TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ARAUCA

SALA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: LUIS NORBERTO CERMEÑO

Arauca, Arauca, seis (6) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Proceso	:	50 001 3331 005 2008 00036 03
Acción	:	Reparación directa
Demandante	:	Felipe Nery Palacios Cabrera y otros
Demandado	:	Nación-Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Fiduciaria la Previsora S.A. y Servimédicos Ltda.
Providencia	:	Sentencia de segunda instancia

Decide el Tribunal Administrativo de Arauca el recurso de apelación interpuesto por los demandantes contra la sentencia del 28 de febrero de 2018, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo de Villavicencio, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

1. La demanda

Felipe Nery Palacios Cabrera y otras personas presentaron demanda (fl. 1-297) contra la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Fiduciaria la Previsora S.A. y Servimédicos Ltda., en ejercicio de la acción de reparación directa.

Dentro de los **hechos** que invocan, señalan que en la primera semana de marzo de 2007, Felipe Nery Palacios Cabrera asistió a consulta externa en el Hospital Departamental de Villavicencio por dolor cervical de un año, producto de un accidente de tránsito; y que en razón a los signos que presentaba, el médico Wilmer Godoy consideró que pertenecía a un compromiso radicular y de médula espinal. El 13 de marzo de 2007 se le practicó resonancia magnética nuclear de columna cervical que evidenció hernias discales según la Junta de Cirugía de Columna, la que consideró que el manejo quirúrgico que requería el paciente consistía en una disectomía cervical más artrodesis C5-C6, C6-C7.

Expresan que el 16 de junio de 2007 asistió de nuevo por dolor cervical más intenso y exacerbación de las parestesias y sin cambios en el cuadro neurológico inicial; ese día sí firmó el consentimiento informado y se le practicó el procedimiento quirúrgico el 9 de julio de 2007 sin complicaciones técnicas; que ante evaluación en el post operatorio inmediato, el médico Godoy consideró sospecha de compresión medular, se le suministró corticoesteroides y se solicitó resonancia magnética que evidenció edema medular y estenosis del canal. Se le interviene quirúrgicamente de nuevo para realizar descompresión del canal cervical, y esta vez en el post

operatorio mostró mejoría, encontrando recuperación en su cuerpo del lado derecho, con limitaciones, pero en estado de movilidad satisfactorio y continuaba con movilidad muscular y física normal del lado izquierdo, que lo que restaba era empezar con un programa de rehabilitación física para restablecer la fuerza y la movilidad de las limitaciones que presentaba.

Manifiestan que el 11 de julio de 2007 estando Palacios Cabrera en recuperación, encuentra que el tope máximo que ampara el SOAT llegó a su límite, lo que generó que al día siguiente el Hospital Departamental de Villavicencio lo remitiera a Servimédicos Ips Centauros, entidad que tiene la prestación médico asistencial a los educadores del FOMAG, para que se le adelantara la atención del post operatorio, a donde ingresó en condiciones estables; la Ips gozaba de la vinculación del médico Wilmer Godoy Carrero lo que garantizaría la continuidad del tratamiento tras las intervenciones que le había realizado.

Aducen que luego de un estado físico satisfactorio, le informaron al paciente que el tratamiento lo seguirían los médicos Juan Carlos Menéndez Barreto y Nelson Morales, quienes decidieron modificarlo y someter a Palacios Cabrera a una tercera intervención quirúrgica, desestimando el resultado de las dos primeras, que habían mostrado una mejoría donde el éxito de la recuperación se podría establecer en el tiempo, acompañado de un trabajo de rehabilitación; que el 19 de julio de 2007 el médico Menéndez la realizó, la cual describen, y anotan que no se contó con la opinión del médico Godoy ni hay registros de haberse consultado en junta de especialistas. Y que durante el post operatorio en Servimédicos, el procedimiento quirúrgico desmejoró las condiciones de vida del paciente, que determinó un diagnóstico de paraplejia; así, llegó a recibir tratamiento con las facultades motoras en ambos hemicuerpos, y salió en silla de ruedas.

Exponen que después de la tercera cirugía las condiciones físicas de Palacios Cabrera cambiaron notablemente lo que se pudo establecer con la descripción clínica del profesional de fisioterapia al observar la disminución de la capacidad física y la forma de su deterioro. Cuestionan que la tercera cirugía se realizó solo 10 días después de la primera y aducen que los médicos Menéndez y Morales actuaron de forma imprudente, violando disposiciones de la Ley 23 de 1981 y tres principios de la bioética. Expresan que en la tercera cirugía el consentimiento no es válido, ya que la autorización para permitirla la firmó la cónyuge Miriam Peña Riveros, quien no estaba en la potestad de aprobar o improbar el procedimiento, ya que el paciente estaba lúcido y capaz de entender y dar su voluntad para disponer de su salud, pero no se le informó sobre las ventajas y desventajas del mismo; y que el médico Menéndez realizó una intervención quirúrgica innecesaria, que le causó daños físicos irreparables, la paraplejia.

Como **pretensiones**, solicitan declarar responsable a las demandadas y condenarlas a pagarles los perjuicios morales, materiales y de daño a la vida de relación, entre otras.

2. La contestación de la demanda

2.1. Servicios Médicos Integrales de Salud Ltda –Servimédicos- expresa (fl. 326-632) que los hechos unos no le constan, otros son parcialmente ciertos, otros no son hechos, algunos son ciertos y los demás no son ciertos; se opone a las pretensiones por carecer de fundamentos fácticos y jurídicos.

Plantea las excepciones de *"Ausencia de responsabilidad de la entidad demandada", "Inexistencia de relación de causalidad", e "Improcedencia de la reclamación por cuanto el estado de salud actual del accionante en ningún caso tiene relación con irregularidades en la atención".*

Presenta llamamiento en garantía frente al Hospital Departamental de Villavicencio (fl. 324-325) lo que se negó (fl. 686-689, 691), aunque después se ordenó de oficio la vinculación de esta entidad (fl. 934-936).

2.2. La Nación–Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en su escrito (fl. 641-647, 672-678), se opone a las pretensiones de la demanda como quiera que los hechos de los cuales pueda derivarse responsabilidad, no fueron ejecutados por la entidad; se pronuncia frente a cada uno de los hechos para manifestar que no le constan y en algunos estará a lo que se pruebe; como argumentos de defensa expone que no estaría llamada a responder, como quiera que no es la causante del hecho dañino y mal estaría que se le imputara responsabilidad por el hecho o culpa del médico tratante y de la clínica que lo atendió, la cual no depende ni funcional, ni jerárquicamente de ésta entidad, y solicita se le desvincule del proceso.

Propone las excepciones de *"Ineptitud en la demanda", "inexistencia de la obligación con fundamento en la Ley" y "falta de legitimidad por pasiva".*

2.3. El vinculado Hospital Departamental de Villavicencio contestó la demanda (fl. 938-949) se opone a las pretensiones, se pronuncia frente a cada uno de los hechos para señalar que unos son ciertos, otro se atiene a lo que se pruebe y los demás no le constan; como razones de defensa se refiere a la atención médica que se le prestó a Felipe Nery Palacios Cabrera en esa institución y a la inexistencia de relación de causalidad entre el presunto perjuicio sufrido y la prestación del servicio médico de su parte.

Presenta llamamiento en garantía frente a la Previsora S.A (fl. 950-961), lo que se admitió (fl. 963-964).

2.4 La Previsora S.A contestó la demanda (fl. 681-684); se opone a las pretensiones porque es una entidad de servicios financieros y no de prestación de servicios médicos; frente a los hechos de la demanda, expresa que no le constan o se estará a lo que se pruebe. Se refiere a su naturaleza jurídica y al contrato con Servimédicos.

También contestó el llamamiento en garantía que se le hizo (c.LlmtoGtía).

Propone las excepciones de *"Inexistencia de la obligación con fundamento en la Ley", "falta de legitimación por pasiva"* e *"Ineptitud de la demanda".*

3. La sentencia apelada

El Juzgado Noveno Administrativo de Villavicencio en providencia del 28 de febrero de 2018 (fl. 1243-1259), declaró no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Fiduciaria La Previsora, y negó las pretensiones de la demanda; consideró[1]:

> "(...) es claro para este Despacho, que la atención médica brindada al señor FELIPE NERY PALACIOS CABRERA, la cual quedó ampliamente reseñada en el presente proveído, fue acorde con *lex artis*, máxime cuando las consecuencias de las cirugías realizadas fueron explicadas a éste, aunado a ello, el despacho, acoge lo expresado por la médica especialista en neurocirugía y cirugía de columna, Dr,a LILIA MONTAÑEZ, quien de manera categórica expuso que de no haberse realizado la tercera cirugía el paciente corría el riesgo de quedar cuadripléjico, razón por la cual dicho procedimiento, contrario a lo alegado en la demanda, era absolutamente necesario, en aras de evitar un daño mayor al paciente.
>
> En ese orden de ideas, es evidente que el daño no procede de la actuación médica desplegada por el HOSPITAL DEPARTAMENTAL DE VILLAVICENCIO ni por los profesionales de SERVICIOS MÉDICOS INTEGRALES DE SALUD S.A.S. "SERVIMEDICOS S.A.S.", pues el señor PALACIOS CABRERA en dichos centros fue atendido por personal idóneo, que lo tuvo siempre bajo observación, realizándole el tratamiento de la forma prescrita, administrándole los medicamentos y procedimientos quirúrgicos que su condición de salud demandaba; conclusión que encuentra su sustento en las pruebas arrimadas al expediente.
>
> En lo referente a la falta de concepto médico especializado que fuere emitido por la junta médica en el centro de SERVICIOS INTEGRALES DE SALUD S.A.S. "SERVIMEDICOS S.A.S.", previo a la intervención quirúrgica realizada el día 19 de julio de 2007, considera el Despacho, que si bien es cierto, en la historia clínica se evidencia que el médico neurocirujano Dr. Nelson Morales- *fue quien al determinar* que el paciente no mostraba mejoría indicó que era necesario ser reintervenido, pero que al ser tratado por otro especialista, consideraba necesario llevar el caso a junta médica; también lo es, que al ser valorado por el Neurocirujano Dr. Menéndez, éste también determinó que efectivamente el paciente debía ser reintervenido quirúrgicamente, avalando así la opinión del Dr. Nelson Morales.
>
> Por tanto, se tiene que siendo autonomía del médico tratante llevar a consideración de la Junta Médica los casos en que exista alguna duda del manejo a seguir, tal como lo describen las normas de ética médica, situación que para el caso se desvirtúa la necesidad de la misma, en razón a que era claro el procedimiento a seguir, amén de no tratarse de un acto médico experimental, máxime cuando no existe en el plenario elemento probatorio que así lo acredite; por el contrario, según lo declarado por la médico LILIA MONTAÑEZ era imprescindible la tercera intervención, e ara de evitarle

[1] Las transcripciones que se incluyen en esta sentencia, así están escritas en el texto del que se tomaron; por lo tanto, los errores, imprecisiones y resaltados son del original, y con este aviso general, no se hará la advertencia específica cada vez que se amerite un (sic), para evitar su inútil y prolífica repetición; no obstante, se advierte que de algunas citas se suprimen notas de pie de página, por lo cual o no aparecen todas las del texto o las que aparecen no siempre tienen el mismo número que registra la sentencia o el documento original que se transcribe.

un mal mayor al paciente, testimonio que ofrece tal credibilidad para el Despacho, en la medida que se trata de un profesional con sobre especialidad en neurocirugía y cirugía de columna, con amplia experiencia en el ejercicio de la misma.

Por otro lado, en lo relacionado a la falta de consentimiento informado para la realización del procedimiento quirúrgico practicada al señor FELIPE NERY PALACIOS CABRERA el día 19 de julio de 2007 (...) se tiene que el señor Felipe Nery Palacios Cabrera, tenía pleno conocimiento del procedimiento quirúrgico de CERVICOTOMIA, RESECCION DE IMPLANTES DISCALES C5 C6 Y C6 C7; MICRODESCOMPRESIÓN VIA ANTERIOR C5-C6 Y C6-C7; INJERTOS TRICORTICALES DE CRESTA ILIACA; FIJACIÓN CON PLACA DE TITANIO que le fue realizada el día 19 de julio de 2007, toda vez que fue el mismo médico neurocirujano quien le sugirió la reintervención quirúrgica, de lo cual se le informó el día 17 de julio de 2007, es decir dos días antes de la práctica de la misma; además informó de los riesgos inherentes al procedimiento, de los cuales se encontraba nuevamente el déficit neurológico.

Además, el paciente Felipe Nery Palacios Cabrera, para la época de los hechos tal y como lo informa su abogado, era una persona adulta, con plena facultades mentales, con suficiente autodeterminación para comprender y entender; que si bien es cierto, en la historia clínica se evidencia firmó con huella, también lo es, que tal como se desprende de la epicrisis, el paciente tenía una insuficiencia de movilidad de su brazo derecho, situación que le impedía con su puño y letra firmar.

Así las cosas, no se acredita la existencia de las irregularidades en la prestación del servicio médico asistencial, en las cuales se sustenta la falla del servicio médico asistencia alegada en la demanda, razón por la cual, se negarán las pretensiones de la misma".

4. El recurso de apelación

La parte demandante (fl. 1261-1277) señala que la atención y tratamiento que se le prodigó en Servimédicos a Palacios Cabrera no fue la mejor, ni siquiera se impuso una lógica elemental como era que el médico que tres días atrás le había practicado dos riesgosas cirugías fuera el mismo que continuara con el pos-operatorio y eventualidades posteriores, que no se conoce que al paciente se le haya informado sobre el derecho que legalmente tenía de elegir a su médico, con lo que se inicia el tratamiento caprichoso y violatorio de sus derechos que culminó con un grave daño a la salud, a su calidad de vida y a su existencia.

Manifiesta que la sentencia desestima las críticas de la demanda a la decisión unilateral del médico Menéndez de practicar una tercera intervención quirúrgica, la defiende como necesaria en aras de evitar un daño mayor al paciente, cuando ésta tuvo como resultado un indiscutible y grave empeoramiento de la salud del paciente, dejándolo parapléjico sin control de esfínteres, y propenso a constantes traumas en diferentes órganos que lo llevan permanentemente al médico y a hospitalizaciones.

Expresa que el médico Menéndez no consignó en el folio 123 de la historia clínica el pronóstico de muerte transmitido al paciente y a su familia, o de isquemia medular que eventualmente llevaría a la muerte, o de cuadriplejia o tetraplejía, como lo indica en su declaración que consignó las razones por

las cuales consideró necesario practicarle el nuevo procediendo quirúrgico; que tampoco aparece en la historia clínica que hubiese presentado fiebre, en cambio sí es fácil leer en el registro de los días anteriores a la cirugía de marras que el paciente se encontraba estable, y que desde el mismo momento en que quedó bajo la disposición del médico Menéndez, ya le decía que tenía que intervenirlo quirúrgicamente, con lo que se observa el deseo del médico de cambiar los implantes artificiales que el anterior cirujano había puesto, por considerarlos obsoletos; que pese a las recomendaciones de no hacer una tercera cirugía acabando de salir de dos, este cirujano se centró en hacerla, invocando inclusive la muerte si no se hacía, y pasando por alto la recomendación de celebración de una Junta Médica que hizo el también especialista Morales.

Cuestiona el documento que contiene el consentimiento informado y las condiciones en que se suscribió. Y sobre la convocatoria de la Junta Médica, agrega que la autonomía del médico tratante no es infinita y no está por encima de la salud del paciente, cuando este acababa de salir de dos cirugías y aún no habían trascurrido ocho días cuando el nuevo médico quería operarlo nuevamente, lo propio era realizar una Junta para evaluar los procedimientos ya practicados, la bondad de los mismos y de una nueva cirugía, y que así lo propuso el médico Morales; no obstante, no fue el deseo del médico Menéndez quien en una decisión unilateral decidió efectuar la nueva intervención quirúrgica, con los resultados ya conocidos.

5. Trámite en la segunda instancia

Se admitió recurso de apelación (fl. 5. c.TAM) y se corrió traslado para alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público (fl. 6, c.TAM).

6. Los alegatos de conclusión

6.1. La Previsora expresa (fl. 7-16, c.TAM) que la decisión de primera instancia fue adoptada conforme con las pruebas obrantes en el expediente, que dan cuenta que no se presentó una omisión o acción que hubiera ocasionado el daño cuya reparación se reclama; por el contrario, están acreditados los extremos fácticos y jurídicos para conceder las excepciones; reitera los argumentos expuestos en la contestación. Agrega que el único reproche se edifica en la intervención de un tercero ajeno al Hospital, cual fuera la institución que atendió e intervino quirúrgicamente al demandante en aparente contravención del tratamiento que le había beneficiado y que desarrolló el Hospital Departamental de Villavicencio; que es improcedente el llamamiento en garantía puesto que el paciente es intervenido en una institución clínica diferente al Hospital, lo que impide ejercer los amparos otorgados en cualquiera de las pólizas.

6.2. El Ministerio de Educación Nacional (fl. 18-20, c.TAM) luego de citar las consideraciones de la sentencia apelada, expresa que es claro que los distintos profesionales de la salud y entidades prestadoras obraron de buena fe, dando estricto cumplimiento de la *lex artis ad hoc*, esto es,

aplicando los protocolos, sus conocimientos, el estado del arte correspondiente y demás medidas tendientes a garantizar el mejor tratamiento; que si fuese aceptado que existió responsabilidad médica, no se le hace exigible al Ministerio, como quiera que dentro de sus funciones no se encuentra la de prestar servicios médicos.

7. El concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público no efectuó pronunciamiento en esta instancia.

CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites propios de la segunda instancia, la Sala decidirá enseguida y de fondo, el presente proceso judicial.

1. El problema jurídico

Consiste en: ¿Procede revocar la sentencia impugnada, conforme con los planteamientos del recurso de apelación que radicaron los demandantes?

2. Análisis de aspectos procedimentales

2.1. Sentencia de fondo. El proceso cumple con el cometido encargado a la Administración de Justicia de dirimir la disputa puesta a su consideración[2].

2.2. Sobre las excepciones. Las propuestas. En el recurso de apelación no se planteó discusión expresa sobre el tema, por lo cual no amerita pronunciamiento específico en esta instancia. Y sobre **excepciones de oficio**, no se encuentra probada alguna para declarar (Artículo 164, C.C.A)[3].

2.3. Proceso disciplinario. Se aportó al expediente la investigación Ético Disciplinaria número 655 que tramitó el Tribunal de Ética Médica del Meta (a.2), referido a los hechos que aquí se cuestionan. Se le dará valor

---

[2] Significa que se controló en forma exitosa la legalidad procesal en todos sus aspectos, como jurisdicción, competencia, otros presupuestos exigidos, y sin nulidades u otros trámites por decidir.

[3] C.C.A corresponde al Código Contencioso Administrativo, vigente hasta el 2 de julio de 2012 pero que se aplica en los procesos iniciados antes de esa fecha, como el presente; CPACA hace referencia al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, normativa que reemplazó al C.C.A. Cuando se escriba C. Po, se hace alusión a la Constitución Política de Colombia; C.P.C es Código de Procedimiento Civil; CGP es Código General del Proceso; al mencionar C.C, es Código Civil, CST es Código Sustantivo del Trabajo, C. Co. es Código de Comercio y E. T. Estatuto Tributario. C. P. es Código Penal y CPP se refiere al Código de Procedimiento Penal. M. P. es el Magistrado Ponente en sentencias que se citan; de otra parte, "fl" indica el número de folio o página en donde se encuentra la prueba invocada, "c" se refiere a la carpeta o cuaderno que la contiene, "a" es Anexo, "c.pr" es cuaderno de pruebas y "c.TAM" es el cuaderno del Tribunal Administrativo de Meta; si no se cita c., se hace referencia al principal.

probatorio, pues fue pedido en la contestación de la demanda de Servimédicos Ltda (fl. 338), y decretado como prueba (fl. 710, 877).

Además, se cumplen los lineamientos que sobre el particular ha establecido el Consejo de Estado, toda vez que permaneció a disposición de las partes durante el curso del proceso para su respectiva contradicción, sin cuestionamiento alguno respecto de su contenido, se trata de pruebas conducentes, pertinentes y útiles para decidir el caso, así como las valoraciones que correspondan sobre los elementos probatorios, y los estándares de convencionalidad en este tipo de casos, entre los criterios aplicables (M.P. Hernán Andrade Rincón, 28 de julio de 2011, rad. 19001 23310001997020010l, 20510, M.P. Danilo Rojas Betancourth, 11 de septiembre de 2013, rad. 410013310001994765401, 20601, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 3 de diciembre de 2014, 730012331 000 2004 0211301, 45433, M. P. Ramiro Pazos Guerrero, 31 de agosto de 2017, rad. 13 00123310002001014920l, 41187).

2.4. Este proceso se recibió del Tribunal Administrativo de Meta para ser tramitado únicamente en cuanto a proferir la sentencia de segunda instancia; todos los demás trámites, incluido el de notificación, se harán en esa Corporación Judicial remitente.

3. Principales pruebas

Del acervo probatorio allegado y valorado, se destacan las siguientes:

a. Registros civiles de nacimiento de Lizeth Juliana Palacios Peña, Claudia Xiomara Palacios Peña, Neyder Andrés Palacios Peña, Mauricio Palacios Córdoba y Felipe Nery Palacios Cabrera (fl. 36-40).

b. Certificado de matrimonio de Felipe Nery Palacios Cabrera y Miriam Peña Riveros (fl 41).

c. Documentos laborales de Felipe Nery Palacios Cabrera (fl. 42-44, 76).

d. Constancias estudiantiles de Lizeth Juliana Palacios Peña, Mauricio Palacios Córdoba, Claudia Xiomara Palacios Peña y Neider Andrés Palacios Peña (fl. 43-48).

e. Documentos de la Historia Clínica de Felipe Nery Palacios Cabrera en el Hospital Departamental de Villavicencio (fl. 49-60, 698-700, 735-817, 1085-1145).

f. Consignaciones bancarias y remesas (fl. 61-75).

g. Derechos de petición radicados ante Servimédicos Ltda, el Hospital Departamental de Villavicencio y la Defensoría del Pueblo (fl. 77-78, 855-869) y respuesta (fl. 79-90).

h. Documentos de la Historia Clínica de Felipe Nery Palacios Cabrera en Servimédicos Ltda (fl. 92-297, 358-633, 727, 731-734, 853-854; a.1).

i. Investigación Ético Disciplinaria número 655 adelantada por el Tribunal de Ética Médica, sobre los hechos que aquí se discuten (fl. 821, a.2).

j. Testimonios de Gladys Guerrero Montaña, Juan Carlos Menéndez Barreto, Neyder Andrés Palacios Peña, Mirian Peña Riveros, Wilmer Godoy Carrero, Dora Lilia Baquero Maldonado (fl. 822-828, 880-884, 986-1008).

k. Interrogatorio de parte a Mirian Peña Riveros y Felipe Nery Palacios Cabrera (fl. 830-836).

l. Informe fisioterapeuta de Felipe Nery Palacios Cabrera en el Centro de Rehabilitación Integral Terapias (fl. 851-852).

m. Documentos sobre dependencia económica de José Felipe Nery Palacios Palacios y Juliana Cabrera Ortiz (fl. 885-890).

4. Caso concreto

Mediante la acción de reparación directa, la parte demandante considera que las entidades demandadas son patrimonialmente responsables por los perjuicios que reclaman, pues en su criterio existió falla médica en el tratamiento dado a Felipe Nery Palacios Cabrera.

El Juzgado de primera instancia entre otras decisiones, negó las pretensiones de la demanda, decisión impugnada con el recurso de apelación que aquí se resuelve.

4.1. Del Régimen de responsabilidad

4.1.1. La Constitución Política de Colombia (C. Po) establece el centro general de imputación de responsabilidad patrimonial del Estado, en el artículo 90, que consagra: "*El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste*".

Así culminó por ahora, luego de un largo proceso de discusión en donde estaban involucrados los más profundos temas de la sociedad, el reconocimiento expreso y normativo de la responsabilidad patrimonial que debía asumir el Estado, cuando por algunas circunstancias, se causaran daños antijurídicos a sus asociados. De manera que luego de una inicial etapa en donde no era pensable endilgar responsabilidad al Estado, el tema

se fue aceptando hasta llegar, en nuestro caso, a la consagración constitucional de 1991 que se ha transcrito. Sin duda alguna, fueron valientes Jueces de todos los niveles los que han estructurado el estado actual del asunto, por cuanto de manera especial, ha sido de plena construcción jurisprudencial el avance logrado, con excepcionales casos consagrados por la Ley.

La responsabilidad patrimonial del Estado puede derivarse de múltiples causas, por lo que debe indagarse cuál produce el daño específico que se demanda, pues de ello depende el instrumento judicial de reclamo (Nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho, contractual, grupo, reparación directa, popular, entre otros); para cuando se aduce causa extracontractual, se han estructurado varios regímenes o títulos de imputación que las agrupan teniendo en cuenta el tipo de acción u omisión, la naturaleza del hecho, u otras circunstancias especiales de que se trate en cada caso concreto[4].

4.1.2. No está planteada discusión alguna en esta instancia sobre el régimen de responsabilidad que aplicó el *a quo* y planteó la demanda, el de falla del servicio[5].

Pero es necesario precisar que en casos médicos, si bien en principio la carga de la prueba le corresponde al demandante pues tiene la obligación de concretar y demostrar –al menos con indicios[6]- lo que endilga, lo cual no puede fundarse en vaguedades y generalidades para que con ese solo hecho se le traslade a su contraparte, se le exige a la demandada que cuenta con los elementos técnicos y científicos apropiados, demostrar lo que efectivamente ocurrió en el hecho discutido, exponer las causas y examinar las consecuencias de las intervenciones que realizó, según las particularidades de cada caso. Así, las dos tienen la responsabilidad probatoria para que el sentenciador adquiera la mayor certeza a la hora de decidir, y además tienen el deber de lealtad y buena fe procesal, el de colaboración con la administración de Justicia, y el de solidaridad social.

No obstante, se advierte que en forma excepcional, algunos casos médico-sanitarios se pueden decidir por responsabilidad objetiva, "*dada la peligrosidad que revisten ciertos procedimientos médico quirúrgicos, sin que con ello se hubiere pretendido desconocer que la responsabilidad*

---

[4] Dentro de los varios regímenes existe el de riesgo excepcional, el de daño especial y el de falla del servicio, y para otro tipo de casos, el enriquecimiento sin causa, y la importancia de su adecuada selección radica en las consecuencias y obligaciones probatorias que genera cada uno para las partes. Su aplicación en cada proceso es de naturaleza compleja, pues puede darse que un mismo suceso exija que se analicen varios de los regímenes existentes, por lo que *eo iuris* (de derecho) no puede considerarse de antemano que algún tipo de hecho u omisión o actividad se enmarca *per se* (de por sí) dentro de un determinado y exclusivo régimen, como también lo precisa el Consejo de Estado, entre otras, en sentencias de M.P. Danilo Rojas Betancourth, 30 de enero de 2013, rad. 050012331-000-1997-0017601, 26201, 27 de septiembre de 2013, M.P. Ramiro Pazos Guerrero, exp. 20011345, 28711 y M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 12 de febrero de 2014, rad. 66001233100020060067201, 40.802.

[5] Sobre este régimen se ha pronunciado el Consejo de Estado, entre otras sentencias, M.P. Guillermo Sánchez Luque, 26 de noviembre de 2015, rad. 2000123-31-000-2003-00716-01, 34954.

[6] Estos criterios han sido reiterados, entre otras, en las sentencias de abril 5 de 2013, exp. 2001 01537, 25.887, M. P. Danilo Rojas Betancourth y del 13 de noviembre de 2014, M.P. Ramiro Pazos Guerrero, exp. 31182, rad. 05001233100019990321 8-01.

médico-hospitalaria se encuentra asentada sobre la base de un criterio culpabilista, por lo que mal haría la jurisprudencia contencioso administrativa en tildar a la medicina como una actividad riesgosa" (M. P. Hernán Andrade Rincón, 25 de enero de 2017, rad. 2500023260002003 02133 01, 36.816)[7].

Y cuando la cuestión en debate involucra la figura jurídica de la pérdida de oportunidad, se estructuran reglas propias aplicables a su caso[8].

4.2. Los cuestionamientos a la providencia de primera instancia[9]. Se revisa el texto del recurso de apelación para establecer los motivos de inconformidad y se extrae como conclusión, que cuestiona lo siguiente:

a). La atención y tratamiento que se le prodigó en Servimédicos a Palacios Cabrera no fue la mejor, no se permitió que el médico que tres días atrás le había practicado dos riesgosas cirugías continuara con el pos-operatorio y eventualidades posteriores; no se conoce que al paciente se le haya informado sobre el derecho que legalmente tenía de elegir a su médico; la tercera cirugía, que practicó por decisión unilateral el médico Menéndez y tuvo como resultado un indiscutible y grave empeoramiento de la salud del paciente, dejándolo parapléjico sin control de esfínteres, y propenso a constantes traumas en diferentes órganos que lo llevan al médico y a hospitalizaciones, era innecesaria, y se pasó por alto la recomendación de celebración de una Junta Médica que hizo el también especialista Morales. Cuestiona el documento que contiene el consentimiento informado y las condiciones en que se suscribió, pues el médico Menéndez no consignó en el folio 123 de la historia clínica el pronóstico de muerte transmitido al paciente y a su familia, o de isquemia medular que llevaría a la muerte; se observa el deseo del médico de cambiar los implantes artificiales que el anterior cirujano había puesto, por considerarlos obsoletos.

4.3. Para decidir si se declara la responsabilidad patrimonial de las demandadas y la vinculada, procede analizar si se demostraron en el expediente los dos elementos necesarios para la estructuración de la falla

---

[7] La sentencia relaciona los siguientes: i) Manipulación de cosas peligrosas, o que el procedimiento o el tratamiento empleado entrañe peligro, pero siempre y cuando la herramienta riesgosa cause el daño de manera directa o por ella misma, pues si la lesión es producto de una ejecución irregular del acto médico, aunque medie un instrumento que represente peligro o riesgo, el caso específico estará regido por la responsabilidad subjetiva o culposa; ii) Cuando un medicamento, tratamiento o procedimiento que implique o conlleve un progreso en la ciencia y, por lo tanto, se considere novedoso, se desconozcan las consecuencias o secuelas del mismo a largo plazo; iii) Cuando en el acto médico se empleen químicos o sustancias peligrosas; iiii) En supuestos de vacunas; v) Cuando el daño sea producto de una infección nosocomial o intrahospitalaria.

[8] Sentencias del 5 de abril de 2017, M. P. Ramiro Pazos Guerrero, rad. 17001233100020000064501, 25706 y la del 1 de agosto de 2016, M. P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, rad. 19001233100020010142901, 35116, entre otras.

[9] Cuando se trata de resolver un recurso de apelación, y teniendo en cuenta que el principio *tantum devolutum quantum apellatum* (cuanto apela, tanto se decide) descansa sobre dos pilares: la congruencia y la facultad de disposición, significa que la segunda instancia -*ad quem*- deberá pronunciarse solo sobre aquellos cargos expresamente invocados contra la decisión del *a quo* (la primera instancia), pues frente a lo que no se cuestiona en la apelación, se tiene por aceptado y consentido; vale decir, que sólo es dable decidir y conocer aquellas circunstancias a las que ha limitado en forma concreta y expresa la apelación del recurrente, excepto cuando se trata de nulidades (art. 145, C.P.C; 137 del CGP), excepciones de oficio (art. 164, CCA; 180.6, 187 inc.2, CPACA), y sentencias inhibitorias o ilegales que se revocan y pueden ser desfavorables al apelante único, pues son temas que deben abordarse así no se planteen en el recurso de apelación; hay otras excepciones a la regla general (M. P. Danilo Rojas Betancourth, 17 de noviembre de 2016, exp. 1999-0200801) derivadas (*i*) de la facultad del *ad quem* para manifestarse sobre aspectos implícitos de los argumentos de la apelación y, (ii) de los cuerpos normativos que le imponen el deber de pronunciarse de oficio sobre un asunto en específico; también deben observarse principios y estándares de convencionalidad sobre el tema.

del servicio, la existencia de un (i) daño, que debe tener la connotación de antijurídico, y la (ii) imputación –Fáctica y jurídica- del mismo a la Administración.

4.4. El daño. Los demandantes deben probar en el proceso la ocurrencia del daño, y que este sea antijurídico, toda vez que si no se acredita, no es dable continuar con el análisis del caso[10].

Para la segunda instancia en cuanto a la ocurrencia del daño y su connotación de antijurídico que declaró el *a quo* no se planteó controversia, lo que se confirma aquí, pues se demostraron las diferentes falencias que padece en su organismo Felipe Nery Palacios Cabrera, con la historia clínica (fl. 92-297, 358-633, 727, 731-734, 853-854; a.1).

Por lo tanto, con las afectaciones de salud que sufre Palacios Cabrera, los demandantes demostraron la existencia de un daño.

Pero en esta vía judicial, debe ser antijurídico.

Constituye un daño de esa naturaleza toda lesión o menoscabo de un interés legítimo protegido por el Derecho, sea patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación legal de soportar o su padecimiento no está justificado por el ordenamiento normativo.

En esta ocasión, la integridad personal está tutelada, es decir, protegida, así como también los derechos a la dignidad humana, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a la garantía integral del patrimonio de las personas que se vulneran con el hecho de la limitación causada, por el ordenamiento jurídico colombiano (Preámbulo, artículos 1, 2, 6, 13, 16, 44, 49 y 58, C. Po); razón por la cual cuando a un ser humano se le priva de la protección ordenada y de la posibilidad de gozar de una idónea y completa integridad física o fisiológica, se está en presencia de este tipo de daño, como es el caso referido al afectado por el que se reclama.

También representa para la víctima –Que trasciende a sus parientes- una carga que no estaba obligada a soportar ni está justificada en el ámbito jurídico, toda vez que limitar de manera abrupta, anticipada, arbitraria y absoluta su derecho a la vida plena, no puede tenerse como una normal, lícita, legítima y soportable permitida en nuestro Estado Social de Derecho. Y se debe tener en cuenta que en cambio, sí están todas las autoridades de Colombia obligadas a proteger la de todas las personas, por expreso mandato constitucional, especialmente en el inciso segundo del artículo 2, y a cuya protección obligan las más elementales normas de civismo, de unión, de convivencia humana y de solidaridad social, así como es un deber que también impone la C. Po (Artículos 13, 95-1-2-6).

---

[10] Ello por cuanto como lo considera el Consejo de Estado, es inoficioso e inocuo hacer otros análisis ante la ausencia del daño (M.P. Ramiro Pazos Guerrero, exp. 2007-00019, 37843, 29 de mayo de 2014 y M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, exp. 1998-01789, 31331, 28 de agosto de 2014, entre otras).

Por lo tanto, se probó el daño que se reclama, en su materialidad y en su antijuridicidad, así como también sus partes constitutivas. Lo cual acredita el primer elemento de la responsabilidad que se les endilga a las entidades demandadas; pero el que por sí solo, no tiene la virtud de hacerlas responsables, aún.

Es así, ya que ello no agota el estudio del caso, porque se exige abordar el análisis de si ese daño antijurídico puede serles imputable[11].

4.5. La imputación. Se procede a establecer si el daño antijurídico que se demostró, es imputable y asignable en los aspectos fácticos y jurídicos a las entidades demandadas y vinculada o alguna de ellas.

4.5.1. En cuanto a la imputación **fáctica**, se les endilga a las demandadas varias actuaciones irregulares en la prestación del servicio médico dispensado a Felipe Nery Palacios Cabrera.

Para el efecto, se debe tener en cuenta que existe regulación sobre las obligaciones y los procedimientos a cargo de los prestadores de salud para que procedan a efectuar los diagnósticos y los exámenes oportunos a sus pacientes, con el fin de garantizarles la adecuada atención médica. Si bien estas consideraciones serían procedentes para la imputación jurídica, por las particularidades del asunto se plantean en este acápite.

La Constitución Política prescribe (Artículo 48) que la Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, y se le garantiza a todos los habitantes como derecho irrenunciable; y consagra (Artículo 49) que en su atención se le asegura a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, y la prestación conforme con los principios ya señalados.

La Ley 100 de 1993 ordena que el Estado intervenga en el servicio público de Seguridad Social en Salud, para el logro de múltiples fines, dentro de ellos, el de organizar sus servicios en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad (Artículo 154.f); y establece (Artículos 194-197) la prestación en forma directa por la Nación o por las entidades territoriales.

De igual forma, la Ley 23 de 1981 establece las reglas para la prestación del servicio de salud conforme con la ética médica y precisos mandatos como lo señala el Consejo de Estado (M. P. Danilo Rojas Betancourth, 5 de marzo de 2015, rad. 5000123310002002 00375 01, 30102), a lo que se suman normas jurídicas vigentes entonces, como las exigencias de la Ley 10 de 1990 y los Decretos 2759 de 1991 y 412 de 1992 en cuanto al manejo

[11] Consejo de Estado, sentencia del 18 de febrero de 2010, exp. 17885, en la que expresó que solo bajo la premisa de la existencia del daño antijurídico se ha de *"realizar la valoración del otro elemento de la responsabilidad estatal, esto es, la imputación del daño al Estado, bajo cualquiera de los distintos títulos que para el efecto se ha elaborado"*. A su vez, es el requisito que exige el artículo 90, C. Po.

de urgencias, la Ley 715 de 2001, el Decreto 2757 de 1991 y las Resoluciones 5261 de 1994 que fijan el marco normativo de la referencia y contrarreferencia de pacientes (M. P. Marta Nubia Velásquez Rico, 1 de marzo de 2018, rad. 050012331000 20060269601) y 2816 de 1998, Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Es necesario destacar la obligación que le impone el ordenamiento jurídico colombiano a todas las entidades públicas y privadas que integran el sistema general de seguridad social en salud, pues tienen la obligación jurídica y ética de prestarles a sus usuarios, todos los servicios que requieran en forma oportuna, diligente e idónea (Corte Constitucional, sentencia T-234 de 2013.

El primer cargo que plantean los demandantes a la sentencia apelada se refiere a la tercera cirugía que se le realizó a Palacios Cabrera. La crítica se dirige de manera concreta a Servimédicos por varias circunstancias con ocasión de dicho procedimiento quirúrgico. Los apelantes no cuestionan la atención brindada al paciente en el Hospital Departamental de Villavicencio, y por ello no lo incluyeron como demandado; esta entidad fue vinculada al proceso pero por decisión de oficio en la primera instancia (fl. 934-936).

(i) Inicialmente, Felipe Nery Palacios Cabrera fue atendido en el Hospital Departamental de Villavicencio (Por cuenta del Soat) y en esta institución se le practicaron dos cirugías: El 9 de julio de 2007, la de disectomía más artrodesis cervical C5-C6, C6-C7 e injerto óseo columna (fl. 1-envés, 5, 7-envés, 21, a.2) y el 10 de julio de 2007 la de descompresión de canal cervical más artrodesis cervical con injerto TCP (fl. 10-envés, 26, a.2).

El 11 de julio de 2007 el paciente fue remitido a la Ips Centauros de Servimédicos Ltda (fl. 1-envés, 3, 12, a.2), entidad que tenía a su cargo la atención médico asistencial de la salud de los educadores afiliados al FOMAG, a la que ingresa el mismo día (fl. 91-92, 305, a.1).

La tercera cirugía de cervicotomía, resección de implantes discales C5-C6, C6-C7, microdescompresión vía anterior C5-C6, C6-C7, más injertos óseos tricorticales de cresta ilíaca más fijación con placa de titanio, se le practicó a Palacios Cabrera el 19 de julio de 2007, sin complicaciones (fl. 95, 227, a.1).

ii). Sobre la atención prestada a Felipe Nery Palacios Cabrera en la Clínica de Servimédicos, se aportó al expediente su historia clínica (a.1).

- Previo a la cuestionada tercera cirugía, el paciente recibió permanente y constante atención de especialistas neurocirujanos, ortopedistas, traumatólogos, fisioterapeuta, se le tomaron en forma frecuente sus signos vitales, se le practicaron exámenes, se le suministraron los remedios formulados y recibió los servicios de enfermería (fl. 126, 131, 138, 142, 145-148, 156-157, 197-198, 202-203, 206-207, 227-233, 247, 250, a.1).

Y el 14, 15 y 16 de julio, valorado por neurocirugía (Doctor Nelson Morales) y con base en nuevos exámenes, se consideró que requería reintervención para corrección de canal estrecho, descompresión de canal, y se sugirió convocar una junta médica (fl. 124-125, a.1).

- El médico neurocirujano Juan Carlos Menéndez el 17 de julio de 2007 a las 11:00, consideró que debía descomprimirse el canal y el saco dorsal mediante el retiro de los injertos sintéticos, implantarse injertos de hueso tricortical autólogo, fijación con placa de titanio. Registró que "*se le informa al paciente y a su familia acerca de la propuesta de reintervensión, de los riesgos y expectativas (ajenas a la contusión ya establecida). El paciente no solamente interroga el procedimiento (y su concuñada) sino que solicitan que se lo realice yo*". Firman el documento, Gladys Guerrero y el médico neurocirujano Juan Carlos Menéndez; se anotó que el paciente firma con huella (fl. 123, a.1).

- El 19 de julio de 2007 a Felipe Nery Palacios Cabrera se le practicó a cirugía de "*CERVICOTOMIA, RESECCION DE IMPLANTES DISCALES C5C6 Y C6C7 MICRODESCOMPRESION VIA ANTERIOR C5C6 Y C6C7 INJERTOS TRICORTICALES DE CRESTA ILIACA FIJACION CON PLACA TITANIO*" y se consignó el procedimiento realizado "*SIN COMPLICACIONES*" (fl. 202, 227, a.1).

En su testimonio (fl. 822-824), Gladys Guerrero Montaña declaró que había firmado el documento de consentimiento de la tercera cirugía que consta a fl. 123, c.1; no refiere presiones o coacción para haberlo suscrito, y en su lugar menciona que a ella y a Palacios Cabrera, el médico Menéndez les explicó la necesidad de la cirugía, pero cuestiona que "*cuando la enfermera que me hizo firmar la hoja no estaba tan escrita*", frente a lo cual se advierte que los demandantes no desvirtuaron su contenido ni pidieron prueba técnica para desecharlo o demostrar su falsedad. Y contrario a lo que expresan los apelantes, ella relata que el doctor Menéndez sí les explicó entre otras cosas, que "*esto es mortal (...) y se podía morir*", lo que coincide con el testimonio de dicho médico y con el contenido del fl. 123, a.1 de la historia clínica, donde se registró que se le informó al paciente y a su familia de los riesgos de esa cirugía; ello fue dos días antes del procedimiento quirúrgico.

Es de anotar que en el proceso disciplinario número 655 adelantado en el Tribunal de Ética Médica sobre los hechos que aquí se discuten, la misma declarante reconoció el documento referido en el párrafo anterior como firmado de su puño y letra y que Palacios Cabrera había puesto su huella porque "*él no tenía mucha movilidad en la mano derecha y por esto no pudo firmar*", y también informó allí que el neurocirujano Menéndez les explicó en qué consistía la operación, los riesgos, que ella fue quien lo recomendó a su concuñado pues ya conocía al médico "*porque él había operado a mi esposo, el doctor ya había hablado con mi cuñada*"; así, se ratifica que a Menéndez lo aceptó Palacios Cabrera como cirujano y juntos (Paciente y concuñada) impartieron en forma expresa la autorización para

el tercer procedimiento quirúrgico. Se resalta que a pesar que este testimonio lo rindió la declarante el 25 de marzo de 2009 (fl. 430-432, a.2), no cuestiona su contenido como sí lo hizo un año y medio después con detalles de la hoja firmada ("*la firma mía no estaba tan abajo*", "*la hoja no estaba tan escrita*") a pesar del paso del tiempo el 10 de agosto de 2010 en el actual proceso indemnizatorio (fl. 822-824), por lo que no se le asigna veracidad a estos últimos reproches que pretenden descalificar el consentimiento que se dio para la tercera cirugía, consignados en el recurso de apelación.

Se agrega que ya antes en el Hospital Departamental de Villavicencio y previo a la segunda cirugía, Palacios Cabrera también se vio obligado a estampar su huella al dar su consentimiento para que se le practicara, ya que "*Pte* [Paciente] *refiere que no puede firmar*" (fl. 24, a.2/2), por lo que al darse la misma situación para la tercera, y más en presencia de una persona allegada, no lo invalida.

Las anteriores pruebas permiten desvirtuar además varios de los reproches de los apelantes, adicional a los formulados contra el consentimiento informado para la tercera cirugía, como se demostró: La decisión de reintervención ("*Realización de una segunda intervención a un paciente, habitualmente por algo relacionado con la primera y más o menos cerca de la primera en el tiempo*"; Diccionario de la Clínica Universidad de Navarra 2020, en *https://www.cun.es/diccionario-medico/terminos/reintervencion*) cuando Palacios Cabrera estaba en la Ips de Servimédicos no fue unilateral, ni intempestiva, ni caprichosa, ni su iniciativa surgió del médico Menéndez, pues la consideró el neurocirujano Nelson Morales el 14 de julio de 2007 luego de nuevos exámenes especializados (fl. 125, a.1), lo cual reiteró el 15 y 16 de ese mes y año (fl. 124, a.1) y acogió el doctor Menéndez el 17 de julio de 2007 (fl. 123, a.1). También descartan que Palacios Cabrera no consintiera o no eligiera a dicho médico como el cirujano que la hiciera, pues "*El paciente no solamente interroga el procedimiento (y su concuñada) sino que solicitan que se lo realice yo*" (fl. 123, a.1), a lo que se suma que Gladys Guerrero declaró que "*yo le recomendé a mi cuñado ese médico al doctor JUAN CARLOS MENÉNDEZ*" (fl. 822-envés; 430-432, a.2).

Ahora, sobre la necesidad de efectuar la tercera cirugía y respecto de la idoneidad técnica con la que se realizó, se encuentran en el expediente varios análisis de autoridad médica y criterios especializados en la materia.

Dora Lilia Baquero Maldonado, especialista en neurocirugía y cirugía de columna, refirió en su testimonio (fl. 1002-1004):

> "si señor, con el tratamiento de la patología en mención se ajustó a la lex artis y a la necesidad tecnológica que requiere este tipo de cirugía disponible en todo el país y a nivel mundial. **PREGUNTADO**: según su conocimiento en la materia dada su calidad de neurocirujana manifiéstele al despacho qué hubiera ocurrido si el doctor Juan Carlos Menendez no hubiera intervenido quirúrgicamente al demandante de la patología que presentaba **CONTESTÓ**: (...) Si el dr Menendez no hubiera intervenido

el paciente muy probablemente el paciente hubiera quedado cuadripléjico sin embargo el paciente tenía un daño medular que ya había sido ocasionado por el accidente y por la complición de la primera cirugía que es un médula crítica para ejemplificar mejor (...) en este caso es preferible estar explicando por qué se operó y no por qué quedo cuadripléjico, es esperable que este paciente hubiese quedado con un déficit neurológico que en este caso es menor una paraplejia que una cuadriplejia. **PREGUNTADO:** Infórmele al Despacho si conforme a su experiencia en este tipo de casos y dada la complejidad en el procedimiento que le realizaron al demandante si su plan de tratamiento era manejo por el servicio de fisioterapia o rehabilitación al ingreso a SERVIMÉDICOS (...) **CONTESTÓ:** No, el tratamiento es quirúrgico, como apoyo a mi respuesta está la patología que demuestra fragmentos discales y yo participé en una junta médica porque me llamaron los directivos de SERVIMEDICOS para que conceptuara acerca del estado de salud del paciente a esa reunión fue el dr Menedez, el Dr Godoy y yo, donde valoramos al paciente después de la tercera intervención y donde valoramos una resonancia que demostraba una adecuada decompresión y una disminución del edema medular y de la mielopatía, el hecho que un paciente esté adecuadamente descomprimido no garantiza que vaya devolverle función neurológica (...)".

El médico neurocirujano Juan Carlos Menéndez Barreto en su testimonio (fl. 825-828) expresó que "*este procedimiento quirúrgico lo he realizado en más de 100 ocasiones en enfermos con patología similar a la que reasentaba el paciente, desde 1991 y lo he continuado haciendo hasta el últim0 caso intervenido por mi la semana pasada. En el paciente FELIPE NERY PALACIO, lo practiqué el día 19 de julio de 2007 por una sola vez pero en una reintervención" (...) Si era necesario practicarle el procedimiento quirúrgico descrito por las razones que en su momento consigné ampliamente en la historia clínica a las 11 de la mañana del día 17 de julio de 2007, como consta en el folio 123 de la historia clínica. (...)* ***PREGUNTADO****: Manifiéstele al Despacho, si para el caso concreto era procedente solicitar una junta médica o quirúrgica para definir el tratamiento a seguir del paciente FELIPE NEY PALACIOS CABRERA.* ***CONTESTÓ****: La respuesta es no. La junta médico quirúrgica la convoca el médico tratante cuando alberga dudas relativas al diagnóstico o a la modalidad del tratamiento o cuando requiere la participación de otros colegas el tratamiento médico o quirúrgico y en este caso no sep presentaban ninguna de las dos circunstancias. (...)* ***PREGUNTADO****: Manifiéstele al Despacho, que hubiera sucedido con el paciente demandante si usted no lo hubiera intervenido.* ***CONTESTÓ****: muy probablemente el déficit neurológico hubiera progresado y el daño de la médula espinal hubiera aumentado hasta producir la muerte por compresión de isquemia (Supresión del aporte sanguíneo a un tejido), de la médula espinal, lo cual se traduce clínicamente en una parálisis de los cuatro miembros, de la caja toráxico y la perdida de otra gran cantidad de funciones controladas por la médula espinal".*

Por su parte, el médico Wilmer Godoy Carrero corrobora el criterio de no obligatoria convocatoria de la Junta Médica que reprochan los apelantes, al señalar que "*sin embargo es potestad del paciente y del médico tratante solicitarla o asistir a la Junta*" (fl. 989-envés).

Y en circunstancia de trascendencia para resolver, al establecer que el doctor Menéndez Barreto "*no infringió la Ley de ética médica*", en el proceso disciplinario número 655, el Tribunal de Ética Médica ordenó el archivo (fl. 463-484, a.2).

En su análisis, la decisión examina todas las pruebas que son las mismas de las del presente expediente, de manera principal las historias clínicas y las declaraciones de los involucrados (Médicos, paciente y sus parientes), se refiere a los temas médicos del asunto en cuestión, destaca –Como ya lo hizo la Sala- que el doctor Nelson Morales "*quien también es neurocirujano, consideró que requería de una tercera intervención para corrección del canal estrecho*", resalta "*que después de 18 meses del accidente de tránsito sufrido por el paciente las estructuras de la medula espinal cervical lesionadas (...) fueron factores importantísimos sobre agregados para las complicaciones y secuelas de este paciente*". Y agrega a renglón seguido: "*Si no se hubiera realizado la tercera cirugía el paciente hubiese tenido el riesgo de sufrir una cuadriplejia. Cuando fue intervenido por tercera vez –Por el doctor MENENDEZ- el paciente mejoró el cuadro clínico de paresia de los miembros superiores pero empeoró el déficit motor de los miembros inferiores dado que presentaba una paraplejia fláccida*".

Señaló dicho Tribunal al evaluar el caso, que "*La tercera intervención fue avalada por los dos neurocirujanos, soportados en el estado clínico del paciente y su correlato imagenológico, si bien el médico que le realizó las dos primeras intervenciones no consideró indicada una tercera intervención. El doctor MENENDEZ no convocó la junta, conducta que sí se considera adecuada dado que es el médico tratante quien convoca la junta en caso de tener dudas acerca del tratamiento a seguir y en este caso primaba la urgencia para definir el tratamiento, aunado a circunstancias administrativas que hubiesen dilatado el tratamiento, con el riesgo de la cuadriplejia*".

Determina que dadas las condiciones del paciente en la primera y segunda cirugías, se podía diagnosticar la incontinencia de esfínteres, ya que esta es inherente a la paraplejia fláccida; avala la validez del consentimiento informado que firmó la concuñada del paciente y este con su huella y destaca que las condiciones de Menéndez autorizan "*al mencionado doctor para realizar estos procedimientos quirúrgicos*".

Lo anterior demuestra que contrario a las apreciaciones de los apelantes, era necesaria y vital la realización de la tercera cirugía a Felipe Nery Palacios Cabrera, y se probó que a pesar de las falencias en su salud que lo aquejan, la intervención quirúrgica se practicó dentro de las exigencias requeridas por la especialidad médica y los niveles de calidad exigibles a los servicios profesionales de medicina, y al mismo tiempo se acreditó que no era necesario u obligatorio convocar a una Junta Médica para efectuarla.

Con lo que se expuso y demostró, se establece que no hay imputación fáctica en el caso, endilgable a las entidades demandadas. Por lo tanto, no

prosperan las diferentes circunstancias que en este aspecto integran el cargo planteado en el recurso de apelación contra la sentencia apelada.

4.5.2. Imputación Jurídica. En el acápite anterior se estableció que las entidades demandadas no faltaron al cumplimiento del deber jurídico de proteger los derechos de su paciente, que su servicio no falló en cuanto fuera defectuoso en la atención debida, y en cambio, pudo determinarse que se realizaron los exámenes, valoraciones, procedimientos, remisión e intervenciones quirúrgicas procedentes para tratar de preservarle su salud y su integridad física.

Así, el Hospital Departamental de Villavicencio y Servimédicos, y de manera consecuencial Fomag y Fiduprevisora, no dejaron de actuar en la forma que le correspondía en la prestación del servicio de salud a Felipe Nery Palacios Cabrera. Y la parte demandante no probó deficiencia alguna del servicio médico, tampoco acreditó alguna omisión o acción reprochable del prestador del mismo, ni se encontró en el expediente un diagnóstico o exámenes o cirugías defectuosas, negligentes o equivocadas.

Conforme con lo expuesto, las demandadas cumplieron con las exigencias, entre otras, de la Ley 23 de 1981, la cual establece las reglas para la prestación del servicio de salud conforme a la ética médica, con precisos mandatos, la Ley 10 de 1990 y los Decretos 2759 de 1991 y 412 de 1992, como lo señala el Consejo de Estado (M. P. Danilo Rojas Betancourth, 5 de marzo de 2015, rad. 50001233100020020037501, 30102).

Como corolario de la situación, la atención médica que se le prestó a Felipe Nery Palacios Cabrera no intervino en el desenlace de las afectaciones físicas que presentó.

De manera que en este caso no surgió el imperativo patrimonial del Hospital Departamental de Villavicencio, Servimédicos, Fomag y Fiduprevisora de responder, pues se reitera, no se probó una omisión a un deber impuesto legalmente; y no propiciaron las entidades demandadas el daño, tampoco fallaron en su posición de procurar por la salud del paciente, ni incrementaron el riesgo permitido con la creación de uno jurídicamente desaprobado.

Significa que tampoco se demostró el requisito de la imputación normativa, por lo que el daño antijurídico no es asignable a las entidades demandadas.

Es preciso agregar que tampoco se cumplieron los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual frente a Servimédicos como empresa privada, sobre los cuales la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Civil, M. P. Ariel Salazar Ramírez, SC13925-2016, rad. 05001-31-03-003-2005-00174-01, 24 de agosto de 2016) ha abordado casos como el que aquí atañe, esto es: i) La presencia de un daño jurídicamente relevante; ii) que éste sea en el ámbito normativo atribuible al agente a quien se

demanda la reparación; y iii) que la conducta generadora del daño sea reprochable.

Así y siguiendo a la Alta Corte de la Jurisdicción Ordinaria, si bien el daño sufrido recayó sobre bienes protegidos por el ordenamiento jurídico, luego la condición de ser normativamente relevante se encuentra probada, tal como fue descrito atrás, los otros dos presupuestos no se cumplen en este caso, pues en cuanto al fundamento bajo el cual se podría atribuir la responsabilidad se edificaría a partir del deber que le asiste "*en la atención oportuna, personalizada, humanizada, integral, continua y de acuerdo con estándares aceptados en procedimientos y práctica profesional*"[12] así como del cumplimiento de los deberes impuestos por dicho ordenamiento normativo, pues su "*función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan de salud obligatorio a los afiliados (...)*"[13], y como se demostró, esta demandada no falló a tal obligación normativa pues la prestación del servicio fue idónea y oportuna, y por tanto no hubo incumplimiento de los deberes para con el Usuario del Sistema de Salud, y de ahí la improcedencia del reproche del sistema jurídico en su contra y la no atribución de responsabilidad que fue pedida por los demandantes.

En consecuencia, no se acreditaron los elementos de la falla del servicio ni de la responsabilidad civil extracontractual en contra de las demandadas, pues además del daño antijurídico que se probó, no se demostraron la imputación fáctica y jurídica en su contra, toda vez que aquel no fue propiciado por Fomag ni Fiduprevisora, ni por las instituciones hospitalarias que en su nombre atendieron a Felipe Nery Palacios Cabrera.

4.6. En consecuencia, se determina que no prosperan las diferentes circunstancias que integran los cargos del recurso de apelación.

4.7. Por lo tanto, y ante el problema jurídico que se planteó, se responde que no procede revocar la sentencia impugnada.

5. Otras decisiones

5.1. Costas. No se condena en costas por el trámite en ésta segunda instancia, toda vez que de la conducta de las partes no se evidencia mala fe, ni son constitutivas de temeridad ni de abuso del derecho.

5.2. Comunicación y remisión. Se ordenará que por Secretaría del Tribunal Administrativo de Arauca, se remita copia de esta sentencia por correo –Electrónico si aparece registrado o postal- a las partes y al Ministerio Público en carácter de mera información; y el expediente al

---

[12] Ley 100 de 1993, artículo 153, numeral 9, original; o ahora, "*15.3.8 Calidad. Los servicios de salud deberán atender las condiciones del paciente de acuerdo con la evidencia científica, provistos de forma integral, segura y oportuna, mediante una atención humanizada*".
[13] Ley 100 de 1993, artículo 177.

Tribunal Administrativo del Meta para que prosiga con los trámites procesales, incluido el de notificación de la sentencia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Arauca, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia del 28 de febrero de 2018 proferida por el Juzgado Noveno Administrativo de Villavicencio.

SEGUNDO. DECLARAR que no hay condena en costas.

TERCERO. ORDENAR que previas las anotaciones de rigor, por Secretaría del Tribunal Administrativo de Arauca: (i) Se remita copia de esta providencia por correo –Electrónico si aparece registrado o postal- a las partes y al Ministerio Público con carácter de mera información, y (ii) Se devuelva el expediente al Tribunal Administrativo del Meta, para que prosigan los trámites procesales que correspondan, incluido el de notificación de la sentencia.

CUARTO. ORDENAR que en firme la presente providencia en el Tribunal Administrativo del Meta, se devuelva por la Secretaría de esa Corporación Judicial, el expediente al Despacho de origen-Juzgado de primera instancia, previas las anotaciones de rigor.

La presente providencia fue aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS NORBERTO CERMEÑO
Magistrado

YENITZA MARIANA LÓPEZ BLANCO
Magistrada

LIDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO
Magistrada