurado en la demanda y en el recurso en el expediente se acreditó que el día 13 de julio de 2006, previo a la colecistectomía al paciente Hayber Penagos y a su cónyuge Patricia Perez, quien acudió como asistente, si se les explicó “claramente la naturaleza y beneficios del procedimiento, así como los riesgos previsibles de infección, falla del procedimiento, complicaciones anestésica, complicaciones quirúrgicas y queda en peligro la vida.”(Numerales 1, 2, 3 y 4)⁵⁹

Tanto el paciente, como su acompañante y el médico tratante suscribieron el acta correspondiente en el que se dejó constancia de que al paciente se le había informado del procedimiento y sus riesgos y que tanto el paciente como su cónyuge, dieron expresamente el consentimiento para adelantar la cirugía.

Aun cuando en el proceso no se cuestionó la actuación del anesthesiólogo médico Pedro Antonio Martínez en la cirugía, es menester mencionar que en el expediente también se observa que previo a la colecistectomía el señor Penagos y su acompañante, Pérez, adicionalmente suscribieron un documento con el anesthesiólogo denominado consentimiento informado en el que se consignó el procedimiento a realizar por presentar un diagnóstico de “colelitiasis – (ilegible) – reflujo gástrico...”⁶⁰

Siendo así, el Tribunal encuentra que al demandante y su cónyuge sí se les brindó la información necesaria en dos oportunidades, luego entonces, se cumplió con los requisitos que el Consejo de Estado ha establecido frente al consentimiento informado. Esto es, (i) que sea expreso – ilustrado (debe documentarse en la historia clínica); (ii) que se informen las consecuencias del tratamiento y/o procedimiento que se le va a realizar – idóneo y concreto; y, por supuesto, (iii) previo

⁵⁹ Folio 196 cdno. 1.

⁶⁰ Folio 198 cdno. 1

al tratamiento y/o procedimiento sobre el cual se emite el correspondiente consentimiento.

Ahora, en el recurso de apelación se argumentó en que, aun cuando había consentimiento informado suscrito por el paciente, la acompañante y el médico tratante, este último no le informó los riesgos propios por la condición de obeso del señor Penagos. Frente a este argumento, la Sala precisa que no es de recibo, dado que, se itera que tal condición no es una contraindicación para la colecistectomía y, además de que, en el proceso no se acreditó que el desgarramiento de las arterias hepática y cística tuviesen relación directa a la obesidad del paciente, contrario al dicho en el recurso. En el caso concreto, en el expediente obran dos consentimientos informados consignados en dos actas suscrita por el paciente, su acompañante y el médico cirujano y el anestesiólogo, tres meses antes de la cirugía, en los que expresamente se autorizó la realización del procedimiento colecistectomía, después de que se le explicaran todos los riesgos que podían presentarse.

Ahora bien, en el recurso de apelación se trajo un nuevo argumento consistente en que el señor Hayber no consintió la realización del procedimiento quirúrgico sobre la base de haber obtenido una información clara y precisa acerca de las implicaciones de la cirugía, luego entonces, las demandadas vulneraron el derecho fundamental de autonomía y de libertad de elección del entonces paciente.

Al respecto, encuentra la Sala que, tal hecho no se probó en el proceso ya que las actas de consentimiento informado si reposan en la historia clínica, aunado a lo correcto y oportuno procedimiento quirúrgico escogido para tratar la colelitiasis del paciente, pues, se itera que, la postergación en su realización elevaba los riesgos de desarrollar mayores complicaciones en la vida del paciente.

No obstante lo anterior, debe precisarse que el incumplimiento total o defectuoso del deber de informar al paciente, no es causal de un daño a la salud, sino a la ausencia de libertad de elección que pudo afectar el consentimiento otorgado por el paciente o sus familiares. En este punto, es importante destacar que la parte actora en la demanda siempre centró su reproche al daño causado por la falla en

la prestación del servicio médico por la impericia del médico demandado y no el daño autónomo relacionado al consentimiento informado.

Para desatar este aspecto, huelga precisar que, de conformidad con el artículo 281 del Código General del Proceso, la sentencia debe guardar congruencia con la situación fáctica y las pretensiones aludidos en la demanda, así como lo probado en el proceso. Igualmente, el principio de congruencia implica que la competencia funcional del juez de segunda instancia se limita a emitir un pronunciamiento solo sobre las inconformidades que motiven su interposición, siempre que estén dirigidas a controvertir las consideraciones de la autoridad judicial. Es decir que la potestad del juzgador se circunscribe a confrontar lo decidido con lo cuestionado, salvo que se apele un aspecto global de la sentencia.

En ese orden de ideas, para el Tribunal que no es de recibo el nuevo argumento dado que, no fue objeto de debate en primera instancia, pues, aun cuando en la demanda se mencionó que el consentimiento informado fue una proforma, la argumentación no coincide con lo esbozado en el recurso de alzada, tal como lo señaló la defensa del médico demandado en sus alegaciones finales y, razón por la cual ese nuevo argumento desborda la competencia de esta Sala para hacer un pronunciamiento al respecto.

La Sala precisa que el hecho de que el paciente otorgue consentimiento para realizar un tratamiento o procedimiento específico, en el que previamente se le han informado de los riesgos concretos que puede implicar el correspondiente tratamiento o procedimiento, únicamente exonera de responsabilidad a la administración siempre que no se trate de una negligencia o impericia por parte del médico tratante. Sin embargo, en el sub-lite se constató que en la prestación del servicio médico al paciente no se configuró un desconocimiento a la *lex artis* durante la intervención quirúrgica.

Debido a todo lo expuesto, la Sala encuentra que el segundo cargo propuesto contra la sentencia de primera instancia tampoco carece de vocación de prosperar, y, por consiguiente, se procederá a confirmar la sentencia de primera instancia en la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

- COSTAS

La Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, habida consideración que hecha la evaluación que ordena el artículo 171 del CCA, modificado por el Art. 55 de la Ley 446 de 1998, no se encuentra conducta que lo amerite.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

V.- FALLA

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia de fecha 24 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo de Neiva por las razones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Por Secretaría devuélvase el expediente al Tribunal Administrativo del Huila. Desanótese en los libros correspondientes y archívese una copia de esta providencia en los copiadore de este Tribunal.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

LOS MAGISTRADOS

NOEMI CARREÑO CORPUS

JOSÉ MARÍA MOW HERRERA

JESÚS G. GUERRERO GONZÁLEZ

(Ausente con permiso)

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso con radicado No. 41-001-33-31-703-2013-00007-02)

Expediente: 41-001-33-31-703-2013-00007-02
Demandante: Hayber Penagos Cortés y Otros
Demandado: Nueva EPS y otros
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

Código: FCA-SAI-05

Versión: 01

Fecha: 14/08/2018

Firmado Por:

Noemi Carreño Corpus
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Contencioso 003 Administrativa
Tribunal Administrativo De San Andres - San Andres

Jose Maria Mow Herrera
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Contencioso 002 Administrativa
Tribunal Administrativo De San Andres - San Andres

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

2b6c98dd0bd4e5064c58cc4d4097e8008a9e5131be9cafbbf0f2ead7df335576

Documento generado en 09/11/2021 09:07:33 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>